

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXIV - Nº 2 • Diciembre 2021

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 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
HANS RICHTER BECERRA

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE
SUSAN TURNER SAELZER

EDITORES ASOCIADOS

LETICIA MORALES

Profesora Asociada, Instituto de Ciencias Jurídicas, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile, sede Puerto Montt

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

Profesora Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Profesor Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile

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*)

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA (*U. de Chile*)

XIMENA GAUCHE MARCHETTI (*U. de Concepción, Chile*)

ISABEL LIFANTE VIDAL (*U. de Alicante, España*)

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)

LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

María Casado González (*U. de Barcelona, España*)

José Luis Cea Egaña (*Pontificia U. Católica de Chile*)

Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)

Aida Kemelmajer de Carlucci (*U. Nacional de Cuyo, Argentina*)

Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)

Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)

Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)

Ruth Rubio Marín (*U. de Sevilla, España*)

Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)

ÍNDICE

Volumen XXXIV - N° 2 (Diciembre 2021)

INVESTIGACIONES

<i>La regla de precedente</i> , Fabio Enrique Pulido-Ortiz	9
<i>El proveedor intermediario de servicios y su responsabilidad. Un estudio del artículo 43 de la Ley 19.496</i> , María Graciela Brantt Zumarán, Claudia Mejías Alonzo	29
<i>Contornos de la responsabilidad contractual</i> , Cristián Aedo Barrena	51
<i>De musas, impostoras y tejedoras: la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista</i> , Lucero Ibarra Rojas	73
<i>El registro de deudores en el concurso de la persona natural como elemento restrictivo del alivio del deudor</i> , Miguel Ángel Alarcón Cañuta	95
<i>La Ley 19.886 de 2003 y la necesidad de una Ley Marco sobre contratación administrativa</i> , Enrique Rajevic Mosler	117
<i>Protestas, pandemia y salud: manera, tiempo y lugar</i> , Domingo Lovera Parmo	137
<i>El derecho a la libertad de expresión de las mujeres en espacios universitarios. El caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires</i> , Liliana Ronconi, Andrea Fernanda Schuster	159
<i>La exigencia de motivar las sentencias del Tribunal Constitucional chileno</i> , Sebastián Agüero-San Juan, Felipe Paredes Paredes	181
<i>Control migratorio y salud pública: restricciones a la movilidad humana por razones médicas o sanitarias en tiempo del Covid-19</i> , Ramón Mayorga Mc-Donald	203
<i>La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria</i> , Juan Carlos Ferrada Bórquez, Karina Uribe Peña	225
<i>De Klockner a Total: la reivindicación de la aplicación de las fuentes del derecho internacional en el arbitraje internacional de inversión extranjera</i> , Walter Arévalo-Ramírez, Laura García Matamoros	247

Responsabilidad por error judicial en Chile y México. Su eficacia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Vicente Fernández Fernández 271

Los desórdenes mentales en el Código Penal chileno: un estudio sobre la inimputabilidad, José Manuel Fernández Ruiz 293

La relación entre la parte especial y la general del derecho penal, Orlando Humberto de la Vega Martinis 313

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Aporías en torno a la determinación del estatuto jurídico aplicable en materia de prescripción de sanciones administrativas (Corte Suprema), Gonzalo Agliati Vásquez 335

Reconocimiento jurisprudencial del concepto civil de inmisión (Corte de Apelaciones de San Miguel), Jorge Tisné Niemann 347

RECENSIONES

Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Recensión de Rodrigo Nakada Castro 359

INVESTIGACIONES

La regla de precedente

*Fabio Enrique Pulido Ortiz**

RESUMEN

En este artículo se explican las características de la regla de precedente (RP). La RP, en sentido amplio, es aquella regla de los ordenamientos jurídicos que configura el funcionamiento de los precedentes judiciales (PJ). En los ordenamientos jurídicos puede existir de forma contingente una RP que establezca el carácter vinculante u obligatorio de los PJ. En este caso la RP desarrolla, por lo menos, tres funciones: 1) establecer las condiciones para la identificación de los PJ, 2) fijar las competencias para crear, derogar y aplicar los PJ vinculantes y 3) consagrar la forma en que los PJ exigen (obligan) la realización de actos o acciones. A partir de la distinción entre vinculación y obligación, se subraya que las sanciones son las consecuencias contingentes del incumplimiento del deber de seguir la RP y que la nulidad (o invalidez) es la consecuencia necesaria del incumplimiento de las condiciones vinculantes definidas en la RP.

Precedentes judiciales; precedentes vinculantes; precedentes obligatorios;
teoría del derecho

The rule of precedent

ABSTRACT

This paper explains the main features of the rule of precedent (RP). The RP—in lato sensu—is the rule that defines the legal operation of judicial precedents (PJ). It is possible that each legal

* Abogado, Universidad Católica de Colombia. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Palermo, Argentina. Doctor en Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de La Sabana, Colombia. Correo electrónico: fabio.pulido@unisabana.edu.co. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1100-9962>.

Este artículo forma parte de los resultados del proyecto de investigación “la política con toga: un estudio del activismo judicial” (DER-60-2019) financiado por la Dirección General de Investigaciones de la Universidad de La Sabana.

Una versión preliminar de las ideas plasmadas en este texto fueron presentadas y discutidas en el seminario permanente acerca de precedente judicial organizado por el Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación-México. Agradezco las observaciones de Alejandra Martínez Verástegui (CEC SCJN), Ana María Ibarra Olguin (CEC SCJN) y Rodrigo Camarena González (ITAM). Agradezco asimismo a Carlos Bernal Pulido, Pablo Rivas Robledo, Sergio Morales Barreto, Raquel Sarria, Jacobo Gómez y Gabriela González quienes, en las discusiones del grupo de investigación Justicia, Ámbito Público y Derechos Humanos de la Universidad de La Sabana, comentaron y criticaron versiones previas del artículo. Por último, los evaluadores anónimos del artículo ayudaron significativamente a mejorar la calidad del texto con sus observaciones.

Artículo recibido el 23.7.2020 y aceptado para su publicación el 28.4.2021.

order contains a contingent RP in stricto sensu to define the conditions of binding and mandatory PJ. About this matter, the RP carries out three principal functions: 1) to establish the conditions to identify PJ; 2) to fix the legal powers for create, overrule and apply the PJ, and 3) to define the way in which the PJ commands actions and the consequences of non-compliance. Based on distinction between binding and obligation, it is highlighted that sanctions are the contingent consequences of disobey RP and that nullity (or invalidity) is the necessary consequence of the non-compliance of the binding conditions defined by the RP.

Judicial precedents; binding precedents; mandatory precedents; legal theory

I. INTRODUCCIÓN

En los ordenamientos jurídicos actuales los precedentes judiciales (en adelante PJ) tienen una relevancia indudable. Con independencia de la tradición jurídica, es posible advertir distintas formas de regla de precedente (en adelante RP)¹. Al respecto existe una distinción básica entre la RP y los PJ. La RP se refiere a la regla que define el funcionamiento normativo de los PJ. Los PJ son normas generales y abstractas originadas en una providencia judicial².

A manera de ejemplo, supongamos que un tribunal constitucional establece (en su *ratio decidendi*) que “las empresas de salud tienen a su cargo el suministro de pañales a los adultos mayores con incontinencia”. Asumamos que en el ordenamiento jurídico se tiene definido que la *ratio decidendi* de esas sentencias vinculan a los jueces en casos posteriores. Con base en este ejemplo puede verse la diferencia entre la regla que establece las prestaciones a cargo de las empresas de salud (esto el PJ) y la regla que define que los PJ son vinculantes (esto es la RP). En desarrollo de esta distinción, el objetivo de este artículo es explicar las características de la regla de precedente (RP). El propósito no es describir cómo –en las prácticas jurídicas vigentes– se implementa esta regla, sino plantear un modelo conceptual que sirva de referente para esa tarea.

Se argumenta que la RP en sentido amplio (aquella regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los PJ) es una regla necesaria de los ordenamientos jurídicos. No obstante, puede existir de forma contingente una RP que establezca el carácter vinculante u obligatorio de los PJ. En este caso la RP desarrolla, por lo menos, tres funciones: 1) establecer las condiciones para la identificación de los PJ; 2) fijar las competencias para la creación y aplicación de los PJ vinculantes; y 3) consagrar la forma en que los PJ exigen (obligan) la realización de actos o acciones. Por último, y a partir de la distinción entre vinculación y obligación, se subraya que las sanciones son las consecuencias contingentes por desobedecer la RP, mientras que la nulidad (o invalidez) es la consecuencia necesaria del incumplimiento de la RP vinculante.

¹ Véase, entre otros, KOMAREK, 2013, pp. 103-140, 149-171; BRAVO-HURTADO, 2013, pp. 549 – 576 y BERNAL PULIDO, C., 2009, pp. 153-158.

² NÚÑEZ VAQUERO, 2016, p. 134 y SCHAUER, 2013, p. 56.

II. LA NECESIDAD DE LA REGLA DE PRECEDENTE

La RP en general se refiere a la regla del ordenamiento jurídico que configura el funcionamiento de los PJ. La RP, por esta razón, alude a la forma en que se puede implementar la RP en cada ordenamiento jurídico. Así, por consiguiente, esta regla puede adoptar tres formas: 1) la RP vinculante/obligatoria, 2) la RP como autorización y 3) la RP como rechazo de los PJ³.

La primera forma de RP es aquella que establece que los PJ vinculan u obligan⁴. La RP es vinculante en el sentido que se constituye en una condición necesaria para la validez de los actos de los operadores jurídicos. Asimismo, la RP es obligatoria cuando exige (*i.e.* prescribe) la aplicación de los PJ. La segunda forma es la RP como autorización. En este sentido, la RP autoriza a los operadores jurídicos el empleo de los PJ en la justificación de sus actos (sin vincular, es decir, sin condicionar la validez de los actos al cumplimiento de los PJ) y permite que los operadores jurídicos resuelvan conforme a los PJ (*i.e.* sin obligar ni prohibir la aplicación del PJ).⁵ La tercera forma de RP es aquella que rechaza el uso de los PJ. Así, en un ordenamiento jurídico la RP puede establecer que el uso de los PJ afecta la validez de los actos jurídicos (*v. gr.* si una sentencia se fundamenta en el PJ "X" entonces es inválida). Incluso, puede ser el caso que la RP prohíba el uso o seguimiento de PJ⁶.

Teniendo en cuenta lo anterior, la RP en sentido amplio es necesaria, esto es, todos los ordenamientos jurídicos tienen una regla acerca de los PJ. En cambio, la RP en sentido estricto es contingente porque en cada ordenamiento jurídico adopta distintas formas de RP e incluso puede implementar varias de ellas dentro del mismo. Conceptualmente existen solo dos posibilidades: por un lado, los ordenamientos jurídicos (por medio de su RP) pueden aceptar el uso y seguimiento de los PJ. En este escenario, la RP puede ser 1) vinculante u obligatoria o 2) una autorización (sin vincular ni obligar). Por otro lado, la RP puede rechazar el uso y seguimiento de PJ. En otras palabras, todo ordenamiento jurídico adopta alguna forma de RP: vinculando, obligando, autorizando o rechazando.

La RP en estricto sentido se refiere a la configuración específica de cada una de las formas de RP en los ordenamientos jurídicos y esta configuración es contingente a cada uno de ellos. En otros términos, todos los ordenamientos jurídicos configuran alguna forma de RP, pero existen diversas formas de hacerlo. Unos contienen una RP que exige la aplicación del PJ, otros pueden autorizar (sin exigir) y otros pueden, incluso,

³ Suele reducirse este tema a dos tipos de RP: persuasivo y una autoritativo. Véase, BRONAUGH, 1987, pp. 216-247. DOBBINS, 2010 pp. 1453-1496.

⁴ Estas diferencias han sido descuidadas en la mayoría de trabajos referentes al tema. Véase CROSS & HARRIS, 2012, pp. 123-152; PECZENIK, 1997 pp. 461-479 y DUXBURY, 2008, pp. 12-22. La importancia de diferenciar esas variables, y el carácter central de la vinculación en la explicación de la RP, ha sido recientemente planteada por ARRIAGADA, 2021, pp. 361-396 y NÚÑEZ VAQUERO, 2021, pp. 329-360.

⁵ El ejemplo más conocido de este tipo de RP es el PJ persuasivo. Véase DOBBINS, 2010, pp. 1462-1463 y BRONAUGH, 1987, pp. 216-247.

⁶ Cross y Harris ejemplifican esta regla en el derecho francés que prohíbe que los jueces dicten reglas generales y, en consecuencia, que sigan esas reglas de otros jueces (CROSS & HARRIS, 2012, p. 36.)

prohibirlo. Es más, dentro de un mismo ordenamiento jurídico se pueden configurar o implementar distintas formas o tipos de RP⁷.

En este punto es indispensable subrayar un presupuesto conceptual. Una característica de los ordenamientos jurídicos contemporáneos es que los poderes o potestades de sus autoridades están definidas (o constituidas) en reglas jurídicas (reglas de competencia) que configuran y hacen posible el ejercicio válido de esos poderes. Como veremos más adelante, la RP es una regla de segundo orden en la que se definen, justamente, las condiciones para la identificación, creación y aplicación válida de PJ⁸. Es admisible resaltar que este tipo de poderes dependen para su ejercicio válido de una norma que los haga posibles, esto quiere decir que, en caso de que no exista una norma acerca de la creación o aplicación del PJ, entonces debe entenderse que el ordenamiento jurídico contiene una RP de rechazo de los PJ. Podría discutirse que estas condiciones para el ejercicio de poderes de las autoridades son accidentales y que, por tanto, la RP en sentido amplio es contingente en el entendido que puede ser el caso en el que no existan normas que nieguen, autoricen, ni exijan el uso del PJ. Pero para sostener esta idea, tendría que negarse que un elemento necesario para la explicación de los poderes jurídicos es la existencia de reglas de competencia. Estas reglas posibilitan el ejercicio de los poderes jurídicos (como el de crear o aplicar el PJ). En otras palabras, no es posible el ejercicio de un poder jurídico sin la existencia de una norma de competencia que lo constituya.

Además, en la explicación del ejercicio de los poderes públicos en los ordenamientos jurídicos contemporáneos es central el principio de legalidad, esto es el principio de acuerdo con el que son válidos los actos de los poderes públicos que sean efectuados conforme a las reglas de competencia (y, en consecuencia, que son inválidos los actos de los poderes públicos realizados por fuera o en contra de esas normas)⁹. A causa de la centralidad de este principio en las prácticas jurídicas, la explicación de las condiciones de validez del ejercicio de los poderes públicos (por lo menos en el contexto de un estado de derecho) depende de las normas que hacen posibles estos poderes¹⁰. El principio de legalidad, en definitiva, establece una clausura en el sistema de definición de los poderes públicos, de forma tal que solo es válido el ejercicio de aquellos poderes contemplados en las reglas de competencia. Por razones de espacio, no es posible desarrollar con mayor detalle esta discusión. Basta para los propósitos de este trabajo subrayar que, bien sea por las razones conceptuales asociadas a la noción de reglas de competencia o por la

⁷ CROSS & HARRIS, 2012, pp. 61-106; DUXBURY, 2008, 67 -73; MARSHALL, 1997, p. 505.

⁸ La RP es una regla que contiene varias reglas (competencias, definiciones e incluso prescripciones) sobre PJ. Por ello, es una regla secundaria en dos sentidos: 1) está conformada por normas constitutivas en el ordenamiento jurídico (*i.e.* constituye las formas válidas de crear, identificar, aplicar los PJ); y 2) está conformada por metanormas, esto es, reglas sobre reglas. En este segundo sentido, la RP puede –contingentemente– ser prescriptiva. Aun cuando es cierto que la RP contiene reglas constitutivas, no todas esas reglas constitutivas son de competencia porque algunas son reglas definicionales (*v. gr.* definiciones sobre la distinción entre *ratio decidendi* y *obiter dicta*). Además, la RP puede contener prescripciones: en algunos ordenamientos jurídicos, por ejemplo, los jueces deben aplicar los PJ sometidos incluso a sanciones disciplinarias y penales.

⁹ GUASTINI, 2001, p. 123.

¹⁰ Véase WALDRON 2020, en especial las secciones 5 y 9.

centralidad del principio de legalidad, lo cierto es que, en aquellos ordenamientos jurídicos que no contemplen las condiciones para crear, modificar y aplicar PJ, se debe entender que existe implícitamente una RP de rechazo.

Teniendo en cuenta estas precisiones, el siguiente aparatado se enfocará en el análisis de la RP vinculante.

III. LA REGLA DE PRECEDENTE COMO REGLA DE SEGUNDO ORDEN

Los ordenamientos jurídicos están conformados por dos tipos de reglas: las reglas primarias (o de primer orden) y las reglas secundarias (o de segundo orden)¹¹. Las reglas primarias son aquellas que se encargan de dirigir la acción exigiendo o permitiendo la realización (o no realización) de determinados comportamientos. Las reglas secundarias son reglas sobre reglas (normas acerca de cómo identificar, crear o aplicar reglas). Existe, no obstante, una ambigüedad en el concepto de reglas secundarias. Por un lado, con el concepto de reglas secundarias se puede hacer referencia a las normas de los ordenamientos jurídicos cuya finalidad es definir cómo identificar, crear, modificar, derogar o aplicar otras reglas. De acuerdo con esto, la RP es una regla secundaria que define el funcionamiento normativo de los PJ. Por otro lado, el concepto de reglas secundarias puede emplearse para designar las normas cuyo objeto es otra norma. En este segundo sentido, las reglas secundarias pueden definir actos normativos (*v. gr.* la creación de reglas) pero también prescribir acciones (exigir la aplicación de reglas). En conclusión, la RP es una regla de segundo orden, no solo en el primer sentido (esto es como una norma que define las condiciones para la identificación, creación y aplicación válida de PJ), sino también puede ser una regla secundaria en el segundo sentido, por ejemplo en aquellos ordenamientos jurídicos que, además de establecer una RP vinculante, se establece el deber de aplicar PJ (*i.e.* la RP como obligación).

En tanto regla de segundo orden (en el primero de los sentidos) la RP establece las condiciones en que los PJ son vinculantes. En esta tarea, la RP define: a) los criterios para la identificación de los PJ, b) las competencias para creación y aplicación de los PJ; y c) los criterios para establecer el significado de los PJ¹².

¹¹ Las primeras fundamentaciones filosóficas de la distinción de niveles o tipos de reglas puede verse en HART, 1994 y VON WRIGHT, 1963. Las críticas más notables acerca del asunto se dirigen a caracterizaciones específicas de la misma, pero no se discute la distinción en sí misma. Véase, por ejemplo, RAZ, J. 1979, pp. 92-93 y COLEMAN, pp. 84-86.

¹² Con diferencias, la tesis de que la RP es una regla secundaria está formulada en Pulido 2020 y Núñez 2020. Para el primero, la RP es un tipo de regla de adjudicación y de cambio. Para el segundo, la RP "implica al menos tres normas: una primera norma acerca de la competencia para dictar precedentes; una segunda que condiciona la regularidad de la decisión jurisdiccional y la aplicabilidad de la norma individual contenida en el *decisum* de aquella; y una tercera (contingente) sobre la competencia para el seguimiento de precedentes" (p. 330).

a. *La identificación de los precedentes judiciales*

La existencia de una RP vinculante supone la existencia de decisiones judiciales que contienen normas generales y abstractas que constituyen a los PJ¹³. Las normas jurídicas correlacionan un caso (conjunto de propiedades que caracterizan un tipo de acción o acto) y una solución normativa (prohibición, obligación, facultad, potestad)¹⁴. Son generales cuando sus destinatarios están constituidos por una clase de personas, es decir, que se dirigen a una categoría de personas (niños, adultos, extranjeros, jueces etc.). Asimismo, son abstractas cuando el caso está conformado por hechos hipotéticos, esto es por tipos o clases de acciones o actos (*v. gr.* usar cinturón de seguridad, votar o legislar). Por tanto, las normas jurídicas generales y abstractas (como las normas constitucionales, las de un código o, en nuestro caso, un PJ) son aquellas en las que sus destinatarios son una clase de personas y el caso es hipotético¹⁵.

La RP define las normas jurídicas generales y abstractas que constituyen los PJ. Existen, al respecto, dos variables: 1) la determinación de las providencias judiciales que constituyen a los PJ y 2) la definición del contenido normativo que –en específico– constituye al PJ. En relación con la primera variable, la RP puede establecer –por ejemplo– que solo las sentencias generan los PJ (es decir, excluyendo otro tipo de providencias). Puede también delimitar que solo las sentencias de determinados órganos judiciales (*v. gr.* los órganos de cierre) son constitutivos del PJ.

La segunda variable es más compleja. Esta variable depende, además, de la identificación de los poderes normativos de los jueces. Los poderes normativos se refieren a la capacidad que tienen las autoridades de afectar las acciones y actos de otros individuos (o, incluso, de ellos mismos)¹⁶. Son poderes normativos en el sentido que tienen la capacidad de modificar los deberes de los individuos o condicionar la validez de sus actos¹⁷. Un Juez tiene un poder normativo respecto de un individuo si es el caso que sus sentencias tienen la capacidad de obligar a ese individuo a realizar (o no realizar) una acción (*v. gr.* entregar una suma de dinero) o de afectar la validez de los actos de ese individuo (*v. gr.* anular un contrato).

Como se dijo, los PJ son normas generales y abstractas, por ello, en el contexto de la RP, los jueces ejercen poderes normativos que tienen efectos generales y abstractos. Al definir cuáles de esas normas (*i.e.* de las normas generales y abstractas creadas por los jueces) son vinculantes, la dogmática jurídica suele recurrir al concepto de *ratio decidendi*,

¹³ ALEXANDER & SHERWIN, 2007, pp. 27-50; NÚÑEZ VAQUERO, 2016, p. 134 y SCHAUER, 2013, p. 56. Es conceptualmente posible la existencia de RP y que no existan PJ (esto es que no se haya creado ningún precedente). Pero lo importante no es esta eventualidad, sino que las providencias tengan la “capacidad” de originar esas normas, aun cuando en efecto no existan PJ. Una capacidad se refiere a la potencia de un sujeto u objeto de ser o hacer algo. Acerca de esta noción véase RAZ, 2019, p.- 1-17.

¹⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1987, p. 38.

¹⁵ GUASTINI, 2009, p. 95. HERNÁNDEZ, 2002, p. 221.

¹⁶ RAZ, 2019, pp. 1-17; RAZ, 1990, pp. 98-106.

¹⁷ RAZ, 2019, pp. 1-17.

esto es, la regla que constituye la base de la decisión judicial y que corresponde al fundamento normativo directo para la resolución del problema jurídico a la luz del *decisum* de la providencia¹⁸. La noción de *ratio decidendi* —como se sabe— está asociada al principio de razón suficiente de las decisiones judiciales, esto es que toda providencia judicial debe fundarse en una norma general y abstracta que justifica la decisión establecida en el fallo. La *ratio decidendi* está constituida por la norma general y abstracta que sirve de fundamento a la resolución del problema jurídico y que, se supone, guarda unidad de sentido con el dispositivo del fallo¹⁹.

No obstante, reducir los PJ a la noción de *ratio decidendi* deja por fuera otros poderes normativos que son ejercidos por los jueces en las prácticas jurídicas actuales y que también son constitutivos de normas generales y abstractas. Recordemos algo básico: una sentencia judicial es un acto normativo que resuelve autoritativamente (*i.e.* de forma obligatoria o vinculante) y con valor de cosa juzgada (*i.e.* con carácter definitivo) un problema jurídico (*i.e.* un problema acerca de la adecuada aplicación del derecho a una situación definida)²⁰. En los ordenamientos jurídicos que reconocen la RP vinculante, los jueces —por medio de sus providencias judiciales— ejercen, al menos, dos poderes normativos: 1) resolver de forma autoritativa los problemas jurídicos que les son planteados y 2) establecer contenidos normativos que regulan casos más allá de lo decidido en el fallo respectivo. La cosa juzgada, esto es, la fuerza normativa de la decisión judicial respecto de los problemas específicos planteados a los jueces, se refiere a la primera función. Los jueces —en virtud del principio de *cosa juzgada*— tienen el poder normativo de determinar autoritativamente los derechos y deberes de otras personas e instituciones²¹. Los PJ del segundo tipo de poderes, es decir, el de originar normas jurídicas generales y abstractas²².

La diferencia entre la cosa juzgada y el PJ radica, en principio, en que el poder normativo ejercido mediante el PJ trasciende, de forma necesaria, la resolución de la *litis*, y se constituye en regla para la decisión en casos futuros, mientras que los efectos de la cosa juzgada se limitan a la resolución de un asunto concreto. No obstante, se debe precisar que en los ordenamientos jurídicos contemporáneos existen tribunales que tienen el poder de resolver problemas abstractos (por ejemplo, la definición en abstracto de la constitucionalidad de normas), y al mismo tiempo las decisiones de dichos tribunales tienen efectos *erga omnes*. Así, por ejemplo, si un tribunal constitucional considera que

¹⁸ CROSS & HARRIS, 2012, pp. 61-106; MARSHALL, 1997, pp. 503-517; LÓPEZ, 2006, pp. 217-260 y GARAY, 2013, pp. 113-141.

¹⁹ Existe una amplia discusión —incluso en el *common law*— del concepto de *ratio decidendi*. Véase DUXBURY, N. 2008, pp. 67-92; CHIASSONI, 2015, pp. 31-42; NÚÑEZ VAQUERO, 2016, pp. 130-135; TWINING y MIERS, 2010, pp. 304-312; y KOMAREK, 2013, pp. 149-171.

²⁰ HERNÁNDEZ, 2008, pp. 15-20.

²¹ MORESO y QUERALT, 2014, p. 154; y HART, 1994, p. 141-147.

²² ALEXANDER & SHERWIN, 2007, pp. 27-50

la norma X es inconstitucional entonces tiene el poder de expulsarla del ordenamiento jurídico con efectos generales y abstractos²³.

Además, los tribunales constitucionales han desarrollado la práctica de condicionar las sentencias de constitucionalidad abstracta. Por lo general, se espera que el fallo de estas sentencias establezca si una norma jurídica es o no constitucional. Sin embargo, en determinadas circunstancias, los tribunales constitucionales ofrecen respuestas “condicionadas”; es decir, si se plantea que la norma jurídica X es inconstitucional por violar la norma constitucional Y, el tribunal podría responder que X es constitucional si, y solo si, se entiende que debe contemplar el contenido normativo P. En estos escenarios lo que suele ocurrir es que el tribunal constitucional, o delimita la norma a un sentido específico o incluye supuestos normativos adicionales. Y en cualquiera de los dos casos esos contenidos son normas generales y abstractas establecidas en una providencia judicial²⁴.

Por último, algunos tribunales profieren órdenes generales como mecanismo para remediar las situaciones que les son sometidas a su decisión. En general, los jueces resuelven los problemas jurídicos mediante decisiones con efectos que vinculan solo a las partes del proceso (efectos *interpartes*). Una característica del *decisum* de estas providencias es que la norma allí identificada vincula, generalmente, solo a las partes del proceso²⁵. Sin embargo, existen situaciones en las que los jueces (principalmente los jueces constitucionales) argumentan que, a pesar de que el asunto sea de aquellos que exigen una decisión *interpartes*, diferentes factores –como la inactividad de los otros poderes públicos– justifican que el tribunal respectivo realice órdenes generales que en muchos casos vinculan a la administración e incluso al órgano legislativo²⁶.

Cuando los jueces tienen el poder de crear normas jurídicas generales y abstractas en el *decisum* de sus providencias, es posible diferenciar entre el PJ en estricto sentido y el PJ en amplio sentido. En el primero, el PJ se refiere a la *ratio decidendi* de las providencias judiciales y que en virtud de la RP puede ser vinculante. En el segundo sentido, el PJ se refiere a todas las normas generales y abstractas originadas en una providencia judicial, lo que incluye –además de la *ratio decidendi*– a las normas generales y abstractas que son creadas en los *decisum* de las providencias²⁷. La explicación de la RP, por tanto, debe dar cuenta de los diferentes poderes normativos de los jueces de crear contenidos generales y abstractos. Estos poderes, como se dijo, en muchos de los ordenamientos jurídicos actuales van más allá de la noción de *ratio decidendi*²⁸.

²³ ZHOU, 2019, p. 277-299.

²⁴ DÍAZ REVORIO, 2000, pp. 1799-1824

²⁵ ZHOU, 2019, p. 277-299. Algunos ordenamientos jurídicos han incluido, además, los efectos que el *decisum* vincula a quienes fueron parte del proceso y a quienes fueron parte del problema jurídico que originó la sentencia, pero no hicieron parte del proceso. Este es el caso de los efectos en amparos colectivos y acciones de clase. Véase MORENO CRUZ, 2017, pp. 61-119.

²⁶ Estas órdenes suelen marcarse como una característica del activismo judicial CROSS & LINDQUIST, 2007, p. 176.

²⁷ PULIDO, 2018a, pp. 65-94.

²⁸ PULIDO, 2018b, pp. 293-324.

b. *Las competencias para la creación y aplicación de precedentes judiciales*

La segunda función de la RP es establecer las competencias para la creación y aplicación de los PJ. La RP, en estos términos, es una regla de competencia. Estas reglas se caracterizan por ser reglas secundarias que definen las condiciones para producir actos válidos. Una norma de competencia es aquella que atribuye a la autoridad A el poder normativo de realizar el acto N, mediante el procedimiento (o formas) P, en relación con la materia M²⁹.

Veamos un sencillo ejemplo: una Constitución establece que corresponde al tribunal constitucional, en el marco de un proceso de constitucionalidad abstracta, definir la constitucionalidad por vicios de forma o contenido de los decretos legislativos que dicte el gobierno en los estados de excepción. Esta norma de competencia contempla los siguientes elementos: A (el tribunal constitucional), N (declaración de constitucionalidad o inconstitucionalidad), P (proceso de constitucionalidad abstracta) y M (vicios constitucionales de forma y contenido de los decretos legislativos). La validez de un acto de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una norma depende del cumplimiento de las condiciones definidas en la norma de competencia que posibilita el ejercicio de ese acto, esto es, la regla que resulta de la conjunción de las condiciones A, P y M. Así, por ejemplo, si el tribunal constitucional decide acerca de los decretos legislativos por cuestiones distintas a los vicios constitucionales de forma o procedimiento, entonces la decisión es nula o inválida. Lo mismo que si una autoridad distinta a la Corte Constitucional pretende declarar la constitucionalidad de esos decretos, lo cierto es que por más de que se cumplan los requisitos N, P y M el acto es inválido.

En tanto la RP define acerca de competencias se constituye en condición de la validez de determinados actos. En específico, la RP contiene dos tipos de normas de competencia (que, por tanto, condiciona la validez de dos clases de actos normativos)³⁰. En primer lugar, la RP es una regla que establece las condiciones para la creación, modificación y derogación de los PJ (una regla de cambio)³¹. Y en segundo lugar la RP es una regla que define las condiciones de la validez para la aplicación de los PJ (una regla de adjudicación³²).

²⁹ FERRER-BELTRÁN, 2000, pp. 147-68. BULYGIN, 1992, pp. 201-216. Existen críticas a la tesis según si las reglas de competencia son reglas determinativas o constitutivas. Véase SPAAK, 2003, pp. 89-104 y ARRIAGADA CÁCERES, 2017, pp. 93-121. En todo caso, como lo explica ARRIAGADA CÁCERES, la noción fundamental de “competencia” es la posibilidad de producir, modificar o derogar normas válidas en las condiciones definidas por las normas de competencia.

³⁰ Como se expuso en la nota 6 al pie de este trabajo, la RP es el resultado de la síntesis de un conjunto de normas de segundo orden, dentro de las cuales se encuentran normas de competencia. Por esta razón, la RP no es solo una norma de competencia sino una norma que contiene normas de competencia.

³¹ HART, 1994, pp. 95-97. En el *common law* esa dimensión de la RP establece las condiciones para realizar el *overruling*, esto es, modificar o derogar PJ. DUXBURY, 2008, pp. 116-128. SUMMERS & ENG, 1997, pp. 519-529.

³² HART, 1994, pp. 97-99.

Como regla de cambio, la RP define 1) las autoridades competentes para crear PJ o introducir cambios en ellos, 2) la condiciones y formalidades (o procedimientos) para hacerlo, y 3) el ámbito o materias en donde se pueden crear precedentes. En relación con las autoridades judiciales competentes para crear, modificar o derogar PJ, diferentes ordenamientos jurídicos establecen que los cambios de PJ solo los puede introducir por la autoridad que creó el PJ o por una autoridad superior³³. Con base en lo anterior se diferencia entre precedente vertical, precedente horizontal y autoprecedente. El primero es aquel PJ que proviene de sentencias de un juez o tribunal de jerarquía superior. El horizontal es el PJ que proviene de sentencias de jueces o tribunales de la misma jerarquía. Por último, el autoprecedente es el originado en sentencias del mismo juez o tribunal. En diferentes ordenamientos jurídicos se define que los cambios a los PJ solo pueden realizarse sobre el horizontal y el autoprecedente³⁴.

Al respecto, la pregunta que surge es ¿tiene sentido afirmar que una autoridad judicial A está vinculada al precedente B si, en todo caso, puede cambiar B? La respuesta es que la RP vinculante depende de que se puedan diferenciar las condiciones de cambio de las condiciones de seguimiento. En tal caso, la RP debe diferenciar dos tipos de contenidos normativos. El primero se relaciona con la forma en que el seguimiento de PJ condiciona la validez de los actos de la misma autoridad que lo crea y el segundo con las condiciones que caracterizan competencia para modificarlos. En la mayoría de organizaciones jurisdiccionales se establece una estructura piramidal con órganos judiciales de cierre y de instancia. En estos contextos, la RP puede establecer que los PJ de los órganos de cierre vinculen verticalmente a las decisiones de los órganos de instancia y pueden, incluso, generar vinculación con sus propias decisiones (autoprecedente). En el derecho constitucional estadounidense, por ejemplo, los PJ de la Suprema Corte vinculan a los tribunales inferiores y los cambios en esos PJ solo pueden ser introducidos por la propia Suprema Corte. Además, existen unas causales a las que debe recurrir la Suprema Corte para justificar el cambio en sus PJ: modificaciones en las fuentes jurídicas; cuando se muestre que el precedente afecta la coherencia o consistencia del derecho, y cuando se muestre que el PJ es inconsistente con el sentido contemporáneo de justicia³⁵.

Además, la RP como regla de adjudicación define las condiciones de la validez para la aplicación de los PJ. En este sentido la RP es vinculante en tanto sujeta la validez de

³³ GERHARDT, 2008, pp. 9-46; CROSS & HARRIS, 2012, pp. 26; PULIDO, 2018a, pp. 60-63. y GARAY, 2013, pp. 224-230

³⁴ CROSS & HARRIS, 2012; 159-161 y MAGALONI, 2001, p. 38. Es cierto que en las tradiciones jurídicas continentales no suele hablarse de jerarquía judicial. Sin embargo, para efectos de la configuración de la RP, se entiende que un tribunal es superior a otro cuando tiene la competencia de anular sus decisiones mediante algún tipo de recurso ordinario (*v. gr.* la apelación) o extraordinario (*v. gr.* la casación). De esta materia véase DOBBINS, 2010, pp. 1460-1466 y PULIDO, 2018a, p. 32. Una cuestión que le corresponde responder a la RP es si los PJ pueden cambiarse por autoridades no judiciales, en especial, los Parlamentos. En efecto, en algunos ordenamientos jurídicos las leyes pueden modificar o derogar los PJ (*v. gr.* el derecho estadounidense); en otros se le excluye esa posibilidad a los Parlamentos (*v. gr.* el derecho constitucional colombiano).

³⁵ SHAPIRO, 2008, pp. 929-956.

determinados actos normativos a la aplicación de los PJ³⁶. En otras palabras, los actos de una autoridad A están vinculados a un PJ si es el caso que la validez de los actos de A depende de la aplicación del PJ. En este orden de ideas, la RP establece las condiciones en que los sujetos vinculados deben aplicar los PJ. En esta tarea, la RP puede definir las condiciones en que los sujetos vinculados pueden apartarse de un PJ, *i.e.* las condiciones en que esos sujetos pueden dejar de aplicar un PJ sin afectar la validez de sus actos. Existe, por tanto, una diferencia entre apartarse de un PJ (no aplicarlo a un caso sin que afecte la validez de la decisión) y cambiarlo (derogarlo parcial o totalmente). En el contexto de la RP vinculante, la posibilidad de cambiar los PJ suele limitarse a la modificación del autoprecedente o a los PJ de órganos judiciales inferiores. En cambio, no es extraño que la RP admita que incluso los órganos judiciales inferiores se aparten de los PJ de los órganos judiciales superiores.

Suelen identificarse dos argumentos principales para justificar que un operador judicial se aparte de un PJ: argumentos basados en distinciones³⁷ y la pérdida de fuerza de los PJ³⁸. Las distinciones pueden ser de dos tipos³⁹: por un lado, los operadores pueden distinguir entre los hechos que deben resolver en la *litis* y los que están regulados en el PJ. Esta potestad consiste simplemente en decidir que los hechos a resolver en el litigio no hacen parte de los supuestos de hecho definidos en el PJ. Imaginemos que un PJ exige que si se dan los supuestos a, b y c entonces B debe realizar la conducta Φ . Ahora supongamos que el juez se debe pronunciar respecto de los hechos p, q y r. En este caso, desde luego, el juez no está vinculado al PJ en tanto p, q y r no hacen parte del supuesto de hecho de aquel. Lo que suele ocurrir es otra cosa: se argumenta que p, q o r son suficientemente parecidos a los hechos a, b y c como para justificar ampliar el PJ. En estas circunstancias, no se está pidiendo que el juez aplique el PJ al caso informado por los hechos p, q y r sino que lo extienda a unos hechos distintos (típicamente porque en esos hechos no hay calificación jurídica, esto es, porque hay una laguna). En otras palabras, se está pidiendo al juez la extensión, por analogía, del PJ a unos hechos no regulados por el PJ. No obstante, la autorización de recurrir a la analogía para extender precedentes dependerá—desde luego—de las características y propósitos de cada práctica jurídica, de forma tal que no es posible dar una respuesta general del asunto. En otras palabras, esta posibilidad depende de la forma en que contingentemente se implemente la RP en cada ordenamiento jurídico. Asimismo, los operadores jurídicos pueden plantear un segundo tipo de distinción: la potestad de diferenciar entre los contenidos de las providencias judiciales que son vinculantes de los contenidos que no lo son. Como

³⁶ Al respecto véase ARRIAGADA, 2021 pp. 361-396

³⁷ DUXBURY, 2008, pp. 113-116.

³⁸ CROSS & HARRIS, 2012, pp. 157-159.

³⁹ De estas formas de distinciones véase LÓPEZ, 2006, pp. 213-220 y Bernal Pulido, 2009, pp. 163-165. Sin embargo, en el *common law* la noción *distinguish* es más restringida y se refiere a la técnica que emplean los jueces para apartarse de un PJ al encontrar una diferencia fáctica relevante entre el caso precedente (*i.e.* el caso resuelto por la sentencia que constituye el precedente) y el caso que debe resolver el juez (GARDNER, 2007, p. 71).

se dijo antes, la RP contempla las condiciones para determinar qué es lo que conforma un PJ. Como consecuencia de la diferenciación entre *ratio decidendi* y el *obiter dictum*, los operadores sí están vinculados —entre otros— a la *ratio decidendi* (y no a la *obiter dictum*). Obsérvese que en estas circunstancias las distinciones son autorizadas para establecer el precedente vinculante, pero no como argumento para apartarse del mismo.

La pérdida de fuerza de los PJ se refiere a la definición de un conjunto de razones que justifican que un operador judicial pueda apartarse de un PJ. En este caso no es que el operador realice distinciones fácticas (entre los hechos de los casos) o normativas (entre los contenidos considerados *ratio decidendi* y los que son *obiter dicta*), sino que —por ejemplo— a pesar de que determinado contenido es *ratio decidendi* y que no es posible plantear distinciones fácticas, en todo caso el operador judicial puede apartarse del PJ. En efecto, la RP puede contemplar varias razones que tienen la capacidad de superar la fuerza vinculante del PJ, esto es excepciones a la vinculatoriedad del PJ del que se trate. En este orden de ideas, la RP puede establecer: a) una vinculatoriedad *estricta*, en el que los actos normativos vinculados están sujetos invariablemente al PJ, sin contemplar, por tanto, razones capaces de superarlo; o b) una vinculatoriedad limitada, es decir, que se aceptan excepciones a la sujeción al PJ⁴⁰.

c. *La definición de los criterios para establecer el significado de los precedentes judiciales*

El funcionamiento de la RP depende de que sea posible comprender el significado de los textos de las providencias judiciales que constituyen a los PJ. Los PJ, como se ha dicho, son normas generales y abstractas formuladas en providencias judiciales. Se supone, por tanto, que el lenguaje empleado en esas providencias debe ser capaz de comunicar el PJ. Para comprender esta idea, resulta pertinente recurrir a la diferencia entre significado literal (o semántico) y significado pragmático o contextual⁴¹.

El significado literal está en función de los símbolos lingüísticos empleados en los textos jurídicos; la referencia o la clase de objetos a los que se refiere el lenguaje; y el sentido (o contenido) del lenguaje, a saber, el conjunto de criterios que deben acreditarse para establecer que cierto objeto (o conjunto de objetos) forman parte de la clase de objetos referenciados por el término⁴². El significado literal de las disposiciones jurídicas en general, y de las providencias judiciales que formulan los PJ en particular, está dado por las relaciones de significación (en función de la referencia y el sentido de los términos lingüísticos) de las expresiones empleadas en ellas.

Volvamos al ejemplo del PJ mencionado antes: un adulto mayor demanda para que las empresas prestadoras de salud le suministren pañales, por cuanto sufre una enfermedad

⁴⁰ PECZENIK, 1997, pp. 463.

⁴¹ SPEAKS, 2014. Es oportuno aclarar que no se está intentando proponer una descripción exhaustiva de las técnicas de interpretación de PJ. Lo que se intenta mostrar es que existen unos presupuestos lingüísticos básicos para la formulación de normas en general y de PJ en particular. De la materia véase MARMOR, 2011, pp. 136-159.

⁴² FLANAGAN, 2010, pp. 255-271

que le ha provocado incontinencia urinaria. Para decidir se discutieron los argumentos a favor y en contra de la petición. Piénsese que se consideraron los argumentos económicos que desaconsejan otorgar ese derecho (razón *p*); se consideró, además, que la falta de atención a la incontinencia afecta la salud de los adultos mayores (razón *q*); y que cuando los adultos mayores no tienen suficientes recursos económicos, el Estado debe asistirlos (razón *s*). Se decidió a favor del solicitante y se definió: “A los adultos mayores, las entidades prestadoras de salud deberán proveerlos de pañales en aquellas situaciones en que por su situación médica se hagan exigibles”.

En este PJ, el conjunto de propiedades que caracterizan la acción prescrita está determinada, entre otros, por el significado del término “pañales”. La semántica de esa disposición depende, por tanto, de la referencia y el sentido de este término. La referencia de “pañales” corresponde, entonces, al conjunto de objetos que podemos calificar como tales. El sentido, por su parte, corresponde al conjunto de criterios que empleamos para incluir o excluir los objetos de la categoría “pañales”. Así, los individuos (en tanto hablantes competentes) pueden, en la mayoría de los casos, comprender el tipo de objetos que las entidades deben entregar en virtud del precedente del ejemplo. Esto es así, toda vez que conocen (y comparten) el conjunto de reglas y convenciones que les permite formar el contenido significativo de la expresión “pañales”, y mediante este, determinar los objetos designados.

Algunos piensan que una característica necesaria de la inteligibilidad de las reglas es que el significado de sus formulaciones se independice por completo (se “atrincherar”) de sus razones subyacentes (es decir, que el funcionamiento de la regla depende de que el PJ se independice de *p*, *q* y *s*)⁴³. No obstante, no es cierto que para que la regla sea comprensible (en tanto regla) sea necesario ese atrincheramiento. Lo que resulta fundamental para la inteligibilidad de la regla es que los individuos puedan comprender el significado del lenguaje empleado por las autoridades que formulan la regla, y que lo hagan sin que sea necesario que recurran a un nuevo razonamiento evaluativo acerca de las razones que las justifican.

Pero el significado de las palabras y las oraciones no se reduce a las funciones semánticas (y sintácticas) del lenguaje, pues depende también de las consideraciones *pragmáticas* dadas por el contexto de aplicación y el contexto normativo⁴⁴. El contexto de aplicación se refiere al conjunto de hechos que son conjuntamente conocidos (presupuestos) por los individuos, y gracias a ello el significado es comprendido por los participantes de la práctica lingüística. Así, por ejemplo, suponemos que si pedimos un filete de carne en un restaurante, el mesero nos traerá un filete cocido. Si nos traen un trozo crudo de carne, le diremos al mesero que no “entendió” nuestra orden aun cuando semánticamente este trozo sea un filete.

El contexto normativo, por otro lado, se refiere a las razones que justifican la práctica lingüística en la que estamos involucrados. En el derecho hay buenos ejemplos de cómo

⁴³ SCHAUER, 2004, pp. 113-136

⁴⁴ KORTA & PERRY 2015; MARMOR, 2011, 136-145.

el contexto normativo afecta la comprensión del lenguaje. En el derecho codificado (y en especial la regulación de los títulos valores) los participantes entienden que existen razones (*v.gr.* la seguridad en las transacciones comerciales) para darle una prevalencia (o autonomía) semántica del lenguaje empleado; por ejemplo, en una letra de cambio. Asimismo, existen diferentes prácticas jurídicas que admiten la relevancia de un conjunto delimitado de razones subyacentes para comprender el significado de los PJ⁴⁵.

La cuestión de la relevancia de las razones subyacentes está en función de si la RP reconoce (o no reconoce) a los operadores jurídicos la potestad de *adaptar* el contenido semántico (o significado literal) de los PJ a la luz del contexto en que los PJ fueron definidos. Esto es, en otras palabras, si los operadores jurídicos tienen la potestad de ampliar o reducir el contenido semántico de los PJ en función de las razones subyacentes que justificaron la creación del PJ. Aunque esta potestad implica, en alguna medida, que se supere la “semántica” de las disposiciones jurídicas que constituyen los PJ, ello no significa, de forma necesaria, que se modifique el significado de ese PJ (esta potestad no implica necesariamente modificar o cambiar el PJ). El contenido de la norma se reduce cuando se incluye una propiedad que no hace parte de las condiciones semánticas de los términos empleados en el precedente. Además, se amplía cuando se excluye una propiedad que hace parte del significado literal de los términos empleados en el precedente.

Volvamos al ejemplo: luego de evaluar las razones *p* (argumentos económicos de sostenibilidad del sistema de salud que desaconsejan otorgar el derecho), *q* (daño en la salud de los adultos mayores) y *s* (los recursos económicos de los adultos mayores) se definió que “las empresas prestadoras de salud deberán proveer a los adultos mayores de pañales en aquellas situaciones en que por su situación médica se hagan exigibles”. Esto quiere decir que, de acuerdo con el contenido exclusivamente semántico del PJ, se pueden exigir pañales (propiedad *a*) siempre que se acredite que el beneficiario es un adulto mayor (propiedad *b*) que carece de recursos suficientes para solventar el pago de los pañales (propiedad *c*), y que estos son exigidos por su situación médica (propiedad *d*). Imaginemos un caso en el que un adulto mayor solicita que le sean suministrados pañales. La entidad responsable responde que ya le fueron suministrados *pañales de tela* y que, por tanto, la solicitud es improcedente. La decisión de considerar que los pañales de tela dentro del ámbito del PJ resultan irrazonables en tanto justamente del contexto de la formulación del PJ se deriva claramente que el propósito es mejorar la calidad de vida de los adultos mayores. En otras palabras, aun cuando un pañal de tela, en un sentido estrictamente semántico o literal, cumple con la exigencia definida en la propiedad *a*; lo cierto es que una aplicación del contexto normativo nos lleva a concluir que un pañal de tela es contradictorio con la razón *q*, por lo que una decisión en tal sentido (es decir, considerar que la entidad cumplió con la obligación) sería contraria

⁴⁵ Las razones subyacentes son aquellas consideraciones que justifican la adopción de una regla jurídica (por ejemplo, las razones *q* y *s* del caso empleado en párrafos anteriores).

a la función excluyente del PJ⁴⁶. En estos casos, podríamos decir que se hace necesario aplicar la atribución de reducir el significado literal del PJ restringiendo la propiedad p a la propiedad $p-1$.

Posteriormente, otro adulto mayor reclama, además de pañales, crema antipañalitis y paños húmedos. La empresa de salud autoriza los pañales, pero rechaza la solicitud de la crema y los paños. Por su parte, el juez que decide amplía el alcance semántico de la regla e e incluye tanto la crema como los paños al quedar demostrado que el uso de pañales en personas adultas exige el uso de esos elementos para evitar daños en la salud (pañalitis e infecciones). En efecto, aun cuando estos productos no hacen parte de la designación del término “pañales”, el juez decidió incluirlos, como consecuencia de las razones q y s . Este caso es un ejemplo de ampliación del alcance semántico del precedente, pero –en cualquier caso– no representa una reevaluación de las razones que conforman el contexto normativo del PJ.

El propósito de estos ejemplos es mostrar la relación entre los PJ y las razones subyacentes. En algunas prácticas normativas se espera que las disposiciones jurídicas funcionen con exclusión de las razones subyacentes (este puede ser el caso de lo que, en derecho comercial, se conoce como “autonomía de los títulos valores”). En otras prácticas, por el contrario, las reglas no solo no excluyen a determinadas razones subyacentes, sino que de hecho las incluyen como criterio relevante para determinar su significado (este es el caso de los criterios que suelen incluirse para determinar la *ratio decidendi* en el *common law*⁴⁷). Es posible, por tanto, que la RP incluya, como consideración normativa relevante para establecer el significado del PJ, a las razones que llevaron al juez a crear el PJ (o sea, las razones determinantes del contenido del PJ). Pero, asimismo, la potestad de adaptar el contenido semántico del PJ no autoriza al juez a recurrir a cualquier tipo de consideración. Si se espera que los PJ funcionen como reglas, por tanto, el juez no puede recurrir a razones que resulten contrarias al significado del precedente, y, además, no puede reabrir el balance de las razones que fueron evaluadas en el PJ. De hecho, lo que permite dicha potestad es consultar esas razones para comprender, de manera adecuada, el contexto del PJ. En suma, la identificación de, por ejemplo, la *ratio decidendi* involucra la definición del porqué de la regla respectiva. Pero identificar las razones que constituyen ese “porqué” no implica reevaluarlo: el entendimiento de las palabras que se emplean en un PJ depende de la comprensión de esas razones, no de su reevaluación⁴⁸.

⁴⁶ Por el significado literal es verdad que un pañal usado es un pañal. Pero nadie estaría dispuesto a aceptar que suministrar un pañal usado es un acto satisfactorio de la obligación establecida en el precedente. En otras palabras, aun cuando se pueda afirmar que se está haciendo una distinción (*distinguish*) para ajustar el contenido semántico del PJ, esto no significa que se esté modificando el PJ ni que se esté resolviendo un conflicto entre dos normas.

⁴⁷ DUXBURY, 2008, pp. 58-110.

⁴⁸ Desde luego que si la RP establece un conjunto de razones como consideración normativa relevante para establecer el significado del PJ, entonces esas razones forman parte del PJ. La actividad del operador jurídico para comprender esas razones, y por tanto para establecer el contenido del PJ, no implica que necesariamente se esté reevaluando el PJ. Véase PULIDO, 2018a, pp. 322-323. De la distinción entre evaluar un contenido y comprenderlo véase ENDICOTT, 2014, pp. 46-56.

De acuerdo con lo dicho, es posible remarcar tres puntos. Primero, son diferentes las potestades de adaptar el contenido semántico del PJ y la de modificarlo (y de lo primero no se sigue lo segundo). Puede darse que un juez ajuste el contenido semántico de un PJ, pero que no tenga la autoridad para modificarlo. Segundo, cuando se ejerce la potestad de adaptar el contenido semántico, no se modifican las razones subyacentes del PJ (*i.e.* las razones que en específico hacen parte de la regla que constituye el PJ), ni sus relaciones con las razones contrarias a la conducta exigida. Por tanto, la potestad de adaptar el contenido semántico implica autorizar la consulta de las razones subyacentes (por ejemplo, las razones *q* y *s*), pero no a modificar la relación de estas con las razones excluidas contrarias a la conducta exigida (por ejemplo, la razón *p*). Tercero, la definición del contenido de esas potestades depende de la configuración de la RP en cada ordenamiento jurídico.

IV. LA REGLA DE PRECEDENTE COMO OBLIGACIÓN

Existe una diferencia entre vincular y obligar. Una RP es vinculante en el sentido que se constituye una condición para la validez de los actos de los operadores jurídicos. La consecuencia de desconocer la RP es la invalidez o nulidad del acto respectivo. La RP puede –de forma contingente– prescribir la aplicación de PJ (la RP como obligación)⁴⁹. Asimismo, una RP es obligatoria cuando sobre la aplicación de PJ. En este caso, la RP no pretende definir las condiciones de validez de un acto sino exigir una conducta: aplicar PJ.

La existencia de la RP como obligación no es una consecuencia del carácter vinculante de la RP. Con otros términos, no es cierto que las normas que vinculen también obliguen (o prescriban). En realidad, es conceptualmente compatible que un acto sea válido pero prohibido (por ejemplo la venta de una cosa ajena hurtada). Lo que ocurre es que generalmente los operadores jurídicos no solo están vinculados al derecho vigente, sino que además tienen la obligación de aplicarlo. En otras palabras, el derecho vigente (dentro del que, en virtud de la RP, se encuentran los PJ) se constituye en una condición de validez de los actos jurídicos (*v. gr.* sentencias judiciales), pero suele existir también el deber de aplicarlo. Es por esta razón que los teóricos del derecho han observado que los ordenamientos jurídicos complementan las reglas de competencia (que generan potestades) con reglas prescriptivas acerca de cómo emplear esas potestades (pueden existir normas que prescriban acerca de la forma de usar competencias). De acuerdo con

⁴⁹ La distinción entre vinculación y obligación en el marco de la regla de precedente ha sido recientemente estudiada en ARRIAGADA, 2021 pp. 361-396 y NÚÑEZ VAQUERO, 2021, pp. 329-360. Concretamente, este trabajo sigue la idea de estos autores cuando sostienen que es conceptualmente distinto afirmar que los PJ son obligatorios a afirmar que son vinculantes. No obstante, en este apartado del trabajo se subraya que un ordenamiento jurídico puede contingentemente establecer contenidos prescriptivos en la regla de precedente. Como se dijo antes, la regla de precedente es en realidad una regla compleja que puede involucrar la idea de regla secundaria en dos sentidos. Por un lado, una función constitutiva de las formas válidas de crear, identificar, aplicar PJ. Por el otro, una metanorma (o reglas sobre reglas) en la que la regla de precedente –contingentemente– prescribe la aplicación de PJ.

esto, es posible, aunque no necesario, que los ordenamientos jurídicos obliguen a los operadores jurídicos a usar la RP en el ejercicio de sus competencias.

Esta diferencia se comprende mejor al analizar las consecuencias del desconocimiento de cada una de esas dimensiones de la RP. El desconocimiento de las RP vinculante genera la invalidez y eventual nulidad de los actos jurídicos. En tanto la RP es una condición necesaria de la validez de los actos entonces su desconocimiento implica la invalidez de los mismos⁵⁰. En estos términos, la invalidez es la consecuencia necesaria de no observar las condiciones establecidas en las RP vinculantes⁵¹. Por el contrario, no existen consecuencias necesarias para el incumplimiento de las reglas prescriptivas en general, ni de la RP como obligación en particular. Lo que ocurre es que los ordenamientos jurídicos eventualmente contemplan sanciones como respuesta al desobedecimiento de sus prescripciones. No obstante, la existencia de sanciones es independiente de la existencia de los deberes jurídicos creados por las reglas⁵². Las sanciones son las consecuencias contingentes del incumplimiento de las reglas que obligan a seguir la RP. La nulidad (o invalidez) es la consecuencia necesaria del incumplimiento de la RP vinculante. En suma, es conceptualmente posible una RP vinculante sin sanciones y conceptualmente imposible una RP vinculante sin nulidades⁵³.

En estricto sentido, no se pueden contemplar sanciones como consecuencia del no seguimiento a la RP vinculante. Esta regla es una norma compleja que define las condiciones en que un acto jurídico puede ser creado, modificado, derogado o aplicado. Es decir, la consecuencia jurídica ante el incumplimiento de RP es la invalidez del acto. Lo que puede ocurrir es que se contemplen deberes cuyo contenido incluya la realización de un acto jurídico y, por tanto, el seguimiento de reglas de competencia. Una decisión judicial, por ejemplo, es un acto jurídico cuya validez depende del cumplimiento de las condiciones establecidas en reglas de competencia (incluida, de ser el caso, la RP vinculante). Si los jueces no cumplen con estas condiciones sus sentencias serán inválidas. Además de ello, suelen existir reglas que prescriben que los jueces resuelvan, mediante sentencias, los casos sometidos a su competencia. En definitiva, y en relación con las decisiones judiciales, es posible diferenciar entre a) las reglas de competencia que definen sus condiciones de validez y b) las reglas que obligan a proferir sentencias (o incluso que obligan a aplicar la RP).

⁵⁰ PULIDO, 2018a, pp. 325-381.

⁵¹ HART, 1994, pp. 33-38.

⁵² RAZ, 1990, pp. 154-162.

⁵³ Acerca del carácter contingente de las sanciones en la configuración de la regla de precedente véase PULIDO, 2018a, pp. 325-381 y NÚÑEZ VAQUERO 2021, p. 337-338.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y Bulygin, Eugenio, 1987: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- ALEXANDER, Larry & Sherwin, Emily, 2007: "Judges as Rulemakers", en Douglas Edlin (editor), *Common Law Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, pp 27-50.
- ARRIAGADA Cáceres, María Beatriz, 2017: "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas". *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, volumen 40, pp. 93-121, Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2017-n40-normas-de-competencia-y-normas-acerca-de-la-competencia>.
- ARRIAGADA Cáceres, María Beatriz, 2021: "Las dos caras del precedente vinculante", en A. Núñez Vaquero, M. Beatriz Arriagada Cáceres y I. Hunter Ampuero, *Teoría y práctica del Precedente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 361-396.
- CROSS, Rupert y Harris, J.W., 2012: *El precedente en el derecho inglés*, Madrid: Marcial Pons.
- BERNAL Pulido, Carlos, 2009: *El neoconstitucionalismo y la normatividad del derecho. Escritos de derecho constitucional y filosofía del derecho*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- BRONAUGH, Richard, 1987: Persuasive Precedent, en L. Goldstein (editor), *Precedent in Law*, Oxford: Clarendon Press, pp. 216-247.
- BRAVO-HURTADO, Pablo, 2013: "hacia los precedentes en Chile: reforma procesal civil y fuentes del derecho", *Revista chilena de derecho*, volumen 40, número 2, pp. 549-576. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200008>
- BULYGIN, Eugenio, 1992: "On norms of competence", *Law and Philosophy*, volume 11, pp. 201-216. <https://doi.org/10.1007/BF01000642>.
- CROSS, Frank & Lindquist, Stefanie, 2007: The scientific study of judicial activism, *Minnesota Law Review*, volume 91, número 6, pp. 1752-1784. Disponible en https://www.minnesotalawreview.org/wp-content/uploads/2012/01/CrossandLindquist_Final.pdf [Fecha de consulta: 1.3.2020].
- COLEMAN, Jules, 2011: *The practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- DÍAZ Revorio, Francisco J., 2000: "Interpretación constitucional y sentencias interpretativas", *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, número 1, pp. 1799-1824.
- DOBBINS, Jeffrey, 2010: "Structure and Precedent", *Michigan Law Review*, volumen 108, número 8, pp. 1453-1496. Disponible en <https://repository.law.umich.edu/mlr/vol108/iss8/1/>
- DUXBURY, Neil, 2008: *The Nature and Authority of Precedent*, New York: Cambridge University Press.
- FLANAGAN, Brian, 2010: "Revisiting the Contribution of Literal Meaning to Legal Meaning", *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 30, numero 2, pp. 255-271, <https://doi.org/10.1093/ojls/gqp030>
- FERRER-BELTRÁN, Jordi, 2000: *Las normas de competencia un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARAY, Alberto, 2013: *La doctrina del precedente en la Corte Suprema*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GARDNER, John, 2007: "Some Types of Law", en Douglas Edlin (editor), *Common Law Theory*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 51-77.
- GERHARDT, Michael J., 2008: *The Power of Precedent*, Oxford: Oxford University Press.
- GUASTINI, Riccardo, 1999: *Distinguiendo*, Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, Riccardo, 2001: *Estudios de teoría constitucional*, México: Fontamara.
- HART, H. L. A., 1994: *The concept of law* (2a. Ed.) P. Bulloch y J. Raz (editores), Oxford: Clarendon Press.
- HERNÁNDEZ Marín, Rafael, 2002: *Introducción a la teoría de la norma jurídica* (2a Ed.), Madrid-Barcelona, 2002.

- HERNÁNDEZ Marín, Rafael, 2008: *Las obligaciones básicas de los jueces*, Madrid: Marcial Pons.
- KOMAREK, Jan, 2013: "Reasoning with previous decisions: beyond the doctrine of precedent", *American Journal of Comparative Law*, volumen 61, número 1, pp. 149-171. Disponible en www.jstor.org/stable/41721717 [Fecha de consulta: 1.3.2020]
- KORTA, Kepa & Perry, John, 2015: "Pragmatics", En E. Zalta (editor) *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*. Disponible en <http://plato.stanford.edu/entries/pragmatics/#Aca> [Fecha de consulta: 1.3.2020].
- LÓPEZ, Diego, 2006: *El derecho de los Jueces*. Bogotá: Legis.
- MARMOR, Andrei, 2011: *Philosophy of Law*, Princeton: Princeton University Press.
- MARSHALL, Geoffrey, 1997: "What is binding in a precedent", En: N. Mac Commick y R. Summers (editors), *Intepreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, pp. 503-517.
- MORENO Cruz, Pablo, 2017: "efectos inter comunis: una acción de tutela colectiva y obligatoria", en Ramiro Bejarano Guzmán, Pablo Moreno Cruz, Marcela Rodríguez Mejía (editores), Aspectos procesales de la acción de tutela, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, p. 61-119.
- MORESO, José Juan, & Queralt, Jahel, 2014: Bosquejo de Dworkin: la imbricación entre el derecho y la moralidad, *Isonomía* (México), volumen 41, pp. 143-174. Disponible http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-02182014000200007&lng=es&tlng=es . [Fecha de consulta: 1.3.2020]
- NÚÑEZ Vaquero, Álvaro, 2016: "Sin precedentes: una mirada escéptica a la regla del stare decisis", *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, número 39, pp. 127-156. <https://doi.org/10.14198/DOXA2016.39.08>
- NÚÑEZ Vaquero, Álvaro, 2021: "¿Son obligatorios los precedentes? La regla del precedente como norma(s) constitutiva(s)", en A. Núñez Vaquero, M. Beatriz Arriagada Cáceres y I. Hunter Ampuero, *Teoría y práctica del Precedente*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 329-360.
- PECZENIK, Aleksander, 1997: "The Binding force of precedent", en: N. Mac Commick y R. Summers (editors), *Intepreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, pp. 461-479.
- PULIDO-ORTIZ, Fabio, 2018a: Jueces y reglas. La autoridad del precedente judicial. Bogotá: Universidad de La Sabana.
- PULIDO-ORTIZ, Fabio Enrique, 2018b: "Poderes normativos de la Corte Constitucional colombiana", *Ius et Praxis (Talca)*, volumen 24, número 3, pp. 309-334, Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122018000300309&lng=e s&nrm=iso [Fecha de consulta: 1.3.2020]
- RAZ, Joseph, 1979: *The authority of law: Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press, 1979. Raz, Joseph, 1990: *Practical Reason and Norms*, Oxford: Oxford University Press.
- RAZ, Joseph, 2019: "Normative Powers", *Oxford Legal Studies Research Paper*, número 36, disponible en : <https://ssrn.com/abstract=3379368> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3379368> [Fecha de consulta: 1.3.2020]
- SHAPIRO, David, 2008: "The role of precedent in constitutional adjudication: an introspection", *Texas Law Review*, volumen 86, número 5, pp. 929-956.
- SCHAUER, Frederick, 2004: *Las reglas en juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, Barcelona: Marcial Pons.
- SCHAUER, Fredrick, 2013: *Pensar como un abogado. Una nueva introducción al razonamiento jurídico* (T. Schleider, trad.), Madrid: Marcial Pons.
- SPAACK, Torben, 2003: "Norms that Confer Competence", *Ratio Iris*, volumen 16, pp. 89-104.
- SPEAKS, Jeff, 2014: "Theories of Meaning", en: E. Zalta (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, <https://plato.stanford.edu/archives/win2019/entries/meaning/> [Fecha de consulta: 1.3.2020]
- SUMMERS, Robert y Eng, Svein, 1997: "Departures from Precedent". En: N. Mac Commick y R. Summers (editors), *Intepreting Precedents*. Aldershot: Ashgate/Dartmouth, pp. 519-529.

- TWINING, William y Miers, David, 2010: *How to do thing with rules*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action. A Logical Inquiry*, Londres: Routledge & Kegan Paul.
- WALDRON, Jeremy, 2020: “*The Rule of Law*”. En Edward N. Zalta (ed.), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, disponible en <https://plato.stanford.edu/archives/sum2020/entries/rule-of-law/>
- ZHOU, Han-Ru, 2019: “Erga Omnes or Inter Partes? The Legal Effects of Federal Courts Constitutional Judgments”, *Canadian Bar Review*, volume 97, número 2, pp. 275-299. Disponible en <https://cbr.cba.org/index.php/cbr/article/view/4540> [Fecha de consulta: 1.3.2020]

El proveedor intermediario de servicios y su responsabilidad. Un estudio del artículo 43 de la Ley 19.496

*María Graciela Brantt Zumarán**
*Claudia Mejías Alonzo***

RESUMEN

El trabajo examina el artículo 43 de la Ley de protección de los derechos de los consumidores, a partir de un análisis dogmático y jurisprudencial, ofreciendo una interpretación de la noción de intermediario que contiene. Junto con esto, se abordan sus efectos, insertándolos en el sistema de responsabilidad por incumplimiento contractual, tanto de la propia ley como el general del Código Civil.

Proveedor intermediario; consumidor; responsabilidad

*The intermediary service provider and his liability.
A study of article 43 of Statutory Act Nº 19.496*

ABSTRACT

This paper analyzes the article 43 of Statutory Act Nº 19496. The authors suggest an interpretation of the legal concept of "intermediary" the way it raises from the legal doctrine and as a result of an analysis of the decisions of the courts. Furthermore, this work describes the liability system in such article, as part of the rules of breach of contract.

Service provider; consumer; liability

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8985-9732> . Correo electrónico: maria.brantt@pucv.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesora de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3022-6302> . Correo electrónico: claudia.mejias@pucv.cl

Este artículo es producto del proyecto de investigación DI Consolidado 039.442/2020 (Una propuesta de construcción dogmática de la fase postcontractual en el derecho chileno), de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, del que las autoras son investigadoras.

Artículo recibido el 8.10.2020 y aceptado para su publicación el 8.1.2021.

I. INTRODUCCIÓN

La finalidad del presente trabajo es examinar el contenido y alcance del artículo 43 de la Ley 19.496¹ que contiene una interesante regla de responsabilidad, en el contexto de las disposiciones especiales destinadas a la prestación de servicios, que ha sido poco abordada por la doctrina nacional, aunque recurrentemente invocada por los consumidores, y bastante aplicada por nuestros tribunales, en relaciones de consumo de diverso tipo. De acuerdo con el precepto aludido, *El proveedor que actúe como intermediario en la prestación de un servicio responderá directamente frente al consumidor por el incumplimiento de las obligaciones contractuales, sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables.*

El tenor de la norma, así como su conexión con las reglas generales de la LPDC y con el derecho supletorio en la materia, dan lugar a varias cuestiones que resulta necesario dilucidar para perfilar adecuadamente su supuesto de hecho y consecuencias. Con tal fin, a partir de un análisis dogmático y jurisprudencial del precepto, explicaremos primero la noción de intermediario y su aplicación. Luego, examinaremos sus efectos en el sistema de responsabilidad por incumplimiento contractual, tanto de la propia LPDC como el general del Código Civil. Finalizaremos con unas conclusiones.

II. LA NOCIÓN DE INTERMEDIARIO

La lectura del artículo 43 de la LPDC deja claro que se requiere un doble rol del sujeto a quien se hace responsable. Este debe reunir dos calidades copulativas: de proveedor y de intermediario. La primera supone cumplir con los requisitos del artículo 1 numeral 2 de la LPDC, esto es, debe tratarse de una persona natural o jurídica, que se dedique habitualmente, en este caso, a la prestación de servicios y cobre por ellos un precio o tarifa. La noción de intermediario, en cambio, presenta la dificultad, como se ha destacado², de no contar con una definición legal. Es fundamental, por tanto, determinar el sentido que debe atribuirse a esta calidad para definir adecuadamente el alcance de la regla de responsabilidad que contiene.

La historia del establecimiento de la LPDC no proporciona antecedentes acerca de esta noción. Esta regla se incorporó inicialmente en el artículo 34 del proyecto de ley remitido al Congreso. A lo largo de la tramitación sufrió algunos cambios en su texto, pero no se aprecia un análisis respecto de la finalidad de la disposición en general, ni por el sentido de la noción de intermediario³.

¹ En lo sucesivo: "LPDC".

² CONTARDO, 2013, p. 901.

³ Así se comprueba en la Historia del establecimiento de la Ley 19.496, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6746/>. Última consulta: 25 de septiembre de 2020.

Tampoco es posible advertir en ordenamientos extranjeros algún antecedente que sea de particular utilidad. Si bien se ha aludido al derecho español como referencia⁴, lo cierto es que no se observa una disposición estrictamente equivalente en lo concerniente a la noción de intermediario, sin perjuicio de alguna similitud que puede ser destacada⁵.

En tal escenario, es necesario interpretar la disposición en examen conforme con lo previsto en el artículo 20 del Código Civil, recurriendo a su sentido natural y obvio. Así, debe considerarse el Diccionario de la Real Academia Española⁶, que para la palabra *intermediario* consigna los siguientes significados:

“Dicho de un proveedor, de un tendero, etc.: Que median entre dos o más personas, y especialmente entre el productor y el consumidor de géneros o mercancías”.

“Intermediador”. Este término a su vez lo define como: “Que actúa poniendo en relación a dos o más personas o entidades”.

Por su parte, la expresión intermediar se define como “mediar” y, esta a su vez, tiene entre sus acepciones: “actuar entre dos o más partes para ponerlas de acuerdo en un pleito o negocio”.

Los significados expuestos muestran que la idea que subyace es la de intervenir entre dos personas: una que ofrece un bien o presta un servicio y otra que desea obtenerlos. Expresado de otra forma: el intermediario actúa en el mercado ofreciendo e invitando a contratar respecto de bienes o servicios que no son propios sino de un tercero.

La idea anterior se confirma con el significado que jurídicamente se atribuye a las expresiones intermediario e intermediación⁷:

Intermediario: “El que realiza actividades de intermediación”.

Intermediación: “Mediación de un tercero en la realización de un negocio o contrato”.

Revisadas las acepciones anteriores, resulta de interés considerar lo planteado por la escasa doctrina nacional que ha abordado la noción. El autor que con mayor detención la ha examinado es Contardo⁸, para quien intermediario es quien ofrece y celebra con el consumidor un contrato de servicios, el que, sin embargo –porque ambas partes lo convienen así– será ejecutado por un tercero, que no participa de dicho acuerdo de voluntades pero que será, en los términos empleados en la norma, el “prestador del servicio”. Para el autor, el intermediario es quien directamente contrata con el consumidor la prestación del servicio, es decir, lo ofrece y se vincula contractualmente con aquel,

⁴ CÓRDOVA, 2016, pp. 38-39.

⁵ La relación con el derecho español se establece con la Ley General para la defensa de consumidores y usuarios, que en la regulación de los viajes combinados (artículos 150 y siguientes) contiene reglas que involucran a organizadores y minoristas que ofrecen estos viajes, pero no se formulan exigencias específicas en cuanto al rol de intermediarios, aun cuando actúen en tal calidad.

⁶ También lo consideran así nuestros tribunales, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 8.11.2019, rol 2054-2018.

⁷ QUIJADA, 1994, p. 346.

⁸ CONTARDO, 2013, p. 903 y ss. Le sigue CÓRDOVA, 2016, pp. 23 y ss.

convirtiéndose, por consiguiente, en su contraparte y acreedor del precio acordado como contraprestación. Con esto, asume también el rol de proveedor que exige la disposición en examen. La particularidad radica en la existencia de un acuerdo entre las partes respecto de que el servicio lo ejecutará un sujeto distinto de quien celebra el contrato con el consumidor. Aquel será un tercero completamente ajeno⁹.

Tal comprensión de la calidad de intermediario, y del precepto en su globalidad, nos parece, no refleja el significado natural del término, que debe aplicarse ante la falta de una definición legal. Como señalamos, intermediario es todo aquel que se ubica entre un sujeto que ofrece un bien o un servicio y otro a quien le interesa el mismo, para ponerlos en contacto y favorecer la contratación entre ellos. Es decir, el rol del intermediario consiste en promover el acuerdo de voluntades entre partes para la celebración de un contrato cuyo objeto, en el caso del artículo 43, es un servicio.

De esta forma, en nuestra opinión el intermediario no se incorpora en dicho acuerdo, que vincula únicamente al consumidor con quien presta el servicio, pero su actuación es determinante para lograr su concreción. La actividad de intermediación que despliega en orden a ofrecer el servicio de un tercero, asesorar y apoyar a los interesados en contratarlo, permite que se forme el consentimiento que une al consumidor con el prestador del servicio. Si, como es lógico, además, cobra a los interesados –al consumidor– por dicho servicio de intermediación, al que se dedica de manera habitual, concurre en él también la calidad de proveedor¹⁰. Con ello, reúne el doble rol que exige el precepto, y queda sujeto a responder directamente frente al consumidor en el evento de un incumplimiento del servicio contratado con su intervención.

De lo anterior se desprende que el consumidor del artículo 43 celebra dos contratos. Uno que lo vincula con el intermediario, cuyo objeto es acotado, la intermediación en sí misma: ofrecerle el servicio y conectarlo con quien lo presta. Y otro contrato que lo vincula con el prestador efectivo del servicio. No coincidimos, por consiguiente, con la idea de que el prestador efectivo y el consumidor sean extraños; por el contrario, la labor del intermediario es precisamente promover que ambos contraten entre sí.

La *ratio* de la disposición es clara. En el contexto de los principios que inspiran la LPDC se protege al consumidor, como aquella parte de la relación de consumo que se encuentra en desventaja frente al proveedor. Se busca fortalecer su posición cuando, en la contratación de un servicio, ha intervenido un intermediario que le ha invitado a contratar y ha cobrado una tarifa por ello¹¹. En un primer momento, el único sujeto con quien se relaciona el consumidor es el intermediario y, por esto, se le autoriza para perseguir respecto de él la responsabilidad derivada del incumplimiento del servicio por

⁹ Por esto se afirma que su responsabilidad será siempre extracontractual. CONTARDO, 2013, p. 904.

¹⁰ Así se recoge en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, 26.9.2008, rol 5677-2018, en que, tratándose de una agencia de viajes, se expresa que detenta la doble calidad porque “en virtud del contrato pactado prestó a quien formula la denuncia un servicio de asesoría para el viaje a realizar, y de intermediaria, además, respecto a la prestación del servicio a efectuarse por un tercero”.

¹¹ Esto se reconoce por nuestros tribunales. Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 26.9.2013, rol 647-2013.

el tercero. Así, por ejemplo, en ciertos contextos, y básicamente por razones de orden práctico —viajes al extranjero contratados con la intermediación de agencias de viajes— puede no resultar viable para el consumidor accionar contra los prestadores efectivos y, entonces, le resultará más eficaz perseguir al intermediario, recurriendo a la regla del artículo 43 LPDC.

Pero de tal coyuntura no se deriva la exclusión de toda relación con el prestador efectivo del servicio. No se observa razón para dicha supresión. En nuestra opinión, entender que no existe relación contractual alguna entre el consumidor y quien le presta el servicio de manera efectiva, se traduce en atribuir a la calidad de intermediario una extensión que excede de su sentido propio. Adicionalmente, si de lo que se trata es de robustecer la posición del consumidor, parece más adecuado reconocer la existencia del referido vínculo con el prestador efectivo, lo que amplía sus posibilidades de accionar en caso de incumplimiento.

De este modo, entendemos que mediante la regla del artículo 43 se refuerza la posición del consumidor, pues le permite contar con otro patrimonio para hacer efectivo sus derechos. El legislador asigna al intermediario esta responsabilidad por la función que desempeña que excede la actuación como nexo entre el prestador del servicio y el consumidor. Requiere de una conducta activa destinada a promover la contratación entre ellos, que puede envolver, por ejemplo, la asesoría, orientación, invitación a contratar, como profundizaremos en el apartado siguiente. Al mismo tiempo, y reconociendo que el incumplimiento proviene de la conducta de un tercero, le confiere el derecho a repetir en su contra¹². Así se equilibran los intereses en juego, pero asegurando una adecuada protección al consumidor.

III. POSIBLE APLICACIÓN DE LA NOCIÓN DE INTERMEDIARIO EN DOS MODELOS DE RELACIONES DE CONSUMO: AGENCIAS DE VIAJES Y *TICKETERAS*

Precisada la noción de proveedor intermediario, nos interesa ilustrar su alcance en dos modelos de relaciones de consumo en las que se ha discutido la aplicación del artículo 43. Se trata de establecer si califican o no como intermediarias, por una parte, las agencias de viajes; y, por otra, las denominadas *ticketeras* o empresas que ponen a la venta las entradas para espectáculos de diversa naturaleza. Ambas han sido calificadas, mayoritariamente, por nuestra doctrina y jurisprudencia, como un proveedor intermediario, opinión que es sostenida también por el SERNAC¹³. A nuestro juicio, sin embargo, dicha calidad solo puede predicarse respecto de una de ellas, como lo explicaremos.

¹² La interpretación de que el prestador efectivo del servicio no tiene relación contractual alguna con el consumidor reconoce igualmente el derecho de repetición en su contra, lo que se justificaría porque en aquel radica la causa del incumplimiento por el que responde el intermediario. No obstante, en dicha concepción el consumidor se ve privado de acciones contractuales contra el prestador efectivo del servicio.

¹³ Dicho organismo ha iniciado y se ha hecho parte en diversas acciones judiciales destinadas a reclamar la responsabilidad de las agencias de viajes y *ticketeras*, afirmando la aplicación del artículo 43 de

Las agencias de viajes se definen en la normativa nacional como una “organización comercial que actúa como intermediario entre el proveedor de servicios o turoperador y el usuario final o cliente, entregándole asesoría para la planificación y compra de su viaje”¹⁴. De esta forma, desde su definición se reconoce el rol de intermediario que les corresponde, para unir al consumidor –que en la terminología empleada corresponde al usuario o cliente– con el proveedor del servicio o el turoperador, los que pueden entenderse como equivalentes al prestador efectivo del servicio. Asimismo, se precisa el objeto de su actuación: la asesoría para la contratación del viaje, apreciándose así el servicio que la agencia entrega al consumidor, apoyarlo en la elección de paquetes turísticos¹⁵, pasajes aéreos o terrestres, así como hoteles y otros servicios conexos, todos ejecutados por terceros.

En el caso de las *ticketeras*, nos encontramos frente a empresas que se dedican a la emisión, venta y distribución al público de boletos o entradas para asistir a eventos masivos, sea artísticos, deportivos o de otra naturaleza, los que son organizados y ofrecidos por un tercero, comúnmente una empresa productora. Así, las *ticketeras* se relacionan con los consumidores que hacen uso de sus servicios de emisión, venta y distribución de boletos mediante sus diversos canales de venta. Como diremos luego, esta tarea tan específica y acotada, impide calificarlas como intermediarias, en el sentido propuesto previamente.

Para realizar el análisis planteado al inicio, es preciso perfilar el objeto de los contratos que cada una de ellas celebra con los consumidores. Su contenido es relevante para definir si procede situarlas en el supuesto de hecho del artículo 43 de la LPDC, lo que incidirá en su responsabilidad. En este contexto, resulta de especial utilidad la noción de interés contractual.

En el último tiempo, como es sabido, el derecho de contratos ha experimentado una importante evolución, tanto en el derecho comparado como en el chileno. Un aspecto central de dicho proceso viene dado por la forma de concebir el contrato y sus efectos, que ha puesto de relieve una noción realista: el contrato entendido como una herramienta o instrumento para regular y satisfacer intereses de las partes¹⁶. Se entiende que, desde una perspectiva práctica, las partes contratan movidas por un interés que buscan satisfacer con el cumplimiento del contrato¹⁷. Como ha expresado un autor nacional: “El contrato así concebido cumple una función económica: la satisfacción del interés de los

la LPDC. Además, a las últimas las ha calificado como intermediarias en su “Circular interpretativa sobre ticketeras y productoras”. SERNAC, 21.3.2019, N° 0186.

¹⁴ Norma técnica NCH3068, 3.1, 2013.

¹⁵ Servicio que se vincula con la figura de los viajes combinados, denominación recurrente en el derecho español. Al respecto: BRANTT y MEJÍAS, (s.f.), en prensa.

¹⁶ MEJÍAS, 2008, p. 465. Con relación a las agencias de viaje y su responsabilidad, puede consultarse a CONTARDO (2010).

¹⁷ MORALES, 2006, p. 325.

contratantes, dibujado a partir del fin o propósito práctico que determinó su celebración y que se alcanza con la fiel y oportuna realización del programa de prestación”¹⁸.

Ese interés que las partes incorporan al contrato, y que se desprende de una adecuada interpretación e integración del mismo, es determinante en la definición del contenido y alcance de sus obligaciones. Por consiguiente, debe ser considerado para fijar en cada caso el objeto del contrato celebrado.

Si se enfoca desde tal perspectiva la vinculación contractual de los consumidores con las agencias de viajes, se aprecian fácilmente dos elementos que integran la idea de intermediación propuesta. En primer lugar, es claro que el consumidor contrata con una agencia de viajes con la finalidad de obtener su asesoría o consejo con relación al viaje que pretende realizar, que constituye su interés último.

Tal asesoría suele comprender diversos aspectos, según el caso, desde la definición del destino, del que muchas personas requieren información y sugerencias para tomar la decisión; del medio de transporte a emplear (líneas aéreas, autobuses, o trenes, según corresponda); de los itinerarios posibles, si se trata de trayectos más o menos prolongados; de las características del alojamiento; así como acerca de la contratación de una infinidad de actividades de recreación susceptibles de realizarse en el destino escogido y que la agencia normalmente ofrece a sus clientes. Toda esta tarea la agencia la realiza por cuenta propia, con independencia de quien sea el prestador efectivo del servicio. El consumidor no se relaciona de manera inicial directamente con el prestador efectivo del servicio, sino que lo hace con la agencia de viajes, la que con su intervención favorecerá la contratación con uno o más prestadores determinados, según la elección que aquel realice.

Lo anterior permite advertir el segundo elemento que configura la noción de intermediario y que también se encuentra presente en las agencias de viajes. En efecto, su labor está destinada a favorecer o promover la contratación entre dos partes. La agencia, junto con ofrecer y aconsejar al consumidor de las diversas alternativas existentes para la realización de su viaje, induce que este se vincule finalmente con uno o más prestadores efectivos de cada servicio contratado. Una agencia de viajes tiene, por consiguiente, como actividad propia la intermediación, en ejercicio de ello realiza acciones encaminadas a relacionar a partes que pretenden contratar: ofrece y promociona ciertos servicios que serán ejecutados por terceros, sugiere y aconseja su contratación a los interesados, y favorece de esa forma el encuentro de unos y otros. Esa actividad de intermediación constituye en sí misma un servicio, por el que cobra una tarifa, lo que convierte a la agencia de viajes también en proveedora, en los términos de la LPDC.

Conforme con lo expresado, el interés del acreedor-consumidor, su propósito práctico, se proyecta en estos casos en dos direcciones que permiten delimitar el objeto de los contratos que celebra. Por una parte, su propósito último se vincula con el viaje que desea realizar, con todas las condiciones y características, definidas con el apoyo de la agencia de viajes y que permitirá dotar de contenido al contrato que celebra con el

¹⁸ VIDAL, 2007, p. 11. Esto ha sido acogido por nuestros tribunales. Por ejemplo: Corte de Apelaciones de Santiago, 12.9.2014, rol 625-2014 y Corte Suprema, 23.5.2016, rol 18409-2015.

prestador efectivo del servicio, quien compromete la obtención de dicho interés. Por otra parte, también se advierte un propósito propio con la agencia de viajes, y que permite perfilar el contenido del contrato que celebra con ella como uno de intermediación: tal interés está constituido por la obtención de la información, consejo y orientaciones que, como experta en el ámbito del turismo, la agencia puede entregarle respecto de la oferta existente para el viaje que desea realizar.

Si proyectamos lo dicho en el plano de la responsabilidad, la agencia solamente debería responder por incumplimientos asociados a su propia actividad¹⁹. Y, por su parte, los prestadores efectivos han de responder por los incumplimientos que tengan lugar en los servicios de transporte, alojamiento, recreación u otros contratados. Sin embargo, la calidad de intermediarias que las agencias de viajes indudablemente ostentan, tiene efectos en materia de responsabilidad, precisamente porque permite que opere el artículo 43. Mediante dicho precepto, el legislador les atribuye el riesgo del incumplimiento en que incurran los prestadores efectivos de los servicios, y les impone responsabilidad frente al consumidor. Se trata, por tanto, de una atribución legal de responsabilidad, que pone a las agencias de viajes en situación de garantizar a los consumidores la obtención de un interés que en sí mismo excede del contrato que han celebrado con ella, pero que se funda, como hemos dicho antes, en su calidad de intermediario. Nuestros tribunales han reconocido de manera reiterada su responsabilidad en virtud del artículo 43 de la LPDC, existiendo incluso un pronunciamiento del Tribunal Constitucional que así lo consigna²⁰.

En el caso de las *ticketeras*, la definición de si califican o no como intermediarias exige tener en cuenta la estructura contractual que sostiene su actividad. En tal sentido, su relación de consumo con los adquirentes de los boletos o entradas, se explica por un contrato previo entre aquellas y el organizador del evento, comúnmente denominado “productora”. La finalidad de dicho contrato es la de prestar el servicio de emisión, venta y distribución al público, por diversos canales que dispone a tal efecto, de los boletos o entradas del espectáculo que organiza la productora. Se trata de una tarea que es externalizada.

¹⁹ Esta responsabilidad puede derivar, por ejemplo, de la entrega de información inexacta al consumidor acerca de las alternativas existentes; de la falta o defectuosa realización de las reservas con los prestadores efectivos, etc. Un caso que fue resuelto aplicando el artículo 43 pero en que parece haber más bien un incumplimiento situado en la esfera del servicio propio de la agencia de viajes (la demanda se fundó en la defectuosa indicación de los números telefónicos en el vócher del seguro contratado) se aprecia en la sentencia de Corte de Apelaciones de Santiago, 16.12.2009, rol 8998-2009.

²⁰ Tribunal Constitucional, 13.5.2008, rol 980-2007. En la línea jurisprudencial aludida se ubican, entre otras: Corte de Apelaciones de Santiago, 26.9.2008, rol 5677-2008; Corte de Apelaciones de Santiago, 16.4.2009, rol 1070-2009; Corte de Apelaciones de Santiago, 26.9.2013 rol 647-2013; 17° Juzgado Civil de Santiago, 30.6.2015, rol C-956-2015; Corte de Apelaciones de Santiago, 18.5.2015, rol 374-2015; Corte de Apelaciones de Concepción, 5.1.2016, rol 574-2015; Corte de Apelaciones de San Miguel, 7.10.2016, rol 944-2016; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 8.6.2017, rol 177-2017; Corte de Apelaciones de Santiago, 8.11.2019, rol 2054-2018.

Asimismo, en cumplimiento del contrato descrito, la *ticketera* celebra otro, esta vez con el consumidor, destinado a que este pueda obtener la entrada o boleto del espectáculo. Aplicando lo explicado previamente, el interés que configura su objeto es bien acotado: se limita a la entrega efectiva de la entrada al consumidor, a ponerla a su disposición para que pueda hacerla valer frente al organizador o productora y así acceder al espectáculo. Por consiguiente, el interés del consumidor queda satisfecho –y la *ticketera* liberada de su obligación– cuando tiene a su disposición el boleto. En el contexto de ese contrato, la *ticketera* cobra al consumidor una tarifa –el denominado cargo por servicio– que corresponde al precio de la emisión y entrega del boleto, que la convierte en proveedora a la luz de la LPDC. Tal cobro, sin embargo, no es indicativo de su carácter de intermediaria²¹.

Como se puede apreciar, la realización del espectáculo o evento respectivo no integra el objeto del contrato que la *ticketera* celebra con el consumidor, pues excede el interés contractual que le da contenido. La realización del evento da lugar a una relación que conecta únicamente al consumidor, que ha adquirido un boleto –por cualquiera de los medios disponibles– con el organizador o productor respectivo, como proveedor del espectáculo.

Hasta este punto, la situación de las *ticketeras* aparentemente puede no parecer muy distinta al de las agencias de viajes. Sin embargo, si se profundiza en el contenido del contrato que aquellas celebran con los consumidores y se contrasta con lo explicado previamente, respecto de las agencias de viajes, la diferencia aflora de manera clara.

En efecto, la *ticketera* en ningún caso promueve la contratación entre la productora u organizador y el consumidor. A diferencia de las agencias de viajes, no hay de su parte una actuación específicamente encaminada a lograr un acercamiento entre ambos, a que manifiesten su voluntad para lograr la celebración de un contrato entre ellos²². En ningún caso despliega una labor de asesoría o consejo, de entrega de información u otra destinada a lograr que el consumidor se decida por un espectáculo determinado. La *ticketera* no invita al consumidor a contratar la prestación de un servicio con un tercero, en este caso, el evento o espectáculo respectivo, sin perjuicio de que lo difunda por sus diversos canales en cumplimiento de su giro. Es el organizador o productora el que se encarga de dar a conocer la realización del espectáculo respectivo, emitiendo los anuncios publicitarios, sin perjuicio de que deban contener información respecto de las vías para la adquisición de las entradas²³. Tratándose de las agencias de viaje, en cambio, ellas sí publicitan los servicios de terceros e invitan, como ya fue explicado, al público a contratarlos.

²¹ Con una opinión contraria, CÓRDOVA, 2016, p. 43.

²² Tratándose de las agencias de viaje, que operan por medio de internet, no advertimos que se modifique su rol de intermediaria, toda vez que promueven la contratación entre el consumidor y el prestador del servicio, manteniendo tareas de orientación, por ejemplo, en los denominados paquetes de viaje.

²³ Las *ticketeras* deben contener tal información en sus páginas web, pero como una acción indispensable para el ejercicio de su giro, sin que constituya publicidad del evento. Parece discutible que esta actividad quede realmente comprendida en la definición que la LPDC da de publicidad en su art. 1º n° 4.

Así, se aprecia con nitidez, que la *ticketera* realiza una tarea específica, que deriva de un servicio que, a su vez, presta a los organizadores de los eventos: emitir, vender y distribuir los boletos al público. Para cumplirlo, pone a su disposición sus servicios de sitio web y venta telefónica, y puntos de venta físico²⁴. Su intervención en este contexto es meramente instrumental: opera como canal para hacer llegar los boletos a los consumidores, boletos que, a su vez, sirven como prueba del contrato de servicios en donde el organizador se obliga con aquellos a la realización del espectáculo en las condiciones ofrecidas. El consumidor obtiene el boleto y con esto surge, a su vez, una relación contractual con el organizador. Cada contrato tiene un interés protegido y un objeto bien delimitado.

De lo explicado, se advierte que la *ticketera* no realiza una actividad que encuadre en la idea de intermediación antes examinada. Por este motivo, podemos afirmar que no se ubica en el ámbito de aplicación del artículo 43 atendido que no concurre, respecto de ella, el doble rol que la disposición exige, en concreto, la calidad de intermediario. Por esto no coincidimos con la calificación que el SERNAC y diversos fallos de nuestros tribunales²⁵ les han dado a estas empresas. En tal sentido, lo expresado en su circular por el SERNAC, en orden a que “ la ley impone un deber de resguardo o seguridad que debe estar radicado en el oferente de los respectivos servicios ”²⁶ sería pertinente si las *ticketeras* efectivamente realizaran tal actividad de oferta de servicios de terceros al público, como ocurre con las agencias de viajes. No lo es, en cambio, cuando en realidad se limitan a distribuir entradas para espectáculos cuyo ofrecimiento al público no proviene de ellas sino de los terceros que los organizan. Excepcionalmente, esto ha sido acogido por nuestros tribunales, al reconocer que la tarea o labor de la *ticketera* se limita exclusivamente a la venta de las entradas para poder asistir al espectáculo, pero no a ofrecer el espectáculo mismo²⁷.

²⁴ Conviene aclarar que tampoco las transforma en intermediario su intervención como canales para la devolución de los dineros en caso de cancelación de espectáculos. Esto es una simple consecuencia de la tarea central que cumplen.

²⁵ Así se aprecia en: Corte de Apelaciones de Santiago, 22.12.2010, rol 3077-2010; 7° Juzgado Civil de Santiago, 29.11.2013, rol 21700-2011, confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 30.5.2014, rol 2841-2008; 8° Juzgado Civil de Santiago, 6.1.2015, rol 5711-2016 en que la calificación de intermediaria fue mantenida por la Corte de Apelaciones y Corte Suprema, aun cuando ninguno de los fallos analiza el significado de tal calidad; Corte de Apelaciones de Santiago, 8.9.2015, rol 663-2015, en que se califica como evidente la función de intermediaria de la *ticketera*, sin profundizar en la noción y confirmada por la Corte Suprema, 6.12.2016, rol 26932-2015, sin detenerse tampoco en la noción. No obstante, fija ciertos límites a las consecuencias de la aplicación del artículo 43, al precisar que la estipulación de devolución del precio más el cargo por servicio en caso de suspensiones, cancelaciones y reprogramaciones no contraría los derechos de los consumidores, y no constituye una cláusula abusiva, como se pretendía en la demanda del SERNAC. Tal decisión se funda en “que la restitución de las sumas pagadas evidencia la responsabilidad de la demandada por la no ejecución del espectáculo”.

²⁶ SERNAC, 21.3.2019, N° 0186.

²⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 29.8.2013, rol 1716-2012, se reconoce a la *ticketera* únicamente como prestadora del servicio de venta de entradas; Corte de Apelaciones de Santiago, 8.11.2019, rol 2054-2018, derechamente excluye el rol de intermediario respecto de la *ticketera* a partir de su tarea acotada, expresando: “La pregunta que debe hacerse entonces la judicatura es si PT, que se dedica a vender entradas

Además, no debe perderse de vista que aunque las *ticketeras* no puedan ser calificadas como intermediarias, en su calidad de proveedoras sí pueden incurrir en responsabilidad tanto infraccional como civil, conforme con las reglas generales de la LPDC. Esto puede ocurrir tratándose del servicio específico que prestan a los consumidores ante el incumplimiento del contrato que celebra con ellos, cuyo objeto ya fue precisado, pero no en lo referido al espectáculo²⁸.

IV. EFECTOS DERIVADOS DE LA APLICACIÓN DE LA DISPOSICIÓN

Luego de haber perfilado la noción de intermediario, que se desprende del artículo 43 de LPDC, nos interesa precisar el alcance de la responsabilidad que emana de esta disposición. Para esto nos situaremos, por una parte, en la responsabilidad del intermediario y, por otra, en la fase postcontractual, para abordar la acción de repetición.

1. *La responsabilidad del intermediario*

La disposición establece de manera clara que el proveedor intermediario es responsable frente al consumidor “por el incumplimiento de las obligaciones contractuales”. En los hechos estaremos en presencia de un incumplimiento, por parte del prestador efectivo de los servicios, y el consumidor opta por dirigirse en contra del intermediario. Si no se verifica este incumplimiento no tiene aplicación esta disposición.

El incumplimiento del contrato, por parte del prestador efectivo del servicio, no es parte del riesgo que el intermediario del servicio haya asumido al contratar, difiere de la asesoría e intermediación que es el objeto de su contrato. Sin embargo, a partir de esta disposición, el riesgo de ese incumplimiento le es legalmente atribuido.

Por lo anterior, no compartimos la línea decisoria de nuestros tribunales que cree ver un límite para la responsabilidad civil e infraccional, invocando el artículo 43. Se sostiene que: “tratándose del intermediario, quien no tiene la calidad de proveedor directo del servicio, sería contrario a todo sistema de atribución de responsabilidad sancionarlo como

de espectáculos que otros han producido, es intermediario entre la productora y el público que quería asistir al concierto de ‘The 1975’. La respuesta es negativa pues, en realidad, PT se ha limitado a vender las entradas de este espectáculo y ninguna injerencia ha tenido ni ha podido tener ni en la presentación de la banda ni en la política de devolución de dinero, que obviamente la controla la productora”.

²⁸ En aquellos casos en que la *ticketera* se encuentra jurídicamente vinculada con la productora, podría generarse la responsabilidad de esta última conforme con las reglas generales, que permiten atribuir responsabilidad por los hechos de los dependientes o auxiliares en el cumplimiento (véase arts. 1679, 1941, 2014 y 2015) y no por aplicación del artículo 43 de LPDC.

Tampoco nos parece que pueda considerarse a la productora como intermediaria a la luz de este artículo, como podría eventualmente pensarse, por ejemplo, tratándose del artista, porque ella es la prestadora del servicio que comprende la actuación de esta última.

infractor por un hecho imputable a un tercero”²⁹. Respecto de la responsabilidad civil, si analizamos las pretensiones y los hechos probados en los casos en que se ha invocado este argumento, advertimos que realmente no ha existido un incumplimiento, que pueda imputarse al prestador efectivo del servicio, razón por la que no era procedente aplicar la norma. Un límite como el planteado va en contradicción del tenor del artículo 43. En estricto sentido, bastaría con concluir que no concurre la hipótesis, el hecho basal, que permite su aplicación. La situación de la responsabilidad infraccional es diferente, como lo abordaremos más adelante.

El estudio del artículo 43 de LPDC, adicionalmente, exige precisar dos cuestiones más. Por una parte, que esta disposición no tiene aplicación cuando estamos en presencia de un incumplimiento que emane de las obligaciones que el proveedor-intermediario ha asumido con el consumidor. En estos casos, puede surgir responsabilidad, pero esta se fundará en su incumplimiento y no será necesario acudir a esta disposición. Por esto discrepamos de la línea decisoria de nuestros tribunales que aplica la referida norma a hipótesis de incumplimiento del proveedor-intermediario de las obligaciones que ha asumido en tal carácter. Así, por ejemplo, erradamente a nuestro juicio, se ha fundado su responsabilidad en el artículo 43, en casos de cumplimiento defectuoso de su propio servicio³⁰.

Por otra parte, es importante tener presente que esta disposición no excluye la posibilidad de que el consumidor se dirija en contra del proveedor efectivo del servicio y del proveedor intermediario, de forma conjunta, ante el incumplimiento del primero³¹. En todo caso, el consumidor puede optar por dirigirse exclusivamente en contra del prestador efectivo del servicio, supuesto en que no resulta aplicable el artículo 43 de LPDC.

La posibilidad de ejercicio alternativo o conjunto de la acción de responsabilidad, confirma que el legislador, para tutelar a los consumidores, ha ampliado el número de patrimonios donde podrán dirigirse. Estamos ante una hipótesis de pluralidad de sujetos pasivos, lo que, a su vez, incide en el derecho de repetición que se consagra en la norma, como lo veremos más adelante.

En algunos fallos se recoge, en la discusión de las partes, que la norma consagraría un supuesto de solidaridad legal pasiva³². Descartamos esta posibilidad, pues no se desprende del tenor de la referida disposición, ni de la historia fidedigna de su establecimiento. Esta cuestión fue discutida a partir de la Ley 20.831, que modificó la LPDC, a propósito de los derechos y deberes de los pasajeros, oportunidad en que se pretendió

²⁹ En este caso se consideró que existió responsabilidad infraccional (ausencia de información veraz y oportuna) pero no responsabilidad civil, porque sobrevino un caso fortuito. Corte de Apelaciones de Santiago, 30.9.2019, rol 1330-2018. Límite reiterado en: Corte Suprema, 6.12.2017, rol 5534-2017; Corte de Apelaciones de Santiago, 10.12.2019, rol 2766-2018.

³⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 16.12.2009, rol 8998-2009.

³¹ En la práctica advertimos que tratándose de las agencias de viajes la demanda por responsabilidad contractual se dirige en contra de la empresa de transporte y de aquellas.

³² Corte de Apelaciones de Concepción, 5.1.2016, rol 574-2015; Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 1.10.2015, rol 173-2015; Tribunal Constitucional, 13.5.2008, rol 980-2007.

establecer una responsabilidad solidaria en los contratos de transporte aéreo, entre el proveedor intermediario y el prestador efectivo de los servicios, lo que no prosperó³³.

En ausencia de una unidad de hecho y de una causa expresa de solidaridad, podríamos preguntarnos si demandándose conjuntamente al proveedor intermediario y al prestador efectivo, estaríamos ante la figura de las obligaciones concurrentes. Esta categoría se ha aplicado en casos de pluralidad de causas de un mismo daño para condenar a cada uno de los demandados por el total de la indemnización de perjuicios³⁴. Nos parece que el supuesto del artículo 43 de la LPDC difiere de esta categoría, aunque, desde una perspectiva práctica, se produzca el mismo efecto. La conducta del proveedor intermediario no es causa del daño, que deriva del incumplimiento del prestador efectivo del servicio. Cuestión distinta es que, en virtud de la atribución legal establecida en la norma referida, el consumidor pueda dirigir su pretensión en contra de ambos proveedores, quienes pueden ser condenados al total de la indemnización de perjuicios. El proveedor intermediario, en virtud de la referida disposición; el prestador efectivo, en virtud de su propio contrato, porque su incumplimiento es la causa directa y exclusiva del daño. Si la conducta que ocasiona el daño se debe exclusivamente al intermediario, la situación es otra como fue precisada.

Realizadas las aclaraciones previas, y para ofrecer una comprensión integral del alcance de esta responsabilidad, abordaremos las principales cuestiones que hemos advertido discutidas en la doctrina y la jurisprudencia.

a) Tipo de responsabilidad concernida. En diversos fallos de nuestros tribunales se ha atribuido responsabilidad infraccional al proveedor intermediario, a partir del incumplimiento del prestador efectivo del servicio, invocándose el artículo 43. Se entiende que el incumplimiento de las obligaciones contractuales, constituye una infracción a la normativa que tutela los derechos de los consumidores³⁵.

No compartimos dicha interpretación por dos razones. La primera se vincula a las características de la responsabilidad infraccional que es personal y, surge, en el contexto que analizamos, ante la infracción de las normas de la LPDC³⁶, de manera que solo es

³³ La historia fidedigna del establecimiento de la Ley 20.831 da cuenta que se discutió la incorporación, en su artículo 3º, de un inciso final al artículo 43 de la LPDC, previsto excepcionalmente en los contratos de transporte aéreo de pasajeros.

La relación con la solidaridad puede explicarse por la vinculación que la doctrina ha realizado con la legislación española, a propósito de los viajes combinados y lo previsto en el artículo 161 de la ley de consumidores ya citada.

³⁴ Entre nosotros esta categoría ha sido especialmente discutida a propósito de la responsabilidad por el hecho ajeno. Así, BARROS, 2010, pp. 423-424. Corral, por su parte, plantea diversos grupos de obligaciones concurrentes, en los que se desprende como elemento común: ambos sujetos están obligados a responder por el total de los perjuicios CORRAL, 2019, p. 254. Categoría rechazada por Vidal, analizando la responsabilidad civil médica, postulando que se trata realmente de casos de indivisibilidad. VIDAL, 2020.

³⁵ Juzgado de Policía Local de Las Condes, 7.11.2016, rol 7035-2016-8. Similar dirección, Juzgado de Policía Local de Arica, 18.1.2017, rol 938-2016.

³⁶ La doctrina discute si la infracción de cualquiera de las normas de la LPDC puede dar lugar a responsabilidad infraccional. Lo sostiene ISLER, Erika, 2015, pp. 61-81. Para otros, no necesariamente el

posible que le sea atribuida al intermediario por sus propias conductas, constitutivas de infracción. Reafirma esto el artículo 23 de la LPDC que para atribuir responsabilidad infraccional exige que el proveedor “haya actuado con negligencia”³⁷. En este sentido, compartimos aquellas sentencias en que expresamente se recoge esta diferenciación: “el legislador incorporó a nuestro ordenamiento jurídico la citada disposición para atribuir responsabilidad civil al intermediario en una relación de consumo, pero no para atribuirle responsabilidad infraccional, la que solo puede hacerse efectiva en quien cometió la falta”³⁸.

La segunda razón deriva del propio tenor del artículo 43, que expresamente alude al incumplimiento de obligaciones contractuales, quedando excluida su referencia.

Por lo expresado creemos que no es posible sancionar infraccionalmente al proveedor intermediario por una conducta del prestador efectivo del servicio. En esta dirección, y solo tratándose de esta responsabilidad, nos parece acertado aludir a un límite, como lo han aplicado nuestros tribunales en ciertos casos³⁹.

Cuestión distinta será la responsabilidad infraccional propia en que puedan incurrir el prestador efectivo del servicio o el proveedor intermediario, como lo hemos explicado. Así, se ha resuelto entre nosotros, a propósito del proveedor intermediario, basado en su conducta que da lugar a la responsabilidad infraccional de conformidad con los artículos 12 y 23 de la LPDC⁴⁰.

b) Remedios frente al incumplimiento contractual. Parte de la doctrina nacional ha postulado que el término responsabilidad que emplea el artículo 43 de la LPDC sería comprensiva de diversos remedios por incumplimiento contractual. A partir de una aplicación extensiva del artículo 41 inciso 2° de LPDC y de las reglas generales previstas en el Código Civil, se afirma procedente la pretensión de cumplimiento, la devolución del precio pagado, una indemnización de perjuicios complementaria o autónoma, dependiendo del caso⁴¹.

Atendido el supuesto de hecho basal, que da lugar a la aplicación del artículo 43, entendemos que los remedios están limitados a la posibilidad de demandar una indemnización de perjuicios de forma autónoma, es decir, que el término es utilizado en sentido

incumplimiento contractual da lugar a la responsabilidad infraccional. Así, FERNÁNDEZ, 2003, pp. 23-35; GUERRERO, 2008, p. 448.

³⁷ Misma dirección CONTARDO, 2013, p. 908.

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 18.5.2015, rol 374-2015.

³⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 10.12.2019, rol 2766-2018. Similar dirección: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1.12.2008, rol 863-2008.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 26.2.2020, rol 3152-2018. En este caso hubo una falta de información oportuna a los consumidores acerca de la modificación del itinerario de un vuelo. Similar sentido: Corte de Apelaciones de Santiago, 30.9.2019, rol 1330-2018 y Corte de Apelaciones de Santiago, 16.12.2009, rol 8998-2009 (en este caso de condenó por responsabilidad civil e infraccional).

Entendemos que esta responsabilidad también surgiría en aquellos casos en los que el prestador, que puede ser calificado de intermediario, se niega a responder conforme con el artículo 43.

⁴¹ CORDOVA, 2016, pp. 59-60.

estricto⁴². La razón descansa en el objeto del contrato que ha celebrado el proveedor intermediario del servicio y el consumidor. Este no coincide, total ni parcialmente, con el objeto del contrato que se ha celebrado con el prestador efectivo del servicio. Por lo anterior, no procede condenarlo a la ejecución o resolución de un contrato del que no ha sido parte. Respecto de ese contrato el intermediario es un tercero extraño. Esta limitación, además, resulta coherente con el derecho de repetición que prevé la misma norma.

Recordemos finalmente que esta disposición está contenida en el párrafo 4, relativo a normas especiales en materia de prestación de servicios, compuesto por 4 artículos. El primero, regla los contratos de prestación de servicios cuyo objeto es la reparación de cualquier tipo de bien; el segundo, la garantía legal que comprende los remedios frente al incumplimiento; el tercero, abono de las especies entregadas en reparación y, finalmente, el artículo 43. Cada una de estas disposiciones tiene un objeto preciso, sin que exista un reenvío entre ellas que permita conferir una interpretación amplia a la noción de responsabilidad, como algunos autores han planteado.

c) Atribución de responsabilidad. El análisis de la jurisprudencia permite advertir que un tema complejo, en la aplicación del artículo 43 de la LPDC, ha sido determinar el alcance de la exigencia de culpa del proveedor. Así, por ejemplo, tratándose de una agencia de viajes, luego de dar por acreditada la infracción a los artículos 12 y 23 de la LPDC y, de acuerdo con el artículo 43, nuestros tribunales han sostenido que “está obligada a responder directamente ante la reclamante, que tiene la calidad de consumidor, por la no prestación del servicio de transporte aéreo convenido, debiéndose hacer presente que la Agencia no acreditó en los autos causal alguna que permita eximirla de la responsabilidad que le cabe en los hechos denunciados”⁴³. En otras, también, a propósito de las agencias de viajes, se afirma “el artículo 43 de la Ley 19.496 constituye una norma tutelar para el consumidor, resultando contrario a ella que una agencia de viajes pretenda eximirse de responsabilidad aduciendo la calidad de intermediario y haber actuado sin culpa frente a servicios prestados en forma deficiente respecto del paquete turístico que ofrecen. La falta de culpa deberá hacerse valer en la oportunidad de ejercerse el derecho a repetir en contra del prestador directo del servicio”⁴⁴. Finalmente, nos interesa consignar que se suele recordar, por parte de nuestros tribunales, que el sistema de responsabilidad de la LPDC es objetivo: “basta probar el hecho de la infracción para

⁴² Incluso podría cuestionarse la procedencia de los otros remedios desde una perspectiva práctica. En varios de los casos resueltos por nuestros tribunales la procedencia de una ejecución forzada resultaría excesivamente costosa. La resolución resultaría equivalente a una indemnización de perjuicios porque es uno de los casos en que no se discute, por tratarse de una obligación de hacer, que no procede el efecto retroactivo, solo se daría paso a una fase de liquidación.

⁴³ Corte de Apelaciones de Santiago, 26.9.2008, rol 5677-2008. En similar sentido, aludiendo a la ausencia de una causa liberatoria de responsabilidad, Corte de Apelaciones de Valparaíso 1.12.2008, rol 863-2008; Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2008, rol 1785-2005.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 26.29.2013, rol 647-2013. Se retoma que la diligencia incide en el derecho de repetición en Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 1.10.2015, rol 173-2015.

dar lugar a esta responsabilidad, descartando consideraciones a elementos subjetivos cuales serían el dolo o la culpa infraccional, salvo las excepciones que la propia ley se encarga de establecer”⁴⁵.

De los considerandos transcritos se advierte la necesidad de dilucidar básicamente las siguientes cuestiones: ¿Se requiere probar la culpa del proveedor intermediario? ¿Incide la diligencia del proveedor intermediario? ¿Incide la imposibilidad fortuita del prestador efectivo del servicio?

Para responder estas interrogantes interesa tener a la vista la opinión de la doctrina respecto de esta clase de responsabilidad. Se entiende que es objetiva, es decir, que debe prescindirse de la culpa del prestador efectivo⁴⁶. Se parte de la premisa de que estamos en presencia de una obligación de resultados, en la que el proveedor intermediario asume los riesgos del incumplimiento del prestador efectivo. Además, se agrega que es una responsabilidad directa, bastando la insatisfacción del consumidor, sin que tenga relevancia analizar si fue o no diligente el prestador efectivo del servicio⁴⁷. En esta dirección, Contardo afirma que tratándose de obligaciones de resultado y de un régimen de responsabilidad objetivo, la imposibilidad sobrevenida fortuita del prestador efectivo del servicio no afecta la responsabilidad directa del proveedor intermediario, en esos casos “el riesgo por la falta en la prestación se desplazará a la relación existente entre el proveedor-intermediario y el prestador: el consumidor entonces debería quedar indemne”⁴⁸.

La interpretación hasta ahora proporcionada conduce a una responsabilidad a todo evento del intermediario, es decir, absoluta, en pos de la protección del consumidor⁴⁹. Sin embargo, nos parece que la disposición admite una lectura diferente. Ciertamente, establece una responsabilidad objetiva pero no es una responsabilidad a todo evento, por las razones que explicaremos.

Nos parece cuestionable calificar la obligación del proveedor intermediario como una obligación de resultados porque no se trata de una obligación que él haya asumido o que se desprenda del contrato que celebró con el consumidor⁵⁰. Su responsabilidad es consecuencia de una atribución legal, en pos de la protección de los consumidores que, para operar, requerirá de un incumplimiento del prestador efectivo del servicio. En ausencia de una regulación especial, este incumplimiento está sometido a las reglas

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 22.8.2019, rol 9816-2019.

⁴⁶ Respecto de la responsabilidad por incumplimiento, garantía legal (artículos 19 y 20), la doctrina reconoce que la responsabilidad es objetiva pero respecto de la indemnización de perjuicios, al no estar expresamente regulado, se vuelve a las reglas generales, rigiéndose por la culpa presunta artículo 1547 del Código Civil). Así, CORRAL, 2006, pp. 97-99. Afirma también la aplicación supletoria de las reglas del Código Civil: BARRIENTOS, 2013, p. 533. Por su parte, Baraona afirma que en la mayoría de los casos no será necesario indagar en factores de imputación porque bastará la culpa infraccional. BARAONA, 2014, pp. 381-408. Situación que entendemos es análoga tratándose de los servicios.

⁴⁷ CONTARDO, 2013, pp. 909-913.

⁴⁸ CONTARDO, 2013, p. 913.

⁴⁹ CORRAL, 2006, pp. 89-91; BARROS, 2020, pp. 466 y ss.

⁵⁰ La interpretación de Contardo es comprensible porque, para él, el prestador efectivo es un tercero ajeno a la relación de consumo.

generales. Una vez verificado, se presume culpable de conformidad con el artículo 1547 del Código Civil, a menos que haya operado alguna causal de eximición de responsabilidad.

La interpretación de la que disentimos se ampara en el derecho de repetición que la norma confiere al proveedor intermediario. Sin embargo, esta lectura omite considerar que en caso de un incumplimiento inimputable al prestador efectivo, tal derecho será ineficaz, ya que, en definitiva, no se traspasará nada a la relación entre el proveedor intermediario y el prestador efectivo, ya que el segundo podrá exonerarse de responsabilidad. Si el causante del daño puede exonerarse de responsabilidad carece de justificación mantenerla en el intermediario y se le debe facultar para invocar dicha exoneración. Lo anterior se justifica conforme con las reglas generales, ya que el presupuesto que determina la aplicación del artículo 43, como vimos, es que surja responsabilidad del proveedor efectivo del servicio. Si esta no se verifica desaparece el fundamento de la atribución legal.

Además parece adecuado diferenciar la imposibilidad sobrevenida fortuita del caso fortuito o fuerza mayor que puede afectar al prestador efectivo de los servicios.

La imposibilidad sobrevenida fortuita puede ser vista desde dos perspectivas. Desde la visión tradicional, se trata de un modo de extinguir las obligaciones —pérdida de la cosa que se debe—, que obstará a la aplicación del artículo 43 de la LPDC. De ser así, en estricto sentido no podremos afirmar que se haya producido un incumplimiento de las obligaciones, presupuesto de aplicación de la norma; estas se habrán extinguido por un modo no satisfactivo. Desde la visión moderna, que propugna un incumplimiento amplio y objetivo, los supuestos de imposibilidad fortuita son también manifestaciones de un incumplimiento contractual, mas esto incide en la procedencia de los remedios, descartándose la pretensión de cumplimiento y la indemnización de perjuicios⁵¹. Desde esta perspectiva, tampoco procedería esta última.

En todo caso es importante considerar que difícilmente la imposibilidad fortuita se producirá en la hipótesis que analizamos. La mayoría de las obligaciones de hacer que emanan de los contratos de servicios pueden ser consideradas fungibles, de manera que el caso fortuito que afecte al proveedor no producirá la imposibilidad de la prestación que para el efecto extintivo se exige⁵².

La verificación del caso fortuito, en cambio, depende que concurran las exigencias que establece el artículo 45 del Código Civil y que la doctrina ha sintetizado en tres: hecho externo o ajeno a la esfera de control del deudor, imprevisto e irresistible⁵³. Probado el caso fortuito, el prestador efectivo del servicio quedará exonerado de responsabilidad, conforme con el artículo 1547 del Código Civil, y el intermediario podrá invocar dicha exoneración. Esta interpretación es coherente con el objeto de cada uno de los contratos que celebra el consumidor, que ya fueron explicados. Lo es también con la atribución legal de riesgos y el derecho de repetición que se establece. De no existir el artículo 43

⁵¹ La pretensión de cumplimiento resulta limitada por la imposibilidad. La indemnización de perjuicios por ausencia de culpa. VIDAL, 2007, pp. 24 y 40; MEJÍAS, 2008, pp. 457 y ss.

⁵² BRANTT y MEJÍAS, 2016, pp. 588-599.

⁵³ Acerca de estos requisitos véase: BRANTT, 2010.

de LPDC, el consumidor en estos casos tampoco podría dirigirse en contra del prestador efectivo del servicio.

Respondiendo ahora a las interrogantes inicialmente planteadas podemos afirmar que la responsabilidad contenida en el artículo 43 es objetiva, en el sentido que opera con prescindencia de la culpa del intermediario y, por esta razón, es irrelevante la prueba de su diligencia. Bastará con el incumplimiento del prestador efectivo del servicio, presupuesto de aplicación del precepto, que se presumirá culpable conforme con las reglas generales. Si aquel se ha producido y resulta que no es imputable, también conforme con las reglas generales, el proveedor efectivo del servicio no será responsable y, por lo mismo, podría el intermediario exonerarse, a su vez, de responder⁵⁴.

2. *El efecto postcontractual: la acción de repetición*

A continuación nos referiremos al efecto que en este ámbito consagra el artículo 43 de la LPDC, con la finalidad de proporcionar un análisis integral de esta disposición. La norma, luego de establecer la responsabilidad del proveedor intermediario, agrega: *sin perjuicio de su derecho a repetir contra el prestador de los servicios o terceros que resulten responsables*.

Nos interesa destacar que este efecto se inserta en la fase postcontractual. La doctrina pone de relieve que esta se verifica una vez que se ha dado cumplimiento a las obligaciones principales del contrato⁵⁵. Interpretando extensivamente esta afirmación, cuyo énfasis está en el cumplimiento de las obligaciones, podemos comprender aquellos supuestos en que ha operado otro modo de extinguir las obligaciones equivalentes al pago o bien un cumplimiento que podría calificarse de equivalente, como es el caso de una indemnización autónoma.

El artículo 43 nos sitúa en esta fase y nos parece que cobra especial interés por tratarse de un caso reglado que atribuye efectos jurídicos, una vez que ha dado cumplimiento, en el sentido amplio aquí expresado, a las obligaciones que emanaron de los respectivos contratos de consumo.

El fundamento de esta acción de repetición se encuentra en evitar un enriquecimiento sin causa, permitiendo equilibrar los patrimonios concernidos para que sea el del agente causante del daño el que soporte la obligación de responder. Como lo hemos dicho a lo largo de este trabajo, en el artículo 43 la responsabilidad del intermediario se funda en una atribución legal y no en un incumplimiento de su parte. La acción de repetición busca restablecer el equilibrio de patrimonios que dicha atribución legal alteró en pos de la protección de los consumidores.

⁵⁴ En la ley de protección a los consumidores española, para el caso de los viajes combinados, los detallistas y organizadores (que son agencias de viaje) pueden exonerarse de responsabilidad, art. 162 n.3.

⁵⁵ LEIVA, 2002; BENÍTEZ, 2013.

El incumplimiento que presupone la norma puede tener su causa en dos posibles fuentes: la conducta del prestador efectivo del servicio o la conducta de un tercero que resulte responsable.

La primera referencia en la norma resulta connatural en su estructura, pues es quien usualmente será el primer o único destinatario de la acción, en aquellos casos en que la causa del incumplimiento se encuentra en su conducta. Aclaremos que la restitución debe referir al importe total de la indemnización de perjuicios que el intermediario se vio obligado a asumir. En la relación de consumo que ha sido incumplida él carece absolutamente de interés. Además, no ha intervenido en dicho incumplimiento.

La segunda referencia contenida en la disposición genera mayor ambigüedad con relación a su alcance. Una primera interpretación nos lleva a entender que se trata de un tercero que participa de la ejecución del prestador efectivo del servicio, que causalmente provoca el incumplimiento. La conducta de este tercero se encuentra dentro de la esfera de control de aquel. Una segunda alternativa, sería asumir que la conducta de este tercero ha sido la causante del daño y que ha operado como una causal de exoneración de responsabilidad pero que, en su momento, no fue invocada. Una vez que el intermediario ha respondido frente al consumidor, e intenta repetir contra el prestador efectivo del servicio, este justifica su incumplimiento en la conducta del tercero.

La justificación de la acción en contra del tercero, nos parece, se encuentra en evitar generar nuevas acciones de repetición, ahora entre el prestador efectivo del servicio y el tercero responsable, permitiendo radicar la responsabilidad de forma más simple en quien es realmente el causante del daño.

En cualquiera de las hipótesis planteadas, la conducta del tercero podrá ser causa exclusiva o única, o bien una concausa en la producción del incumplimiento y el daño. De esto dependerá que pueda repetirse por el total o parcialmente en contra de él. La norma, al utilizar la conjunción “o”, parece situarse en el supuesto que la conducta del tercero es la causa exclusiva del daño. Sin embargo, conforme con las reglas generales, no podría descartarse que su conducta sea una concausa y, en esta hipótesis, el intermediario deberá dirigirse también en contra del prestador efectivo del servicio, para quedar completamente indemne. En principio, en estos supuestos, habría que entender que el tercero y el prestador efectivo del servicio responden por partes iguales, salvo que pueda probarse que uno de ellos ha tenido mayor injerencia causal en la producción de daño.

El otorgamiento de esta acción, en favor del intermediario, viene a reafirmar que su responsabilidad no emana del contrato que él celebró con el consumidor, sino que es impuesta por el legislador y, por esto, tutela que, luego de responder, quede indemne.

V. CONCLUSIONES

A partir del análisis del contenido y alcance del artículo 43 de LPDC podemos concluir:

1. El supuesto de hecho de la norma exige la concurrencia de dos calidades: proveedor e intermediario. Respecto de esta última, en ausencia de una definición legal,

- podemos afirmar que alude a quien asesora al consumidor y promueve la contratación de servicios con un tercero. El consumidor, por consiguiente, contrata con el intermediario y con el prestador efectivo del servicio. Cada contrato tiene un objeto preciso y diferenciado;
2. La calidad de intermediario, en las relaciones de consumo analizadas, solo puede predicarse respecto de las agencias de viajes y no de las *ticketeras*. El objeto del contrato que celebran con los consumidores y el propósito práctico que estos persiguen lo evidencia;
 3. En lo referido a la responsabilidad podemos afirmar:
 - a) Presupone un incumplimiento del prestador efectivo del servicio. Si incumple el intermediario esta disposición no tiene aplicación, sin perjuicio de su propia responsabilidad;
 - b) La responsabilidad concernida es solamente la contractual, y no la infraccional, considerando el tenor de la norma y la naturaleza de esta última;
 - c) El término responsabilidad en la norma debe entenderse en sentido restrictivo;
 - d) Es una responsabilidad objetiva. Sin embargo, el incumplimiento del prestador efectivo del servicio está sometido a las reglas generales.
 - e) La causal de exoneración que opere respecto del prestador efectivo del servicio puede ser alegada por el intermediario. Otro tanto acontece con la imposibilidad extintiva que se configure respecto de aquel;
 4. La norma contempla un efecto postcontractual, que consiste en la acción de repetición a favor del intermediario, destinada a restablecer el equilibrio patrimonial inicialmente alterado.

BIBLIOGRAFÍA

- BARAONA, Jorge, 2014: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo", en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Vol. 41, N° 2.
- BARRIENTOS, Francisca, 2013: "Comentario al artículo 20", en Pizarro, Carlos y De La Maza, Íñigo (editores), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección de los derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 524-538.
- BARROS, Enrique, 2020, *Tratado de responsabilidad extracontractual*, (2° Edición), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- BENÍTEZ, Nicolás, 2013: "Responsabilidad postcontractual y deberes secundarios de conducta", en *Revista Jurídica de Daños*, N° 7. Disponible en: [HTTPS://AR.IJEDITORES.COM/ARTICULOS.PHP?IDARTICULO=66876&PRINT=2%20](https://ar.ijeditores.com/articulos.php?idarticulo=66876&print=2%20). [Fecha de consulta: 25.9.2020];
- BRANTT, María Graciela y MEJÍAS, Claudia, (s.f.): "El contrato de viaje combinado", en *Libro colectivo sobre derecho de los consumidores*, Tirant lo blanch, en prensa.
- BRANTT, María Graciela y MEJÍAS, Claudia, 2016: "El derecho supletorio del contrato de servicios en el Código civil Chileno. Insuficiencia de las reglas del mandato y del arrendamiento", *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XLVI, pp. 71-103.

- BRANTT, María Graciela, 2010: *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual: concepto y función del caso fortuito en el Código Civil chileno*, Santiago, Editorial LexisNexis.
- CONTARDO, Juan Ignacio, 2010: *Responsabilidad civil contractual de las agencias de viajes*, Santiago, Abeledo Perrot.
- CONTARDO, Juan Ignacio, 2013: “Comentario al artículo 43”, en Pizarro, Carlos y De La Maza, Íñigo (editores), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de protección de los derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 866-888.
- CÓRDOVA, Diego, 2016: “Régimen de responsabilidad de compañías de descuento por internet. ¿Proveedores intermediarios?”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, N° 2.
- CORRAL, Hernán, 2006: “La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores”, en *La protección de los derechos de los consumidores en Chile*, Cuadernos 12, Universidad de los Andes, Santiago de Chile.
- CORRAL, Hernán, y ROMERO, Seguel, 2019: *Solidaridad Obligatoria. Diez estudios sobre sus aspectos civiles y procesales*, Valencia, Tirant lo blanch.
- ISLER, Erika, 2015: “Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496”, *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 6, N° 2.
- FERNÁNDEZ, Francisco, 2003: *Manual de derecho chileno de protección al consumidor*, Santiago, Editorial LexisNexis.
- GUERRERO, José, 2008: “La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual”, en Guzmán, Alejandro (editor), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvallo*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 433-453.
- LEIVA, Luis, 2002: “La responsabilidad postcontractual”, *La Ley*, 2002-D, 1336- *Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales*, Buenos Aires, Thomson Reuters.
- MEJÍAS, Claudia, 2008: “El incumplimiento contractual y sus modalidades” en Guzmán, Alejandro (editor), *Estudios de derecho civil III*, Santiago de Chile, Legalpublishing, pp. 459-478.
- MORALES, Antonio, 2006: “El ‘propósito práctico’ y la idea de negocio jurídico en Federico de Castro”, en *La modernización del derecho de obligaciones*, Cizur Menor, España, Thomson-Civitas, pp. 323-348.
- QUIJADA, Rodrigo, 1994: *Diccionario Jurídico*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica Conosur.
- VIDAL, Álvaro, 2007: “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código civil sobre incumplimiento”, en Guzmán, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile 1855-2005*, Santiago de Chile, LexisNexis, pp. 495-550.
- VIDAL, Álvaro, 2020: *Lecciones de responsabilidad civil médica*, en prensa, Der Ediciones.

Normas jurídicas citadas

- HISTORIA DE LA LEY 19.496 que Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores, boletín N° 446-2003.
- HISTORIA DE LA LEY 20.831 que Modifica el código aeronáutico en materia de transporte de pasajeros y sus derechos, boletín N° 4.595-15.
- LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS Y OTRAS LEYES COMPLEMENTARIAS. Publicada en España el 30 de noviembre de 2007.
- LEY 19.496 que Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Publicada en Chile el 7 de marzo de 1997.

NCH 3068, 3.1, de 25 de octubre de 2013, emitida por el Instituto Nacional de Normalización y que fue aprobada mediante Decreto 171 del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 7 abril de 2014.

SERNAC, Resolución exenta 0186 de 21 de marzo de 2019.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 13 de mayo de 2008, rol 980-2007.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 3 de junio de 2008, rol 1785/2005.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 26 de septiembre de 2008, rol 5677-2008.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, sentencia de 1 de diciembre de 2008, rol 863-2008.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 16 de abril de 2009, rol 1070-2009.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 16 de diciembre de 2009, rol 8998-2009.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 22 de diciembre de 2010, rol 3077-2010.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 29 de agosto de 2013, rol 1716-2012.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 26 de septiembre de 2013, rol 647-2013.

7° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de 29 de noviembre de 2013, rol 21700-2011.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 30 de mayo de 2014, rol 2841-2014.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 12 de septiembre de 2014, rol 625-2014.

8° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de 6 de enero de 2015, rol 5711-2016.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 18 de mayo de 2015, rol 374-2015.

17° JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de 30 de junio de 2015, rol C-956-2015.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 8 de septiembre de 2015, rol 663-2015.

CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, sentencia de 1 de octubre de 2015, rol 173-2015.

CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 5 de enero de 2016, rol 574-2015.

CORTE SUPREMA, sentencia de 23 de mayo de 2016, rol 18409-2015.

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 7 de octubre de 2016, rol 944-2016.

JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE LAS CONDES, sentencia de 7 de noviembre de 2016, rol 7035-2016-8.

CORTE SUPREMA, sentencia de 6 de diciembre de 2016, rol 26932-2015.

JUZGADO DE POLICÍA LOCAL DE ARICA, sentencia de 18 de enero de 2017, rol 938-2016.

CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, sentencia de 8 de junio de 2017, rol 177-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de 6 de diciembre de 2017, rol 5534-2017.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 22 de agosto de 2019, rol 9816-2019.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 30 de septiembre de 2019, rol 1330-2018.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 8 de noviembre de 2019, rol 2054-2018.

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 10 de diciembre de 2019, rol 2766-2018;

CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 26 de febrero de 2020, rol 3152-2018.

Contornos de la responsabilidad contractual

*Cristián Aedo Barrena**

RESUMEN

El presente artículo aborda las áreas de contorno o delimitación de la responsabilidad contractual, en el concierto de herramientas de tutela del acreedor y en su delimitación frente a la responsabilidad aquiliana, a partir de los dos requisitos fundamentales que la doctrina chilena exige para su configuración, el contrato y la obligación. En la revisión de ambos requisitos se estudian los límites de la pretensión indemnizatoria, para repensar desde ahí el núcleo de la responsabilidad contractual determinada por la posibilidad de que las partes hagan una voluntaria distribución del riesgo al que deciden someterse.

Responsabilidad contractual-obligación-contrato

Contours damages for breach of contracts

ABSTRACT

This article addresses the areas of contour or delimitation about damages for breach of contract, in the concert of remedies for breach of contract and in its delimitation against tort liability, based on the two fundamental requirements that Chilean doctrine requires for its configuration, the contract and the obligation. From the review of both requirements, the limits of the indemnity claim are studied, to rethink from there, the core of the contractual liability, determined by the possibility that the parties make a voluntary distribution of the risk to which they decide to submit.

Damages for breach of contract-obligation-contract

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica del Norte. Doctor en Derecho, Universidad de Deusto, Bilbao, España. Profesor de Derecho Civil de la Facultad de Derecho, Universidad Católica de la Santísima Concepción. Correo electrónico: caedo@ucsc.cl. Código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0556-0632>.

Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt Regular número 1191729, denominado “Delimitación de regímenes de responsabilidad civil. Elementos y factores a considerar para una parcial unificación”, del que el suscrito es investigador responsable; y del proyecto Fondecyt Regular número 1181930, denominado “*Exceptio doli generalis*: historia, función e interpretación”, del que el suscrito es coinvestigador.

Artículo recibido el 26.8.2020 y aceptado para su publicación el 6.5.2021.

I. INTRODUCCIÓN: LA DELIMITACIÓN DEL RÉGIMEN DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La expresión responsabilidad contractual tiene dos sentidos. En un sentido amplísimo, debe entenderse por responsabilidad contractual la garantía patrimonial del deudor y, por consiguiente, comprende todas las herramientas de tutela del acreedor¹. Por el contrario, en su sentido propio, que es el que se empleará en este trabajo, responsabilidad contractual designa una herramienta específica, destinada a la reparación del daño causado al acreedor².

La doctrina estima que deben reunirse dos requisitos para estar en presencia de responsabilidad contractual: la existencia de un contrato, y el incumplimiento de una obligación derivada de ese contrato³.

¹ Esta es la perspectiva, por ejemplo, de ALCALDE, 2018, pp. 332 y ss. Con esta acepción, véase también MORALES, 2006, pp. 20-21, fundando dicho alcance en la nueva noción de incumplimiento, a la que luego nos referiremos.

² BIANCA, 2018, pp. 120-121; 263 y ss.; DI MAJO, 2005b, pp. 246 y ss.; DI MAJO, 2006, pp. 76-77; FERNÁNDEZ, 2012, pp. 201-202; JORDANO, 1987, p. 31; MORALES, 2006, pp. 56-57; PANTALEÓN, 2010, pp. 228-229. Acerca del problema relativo a si la herramienta de la responsabilidad contractual comprende o no el equivalente pecuniario, existen dos posiciones. Para una posición, que compartimos, la responsabilidad contractual comprende la reparación de todos los daños causados al acreedor, es decir, aquellos que corresponden al valor de la prestación insatisfecha (*aestimatio rei*) y los otros daños que derivan del incumplimiento contractual (*id quod interest*). Véase, entre nosotros, BAHAMONDES, 2018, pp. 171-173; DE LA MAZA, MORALES y VIDAL, 2014, pp. 1165-1166; MORALES, 2010a, pp. 36-38; y, VIDAL, 2007c, pp. 194-195. Otros, en cambio, siguiendo la tradición francesa, distinguen entre cumplimiento por equivalente (que es lo compensatorio) e indemnización de daños. Véase CONTARDO, 2015, pp. 41-52, quien argumenta que la responsabilidad contractual como indemnización de daños extrínsecos, permite articular mejor los remedios del acreedor, como por ejemplo, la resolución y las obligaciones de hacer y no hacer. PEÑAILILLO, 2009, pp. 334-346, por su parte, argumenta que nuestro Código Civil estableció claramente normas relativas al cumplimiento forzado (artículos 1489, 1553 y 1555), exigiendo para el ejercicio de dicha pretensión solo el evento del incumplimiento y no la culpa. Sostiene, por tanto, que debe separarse, del mismo modo, el cumplimiento por equivalente, que supone el valor equivalente al incumplimiento (*aestimatio rei*), que no supone culpa de la indemnización de perjuicios, que supondría culpa, en la medida que busca reparar los daños causados por el incumplimiento contractual (*id quod interest*). Para el debate en el Derecho español, por ejemplo, especialmente Díez-PICAZO, 2008, pp. 714 y ss.; LLAMAS, 2010, pp. 126 y ss.; PANTALEÓN, 2010, pp. 234-235. La opción entre una y otra tesis, tiene relevancia para la valoración del comportamiento del deudor. Si el equivalente pecuniario es una manifestación del cumplimiento forzado, entonces la imputabilidad del deudor es irrelevante. Por el contrario, considerar el equivalente como un problema de responsabilidad contractual exige para su configuración un comportamiento culposo o doloso del deudor. Aun así, una precisión importante de la mano de BAHAMONDES, 2018, pp. 175-177, se impone. Como explica la autora, hay en el sistema chileno un real antecedente del equivalente pecuniario en la sentencia recaída en un juicio ordinario, que luego se cumple ejecutivamente, tanto en las obligaciones de dar, hacer o no hacer, en que el monto no constituye una evaluación del daño, sino un genuino reemplazo del cumplimiento que se ha declarado judicialmente.

³ BARROS, 2007, pp. 724-725; DOMÍNGUEZ, 2000, p. 624; LÓPEZ, 2010, p. 97; LÓPEZ, 2019, pp. 165-166; SCHOPFF, 2017, p. 73; PIZARRO, 2017, pp. 50-51; VIDAL, 2011, p. 764. En el Derecho comparado, véase Díez-PICAZO, 1999, pp. 264-266; YZQUIERDO, 2019, p. 107. Sin embargo, no puede dejar de anotarse una distinta aproximación a las normas de la responsabilidad contractual, que modifica completamente el panorama relativo a la delimitación. Según un grupo de autores, el eje no se encontraría en el contrato,

A partir de los requisitos enunciados de la responsabilidad contractual, entendiéndola en su sentido estricto, se pueden explorar los aspectos de contorno, es decir, aquellas ideas, nuestras ideas, que limitan la figura de la responsabilidad contractual. Si, como presuponemos, esta exige un contrato, su ausencia impediría que el régimen se configure. Otro tanto ocurre con la idea de obligación, al punto que, como veremos, la idea misma de incumplimiento está asociada al deber de prestación del deudor. Más allá de estas fronteras, deberíamos estar en el campo de la responsabilidad aquiliana; no obstante, demostraremos cómo dichas ideas o elementos dogmáticos no logran establecer un adecuado límite para la responsabilidad contractual⁴.

Situemos, en primer lugar, la responsabilidad contractual, en lo que hemos denominado la perspectiva intrasistema y en sus relaciones con la responsabilidad extracontractual, para detenernos, posteriormente, en lo que hemos denominado, los contornos.

II. LA PERSPECTIVA INTRASISTEMA: LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL EN EL CONCIERTO DE HERRAMIENTAS DE TUTELA DEL ACREEDOR

Para la doctrina tradicional, supuesto el incumplimiento, el acreedor goza de las siguientes herramientas⁵: a) un derecho principal para obtener el cumplimiento de lo prometido o ejecución forzada; b) un derecho secundario y supletorio para obtener por equivalencia la prestación que se le debe y el resarcimiento de los daños o indemnización de perjuicios; c) un conjunto de derechos encaminados a mantener el patrimonio del

sino en la obligación. Desde este punto de vista, la cuestión del contrato es irrelevante. Si se está frente a la infracción de un deber general, el régimen es el aquiliano; en cambio, si se trata del incumplimiento de una obligación, con independencia de la fuente, el régimen sería el contractual. Para esta óptica, véase por todos, JORDANO, 1987, pp. 26 y ss. Para la crítica a esta aproximación, BARROS, 2008, p. 408.

⁴ Desde luego, otra esfera de enorme importancia que permite la configuración de los regímenes, es la responsabilidad precontractual. No es objeto de este trabajo distinguir este ámbito de la responsabilidad contractual, pero remitimos a los importantes trabajos de LÓPEZ, 2019, pp. 59-108; LÓPEZ, 2017, pp. 97-111; 121-122; y LÓPEZ, 2018, pp. 249-278. López identifica dos grandes grupos de responsabilidad precontractual: a) por infracción al deber precontractual de lealtad, que incorpora la rotura injustificada de tratos preliminares, la celebración de un contrato nulo y la infracción del deber de confidencialidad; b) la infracción del deber precontractual de información, en el que distingue los siguientes supuestos: b.1) la indemnización derivada de vicios redhibitorios, b.2) la indemnización por vulneración del deber precontractual de información constitutivas de error; b.3) indemnización de un deber precontractual de advertencia. Concluye, además, sosteniendo, acertadamente a nuestro juicio, que el estatuto aplicable en responsabilidad precontractual es el aquiliano. Para el análisis del retiro unilateral de negociaciones, concuerdan DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 14 y ss., aunque advierten que dicha responsabilidad queda teñida por las exigencias que impone la buena fe, pues quienes negocian no son completos extraños. Para un análisis general de las herramientas de tutela precontractuales y su articulación, la excelente obra de LÓPEZ, 2019, pp. 27 y ss.

⁵ Se ha venido imponiendo en nuestro sistema, por influjo europeo, la expresión “remedios” que, importada desde el ámbito del *Common law*, fue incorporada en los instrumentos de armonización europeos. Para esta cuestión véase ASTONE, 2014, pp. 2 y ss.; DI MAJO, 2005a, pp. 341 y ss. Para el concepto de remedios y sus acepciones, NIVARRA, 2015, p. 585..

deudor en condiciones de afrontar las obligaciones que contrajo o derechos auxiliares del acreedor⁶.

Esta manera de presentar las herramientas de tutela trae consigo dos consecuencias. En primer lugar, las herramientas tienen un orden, en tanto el acreedor debe perseguir el cumplimiento forzado en primer lugar⁷. En segundo lugar, la noción de incumplimiento queda teñida de imputabilidad, de manera que, para que esta se configure, el deudor debe haber actuado con culpa o dolo; correlativamente, el deudor se libera probando caso fortuito⁸. Esta segunda consecuencia impacta en la manera en la que se comprende la responsabilidad contractual. En efecto, si bien es cierto aparentemente nuestra doctrina parece estar de acuerdo en que la responsabilidad contractual queda limitada, en cuanto a su alcance, a la indemnización de perjuicios⁹, la exigencia de imputabilidad, como requisito general de los remedios, priva del carácter independiente a la reparación de daños en sede contractual¹⁰.

La doctrina moderna ordena las herramientas de tutela desde una relectura del principio de la fuerza obligatoria¹¹, en tanto que la perspectiva debe estar puesta en favor del interés del acreedor, pudiendo este elegir libremente la herramienta que intentará, cuando la prestación no se ha satisfecho¹². Para Barros, el concepto que articula las acciones frente a la insatisfacción del interés del acreedor, es el incumplimiento, de manera que algunas de estas pretensiones, como la responsabilidad contractual en sentido estricto, requieren culpa o dolo, mientras que, para otras, bastará el incumplimiento¹³.

Pasemos ahora a la delimitación de la responsabilidad contractual, frente a la aquiliana.

⁶ ABELIUK, 2014, t. II, pp. 926-927; ALESSANDRI, 2005, t. I, p. 11; GATICA, 1959, p. 27 y TOMASELLO, 1969, p. 21.

⁷ Para la doctrina tradicional y sus argumentos, GATICA, 1959, pp. 27-28 y FUEYO, 2004, pp. 347-348. No hay base histórica, ni normativa para seguir el modelo alemán. Para esta cuestión, AEDO, 2013, pp. 953 y ss. Para el orden de las herramientas de tutela del acreedor en el modelo alemán, ZIMMERMANN, 2002, pp. 286 y ss.; y ZIMMERMANN, 2005, pp. 52-53.

⁸ ALCALDE, 2018, pp. 528 y ss.

⁹ ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, 2004, pp. 251 y ss.; ABELIUK, 2014, pp. 724 y ss.; FUEYO, 2004, pp. 293 y ss. Entre las obras específicas, RODRÍGUEZ, 2003, pp. 31 y ss.; GARCÍA, 2010, pp. 125-128.

¹⁰ Se advierte, así, por ejemplo, en el tratamiento que la doctrina le dispensa a la indemnización, cuando se demanda junto a la resolución del contrato. En este sentido, ABELIUK, 2014, p. 655; PEÑAILILLO, 2003, pp. 411-413 y RAMOS PAZOS, 2004, pp. 166-168.

¹¹ BARCELONA, 2006, pp. 152-154; VIDAL, 2011, p. 258.

¹² BAHAMONDES, 2011, pp. 244-245; CONTARDO, 2015, pp. 23-24; LÓPEZ, 2010, pp. 86 y ss.; PIZARRO, 2008, pp. 395 y ss.; VIDAL, 2007c, pp. 517 y ss. Para la perspectiva de la doctrina tradicional, por todos, ALESSANDRI RODRÍGUEZ; SOMARRIVA y VODANOVIC, 2004, vol. II, pp. 258-260.

¹³ BARROS, 2009, pp. 305; 308. En la doctrina chilena, además, ALCALDE, 2003, pp. 69 y ss.; ALCALDE, 2004, pp. 565 y ss.; BARROS, 2008, p. 408; CORRAL, 2004, p. 227; LÓPEZ, 2019, pp. 147 y ss.; MEJÍAS, 2011, pp. 752-755; PIZARRO, 2008, p. 399; VIDAL, 2007b, pp. 56-57; VIDAL, 2007c, p. 162; VIDAL, 2009, pp. 232-233. Para la recepción de un modelo objetivo de incumplimiento en el Derecho comparado, DÍEZ-PICAZO, 2010, pp. 10-11; MORALES, 2006, pp. 30-31; MORALES, 2013, t. III, vol. 1, pp. 391-392; PALAZÓN, 2014, pp. 17; 119 y ss. En cuanto a los instrumentos europeos de armonización de remedios contractuales, se acepta también un concepto neutro, amplio y objetivo de incumplimiento. Así, el artículo 87 del CESL (Propuesta de Reglamento relativo a una normativa común de compraventa europea); artículo III.-1:102 (3) del DCFR (Marco Común de Referencia); artículo 8:101 del PECL (Principios Europeo de Derecho de los Contratos); artículo 7.1.1. del PICC (Principios Unidroit sobre Contratos Comerciales). Véase BLANDINO,

III. LA DELIMITACIÓN FRENTE A LA RESPONSABILIDAD AQUILIANA

Asumido que la responsabilidad contractual queda limitada a la concurrencia de un contrato y de un incumplimiento obligacional, derivado de contrato, su esfera de aplicación es limitada en comparación con la responsabilidad aquiliana, porque subyace dicha responsabilidad en dos supuestos. El primero es que las partes pueden hacer una distribución de los riesgos contractuales. Y, como consecuencia, la responsabilidad contractual importa un régimen disponible para las partes. Para comprobar este último aserto, basta con revisar las normas del Código Civil que la regulan: todas ellas permiten que las partes alteren el régimen¹⁴. Así, por ejemplo, el artículo 1547 permite que las partes dispongan el grado de diligencia del se responde, o del alcance que el caso fortuito podrá tener entre los contratantes; o, el artículo 1558 permite alterar de tal modo la extensión de los daños reclamables, que incluso se puede responder de daños indirectos (sin causalidad).

Debido a que, como señala la doctrina¹⁵, el contrato determina una órbita de riesgos previamente asumida por los contratantes, el ámbito de la reparación está limitado a lo que las partes previeron a la época de celebración del contrato¹⁶, siendo el eje de articulación de dichos riesgos, la culpa, tal como ocurre en responsabilidad extracontractual¹⁷.

2015, pp. 331 y ss. Es el enfoque de los PLDC (Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos), consagrado en el artículo 83. Véase DE LA MAZA; PIZARRO y VIDAL, 2017, pp. 55 y ss.

¹⁴ BARROS, 2020, pp. 1085-1086.

¹⁵ BRANTT, 2010, pp. 86 y ss.; LLAMAS, 2010, pp. 110 y ss.; MEJÍAS, 2011, pp. 96-97. Para el contrato como instrumento de distribución de riesgos, MORALES, 2006, p. 57; y, NEME, 2018a, pp. 112-113.

¹⁶ En efecto, la delimitación del riesgo explica que, en materia de responsabilidad contractual, los daños se limitan a los perjuicios previstos o que pudieron razonablemente preverse, a la época de celebración del contrato. Para un análisis de la regla de previsión de daños como eje de la distinción, véase AEDO, 2018a, pp. 644 y ss. Como indica Corral, la previsibilidad, en el artículo 1558, no juega el rol propio de la causalidad, porque el juez no debe colocarse en el momento del incumplimiento, sino en el momento de celebración del contrato. Véase CORRAL, 2010, p. 177. La delimitación de los daños contractuales se introdujo en la mayor parte de los Códigos decimonónicos de la familia del francés. En principio, el Código Civil Francés que, en su actual redacción, contempla la limitación de los daños reparables a los previstos a la época de celebración, en el actual artículo 1231-3. La misma delimitación de daños se incorporó en el artículo 1107 del Código Civil español de 1889; en el artículo 1228 del *Codice Civile* de 1865. Entre los latinoamericanos, el artículo 1558 del Código Civil chileno y el artículo 1616 del colombiano, 1346 del Código Civil del Uruguay de 1869 (actualizado, mediante una profunda reforma, en 1995), los artículos 345 y 346 del Código Civil de Bolivia de 1975; el Código Civil de Paraguay, de 1985, artículo 425, aunque extiende la responsabilidad dolosa a las causas mediatas. También lo hace, el reciente Código Civil argentino de 2014, en el artículo 1728. Entre los instrumentos europeos, puede mencionarse los Principios Europeos de Derecho de Contratos, artículo 9:503; el Marco Común de Referencia para el Derecho Privado Europeo, DCFR, III. 3:703. También se acoge la regla en los Principios Latinoamericanos de Derecho de Contratos, PLDC, artículo 107. En el *Common law*, también se indemnizan, como daños, por regla general, las pérdidas económicas derivadas del incumplimiento, atendida la protección de lo que Fuller y Perdue denominan confianza esencial. BEATSON, 2002, pp. 589 y ss.; BURROWS, 2019, pp. 91-97; 105-106; y, CARTWRIGHT, 2019, pp. 389-392; FULLER y PERDUE, 2019, pp. 37-45. Una visión crítica en GORDLEY, 2004, pp. 216 y ss.

¹⁷ En otro lugar, a propósito de la responsabilidad extracontractual, hemos asignado dicha función a la culpa. Véase AEDO, 2014, pp. 714-719; y, AEDO, 2015, pp. 811 y ss.; y, AEDO, 2018a, pp. 342 y ss.

Como afirma Fleming, mediante el contrato se trata de promover una voluntaria asignación de riesgos en una sociedad que se autorregula libremente, mientras que en la responsabilidad extracontractual se asignan riesgos, de acuerdo con las valoraciones de la comunidad, por decisión de los tribunales o la ley¹⁸.

Pero la delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual, fundada en el riesgo, importa, como condición, que las partes se encuentren en una genuina de posición de distribuir sus riesgos¹⁹. Por mucho que hoy la buena fe se traduzca en una ampliación de la regla contractual²⁰, importando una protección de los intereses de las partes, la idea contractual se sostiene en los principios que subyacen a la codificación: una relativa igualdad, al menos formal de las partes, que supone un igual acceso a la información y a las condiciones de contratación²¹. Ello justifica en las codificaciones, incluso en aquellas que se han introducido recientes reformas, la mantención de los principios de la autonomía de la voluntad, la libertad contractual y del *pacta sunt servanda*²².

Ahora bien, el fenómeno contractual moderno se aleja, en amplios campos de la actividad social, de los idearios contractuales de la codificación, como ocurre en el Derecho de consumo²³. Se estima, por consiguiente, que la libre voluntad no garantiza suficientemente la justicia del contrato, debiendo introducir ciertas correcciones que tiendan, como hemos dicho, más allá de las reglas de consumo, una cierta equivalencia en las posiciones contractuales, pues el acuerdo debe ceder a criterios y principios de solidaridad social²⁴. Esta cuestión es de vital importancia en el tema de analizamos.

¹⁸ FLEMING, 1987, p. 2. Para una perspectiva similar del contrato, ATIYAH, 1988, pp. 150-151; CARTWRIGHT, 2019, pp. 121; PANTALEÓN, 2010, p. 206; SCHOPF, 2017, pp. 73-74; ZIMMERMANN, 2019, p. 100.

¹⁹ ALPA, BESSONE y ROPPO, 1982, p. 284; SCHOPF, 2017, p. 79.

²⁰ Véase COHEN, 2004, pp. 523 y ss.; y, FRIED, 1996, p. 128 y ss. Para esta cuestión, véase, en el Derecho comparado, por ejemplo, ALPA, BESSONE, ROPPO, 1982, pp. 378 y ss. Para el Derecho chileno, BRANTT, 2010, p. 87; MEJÍAS, 2011, pp. 101 y ss.; SAN MARTÍN, 2017, especialmente pp. 603 y ss.; y, SCHOPF, 2018, pp. 118-120.

²¹ Véase, para esta cuestión, BERNAD, 2019, pp. 16-21 y BUSNELLI, 2005, pp. 535-537.

²² Véase, por ejemplo, para la reforma al Código Civil francés, TAINNE, 2019, pp. 27-28. Para el Derecho Europeo, véase el análisis de SCHULZE, 2017, pp. 117-120 y con una perspectiva comparada europea muy amplia, ZIMMERMANN, 2019, pp. 93-104. Para el papel de la voluntad en el *common law*, CARTWRIGHT, 2019, pp. 226-227. Ello no quiere decir que no exista una tendencia a releer las normas contractuales que persigan el amparo de la parte contratante más débil, más allá de las variaciones económicas del contrato, sino también en el desequilibrio en la generación del contrato. Acerca de esta materia, BARCELLONA, 2001, pp. 306-310; 321-322; GÓMEZ, 2018, pp. 30-33; 160-170; y, para el caso chileno, véase, por ejemplo, PRADO, 2019, pp. 787-802.

²³ Para esta cuestión, en el Derecho chileno, ISLER, 2019a, pp. 67-70. Para el Derecho de consumo como remedio al desequilibrio contractual en el ámbito europeo, SCHULZE, 2017, pp. 121-123; VETTORI, 2009, pp. 22-23; pp. 651 y ss.

²⁴ Véase, por todos, GÓMEZ, 2018, pp. 25-27; RISOLIA, 1958, pp. 124-125. Como explica BARCELLONA, 2006, pp. 70-84, la buena fe aparece como un dispositivo que permite un control de la autonomía de la voluntad, incorporando a la ecuación económica de mercado, reglas de solidaridad, cooperación y lealtad. Bajo esta óptica, sin duda alguna, subyace la idea de moralizar la relación contractual codificada. Véase también BIANCA, 2000, p. 394; y, GALLO, 2002, pp. 257-259. En nuestro país, se ha preocupado de la cuestión, especialmente, MUNITA, 2021, pp. 178-179, quien estima que ya en el Código hay un conjunto de normas

En efecto, si las partes no están en posición de distribuir riesgos, la distinción entre los regímenes se vuelve difusa, pues la víctima obtiene similares resultados, en términos de daños indemnizables²⁵.

Frente a nuevos fenómenos contractuales, en los que no existe la posibilidad de negociar o distribuir riesgos entre las partes, se ha considerado que los resultados relativos a los daños son equivalentes, tanto en un régimen de responsabilidad contractual, como aquiliano. De este modo, se propone una parcial asimilación entre los regímenes²⁶. Evidentemente, esta aproximación dogmática, trasladada a ámbitos especiales de responsabilidad civil, como ocurre en la responsabilidad civil por daños al consumidor, puede plantearse como una cuestión de *lege ferenda*.

En efecto, en materia de consumo, aunque ordinariamente el régimen es el contractual, se han identificado supuestos también de responsabilidad aquiliana²⁷, lo que se traduciría en la aplicación de reglas diferenciadas de carácter secundarias. No obstante, se ha considerado que las normas de responsabilidad del Derecho común, relativas a la responsabilidad contractual, no resultan directamente aplicables, en relación con los daños reclamables, precisamente porque toda la normativa de consumo se erige sobre la base de la desigualdad técnica del consumidor y el proveedor, como se ha venido analizando²⁸.

Especialmente, en cuanto al daño moral, entendido como la lesión de los intereses extrapatrimoniales de la víctima²⁹, tratándose del Derecho común, la doctrina entiende que, como regla general, el contrato con prestaciones patrimoniales no puede dar lugar a indemnización por daño moral, a menos que las partes pudiesen preverlo al tiempo de la celebración, conforme con el artículo 1558³⁰. Pero al no existir distribución de riesgos acordada libremente, la delimitación de los daños, especialmente el daño moral, no resulta procedente en materia de consumidor, debiendo indemnizarse todos los daños causados a este³¹.

que favorecen al contratante más débil, que atribuye al deudor, debiendo modularse la relación contractual con la buena fe. Pinochet, por su parte, piensa que el Derecho de Consumo ha desarrollado instrumentos adecuados para corregir asimetrías contractuales, más allá de las reglas del consumidor y, por tanto, relaciones B2C, B2B. Véase PINOCHET, 2019, p. 144

²⁵ Es lo que hemos sostenido en AEDO, 2018b, p. 649; 651. Véase, también LORENZETTI, 2010, p. 196; MIQUEL, 2015, vol. I, p. 180.

²⁶ La tesis ha sido defendida por YZQUIERDO, 2019, p. 107. Véase también YZQUIERDO y PIROZZI, 2016, p. 140.

²⁷ Véase ISLER, 2019a, pp. 235 y ss.

²⁸ Para esta cuestión, en el Derecho chileno, véase especialmente BARAONA, 2014, pp. 388-389; DE LA MAZA, 2010, pp. 21 y ss.; ISLER, 2019a, pp. 67-70; ISLER, 2019b, p. 336; y WAHL, 2006, pp. 77-78. Para el Derecho de consumo como remedio al desequilibrio contractual en el ámbito europeo, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, 1987, pp. 24 y ss.; DOMONT-NAERT, 1993, pp. 57 y ss.; CALAS-AULOY, 1993, pp. 141-142; SCHULZE, 2017, pp. 121-123

²⁹ Remitimos a nuestro trabajo AEDO, 2006, pp. 238 y ss. y pp. 432 y ss.; AEDO, 2019b, pp. 149-151.

³⁰ Véase, por todos, DE LA MAZA, 2018, pp. 284 y ss.; DE LA MAZA y MONTES, 2020, pp. 19 y ss.,

³¹ Es lo que hemos defendido en AEDO y MUNITA, 2020, pp. 99 y ss. Esta idea ha sido también defendida por BARAONA, 2014, p. 399; CONTARDO y CORTÉZ, 2019, pp. 43 y ss.; LAZCANO y TORO, 2019, p. 102; MENDOZA, 2019, pp. 70-71. Esta cuestión de afirma en la idea de especialidad de las reglas de consumo.

Si el régimen de responsabilidad contractual aparece como excepcional, deben asumirse dos consecuencias. La primera, es que el régimen común y supletorio es el de responsabilidad aquiliana³². Por tanto, la existencia de un régimen de responsabilidad contractual excluye la aplicación de las reglas de responsabilidad aquiliana, salvo supuestos de concurrencia del régimen y los casos en que la opción es admitida³³. La segunda consecuencia, es que la víctima no puede dirigir la acción por la vía aquiliana, si el régimen es contractual, de ahí la importancia de distinguir adecuadamente, en el caso que proponemos³⁴.

Confrontada la responsabilidad contractual en el concierto de las herramientas de tutela del acreedor y con la responsabilidad aquiliana, analicemos las áreas de contorno que permita explorar las tensiones dogmáticas que se plantean a propósito de los requisitos del régimen.

IV. DOS ÁREAS DE CONTORNO

Las áreas de contorno guardan relación con las condiciones necesarias para estar en presencia del régimen. Como hemos dicho, la existencia de un contrato y el incumplimiento de una obligación, en el sentido técnico del término. Analicemos cada uno de ellos.

1. *La existencia de un contrato*

Como se ha visto, es una condición *sine qua non*, la existencia de un contrato. Por tanto, antes de la relación contractual, el campo de aplicación corresponde a la responsabilidad extracontractual³⁵.

Vigente el contrato, la responsabilidad contractual surge en la medida que el deudor incumple el programa prestacional. La integración contractual de la obligación del deudor, por otro lado, a partir de la buena fe, permite delimitar la órbita de riesgos, como hemos visto³⁶.

Con todo, con independencia del sistema, la doctrina reconoce claros límites a la función integradora, desde la buena fe³⁷, especialmente en cuanto a las cosas que

Véase, especialmente, BARAONA, 2019, pp. 10-11. Se ha propuesto que, incluso, este carácter de las normas del consumidor permita a la víctima demandar en un juicio civil, haciendo aplicable en él las normas de la LPDC. Véase, MENDOZA, 2019, p. 73.

³² Véase AEDO, 2018b, pp. 621 y ss.

³³ CASTRONOVO, 2018, pp. 512-513. Para la tradición francesa, LARROUMET, 2010, pp. 324-325.

³⁴ Así se resolvió en la sentencia Corte Suprema, sentencia de 7.09.2017, rol 87718-16. Véase también la sentencia Corte Suprema, 11.09.2013, rol 3653-13. Sobre esta cuestión, véase nuestro trabajo AEDO, 2019a, pp. 985-986.

³⁵ En este sentido, véase DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 13-25.

³⁶ FRIED, 1996, p. 128; Véase, también, FAUVARQUE-COSSON, 2006, pp. 2-4; HESSELINK, 2004, pp. 472-474. y MORELLO, 2003, pp. 40-43; 273-274;

³⁷ Véase, en este sentido, TAPIA, 2015, pp. 546 y ss.

emanan de la naturaleza de la obligación, pues se trataría de precisar los alcances de una obligación pactada, no de crear autónomamente otra distinta, por mucho que se vincule con la primera³⁸.

No obstante, se pueden anotar dos puntos de tensión en relación con la existencia de este requisito. La primera, guarda relación con la pervivencia del régimen, allí donde ya no hay contrato. En relación con este tema, la doctrina se ha referido básicamente a dos supuestos: contratos declarados nulos y la denominada responsabilidad post *contractum*. Especialmente la segunda hipótesis dice relación con aquellas situaciones que se presentan cuando el contrato haya producido sus efectos principales, sin perjuicio de que subsistan obligaciones accesorias que vinculen a las partes³⁹.

En otro lugar, hemos abordado el régimen de responsabilidad aplicable en el caso que el contrato se encuentre terminado, pero se reclamen daños por incumplimiento de obligaciones, todavía vigente la relación contractual⁴⁰. Si el contrato es bilateral, la parte que ha puesto término al contrato puede incumplir, a su vez, obligaciones recíprocas, que admitirían al acreedor invocar la responsabilidad contractual fundada en el contrato⁴¹.

No obstante, todavía podríamos pensar en otro supuesto dañoso en el que, a pesar de no haber contrato, podemos afirmar que el régimen aplicable es el de la responsabilidad contractual. Piénsese, por ejemplo, en un caso como el que sigue. Una empresa pone término unilateral, por incumplimiento contractual⁴², a un proveedor de servicios de alimentación, debido a una grave intoxicación alimenticia en las faenas en las que el servicio se presta. Se comprueba, sin embargo, que la intoxicación se produjo por un factor ajeno al servicio de alimentación del proveedor. Hay daños que se siguen que pueden y deben ser demandados y, acorde lo que se ha reflexionado, consideramos que el régimen propio es el contractual.

2. *La existencia de una obligación*

a) Responsabilidad del acreedor, por falta de colaboración

La exigencia de una obligación se tensiona cuando el problema de responsabilidad contractual se plantea en la esfera de los comportamientos del acreedor, como veremos seguidamente.

Se pueden anotar, en esta materia, dos aproximaciones⁴³. Una mayoritaria, estima que las conductas del acreedor que tienden a la facilitación de la liberación del deudor,

³⁸ GUZMÁN BRITO, 2002, pp. 16-17. Véase también, TAPIA, 2015, p. 552. Para la aplicación jurisprudencial de la regla integradora, CORRAL, 2007, pp. 200-207.

³⁹ ALONSO, 2007, p. 198. Por eso, la doctrina se plantea que, en estos casos, es la buena fe el vehículo articulador de la atribución de responsabilidad contractual. Véase, YZQUIERDO, 2001, pp. 89-90.

⁴⁰ AEDO, 2019a, pp. 1000-1001; AEDO, 2020, pp. 871-872.

⁴¹ LÓPEZ, 2017, pp. 119-120.

⁴² Así lo expusimos, en AEDO, 2020, p. 872.

⁴³ Sobre su regulación y efectos, AEDO, 2008, pp. 287-290; AEDO, 2020, pp. 872-873.

constituyen cargas y no auténticos deberes y, de modo más general, la colaboración que el acreedor debe a su deudor en la ejecución contractual⁴⁴.

Una segunda posición estima que la falta de colaboración es un deber, que se califica de secundario, que tiene efectos idénticos al incumplimiento contractual. Prado ha arribado a la conclusión de que estamos frente a un auténtico deber para el acreedor, analizando pormenorizadamente los intereses en juego, la tipificación contractual y los efectos del incumplimiento de dicho deber, considerando que el deudor goza de las mismas herramientas de tutela con las que cuenta el acreedor frente al incumplimiento⁴⁵. Al referirse al deber de colaboración, señala que: “(...) nuestro postulado es que el deber de colaboración del acreedor constituye un deber secundario o funcional, ya que permite a las partes obtener el cumplimiento de las principales prestaciones del contrato. La característica especial que este presenta, empero, es que se trata de un deber secundario o funcional que tiene por finalidad que el otro contratante pueda, a su turno, ejecutar sus prestaciones principales o primordiales (...)”⁴⁶. Recientemente, en un trabajo, la profesora Brantt se ha inclinado por considerar la colaboración del acreedor como un deber y su insatisfacción como un incumplimiento, que ofrecería herramientas de tutela en favor del deudor⁴⁷.

Dos matices pueden advertirse a esta posición, dura. En otro lugar, hemos defendido que, de considerarse deberes, sus efectos no pueden analogarse a las obligaciones, entendidas como deber de prestación⁴⁸. La tesis ecléctica, defendida por San Martín, sostiene que estamos frente a una carga cuando no se afectan intereses del acreedor y de un auténtico deber, si la colaboración se haya establecida en beneficio de un interés jurídicamente relevante del deudor⁴⁹.

⁴⁴ Cattaneo señala, categóricamente, que el acreedor como tal no es deudor de la cooperación necesaria con el fin de que la otra parte pueda cumplir y la mora del acreedor no es una subespecie de mora *solvendi*, sosteniendo además que el acreedor satisface un interés propio, al procurarse a sí mismo el bien o el resultado que le es debido. Véase CATTANEO, 1964, pp. 54-65. Véase también CATTANEO, 1973, pp. 1-3; CENDON, 1987, pp. 212-213; y, DORE, 2010, pp. 65-68. En el Derecho español, defendiendo la idea de carga, DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 737 y en DÍEZ-PICAZO, 1964, pp. 357-358; CABANILLAS, 1988, pp. 72 y ss.

⁴⁵ PRADO, 2015, pp. 108; 135 y ss. Esta tesis del supuesto de la equivalencia de la mora del deudor y la del acreedor, para esta cuestión, CABANILLAS, 1988, pp. 86, 93 y 98. En el Derecho comparado tiene larga data. En Italia, por ejemplo, fue especialmente defendida por Falzea, a mediados del siglo pasado. Véase FALZEA, 1947, pp. 18 y ss.

⁴⁶ PRADO, 2016, p. 64. Véase también, PRADO, 2015, pp. 108; 135 y ss.

⁴⁷ BRANTT, 2020, p. 564 y ss.

⁴⁸ Nuestra tesis ha sido defender que, en tanto deber de colaboración, no puede ser analogado a los efectos de una obligación y que no debe confundirse, estructuralmente, el interés económico que pueda tener el deudor a liberarse, con el interés jurídico que se persigue proteger. Las calidades jurídicas no se alteran, y la prueba de aquello es que, aun en el caso de mora del acreedor, la ley otorga al deudor la posibilidad de pagar o liberarse de su vínculo, si así lo desea, ejecutando la prestación judicialmente, por medio de un mecanismo que el Código Civil denomina pago por consignación. No se transforma, por consiguiente, en un acreedor del suyo. Nos referimos a nuestro trabajo AEDO, 2008, pp. 297-298. Véase también la explicación en AEDO, 2020, p. 874.

⁴⁹ Como ocurre con su trabajo respecto del ámbito extracontractual, San Martín acude a fuentes romanas, además de las dogmáticas, para sustentar su posición SAN MARTÍN, 2015, p. 149; SAN MARTÍN,

La cuestión de la naturaleza del comportamiento del acreedor es relevante. Si estamos frente a una carga, los daños que cause el acreedor, como consecuencia de la falta de colaboración, constituyen un problema restitutorio y la cuestión debería enfocarse en la perspectiva del enriquecimiento sin causa⁵⁰. Y, por el contrario, si es un deber, el acreedor debe indemnizar los perjuicios, sometiéndose el régimen a las reglas de responsabilidad contractual⁵¹.

La cuestión de fondo se vincula con la noción de incumplimiento. Una mayoría de la doctrina chilena que sustenta la visión moderna, asocia la noción de incumplimiento al programa prestacional que debe satisfacer el deudor. El incumplimiento está asociado a la obligación, en términos de deber de prestación del deudor⁵².

Por el contrario, al considerar la colaboración del acreedor como un deber autónomo, se traduce en que, frente a la falta o ausencia de colaboración, la doctrina extiende el concepto de incumplimiento, para pensarlo ahora desde el contrato. Se sostiene así que, en el caso de falta de colaboración hay un incumplimiento contractual análogo a la insatisfacción de la prestación por parte del deudor⁵³.

Ahora bien, al tratarse de un incumplimiento obligacional, estima que le corresponde al deudor el ejercicio de las herramientas propias derivadas del incumplimiento. En concreto, como en el caso de las herramientas de las que goza el acreedor, el deudor podría intentar cumplimiento forzado⁵⁴, y, especialmente, la indemnización de perjuicios⁵⁵. Sin embargo, en este caso, no se cumpliría con el presupuesto de un incumplimiento obligacional, ni el dañante de la figura sería el deudor⁵⁶.

b) Responsabilidad civil del acreedor y herramientas de tutela

La obligación, en un sentido amplio, no puede concebirse solo como la contraposición entre un derecho personal y un deber de prestación. Se trata de una relación compleja, compuesta de deberes, cargas y derechos. No obstante, ello no quiere decir dos cuestiones de relevancia. En primer lugar, que ello no altera las calidades que ambos

2009, pp. 194-195. Véase también, MARTINS-COSTA, 2004, pp. 110-111.

⁵⁰ Para la distinción entre responsabilidad civil e indemnizaciones por sacrificio, en general, véase CÉSPEDES, 2018, pp. 489 y ss. Cattaneo sostiene que la mora del acreedor no genera la obligación de indemnizar perjuicios, pues no tiene por objeto privar al deudor de un bien que le pertenece, ni dejar insatisfecho un crédito suyo. CATTANEO, 1964, p. 98. Otros autores, aceptando el efecto de la indemnización por daños y perjuicios, sostienen que su fundamento debe buscarse en el abuso del derecho o en la equidad, saliendo del ámbito de la mora del acreedor. Así, por ejemplo, CABANILLAS, 1978, p. 187.

⁵¹ SAN MARTÍN, 2015, pp. 150-151. Es lo que hemos sostenido en AEDO, 2008, pp. 300-301; AEDO, 2020, p. 876.

⁵² Por todos, DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 260-261.

⁵³ PRADO, 2015, pp. 160 y ss.; PRADO, 2016, p. 77.

⁵⁴ PRADO, 2016, pp. 78.

⁵⁵ Véase PRADO, 2015, pp. 241 y ss., aunque no se conecta dicha obligación de indemnizar con el artículo 1558.

⁵⁶ Respecto de esta cuestión, JORDANA FRAGA, 1987, p. 31.

tienen: la relación se funda en la existencia de un sujeto activo y de otro pasivo; y, el núcleo central de dicha relación está en el derecho personal de crédito, por parte del acreedor, que le autoriza al ejercicio de determinadas herramientas, para proteger su interés contractual, por un lado; y, el deber de prestación del deudor.

La buena fe opera en la esfera del cumplimiento contractual, conforme lo prescribe el artículo 1546 del Código Civil, equilibrando, función de integración mediante, las relaciones contractuales⁵⁷. La cuestión es si, además, la buena fe modula y controla el ejercicio de herramientas de tutela del acreedor⁵⁸. Como hemos señalado en otro lugar⁵⁹, se pueden anotar en esta materia, dos tendencias doctrinarias. Por un lado, se ha explorado la intervención de la buena fe, a propósito de la excepción de contrato no cumplido, regulada en el artículo 1552 del Código Civil⁶⁰. Por el otro, se ha considerado que algunas herramientas del acreedor, especialmente aquella que autoriza a poner término unilateral al contrato⁶¹, debe ser ejercida conforme a parámetros de buena fe⁶², de modo que su ejercicio abusivo otorga al deudor un mecanismo de defensa e, incluso, un fundamento para pedir daños, fundado en *exceptio doli* romana⁶³. En la jurisprudencia chilena se puede apreciar un tránsito que va desde la afirmación de la fuerza obligatoria del contrato (que impediría releer la cláusula), hacia un control *a posteriori*, en términos de ajustar su ejercicio a la buena fe⁶⁴.

La responsabilidad contractual solo podría alegarse a condición de que exista un contrato, y si se ha incumplido una obligación, por parte del deudor. No obstante, como indicamos en otro lugar⁶⁵, si se sigue el razonamiento de Dellacasa, el acuerdo contractual, es decir, la expresión de la autonomía de la voluntad, basta para fundar el

⁵⁷ CHAMIÉ, 2008, p. 114.

⁵⁸ Desde la perspectiva de los "remedios", no cabe duda que estos vienen modulados por el parámetro de la buena fe. BARCELONA, 2006, pp. 258 y ss.; BIANCA, 1983, p. 214-216; Díez-PICAZO, 2014, pp. 232-234; DI MAJO, 2006, p. 72; FRANZONI, 1999, pp. 93-95; ZIMMERMANN y WHITTAKER, 2000, pp. 16-18. Este parámetro, en el ejercicio, es incorporado, por ejemplo, por los Principios Europeos de Derecho de los Contratos (PECL), artículo 8:109.

⁵⁹ Véase AEDO, 2019b, pp. 79 y ss.; AEDO, 2020, p. 877.

⁶⁰ CARVAJAL, 2016, pp. 125-126. En la doctrina italiana, NANNI, 1988, pp. 473 y ss. Para la aplicación de la jurisprudencia alemana, con base en la *exceptio doli*, WIEACKER, 1977, pp. 66-68, en términos que nadie puede pretender un tratamiento favorable por el ordenamiento, cuando su comportamiento ha sido contrario al contrato; y, para el caso español, DELL'AQUILA, 1981, p. 172.

⁶¹ La tendencia dogmática moderna es admitir el ejercicio de la facultad extrajudicial, distinguiéndolo del pacto comisorio. Sobre esta cuestión, véase PIZARRO, 2007, pp. 11 y ss.; ELORRIAGA, 2013, pp. 408-410. Para las diferencias entre facultad unilateral de terminar el contrato y el pacto comisorio, véase DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 514-515.

⁶² AEDO, 2019b, pp. 80-81. En este trabajo, ya advertimos que la doctrina chilena que se había referido al problema, demandaba un ejercicio conforme a la buena fe. Por todos PIZARRO, 2007, pp. 14 y ss. Recientemente, MUNITA, 2021, pp. 183-184.

⁶³ BARCELONA, 2006, pp. 156 y ss.; HESSELINK, 2004, pp. 483-484; WIEACKER, 1977, pp. 60-61; ZIMMERMANN y WHITTAKER, 2000, p. 18. Para la dogmática española, Díez-PICAZO, 2014, pp. 232-234. Con interesante perspectiva histórica, NEME, 2018b, pp. 77-84.

⁶⁴ Nuevamente, remitimos a la jurisprudencia citada en nuestro trabajo AEDO, 2019b, pp. 81-82.

⁶⁵ AEDO, 2019b, pp. 87-88

programa contractual, limitando la reparación de daños al interés positivo, no a la confianza legítima de la contraparte, en el caso de lo que denomina buena fe *in executivis*, se traduce en la protección de la confianza, que configura una limitación a la autonomía privada. En otros términos, el contrato proyecta sus efectos, según pensamos, cuando, en el ejercicio abusivo de la facultad de resolución, se lesiona la confianza legítima de la contraparte, causándole daños⁶⁶.

Por consiguiente, tensionado ahora el presupuesto del deber de prestación del deudor, la responsabilidad contractual también podría extenderse para regular, entre las partes del contrato, los daños que el acreedor, en un ejercicio abusivo de la facultad, causó menoscabos a su deudor⁶⁷. Aunque ello no pueda ser abordado en este trabajo, admitir el régimen abre nuevas preguntas, en la medida que, en la protección de la confianza, se debe estimar si la ponderación de riesgos incide en una reparación de daños al margen del artículo 1558 del Código Civil.

V. CONCLUSIONES

Como señala Di Majo, la indemnización de daños puede apreciarse como un sustitutivo de la prestación pactada, es decir, si se conecta directamente con el objeto de la prestación; bien, como la reparación de los efectos o repercusiones en el patrimonio del acreedor, en cuyo caso, según el autor, hay una evidente concordancia con la responsabilidad aquiliana⁶⁸.

En la medida que quienes concurren a un reparto económico, o a un acuerdo contractual, están en condiciones de delimitar el riesgo al que deciden someterse. Aquí el riesgo no tiene que ver con el tipo de actividad, sino con los sujetos que pueden reordenar sus relaciones: si las relaciones contractuales están admitidas, con fundamento en la libertad contractual, el juez no puede, *prima facie*, hacer una reordenación de las consecuencias del incumplimiento. Pero en la medida que las fronteras del contrato se desdibujan, la distinción de regímenes tiende a desaparecer. Por ello, la responsabilidad contractual importa un reparto de riesgos que, en tanto se mantienen los presupuestos contractuales clásicos, permite a las partes autorregularse.

La responsabilidad contractual, entendida como la reparación de daños al acreedor, presenta dos áreas de contorno, el contrato y la obligación, que delimitan su ámbito de aplicación. En ambos casos, encontramos casos de tensión de los requisitos que requieren la revisión del lugar que ocupa la responsabilidad contractual.

En relación con el contrato, su ausencia comprende un grupo de casos en los que, a pesar de ya no haber contrato, la responsabilidad se presenta como consecuencia del

⁶⁶ DELLACASA, 2018, pp. 310 y ss. Véase también, PANTALEÓN, 2010, p. 207. Este es precisamente el enfoque del reciente fallo, en la causa de Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A., Corte Suprema, 22.05.2019, rol 38.506-2017.

⁶⁷ Es la tesis que ha defendido, recientemente, PIRAINO, 2015, p. 346.

⁶⁸ DI MAJO, 2005b, pp. 254-255; DI MAJO, 2006, p. 77.

incumplimiento obligacional, pero en los que el balance de riesgos propio de dicha responsabilidad, siguen manteniéndose.

Más problemático es resolver la cuestión de la responsabilidad contractual, más allá de la obligación. Tanto si el acreedor debe responder por falta de colaboración (si se considera que se está en presencia de un deber), como incluso en el ejercicio de herramientas tutela, como en el caso de la terminación por incumplimiento, la reparación de daños compensa la vulneración de la confianza legítima. Cuando se está en una hipótesis de esta naturaleza, en que la regla de responsabilidad se construye por la vulneración de un deber asociado al crédito, o por el ejercicio contrario a la buena fe de una facultad, resulta problemático establecer la reparación de los daños sobre la base de los riesgos contractualmente arbitrados, conforme con el artículo 1558 del Código Civil. Esta cuestión requiere una urgente revisión dogmática, para delimitar los alcances del régimen.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina citada

- ABELIUK MANASEVIC, René, 2014: *Las Obligaciones*, 6ª edición actualizada (Santiago, Thomson Reuters).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, 2003: “Acción resolutoria y excepción de contrato no cumplido”, en: *Revista Actualidad Jurídica* (núm. 8).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, 2004: “Incumplimiento recíproco, resolución y cumplimiento de contrato bilateral”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 31, núm. 3).
- ALCALDE RODRÍGUEZ, Enrique, 2018: *La Responsabilidad Contractual* (Santiago, Ediciones UC).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2006: *Responsabilidad Extracontractual* (Santiago, Librotecnia).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2013: “Obligatio: in iure consistunt”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 40, núm. 3).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2014: “El concepto normativo de culpa como criterio de distribución de riesgos. Un análisis jurisprudencial”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41, núm. 2).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2015: “La culpa como criterio de distribución de riesgos sociales ¿Hay en la culpa una infracción a un deber jurídico?”, en: Vidal Olivares, Álvaro, Severin Fuster, Gonzalo y Mejías Alonso, Claudia (coordinadores). *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2018a: *Culpa aquiliana: una conjunción de aspectos históricos y dogmáticos* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2018b: “La delimitación de la responsabilidad contractual y la aquiliana y su incidencia en la reparación del daño moral, en: Vidal Olivares, Álvaro (director) y Severin Fuster, Gonzalo (editor), *Estudio de Derecho de Contratos. En Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2019a: “Delimitación de regímenes de responsabilidad: especial mención al régimen aplicable a los supuestos de daños, terminado el contrato”, en: Gómez de la Torre, Maricruz; Hernández Paulsen, Gabriel; Lathrop Gómez, Fabiola y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián, 2019b: “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 33).

- AEDO BARRENA, Cristián, 2020: “Límites de la responsabilidad contractual. Contornos a la luz de sus requisitos”. Elorriaga de Bonis, Fabián (editor). *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters).
- AEDO BARRENA, Cristián y MUNITA MARAMBIO, Renzo, 2020: “Responsabilidad civil de los bancos por fraudes informáticos a la luz de la Ley de protección de los consumidores”, en *Actualidad Jurídica* (núm. 42).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, 2004: *Tratado de las obligaciones*, 2ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 2005: *De la Responsabilidad Civil Extracontractual en el Derecho Civil Chileno*, reimpresión 1ª edición (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- ALPA, Guido; BESSONE, Mario; ROPPO, Enzo, 1982: *Rischio contrattuale e autonomia privata* (Napoli, Jovene Editore).
- ASTONE, María, 2014: “Rimedi e contratti dell consumatore nella prospettiva del Diritto privato europeo”, en: *Europa e diritto privato* (núm. 1).
- ATIYAH, P.S., 1988: *Essays on Contract*. Oxford: Clarendon Press.
- BAHAMONDES OYARZÚN, Claudia, 2018: *El cumplimiento específico de los contratos* (Santiago, Der Ediciones).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, 2014: “La regulación contenida en la Ley N° 19.496 sobre Protección de los Derechos de los Consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41, núm. 2).
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, 2019: “Concepto, autonomía y principios en: Morales Ortiz, María Elisa (directora) y Mendoza Alonzo, Pamela (coordinadora), *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Der Ediciones).
- BARCELONA, Mario, 2001: “La buona fede e il controllo giudiziale del contratto”, en Mazzamuto, Salvatore (a cura di), *Il contratto e le tutele prospettive di Diritto europeo* (Torino, Giappichelli).
- BARCELONA, Mario, 2006: *Clausole generali e giustizia contrattuale. Equità e buona fede tra codice civile e diritto europeo* (Torino, Giappichelli).
- BARROS BOURIE, Enrique, 2007: “La diferencia entre «estar obligado» y «ser responsable» en el derecho de los contratos”, en Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*. (Santiago, LexisNexis).
- BARROS BOURIE, Enrique, 2008: “Finalidad y alcance de las acciones y los remedios contractuales”, en Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, LegalPublishing).
- BARROS BOURIE, Enrique, 2009: “El contrato y el hecho que causa daño como antecedentes de la responsabilidad”, en Pizarro Wilson, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, LegalPublishing).
- BARROS BOURIE, Enrique, 2020: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- BEATSON, J. (2002: *Anson's Law of Contract*, 28º edition (Oxford, Oxford University Press).
- BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto y BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (1987: *Estudios jurídicos sobre protección de los consumidores* (Madrid, Tecnos).
- BERNAD MAINAR, Rafael, 2019: *La Contratación Civil, una fiel expresión de la patrimonialidad del Derecho Civil* (Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi).
- BIANCA, Massimo, 1983: “La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale”, en: *Rivista di Diritto Civile* (vol. XXIX).
- BIANCA, Massimo, 2010: *Diritto Civile, t. III: Il contratto* (Milano, Giuffrè).
- BIANCA, Massimo, 2018: *Diritto Civile, t. V: La responsabilità*, ristampa 2ª edizione (Milano, Giuffrè).

- BLANDINO GARRIDO, María Amalia, 2015: “El incumplimiento del contrato”, Vaquer Aloy, Antoni, Bosh Capdevila, Esteve y Sánchez González, María Paz (editores), *El Derecho Común Europeo de la Compraventa y Modernización del Derecho de Contratos* (Barcelona, Atelier).
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, 2010: *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual. Concepto y alcance del caso fortuito en el Código Civil chileno* (Santiago, Abeledo Perrot).
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, 2020: “La colaboración de las partes en los contratos de larga duración”. Elorriaga de Bonis, Fabián (editor). *Estudios de Derecho Civil XV* (Santiago, Thomson Reuters).
- BURROWS, Andrew, 2019: *Remedies for torts, breach of contract, and equitable wrongs*, 4ª edición (Oxford, Oxford University Press).
- BUSNELLI, Francesco, 2005: “Giustizia contrattuale”, en: *Roma e America. Diritto Romano Comune* (núms. 19-20).
- CABALLERO LOZANO, José María, 1992: *La mora del acreedor* (Barcelona, Editorial Bosch).
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio, 1978: *Las cargas del acreedor en el Derecho civil y en el mercantil* (Madrid, Montecorvo).
- CALAS-AULOY, J., 1993: “Le droit de la consommation facteur d'évolution du droit des contrats: la expérience française”, en: VV.AA. *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la protección de los Consumidores* (Zaragoza, Ediciones Universidad de Zaragoza).
- CARTWRIGHT, John, 2019: *Introducción al Derecho inglés de los contratos* (traducción Juan Pablo Murga Fernández, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi).
- CARVAJAL RAMÍREZ, Patricio, 2016: “Plus est in rem quam in existimatione. La terminación anticipada del contrato de concesión municipal por declaración administrativa unilateral. Aspectos de Derecho Privado y de Derecho Público”, en: *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (vol. XLVI).
- CASTRONOVO, Carlo, 2018: *Responsabilità Civile* (Milano, Giuffrè).
- CATTANEO, Giovanni, 1964: *La cooperaciones del creditore all'adempimento* (Milano, Giuffrè).
- CATTANEO, Giovanni, 1973: “Della mora del creditore. Art. 1206-1217”, en: VV.AA., *Commentario del Codice Civile. Libro Quarto: delle obbligazioni* (Bologna-Roma, Zanichelli-Soc. Ed. Del Foro Italiano).
- CENDON, Paolo, 1987: “La disciplina della mora solvendi e della mora accipiendi nel sinistro stradale”, en: *Responsabilità civile e previdenza* (vol. LII).
- CÉSPEDES MUÑOZ, Carlos, 2018: “Las indemnizaciones por sacrificio en el Derecho privado”, en Llamas Pombo, Eugenio (coordinador), *Congreso Internacional de Derecho Civil. Octavo Centenario de la Universidad de Salamanca* (Salamanca, Ediciones Universidad de Salamanca).
- CHAMIÉ, J. F., 2008: “Equilibrio contractual y cooperación entre las partes: El deber de revisión del contrato”. *Revista de Derecho Privado* (núm. 14).
- COHEN, Daniel, 2004: “La bone foi contractuelle: éclipse et renaissance”, en: VV.AA., *Le Code Civil. 1804-2004. Un passé, un présent, un avenir* (Paris, Dalloz).
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio y CORTEZ LÓPEZ, Hernán Felipe, 2019: *Cuantificación del daño moral de los consumidores. Tendencias y sentencias* (Santiago, Der Ediciones, Adecó).
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2007: “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento civil chileno”, en: *Revista de Derecho Privado* (núms. 12-13).
- DELLACASA, Matteo, 2018: “Autonomía privada y tutela de la confianza ¿antítesis o síntesis?”, en: Neme Villarreal, Martha (coordinadora), *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo* (Bogotá, Universidad Externado).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, 2010: “El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: Los deberes precontractuales de información”, en: *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* (año 17, núm. 2).

- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo, 2018: “El daño moral en materia contractual: la mirada de la Corte Suprema”, en *Revista Chilena de Derecho* (vol. 45, núm. 2).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y MONTES SERRANO, Nicolás, 2020: “El daño moral en el contrato de cuenta corriente: un intento de sistematización de la opinión de los tribunales”, en: *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte* (vol. 27)
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro; MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2014: “Incumplimiento por inhabilidad de objeto e indemnización de daños. Comentario de la sentencia de la Corte Suprema de 31 de octubre de 2012”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 41, núm. 3).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2014: “Propósito práctico, incumplimiento contractual y remedios del acreedor. Con ocasión de tres recientes sentencias de la Corte Suprema”, en: *Ius et Praxis* (año 20, núm. 1).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2018: *Cuestiones de Derecho de Contratos* (Santiago, Thomson Reuters).
- DE LA MAZA GAZMURI, Iñigo; PIZARRO WILSON, Carlos y VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2017: *Los Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos* (Madrid, BOE).
- DELL’AQUILA, Enrico, 1981: *La resolución del contrato bilateral por incumplimiento* (Salamanca, Publicaciones Universidad de Salamanca).
- DE LOS MOZOS, José Luis, 1965: *El principio de la buena fe* (Barcelona, Bosch).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1999: *Derecho de Daños* (Madrid, Civitas).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2008: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, t. II: Las Relaciones Obligatorias* (6ª edición, Navarra, Civitas).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2010: “En torno al concepto de incumplimiento”, en: Soto Coaguila, Carlos (coordinador), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor* (Buenos Aires, La Ley).
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2014: *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (Madrid, Civitas-Thomson Reuters).
- DI MAJO, Adolfo, 2005a: “Il linguaggio dei rimedi”, en: *Europa e diritto privato* (núm. 2).
- DI MAJO, Adolfo, 2005b: “Tutela risarcitoria: alla ricerca di una tipologia”, en: *Revista di Diritto Civile* (vol. LI).
- DI MAJO, Adolfo, 2006: “Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi”, en: VV.AA., *Il diritto delle obbligazioni e dei contratti: verso una riforma?* (Milano, Cedam).
- DISSAUX, Nicolas y JAMIN, Christophe, 2017: *Reforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations. Commentaire des articles 1100 à 1386-1 du Code Civil* (Paris, Dalloz).
- DOMÍNGUEZ HIDALGO, Carmen, 2000: *El Daño Moral* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- DOMONT-NAERT, F., 1993: “L’évolution du Droit des Contrats au regard de la protection des consommateurs en Belgique”, en: VV.AA. *Congreso Internacional sobre la Reforma del Derecho Contractual y la protección de los Consumidores* (Zaragoza, Ediciones Universidad de Zaragoza).
- DORE, Carlo, 2010: *L’impossibilità della prestazione per fatto del creditore* (Napoli, Jovene Editore).
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, 2013: “Las dificultades de los remedios por incumplimiento contractual en la experiencia chilena”, en: Mondaca Miranda, Alexis y Aedo Barrena, Cristian (coordinadores), *Nuevos horizontes del Derecho Privado* (Santiago, Librotecnia).
- FALZEA, Angelo, 1947: *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore* (Milano, Giuffrè).
- FAUVARQUE-COSSON, Bénédicte, 2006: “La réforme du droit français des contrats: perspective comparative”, en: *Revue des contrats* (núm. 1).
- FERNÁNDEZ GONZÁLEZ, María Begoña, 2012: “Incumplimiento total”, en: O’Callaghan Muñoz, Xavier (coordinador), *Cumplimiento e incumplimiento* (Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces).

- FLEMING, J. G., 1987: *The Law of Torts*, 7 edition (Sidney, The Law Book Company).
- FRANZONI, M., 1999: "Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto", *Contratto e impresa* (núm. 1).
- FRIED, Charles, 1996: *La obligación contractual. El contrato como promesa* (trad. de Pablo Ruiz-Tagle Vial, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FUEYO LANERI, Fernando, 2004: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones* (3ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FULLER, Lon y PERDUE, William, 2019: *Indemnización de los daños contractuales y protección de confianza* (traducción de Carlos Augusto Gonzáles, Santiago, Olejnik).
- GALLO, Paolo, 2002: "Buona fede oggettiva e trasformazioni del contratto", en: *Rivista di Diritto Civile* (t. XLVIII).
- GARCÍA GONZÁLEZ, Alejandro, 2010: *Responsabilidad civil contractual y daños por incumplimiento* (Santiago, AbeledoPerrot).
- GATICA PACHECO, Sergio, 1959: *Aspectos de la indemnización de perjuicios por incumplimiento de contrato* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- GÓMEZ CALLE, Esther, 2018: *Desequilibrio contractual y tutela del contratante débil* (Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi).
- GORDLEY, James, 2004: "Chapter 12: The Foreseeability Limitation on Liability in Contract", en: Hartkamp, Arthur; Hesselink, Martijn; Hondius, Ewoud; Joustra, Carla; du Perron, Edgar y Veldman, Muriel (editors), *Towards a European Civil Code* (Utrecht, Kluwer Law International).
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 2002: "La buena fe en el Código Civil de Chile", en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 29, núm. 1).
- HESELINK, Martijn, 2004: "The Concept of Good Faith", en: Hartkamp, Arthur; Hesselink, Martijn; Hondius, Ewoud; Joustra, Carla; du Perron, Edgar y Veldman, Muriel (editors), *Towards a European Civil Code* (Utrecht, Kluwer Law International).
- ISLER SOTO, Erika, 2019: *Derecho de consumo. Nociones fundamentales* (Valencia, Tirant Lo Blanch).
- ISLER SOTO, Erika, 2019b: "Acerca de la responsabilidad civil postcontractual en el derecho del consumidor chileno", en *Ius et Praxis* (año 25, núm. 1).
- JORDANO FRAGA, Francisco, 1987: *La Responsabilidad Contractual* (Madrid, Civitas).
- LARROUMET, Christian, 2010: "El resarcimiento del daño contractual en el Derecho francés", en: Soto Coaguila, Carlos (coordinador), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor* (Buenos Aires, La Ley).
- LAZCANO MATURANA, Macarena y TORO CÁCERES, Javiera, 2019: "Estudio cuantitativo de la indemnización de perjuicios extrapatrimoniales por infracciones a los derechos de los consumidores", en: *Revista de Derecho Universidad de Concepción* (vol. 87).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2010: "La indemnización compensatoria por incumplimiento de los contratos bilaterales como remedio autónomo en el derecho civil chileno", en *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 15).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2017: "La indemnización precontractual y contractual: divergencias y eventuales zonas de confluencia", en Barría Díaz, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2018: "Los supuestos y el alcance de la indemnización de daños como medio de tutela precontractual en el Código Civil chileno y su eventual confluencia con la indemnización por incumplimiento contractual", en *Ius et Praxis* (año 24, núm. 1).
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2019: *La tutela precontractual del acreedor. Una aproximación desde el Código Civil chileno y su interrelación con la tutela contractual* (Santiago, Thomson Reuters).

- LORENZETTI, Ricardo Luis, 2010: “Resarcimiento del daño contractual: confianza, información, previsibilidad”, en: Soto Coaguila, Carlos (coordinador), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor* (Buenos Aires, La Ley).
- LLAMAS POMBO, Eugenio, 2010: “Topología de intereses del acreedor e instrumentos para su satisfacción”, en: Soto Coaguila, Carlos (coordinador), *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor* (Buenos Aires, La Ley).
- MARTINS-COSTA, Judith, 2004: “La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones”, en: Córdoba, Marcos (director), *Tratado de la buena fe en el Derecho* (Buenos Aires, La Ley).
- MAIORCA, Sergio, 1981: *Il Contratto. Profili della disciplina generale* (Torino, Giapichelli).
- MEJÍAS ALONSO, Claudia, 2011: *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- MENDOZA ALONZO, Pamela, 2019: “Introducción al estatuto de responsabilidad del proveedor”, en: Morales Ortiz, María Elisa (directora) y Ella misma (coordinadora), *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Der Ediciones).
- MIQUEL GONZÁLEZ, José María, 2015: “La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias”, en: Gómez Calle, Esther y Alarcón Palacio, Yadira (editoras académicas), *Estudios de Derecho Civil de José María Miquel González* (Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, Universidad Autónoma de Madrid, Grupo Ibáñez).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2006: *La modernización del Derecho de obligaciones* (Madrid, Thomson-Civitas).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2009: “Problemas que plantea la unificación del concepto de incumplimiento del contrato”, en: Barros Bourie, Enrique, García Rubio, María Paz y El mismo (coordinadores), *Derecho de Daños* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2010a: *Incumplimiento del contrato y lucro cesante* (Navarra, Thomson Reuters).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2010b: “La indemnización de los daños contractuales”, en: *Cuadernos de Análisis Jurídico* (Santiago, Universidad Diego Portales).
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2013: “Claves de la modernización del derecho de contratos”, en: VV.AA., *Autonomía de la voluntad en el derecho privado. Estudios en conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado* (Madrid, Consejo General del Notariado, t. III, 1).
- MUNITA MARAMBIO, Renzo, 2021: “Sobre la equidad contractual y la obligatoriedad del vínculo: Una mirada a la luz de la protección jurídica del contratante débil”. *Latin American legal Studies* (vol. 8).
- NANNI, Luca, 1988: *La buona fede contrattuale* (Padova, Cedam).
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, 2018a: “El contrato, una estructura capaz de contener los elementos del desarrollo”, en: Ella misma (coordinadora), *Autonomía Privada. Perspectivas del Derecho Contemporáneo* (Bogotá, Ediciones Universidad Externado).
- NEME VILLARREAL, Martha Lucía, 2018b: *Facultades contractuales de ejercicio unilateral: cómo usarlas sin incurrir en abuso* (Bogotá, Ediciones Universidad Externado).
- NIVARRA, Luca, 2015: “Rimedi: un nuovo ordine del discorso civilistico”, en: *Europa e diritto privato* (núm. 3).
- PALAZÓN GARRIDO, María Luisa, 2014: *Los remedios frente al incumplimiento en el Derecho comparado* (Madrid, Thomson Reuters).
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando, 2010: “El sistema de responsabilidad contractual (materiales para un debate)”, en: Soto Coaguila, Carlos (coordinador). *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor* (Buenos Aires, La Ley).
- PEÑAILILLO ARÉVALO, Daniel, 2003: *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).

- PINOCHET OLAVE, Ruperto, 2019: “El contrato de consumo: consideraciones preliminares”, en: Morales Ortiz, María Elisa (directora) y Mendoza Alonzo, Pamela (coordinadora), *Derecho del consumo: Ley, doctrina y jurisprudencia* (Santiago, Der Ediciones).
- PIRAINO, F., 2015: *La buona fede in senso oggettivo* (Torino, Giappichelli).
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2006: “La excepción por incumplimiento contractual en el Derecho civil chileno”, en: Varas Braun, Juan Andrés y Turner Saelzer, Susan (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia, 2005* (Santiago, LexisNexis).
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2007: “¿Puede el acreedor poner término unilateral al contrato?”, en: *Ius et Praxis* (vol. 13, núm. 1).
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2008: “Hacia un sistema de remedios por incumplimiento contractual”, en: Guzmán Brito, Alejandro (editor), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Legal Publishing).
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2017: “Responsabilidad contractual y extracontractual: desde el problema de la opción al dilema del derecho común”, en Barría Díaz, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- PRADO LÓPEZ, Pamela, 2015: *La colaboración del acreedor en los contratos civiles* (Santiago, Thomson Reuters).
- PRADO LÓPEZ, Pamela, 2016: “La inobservancia al deber de colaboración del acreedor en el derecho chileno: un caso de incumplimiento contractual”, *Revista de Derecho Valdivia*, Vol. XXIX, número 2.
- PRADO LÓPEZ, Pamela, 2019: “El error en el contenido del contrato: ¿un caso de error sobre la especie del acto o contrato?”, en: Gómez de la Torre, Maricruz et al (editores), *Estudios de Derecho Civil XIV* (Santiago: Thomson Reuters).
- RAMOS PAZOS, René, 2004: *De las obligaciones* (Santiago: LexisNexis).
- RISOLIA, Marco Aurelio, 1958: *Soberanía y crisis del contrato en nuestra legislación civil* (Buenos Aires, AbeledoPerrot).
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, 2003: *Responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, 2017: “Relación entre previsibilidad y culpa del acreedor como factores de delimitación de la responsabilidad contractual”, en: Schopf Olea, Adrián y Marín González, Juan Carlos (editores), *Lo público y lo privado en el Derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters).
- SCHOPF OLEA, Adrián, 2017: “Las diferencias funcionales entre la responsabilidad civil contractual y extracontractual”, en Barría Díaz, Rodrigo; Ferrante, Alfredo y San Martín Neira, Lilian (editores), *Presente y futuro de la responsabilidad civil* (Santiago, Thomson Reuters).
- SCHOPF OLEA, Adrián, 2018: “La buena fe contractual como norma jurídica”, en: *Revista Chilena de Derecho Privado* (núm. 31).
- SCHULZE, Reiner, 2017: *Ciencia jurídica y unificación del Derecho Privado Europeo* (traducción de Andrés Sánchez Ramírez, Santiago, Olejnik).
- TAISNE, Jean Jacques, 2019: “La forcé obligatoire du contrat dans le nouveau droit français des obligations”, en: Ataz López, Joaquín y García Pérez, Carmen (coordinadores), *Estudios sobre la modernización del Derecho de Obligaciones y Contratos* (Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi).
- TAPIA MALIS, Liat, 2015: “La buena fe como mecanismo integrador eficiente”, en: Vidal Olivares, Álvaro et al (editores), *Estudios de Derecho Civil X* (Santiago, Thomson Reuters).
- TOMASELLO HART, Leslie, 1969: *El Daño Moral en la responsabilidad contractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- VAQUER ALOY, Antoni, 2017: *Derecho Contractual Europeo* (Lima-Santiago, Ara-Olejnik).
- VETTORI, Giuseppe, 2009: *Contratto e rimedi* (Milano, Cedam).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2007a: “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código civil chileno. Una perspectiva más realista”, en: *Revista Chilena de Derecho* (vol. 34 núm. 1).

- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2007b: “La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código civil”, en: Corral Talciani, Hernán y Rodríguez Pinto, María Sara (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II* (Santiago, Legal Publishing).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2007c: “El incumplimiento de obligaciones con objeto fungible y los remedios del acreedor afectado. Una relectura de las disposiciones del Código Civil sobre incumplimiento”, en: Guzmán Brito, Alejandro (editor), *El Código Civil de Chile (1855-2005)* (Santiago, LexisNexis).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2008: “La carga de mitigar pérdidas del acreedor”, en: Guzmán Brito, Alejandro (editor científico), *Estudios de Derecho Civil III* (Santiago, Thomson Reuters).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2009a: “El incumplimiento resolutorio en el Código civil. Condiciones de procedencia de la resolución por incumplimiento”, en: Pizarro Wilson, Carlos (coordinador), *Estudios de Derecho Civil IV* (Santiago, LegalPublishing).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2009b: “La noción de incumplimiento esencial en el Código Civil”, en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (vol. XXXII).
- VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2011: “La indemnización de daños y la opción del acreedor frente al incumplimiento”, en: Figueroa Yáñez, Gonzalo, Barros Bourie, Enrique y Tapia Rodríguez, Mauricio (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI* (Santiago, AbeledoPerrot-LegalPublishing).
- WAHL SILVA, Jorge, 2006: “La protección de los derechos de los consumidores en Chile, Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004”, en: Baraona, Jorge y Lagos, Osvaldo (editores), *La Protección de los derechos de los consumidores en Chile, Cuadernos de Extensión Jurídica, núm. 12* (Santiago, Universidad de los Andes, Facultad de Derecho).
- WIEACKER, Franz, 1977: *El principio general de la buena fe* (trad. de José Luis Carro, Madrid, Civitas).
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y PIROZZI, Roberto, 2016: *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano* (Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo).
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, 2019: *Responsabilidad Civil Extracontractual. Parte General. Delimitación y especies. Elementos. Efectos o consecuencias* (5ª edición, Madrid, Dykinson).
- ZIMMERMANN, Reihnard y WHITTAKER, Simon, 2000: *Good faith in European Contract Law* (Cambridge, Cambridge University Press).
- ZIMMERMANN, Reihnard, 2002: “Remedies for non performance”, en: *The Edinburgh Law Review* (vol. 6).
- ZIMMERMANN, Reihnard, 2005: *The New German Law of Obligations. Historical and Comparative Perspectives* (Oxford, Oxford Clarendon Press).
- ZIMMERMANN, Reihnard, 2019: *La indemnización de los daños contractuales* (traducción de Antoni Vaquer Aloy, Santiago, Olejnik).

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema, 11 de septiembre de 2013, rol 3653-13, MJJ36082.

CORTE Suprema, sentencia de 7 de septiembre de 2017, rol 87718-16, MJJ51494.

CORTE Suprema, 22 de mayo de 2019, rol 38.506-2017.

De musas, impostoras y tejedoras: la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista

*Lucero Ibarra Rojas**

RESUMEN

Las críticas feministas al derecho han insistido en que el dominio masculino del contenido y la aplicación del derecho le han imprimido un sesgo machista de carácter histórico y, en cierta medida, inherente a las formas jurídicas. Sin embargo, se han abordado más bien poco los derechos de propiedad intelectual. ¿Qué indagación requerimos hacerle a la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista? El objetivo de este texto es precisamente ofrecer una perspectiva feminista de la propiedad intelectual que explique tanto los elementos con los que esta da forma a los campos del arte y de la ciencia, como los sesgos de género que subyacen y a su vez se reproducen en estos campos y en las formas de la propiedad intelectual que les corresponden.

Crítica feminista; derechos de autor; patentes

Muses, impostores and embroiderers: intellectual property from a feminist perspective

ABSTRACT

Feminist critique of law has insisted that the masculine domination over law has imprinted it with a male chauvinist historical essence in its content and application, as well as, to some extent, in the legal form. However, intellectual property rights have rarely been referred to in this critique. What kinds of questions do we need to make to intellectual property from a feminist perspective? The aim of this article is precisely to offer a feminist perspective of intellectual property that explains both the elements through which it shapes the fields of art and science, as well as the gender bias that underline and are reproduced in these fields and in the corresponding intellectual property tools.

Feminist critique; copyright; patents

* Licenciada en Derecho, Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo, México. Maestra en Sociología Jurídica, Instituto Internacional de Sociología Jurídica de Oñati, España. Doctorada en Derecho y Sociedad por el programa Renato Treves de la Universidad de Milán, Italia. Profesora-Investigadora Titular de la División de Estudios Jurídicos del Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México. ORCID: 0000-0002-5245-3189. Correo electrónico: lucero.ibarra@cide.edu

Artículo recibido el 8.2.2021 y aceptado para su publicación el 9.6.2021.

I. INTRODUCCIÓN

Dentro de la categoría de derecho privado se engloban aspectos jurídicos que son esenciales para la configuración jurídico-social del mundo, pero en las facultades de derecho, por lo menos en América Latina, estas materias suelen ser de las más tradicionales y apegadas al modelo positivista. Efectivamente, mientras que las visiones críticas del derecho suelen encontrar su espacio en materias más evidentemente interdisciplinarias, como las de sociología o filosofía del derecho, las materias de derecho privado suelen mantener una visión más purista acotada a la repetición dogmática de la ley, identificada como el “verdadero” derecho¹. Esto no significa que no exista una fructífera academia feminista en diversos aspectos del derecho privado. Al contrario, en esta área del derecho se encuentran discusiones torales para la reflexión feminista, como pueden ser el acceso a la propiedad o las leyes que determinan las estructuras familiares; acerca de estas se ha reflexionado tan ampliamente y de tantos temas particulares que cualquier referencia en este punto sería insuficiente. No obstante, un comentario común en los intentos críticos de rediseño de mallas curriculares² es que la intervención de estas materias es uno de los retos más grandes, el que frecuentemente queda solo como una buena intención. Dichos esfuerzos con frecuencia encuentran límites en visiones muy apegadas a una visión técnica de los cursos que tiende a verles como una herencia esencializada del derecho romano. Lo anterior significa un problema toral para una agenda progresista del derecho porque en el derecho privado se encuentran diversos elementos constitutivos del derecho, como la forma en la que el derecho produce conceptos, categorías o ideas que dan existencia y forma a las organizaciones y las instituciones sociales³.

En el derecho privado se configuran también lo que llamamos arte y ciencia, y las personas a las que se puede llamar autor o creador, mediante la propiedad intelectual. La propiedad intelectual refiere a una diversidad de formas jurídicas por medio de las cuales las ideas y los símbolos son asumidos en lo jurídico por modelos de apropiación que son bastante *sui generis*. El modelo de propiedad que se establece constituye diversas formas de monopolio que permite a quien ostenta el derecho (o a los Estados, en el caso de algunas formas de denominaciones de origen) determinar las condiciones de acceso y reproducción de los productos del intelecto humano, generando una escasez

¹ Véase: IBARRA, 2012. LISTA, 2012.

² Diversas actividades me han llevado a conocer iniciativas de este tipo al menos en la Universidad Intercultural Indígena de Michoacán (UIIM), la Universidad Autónoma de la Ciudad de México (UACM) y el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), en México, y en la Universidad de Antioquia en Colombia.

³ EDELMAN Y STRYKER, 2005, identifican tres ‘ambientes jurídicos’ como tipos ideales para identificar cómo el derecho determina las acciones de los actores económicos: el ambiente facilitador que incluye procedimientos a instancias para la gestión de las actividades y la resolución de conflictos; el ambiente regulatorio, que se compone de “reglas sustantivas que imponen autoridad social sobre varios aspectos de la vida organizacional” EDELMAN Y STRIKER, 2005, p. 537; y el ambiente constitutivo, que “provee posibilidades cognitivas y valores que influyen la estructura, la forma y las estrategias de las organizaciones” EDELMAN Y STRIKER, 2005, p. 540. [Traducciones de la autora].

artificial de intangibles que, por su naturaleza, son susceptibles de una amplia circulación sin agotarse⁴. Una canción, una novela, una invención, pueden ser reproducidas y, de hecho, esto potencia su valor; pero la función de los derechos de propiedad intelectual es establecer reglas que impongan costos monetarios a quienes desean acceder a estos productos.

La propiedad intelectual, ampliamente reconocida por su importancia para la economía, determina también las formas en las que el arte y la ciencia pueden ser bienes privados a pesar de que estén presentes en nuestro entorno. En la introducción a su libro *The cultural life of intellectual properties* Rosemary Coombe⁵ relata una caminata en Toronto resaltando los múltiples encuentros y desencuentros con formas de propiedad intelectual. Algo similar hace Siva Vaidhyanathan⁶ cuando describe una sucursal de una importante cadena de café estadounidense. La propiedad intelectual se encuentra presente aunque pasa inadvertida. Lo que también pasa inadvertido es que si la propiedad intelectual da nombre y forma a los procesos creativos, esta es, a su vez, determinada por procesos sociales y concepciones de género y de raza que también pasan inadvertidas. A pesar de lo anterior, y de algunos esfuerzos por construir perspectivas feministas en el área⁷, especialmente en el norte global, el sistema de derecho de propiedad intelectual ha sido poco referido en la crítica feminista al derecho.

Apenas en 2018, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI) dedicó el Día Mundial de la Propiedad Intelectual al tema “Artífices del cambio: las mujeres en la innovación y la creatividad”, destacando la importancia de las mujeres en el ámbito de la propiedad intelectual, pero reconociendo también la necesidad de promover una mayor participación. Efectivamente, las mujeres hemos transitado la mayor parte de la historia de la humanidad sin tener posibilidades de instrucción o de tenerlas en menor medida que los varones de las mismas condiciones de raza y clase. La entrada de las mujeres a la mayor parte de las profesiones está marcada como un hito histórico y, de hecho, también por voces de varones que argumentaban la imposibilidad intelectual/biológica/social para que las mujeres se incorporaran al trabajo; podemos encontrar ejemplos de esto en la ciencia⁸, en el arte⁹ y en el ejercicio del derecho¹⁰.

Debido a que las condiciones históricas que han determinado el acceso a los distintos espacios de la vida pública nos proveen de buenas explicaciones para entender las brechas de género en el campo del arte y la ciencia que se documentan en cada una de las siguientes secciones, ¿qué indagación requerimos hacerle desde una perspectiva feminista a la propiedad intelectual?

⁴ Véase: DRAHOS, 1996. HAUNSS, 2015.

⁵ COOMBE, 1998, p. 1-5.

⁶ VAIDHYANATHAN, 2017, p. 1-6.

⁷ Véase: BARWA Y RAI, 2003. BURK, 2007. HALBERT, 2006. SWANSON, 2015.

⁸ Véase: BARWA Y RAI, 2003. CODE, 1991.

⁹ Véase: HALBERT, 2006. PALIYENKO, 2016.

¹⁰ Por ejemplo: BOIGEOL 2005.

Las críticas feministas al derecho han insistido en que el dominio masculino del contenido y la aplicación del derecho le han imprimido un sesgo machista de carácter histórico y, en cierta medida, inherente a las formas jurídicas¹¹. Esto significa que, más allá de los mandatos que claramente han representado herramientas de opresión de género instauradas en el derecho, es necesario analizar las formas jurídicas con una perspectiva de género que permita dilucidar sesgos o inercias de carácter patriarcal que son menos evidentes. Efectivamente, la postura liberal que promueve la participación de la mujer en espacios que han sido dominados por varones sin cuestionar los supuestos que subyacen a la construcción del derecho, o del conocimiento, pierden de vista elementos clave que perpetúan ese dominio. A las formas del derecho les subyacen supuestos sociales que corresponden a espacios y tiempos específicos, también a dinámicas de poder específicas, que acaban escondidas bajo el manto de postulados normativos que se afirman neutrales, universales e indiscutibles. Esto es una parte esencial del derecho y debería de serlo del análisis jurídico, y es también lo que posibilita la violencia simbólica¹² del derecho, entendida como la pretensión de universalidad y objetividad que los juristas adjudican al derecho para fundamentar una obediencia sin cuestionamientos.

El objetivo de este texto es precisamente ofrecer una perspectiva feminista de la propiedad intelectual que explique tanto los elementos con los que esta da forma a los campos del arte y de la ciencia, como los sesgos de género que subyacen y a su vez se reproducen en estos campos y en las formas de la propiedad intelectual que les corresponden. En este sentido, se plantea una discusión sociojurídica en la que se analiza el fenómeno jurídico en sus dinámicas sociales con referencia a las construcciones en la letra de la ley.

Para lo anterior, tomaré como referencia la clasificación tradicional de la propiedad intelectual, abordando, en primer lugar, lo correspondiente al derecho de autor y, en segundo lugar, analizando las patentes como formas representativas de la propiedad industrial. Posteriormente, abordé el campo del conocimiento tradicional como un espacio de exclusión de las visiones más dominantes de la propiedad intelectual y donde una mirada interseccional nos muestra cómo ciertos rasgos de raza y clase configuran esta exclusión. Aunque usaré principalmente referencias del derecho mexicano, que es donde ubico mi trabajo, es importante notar que las observaciones son comunes a las herramientas de la propiedad intelectual en la mayor parte de las jurisdicciones nacionales y en las disposiciones internacionales. Finalmente, este trabajo concluye destacando la manera en la que la propiedad intelectual reproduce estructuras de género de la sociedad y, como alternativa, busco delinear algunas de las apuestas de la agenda feminista en la propiedad intelectual, particularmente en relación con el trabajo colaborativo y los modelos de acceso abierto.

¹¹ Véase: PATEMAN, 1995. RICOY, 2015. SWANSON, 2015.

¹² BOURDIEU, 2003, p. 4.

II. EL AUTOR Y LAS MUSAS

“¿Es necesario que las mujeres estén desnudas para entrar la Museo Met?”¹³. Como denunciaba en 1989 el colectivo Guerrilla Girls, menos del 5% de las artistas con obras en la sección de arte moderno del Museo Metropolitano de Arte (Met) en Nueva York eran mujeres, mientras que las mujeres representaban el 85% de los desnudos en el mismo espacio. Lamentablemente, en un estudio reciente¹⁴ que analiza las obras de las colecciones permanentes de los principales museos de arte en Estados Unidos, con alrededor de diez mil artistas, se muestra, mediante el análisis de sus características demográficas, que la brecha de género sigue vigente: 75,7% hombres blancos, 10,8% mujeres blancas, 7,5% hombres asiáticos y 2,6% hombres hispanos; mientras que el resto de los grupos representados no alcanzaron ni siquiera el 1%. Parece poco aventurado decir que esto no es exclusivo de los museos de arte estadounidenses. En lo que refiere concretamente al derecho de autor, aunque no fue posible encontrar las estadísticas de registros para México, los estudios de otros países son desalentadores. Un estudio pertinente a los derechos de autor en Chile muestra que los registros realizados únicamente por hombres constituyen el 55%, mientras que aquellos realizados únicamente por mujeres son apenas el 15%¹⁵. En Estados Unidos, los autores representan 66,63%¹⁶ de los registros de *copyright*.

Esta realidad no se produce separada del derecho, sino que se relaciona con las dinámicas sociales en las que se concibe el derecho de autor. Efectivamente, el derecho de autor¹⁷ corresponde a un ideal producido en un momento histórico con condiciones económicas, sociales y de poder específicas. La noción del “autor”, en un sentido moderno, se identifica como el producto de ciertas transformaciones económicas de los siglos XVIII y XIX¹⁸. Particularmente, respecto de la emergencia de individuos que hicieron de la labor literaria el sustento de sus vidas y la transferencia de la atención de los textos a estos individuos; es decir, la figura del autor como profesión. Esto evidencia la medida en la que las condiciones para el ejercicio de la labor creativa se han encontrado ligadas a ciertas condiciones de clase y de género. Aunque sí existen creadores reconocidos antes de estas transformaciones, en estos siglos se dio la confluencia de dos circunstancias que no se habían presentado de la misma manera anteriormente: que las necesidades económicas de los autores no se encontraran plenamente cubiertas por las condiciones

¹³ GUERRILLA GIRLS, 1989.

¹⁴ TOPAZ *et al.*, 2019.

¹⁵ ARAYA *et al.*, 2012, p. 7.

¹⁶ BRAUNEIS Y OLIAR, 2018, p. 129.

¹⁷ En tradiciones anglosajonas, el campo de lo artístico se encuentra regulado en el modelo del *copyright*. Aunque alguna de la literatura que retomo en mi análisis se refiere a la tradición de *copyright* y, efectivamente, se pueden establecer varios paralelismos entre este modelo y el de derechos de autor, es importante tener presente que existen diferencias fundamentales, especialmente en lo que respecta al reconocimiento de derechos morales (explicados más adelante en este texto), que no son contemplados explícitamente por el modelo de *copyright*.

¹⁸ Véase: CRAIG *et al.*, 2011. HALBERT, 2006. WOODMANSEE, 1984.

de su clase social y que estos autores tuvieran las condiciones sociales para influenciar los marcos jurídicos y llevar sus intereses a la letra de la ley.

El ideal que se posicionó de manera consolidada ya en el siglo XIX era el del creador como individuo excepcional quien, de manera solitaria e innovadora, producía una obra única, posible solamente gracias al mérito y las características individuales de su creador¹⁹. En épocas previas, los productos circulaban de una manera más libre y prevalecían las formas más colaborativas de escritura²⁰. A partir de las incursiones del *lobby* de diversos autores románticos, el arte concibe como un producto de una introspección del autor, quien fundamenta la legitimidad de su derecho en la excepcionalidad de su obra que está relacionada directamente con la excepcionalidad de su propia persona²¹. En este proceso la historia de las ideas dio un giro marcadamente individualista²². Al reforzarse el vínculo jurídico y social de la obra en relación con el autor, se consolida también la forma jurídica como propiedad privada y el énfasis en la originalidad como eje para establecer el valor de la obra. El criterio de originalidad, a su vez, se transfiere de la obra al autor mismo; es decir, la obra se ostenta como original no en virtud de sí misma, sino en relación con el autor.

El derecho de autor, en la actualidad, constituye una forma de monopolio que se encuentra amparado por el Estado y permite a quienes ostentan los derechos (que no siempre son los autores, o no lo son de todos los derechos) recibir un incentivo económico por la explotación de su obra, así como controlar algunos aspectos de esta explotación. Atendiendo a la construcción del autor antes descrita, este monopolio se configura por dos elementos complementarios. Por un lado, se tienen los derechos morales, que refieren de manera directa al vínculo inexorable entre autor y obra, que debe ser reconocido de manera permanente. Cuando una persona compra un cuadro, el objeto le pertenece, pero no así el derecho de ostentarse como autor. Los derechos morales no son susceptibles de ser vendidos, ni de transmitirse de ninguna otra manera, e incluyen otros aspectos relacionados con el prestigio y la integridad de los autores. Por el otro lado, están los derechos patrimoniales que son los que adjudican beneficios económicos a las personas que los ostentan, además de la posibilidad de controlar y beneficiarse de la exhibición de la obra. A diferencia de los derechos morales, los derechos económicos se pueden transmitir de diversas formas y tienen una temporalidad limitada, aunque esta se ha ampliado considerablemente durante los últimos cien años en buena parte del mundo²³. Esta configuración del derecho de autor posibilita la estructura comercial del

¹⁹ Véase: BURK, 2007. CRAIG *et al.*, 2011; HALBERT, 2006. JASZI Y WOODMANSEE, 1994. WOODAMNSEE, 1984.

²⁰ Véase: WOODAMNSEE, 1994.

²¹ DRAHOS Y BRAITHWAITE, 2002, p. 33.

²² Véase: FOUCAULT, 1998.

²³ México, reformó su legislación en la materia como resultado de las negociaciones del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) a finales del siglo pasado (Aboites y Soria 2008). Actualmente, los derechos patrimoniales tienen una vigencia de cien años después de la muerte del autor; siendo uno de los países donde el derecho se encuentra vigente por más tiempo.

sector creativo, porque permite el dominio que las industrias intermediarias, como las editoriales o las disqueras, han adquirido respecto del manejo de derechos patrimoniales en lo que se conoce como derechos conexos.

Sin embargo, en su forma actual, la estructura de los derechos de autor también construye un nicho moral para el ideal decimonónico del autor. El derecho está centrado precisamente en el autor, se sigue anclando en su mérito y más que encontrar criterios para que la obra de alguna manera “merezca” la “protección”. Se construye discursivamente; es una estructura de recompensa para quien ejerce la labor creativa y a su originalidad. Las leyes relativas al derecho de autor, en realidad, hablan poco del arte o de los valores estéticos que hacen que un objeto creativo amerite el nombre; pero hablan del creador, de cómo identificar sus contribuciones, de sus méritos morales. En el caso de México, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley Federal del Derecho de Autor establece explícitamente que la protección es independiente del mérito de la obra y el artículo 13 señala que el derecho es un “reconocimiento que hace el Estado en favor de todo creador”. Asimismo, uno de los criterios que establece la ley para clasificar las obras es en función del autor (conocido, anónimas y pseudónimas, según el artículo 4º) y la clasificación de obras entre colectivas o de colaboración depende de que se pueda identificar la contribución de cada autor. Incluso, hasta hace muy poco, esta ley contemplaba que si no se podía identificar el autor individual de una obra, la misma quedaba en el dominio público, es decir, se podía explotar libremente. Estas obras se identificaban, además, con las creaciones de los pueblos y comunidades indígenas en México.

La posición del autor es también una posición de autoridad²⁴. Históricamente esto ha significado que la versión del mundo y, por tanto, la construcción del mundo, en gran medida ha dejado de lado a las mujeres. El hecho de que la voz y la mirada pertenezca de manera dominante a un sector social, como el de los hombres blancos, representa también la articulación de una dinámica de poder²⁵. La protección del derecho de los autores, debido a la distribución de las dinámicas de poder asociadas con los productos culturales reconocidos como tales, ha sido una manera de perpetuar jerarquías que se encuentran ocultas y, sin embargo, son sumamente significativas²⁶.

Lo anterior es aún más evidente si tomamos en cuenta el otro rol tradicional de las mujeres en los procesos creativos: como apoyo invisible o inspiración. La construcción del autor individual y el mérito de su originalidad esconde los procesos sociales en los que la vida y la creación toman lugar, y también el papel de las mujeres que han sido parte de estos procesos sin gozar del privilegio del uso de la palabra. Como indica Burk²⁷, no es que las mujeres tuvieran poco que decir, sino que su voz no tenía espacio y, en el espacio íntimo en el que se desarrollaban al ser excluidas de lo público, las ideas eran apropiadas por varones que gozaban del espacio y la autoridad de sus voces, a pesar de

²⁴ FOUCAULT, 1998, p. 307.

²⁵ Véase: BARWA Y RAI, 2003.

²⁶ SWANSON, 2015, p. 183-185.

²⁷ Véase: BURK, 2007.

cualquier proceso de socialización en el que tomara forma. Esta condición es precisamente la que evidenciaba el colectivo Guerrilla Girls cuando señalaba la estadística de artistas mujeres en comparación con los desnudos de mujeres en el *Met*²⁸, pero se presenta en diversas expresiones artísticas. En la literatura, este fenómeno es evidente en casos como el de Zelda Fitzgerald²⁹, aunque muchos otros y diversas formas de apoyo se pueden señalar como ejemplos³⁰. Algunas de las formas en las que se identifica este apoyo son actividades, como a edición y corrección de textos, que previamente se consideraban parte constitutivas de la obra literaria³¹.

En este proceso, las condiciones históricas de participación de las mujeres en el campo del arte han generado una objetivación de lo femenino y su reificación en los roles más tradicionales de género. Efectivamente, la concepción misma de lo femenino ha sido frecuentemente dicha por hombres. Sontag³², en su crítica al arte, discute la manera en la que la noción de belleza se ha construido determinada también por dinámicas de género. La belleza es asignada como valor supremo a las mujeres, que después son juzgadas por sus esfuerzos por mantenerla. La belleza es también una categoría conectada con la naturaleza, con lo banal y lo caprichoso. La belleza es entonces un mérito que se concibe como valioso en la medida que debe poco al esfuerzo de la persona, es un mérito natural sin mérito personal. La objetivación de la mujer en el mundo del arte es frecuentemente una reificación de lo femenino en sus roles más tradicionales.

El enfoque en la originalidad del autor individual también tiene un efecto en los tipos de productos que son considerados en el derecho de autor, y los productos que caen fuera de su marco. Como en otros aspectos productivos, las mujeres somos reconocidas en la medida que generamos valor en espacios ocupados históricamente por hombres; mientras que los espacios más reconocidos como dominio de las mujeres se mantienen invisibles³³. Las artes textiles y el campo de la moda, en general, frecuentemente no gozan de protección de derechos de autor³⁴. Las expresiones artísticas que tienen un sentido utilitario, son descalificadas por sus elementos funcionales, que se conciben en oposición a la originalidad y el valor puramente estético, pero también son las expresiones donde se ha dado más el trabajo de mujeres. Así, el modelo de propiedad intelectual que se basa en el genio del autor y desconoce las creatividades que son colectivas o conectadas con la tradición, desfavorece entornos creativos colectivos, que también son frecuentemente dominados por mujeres.

En este punto, es importante destacar que no se trata de que ciertos espacios o disciplinas sean inherentemente masculinos y otros femeninos, sino que estas divisiones dependen de las configuraciones históricas de nuestras sociedades. La labor de destacar

²⁸ GUERRILLA GIRLS, 1989.

²⁹ Véase: LAWSON, 2015.

³⁰ Véase: FREEMAN, 2006.

³¹ Véase: WOODAMNSEE, 1994.

³² SONTAG, 2007.

³³ Véase: BURK, 2007. HALBERT, 2006. SWANSON, 2015.

³⁴ HALBERT, 2006, p. 441-445.

los espacios que han sido ocupados por mujeres, frecuentemente se encuentra con la tentación de presentar una visión fundamentalista de los roles de género y, aun con una intención de restaurar el valor a esos espacios, se puede reencasillar lo femenino en varias características que se construyen en oposición a lo masculino³⁵. Entonces, más que producir una mirada que idealice los roles tradicionales, la intención es mostrar que estos roles efectivamente se han caracterizado por formas de trabajo y creatividad que no han encontrado lugar en el derecho.

En contraparte, mostrar los espacios que han quedado fuera del derecho nos puede mostrar deficiencias importantes de la forma jurídica del autor. El trabajo creativo no ocurre verdaderamente aislado de sistemas sociales y dinámicas de convivencia; incluso los genios tienen familias, amistades y colegas³⁶. Las industrias creativas contemporáneas presentan una amplísima diversidad de contribuciones de diversos tipos que hacen posibles los productos y que, sin embargo, son consideradas insignificantes en la tradición romántica del autor; incluyendo una amplísima variedad de trabajos que suelen presentarse como una modalidad de la palabra editor.

III. LA CIENCIA ES LO QUE HACEN LOS CIENTÍFICOS

La construcción del autor en el ideal decimonónico que ha sido determinante para dar forma al derecho de autor es replicada también en la forma más representativa de la propiedad industrial, que es la patente³⁷. Una patente es una forma de registro de conocimiento con el que se adquiere el monopolio de la explotación de este por un tiempo determinado. Las patentes representan una limitante a la competencia económica y se encuentran justificadas en el mérito del desarrollo científico y tecnológico, así como en la necesidad de un incentivo económico que motive a las personas. No resulta particularmente evidente en su planteamiento la conexión con la forma individualista del autor y, de hecho, los requisitos esenciales de las patentes sí parecen centrarse en el producto más que en la persona: las patentes se otorgan a quienes registren innovaciones que, como tales, representen un distanciamiento del estado de la ciencia y que tengan un uso práctico.

Sin embargo, la forma jurídica de las patentes retoma los ideales de la ciencia positiva y, por tanto, planteamientos epistémicos que corresponden a una posición histórica y social, también determinada por los roles de género. Efectivamente, la construcción cartesiana del conocimiento se basa en la existencia de un individuo guiado por la razón, solitario

³⁵ CODE, 1991, p. 17.

³⁶ Véase: FREEMAN, 2006.

³⁷ Bajo la denominación de propiedad industrial encontramos una variedad de herramientas. Algunas de estas están relacionadas con la apropiación de conocimiento útil para el desarrollo industrial, pero también encontramos otras figuras, como las marcas, en donde lo que se apropia son símbolos o imágenes que tienen valor para el comercio. En este trabajo me enfoco solamente en las primeras.

y autosuficiente en su búsqueda de conocimiento³⁸. Por fuera del sujeto que conoce, se encuentra el objeto a ser conocido, y el proceso de conocerlo es uno de apropiación por parte del científico. En este proceso, el valor de la objetividad es clave, por lo que el contexto de quien conoce debe ser irrelevante y el proceso de conocer supone no tener impacto alguno. La separación del sujeto que investiga de quienes son parte protagónica del fenómeno estudiado no se trata solamente de un proceso de objetivación en pro de un ideal de objetividad, es también un proceso que reafirma una dinámica epistémica de poder. Esta dinámica, como explicaba Foucault, es la expresión del poder que se confiere al autor en el campo de lo científico y, de la misma manera, ubica al científico en el lugar del conocedor y al resto del universo en el lugar pasivo de ser susceptible de ser conocido; de ser, en este proceso, definido. Esta forma de conocer, al conformarse como paradigma dominante de la ciencia y el derecho, se vuelve una epistemología caníbal³⁹, que niega la validez de otras formas de conocer.

Asimismo, los rasgos asociados con la ciencia han sido identificados históricamente como inherentes al hombre. Efectivamente, más de un filósofo se ha encargado de adjudicar al hombre el dominio de la razón, mientras las mujeres hemos sido relegadas a ser dominadas por las emociones⁴⁰. Y a causa de que la ciencia positivista ha construido el intelecto y la emoción como opuestos, en buena parte de la historia de la humanidad las mujeres no hemos sido concebidas como personas capaces de generar conocimiento. La descalificación o la visión limitada de las posibilidades intelectuales de las mujeres incluso ha referido a supuestas características biológicas que luego han sido desmentidas.

Al igual que en el campo artístico, los espacios de conocimiento de las mujeres han sido oscurecidos. Conocimientos en ámbitos como el culinario, la maternidad o incluso ciertas formas de medicina que se practican en lo doméstico frecuentemente replican estándares de las ciencias que se sostienen objetivas: son probados en una variedad de condiciones, tienen aplicaciones prácticas evidentes y pruebas empíricas constantes⁴¹. Y, aun así, estos conocimientos se mantienen al margen del apelativo de ciencia y tampoco se pueden registrar como patentes.

Un ejemplo de esto es que en algunas legislaciones se pueden patentar olores y normalmente se pueden registrar como marcas, pero la cocina, el campo de los sabores, encuentra más obstáculos. De hecho, si prestamos atención a la definición de invención en la que se basan las patentes en la Ley Federal de Protección a la Propiedad Industrial de México, que hemos usado como ejemplo, el ámbito de la cocina sería fácilmente registrable como patente. En el artículo 46 de esta ley se señala que una invención es una creación humana, que transforme la materia, “para su aprovechamiento por el hombre y satisfacer sus necesidades concretas”. No obstante, no se encuentran registros de recetas de cocina como patentes en México.

³⁸ Véase: BURK, 2007. CODE, 1991.

³⁹ TEUBNER Y FISCHER-LESCANO, 2008, p. 26-27.

⁴⁰ CODE, 1991, p. 46-47.

⁴¹ Véase: BARWA Y RAI, 2003. CODE, 1991.

Lo anterior se encuentra también ligado a la falta de reconocimiento del trabajo que históricamente hemos realizado mujeres y que se encuentra circunscripto al espacio doméstico; alejado del espacio de producción que es no solamente público, sino también industrial⁴². Nuevamente, no se trata de afirmar que estas formas de conocer sean inevitable y fundamentalmente femeninas. Es decir, que se encuentran conectadas con un ser mujer estereotipado y, a veces, incluso biológicamente diferenciado. Al contrario, los espacios donde las mujeres han desarrollado un conocimiento que ha sido ignorado históricamente también se configuran socialmente.

Además, en el ámbito académico, la creatividad y el intelecto de las mujeres siguen enfrentando obstáculos enormes. Las mujeres ganamos menos, ocupamos puestos de menor perfil y pagamos costos frecuentemente irremediables en nuestras evaluaciones académicas por elegir la maternidad como parte de nuestras vidas⁴³; de hecho, los mismos problemas se pueden encontrar en la profesión jurídica⁴⁴. Aunado a esto, varios estudios han documentado las otras maneras sutiles (y no tanto) en las que nuestro trabajo suele ser menospreciado: desde evaluaciones estudiantiles menos favorables⁴⁵, menor presencia en citas⁴⁶ y en las bibliografías básicas de los cursos, pasando por el peso excesivo en las labores administrativas⁴⁷ y hasta el hecho de que la noción de *síndrome de la impostora* (como el miedo constante a ser descubierta como un fraude) fue acuñada en un estudio respecto de la psicología de mujeres en la academia⁴⁸.

No es de sorprender que muchos de estos problemas se observen también en indicadores de ciencia y tecnología en el marco de la propiedad intelectual, como son las patentes. Diversos estudios documentan que existe una importante brecha de género en la producción de patentes⁴⁹. En México, si bien la mayor parte del registro de patentes es efectuado por agentes extranjeros, principalmente industrias transnacionales, la brecha de género en las personas y equipos nacionales que registran patentes es abismal⁵⁰. A pesar de todo lo anterior, el entorno académico, sin lugar a duda, goza de un amplio reconocimiento y legitimidad.

⁴² Véase: BARWA Y RAI, 2003. HALBERT, 2006.

⁴³ Véase, por ejemplo: WHITE. 2015. MONROE *et al.* 2008.

⁴⁴ Véase, por ejemplo: MANZO ET. AL, 2016. POZAS Y RÍOS, 2021.

⁴⁵ Véase: MITCHELL Y MARTIN, 2018.

⁴⁶ Véase: MALINIAK *et al.*, 2018.

⁴⁷ Véase: GUARINO Y BORDEN, 2017.

⁴⁸ Véase: CLANCE E IMES, 1978.

⁴⁹ Véase: BURK, 2015. FRIETSCH *et al.*, 2009. HOISL Y MARIANI, 2017. HUNT *et al.*, 2013. JENSEN *et al.*, 2018. KAHLER, 2011.

⁵⁰ SANTAMARIA HERNÁNDEZ Y CASTRO DE ANGEL, 2016, p. 25-28.

IV. LAS MUJERES COMO GUARDIANAS DE LA TRADICIÓN

Si bien la mirada a los espacios más tradicionales de la propiedad intelectual, como los derechos de autor o las patentes, nos muestra la poca participación que históricamente han tenido las mujeres, en espacios delimitados por la instrucción, y los retos que se mantienen vigentes; también se enfoca en áreas que suelen ser privilegiadas y tener ciertas características, no solamente de género, sino también de raza y clase. Una de las más grandes aportaciones, más o menos recientes, de los estudios feministas y de género, ha sido la perspectiva interseccional que emerge de los feminismos racializados en Estados Unidos y es retomada por las agendas feministas decoloniales en América Latina⁵¹. Desde esta perspectiva, se considera que una mirada que solamente toma en cuenta los procesos de violencia que están vinculados el género pierde de vista otros elementos que son determinantes en la experiencia de vida de las personas; por tanto, es necesario construir una mirada que tome en cuenta dimensiones de género, origen étnico y clase. El análisis interseccional no refiere simplemente a una suma de opresiones, como es frecuentemente caracterizado. La intención es identificar la forma que elementos de género, raza y clase interactúan en la experiencia de vida de las personas, pudiendo poner mayor o menor énfasis en cada elemento.

Esta perspectiva nos lleva a voltear la mirada al campo de las expresiones culturales tradicionales y los conocimientos tradicionales. Estos dos apelativos refieren a una larga acusación hecha a los modelos más tradicionales de propiedad intelectual por dejar de lado formas de conocimiento y creación que se encuentran ligadas a la tradición, son desarrolladas colectivamente y que no suelen establecer límites tan claros entre lo científico, lo creativo e incluso lo espiritual⁵². En la actualidad, la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual (OMPI)⁵³ identifica, por un lado, bajo el rubro de conocimientos tradicionales, los saberes, las habilidades y las prácticas de comunidades indígenas y otras comunidades tradicionales, curiosa y paradójicamente, también sus innovaciones, a pesar de que podrían entrar en el marco de la propiedad industrial. Por el otro lado, la OMPI⁵⁴ señala que las expresiones culturales tradicionales se integran por las formas tangibles e intangibles en las que se expresan las culturas. Estas distinciones acercan un poco más el campo de lo tradicional a los modelos de propiedad intelectual mediante la distinción entre lo científico, como conocimiento, y lo artístico, como expresiones culturales. Sin embargo, los dos apelativos siguen refiriéndose a expresiones intelectuales que se mantienen fuera de los marcos de propiedad intelectual, o incluidos de maneras limitadas. Como se mencionó, en el caso de México, apenas en 2019 se cambió la ley de derecho de autor para que dejara de considerar a las expresiones de la cultura popular como parte del dominio público.

⁵¹ Véase: CRENSHAW, 1989, 1991. MACLEOD, 2018. MASSON, 2018.

⁵² Véase: ARUP, 2009. DOMMANN, 2008. GEARHART-SEMA, 2009.

⁵³ WIPO, 2017, p. 9-11.

⁵⁴ Idem.

Aunque el campo del conocimiento y las expresiones culturales tradicionales se encuentra ampliamente estudiado, no se ha hecho un énfasis particular en las condiciones de género que lo caracterizan. En el caso de las artes indígenas, por ejemplo, las exploraciones a una variedad de tradiciones textiles y alfareras, principalmente, muestran campos dominados de manera significativa por mujeres, quienes también realizan labores domésticas y de crianza⁵⁵. Sin embargo, apenas algunos trabajos acerca de propiedad intelectual y expresiones culturales tradicionales se posicionan desde una perspectiva feminista⁵⁶. Muchas de las actividades creativas que encuentran un espacio en las expresiones y conocimientos tradicionales corresponden también a los espacios domésticos y alejados de los procesos industriales en los que las mujeres se han desarrollado con mayor frecuencia en distintas culturas⁵⁷. Un claro ejemplo de esto, ya mencionado, es el área textil. El tejido, el bordado, lo relacionado en general con la vestimenta, han sido actividades eminentemente femeninas. Todas estas actividades se han concebido fuera de la propiedad intelectual y, cada vez más, como parte de las expresiones culturales tradicionales.

Un aspecto que es fundamental a considerar es que, a diferencia de muchos de los elementos que se encuentran englobados en el conocimiento y las expresiones culturales tradicionales, y que se caracterizan por ubicarse en entornos de origen indígena, el trabajo de las mujeres en el campo oscurecido de los textiles se encuentra de manera más transversal en distintas condiciones de origen étnico y de clase. La realización de edredones en la técnica que se conoce como *quilt* en la que se integran distintos tipos y técnicas de textiles, frecuentemente incluyendo bordados con historias o la refuncionalización de textiles, va posicionándose como una forma de expresión de historia de las mujeres⁵⁸. Esta afirmación resuena con la consigna del feminismo decolonial que ve a los tejidos como “los libros que la Colonia no pudo quemar”⁵⁹ y que, en cierta forma, se deriva de las condiciones de género que son comunes en diversos aspectos del conocimiento y las expresiones culturales tradicionales.

Adicionalmente, este tipo de expresiones se encuentran dominadas por procesos colectivos de creación. En diversas tradiciones textiles el trabajo no solamente se realiza en grupos en los que cada persona realiza su trabajo en compañía de otras, sino que además diversas personas trabajan en la misma pieza. En otras ocasiones distintas personas se especializan en distintos pasos de la realización de una pieza, de manera que la obra final ha pasado por más de un par de manos. Las distintas formas de intercambio generan estéticas colectivas que se comparten y se transforman, conformándose como verdaderas tradiciones estéticas indígenas⁶⁰. En todos estos casos, los procesos de

⁵⁵ Véase: BARTRA, 2005. ESCOBEDO, 2019. IBARRA, 2016. MONTES, 2020. TREVIÑO Y COAUTORAS, 2018. ZAPATA-MARTELO Y SUARES-SAN ROMÁN, 2007.

⁵⁶ Véase: BARWA Y RAI, 2003. GEARHART-SEMA, 2009.

⁵⁷ Véase: BARTRA, 2005. HALBERT, 2006. MITHLO, 2019.

⁵⁸ HALBERT, 2006, p. 443-445.

⁵⁹ Véase: TORO, 2019.

⁶⁰ Véase: GARRIDO, 2015.

aprendizaje y de realización de trabajos de valor estético también implican una variedad de conocimientos y otros aspectos de socialización vinculados con el género. Quizás por esto, la más reciente reforma de derecho de autor en México atribuye a las autoridades de las comunidades la facultad de autorizar los usos de las expresiones culturales de las comunidades indígenas. A pesar de la pertinencia de esta consideración, también es cierto que no se han contemplado las complejas dinámicas de género internas a las comunidades.

Esto se suma a contextos en los que, identificada una titularidad o mérito concreto, quede en manos de hombres. Si bien las piezas de arte indígena han entrado en dinámicas de identificación individual de artistas por medio de firma, apenas recientemente y en gran medida por la intervención de agentes externos a las comunidades⁶¹, hay otras dinámicas de reconocimiento que nos muestran esto. Por ejemplo, aunque las mujeres se encuentran ampliamente representadas en las expresiones culturales tradicionales, cuando observamos catálogos de arte popular, la identificación de personas excepcionales para ser nombrados maestros artesanos se vuelve atípicamente (para el campo de la artesanía) masculinizada. En el catálogo de Grandes Maestros del Arte Popular Mexicano⁶², los sectores con mayor participación de mujeres son el textil, con 70,5% y las fibras, con 58,3%, a pesar de que la participación de las mujeres en estos sectores es amplísima. También lo es en la alfarería, pero el catálogo solamente incluye 27,5% de mujeres en este sector, mientras que en las otras disciplinas, la presencia de mujeres reconocidas como Maestra del Arte Popular es de 10% en el trabajo en madera, 5,9% en metales y 8,6% en técnicas varias que incluyen papel, piel, arte plumario, pasta de caña, entre otras.

Una mirada interseccional nos hace ver que los valores de racionalidad han sido atribuidos históricamente al sector de la elite de los hombres blancos y que, a pesar de la generalidad del dominio patriarcal, sus prácticas son diferenciadas en función de raza y clase. Es bajo el apelativo de tradicional en donde se han puesto las formas de conocer y crear que se alejan del canon de la propiedad intelectual y donde las culturas de pueblos colonizados se encuentran ampliamente representadas⁶³. Al mismo tiempo, una perspectiva interseccional a las sombras de la propiedad intelectual nos muestra que hay creativities y conocimientos de mujeres que se encuentran aún más distantes de ser reconocidos, que la colonialidad de los modelos de propiedad intelectual afecta aún más a las mujeres y que una posible crítica feminista a estos modelos nos invita a repensarlos.

En la actualidad, la creación de marcos jurídicos relacionados con las expresiones culturales tradicionales es una preocupación que aqueja a muchos colectivos de mujeres indígenas en América Latina⁶⁴. En general, la falta de marcos de protección para las expresiones culturales tradicionales y el conocimiento tradicional afecta de manera más significativa a los países del sur global, al tiempo que solidifica la hegemonía cultural

⁶¹ IBARRA, 2016, p. 214-215.

⁶² FERNÁNDEZ DE CALDERÓN, 2001.

⁶³ Véase: DOMMANN, 2008. FLÓREZ, 2007.

⁶⁴ Véase: TREVIÑO Y COAUTORAS, 2018.

global de los productos del norte global garantizando los correspondientes intereses económicos⁶⁵. Al mismo tiempo, el estudio de este campo creativo se encuentra caracterizado por procesos de despojo también efectuados por agentes del norte global frente a comunidades tradicionales, frecuentemente en labores que tradicionalmente son desarrolladas por mujeres⁶⁶. Frente al despojo, se han realizado iniciativas que buscan dar forma a un nicho para las expresiones culturales tradicionales como parte de una reforma en materia de propiedad intelectual y también se han desarrollado iniciativas que buscan resaltar otras formas de crear y éticas de compartir, como se expresa en la declaración de la comunidad de Santa María Tlahuitoltepec (2015) frente a uno de los casos más notorios de réplica de diseños textiles tradicionales que se han dado en México⁶⁷. Para estas iniciativas de reforma es central construir agendas que, lejos de aceptar irreflexivamente los paradigmas de autor y científico ampliamente definidos por un sector de raza y género específico, busquen retomar valores feministas de igualdad y dignidad⁶⁸.

V. A MANERA DE CONCLUSIÓN ¿UNA AGENDA FEMINISTA PARA LA PROPIEDAD INTELECTUAL?

¿Qué aprendizajes podemos retomar entonces de esta indagación feminista a la propiedad intelectual desde una perspectiva sociojurídica? En el ejercicio que aquí se presenta de visibilizar las estructuras masculinizadas que subyacen a los modelos del derecho de autor y las patentes y el rol que hemos tenido las mujeres en los campos sociales que esta área del derecho regula, nos devela procesos de poder y las estructuras sociales que determinan la propiedad intelectual (Halbert 2006). Estas estructuras son parte de la forma de la ley, se relacionan con la centralidad del autor, con los productos registrables como patentes y con las expresiones que se han dejado fuera de la propiedad intelectual o con derechos limitados.

Así, a los problemas que enfrentamos las mujeres en los espacios que han sido considerados históricamente como masculinos, como la academia, se añade el completo oscurecimiento del valor de los espacios, las creatividades y los intelectos desarrollados en espacios que han sido considerados históricamente como femeninos. En este sentido, un ejercicio de verdadera valoración de las mujeres en la creatividad y la innovación requiere repensar los paradigmas de los modelos de propiedad intelectual y otros aspectos de regulación en donde el derecho configura lo que comprendemos como conocimiento, como arte y como ciencia. En este repensar, es fundamental dar un lugar a las críticas feministas y a las propuestas que se esbozan a partir de éticas de reconocimiento que no implican monopolios.

⁶⁵ Véase: JASZI Y WOODMANSEE, 1994.

⁶⁶ Véase: BARTRA, 2005. BARWA Y RAI 2003; GEARHART-SEMA, 2009. OEHLEICH DE ZURITA, 1999.

⁶⁷ Véase: IBARRA, 2019.

⁶⁸ GEARHART-SEMA, 2009, p. 390-395.

Sin embargo, es importante mantener presente la advertencia de que los espacios y las formas creativas que han sido dominadas históricamente por mujeres no lo son por una forma esencializada de lo femenino, sino por los procesos sociales y las formas de poder que las han configurado. Al pensar la propiedad intelectual, también debemos tener presente que el feminismo no es una sola corriente cuyos postulados y objetivos sean compartidos homogéneamente por todas las personas que se suscriben como feministas, lo que implica que no todas las posturas feministas necesariamente se constituirían como críticas del modelo de propiedad intelectual. La diversidad en experiencias creativas nos muestra efectivamente los límites de lo jurídico. En principio, no todas las ideas extraordinarias pertenecen al mercado, ni son los monopolios la única manera de reconocer el valor de una idea. Sin embargo, la falta de acceso a los derechos también se sostiene en una desvalorización racista y clasista del trabajo de muchas mujeres cuyas condiciones económicas son profundamente injustas. Aunque las muchas cooperativas de mujeres artesanas no son siempre, o no necesariamente, una expresión de armonía, sí son un reconocimiento de necesidades y creatividades compartidas. Asimismo, las herramientas de la propiedad intelectual no significan opresión para todas las mujeres y muchas creadoras y sus modelos creativos pueden encajar con los mandatos de los derechos de autor o las patentes; aunque, como se muestra en este trabajo, la brecha de género se mantiene presente. Sin embargo, la expectativa de intervenir los espacios y desarrollar alternativas es parte de más de una agenda feminista en los campos que conciernen a la propiedad intelectual.

A pesar de lo anterior, más que ofrecer una conclusión, me parece que la pregunta, que se mantiene abierta, es precisamente si la mirada feminista que se esboza en este trabajo puede ayudarnos a pensar otras alternativas. Y, en este sentido, considero que existen ya algunas aportaciones que merecen ser mencionadas. Las apuestas feministas de base colectiva se han caracterizado por acompañar visiones de derechos de autor que tienden a la apertura. Más que reivindicar los extensivos límites que impone a la circulación de productos culturales el derecho de autor, una perspectiva feminista nos invita a considerar las opciones de acceso abierto que se han desarrollado como parte de los esfuerzos de diversos colectivos para retomar el control de las formas de distribución de la cultura y potenciarla⁶⁹. La teoría feminista desarrollada respecto de modelos de acceso abierto sostiene que las ideas no aparecen de manera independiente, ya que las personas crean en redes de relaciones sociales. Así, los derechos de autoras y autores tendrían que establecer reglas de interacción con los y las usuarias, en lugar de promover modelos de exclusión. En este mismo sentido, los entornos colaborativos han sido identificados como favorables para el desarrollo profesional de las mujeres en la ciencia y no es de sorprender que el impulso de metodologías colaborativas en investigación políticamente comprometida con pueblos indígenas, tenga también una marcada orientación feminista⁷⁰. Aunque la reflexión acerca de las implicaciones que esto podría tener para

⁶⁹ Véase: CRAIG *et al.*, 2011. HALBERT, 2006. GEARHART-SEMA, 2009.

⁷⁰ Véase: MACLEOD, 2018. MASSON, 2018. RAPPAPORT, 2018.

derechos de autoría es más bien limitada, otras experiencias y planteamientos de cómo podría gestionarse la propiedad intelectual⁷¹, muestran muchas maneras de entender la creatividad y el conocimiento. También muestran que la identificación de las obras puede responder a distintos valores y estrategias de reconocimiento. En este sentido, la principal aportación de una mirada feminista es abrir una puerta; desnaturalizar las formas de la propiedad intelectual en su impronta caníbal y darnos espacio para nuevas construcciones, y para revalorar procesos colectivos que siempre han existido en las interacciones sociales donde se anclan los procesos de la mente.

BIBLIOGRAFÍA

- ARAYA, Patricia, MEILIPIL, Juan, Núñez, Cecilia, OSSA, Claudio y ZÁRATE Jorge, 2012: *Estudio Exploratorio con Perspectiva de Género en Relación a los Derechos de Autor de los Creadores y Creadoras en Chile*, Santiago, Departamento de Derechos Intelectuales de la Dirección de Bibliotecas, Archivos y Museos.
- ARUP, Christopher, 2009: "How are the different views of traditional knowledge linked by international law and global governance?", en Antons, Christoph (edit.), *Traditional knowledge, traditional cultural expressions and intellectual property in the Asia-Pacific Region*, Austin, Wolters Kluwer pp. 67-83.
- BARTRA, Eli, 2005: *Mujeres en el arte popular*, México, UAM.
- BARWA, Sharmishta y Rai, Shirin M., 2003: "Knowledge and/as power: A feminist critique of trade related intellectual property rights", *Gender, Technology and Development*, vol 7, N° 1: pp. 91-113.
- BOIGEOL, Anne, 2005: "Las Mujeres y la Corte. La difícil implementación de la igualdad de sexos en el acceso a la magistratura", *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho*, vol 3, N° 6: pp. 3-25.
- BOURDIEU, Pierre, 2003: "Los juristas, guardianes de la hipocresía colectiva", *Jueces para la democracia*, N° 47: pp. 3-5.
- BRAUNEIS, Robert y Oliar, Dotan, 2018: "An empirical study of the race, ethnicity, gender and age of copyright registrants", *The George Washington Law Review*, vol 86, N° 2: pp. 101-156.
- BURK, Dan L., 2007: "Feminism and Dualism in Intellectual Property", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol 15, N° 2: pp. 183-206.
- BURK, Dan L., 2015: "Diversity Levers", *Duke Journal of Gender Law & Policy*, N° 23: pp. 25-43.
- CLANCE, Pauline Rose y AMENT IMES, Suzanne, 1978: "The imposter phenomenon in high achieving women: Dynamics and therapeutic intervention", *Psychotherapy: Theory, Research & Practice*, vol 15, N° 3: pp. 47-241.
- CODE, Lorraine, 1991: *What Can She Know? Feminist Theory and the Construction of Knowledge*, Ithaca, London, Cornell University Press.
- COOMBE, Rosemary J., 1998: *The Cultural Life of Intellectual Properties. Authorship, Appropriation, and the Law*, Durham and London, Duke University Press.
- CRAIG, Carys J., TURCOTTE, Joseph F. y COOMBE, Rosemary J., 2011: "What's feminist about open access? A relational approach to copyright in the academy", *Feminist@law*, vol 1 N° 1: pp. 1-35.

⁷¹ Véase: IBARRA, 2019. IBARRA *et al.*, 2020.

- CRENSHAW, Kimberle, 1989: "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics", *University of Chicago Legal Forum*, N° 1: pp. 67-139.
- CRENSHAW, Kimberle, 1991: "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, vol 43, N° 6: pp. 99-1241.
- DOMMANN, Monika, 2008: "Lost in tradition? Reconsidering the history of folklore and its legal protection since 1800", en Graber, Christoph B. y Burri-Nenova, Mira (edit.), *Intellectual Property And Traditional Cultural Expressions In A Digital Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 3-16.
- DRAHOS, Peter, 1996: "Justifying intellectual property: back to the beginning", en *A Philosophy of Intellectual Property*, Aldershot, Ashgate, pp. 13-39.
- DRAHOS, Peter y BRAITHWAITE, John, 2002: *Information Feudalism: Who Owns the Knowledge Economy* (London, Earthscan).
- EDELMAN, Lauren B. y STRYKER, Robin, 2005: "A sociological approach to law and the economy", en SMELSER, N.J y SWEDBERG, R. (edit.), *The Handbook of Economic Sociology*, New York, Russell Sage Foundation, pp. 51-527.
- ESCOBEDO, Ezequiel, 2019: "Propiedad Intelectual de Pueblos Indígenas: Protección de los Textiles Tradicionales". Tesis para obtener el grado de Licenciado en Derecho por el Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE).
- FERNÁNDEZ De Calderón, Cándida, 2001: *Grandes Maestros del Arte Popular Mexicano*, México, Fomento Cultural Banamex.
- FLÓREZ, Margarita, 2007: "Can we protect traditional knowledge?", en Santos, Boaventura de Sousa (edit.), *Another knowledge is possible. Beyond the northern epistemologies*, New York, Verso, pp. 71-249.
- FOUCAULT, Michel, 1998: "What is an author?", en Preziosi, D. (edit.), *The Art of Art History: A Critical Anthology*, New York, Oxford University Press, pp. 299-314.
- FREEMAN, Hadley, 2006: "Behind every great male writer...", *The Guardian*, disponible en: <https://www.theguardian.com/world/2006/mar/15/gender.books>. Fecha de consulta: 19 de mayo de 2021.
- FRIETSCH, Rainer, HALLER, Inna, FUNKEN-VROHLINGS, Melanie y Grupp, Hariolf, 2009: "Gender-specific patterns in patenting and publishing", *Research Policy*, N° 38: pp. 99-590.
- GARRIDO, Eva María, 2015: "La artesanía como forma de expresión de tradiciones estéticas indígenas. El caso purhépecha", en Pérez, S. (edit.), *Artesanías y saberes tradicionales*, Zámora, El Colegio de Michoacán, pp. 60-139.
- GEARHART-SEMA, Terra L., 2009: "Women's work, women's knowing: intellectual property and the recognition of women's traditional knowledge", *Yale Journal of Law and Feminism*, vol 21, N° 2: pp. 372-404.
- GUARINO, Cassandra M. y BORDEN, Victor M. H., 2017: "Faculty Service Loads and Gender: Are Women Taking Care of the Academic Family?", *Research in Higher Education*, vol 58, N° 6: pp. 94-672.
- GUERRILLA Girls, 1989: "Do women have to be naked to get into the Met Museum?", *Guerrilla Girls' Most Wanted: 1985-2006 (series)*.
- HALBERT, Debora, 2006: "Feminist interpretations of intellectual property", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol 14, N° 3: pp. 60-431.
- HALE, Charles R., 2006: "Activist Research v. Cultural Critique: Indigenous Land Rights and the Contradictions of Politically Engaged Anthropology", *Cultural Anthropology*, vol 21, N° 1: pp. 96-120.
- HAUNSS, Sebastian, 2015: *Conflicts in the Knowledge Society. The Contentious Politics of Intellectual Property*, Cambridge, Cambridge University Press.

- HOISL, Karin y Myriam MARIANI, 2017: "It's a Man's Job: Income and the Gender Gap in Industrial Research", *Management Science*, vol 63, N° 3: pp. 90-766.
- HUNT, Jennifer, Jean-philippe GARANT, Hannah HERMAN, y David J. MUNROE, 2013: "Why are women underrepresented amongst patentees?", *Research Policy* vol 42: pp. 43-831.
- IBARRA, Francisco Javier, 2012: "La formación jurídica en el siglo XXI", en Ibarra, Francisco Javier, Rojas, Ma. Ovidia, y Pineda, María Elena (edit.), *La educación jurídica. Retos para el siglo XXI*, México, UMSNH, Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, pp. 75-101.
- IBARRA, Lucero, 2016: "Políticas Culturales y Derechos Culturales a través de los Diablos de Ocumicho", *Direito, Estado e Sociedade*, N° 48: pp. 196-223.
- IBARRA, Lucero, 2019: "Negociando la agenda epistémica del Derecho: la propiedad intelectual y políticas colectivas", en Tapia, S. M., Gómez, D.L. y Solano, V. (edit.), *Estudios Jurídicos Críticos en América Latina*, Cali: Dike, Universidad Santiago de Cali, pp. 87-106.
- IBARRA, Lucero, ESCOBEDO, Ezequiel y Fogata KEJTSITANI, 2020: "What's yours is mine and what's mine is mine? Re-thinking intellectual property and research ethics from the experience of the Purhépecha community of Cherán", *Oñati Socio-Legal Series*, vol 1, N° 10: pp. 6-34.
- JASZI, Peter y WOODMANSEE, Martha, 1994: "Introduction", en Woodmansee, Martha y Jaszi, Peter (eds.), *The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature*, London, Duke University Press, pp. 1-13.
- JENSEN, Kyle, KOVÁCS, Balázs y SORENSON, Olav, 2018: "Gender differences in obtaining and maintaining patent rights", *Nature Biotechnology*, vol 36, N° 4: pp. 9-307.
- KAHLER, Annette I., 2011: "Examining Exclusion in Woman-Inventor Patenting: A Comparison of Educational Trends and Patent Data in the Era of Computer Engineer Barbie", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol 19, N° 3: pp. 98-773.
- LAWSON, Ashley, 2015: "The Muse and the Maker: Gender, Collaboration, and Appropriation in the Life and Work of F. Scott and Zelda Fitzgerald", *The F. Scott Fitzgerald Review*, vol 13, N° 1, pp. 76-109.
- LISTA, Carlos Alberto, 2012: "¿Derecho sin justicia? Los déficit de la educación jurídica en la socialización de los abogados en Argentina" en Ibarra, Francisco Javier, Rojas, Ma. Ovidia y Pineda, María Elena (edit.), *La educación jurídica. Retos para el siglo XXI*, México, UMSNH, Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, pp. 35-73.
- MACLEOD, Morna, 2018: "Género, análisis situado y epistemologías indígenas: descentrar los términos del debate", en Leyva, Xochitl y Pascal, Cecile (edit.), *Prácticas Otras de Conocimiento (s). Entre Crisis, entre Guerras*. Vol. II, San Cristóbal, Cooperativa Editorial Retos, pp. 32-58.
- MALINIAK, Daniel, POWERS, Ryan y WALTER, Barbara F., 2018: "The Gender Citation Gap in International Relations", *International Organization*, vol 67, N° 4: pp. 889-922.
- MALLAPATY, Smriti, 2018: "Paper authorship goes hyper", *Nature Index*. Disponible en: <https://www.natureindex.com/news-blog/paper-authorship-goes-hyper>. Fecha de consulta: enero del 2019.
- MANZO, Mariana A., IBARRA, Elena Alejandra, e IBARRA, Lucero, 2016: "Las mujeres en la justicia: discusiones desde el campo de los estudios socio-jurídicos", en Manzo, Mariana A. y Rojas, M. Ovidia (edit), *Profesión Jurídica: Discusiones sobre la Práctica del Derecho en América Latina y el Caribe*, Morelia, UMSNH, Red de Sociología Jurídica en América Latina y el Caribe, pp. 25-57.
- MASSON, Sabine, 2018: "Transformar la investigación desde las prácticas feministas poscoloniales. De vuelta a mi experiencia etnográfica y activista con Tzome Ixuk", en Leyva, Xochitl y Pascal, Cecile (edit.), *Prácticas Otras de Conocimiento (s). Entre Crisis, entre Guerras*. Vol. II, San Cristóbal, Cooperativa Editorial Retos, pp. 59-82.

- MITCHELL, Kristina M. W. y MARTIN, Jonathan, 2018: "Gender Bias in Student Evaluations". *PS: Political Science & Politics*, Nº 215: pp. 1-5.
- MITHLO, Nancy Marie, 2019: "'A Real Feminine Journey': Locating Indigenous Feminisms in the Arts", *Meridians*, vol 9, Nº 2: pp. 1-30.
- MONROE, Kristen, OZYURT, Saba, WRIGLEY, Ted y ALEXANDER, Amy, 2008. "Gender equality in academia: Bad news from the trenches, and some possible solutions", *Perspectives on politics*, vol 6, Nº 2: pp. 215-233.
- MONTES, Fanny Ekaterina, 2020: "Katoü (Wayuu bag): a material axis of the relationship between Arijunas (non-Wayuu) and Wayuu people", *Oñati Socio-Legal Series*, vol 10, Nº 1, pp. 35-57.
- OEHLEICH De Zurita, Annie, 1999: *Ni robo, ni limosna. Pueblos indígenas y propiedad intelectual*, Santa Cruz, IBIS, CEJIS, CABI, CIDOB.
- PALIYENKO, Adrianna M., 2016: "Un/sexing genius", *Women Shaping French Poetic History, 1801-1900*, USA, Penn State University, pp. 10-39.
- PATEMAN, Carole, 1995: *El contrato sexual*, México, Anthropos, Universidad Autónoma Metropolitana - Iztapalapa.
- POZAS, Andrea y RÍOS, Julio, 2021: *Enderezar el derecho. Por la regulación de la educación y profesión jurídicas y contra la discriminación por género*, México, CIDE, World Justice Project, Ilustre y Nacional Colegio de Abogados de México, Barra Mexicana, UNAM, ITAM ANADE, Mexicanos Contra la Corrupción y la Impunidad.
- RAPPAPORT, Joanne, 2018: "Más allá de la observación participante: la etnografía colaborativa como innovación teórica", en Leyva, Xochitl y Pascal, Cecile (edit.), *Prácticas Otras de Conocimiento (s). Entre Crisis, entre Guerras*. Vol. I, San Cristobal, Cooperativa Editorial Retos, pp. 52-323.
- RICOY, Rosa, 2015: "Teorías Jurídicas Feministas", en Fabra, Á. Jorhe, Vaquero, Luis y Núñez (edit.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*. Vol. 1, México, UNAM, pp. 99-459.
- ROSENBLATT, Betsy y Rebecca TUSHNET, 2015: "Transformative Works: young women's voices on fandom and fair use", en BAILEY, J. y STEEVES, V. (edit.), *eGirls, eCitizens. Putting Technology, Theory and Policy into Dialogue with Girls' and Ypung Women's Voices*, Ottawa, University of Ottawa, pp. 385-409.
- SANTA María Tlahuitoltepec - Autoridad Comunitaria, 2015: *Tlahuitoltepec: Contra la apropiación de un patrimonio cultural*, Oaxaca, Autoridad Comunitaria de Santa María Tlahuitoltepec.
- SANTAMARÍA, Esteban y CASTRO DE ÁNGEL, Carlos Arturo, 2016: *Panorama de la Propiedad Intelectual en México: Otra Perspectiva*, México.
- SONTAG, Susan, 2007: *At the same time*, Nerw York, Farrar, Straus and Giroux.
- SPENCE, Suzy y BRACK, Leslie, 2009: "Womanhouse". Disponible en: <http://www.womanhouse.net/website-mission>. Fecha de consulta: 13 de agosto de 2019
- SWANSON, Kara W., 2015: "Intellectual property and gender: reflexions on accomplishments and methodology", *Journal of Gender, Social Policy and the Law*, vol 24, Nº 1: pp. 98-175.
- TEUBNER, Gunter y FISCHER-LESCANO, Andreas, 2008: "Cannibalizing epistemes: will modern law protect traditional cultural expressions", en Graber, Chritpoh B. y Burri-Nenova, Mira (edit.), *Intellectual Property And Traditional Cultural Expressions In A Digital Environment*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 17-45.
- TOPAZ, Chad M., KLINGENBERG, Bernhard, TUREK, Daniel, HEGGESETH, Briana, HARRIS, Pamela E., BLACKWOOD, Julie C., ONDINE, C., NELSON, Steven y MURPHY, Kevin M., 2019: "Diversity of artists in major U.S. museums", *PLoS ONE*, vol 14, Nº 3: pp. 1-15.
- TORO, David, 2019: "Los tejidos: los libros que la colonia no pudo quemar", *Km. 169 Prensa Comunitaria*. Disponible en: <https://www.prensacomunitaria.org/los-tejidos-los-libros-que-la-colonia-no-pudo-quemar/>. Fecha de consulta: 25 de marzo de 2019.

- TREVIÑO, Gloria María y coautoras, 2018: "Sentipensar con Tejedoras, Bordadoras, Brocadoras y sus Aliadas en los Altos de Chiapas cómo Proteger lo que les Pertenece", Tesis para obtener el grado de Maestra en Antropología por el Centro de Investigaciones y Estudios en Antropología Social (CIESAS).
- VAIDHYANATHAN, Siva, 2017: *Intellectual Property. A Very Short Introduction*, New York: Oxford University Press.
- WHITE, Kate, 2015. "Glass ceilings and monastic men: keeping women in science" *Australian Quarterly*, vol 86, N° 3: pp. 14-25.
- WIPO, 2017: *Protect and Promote Your Culture. A Practical Guide to Intellectual Property for Indigenous Peoples and Local Communities*, Geneva, WIPO.
- WOODMANSEE, Martha, 1984: "The genius and the copyright: Economic and legal conditions of the emergence of the 'author'", *Eighteenth-Century Studies*, vol. 17, N° 4: pp. 48-405.
- WOODMANSEE, Martha, 1994: "On the author effect: recovering collectivity", en Woodmansee, Martha y Jaszi, Peter (edit.), *The Construction of Authorship. Textual Appropriation in Law and Literature*, London, Duke University Press, pp. 15-28.
- ZAPATA-MARTELO, Emma y SUÁREZ-SAN ROMÁN, Blanca, 2007: "Las artesanas, sus quehaceres en la organización y en el trabajo", *Ra Ximbai*, vol 3, N° 3: pp. 591-620.

El registro de deudores en el concurso de la persona natural como elemento restrictivo del alivio del deudor

*Miguel Ángel Alarcón Cañuta**

RESUMEN

El presente estudio plantea un análisis crítico de las consecuencias que el tratamiento de la información relativa al concurso, incorporada en registros de deudores, presenta para el deudor persona natural en el contexto nacional, y propone reflexiones para una armonización de la normativa y un reequilibrio de los intereses de protección del acreedor que evalúa el riesgo financiero del consumidor y el interés de alivio del futuro deudor.

Registro de deudores; efectivo alivio; registro de solvencia positivo

*The debtor's register in the bankruptcy of the natural person
as a restrictive element of the debtor's relief*

ABSTRACT

This study proposes a critical analysis of the consequences that the treatment of the information related to the bankruptcy procedure, incorporated in debtor registers, presents for the natural person debtor in the national context, and proposes reflections for a harmonization of the regulations and a rebalancing of the creditor's protection interests that assesses the financial risk of the consumer and the relief interest of the future debtor.

Debtor's register; effective relief; positive solvency register

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco, Máster en Derecho con especialidad en Derecho Privado, Universidad de Barcelona, España. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor Asociado de la Carrera de Derecho, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Universidad Arturo Prat. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3284-0966> Correo electrónico: maac23@gmail.com

Artículo recibido el 2.2.2021 y aceptado para su publicación el 8.7.2021.

I. INTRODUCCIÓN

A nivel nacional como en el ámbito comparado, las legislaciones concursales contemplan exigencias de mantenimiento de registros con información relativa al concurso del deudor. Desde el punto de vista del prestamista, ello permite una mejor valoración de las aptitudes del deudor para asumir una futura obligación¹.

Un registro concursal de deudores está integrado por información almacenada en una base de datos pública o privada relativa al procedimiento concursal del que es o fue parte una persona deudora, del que es posible extraer datos como identidad del deudor, fecha de inicio y tipo de procedimiento (liquidación o renegociación), descarga de la deuda residual, deudas exceptuadas de la descarga, entre otros.

Ahora bien, en el contexto del concurso de la persona natural, y aplicado al deudor cuya naturaleza jurídica es la de persona natural², efectivo alivio se entiende como el retorno del deudor a las circunstancias o estado de cosas que le permiten volver a ostentar la capacidad para desarrollar libremente su personalidad y lograr el desarrollo de su familia³, y en términos económicos, reinsertarse en la vida económica⁴.

Uno de los elementos del concurso que posibilita tal finalidad es el tiempo que media entre el inicio del procedimiento y el momento en que el deudor obtiene la extinción de los saldos insolutos (descarga), que teóricamente marca el punto en el que el deudor es rehabilitado y hace posible el logro de un nuevo comienzo⁵. Desde esta comprensión, se requiere un procedimiento expedito, de duración estrictamente necesaria para el logro de su objetivo, cuestión que se vincula, entre otros, con el registro de información del deudor relativa al concurso, por un tiempo determinado, durante o con posterioridad al procedimiento.

En este trabajo abordaremos este último punto, bajo la hipótesis de que el mantenimiento de información del deudor relativa al concurso restringe su interés de obtener un efectivo alivio tras el procedimiento concursal. El objetivo es plantear un análisis crítico de las consecuencias que el tratamiento de información relativa al concurso, incorporada en registros de deudores, presenta para el deudor persona natural en el contexto nacional, y proponer reflexiones que permitan una armonización de la normativa en torno a un necesario equilibrio entre los intereses de protección del futuro acreedor que evalúa el riesgo crediticio del consumidor y el interés de alivio del futuro deudor. Para ello, en el apartado II. se analiza el estado actual del tratamiento que el ordenamiento nacional efectúa de la información concursal del deudor y su utilización por los acreedores de cara a la concesión de crédito; en los apartados III. y IV., tras una aproximación a la

¹ MILLER, 2000, p. 2; TURNER y VARGHESE, 2010, pp. 6 y 7; FERRETTI, 2013, p. 794. Art. 14 inciso 2 del DFL 3, 1997, que refunde la Ley General de Bancos (LGB).

² Aunque nuestro modelo considera empresa deudora a ciertas personas naturales, ello no obsta a que su naturaleza jurídica se mantenga.

³ ALARCÓN, 2021a, pp. 319 y 338.

⁴ HOWARD, 1987, p. 1069.

⁵ ALARCÓN, 2018, p. 14; CABALLERO, 2018, p. 134.

experiencia española y alemana en la materia, se plantea una valoración crítica de las consecuencias que el tratamiento presenta en el interés del deudor de lograr un alivio; finalmente, en el apartado V., se ofrecen reflexiones para una armonización de la normativa en consideración a una herramienta que fomenta el resguardo del futuro acreedor que evalúa el riesgo crediticio del consumidor y el interés de alivio del futuro deudor.

II. LAS ANOTACIONES DE DEUDORES EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

1. *¿Un registro de deudores tácito en la Ley 20.720?*

El art. 6 inciso final de la Ley 20.720 de reorganización y liquidación de empresas y personas (LRLEP)⁶ establece que una vez finalizados los procedimientos concursales, la Superintendencia de Insolvencia y Reemprendimiento (SIR) deberá proceder a la eliminación, modificación o bloqueo de los datos del deudor en el Boletín Concursal (BC) de acuerdo con la Ley de Protección de la Vida Privada (LPVP)⁷.

El mantenimiento de todo antecedente del concurso⁸ en el BC se fundamenta en la necesidad de publicidad de las actuaciones para su conocimiento por parte de los acreedores actuales o eventuales⁹, con el consecuente fomento de la *par condicio creditorum*¹⁰.

El art. 6 LPVP establece que cualquier registro deberá ser eliminado cuando no exista fundamento legal o cuando haya caducado. Concluido el procedimiento concursal, no se justifica que los antecedentes del concurso se mantengan visibles en el BC, pues el fundamento para su mantenimiento expira con la resolución de término del procedimiento¹¹. A pesar de ello, el BC actúa como registro público de personas sometidas a un procedimiento concursal y da a conocer sus resultados mientras no se encuentre firme la resolución de término del procedimiento de renegociación o liquidación¹².

En este contexto, la LPVP permite la utilización de datos personales para fines distintos para los que fueron recolectados cuando sean extraídos de fuentes accesibles

⁶ Ley 20.720, 2014.

⁷ Ley 19.628, 1999.

⁸ Art. 4, Norma de Carácter General N° 3 (NCG) de la SIR.

⁹ Ello puede colegirse del art. 2 N° 7 de la Ley 20.720. Así también, BAEZA, 2013, p. 1297.

¹⁰ Sobre la publicidad de los procedimientos, LETURIA, 2018, p. 649, expresa que estructuralmente beneficia a todas las personas que puedan participar de un proceso o verse afectados por su desarrollo.

¹¹ La Superintendente de Insolvencia y Reemprendimiento, en Informe de Comisión de Constitución, Historia de la Ley 20.720, p. 1988, expresó que “el derecho de uso y la finalidad del dato no estarán limitados durante los procedimientos concursales, por cuanto la información que se publica en el Boletín Concursal será de acceso público”.

¹² Así, art. 10 e), NCG SIR.

al público¹³, carácter que por definición legal cumple el BC. Sin embargo, no establece qué otros fines podrán ser buscados con la utilización de estos datos¹⁴.

Desde el punto de vista del interés del deudor de volver a ser miembro activo de la sociedad con posterioridad al concurso, el art. 9 inciso 3 LPVP prohíbe evaluaciones de riesgo comercial que no estén basadas en información objetiva relativa a morosidades o protestos de las personas naturales de las cuales se informa. Sin embargo, es criticable que la ley no contenga una sanción disuasoria (como sería una multa elevada) para el caso en que la institución incumpla esta prohibición, donde el resguardo de los intereses del deudor se deja solo a él, porque al titular de los datos solo le asiste una facultad para solicitar su eliminación y demandar indemnización de perjuicios¹⁵. Además, si bien la norma prohíbe evaluaciones no basadas en información objetiva respecto de morosidades o protestos de las personas “de las que se informe”, nada señala respecto de los datos obtenidos a partir de su libre recolección en registros públicos, y no informados por entes públicos o privados.

La facilidad con que datos del deudor pueden ser recolectados, utilizados y transferidos a partir del BC, complementada con un vacío legal en materia de utilización de esta información, posibilita que bancos e instituciones financieras mantengan y transfieran información del deudor sin limitación, que puede ser usada para “caracterizarle” a efectos de otorgar o no un producto financiero¹⁶.

Podría estimarse que los arts. 18 inciso 2 y 19 inciso 3 LPVP favorecen la protección de la información concursal del deudor. Las normas respectivamente prohíben comunicar datos relativos a deudas de carácter económico, financiero, bancario o comercial que señala el art. 17, después de haber sido pagadas o haberse extinguido por otro modo legal, y obligan al responsable del tratamiento de los datos obtenidos de fuentes de acceso público a modificarlos en el mismo sentido tan pronto comunique aquella el pago o la extinción, o en el plazo de tres días. Con ello, tanto las obligaciones cubiertas durante el procedimiento concursal (extintas mediante el pago), como los saldos no cubiertos y extintos por la descarga de la deuda, no deben ser comunicados a instituciones públicas o privadas y deberían ser modificadas o eliminadas al estar extintas. No obstante, lo cierto es que la información obtenida del BC dice relación con el hecho mismo de haber sido el deudor insolvente y parte en un concurso, y como se verá, la información relativa a las deudas puede igualmente ser comunicada con posterioridad a la descarga.

¹³ Art. 9 LPVP.

¹⁴ El respeto del principio de finalidad del tratamiento de datos (art. 1 Ley 20.575, 2012), esto es, la evaluación de riesgo comercial y para el proceso de crédito, solo es exigido para el tratamiento de información relativa a deudas comerciales del art. 17 LPVP. Así, ALVARADO, 2014, pp. 218.

¹⁵ De igual forma, ÁLVAREZ, 2016, p. 65.

¹⁶ Sobre los efectos contraproducentes de los datos obtenidos de fuentes accesibles al público, ALVARADO, 2014, pp. 218 y 219.

2. *Casos fallados por la jurisprudencia*

La jurisprudencia nacional analizó el caso en el que instituciones bancarias rechazan la solicitud de un producto financiero de un consumidor con justificación en la existencia de una deuda previa encontrada en determinados registros. La nota común de los casos radica en que la pretensión del consumidor viene dada por vía de acción de protección, y que la deuda registrada era parte del pasivo en un procedimiento concursal de liquidación, respecto de la que había operado la extinción o descarga del art. 255 LRLEP.

En un caso, la Corte de Apelaciones de Temuco estima que es la entidad bancaria la que mantiene registros paralelos de morosidad¹⁷ que no se encuentran vigentes, vulnerando el principio de rehabilitación del deudor sometido al proceso de liquidación voluntaria¹⁸.

Destaca que se trata de una acción constitucional ante una situación que transgrede el derecho a la honra de la persona, en la medida que la consideración de una situación de desajuste económico financiero en el patrimonio de la persona natural, que si bien no necesariamente se condice con una insolvencia, le caracteriza de manera errónea a efectos del otorgamiento del producto financiero.

Debe notarse que la negativa al otorgamiento del producto financiero por el banco no considera una eventual situación de insolvencia del consumidor, sino la sola existencia de una deuda. Si bien es debatible que una deuda sea motivo para limitar la contratación con un consumidor que no necesariamente es insolvente desde una adecuada evaluación de la solvencia por el prestamista¹⁹, interesa remarcar la facilidad con que es posible crear un registro paralelo de deudores por el prestamista con información que no se condice con la realidad, al contener datos que no son actuales, y respecto de deudas previamente extintas.

En un segundo caso²⁰, el banco alega que utilizó un registro emanado de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras (SBIF), que contenía la deuda que posibilitó el rechazo del producto financiero, previamente descargada. Para una mejor comprensión, en uso de las facultades que le otorga el art 14 de la Ley General de Bancos (LGB), la Comisión para el Mercado Financiero (CMF) consolida y entrega información relativa a deudas comerciales de los consumidores a bancos e instituciones financieras.

El art. 1 LPVP hace aplicables sus disposiciones a instituciones públicas como privadas, siempre que efectúen un tratamiento de datos de carácter personal, entendiéndose por ello cualquier operación o complejo de operaciones o procedimientos técnicos, automatizados o no, que permitan recolectar, almacenar, organizar, comunicar o transmitir

¹⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, 04.05.2018, rol 1.356-2018, considerando noveno; confirmada por Sentencia de la Corte Suprema, 30.05.2018, rol 8.779-2018.

¹⁸ Corte de Apelaciones de Temuco, 04.05.2018, rol 1.356-2018, considerando décimo.

¹⁹ Respecto de la evaluación de la solvencia por parte del prestamista, GOLDENBERG, 2020, pp. 14 a 16; ALARCÓN, 2021c, en prensa.

²⁰ Corte Suprema, 17.12.2018, rol 15.516-2018.

datos de carácter personal, o utilizarlos en cualquier forma²¹. Como órgano público, la SBIF (actual CMF) está sometida a la LPVP, especialmente al art. 6, que obliga a eliminar o cancelar datos cuando su almacenamiento carezca de fundamento legal o hayan caducado, esto es, cuando pierden actualidad por disposición de la ley o por el cambio de los hechos o circunstancias que consigna, como sucede en el caso en que opera la descarga de la deuda respecto de una obligación determinada. De igual forma, le es aplicable el art. 9, que exige exactitud, actualización y veracidad en la información tratada.

Establecido lo anterior, si bien según el punto 5 del Capítulo 18-5 de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF (RAN) podría existir responsabilidad para el que entrega información sobre deudas no pagadas que no se ajuste a la entera y clara verdad, y a pesar de que en el párrafo segundo la Superintendencia se exime de responsabilidad declarando que solo efectúa una refundición de los datos que le son entregados²², lo cierto es que al recopilar, organizar y comunicar la información que le entregan las instituciones fiscalizadas incurre en tratamiento de información incorrecta cuando en los registros se contienen deudas extintas. La crítica también es extensiva a los bancos e instituciones financieras, que entregan la información de sus deudores a la Superintendencia para su tratamiento.

El considerando décimo de la sentencia plantea que

“En estas circunstancias en que, atendido el término del procedimiento de liquidación la condición de deudor del recurrente no se encontraba, a la fecha en que solicitó la apertura de la cuenta corriente al recurrido, “establecida de un modo formalmente incuestionable” –como exige el capítulo 18-5 [RAN]– procedía que la información cuestionada fuera excluida o al menos suspendida de dicho registro. Ello por cuanto al tenor del artículo 6 [LPVP] el dato en cuestión adquirió al menos la categoría de dudoso”.

Sin embargo, aunque la LPVP faculta a la persona del consumidor, antiguo deudor, para solicitar la eliminación de información caduca, ni tal ley ni la LGB contemplan mecanismos que obliguen coactivamente a la CMF o a las instituciones bancarias o financieras a respetar la obligación de eliminar de sus registros datos no verídicos o caducos²³.

²¹ Art. 2 o), LPVP.

²² Apartado 5, párrafo segundo, Capítulo 18-5 RAN.

²³ Solo si la persona reclama y la institución retarda la eliminación de los datos ordenada por el tribunal el art. 16 LPVP establece una multa de 1 a 50 UTM, manifiestamente baja. ÁLVAREZ, 2016, p. 53, critica la falta de utilización del procedimiento por lo largo y costoso, y en pp. 56 ss. da cuenta de doctrina partidaria por una regulación que cuente con un órgano autónomo que fiscalice y sancione conductas atentatorias a la ley.

III. EL REGISTRO DE DEUDORES CONCURSALES EN ORDENAMIENTOS COMPARADOS

A continuación se da a conocer brevemente la experiencia española y alemana de registro de información concursal del deudor, que por las diferencias que presentan entre sí, permiten establecer ciertas bases comparativas que permitirán, en el apartado siguiente, valorar críticamente las consecuencias que el tratamiento de cierta información presenta para el interés del deudor de lograr un alivio.

1. *Las anotaciones de exoneración de la deuda en el modelo español*

Como uno de los requisitos para apreciar la buena fe del deudor de cara a la obtención de una descarga del pasivo insatisfecho en la forma de exoneración aplazada mediante un plan de pagos, el antiguo art. 178 bis.3.5º.v) Ley Concursal española (LC) ordenaba la aceptación expresa del deudor de que la obtención de la descarga se haría constar en una sección especial del Registro Público Concursal por el plazo de cinco años. La anotación permanecería por el plazo de cinco años posteriores a la concesión definitiva de la descarga de la deuda en virtud del párrafo primero del artículo 178 bis.8 LC. El actual art. 499.3 del Texto Refundido de la Ley Concursal (TRLR), aunque establece que la exoneración definitiva otorgada al deudor en la forma aplazada será inscrita en el Registro Público Concursal, no establece plazo máximo para la inscripción.

El antiguo art. 178 bis LC permitía interpretar que los requisitos para la exoneración eran copulativos a las formas contempladas en la ley, con lo que la exigencia planteada era aplicable tanto para la exoneración directa sin plan de pagos como para la forma aplazada por medio del plan de pagos²⁴. El TRLR actual no contempla, ni como requisito de acceso, ni como efecto de la descarga, la inscripción de su otorgamiento en el Registro de Público Concursal para el caso de que el deudor pueda acogerse a la forma directa de exoneración contemplada de los arts. 487 al 492 TRLR.

Es criticable que la norma establezca la exigencia solo para deudores que han obtenido la descarga de manera aplazada y luego de haber pasado por un periodo de buena conducta²⁵, cuando la única diferencia con la forma directa es que en esta el deudor ha pagado un porcentaje mínimo a sus acreedores para obtener la descarga. Además, el texto vigente no establece un periodo máximo en el que la información de los deudores permanecerá en el Registro Público Concursal. Ello implica un grado importante de incertidumbre jurídica para deudores personas naturales que, de cara a las pretensiones de reactivar su vida económica con posterioridad a la obtención de la exoneración, no pueden optar por la forma directa, que el TRLR considera régimen general.

²⁴ Entendiendo que la exigencia es aplicada solo al caso de exoneración por un plan de pagos, PULGAR, 2015; CUENA, 2016, pp. 118 y 119.

²⁵ Sobre el plan de pagos como periodo de buena conducta, ALARCÓN, 2020, pp. 187 a 190.

La justificación que tuvo el legislador español para establecer el requisito de inscripción de la exoneración es la protección de los intereses de los acreedores. Ello se comprende a partir de la exposición de motivos de la antigua LC y la historia de la ley en torno a la introducción de la descarga en el ordenamiento español²⁶. Como expresaba la antigua norma del art. 178 bis.3.5º.v) LC, únicamente tendrían acceso a esta información las personas que tuvieran interés legítimo en averiguar la situación del deudor, entendiéndose que tienen interés “quienes realicen una oferta en firme al deudor ya sea de un crédito o de cualquier otra entrega de bienes o prestación de servicios, que tenga que ser remunerada o devuelta por este y que esté condicionada a su solvencia”.

2. *Las anotaciones de denegación y revocación de la descarga en el modelo alemán*

Mediante la § 303a, la reforma de la InsO de 2014 estableció que la denegación o revocación del alivio de la deuda será incluido en los sistemas de información de créditos de la *Schutzgemeinschaft für allgemeine Kreditsicherung* (SCHUFUFA)²⁷. El registro mantiene por un periodo de tres años la información relativa a una denegación o revocación del alivio de la deuda respecto de un deudor que ha sido parte en un procedimiento concursal²⁸.

El fundamento considerado por el legislador alemán para instaurar el registro fue la protección del interés de los acreedores, bajo el entendido de que por medio del conocimiento de la denegación o revocación del alivio de la deuda, podrían efectuar una más adecuada evaluación de la solvencia crediticia a la hora de otorgar crédito²⁹.

En la redacción del proyecto original se ha planteado que existía la idea de que debido a que el riesgo de recurrencia en la insolvencia se encuentra sobre todo respecto de deudores deshonestos que buscan obtener préstamos que luego no pueden o no quieren pagar, los redactores del proyecto habrían asumido que todo deudor es típicamente deshonesto³⁰; razón que habría justificado acciones para proteger los intereses de los futuros acreedores. Luego, entendiéndose que el procedimiento debe otorgar alivio a todo deudor honesto³¹, la perspectiva descrita presentaba una contradicción con los objetivos originalmente considerados por el legislador a la hora de implementar la reforma del procedimiento concursal de la persona física en 2014³².

La contradicción entre los objetivos idealmente planteados por el legislador y la regulación finalmente lograda con la § 303a InsO se presenta además respecto de la pretendida disminución del tiempo para un alivio. Así, se ha criticado que si el legislador pretendió promover el emprendimiento mediante la disminución del tiempo de

²⁶ Exposición de Motivos de la LC, II, párrafo tres, p. 6; Intervención del Ministro de Economía y Competitividad en DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, cit., p. 17.

²⁷ PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, BT-DRUCKS. 17/11268, p. 33.

²⁸ HOFMEISTER, 2014, p. 251; SCHMERBACH, 2012, p. 58.

²⁹ BT-DRUCKS. 17/11268, p. 33. En tal contexto, SCHMERBACH, 2012, p. 58.

³⁰ BECK, 2012, p. 230.

³¹ BT-DRUCKS. 17/11268, p. 1.

³² PAPE, 2012, p. 153; BECK, 2012, p. 230.

duración de los procedimientos concursales de la persona natural para devolverla más rápidamente a una situación de vida digna³³, ello no se logra en la práctica, porque un efectivo alivio de la deuda no llega sino hasta pasados tres años posteriores al término del procedimiento concursal³⁴.

IV. LA PRIVACIÓN DE UN EFECTIVO ALIVIO PARA EL DEUDOR

Más allá del objetivo de proteger los intereses de los acreedores, en la práctica, el registro concursal de deudores adquiere una connotación negativa³⁵. Debido a que el procedimiento concursal se califica como una consecuencia del problema de la insolvencia³⁶, se aprecia al deudor como una persona potencialmente riesgosa, a pesar de cumplir sus obligaciones y ser beneficiado con una descarga de la deuda³⁷. Ello se constituye en una discriminación arbitraria³⁸ que, repercutiendo negativamente en sus pretensiones de obtención de crédito, significa una limitación de sus posibilidades de vida digna³⁹.

Si bien podría estimarse que la necesidad de registrar antecedentes de un procedimiento concursal o su resultado se justifica en la consideración de que una limitación al principio de responsabilidad patrimonial universal debe ir acompañado de un mayor flujo de información financiera del deudor, lo que fomenta la competencia financiera para ofrecer mejores tipos de interés a los clientes⁴⁰ y supone un control del sobreendeudamiento de los particulares⁴¹, la experiencia comparada permite criticar el plazo, contenido y forma del registro establecido en nuestra legislación.

El plazo de cinco años que establecía la antigua LC española parecía excesivamente largo en comparación a los tres años que contempla el procedimiento alemán, en el que, aún con tal extensión, fue criticada la consecuencia desfavorable que la anotación de la descarga en un registro conllevaba para las pretensiones de alivio del deudor. Desde esta consideración, la incertidumbre jurídica que entrega el modelo nacional, que no establece un plazo máximo en el que permanecerá la información del deudor en los registros⁴², se equipara a la actual regulación del TRLC español. En este contexto, tanto el Reglamento europeo de protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos

³³ BT-DRUCKS. 17/11268, p. 1.

³⁴ PAPE, 2012, pp. 153 y 154. Dando ejemplos, BECK, 2012, p. 226 y PAPE, 2012, pp. 153 y 154.

³⁵ HENNING, 2014b, p. 222.

³⁶ HOFMEISTER, 2014, p. 251.

³⁷ PAPE, 2012, p. 154.

³⁸ HENNING, 2014b, p. 222.

³⁹ Ejemplificando con el modelo alemán, BECK, 2012, pp. 229 y 230. En este mismo sentido, HENNING, 2014b, p. 222 y HOFMEISTER, 2014, p. 251, HENNING, 2014a, p. 14.

⁴⁰ En este sentido, MILLER, 2000, p. 3; FERRETTI, 2013, pp. 794 ss.

⁴¹ SENENT, 2015, pp. 5 y 7.

⁴² El art. 18 LPVP establece que luego de cinco años no podrán comunicarse los datos, pero no establece su eliminación de los registros.

personales y su libre circulación⁴³, como la LPVP⁴⁴, solo contemplan la posibilidad de que la propia persona inste la supresión de los datos en los casos que, por ejemplo, sean caducos o en que la fundamentación para su mantenimiento haya desaparecido, en lo que se denomina en el Reglamento como el derecho al olvido.

La justificación de lo anterior se encuentra en el derecho de autodeterminación informativa, que implica la posibilidad de controlar el flujo de información⁴⁵ que a la persona concierne, tanto en la recolección como posterior tratamiento y uso de datos personales, mediante ciertos derechos subjetivos como el consentimiento, el derecho de acceso y de restricción⁴⁶. Sin embargo, se ha señalado que la consideración del consumidor como un *homo oeconomicus*⁴⁷, sin tomar en consideración los problemas de analfabetismo o desconocimiento financiero, el sesgo del *statu quo*, problemas de autocontrol y el sobreoptimismo⁴⁸, tienen como consecuencia el desconocimiento del derecho que tiene de disputar errores de información de forma gratuita⁴⁹. La falta de plazo máximo y de una obligación eficaz para que el órgano que trata la información elimine registros negativos⁵⁰, implica el mantenimiento por tiempo indeterminado de la información vinculada a un procedimiento concursal y a la descarga de la deuda, lo que limita indefinidamente el derecho al alivio del deudor. Efectivamente, la multa establecida en el art. 16, para el caso de incumplimiento del art. 19 inciso 3, es manifiestamente baja, y solo procede luego de haber sido instado un procedimiento por reclamación del afectado. En este contexto, se ha señalado que la razón para limitar el tiempo de conservación de información negativa está en impedir que la misma continúe perjudicando al afectado durante su vida o por un periodo excesivamente largo⁵¹.

Asimismo, respecto del contenido y como se ha constatado, mientras el BC mantiene disponible al público toda información vinculada al concurso, los registros emanados de la CMF contienen información de deudores respecto de quienes ha operado la descarga de la deuda residual.

En el modelo alemán, la anotación en el registro concursal solo incluye la dene-gación o revocación de la exoneración, motivada por circunstancias en que el deudor ha incurrido en una maliciosa o manifiestamente negligente infracción de un deber en

⁴³ Artículo 17 del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 2016.

⁴⁴ Art. 12 inciso 3 LPVP.

⁴⁵ FERRETTI, 2013, p. 811.

⁴⁶ ROSTIÓ, 2015, p. 501; CONTRERAS y TRIGO, 2019, p. 71.

⁴⁷ OSOVSKY, 2013, pp. 884 y 899, plantea que el sistema actual prevé consumidores racionales, atentos y alertas. En igual sentido, GOLDENBERG, 2020, p. 7.

⁴⁸ Problemas también tratados por GOLDENBERG, 2020, pp. 8 ss.

⁴⁹ OSOVSKY, 2013, pp. 902, 905, 906, 910.

⁵⁰ ÁLVAREZ, 2016, pp. 62 y 63, da cuenta de la falta de cumplimiento por las instituciones de los derechos consagrados en la LPVP, que solo ha regulado el tratamiento de datos y no un derecho efectivo de los titulares a tener control sobre los mismos, lo que se produce por la inexistencia de un ente fiscalizador, de un procedimiento administrativo efectivo de reclamo y la falta de sanciones eficaces y disuasivas. De igual forma, CAMACHO, 2014, p. 81.

⁵¹ PASCUAL, 2017, p. 163.

detrimento de los intereses del procedimiento o de sus acreedores⁵². Por el contrario, el modelo nacional otorga un carácter negativo a la descarga de la deuda propiamente tal, al posibilitar el mantenimiento en un registro de una circunstancia que debe entenderse positiva para el deudor⁵³. Respecto del tema, considérese que, desde el punto de vista de la regulación concursal de la persona natural, la descarga de la deuda es una herramienta que manifiesta el contenido del principio del *fresh start* y posibilita el logro de la finalidad del procedimiento concursal de persona natural, otorgar alivio al deudor⁵⁴, entendido como el retorno del deudor a condiciones que implican volver a ostentar la capacidad para desarrollar libremente su personalidad y lograr el desarrollo de su familia⁵⁵.

El Mensaje del Proyecto de la Ley 20.720, criticando que las herramientas concursales existentes estaban dotadas “de una carga negativa que tiende a darle especialmente a la quiebra un tinte infamante que en definitiva dificulta en grado sumo al afectado su reinserción en la dinámica económica habitual”, daba cuenta que la nueva regulación fomentaría el uso de términos y frases que incentivarían un tratamiento técnico a los intervinientes, “que no verían afectado ni su prestigio ni su honra por el hecho de acogerse a la legislación pertinente”⁵⁶. Sin embargo, y de manera contraria, el registro del hecho del concurso o de la concesión de la descarga conlleva un trasfondo negativo⁵⁷ para los deudores, quienes sienten el estigma social del fracaso, pues son caracterizados, sin distinción y por tiempo indefinido en caso del modelo nacional (al que se suma el tiempo transcurrido durante el procedimiento concursal), como deudores respecto de quienes, a pesar de lograr una descarga de la deuda, es preciso tener cuidado y respecto de quienes eventualmente sería riesgoso otorgar crédito⁵⁸. En este contexto, respecto de la creación de perfiles a partir de la información recopilada, que pueden ser utilizados para causar un detrimento en la expectativa de una persona, se indica que la falta de control en el tratamiento de datos supone un peligro para los individuos⁵⁹.

Un impedimento para el logro de alivio representa para la persona y su familia una contradicción entre los objetivos impuestos socialmente, y esperados particularmente por el individuo, y los mecanismos jurídicos que el ordenamiento pone a su disposición para alcanzarlos⁶⁰. Constituyéndose el procedimiento concursal de la persona natural en mecanismo de *ultima ratio* para otorgar una solución definitiva al problema subyacente

⁵² Respecto de la denegación y revocación de la descarga, ALARCÓN, 2021b, pp. 323 ss. y 400 ss.

⁵³ En este sentido, y para el caso español, CUENA, 2016, pp. 119 y 120.

⁵⁴ ALARCÓN, 2021a, pp. 319 y 329.

⁵⁵ OSOVSKY, 2013, p. 887, plantea que el supuesto de que el comportamiento pasado es un predictor relativamente preciso del comportamiento futuro entra en conflicto con la idea de que las personas deben tener la oportunidad de reconstruir su reputación después de contratiempos pasados.

⁵⁶ Mensaje, Historia de la Ley 20.720, p. 10.

⁵⁷ BECK, 2012, p. 228.

⁵⁸ En el modelo español, concuerda CUENA, 2016, p. 68; CUENA, 2017, pp. 295 y 297.

⁵⁹ PASCUAL, 2017, p. 139.

⁶⁰ GARCÍA-PABLOS, 2014, pp. 790 y 791.

de la insolvencia de la persona natural⁶¹, que el mismo procedimiento imposibilite el logro de un real alivio impide el retorno del deudor a las circunstancias de vida que le permitan alcanzar un libre desarrollo de su personalidad y el de su desarrollo familiar, por tanto, alcanzar una vida digna⁶².

La discrepancia entre los objetivos perseguidos por el deudor en el procedimiento concursal y la ineptitud de los medios de que dispone para obtenerlos se traduce en un factor que genera tensión⁶³ incremental, que a su turno, y como consecuencia de la aparición de reacciones de malestar social y ante una falta de mecanismos de contención sociales y jurídicos⁶⁴, podrían derivar en la generación de conductas desviadas⁶⁵ o actos delictivos por parte de algunos individuos para afrontar el conflicto generado⁶⁶.

Considerando las fuentes de la tensión, a saber, la imposibilidad de alcanzar objetivos sociales positivos, la privación de gratificaciones que un individuo ya posee, espera poseer o que posea⁶⁷, y el sometimiento a situaciones negativas o adversas de las que no puede escapar⁶⁸, cada una se encuentran presentes en el deudor que, teniendo una situación de vida específica (que no necesariamente es sinónimo de buena) o en espera de una situación de vida que podemos catalogar como digna de acuerdo con cánones sociales y culturales, es sometido de manera inevitable a largos años de estigmatización, con una consecuente falta de desarrollo personal y familiar.

El carácter restrictivo que otorga a los procedimientos concursales la regulación de las anotaciones de la descarga en registros de deudores es manifestación de una percepción negativa de la persona natural insolvente. Siguiendo a alguna doctrina alemana⁶⁹, la visión que tendría el legislador a la hora de establecer tales reglas es la de un deudor despreocupado, negligente o imprudente, responsable de su situación de insolvencia. De allí que ciertos elementos característicos de la regulación concursal de la persona natural (como el tratado) se presenten restrictivos o privativos del interés del deudor por obtener un alivio efectivo⁷⁰.

Desde estas consideraciones, la configuración de un sistema concursal destinado a tratar el problema de la insolvencia se construye a partir de una caracterización o

⁶¹ Aunque no de manera expresa, se puede inferir de lo señalado por HERGENRÖEDER y HOMANN, 2013, p. 129.

⁶² Sobre el punto, ALARCÓN, 2021a, p. 338. En este contexto, BECK, 2012, p. 232.

⁶³ GIDDENS, 1998, p. 740.

⁶⁴ Como pudiera ser una asesoría integral, social y continua de la deuda. Acerca del tema, ALARCÓN, 2021b, pp. 174 ss.

⁶⁵ STEPHAN, 2012, p. 88.

⁶⁶ GARRIDO *et al.*, 2006, p. 233.

⁶⁷ Mayores detalles en GARRIDO *et al.*, 2006, p. 241..

⁶⁸ GARRIDO *et al.*, 2006, p. 241.

⁶⁹ BECK, 2012, pp. 226 y 228.

⁷⁰ Lo mismo sucede con el establecimiento de un periodo de buena conducta o *Wohlverhaltensperiode*; excepciones, motivos de denegación o causales de revocación de la descarga de la deuda injustificadas. Para una mayor comprensión, ALARCÓN, 2018, pp. 19 a 28; CABALLERO, 2018, pp. 158 y ss.; ALARCÓN, 2020, pp. 205 y ss.; ALARCÓN, 2021b, pp. 418 ss. y 445 ss.

etiqueta dada a los deudores personas naturales⁷¹. A partir de las consideraciones de la teoría del etiquetado o *labeling*, la situación de insolvencia, entendida con una connotación negativa, significa para el deudor ser considerado como un individuo que ha actuado de manera errónea, imprudente, negligentemente o desviada⁷², lo que justifica la configuración de un procedimiento concursal, o sistema de control y tratamiento⁷³, con un carácter represivo.

Ahora bien, el etiquetaje no solo afecta la forma en que un individuo es visto por los demás, sino que también influye en la idea que tiene de sí mismo⁷⁴, aceptando la etiqueta y convirtiéndola en algo esencial para su identidad personal, posibilitando que el comportamiento desviado continúe o se intensifique⁷⁵. El sometimiento del deudor a un contexto de estigmatización y escasez por largo tiempo, por tanto, la imposición de un contexto de privación de un real retorno a las circunstancias de vida que le permitan un desarrollo personal y familiar, influye en el reforzamiento de su autoconcepto de desviado, que facilita o posibilita una tendencia a la marginación y repetición de la conducta no querida⁷⁶, esto es, economía sumergida⁷⁷, situaciones de nueva insolvencia con probabilidad de asunción de deuda de manera irreflexiva o irresponsable, o en caso de acumulación de gran tensión, a situaciones delictuales de menor o mayor connotación⁷⁸.

V. DISIPANDO CONFUSIONES, PARA UNA ARMONIZACIÓN DE LA NORMATIVA

La LPVP posibilita la recolección de datos de carácter económico, financiero, bancario o comercial, incluyendo en esta categoría los datos patrimoniales negativos, como son los referidos a insolvencia, mora y protestos⁷⁹, cuando provengan de fuentes accesibles al público, sin el consentimiento de la persona⁸⁰. Desde el punto de vista del interés legíti-

⁷¹ Según GARRIDO *et al.*, 2006, p. 394, “[...] los mecanismos de aprender a ser desviado [...] suelen ser consumados por las propias instituciones que supuestamente tienen la finalidad de erradicar la desviación [...]”. De lo señalado por GARCÍA-PABLOS, 2014, p. 861, el carácter desviado de una conducta y su autor depende de ciertos procesos sociales de definición, que atribuyen a la misma tal carácter, y de selección, que etiquetan al autor como desviado.

⁷² De acuerdo con GIDDENS, 1998, p. 743, “según Becker, el ‘comportamiento desviado es aquel al que la gente cuelga esa etiqueta’”.

⁷³ En este sentido, GARRIDO *et al.*, 2006, p. 391.

⁷⁴ GIDDENS, 1998, p. 744.

⁷⁵ GIDDENS, 1998, p. 744.). GARCÍA-PABLOS, 2014, pp. 860 a 862. GARRIDO *et al.*, 2006, p. 392.

⁷⁶ BERNBURG y KROHN, 2003, p. 1289. En el modelo alemán, PAPE, 2012, p. 153, expresa que bajo la etiqueta de “mayor fortalecimiento de los derechos de los acreedores” se regulan nuevas reglamentaciones psicológicamente muy perjudiciales.

⁷⁷ En este sentido, BECK, 2012, p. 232.

⁷⁸ DICK, 2007, p. 126, da cuenta de la posible relación entre el sobreendeudamiento y la comisión de delitos. De igual forma, relacionando una falta de acceso al crédito con eventuales situaciones de ilegalidad, GOLDENBERG, 2020, p. 12.

⁷⁹ SANZ, 2013, p. 474.

⁸⁰ Art. 4 LPVP

mo⁸¹ que justifica esta regulación, el inciso segundo del art. 14 LGB plantea que “Con el objeto exclusivo de permitir una evaluación habitual de las instituciones fiscalizadas en virtud de la presente ley por firmas especializadas que demuestren un interés legítimo”, la CMF deberá darles a conocer la nómina de deudores de tales entidades, los saldos de sus obligaciones y las garantías que hayan constituido. Aunque el párrafo primero del punto 2 del Capítulo 18-5 RAN plantea que contraviene la intención del legislador incluir en un registro oficial de deudores información de personas respecto de quienes no aparece demostrado interés en exigirles el cumplimiento de sus obligaciones eficazmente, o de aquellas cuya condición de deudores no se encuentre establecida de un modo formalmente incuestionable, la justificación del establecimiento del registro no radica en la protección del consumidor, sino en la protección del interés de los acreedores, en la medida que la información posibilita valorar las aptitudes del deudor para cumplir obligaciones que eventualmente surjan con el otorgamiento de crédito⁸². Detrás de esta comprensión se encuentra el objetivo de favorecer una evaluación de la solvencia del deudor a efectos de conceder crédito⁸³ y resguardar el mercado del crédito⁸⁴.

Pero lo cierto es que la fórmula nacional en apartados anteriores descrita nada aporta al acreedor para valorar la solvencia actual del deudor, pues solo recibe información que le permitirá observar que en algún momento fue insolvente, no cumplió sus obligaciones, o que estuvo inmerso en un procedimiento concursal⁸⁵. Además, considerando que el modelo nacional no distingue si el deudor cayó en insolvencia mediando buena o mala fe contractual, o si la descarga de la deuda fue otorgada a un deudor de buena o mala conducta procedimental⁸⁶, se tiene que el hecho de la insolvencia, el haber sido deudor concursado, o el haber obtenido la descarga, a la vista del acreedor son apreciados de manera negativa. Pero esta apreciación no se relaciona con una objetiva valoración de la conducta de pago del deudor de cara a un nuevo crédito, sino que es subjetiva, que caracteriza a todo deudor sin distinguir si la insolvencia se debió a una conducta negligente o a circunstancias imprevisibles⁸⁷.

Como límite al tratamiento de datos en interés legítimo del responsable se encuentra el interés del titular, en la medida que un test de ponderación, en el que se preste atención al impacto de cualquier posible consecuencia del tratamiento, su forma, expectativas razonables del titular o el estatus del responsable y del titular, permita

⁸¹ Acerca del interés legítimo como justificación para el tratamiento de datos personales, dando cuenta de su plasmación en la LGB, CONTRERAS y TRIGO, 2019, pp. 74 ss. y 98.

⁸² De la justificación de entrega de información del prestatario para evaluar el riesgo financiero, MILLER, 2000, p. 3.

⁸³ Corroborado por el art. 1 Ley 20.575, 2012.

⁸⁴ ROSTIÓ, 2015, p. 500; CUENA, 2017, p. 287.

⁸⁵ En este sentido, TURNER y VARGHESE, 2010, p. 7.

⁸⁶ ALARCÓN, 2018, p. 34 ss.; CABALLERO, 2018, p. 162.

⁸⁷ Respecto del sobreendeudamiento activo y pasivo, ALARCÓN, 2018, pp. 28 ss.; CABALLERO, 2018, p. 137; BOZZO, 2020, p. 164.

determinar la prevalencia de los derechos de este⁸⁸. Con esta base, entendemos que el derecho al efectivo alivio se constituye en un interés legítimo del exdeudor (titular de los datos), que justifica la exigencia de reglas adicionales para evitar la afectación del derecho del consumidor.

Ahora bien, medidas que permitan prevenir el sobreendeudamiento y posterior insolvencia de las personas naturales deben considerar una evaluación de la solvencia del futuro deudor por el prestamista⁸⁹. En este contexto, el impacto de estas medidas preventivas a partir de la actividad del mercado del crédito⁹⁰ se vincula estrechamente con la información crediticia de las personas naturales a la que pueden acceder los prestamistas para evaluar el riesgo crediticio⁹¹. Si bien el tema de la evaluación de la solvencia se ha abordado en otros trabajos⁹², por espacio y atendido al objetivo del presente, me referiré brevemente a los registros de solvencia positivos⁹³ como herramienta para valorar la solvencia del futuro deudor⁹⁴.

Los sistemas de información crediticia son registros o bases de datos que suministran información respecto de la conducta crediticia de una persona⁹⁵, por medio de la reunión de datos financieros de consumidores por terceros que los recopilan, procesan y transfieren a prestamistas para valorar su confiabilidad financiera⁹⁶. A diferencia de los registros de solvencia negativos, que consideran los incumplimientos de una persona, los registros positivos consideran los recursos con los que cuenta, nivel de endeudamiento y capacidad de pago que presenta y su comportamiento de cumplimiento de obligaciones⁹⁷. En nuestro país, en el ámbito privado, el Informe Dicom Platinum 360 Equifax, en el ítem de comportamiento financiero, solo contiene información relativa a impagos, morosidades y protestos. Por su parte, en el ámbito público⁹⁸, por aplicación del art. 14 LGB complementado por el Capítulo 18-5 RAN, la información enviada por bancos e instituciones financieras a la CMF contiene datos de deudas de cualquier

⁸⁸ Explicando con detalle el punto, CONTRERAS, 2019, pp. 79 ss.

⁸⁹ De igual manera, GOLDENBERG, 2020, p. 15; BOZZO, 2020, p. 176.

⁹⁰ Si bien existen diversas causas del sobreendeudamiento del consumidor, una constatada son las prácticas blandas o irresponsables de otorgamiento de crédito. Así, RUZ, 2017, p. 502; BOZZO, 2020, p. 164; ALARCÓN, 2021c, en prensa.

⁹¹ ANIDJAR y MIZRAHI-BOROHOVICH, 2020, p. 180; CUENA, 2014, p. 2. En contra y planteando otras prioridades, FERRETTI, 2013, pp. 815 y 816.

⁹² Por todos, ALARCÓN, 2021c, en prensa.

⁹³ Sobre su impacto para la noción de crédito responsable y las consecuencias de los registros negativos, CUENA, 2011, pp. 43 y ss.; CUENA, 2014, pp. 9 y ss.; CUENA, 2016, pp. 121 y 122.

⁹⁴ CUENA, 2014, p. 9.

⁹⁵ PASCUAL, 2017, p. 122, CUENA, 2017, p. 286, indica que introduce criterios cualitativos en la evaluación de solvencia.

⁹⁶ ANIDJAR y MIZRAHI-BOROHOVICH, 2020, p. 180. Sobre algunas justificaciones, TURNER y VARGHESE, 2010, p. 5; CUENA, 2017, pp. 285 y 331.

⁹⁷ MILLER, 2000, p. 4; CUENA, 2014, p. 10; PASCUAL, 2017, pp. 149 y 150; CUENA, 2017, pp. 296 y 298; BOZZO, 2020, p. 174.

⁹⁸ Una descripción de registros crediticios públicos y privados en MILLER, 2000, p. 10 y FERRETTI, 2013, pp. 800 ss.; PASCUAL, 2017, p. 147.

magnitud⁹⁹, pero los cumplimientos solo son conocidos por la institución del cliente. Por su parte, el art. 9 inciso 3 LPVP incentiva el uso de datos negativos de cara a una valoración del riesgo comercial, al prohibir la realización predicciones o evaluaciones de riesgo comercial que “no estén basadas únicamente” en información objetiva relativa a morosidades o protestos de personas naturales de las que se informa.

Los registros crediticios positivos posibilitan que los acreedores valoren adecuadamente el riesgo financiero de sus futuros deudores, sin estigmatizar el incumplimiento¹⁰⁰ y fomentando el cumplimiento¹⁰¹; permitiendo distinguir entre deudores sin impagos y deudores solventes¹⁰², debido a que brindan una imagen de la solvencia donde figura el historial de cumplimiento, uso de tarjetas de crédito sin incidencias y niveles de endeudamiento global del consumidor¹⁰³. Desde esta consideración, la finalidad de protección del interés de pago de los prestamistas es cumplida por un sistema de información que considera la conducta de cumplimiento del consumidor y que permite valorarla objetivamente¹⁰⁴ en una adecuada evaluación de solvencia¹⁰⁵.

Los aspectos favorables de un sistema de información positiva son: disminución de posibilidades de selección adversa, esto es, otorgar crédito a quien en principio parece merecerlo cuando en realidad no es así, o denegación o adecuación de un crédito a quien se lo merece, lo que aumenta el acceso al crédito ajustado para segmentos sociales más necesitados¹⁰⁶; evita situaciones de riesgo moral¹⁰⁷; permite que el prestamista pueda hacer una oferta de crédito adecuada a la situación particular del futuro cliente, impidiendo que los riesgos de la concesión del crédito sean trasladados a otros prestatarios mediante el aumento del costo¹⁰⁸; favorece la predisposición del prestamista a renegociar los términos del contrato¹⁰⁹; finalmente, posibilita un mayor control del sistema financiero y facilita la exigencia de responsabilidad por concesión abusiva de crédito¹¹⁰, ya que el método entrega criterios para la concesión de crédito de manera responsable¹¹¹.

⁹⁹ MILLER, 2000, pp. 11 a 13, explica que una mayor cantidad de datos complica la gestión, registro y el análisis, siendo probable que los datos de préstamos pequeños incluyan errores, que reduce la calidad general de la información registrada; lo que perjudicaría al deudor.

¹⁰⁰ BOZZO, 2020, p. 175, considera que los ficheros de solvencia negativos estigmatizan al deudor que por circunstancias imprevisibles incumple.

¹⁰¹ En este sentido, PASCUAL, 2017, p. 127.

¹⁰² CUENA, 2017, p. 296.

¹⁰³ CUENA, 2014, p. 10.

¹⁰⁴ De la necesidad de objetividad, GOLDENBERG, 2020, p. 16.

¹⁰⁵ En este sentido, CUENA, 2011, pp. 36.

¹⁰⁶ CUENA, 2017, p. 310; ANIDJAR y MIZRAHI-BOROHOVICH, 2020, p. 182; TURNER y VARGHESE, 2010, p. 19, aportando antecedentes para la apertura del crédito a grupos con ingresos bajos, minorías étnicas, jóvenes y mujeres.

¹⁰⁷ TURNER y VARGHESE, 2010, p. 22.

¹⁰⁸ ANIDJAR y MIZRAHI-BOROHOVICH, 2020, p. 181. De la disminución de tasas de interés promedio, TURNER y VARGHESE, 2010, pp. 22 y ss.

¹⁰⁹ ANIDJAR y MIZRAHI-BOROHOVICH, 2020, p. 183.

¹¹⁰ CUENA, 2014, p. 12.

¹¹¹ ANIDJAR y MIZRAHI-BOROHOVICH, 2020, p. 182.

Frente a la idea de los registros positivos, y cumpliendo también una función preventiva de conductas abusivas de parte de deudores, surge la necesidad de contar con información que determine su buen comportamiento desde el punto de vista del cumplimiento de obligaciones. A partir de ello, y en el ámbito concursal, considerando la disparidad de tipos de deudores existentes¹¹² y que la insolvencia de las personas naturales no se produce necesariamente por un sobreendeudamiento activo o una mala fe contractual¹¹³, se requiere una diferenciación que permita apreciar casos en que los deudores, a pesar del incumplimiento, no tienen culpa en su estado de insolvencia. Así, si se pretende incorporar a los registros circunstancias que objetivamente den cuenta de una conducta reprochable del deudor concursado, debe considerarse que, como en el modelo alemán, circunstancias en las que el deudor no ha podido ingresar al procedimiento, o en que la descarga ha sido denegada o revocada, dicen relación con una efectiva mala conducta previa al procedimiento concursal (mala fe contractual), o una mala conducta durante el procedimiento concursal o en un tiempo determinado con posterioridad al mismo (mala conducta procedimental). Solo estos casos, constatados fácilmente por el juez del concurso, justificarían su inclusión en registros de solvencia en que exista información negativa como positiva.

Lo anterior, sin embargo, requiere de una adecuada regulación legal de la buena fe contractual y buena conducta procedimental en el procedimiento concursal, cuestión respecto de la que si bien nuestra legislación se encuentra en deuda¹¹⁴, debe trabajarse con miras al cumplimiento de la finalidad del procedimiento concursal de la persona natural, otorgar un efectivo alivio al deudor¹¹⁵. De igual forma, por contribuir a este fin, y aunque no es el objetivo del presente trabajo, la vinculación entre la utilización de información crediticia del deudor y el derecho a la privacidad, exige una regulación protectora del consumidor respecto del tratamiento de información por organismos públicos y privados, por medio de una obligación de informarles su inclusión en registros en caso de que ello proceda con fundamento en el interés legítimo, concretándose los límites del uso de la información en relación con una expresa finalidad y estableciéndose plazos obligatorios de expiración de los datos¹¹⁶.

¹¹² GOLDENBERG, 2017, pp. 70 ss.; ALARCÓN, 2021b, pp. 122 ss. y 148 ss.

¹¹³ STEPHAN, 2012, p. 86; ALARCÓN, 2018, p. 17; CABALLERO, 2018, p. 137; GOLDENBERG, 2020, pp. 3 y 11; RUZ, 2017, pp. 487 y 488.

¹¹⁴ En este sentido, CABALLERO, 2018, p. 162; ALARCÓN, 2018, p. 10 ss.

¹¹⁵ De la buena fe en el procedimiento concursal de persona natural, ALARCÓN, 2021b, pp. 315 ss.

¹¹⁶ TURNER y VARGHESE, 2010, p. 28.

VI. CONCLUSIONES

A nivel nacional se constata la existencia de registros de deudores que son o han sido parte en un procedimiento concursal, que perjudican el interés del deudor de lograr un efectivo alivio. Por un lado, el Boletín Concursal actúa como un tácito registro público de deudores en concurso y, por otro, la información de deudas de personas naturales recolectada por las instituciones financieras y tratada por la CMF contiene información caduca, al mantener entre sus datos deudas descargadas en el concurso. Ambos registros permiten al acreedor caracterizar negativamente y de forma subjetiva a los consumidores de cara al otorgamiento de un nuevo crédito. Luego, la normativa de protección de datos no contiene mecanismos de protección adecuados para deudores que han sido parte en un procedimiento concursal, para limitar el mantenimiento de información por las entidades financieras, relativa a su concurso, a la descarga o deudas descargadas.

A pesar de haber concluido satisfactoriamente el concurso, el mantenimiento de información por tiempo indefinido, y la introducción y posterior utilización de información caduca en los registros, limita el derecho al alivio de los deudores que, tras el procedimiento, esperan obtener el anhelado nuevo comienzo.

Ante los problemas del modelo nacional y la necesidad de resguardar el interés del acreedor frente al riesgo de incumplimiento, se requiere reconocer el subyacente interés del deudor persona natural por un nuevo comienzo y un reequilibrio de ambos mediante mecanismos que los promuevan. El objetivo del registro de deudores con información del concurso es posible de lograr con un registro crediticio que contenga información positiva, que permita al acreedor evaluar el riesgo crediticio, pero valorando elementos objetivos de cumplimiento del consumidor. Ello incentivaría una desestigmatización de la insolvencia y el incumplimiento, fomentaría una valoración adecuada de la solvencia del deudor, incentivaría la cultura de pago y una concesión responsable del crédito; lo que en definitiva promovería el logro de un efectivo alivio para la persona natural.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Miguel, 2018: “La deuda por obligación constituida a través de crédito con aval del estado no constituye excepción al discharge en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 31.
- ALARCÓN, Miguel, 2020: “La naturaleza del periodo de buena conducta en el concurso de la persona física”, *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 50.
- ALARCÓN, Miguel, 2021a, “El principio del *fresh start* como exigencia normativa derivada de la dignidad humana”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía y Derecho*, Nº 44.
- ALARCÓN, Miguel, 2021b: *El concurso de la persona natural. Cuestiones dogmáticas*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- ALARCÓN, Miguel, 2021c: “El deber de evaluación de la solvencia del deudor persona natural por el prestamista y su necesaria implementación en el ordenamiento jurídico chileno. Propuesta interpretativa para su reconocimiento”, en Isler, Erika (directora), *GPS de Derecho de Consumo*, Editorial Tirant lo Blanch, en prensa.

- ALVARADO, Francisco, 2014: "Las fuentes de acceso público a datos personales", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 3, N° 2.
- ÁLVAREZ, Daniel, 2016: "acceso a la información pública y protección de datos personales. ¿puede el consejo para la transparencia ser la autoridad de control en materia de protección de datos?", *Revista de Derecho UCN*, Año 23, N° 1.
- ANIDJAR, Leon y MIZRAHI-BOROHOVICH, Inbar (2020) "Reinventing credit data sharing regulation", *Southern California Interdisciplinary Law Journal*, Vol. 9, N° 2.
- BAEZA, Gonzalo, 2013: *Derecho Concursal Chileno*, Tomo II, Santiago: Thomson Reuters.
- BECK, Frank, 2012: "Der Referentenentwurf zur Reform des Insolvenzrechts vom 18.1.2012 aus Schuldnerperspektive", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6
- BERNBURG, Jon y KROHN, Marvin, 2003: "Labeling, life chances, and adult crime: the direct and indirect effects of official intervention In adolescence on crime In early adulthood", *Criminology*, N° 41.
- BOZZO, Sebastián, 2020: "Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXIII, N° 1.
- CABALLERO, Guillermo, 2018: "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", *Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 3.
- CAMACHO, Gladys, 2014: "La protección de datos como frontera del derecho de acceso a la información en la legislación chilena", *Revista de Gestión Pública*, Vol. III, N° 1.
- CONTRERAS, Pablo y TRIGO, Pablo, 2019: "Interés legítimo y tratamiento de datos personales: antecedentes comparados y regulación en Chile", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Vol. 8, N° 1.
- CUENA, Matilde, 2011: "Fresh start y mercado crediticio", *InDret*, N° 3.
- CUENA, Matilde, 2014: "Préstamo responsable, información crediticia y protección de datos personales", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, N° 20, Editorial Wolter Kluwer (Smarterca).
- CUENA, Matilde, 2016: "La exoneración del pasivo insatisfecho", en Prats, Lorenzo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Mecanismo de Segunda Oportunidad*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- CUENA, Matilde, 2017: "Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito", en Cuena, Matilde (directora) *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- DICK, Judith, 2007: "Versagungsgründe - aktuelle Rechtslage und Neuregelung durch den Referentenentwurf 2007", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3.
- FERRETTI, Federico, 2013: "The Legal Framework of Consumer Credit Bureaus and Credit Scoring in the European Union: Pitfalls and Challenges - Overindebtedness, Responsible Lending, Market Integration, and Fundamental Rights", *Suffolk University Law Review*, Vol. XLVI, N° 3.
- GARCÍA-PABLOS, Antonio, 2014: *Tratado de criminología*, (5ª edición), Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.
- GARRIDO, V., STANGELAND, P. y REDONDO, S., 2006: *Principios de criminología*, Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.
- GIDDENS, Anthony, 1998: *Sociología*, Madrid: Editorial Alianza.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2017: "El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad", *Revista de Derecho PUCV*, XLIX, N° 2.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2020: "El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional", *Ius et Praxis*, Vol. 26, N° 1.

- HENNING, Kai, 2014a: "Die Änderungen in den Verfahren der natürlichen Personen durch die Reform 2014", en *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 1.
- HENNING, Kai, 2014b: "Die Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens gem. § 300 InsO n.F. – aus Schuldnersicht", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6.
- HERGENRÖEDER, Curt y HOMANN, Carsten, 2013: "Die Reform der Verbraucherentschuldung: Plädoyer für eine Neuorientierung", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4.
- HOFMEISTER, Klaus, 2014: "Insolvenzrechtsreform 2014: Kein Hinkelstein, aber jede Menge Schotter im Detail", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 6.
- HOWARD, Margaret, 1987: "A theory of discharge in consumer bankruptcy", *Ohio State Law Journal*, Vol. 48, Nº 4.
- INFORME Dicom Platinum 360 de Equifax. Disponible en: https://sec.equifax.cl/compraonline/pdf/muestra_informe_dicom_platinum_360.pdf
- LETURIA, Francisco, 2018: "La publicidad procesal y el derecho a la información frente a asuntos judiciales. Análisis general realizado desde la doctrina y jurisprudencia española", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 45, Nº 3.
- MILLER, Margaret, 2000: *Credit reporting systems around the globe: the state of the art in public and private credit registries*. Disponible en: https://development-data-hub-s3-public.s3.amazonaws.com/ddhfiles/140745/credit_reporting_systems_around_the_globe_0.pdf
- OSOVSKY, Adi, 2013: "The misconception of the consumer as a homo economicus: a behavioral-economic approach to consumer protection in the credit-reporting system", *Suffolk University Law Review*, Vol. 46, Nº 3.
- PASCUAL, Pablo, 2017: "Definición, funciones y estructura de los sistemas de información crediticia. El impacto del reglamento general de protección de datos de la Unión Europea", en Cuenca, Matilde (directora) *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Navarra: Editorial Thomson Reuters Aranzadi.
- PAPE, Gerhard, 2012: "Verbraucherinsolvenz 2012 – gefühlter und tatsächlicher Reformbedarf", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 4.
- PULGAR, Juana, 2015: "Acuerdos extrajudiciales de pago, PYMES y mecanismos de segunda oportunidad", *Diario La Ley*, Nº 8538, Ref. D-188.
- ROSTIÓN, Ignacio, 2015, "Sobre la Ley de Protección de la Vida Privada: La importancia de una "fuente legal" y su aplicación en las Personas Jurídicas", *Ius et Praxis*, Vol. 21, Nº 2.
- RUBIO, Pedro, 2016: "Segunda oportunidad o nueva oportunidad perdida en la Ley Concursal", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 24, Editorial Wolter Kluwer (Smarteca).
- RUZ, Gonzalo, 2017: *Nuevo derecho concursal chileno*, Tomo I, Santiago, Thomson Reuters.
- SANZ, Francisco, 2013: "Solicitud de acceso a la información y tutela de los datos personales de un tercero", *Revista de Derecho PUCV*, XLI, 2º semestre.
- SCHMERBACH, Ulrich, 2012: "Änderungen in Insolvenzverfahren natürlicher Personen – Der Regierungsentwurf vom 18. 7. 2012", *VIA - Verbraucherinsolvenz aktuell*, Heft 8.
- SEMENT, Santiago, 2015: "El nuevo régimen de exoneración de deudas tras el RDL 1/2015", *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Nº 23, Editorial Wolter Wkuwer (Smarteca).
- STEPHAN, Guido, 2012: "Stellungnahme zum Referentenentwurf eines Gesetzes zur Verkürzung des Restschuldbefreiungsverfahrens, zur Stärkung der Gläubigerrechte und zur Insolvenzfestigkeit von Lizenzen", *ZVI - Zeitschrift für Verbraucher- und Privat-Insolvenzrecht*, Heft 3.
- TURNER, Michael y VARGHESE, Robin, 2010: "The economic consequences of consumer credit information sharing: efficiency, inclusion, and privacy", Background Paper Nº 2, The Economics of Personal Data and Privacy: 30 Years after the OECD Privacy Guidelines. Disponible en: <http://www.oecd.org/digital/ieconomy/46968830.pdf>

Normas jurídicas citadas

CAPÍTULO 18-5 de Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF, relativo a Información sobre deudores de las instituciones financieras.

DISCUSIÓN EN SESIÓN DE CONVALIDACIÓN O DENEGACIÓN DEL RDL 1/2015, Sesión Plenaria N° 250, Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, Pleno y Diputación Permanente, N° 267, año 2015.

HISTORIA de la Ley N° 20.720, que sustituye el régimen concursal vigente por una ley de reorganización y liquidación de empresas y personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, Biblioteca del Congreso Nacional. Disponible en: http://www.bcn.cl/historiadelailey/fileadmin/file_ley/4343/Pdf/Dossier/HLD_4343_dossier5674b2fe3b02aafa0af97e1d68f6efe6.pdf.

LEY 19.628, Protección de la vida privada, publicada el 28 de agosto de 1999.

LEY 20.575, Establece el principio de finalidad en el tratamiento de datos personales, publicada el 17 de febrero de 2012.

LEY 20.720, Sustituye el régimen concursal vigente por una ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, y perfecciona el rol de la Superintendencia del ramo, publicada el 09 de enero de 2014.

LEY 22/2003, de 09 de julio, Concursal. Boletín Oficial del Estado, núm. 164, de 10 de julio de 2003.

PROYECTO DE LEY DE REFORMA DE LA INSO DE 2012, DEL GOBIERNO FEDERAL PARA EL ACORTAMIENTO DEL PROCEDIMIENTO DE ALIVIO DE LA DEUDA Y FORTALECER LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES, DEUTSCHER BUNDESTAG - DRUCKSACHE 17/11268, de 31 de octubre de 2012, BT-DRUCKS. 17/11268.

REGLAMENTO (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

Jurisprudencia citada

CORTE de Apelaciones de Temuco, sentencia de 4 de mayo de 2018, rol 1.356-2018.

CORTE Suprema, sentencia de 17 de diciembre de 2018, rol 15.516-2018.

CORTE Suprema, sentencia de 30 mayo de 2018, rol 8.779-2018.

La Ley 19.886 de 2003, como posible Ley Marco para la contratación administrativa chilena

*Enrique Rajevic Mosler**

RESUMEN

Este trabajo examina críticamente la variedad de regímenes de contratación administrativa en Chile y entrega argumentos para reformar la Ley 19.886, de 2003, y transformarla en un marco básico o general para la contratación administrativa chilena.

Contratación administrativa; Ley de Bases; Gestión Pública

Law 19.886 (2003) as a general framework for chilean administrative contracts

ABSTRACT

This paper critically examines the variety of administrative contracting regimes in Chile and provides arguments to reform Law 19,886 of 2003, and to transform it into a basic or general framework for administrative contracts in Chile.

Administrative contracting; Law of Bases; Public Management

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Chile. ORCID: 0000-0002-7856-0919. Correo electrónico: erajevic@uahurtado.cl

Este artículo fue recibido el 30.4.2020 y aceptado para su publicación el 21.1.2021.

I. LA IDEA DE UNA LEY GENERAL DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EN EL ORIGEN DE LA LEY 19.886, DE 2003

Distintos impulsos confluyeron para que el Ejecutivo remitiera al Congreso Nacional, en octubre de 1999, el proyecto que, finalmente, sería la Ley 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios (LBCASPS). El primero vino de la Comisión Nacional de Ética Pública, que en 1994 alertó acerca del peligro de corrupción que rondaba la contratación pública y la heterogeneidad de las normas existentes "...diseminadas en distintos instrumentos legales...", con merma de su "...unidad, homogeneidad y coherencia". La solución propuesta era dictar una ley marco respecto de contratos y licitaciones del Estado que asegurase "...la transparencia, objetividad, imparcialidad, certidumbre del cumplimiento contractual y detallada publicidad (especialmente de volúmenes y precios comparados) de todos los procesos de adjudicaciones de compra de bienes y servicios por parte del Estado...", contemplando un sistema de "adjudicación electrónica" de licitaciones, que sería un "...instrumento privilegiado para garantizar la transparencia y objetividad de determinadas contrataciones públicas..."¹. La necesidad de perfeccionar el marco normativo fue reiterada en el Informe pertinente a contrataciones públicas que elaboró en 1996 el Consejo de Auditoría Interna de Gobierno (MEYER y FATH, 2001, p. 552) y en 1998 el Comité Interministerial de Modernización de la Gestión Pública sancionó un "Programa de Reforma al Sistema de Compras y Contrataciones", que contemplaba elaborar una normativa marco de compras y contrataciones del sector público. A su turno, la Comisión Presidencial de Nuevas Tecnologías de la Información propuso, en 1999, desarrollar un sistema electrónico de compras y contrataciones del sector público, que se aprobaría el mismo año por medio del D.S. Nº 1.312/1999, MINHAC, como un "Sistema de Compras y Contrataciones Públicas" alojado en la dirección www.compraschile.com y que serviría de "pizarra electrónica" para, gradualmente, publicar la información concerniente a licitaciones de los servicios públicos.

En este marco el Ministerio Secretaría General de la Presidencia formuló un extenso "Anteproyecto de Ley de Bases sobre Contratos de la Administración Pública" que seguía la entonces vigente ley española 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas (de 219 artículos), con un título dedicado a la regulación general de los contratos administrativos y otro referido a los distintos contratos específicos, que incluía los de obras, gestión de servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración. Tras recibir comentarios de diferentes servicios, el proyecto fue abreviado y adaptado a la realidad nacional, optándose por restringirlo a los contratos de suministro y prestación de servicios como afirma su artículo 1º, casi sin variación desde el inicio de la tramitación.

La razón para limitar el objeto del proyecto de ley, sin siquiera admitir que sirviera de regulación supletoria para otros tipos contractuales (algo que se modificaría

¹ COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA, 1994, p. 211 y pp. 234-237.

en el curso de su tramitación), fue que la Dirección de Presupuestos (DIPRES) temió que un enfoque amplio generase problemas de interpretación o colisiones normativas difíciles de anticipar. A ello se suma que, en esa época, el foco de atención estaba en la obsolescencia del modelo de negocio de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado (DAE), a saber, la compra y bodegaje centralizado de suministros que se ofrecían a los servicios públicos².

Lo anterior se refleja en la exposición de motivos del proyecto de ley, que alude a la reforma del Estado y el vínculo entre compras y gestión pública, *accountability* y eficiencia, además de la suscripción de tratados de libre comercio que incluían el acceso al mercado de compras públicas (justificaciones que, en todo caso, no eran exclusivas de los contratos de servicios y suministro y podrían haber inspirado igualmente un proyecto de ley general).

II. VESTIGIOS DEL CARÁCTER GENERAL DE LA LBCASPS: ALGUNOS ASPECTOS QUE EXCEDEN EL ÁMBITO DE LOS CONTRATOS DE SUMINISTRO Y SERVICIOS

Pese a lo anterior, la LBCASPS tiene algunas características que la proyectan más allá del ámbito de la contratación de suministros y servicios, al que se circunscribe en principio.

El primero es que aunque el anteproyecto inicial experimentó una importante transformación hasta su ingreso al Parlamento, que hizo que su fisonomía difiera de la ley de contratación española³, todavía en su estructura puede reconocerse la del Libro Primero de aquella⁴, construida como una regulación contractual análoga a la de la contratación privada y de alcance general.

Asimismo, el artículo 49 del proyecto presentado exigía informar los contratos de ejecución de obra, los de concesión de obra pública y los referidos a la transferencia del dominio o a la cesión del uso o goce de bienes raíces mediante el “Sistema de Información e Intermediación Electrónica de Compras y Contrataciones”, y permitía que sus procedimientos de contratación se efectuasen por intermedio de aquel. Esto se

² Por ello los D.F.L. N° 1/1999 y N° 1/2000, MINHAC, permitieron trasladar a otros servicios casi la totalidad del personal que tenía la DAE.

³ Puede verse el contraste con la coetánea Ley 19.880, que mantuvo numerosos artículos idénticos a su inspiración ibérica, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre.

⁴ Los capítulos iniciales del proyecto presentado coincidían literalmente (o casi) con capítulos y títulos del libro primero de la Ley 13/1995 (“De los contratos de las Administraciones Públicas en general”) si bien en diferente orden, como mudos testigos de la adaptación de este texto (“I. Disposiciones generales”, “II. De los requisitos para contratar con la Administración”, “III. De las actuaciones relativas a la contratación”, “IV. De la extinción de los contratos” y “V. De la cesión y subcontratación”), al igual que algunos párrafos de aquellos (p. ej., “De las facultades de la Administración” y “De la ejecución y modificación de los contratos” en el Capítulo III, y “Del Cumplimiento de los contratos” en el Capítulo V). Sin embargo, su desarrollo interno difiere del que tiene la ley española. El texto definitivo agudizaría la síntesis refundiendo el capítulo cuarto con el tercero.

atenuó en la indicación sustitutiva que presentó el Ejecutivo en mayo de 2011, durante el primer trámite constitucional —que agudizó el enfoque “minimalista” del proyecto reduciéndolo a solo 33 artículos permanentes—, para finalmente volcarse en el artículo 21 de la LBCASPS que exige a los órganos públicos que no se rigen por ella, exceptuando las empresas públicas creadas por ley, someterse a sus artículos 18, 19 y 20 *para suministrar la información básica sobre contratación de bienes, servicios y obras y aquella que determine el reglamento.*

En la misma dirección, el Ejecutivo presentó otra indicación al que actualmente es el inciso final del artículo 3° —durante el segundo trámite constitucional— que establece que los contratos excluidos de la ley se rigen *por sus propias normas especiales*, para agregar que esto era *...sin perjuicio de lo establecido en el inciso final del artículo 19 de la presente ley.* El propósito declarado de esta norma era que los contratos excluidos quedasen “sujetos a las normas sobre transparencia que contiene el proyecto”⁵ pero, posteriormente, el inciso tercero del artículo 19 se desgajó como artículo independiente para, a la postre, transformarse en el ya mencionado artículo 21 de la LBCASPS. Por un error de técnica legislativa la referencia no se ajustó y alude al *...inciso final del artículo 20 de la presente ley*, norma que exceptúa de publicar en el sistema la información de adquisiciones y contrataciones *calificada como de carácter secreto, reservado o confidencial en conformidad a la ley*, de manera que su literalidad carece de sentido. Con todo, aplicando el artículo 19 del Código Civil debemos recurrir a la intención expresamente declarada en la historia fidedigna y al contexto de la ley y entender que se quiere aludir al artículo 21, con lo que se eleva al sistema electrónico —actualmente <http://www.mercadopublico.cl/>— a mecanismo de transparencia general para la contratación pública. El artículo 57 f) del Reglamento de la LBCASPS establece la información mínima que debería publicarse en el portal en estos casos, algo que muchas veces no se cumple.

La transparencia de la contratación pública recibió un nuevo impulso con el artículo 7° e) de la Ley de Transparencia, aprobada por el art. 1° de la Ley 20.285, que exige a la Administración mantener a disposición permanente del público, en sus sitios electrónicos, en una fórmula que va más allá de la LBCASPS, *Las contrataciones para el suministro de bienes muebles, para la prestación de servicios, para la ejecución de acciones de apoyo y para la ejecución de obras, y las contrataciones de estudios, asesorías y consultorías relacionadas con proyectos de inversión*⁶.

En consecuencia, en lo relativo a la transparencia se ha optado por un régimen unitario para toda la contratación administrativa, pero lo explicado previamente no siempre se cumple en la página web <http://www.mercadopublico.cl/>. Tratándose del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (MINVU), las Bases Generales Reglamentarias para los contratos

⁵ Puede verse el texto de la indicación y las razones de su aprobación en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003, p. 342, y el texto del proyecto que se discutía entonces en *Ibíd.*, p. 291-310.

⁶ El inciso 3° del art. 7° añade que para las contrataciones sometidas al Sistema de Compras Públicas basta incluir un vínculo al portal de compras públicas que permita acceder directamente a la información correspondiente al respectivo servicio u organismo, mientras que las demás contrataciones deben incorporarse a un registro separado, al que también deberá accederse desde el sitio electrónico institucional.

de ejecución de obras que celebren los Servicios de Vivienda y Urbanización (SERVIU) establecen que las licitaciones públicas deben publicarse en el sitio de Internet www.chilecompra.cl, antecesor de <http://www.mercadopublico.cl>⁽⁷⁾, y en muchos casos esto permite acceder al historial de toda la contratación por medio del sistema, si bien el procedimiento en sí mismo se realiza en soporte papel y no de forma directa en la plataforma debido a que la regulación reglamentaria así lo contempla⁸. En cambio, el D.S. N° 75/2004 o Reglamento para Contratos de Obras Públicas, del Ministerio de Obras Públicas (MOP), omite cualquier mención al respecto.

También la LBCASPS mantuvo en su artículo 18 que los organismos regidos por ella deben emplear este sistema de intermediación electrónica para *...desarrollar todos sus procesos de adquisición y contratación de bienes, servicios y obras a que alude la presente ley* (destacado nuestro). El artículo 20 insiste en la publicación de información acerca de contratos de obras (y “construcciones”), pues incluye dentro de los antecedentes que deben incluirse en este portal *...los resultados de las adjudicaciones relativas a las adquisiciones y contrataciones de bienes, servicios, construcciones y obras, todo según lo señale el reglamento* (destacado nuestro). Vestigios de la idea amplia que presidió la redacción inicial, pero que no se adecuan a la definición del artículo 1° , inciso 2° , y la exclusión del artículo 3° e). Sin embargo, Contraloría ha salvado el punto interpretando que las “obras” aludidas en el artículo 18 *...no pueden ser sino aquellas a que hace alusión el mencionado artículo 3° , letra e), cuando se refiere a la aplicación supletoria de la ley...*, de manera que los organismos sujetos a la LBCASPS *...que tengan facultades para ejecutar o conceder obras públicas y que carezcan de normas específicas que rijan dichas acciones deben supeditarse a las disposiciones de la aludida ley en las condiciones que determina el citado artículo 18, por ejemplo, en cuanto a ejecución de obras, los Servicios de Salud..., la Corporación de Fomento de la Producción, los Municipios, etc.* (Dictamen N° 59.566/2004).

Dicho de otro modo, a falta de regulación específica para la contratación de obras operará el portal general de la LBCASPS no procediendo, por ejemplo, una recepción física de las ofertas (dictamen N° 75.571/2010). Existiendo esta, como en el caso de los SERVIU o el MOP, el portal es solo un mecanismo de transparencia. Por esta razón CGR ha reprobado que los SERVIU en la licitación de un contrato de obra exijan ingresar la oferta en el portal electrónico y, además, en las oficinas del servicio en soporte papel.

Es admisible señalar que a partir de la Ley 20.141, de Presupuestos del Sector Público para 2007, el Capítulo y Programa del Presupuesto correspondiente a la Dirección de Compras y Contratación Pública (o Chilecompra) incluye una glosa que permite a los órganos del sector público no regidos por la LBCASPS *adherir voluntariamente* al portal y a los convenios marco⁹.

⁷ Artículos 1° y 24 del D.S. N° 236/2002, MINVU.

⁸ Así, se han rechazado bases que contemplan ingresar las ofertas tanto físicamente (en las oficinas respectivas) como mediante el sistema electrónico, pues la regulación de los SERVIU solo contempla la primera opción, lo que descarta la supletoriedad del art. 3° e) de la LBCASPS (así el dictamen N° 47.561/2008).

⁹ Glosa presupuestaria 02 del programa 01 del capítulo 07 de la partida 08. Desde 2008 se permite la adhesión de las personas jurídicas receptoras de fondos públicos, conforme la Ley 19.862, respecto de

Un tercer punto que amplía el alcance de la Ley viene de la discusión parlamentaria, pues la idea de elaborar una ley general de contratación administrativa fue defendida, entre otros, por el Senador y destacado profesor de Derecho Administrativo Enrique Silva C. quien en el segundo trámite constitucional presentó un conjunto de indicaciones que seguían el modelo español y agregaban un capítulo dedicado a “Contratos Especiales” (que incluía los de obras, gestión de servicios públicos, suministro, consultoría y asistencia, servicios y trabajos específicos y concretos no habituales de la Administración). Con un criterio muy discutible la unanimidad de la Comisión declaró que casi todas eran inadmisibles por exceder las ideas matrices del proyecto, a saber, “el marco de las compras públicas”. Entre las que sobrevivieron se encuentra la que introdujo la supletoriedad de la LBCASPS sobre los contratos relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas, a los que además se aplicaron las normas relativas al Tribunal de Contratación Pública, todo lo cual quedó consignado en el inciso 3º del literal e) de su artículo 3º⁽¹⁰⁾. Esto no hace sino reforzar el potencial carácter de marco general que tiene este texto legal, cuya supletoriedad ha sido reconocida por la Contraloría General de la República en múltiples ocasiones (p. ej., en sus dictámenes Nº 21.607/2004, Nº 37.572/2012, Nº 35.844/2012 y Nº 29.281/2013).

Conviene reparar en que la misma inclusión del literal e) del artículo 3º (agregado en mayo de 2001) es, en sí mismo, contradictoria con la restricción del objeto de la LBCASPS, pues si éste incluía solamente suministros y servicios (art. 1º, inciso 1º) “la ejecución y concesión de obras públicas” quedaba fuera por definición.

Una última manifestación del carácter general *in pectore* que tiene la LBCASPS es la modificación del inciso 1º del artículo 11 que introdujo la Ley 20.238, en 2008, pues señala que las garantías que aseguren el fiel y oportuno cumplimiento del contrato, tratándose de la prestación de servicios, “...permanecerán vigentes hasta 60 días hábiles después de recepcionadas las obras o culminados los contratos”. Nuevamente una referencia aplicable a contratos de obras. Podría argumentarse que esta precisión vale para los casos en que la LBCASPS se aplique supletoriamente a estos contratos, pero está redactada como norma directamente aplicable.

III. LA CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA EXCLUIDA DE LA LBCASPS

Revisemos ahora con más detalle las figuras contractuales excluidas de la regulación de la LBCASPS e indaguemos en la justificación de su exclusión. No me referiré

tales fondos, y desde 2009 la Dirección puede aceptar la incorporación de otras organizaciones afectas a la Ley 20.285, esto es, de otros órganos públicos que no integren la Administración del Estado.

¹⁰ Pueden verse las indicaciones del senador Silva C. en BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003, pp. 323-326, 328-338 y 340, y el rechazo en pp. 343-344. En la p. 348 se consigna que en su segundo informe la Comisión de Hacienda ...acordó recoger en este literal {e del artículo 3º} parte de la indicación número 42, del Senador señor Silva, en lo que se refiere a los contratos de obras, para lo cual agregó también al precepto un inciso tercero...

a los literales b) a d) y f) de su artículo 3º, que me parecen explicables¹¹, sino a ciertas contrataciones de servicios, los contratos de obras y los de concesión.

1. *Los contratos de prestación de servicios excluidos*

En esta categoría se encuentra, primero, la contratación de “acciones de apoyo” con municipalidades o entidades de derecho privado bajo la Ley 18.803, de 1989. Conforme con el artículo 34, inciso 2º, de la LBCASPS, *...deben efectuarse en conformidad a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 8º bis de la Ley N° 18.575 [artículo 9º en su texto refundido], en aquellos casos en que se llame a propuesta privada para la adjudicación de tales contratos. CGR entendió que la LBCASPS ...reconoce la vigencia de la Ley N° 18.803 como un estatuto jurídico especial para efecto de las contrataciones de acciones de apoyo, limitándose a incorporar un requisito adicional para el caso de celebrarse una propuesta privada* (Dictamen N° 53.462/2005). Por lo demás, originalmente el proyecto reformaba esta ley para restringirla a contratos con municipalidades, idea descartada en el curso de la tramitación. La delimitación entre estos contratos y los demás servicios puede ser ardua¹², al punto que CGR entiende que puede aplicárseles la LBCASPS en todo aquello que no resulte inconciliable con la Ley 18.803 (Dictamen N° 7.241/2007). La distinción importa cuando se quieren “aprovechar” las peculiaridades de esta última, como el trato directo con Universidades o la suscripción de cláusulas arbitrales. No se ve una razón cualitativa que justifique estas diferencias que bien podrían integrarse en el régimen general.

La segunda exclusión eran los contratos a honorarios con personas jurídicas que involucren la prestación de servicios personales, admitida por el artículo 16 del D.L. N° 1.608/1976. El inciso 1º del artículo 34 de la LBCASPS reconoció expresamente la vigencia del reglamento que los regía (D.S. N° 98/1991, del Ministerio de Hacienda o MINHAC) en tanto no fuese reemplazado, lo que hizo el D.S. N° 250/2004, MINHAC, al aprobar el Reglamento de la LBCASPS pero replicando la regulación de 1991 que tenía importantes diferencias con la LBCAPSS. En 2009, en el contexto de una amplia modificación del Reglamento¹³, esta parte fue reemplazada por un nuevo procedimiento terminando las ya inexplicables especificidades de este sistema de contratación, pero nada evita que pudieran revivir en una futura modificación debido a la vigencia del D.L. N° 1.608/1976.

¹¹ De ello puede verse MORAGA, 2019, pp. 297-298.

¹² P. ej., aunque el art. 1º, inciso 2º, de la Ley 18.803 califica los servicios de aseo como acciones de apoyo, el dictamen N° 46.834/2007 admite que la licitación de estos servicios para el edificio de un servicio público se rija integralmente por la LBCASPSLBCASPS exigiendo eliminar de los vistos de la resolución aprobatoria de las bases la mención de la Ley 18.803. Previamente la Ley 18.803 también se superponía con el artículo 16 del D.L. N° 2.879/1979 (el dictamen N° 11.495/2000 reconoció la posibilidad de optar por uno u otro), pero ello terminó con la LBCASPSLBCASPS que derogó dicho precepto.

¹³ Aprobada por el D.S. N° 1.763/2009, MINHAC.

Una tercera exclusión son los convenios que se celebren con personas naturales e involucren la prestación de servicios personales del contratante, pues esta figura queda regida por el ...*decreto supremo Nº98 del Ministerio de Hacienda, de 1991; el artículo 11 del decreto con fuerza de ley Nº29, de 2004, del Ministerio de Hacienda, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley Nº18.834, en su caso, y 33 del decreto ley Nº249, de 1974, o del artículo 13 del decreto ley 1.608, de 1976, y demás disposiciones que complementan o reglamentan dichos textos legales* (artículo 109 D.S. Nº 250/2004, MINHAC). La cantidad de fuentes para regular una misma realidad no hace sino graficar la extrema discrecionalidad que existe en este tipo de contrataciones, y que reconoce el art. 3º a) de la LBCASPS al excluir de sus normas *Las contrataciones de personal de la Administración del Estado reguladas por estatutos especiales y los contratos a honorarios que se celebren con personas naturales para que presten servicios a los organismos públicos, cualquiera que sea la fuente legal en que se sustenten*. Desde mi perspectiva, la única exclusión razonable es la de la relación funcionarial, pues su lógica demanda una regulación diferente. Se trata de personas que van a ser funcionarios públicos, esto es, van a tener una relación tendencialmente permanente con la Administración Pública, no de personas que prestan un servicio específico y puntual por un honorario. Además, no se ve por qué aplicar una lógica diferente en la contratación de un servicio según si la contraparte sea una persona física o una persona jurídica. Es más, aplicar las reglas de la contratación pública probablemente contribuiría a evitar que se abuse de esta figura generando vínculos laborales encubiertos¹⁴.

Finalmente, hay otras situaciones que también pueden homologarse a la prestación de servicios pero que no se regulan por la LBCASPS debido a que el legislador ha optado por configurarlas de un modo diverso, como ocurre con el artículo 10 de la Ley 19.898, que permite al Fondo de Solidaridad e Inversión Social (FOSIS) convenir la contratación de personas naturales o jurídicas para la realización de actividades relacionadas con sus objetivos conforme con un procedimiento especial, previo a la LBCASPS, en lo que el inciso 1º de la norma califica de una modalidad del encomendamiento de acciones que regula el art. 37 de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado (LBGAE), con lo que ...*difieren de los (contratos) relativos al suministro de bienes muebles y de servicios de que trata Ley Nº 19.886, {y} no resultan aplicables a los primeros las disposiciones de esta última*, quedando solo regidos por su normativa específica y el artículo 9º de la LBGAE (Dictamen Nº 59.540/2003). El problema es que este último ofrece solo criterios generales que, precisamente, la LBCASPS vino a desarrollar. También existe una regulación especial para la contratación de estudios, proyectos y asesorías para la construcción de obras y la realización de actividades propias del MOP, pues se rigen por el Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría de esta cartera (D.S. Nº 48/1994, MOP), en tanto *relacionados con la ejecución y concesión de obras públicas*, lo que los somete solo supletoriamente a la LBCASPS conforme con su artículo 3º e) y hace que, como explicaremos en el siguiente apartado, CGR haya respetado la supervivencia de su Reglamento en su dictamen Nº 57.288/2003.

¹⁴ Cfr. MORAGA K., 2019, pp. 70-72.

Por último, hay que advertir del riesgo de excluir contrataciones de servicios (y de suministros, incluso) de la LBCASPS, total o parcialmente, por medio de glosas presupuestarias. Por ejemplo, en 2011 se dispuso que las actividades identificadas en el “Plan Chile Seguro 2010/2014”, del Ministerio del Interior, pudieran contratarse con entidades públicas o privadas sujetándose, en el primer caso, a ...*las normas que rigen a dichas entidades, en especial la ley N° 19.886, sobre compras públicas, salvo cuando la naturaleza o normativa no lo haga necesario. Para la contratación de las entidades privadas* —añade la glosa— *se aplicarán procedimientos transparentes y objetivos*¹⁵. Afortunadamente, al año siguiente se eliminó la mención a la innecesariedad de aplicar la LBCASPS en función de la “naturaleza” de la contratación, pero se mantuvo, al igual que en años sucesivos, la exigencia de *procedimientos transparentes y objetivos* en la contratación de privados, como si ello no quedara resguardado por la LBCASPS y la LBGAE o, peor aún, esto abriera una excepción al ámbito de aplicación de aquellas, lo que sería inaceptable. Por fortuna esta práctica es excepcional, pues de generalizarse perturbaría seriamente los propósitos de la LBCASPS.

2. La contratación de obra pública

Una segunda categoría a examinar son los contratos de obra pública, que como ya vimos se encuentran excluidos de la LBCASPS (salvo en lo relativo a publicar cierta información) y fundamentalmente competen al MINVU y MOP, pues también existen otros organismos que los celebran como los Servicios de Salud o los Municipios. El Título VII de la Ley Orgánica del MOP, llamado “De la Ejecución de las Obras” (artículos 84 a 104 del D.F.L. N° 850/1997), contiene un conjunto de normas respecto de contratación de obras puntuales y poco sistemáticas, cuestión que viene a remediar el D.S. N° 75/2004, MOP, que reglamenta los contratos de obras públicas y los define como *un acto por el cual el Ministerio encarga a un tercero la ejecución, reparación o conservación de una obra pública, la cual debe efectuarse conforme a lo que determinan los antecedentes de la adjudicación, incluyendo la restauración de edificios patrimoniales* (art. 4 N° 15). Obra pública, a su turno, es *Cualquier inmueble, propiedad del Estado, construido, reparado o conservado por este, en forma directa o por encargo a un tercero, cuya finalidad es propender al bien público* (art. 4 N° 14), agregando al concepto acuñado previamente por Contraloría la propiedad estatal de la obra construida¹⁶. En el derecho comparado es usual que la naturaleza inmueble del bien a construir sea el elemento central de esta figura, más que su propiedad o finalidad, si bien en ocasiones se ha prescindido de propiedad, finalidad y naturaleza inmueble con

¹⁵ Glosa 08 del Subtítulo 24.03.17 (Barrio en Paz - Residencial y Comercial) del Programa de Seguridad y Participación Ciudadana del Ministerio del Interior (Partida 05, Capítulo 01, Programa 05) de la Ley 20.481, de Presupuestos del Sector Público para el 2011.

¹⁶ Así, por ejemplo, los dictámenes N° 38.839/1976 y N° 21.607/2004 afirmaron que obra pública ... *comprende toda obra inmueble, financiada con fondos del Estado y destinada a cumplir una finalidad pública, requisitos que es menester que concurren en forma copulativa.*

lo que “obra pública” pasa a ser, simplemente, todo ... *bien construido o realizado por el Estado, directa o indirectamente* (MARIENHOFF S., 1998, p. 516)¹⁷.

Por su parte, la legislación del MINVU se limita a permitir la contratación de obras en los artículos 17 c) y 51 de la Ley 16.391, Orgánica del MINVU, abarcando un amplio objeto de inmuebles (... *programas de construcción, alteración o reparación de viviendas, equipamiento comunitario, obras de infraestructura y remodelaciones*), incluidas viviendas para ser transferidas a beneficiarios de subsidios habitacionales que, técnicamente, no son obras públicas.

¿Tiene sentido que la construcción de obras tenga regulaciones diferentes a la prestación de servicios y el suministro? Por cierto. Se trata de contratos de una elevada cuantía, lo que exige especiales cautelas en materia de transparencia y objetividad, una importante gestión empresarial y plazos relativamente largos, que correlativamente demandan de la Administración especiales herramientas de gestión, dirección y supervigilancia, innecesarios en otros contratos. Por esta razón no es extraño que el denominado “Acuerdo sobre Modernización del Estado, Transparencia y Promoción del Crecimiento”, alcanzado en enero de 2003 por la oposición y el Gobierno para zanjar la crisis combinada del llamado “MOPGate” y la revelación de los sobresueldos pagados a los Ministros¹⁸, incluyera entre sus medidas regular la licitación de proyectos de inversión pública con el objetivo de “sistematizar y uniformar los procesos de adjudicación de contratos de inversión en el sector público, estableciendo la licitación pública como el mecanismo general para la adjudicación de dichos contratos, e incluyendo normas que aseguren la igualdad de oportunidades en los procesos de licitación”. Esto motivó el Proyecto de “Ley de bases de contratos administrativos de estudios y proyectos de inversiones de obras públicas” (Boletín N° 3802-09), de 2005 que fue, finalmente, abandonado y archivado en 2010. Esto genera una situación totalmente paradójica desde la perspectiva de las fuentes, pues CGR ha interpretado que la supletoriedad de la LBCASPS en materia de contratos de obras que establece su artículo 3° ... *dice relación, de acuerdo al contexto normativo a la época de su dictación, y a los antecedentes que se advierten de la historia fidedigna de su establecimiento* —como el Segundo Informe de la Comisión de Hacienda del Senado—, *con el reconocimiento de la normativa de orden administrativo vigente a su fecha de entrada en vigor (aplica criterio contenido en el dictamen N° 38.794, de 2009)* (Dictamen N° 35.844/2012). Esto quiere decir que la normativa reglamentaria es suplida por una

¹⁷ MARIENHOFF estima que el concepto de obra pública ha sido “desfigurado” por la doctrina al vincularlo, por una parte, con la satisfacción de determinados fines o funciones estatales, siendo que ello es de la esencia de toda actuación administrativa, y conectarlo, por la otra, con su destinación al uso público directo o indirecto, elemento finalista que importa para determinar si un bien integra el dominio público pero resulta irrelevante para definir a una obra como pública. De allí que afirme que *para dar la noción pura de “obra pública” ha de prescindirse, pues, de toda referencia a las funciones o fines que el Estado cumplirá con dicha obra y al uso a que se le destine*. Descarta la naturaleza inmueble, por último, al incluir en la noción de obra pública muebles y objetos inmateriales *por accesoriadad* como, por ejemplo, los estudios, consultorías o asesorías que entre nosotros regula el D.S. N° 48/1994, MOP (MARIENHOFF, 1998, pp. 515 y 545 y ss., cursivas en el original).

¹⁸ Cfr. RAJEVIC, 2009.

norma legal (tal como ha acontecido respecto del D.S. N° 48/1994, MOP, esto es, las consultorías referidas a obras públicas). Pues bien, si es la vigente a la fecha de dictación de la LBCASPS quiere decir que toda modificación posterior en materias reguladas por esta sería inaplicable. Pero, peor aún, hace que la materia contratación pública quede en una suerte de limbo entre el dominio legal y el dominio reglamentario, lo que no se ajusta al artículo 63 de la Constitución. O es materia legal y debe regularla el Congreso o es propia de la potestad reglamentaria de ejecución del artículo 32 N° 6. Volveré sobre esto en el apartado 4.

Dicho lo anterior, no parece tener sentido que la contratación de obras tenga una regulación *completamente* separada de la de los servicios y los suministros. Sus especificidades no se oponen a que comparta una amplia parte general común a todos los contratos, como muestra abundantemente el derecho comparado. Así, por ejemplo, si se comparan las hipótesis en que puede prescindirse de la licitación pública que contiene el artículo 86 del del D.F.L. N° 850/1997 con las que establece el artículo 8° de la LBCASPS se aprecia que los primeros tres literales son prácticamente idénticos y no se ve por qué no podrían aplicarse todos estos últimos. De hecho, el Proyecto de Ley de 2005 establecía que los principios generales de la contratación de obras eran la libre concurrencia, la igualdad entre los oferentes, la publicidad, la transparencia y la impugnabilidad, todos estos ya están en nuestro ordenamiento. Establecía definiciones que ya estaban contempladas en la LBCASPS, su Reglamento o el del propio MOP, lo que demostraba su innecesariedad, y las hipótesis en que podía omitirse la licitación pública estaban incluidas en la LBCASPS. En suma, aunque no todo era idéntico al régimen de esta última (p. ej., la regulación del registro o de las modificaciones contractuales era más detallada) se incurría en duplicidades incomprensibles.

Al menos una parte de este panorama ha empezado a cambiar desde que la Ley de Presupuestos de 2017 autorizara al MOP, mediante una glosa, a contratar consultorías, asesorías, estudios y ejecución de obras públicas por medio de la plataforma de la LBCASPS “cuando las bases del concurso, o la respectiva autorización de trato directo, así lo establezcan”, advirtiendo que esto no altera los demás aspectos de los reglamentos de contratación de este Ministerio¹⁹. Esta glosa se ha reiterado en los años siguientes y en 2019 se extendió al MINVU en similares términos²⁰, también repitiéndose en 2020. No cabe duda de que este es un avance, pero la temporalidad de la Ley de Presupuestos, la remisión a las bases del caso concreto y el carácter circunscrito de los contenidos de la LBCASPS que resultan aplicables le quitan fuerza.

3. *Los contratos de concesión*

La última categoría excluida que examinaré son los contratos de concesión. Tradicionalmente la doctrina distingue entre las concesiones de obra, las de servicios y

¹⁹ Glosa presupuestaria 12 de la partida 15, correspondiente al MOP.

²⁰ Glosa presupuestaria 15 de la partida 18, correspondiente al MINVU.

las de uso. Nuestra legislación admite las tres variantes, pero en normativas desperdigadas. Nos referiremos solo a las dos primeras porque la última se refiere, más que al ámbito contractual, a la gestión de bienes públicos.

La Ley de Concesiones de Obras Públicas (LCOP) faculta al MOP para encomendar la ejecución de obras públicas a cambio de la concesión temporal de su explotación o de la de los bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar las áreas de servicios que se convengan²¹. El MOP puede, incluso, celebrar este contrato respecto de bienes que estén entregados a la competencia de otro organismo público, como un municipio, si es mandatado por el titular. La LCOP regula integralmente esta figura en 43 artículos y está reglamentada por el D.S. N° 956/1997 (MOP). Otra figura semejante –si bien escasamente utilizada– es el Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, regulado por la Ley 19.865 en 35 artículos y su reglamento, el D.S. N° 132/2003 (MINVU), que permite a los SERVIU y las municipalidades celebrar *contratos de participación* cuyo objeto es *la adquisición de bienes o a la ejecución, operación y mantención de obras urbanas, a cambio de una contraprestación, que podrá consistir en otorgar a aquellos derechos sobre bienes muebles o inmuebles, la explotación de uno o más inmuebles u obras*²². Ambas figuras tienen importantes especificidades, como su objeto, ciertas características de las bases, la posibilidad de ser convocadas por iniciativa de un particular y la forma y condiciones en que pueden modificarse los contratos celebrados. Ello explica que cuenten con regulaciones propias extensas y relativamente complejas. Por lo mismo, parece del todo apropiada la fórmula empleada por nuestro legislador en el art. 3° e) de la LBCASPS, a saber, una ley especial a la que se aplica, solo supletoriamente, la LBCASPS. Esto, con una salvedad: que, tal como en el contrato de obras, estos contratos no debiesen estar entre las excepciones del artículo 3°, pues están fuera del ámbito de la LBCASPS atendido el tenor de su artículo 1°.

Por su parte, las concesiones que recaen sobre la prestación de servicios públicos suponen que aquellos sean asumidos por la Administración concedente como propios de su competencia, pues mal podría “concederse” algo ajeno. El concesionario puede efectuar cobros a los usuarios o recibir el pago directamente de parte de la Administración. Carecemos de una regulación general en este material, salvo en el ámbito municipal en que el artículo 8°, inciso 3°, de la LOCM permite a las municipalidades *otorgar concesiones para la prestación de determinados servicios municipales o para la administración de establecimientos o bienes específicos que posean o tengan a cualquier título*, estableciendo allí y en el artículo 65 j) algunos aspectos del procedimiento. El artículo 66 de la misma ley dispuso que *los procedimientos administrativos de contratación que realicen las municipalidades se ajustará a la LBCASPS y sus reglamentos*, con lo que podía afirmarse que aquella regía las concesiones debido a que toman la forma de un contrato. Sin embargo, en su dictamen N° 34.883/2004 Contraloría optó por una interpretación restrictiva y

²¹ Para estos efectos el art. 39, inc. 1°, de la LCOP, expande la noción de obra pública a obra pública fiscal, que es *...cualquier inmueble construido, reparado o conservado a cambio de la concesión temporal de su explotación o sobre bienes nacionales de uso público o fiscales destinados a desarrollar áreas de servicios*.

²² Artículo 1° de la Ley N° 19.865.

afirmó que en estos casos prevalecía la faceta unilateral de la concesión y, por ello, no era aplicable la LBCASPS²³. Este criterio cambió tras la modificación del artículo 66 de la LOCM, operada en 2009 por la Ley 20.355, que expresamente sujetó el procedimiento administrativo para otorgar concesiones municipales a la LBCASPS con ciertas salvedades²⁴. Dicho de otro modo, este segmento de la contratación fue “reconducido” legislativamente a la LBCASPS.

Las demás hipótesis que podrían incluirse en esta categoría nos hacen descender a la casuística. Así, por ejemplo, la Defensoría Penal Pública creada con el propósito de proporcionar defensa penal a imputados o acusados por algún ilícito penal que carecieran de abogado (art. 2° Ley 19.718), encarga la prestación de este servicio a personas jurídicas o abogados particulares que serán pagados, salvo excepciones, por la propia Defensoría²⁵, mediante licitaciones que tienen una detallada regulación en la Ley 19.718 (artículos 11 a 15 y 42 a 50), un Reglamento de Licitaciones (D.S. N° 495/2002, Ministerio de Justicia) y unas Bases Generales de Licitación (Resolución N° 38/2003, Defensoría Penal Pública). A causa de que esta normativa es previa a la LBCASPS era lógico que regulase todo el procedimiento, pero parece evidente que de existir entonces podría haberse regido en buena parte por aquella y que, incluso ahora, podría aplicársele supletoriamente.

Algo semejante puede decirse de las concesiones para practicar revisiones técnicas a los vehículos motorizados que el Ministerio de Transportes y Telecomunicaciones (MTT) debe otorgar *...mediante licitación pública, al oferente que ofrezca el menor precio por los servicios para la tecnología y calidad técnica especificada en las bases de licitación*, conforme con el artículo 4° de la Ley 18.696. La misma norma permite determinar por vía reglamentaria la forma, requisitos, plazo, causales de caducidad y procedimientos para la asignación y cancelación de estas concesiones, lo que hizo el D.S. N° 156/1990, del mismo Ministerio, el que apenas fija algunos criterios respecto de las licitaciones con los que estas se regulan fundamentalmente en las bases respectivas. Así, el legislador ha renunciado a fijar las bases de este procedimiento conforme exige la CPR, tarea

²³ Afirma el dictamen que *...las contrataciones que impliquen el otorgamiento de tales concesiones no se encuentran regidas por la referida Ley 19.886, toda vez que revisten una naturaleza distinta al de las contrataciones reguladas por ese cuerpo legal, ya que no constituyen propiamente un acuerdo de voluntades entre una Municipalidad y un concesionario ubicados en un plano de igualdad, sino que ellas importan el ejercicio de un acto de la autoridad, quien actúa en un plano de preeminencia respecto del particular, estableciendo las respectivas condiciones, y cuya regulación se somete a un régimen jurídico de derecho público* (Aplica criterio contenido en el Dictamen N° 6.512, de 1999, entre otros).

²⁴ Véanse, por ejemplo, los dictámenes N° 1.754/2010 y N° 68.473/2012, que aplicando la LBCASPS han restringido las cláusulas de renovación automática en las concesiones del servicio de tratamiento intermedio y disposición final de residuos sólidos municipales, lo que pone de relieve la importancia de aplicar la LBCASPS en estos contratos.

²⁵ Conforme con el art. 36 de la Ley 19.718 excepcionalmente puede cobrarse, total o parcialmente, la defensa prestada a quienes *dispongan de recursos para financiarla privadamente*.

pendiente y que se cumpliría en parte con la aplicación de la LBCASPS²⁶, si bien esto exigiría una expresa decisión legislativa²⁷.

IV. ¿NECESITAMOS UNA LEY PERTINENTE A PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS DE CONTRATACIÓN ADMINISTRATIVA QUE TENGA APLICACIÓN GENERAL?

1. *El artículo 9° de la LBGAE como norma básica*

Como se ha expuesto, importantes sectores de la contratación administrativa están parcial o totalmente ajenos a la regulación de la LBCASPS sin razones convincentes. La única base transversal a los procesos de contratación es el artículo 9° de la LBGAE, que exige que todos los *contratos administrativos* se celebren *previa propuesta pública, en conformidad a la ley*, la que debe regirse *por los principios de libre concurrencia de los oferentes al llamado administrativo y de igualdad ante las bases que rigen el contrato*, procediendo la licitación privada solo *previa resolución fundada... salvo que por la naturaleza de la negociación corresponda acudir al trato directo*.

Curiosamente, al controlar este precepto la STC Rol N° 299/1999 declaró que era propio de Ley Orgánica Constitucional con base en el inciso 1° del artículo 38 de la Constitución, que sujeta a una ley de este tipo la regulación de la *organización básica de la Administración Pública*. Sin embargo, lejos de ser una norma “organizatoria” se trata de una que regula un procedimiento específico, el aplicable para la celebración de contratos administrativos. Nos indica cuándo procede la propuesta pública, cuándo la licitación privada y cuándo el trato directo, y nos señala los principios que regirán el procedimiento concursal en los primeros dos casos. Pues bien, si es un procedimiento administrativo el artículo 63 N° 18 CPR, en una lógica de dominio legal máximo, asigna a esta materia el rango de ley común y restringida a las puras bases de la materia²⁸, esto es, a los aspectos principales que luego desarrollará la potestad reglamentaria. En efecto, las leyes de bases *...restringen la competencia del legislador a las bases de una materia determinada y dejan lo demás a la regulación por la potestad reglamentaria del Presidente de la República*²⁹,

²⁶ Aparte de las dificultades de cara al artículo 63 N° 18 de la Constitución (véase *infra* IV) esta habilitación no resistiría los criterios acerca de la reserva legal que señala la STC Rol N° 437/2005 en lo relativo a las causales de caducidad y los procedimientos de cancelación, al menos de cara a la norma legal indicada y la Ley 18.059.

²⁷ Véase el dictamen de CGR N° 35.340/2011.

²⁸ Según el artículo 63 N° 18 CPR *Solo son materias de ley... Las que fijen las bases de los procedimientos que rigen los actos de la Administración Pública*.

²⁹ MOLINA, 1987, p. 37. Véase también BULNES, 1982, p. 133-153, donde se afirma que la noción de bases *...limitaría la competencia del legislador a formular solo las bases o principios fundamentales, pudiendo el Presidente de la República, por su potestad reglamentaria, desarrollar por la vía del reglamento dichas bases o principios. Sería esta una potestad reglamentaria de ejecución de la ley, “pero más amplia”* (ob. cit., p. 139, cursivas en el original). La misma autora, como Ministra del TC, expresó en una disidencia que los numerales del art. 63 de la CPR que corresponden a leyes de bases (el 4, el 18 y el 20) *...evidentemente dan más amplitud a la potestad*

así como señaló la STC Rol N° 254/1997 a propósito de la Ley de Presupuestos³⁰ (si bien esta figura, en la paráctica, no se verifica entre nosotros). No debe confundirse el claro sentido del artículo 38 con el epígrafe que antecede a este artículo, a saber, *Bases Generales de la Administración del Estado*, pues el ámbito “orgánico constitucional” debe interpretarse restrictivamente en tanto excepción a la regla democrática de la mayoría.

2. *La insuficiencia del artículo 9° de la LBGAE*

En cualquier caso, la parquedad del artículo 9° está lejos de establecer las bases de los procedimientos de contratación pública. Necesitamos un texto al estilo de la LBCASPS, pero con alcance general y aplicación directa, pues la supletoriedad es contradictoria con su carácter básico (como queda en evidencia con la LBPA). Esto no se opone, por cierto, a que existan excepciones, siempre que sean establecidas por el legislador. De lo contrario, alteramos el orden jerárquico del ordenamiento jurídico.

En este plano no puede sino resultar extraño advertir, tras el recuento precedente, que en ciertos casos el mismo aspecto de un procedimiento de licitación esté regulado directamente en la ley y, en otros, solo por el Reglamento. Mucho más confuso resulta que la supletoriedad de una ley opere no ante el silencio de otras leyes, sino que, también, el del reglamento, como ha señalado CGR respecto de las obras públicas y los reglamentos del MINVU y el MOP en una *comprensión elástica* del dominio legal cuyo contenido puede ser ampliado o retraído a voluntad del Ejecutivo. Una idea totalmente contradictoria con un sistema de dominio legal máximo, como el que aparentemente procuró establecer el artículo 63 de la CPR (*Solo son materias de ley...*) e, incluso, con uno de “dominio mínimo” (que, en realidad, es el que funciona entre nosotros).

Una distinción que podría contribuir a abordar estos problemas es diferenciar entre procedimiento de contratación y ejecución contractual. Lo que hemos analizado en este trabajo dice relación exclusivamente con lo primero, donde las diferencias son muy pocas, lo que no ocurre si revisamos las peculiaridades de la ejecución en las diversas tipologías contractuales. Los recursos involucrados y la duración son muy diferentes, por lo general, si comparamos un contrato de obra o de concesión con uno de suministros o de prestación de servicios. Pretender un marco común en esta materia sería ambicioso y, probablemente, innecesario.

reglamentaria del Presidente de la República.... Los demás numerales, en cambio, indican ...específicamente la materia que corresponde que el legislador regule, lo que no da la amplitud a la potestad reglamentaria que dan las leyes que solo deben contener las bases (Consid. 18° del voto disidente en la STC Rol N° 282/1998).

³⁰ Dice su cons. 22°: *Que, la Ley de Presupuestos es una ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución. En este orden de ideas resulta útil recordar la opinión del profesor José Luis Cea Egaña que estima que “la Ley de Presupuestos no es más que un ejemplo particular de aquella configuración global del dominio máximo legal, es decir, que a ella corresponde establecer las bases del régimen presupuestario del sector público, entregando a la potestad reglamentaria la particularización y ejecución del presupuesto nacional”* (negritas nuestras).

Esta distinción cobra más fuerza si volvemos al art. 63 N° 18 CPR, porque según este precepto el legislador debería regular *las bases de los procedimientos que rigen los actos de la administración pública*, lo que debería aplicarse al procedimiento para la celebración de contratos. Pese a denominarse “Ley de Bases”, la LBCASPS no afronta esta tarea, sino que únicamente regula el procedimiento de contratación de los suministros y de los servicios (con exclusiones). Paradojalmente, su contenido se limita casi solo al procedimiento de contratación, pues apenas tres de sus artículos (los arts. 13 a 15) se refieren a cuestiones relativas a la ejecución o terminación del contrato. Por cierto, la construcción de estas bases no debiera hacerse a imagen de la Ley 19.880, sobre “bases de los procedimientos administrativos”, pues como es bien sabido aquella ha terminado siendo un marco simplemente supletorio, aunque la doctrina se esfuerce en encontrar ese carácter básico, por ejemplo, considerándola como una “Ley cabecera de grupo normativo”³¹ o identificando ciertos estándares genuinamente “básicos” (derogatorios y no supletorios) en su contenido³². Lo deseable, si se quisiera que la LBCASPS fuese una Ley de Bases de procedimientos de contratación, sería establecer explícitamente un conjunto de normas básicas –a desarrollar reglamentariamente– con efecto derogatorio, y otras de carácter supletorio.

3. *Algunas ventajas que puede proporcionar un marco común*

Transformar la LBCASPS en una ley que establezca un marco común para los procedimientos de contratación administrativa evitaría duplicidades innecesarias y que muchas veces siembran confusión porque no coinciden del todo (basta, por ejemplo, una definición general de la licitación pública o de cuándo puede declararse desierta una licitación). Asimismo, facilitaría el conocimiento y aplicación de estas normas por parte de sus operadores (funcionarios públicos, ciudadanos, contratistas, abogados, etc.) y contribuiría a que tuviesen una jurisprudencia sistemática, sólida y estable. No es extraño que el informe final de una mesa de trabajo convocado por Chilecompra incluyese, en 2016, propuestas semejantes a las aquí planteadas (pero menos radicales)³³.

Todo ello se traducirá en una mayor seguridad jurídica y en un mejor funcionamiento de los mercados de contratación pública, aspecto crucial considerando el riesgo de corrupción envuelto en ellos. La OCDE ha señalado que esta es la actividad gubernativa más vulnerable a este flagelo, lo que no extraña si se consideran “...los intereses financieros en juego, el volumen de transacciones a nivel global y la estrecha interacción entre los sectores públicos y privado...”³⁴. No en vano el Informe del Consejo Asesor Anticorrupción de 2015 propuso transitar gradualmente “desde el actual Sistema de Compras Públicas hacia un Sistema Integrado de Contratación”³⁵.

³¹ JARA, 2008, p. 296-297.

³² VERGARA, 2013, p. 270-275.

³³ ZÚÑIGA, *et al.*, 2017, p. 480.

³⁴ OECD, 2009, p. 17.

³⁵ CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL, 2015, p. 42.

V. CONCLUSIONES

La LBCASPS surge del intento por elaborar una Ley General de Contratación Administrativa que terminó restringiéndose al ámbito de los servicios y los suministros, con ciertas exclusiones. El análisis realizado revela que, salvo excepciones, no parecen existir razones fuertes que justifiquen regulaciones diferentes en los procedimientos de contratación o que, al menos, desaconsejen un marco general. Por otro lado, desde una perspectiva constitucional debiera existir una ley de bases del procedimiento que los órganos administrativos emplean para contratar, independiente de la regulación sustantiva de las convenciones. La LBCASPS no es esa ley, pues ni se restringe a las bases de la materia ni sirve de “cabecera de grupo normativo”, lo que va en perjuicio de la eficiencia y la seguridad jurídica.

Con algunos medidos ajustes la LBCASPS podría transformarse en el común denominador de nuestros procedimientos de contratación³⁶, pues su estructura mantiene vestigios de su propósito original y tiene un carácter procedimental.

Si bien el análisis realizado tiene que ver con el ámbito objetivo de aplicación de la ley, es totalmente compatible con la idea de ampliar su universo subjetivo, comprometida en la aprobación de la Ley de Presupuestos 2020³⁷ e incluida en la consulta pública de un anteproyecto de reforma a la LBCASPS realizada por el Gobierno en octubre de 2020³⁸, algo también planteado para conjurar una indeseable huida del derecho administrativo³⁹.

Por último, una ley marco para los procedimientos de contratación administrativa debiese abarcar a todos los órganos del Estado, pues incide en una función administrativa expuesta a semejantes riesgos y oportunidades en todos ellos que debería superar el

³⁶ Un intento en este sentido en la indicación formulada el 20.12.2006 al Proyecto de Ley que establecía el Sistema de Auditoría Interna de Gobierno (Boletín N° 3937-06), archivado en 2010.

³⁷ Véase el punto 13 del “Marco de Entendimiento de la Ley de Presupuestos del Sector Público año 2020”, suscrito por el Ministro de Hacienda y los/as parlamentarios/as integrantes de la Comisión Especial Mixta de Presupuestos (disponible en https://www.dipres.gob.cl/597/articles-198742_doc_pdf.pdf [Fecha de consulta 05.10.2020]).

³⁸ Cfr. <https://compraspublicas.consultahacienda.cl/> (Fecha de consulta el 07.01.2021, a las 15:30 hrs.). El 29 de marzo de 2021, ya finalizada la revisión de este artículo, el Gobierno presentó un Proyecto de Ley que modifica diversos aspectos de la LBCASPS (Boletín 14137-05) y que, de acuerdo con lo planteado en la señalada consulta pública, amplía su ámbito de aplicación subjetivo (y en alguna medida objetivo). Por razones de tiempo y espacio, sin embargo, debemos dejar su análisis para otra oportunidad.

³⁹ Así PÉREZ, 2013, quien objeta la exclusión de entidades de derecho privado que integran el sector público o que, siendo ajenas a él, son verdaderos instrumentos de aquel. De todas formas, una reforma legal debiera examinar con detención la situación de las empresas públicas y su competitividad, problema que puso de relieve la demanda que interpuso CODELCO contra CGR por un informe de fiscalización en que esta le aplicó los arts. 9° de la LBGAE y 4° de la LBCASPS. La sentencia de primera instancia Rol C-19357-2017, del 25° Juzgado Civil de Santiago, rechazó esta demanda respaldando el actuar de CGR, pero probablemente será apelada.

enfoque orgánico característico de nuestro derecho administrativo⁴⁰ e integrar el derecho común de lo público⁴¹, aún por construir en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2003: *Historia de la Ley Nº 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios*. Valparaíso.
- BULNES, Luz, 1982: "Leyes de bases y potestad reglamentaria en la Constitución de 1980", en *Revista de Derecho UCV* VI, 1982, pp. 133-153.
- COMISIÓN NACIONAL DE ÉTICA PÚBLICA, 1996: "Informe Sobre la Probidad y la Prevención de la Corrupción (1994)", en *Revista de Ciencia Política* Vol. 18 Nº 1-2, pp. 202-247.
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL CONTRA LOS CONFLICTOS DE INTERÉS, EL TRÁFICO DE INFLUENCIAS Y LA CORRUPCIÓN, 2015: Informe Final.
- JARA S., Jaime, 2008: "La garantía jurídica de la unidad del procedimiento administrativo en la Ley Nº 19.880", en *Revista de Derecho Público* Nº 70, p. 287-311.
- MARIENHOFF S., Miguel, 1998: *Tratado de Derecho Administrativo*, T. III-B, reimpr. 4ª ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- MEYER, David y FATH, Jean, 2002: "Evaluación de las contrataciones públicas en Chile", en *Reforma del Estado, V. II: Dirección Pública y Compras Públicas*, Valdés P., Salvador, pp. 543-05, Santiago: Centro de Estudios Públicos.
- MOLINA G., Hernán, 1987: "La distribución de materias entre el dominio legal y el reglamentario", en *XVIII Jornadas Chilenas de Derecho Público*, Facultad de Derecho U. de Concepción, pp. 31-37.
- MORAGA K., Claudio, 2019: *Contratación Administrativa*, 2ª ed. Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- OECD, 2009: *La integridad en la contratación pública. Buenas prácticas de la A a la Z* (traducción de Isabel Sánchez G.). Madrid: INAP.
- PÉREZ G., Dorothy, 2013: "Extensión del ámbito de aplicación de la Ley de Compras Públicas, un desafío pendiente", en *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*, Bocksang H., Gabriel, y Lara A., José L. (coords.), Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 481-508.
- RAJEVIC M., Enrique, 2009: "Las agendas de probidad de los gobiernos de la Concertación: entre la realidad y el deseo", en *Buen Gobierno y Corrupción. Algunas Perspectivas*, Romero G., Juan, et. al (edits.), Santiago de Chile: Derecho UC, pp. 159-225.
- VALDIVIA O., José, 2018: *Manual de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- VERGARA B., Alejandro, 2013: "Eficacia normativa, transparencia y (nuevo) fracaso del silencio positivo en la Ley de Bases del Procedimiento Administrativo", en *Procedimiento Administrativo y Contratación Pública*, Bocksang H., Gabriel, y Lara A., José L. (coords.), Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 257-287.
- ZÚLIGA U., Francisco, et al., 2017: *Ley Nº 19.886. Jurisprudencia judicial y administrativa*, 2ª ed. Santiago de Chile: Thomson Reuters.

⁴⁰ VALDIVIA, 2018, pp. 36-37.

⁴¹ Al modo del inciso 8º del artículo 4º de la LBCASPS, que extiende determinadas prohibiciones para suscribir contratos administrativos a ... *ambas Cámaras del Congreso Nacional, a la Corporación Administrativa del Poder Judicial y a las Municipalidades y sus Corporaciones, respecto de los Parlamentarios, los integrantes del Escalafón Primario del Poder Judicial y los Alcaldes y Concejales, según sea el caso*. La minuta de posición de la consulta pública del anteproyecto de reforma de la LBCASPS tiene señales en este sentido (*supra* nota 33, p. 11).

Normas citadas

- LEY N° 19.886, de bases de los contratos administrativos de prestación de servicios y suministro, publicada el 30 de julio de 2003.
- D.F.L. N° 1/19.653 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicado el 17 de noviembre de 2001.
- LEY N° 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.
- D.F.L. N° 1/2006 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicado el 26 de julio de 2006.
- DFL N° 900/1996 que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del D.F.L. N° 164 de 1991, Ley de Concesiones de Obras Públicas, publicada el 18 de diciembre de 1996.
- LEY N° 16.391, Orgánica del MINVU, publicada el 16 de diciembre de 1965.
- LEY N° 19.718, crea la Defensoría Penal Pública, publicada el 10 de marzo de 2001.
- LEY N° 19.865, Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, publicada el 1 de abril de 2003
- LEY N° 20.141, de Presupuestos del Sector Público para el año 2007, publicada el 14 de diciembre de 2006.
- LEY N° 20.238, modifica la Ley N° 19.886, publicada el 19 de enero de 2008.
- LEY N° 20.355, modifica el artículo 66 de la Ley N° 18.695, Orgánica Constitucional de Municipalidades, publicada el 25 de junio de 2009.
- LEY N° 20.481, de Presupuestos del Sector Público para el año 2011, publicada el 18 de diciembre de 2010.
- D.L. N° 1.608/1976, dicta normas para implantar la segunda etapa de la carrera funcionaria y otras disposiciones, publicado el 7 de diciembre de 1976.
- D.F.L. N° 850/1997, texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Orgánica del Ministerio de Obras Públicas y del D.F.L. N° 206/1960, sobre construcción y conservación de caminos, publicada el 25 de febrero de 1998.
- D.F.L. N° 1/1999, traspasa personal de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado, publicado el 30 de diciembre de 1999.
- D.F.L. N° 1/2000, traspasa personal de la Dirección de Aprovisionamiento del Estado al Servicio de Impuestos Internos, publicado el 29 de marzo de 2000.
- D.S. N° 156/1990, del MTT, reglamenta revisiones técnicas y la autorización y funcionamiento de las plantas revisoras, publicado el 29 de noviembre de 1990.
- D.S. N° 98/1991, MINHAC, establece modalidades a que deberá ajustarse la celebración de convenios que involucren la prestación de servicios personales, publicado el 19 de marzo de 1991.
- D.S. N° 48/1994, MOP, que aprueba el Reglamento para Contratación de Trabajos de Consultoría, publicado el 9 de septiembre de 1994.
- D.S. N° 956/1997, MOP, publicado el 20 de marzo de 1999.
- D.S. N° 1.312/1999, MINHAC, que establece sistema de información de compras y contrataciones públicas, publicado el 26 de noviembre de 1999.
- D.S. N° 495/2002, Ministerio de Justicia, aprueba el Reglamento de Licitaciones y Prestación de la Defensa Penal Pública, publicado el 19 de agosto de 2002.
- D.S. N° 236/2002 que aprueba las bases generales reglamentarias de contratación de obras para los SERVIU, publicado el 1 de julio de 2003.
- D.S. N° 132/2003, reglamenta Sistema de Financiamiento Urbano Compartido, publicado el 30 de agosto de 2003.

- D.S. Nº 250/2004, MINHAC, aprueba reglamento de la Ley Nº 19.886 de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicado el 24 de septiembre de 2004.
- D.S. Nº 75/2004, MOP, deroga Decreto Nº 15, de 1992, y aprueba Reglamento para Contratos de Obras Públicas, publicado el 1 de diciembre de 2004.
- D.S. Nº 1.763/2009, MINHAC, modifica Decreto Nº 250, de 2004, que aprueba reglamento de la Ley Nº 19.886, de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicado el 6 de octubre de 2009.
- RESOLUCIÓN Nº 38/2003, Defensoría Penal Pública, Formaliza las Bases Administrativas Generales de Licitaciones de Defensa Penal Pública, publicada el 17 de enero de 2003.
- LEY 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, publicada el 27 de noviembre de 1992 (España).
- LEY 13/1995, de Contratos de las Administraciones Públicas, publicada el 19 de mayo de 1995 (España).

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de enero de 1999, Rol Nº 282-98
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 26 de abril de 1997, Rol Nº STC 254/1997.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 22 de noviembre de 1999, Rol Nº 299-99.
- 25º JUZGADO Civil de Santiago, sentencia de 9 de septiembre de 2020, rol C-19357-2017.
- GGR, Dictamen Nº 38.839/1976.
- GGR, Dictamen Nº 11.495/2000.
- GGR, Dictamen Nº 57.288/2003.
- GGR, Dictamen Nº 59.540/2003.
- GGR, Dictamen Nº 21.607/2004.
- GGR, Dictamen Nº 34.883/2004.
- GGR, Dictamen Nº 59.566/2004.
- GGR, Dictamen Nº 53.462/2005.
- GGR, Dictamen Nº 7.241/2007.
- GGR, Dictamen Nº 46.834/2007.
- GGR, Dictamen Nº 47.561/2008.
- GGR, Dictamen Nº 75.571/2010.
- GGR, Dictamen Nº 35.340/2011.
- GGR, Dictamen Nº 35.844/2012.

Protestas, pandemia y salud: manera, tiempo y lugar

*Domingo Lovera Parmo**

*The shops are locked, the businesses closed,
the courts and the lawyers dragged away, prostrating the laws.
Niccolò Machiavelli, Pistola fatta per la peste lorenzo
a' Girolamo di Maestro luca in Villa***

RESUMEN

En el contexto de la pandemia se han decretado varias medidas restrictivas de las libertades. El derecho a la protesta no ha sido la excepción. En términos generales, los Estados han echado mano al peligro que la transmisión del virus acarrea para la salud, para imponer fuertes restricciones a las reuniones públicas. Este trabajo revisa algunas sentencias del derecho comparado, a efectos de anotar que los tribunales, al evaluar la constitucionalidad de esas medidas, llaman la atención sobre el respeto a los derechos involucrados. La proporcionalidad de las medidas —han sostenido esos tribunales— debe evaluarse incluso en contextos de pandemia. Esto que parece obvio —a final de cuentas, la proporcionalidad suele utilizarse para evaluar medidas que regulan derechos y libertades—, debe destacarse en momentos en que el miedo, como enseña la historia y quizá nuestra propia jurisprudencia reciente, nos lleva a recepcionar estas medidas de forma acrítica.

Protestas; Covid-19; restricciones de derechos

Protests, pandemic and health: manner, time and place

ABSTRACT

In the context of the pandemic, States have enacted multiple measures that restrict rights and liberties. The right to protest has not been the exception, with States alluding to the dangers the virus poses to health in order to impose heavy restrictions on public gatherings. This article examines a number of judicial decisions from different jurisdictions, to show how courts call on governments to respect affected rights when reviewing the constitutionality of such measures.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho, Columbia University, Estados Unidos. Doctor en Derecho, York University, Canadá. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3601-096X>. Correo electrónico: domingo.lovera@udp.cl

Artículo recibido el 15.9.2020 y aceptado para su publicación el 8.4.2021.

** Reproducida en LONDON, 2013, p. 179.

Even in times of pandemic, the article shows courts find that the proportionality of regulations may be judicially assessed. Although this line of reasoning may appear obvious –it is a standard globally resorted to review rights limitations–, it needs to be highlighted in times when fear, as history and our own recent jurisprudence show us, may lead to uncritically accept these restrictions.

Protest; Covid-19; rights restrictions

I. INTRODUCCIÓN

La expansión mundial del Covid-19 ha trastocado todas las actividades. La mayoría de ellas se han visto restringidas y sometidas a severas regulaciones gubernativas. La obligación de permanecer en casa, el cierre de locales de atención al público y la restricción de acceso a lugares que permitan la reunión simultánea de personas, han sido todas medidas adoptadas con el objetivo de “aplanar la curva”. Las protestas, esas reuniones esporádicas que tienen lugar en el espacio público, no han sido la excepción¹.

Este trabajo se centra en estas últimas por tratarse el derecho de reunión no solo uno más que ha resultado afectado por las regulaciones, sino el que ha sido su objeto de atención principal². Las regulaciones adoptadas en el contexto de la crisis sanitaria, en efecto, se han dirigido especialmente contra las actividades que tiene lugar en el espacio público, que ha terminado severamente constreñido³. Mientras las consecuencias a largo plazo de esas restricciones están por verse⁴, acá se propone la revisión exploratoria de las sentencias más relevantes de tribunales de jurisdicciones comparadas adoptadas a propósito de la realización de las protestas. Para efectos de esta exploración, todas las jurisdicciones citadas comparten un mismo tipo de arreglo institucional: mecanismos de control judicial de emergencia habilitados para escrutar el respeto a los derechos fundamentales por parte de las medidas adoptadas para el resguardo de la salud pública. Esto está lejos de ser una novedad en nuestra propia tradición⁵. Este estudio cualitativo preliminar⁶, limitado en su alcance y que necesitará futuro complemento, permitirá iluminar la discusión que se instaló con la pandemia: ¿bastan solo las consideraciones de salud pública a la hora de escrutar las regulaciones a que son sometidos los derechos en situaciones de emergencia sanitaria?

¹ De acuerdo con el art. 43 inc. 3° del texto constitucional, la declaración del estado de excepción constitucional de catástrofe –decretado en Chile en marzo de 2020–, habilita al Presidente de la República para restringir las libertades de locomoción y de reunión.

² BETHKE y WOLFF, 2020, p. 372.

³ BETHKE y WOLFF, 2020.

⁴ HONEY-ROSÉS *et al.*, 2020, p. 4.

⁵ Así, este trabajo no apunta a trasplantar “ideas constitucionales”, sino a observar la forma en que diferentes jurisdicciones han resuelto problemas comunes echando mano a arreglos institucionales similares. TUSHNET, 2008, pp. 14-5.

⁶ Se trata de una comparación funcional de la revisión judicial de medidas regulatorias de la protesta en contextos de pandemia, en los términos de JACKSON, 2012, pp. 62-5.

La respuesta a esta pregunta dista de ser obvia⁷. Nuestra experiencia, así como la comparada⁸, muestra que en general ha existido una falta de atención a cualquier otra consideración diferente a las sanitarias y el uso de poderes de emergencia a la hora de evaluar las medidas de las autoridades⁹. Se ha sugerido que ha sido el caso de nuestras cortes, también. Una pesquisa inicial realizada en el buscador Legal Publishing, utilizando el término “COVID-19” para identificar sentencias entre el 1 de enero y 4 de septiembre de 2020, arrojó 29 acciones de protección presentadas al respecto. De ellas, si se seleccionan solo las intentadas en contra de órganos del Estado y a propósito de las medidas adoptadas en contexto de pandemia, se acogieron 2 y se rechazaron 12. Es cierto que varias de las acciones rechazadas solicitaban restricciones antes que cuestionar las impuestas. De todas formas, desde un punto de vista sustantivo en todas esas sentencias puede anotarse una actitud particularmente deferente para con las autoridades. En general los tribunales reiteraron que, “no obstante, habiéndose declarado por el Presidente de la República el Estado de Catástrofe en todo el territorio nacional, es manifiesto que el mérito, oportunidad, conveniencia y eficacia de tales medidas queda radicado de manera privativa en las autoridades recurridas, toda vez que responden a la ejecución de una política pública de orden sanitario” (cons. 2º)¹⁰.

¿A qué puede deberse esta actitud especialmente deferente frente a las restricciones de derechos? La historia nos muestra que estos son escenarios que se han repetido anteriormente¹¹. Cómo entonces, la pandemia, fue capaz de generar un escenario de pánico que nos empujó a recibir de forma poco crítica estas restricciones¹². De paso, los Estados encontraron en ese miedo campo fértil para proceder a establecer intensas regulaciones al ejercicio de derechos (Chile va a enterar un año sujeto a toques de queda nocturnos)¹³, lo que está lejos de ser una moda solo en países con débiles credenciales democráticas¹⁴.

⁷ Para entender esto el contexto es crucial. Solo por poner un ejemplo: mientras en el último tiempo proliferaba la aprobación e implementación de leyes que castigaban incluso penalmente el uso de máscaras en protestas, utilizadas como objeto de resistencia, hoy las regulaciones –con esas leyes aún vigentes– requieren su uso. KWOK, 2021.

⁸ En efecto, las regulaciones que han seguido a la pandemia parecen haber conferido escaso peso a los derechos y las libertades constitucionales, relegadas a un segundo plano frente a los beneficios sanitarios. PRIEL, 2020, pp. 538-41. Algunos autores han señalado que la protección de la salud pública y el respeto de las demás libertades se ha transformado en un verdadero dilema en el contexto de la pandemia. CHIA OYENIRAN, 2020; KAMPMARK, 2020, pp. 1-2.

⁹ Esto, desde luego, dista de ser solo una tendencia nacional. SCHEPPELE, 2008, 177.

¹⁰ El ejemplo, casi invariable en varias decisiones, está tomado de Corte Suprema, 3.08.20, rol 62897-2020 cons. 2º. Un análisis respecto de la particular deferencia de nuestros tribunales, acaso provocada por una estrecha lectura de la disposición del art. 45 inc. 1º CPR, puede encontrarse en CORDERO, 2020.

¹¹ Y no con los mejores resultados para el respeto de los derechos. ALTSHULER, 2020.

¹² Durante una crisis sanitaria se desarrolla una mayor tendencia al conformismo y la obediencia. PARRY *et al.*, 2020, p. 1. Un estudio conducido en plena pandemia mostró que el mayor predictor de conformidad con las regulaciones era el miedo a contraer el virus. HARPER *et al.*, 2020.

¹³ Como se ha advertido, las regulaciones se han visto favorecidas por un cierto escenario de excepción que las autoridades, echando mano a un lenguaje de confrontación, han construido. SPADARO, 2020, p. 317.

¹⁴ BETHKE y WOLFF, 2020, pp. 364-8.

Esto es lo que advirtió el comité de expertos de Naciones Unidas cuando llamó a los Estados a no dejar de observar un enfoque de respeto a los derechos en la imposición de las medidas¹⁵. Otro tanto la Comisión Interamericana de Derechos Humanos¹⁶. ¿Acaso las doctrinas de derecho constitucional que hemos desarrollado a lo largo de los años no se aplican en estas circunstancias?¹⁷

Para cumplir con lo prometido, este trabajo se inicia (II) con una breve referencia a la relevancia político-constitucional de las protestas. Como se dirá luego, (III) esto se extiende a los momentos de zozobra sanitaria, en los que la ciudadanía sigue cumpliendo un rol crucial al mantener su rol vigilante. Finalmente, se reserva (IV) la última sección para abordar las decisiones judiciales relativas a la realización de protestas y que se han dictado en el contexto de la pandemia y de las regulaciones a las que generalmente es sometida la protesta. Como se ha advertido ya, esto se hace para ilustrar la forma en que algunos tribunales han traído a la mesa otras consideraciones que las de las solas razones sanitarias.

II. LA RELEVANCIA DEL DERECHO A LA PROTESTA

Como ha señalado Nadia Urbinati, la democracia representativa es un gobierno de dos soberanas¹⁸. Una de ellas es la soberana de la voluntad democrática que se expresa por medio de procedimientos formales y regulados¹⁹. La formación de las leyes es una de las formas en que esa soberana habla. La otra soberana es la de la opinión pública, que concurre a conferir legitimidad a la democracia representativa²⁰. La opinión pública, a diferencia de la voluntad democrática, se construye fuera de las instancias formales. Ambas soberanas gobiernan en la democracia representativa, se influyen mutuamente y traban un equilibrio dinámico al que comparecen en una misma posición²¹, aunque sin confundirse²².

La protesta es una de las formas con las que la ciudadanía concurre a la formación de la opinión pública. Es una forma de discurso público y de aparición política por medio de la que existencias que de otro modo estarían silenciadas, se instalan en el espacio público para constituirse en actores políticos²³. El derecho, anotando que las protestas

¹⁵ United Nations - Office of the High Commissioner of Human Rights, 2020.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2020.

¹⁷ WILEY y VLADECK, 2020, p. 180; JOSEPH, 2020, p. 254. Esta misma pregunta se hizo, respondiéndola de forma negativa, la Corte Suprema de Estados Unidos al resolver acerca de restricciones al uso de los templos para el ejercicio de cultos en tiempos de pandemia. Corte Suprema de Estados Unidos, 25.11.20, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo*, p. 5.

¹⁸ URBINATI, 2014.

¹⁹ URBINATI, 2014, p. 22.

²⁰ URBINATI, 2014, p. 27.

²¹ GUINIER y TORRES, 2014, p. 2749.

²² SCHMITT, 2008, pp. 271, 275.

²³ BUTLER, 2015, pp. 9-11.

son una forma de discurso público por medio de las que la ciudadanía alienta algunas veces y coteja otras las decisiones institucionales, brinda protección constitucional a estas formas de aparición. Así, la libertad de expresión²⁴ y el derecho de reunión²⁵ suelen concurrir a configurar un derecho positivo a la protesta²⁶. Diversos tribunales así lo han reconocido.

Por ejemplo, la Corte Federal alemana señaló en el caso *Brokdorf* que “el derecho de los ciudadanos a participar en la formación de la voluntad política no solo se expresa votando en las elecciones, sino también ejerciendo influencia en el proceso continuo de formación de la opinión política, la que en un Estado democrático debe ser libre, abierta, sin regulaciones y en principio ajena a la intervención estatal²⁷. La Corte Suprema de Chile, por su parte, sostuvo que la protesta “puede ser relevante para generar debates en la opinión pública”²⁸. En Canadá, la Corte Suprema ha argumentado que las protestas se basan en un conjunto de derechos fundamentales que representan valores básicos de una democracia²⁹. A fines de 2018, la Corte Constitucional de Sudáfrica advirtió que la protesta es esencial en democracias como la nuestra (y *la nuestra*), en la medida que confiere voz a la sociedad civil para “influir en el proceso político...”³⁰. También en 2018, la Corte Constitucional colombiana afirmó que “la reunión y la manifestación pública y pacífica son derechos fundamentales [que] fortalece[n] el principio democrático en el sistema constitucional actual”³¹.

¿Qué es lo que indican todas estas sentencias? Que las protestas contribuyen a la legitimidad de las decisiones políticas al abrir la política a la participación ciudadana más allá del momento autoritativo del voto³², colaborando a la realización del ideal del autogobierno. Como lo enfatizara la Corte Constitucional de Sudáfrica, “[l]a democracia participativa es de especial importancia para aquellos sectores de la comunidad que se encuentran relativamente desempoderados en un país como el nuestro, donde existe una gran disparidad de riqueza e influencia”³³.

La protesta no solo contribuye al ideal de realización del autogobierno en general, sino que para ciertos grupos sociales es *la* forma que les permite tener voz. Así ha razonado la Corte Constitucional de Colombia: las protestas “contribuye[n] a disminuir el déficit de representación de muchos sectores de la sociedad colombiana y busca ‘llamar

²⁴ Véase, por todos, BARENDT, 2007, pp. 268 y ss. Para el caso chileno LOVERA, 2015, pp. 99-119.

²⁵ Por todas, SALÁT, 2015. Para el caso chileno, LOVERA, 2020.

²⁶ Una excepción reciente la representa el Tribunal Constitucional del Perú, que lo reconoció como un derecho autónomo e implícito. Tribunal Constitucional de Perú, 3.07.2020, expediente 00009-2018-PI/TC.

²⁷ He tomado la traducción de SCHWABE, 2003, p. 195.

²⁸ Corte Suprema, 4.11.2014, rol 23.540-2014, cons. 6°.

²⁹ Corte Suprema de Canadá, 24.01.2002, *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.*, pár. 32.

³⁰ Corte Constitucional de Sudáfrica, 19.11.2018, *Mlungwana and Others v S and Another*, pár. 63.

³¹ Corte Constitucional de Colombia, 7.03.2018, sentencia C-009/18, pár. 31.

³² URBINATI, 2011.

³³ Corte Constitucional de Sudáfrica, 17.08.2006, *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others*, pár. 115.

la atención de las autoridades y de la opinión pública sobre una problemática específica y sobre las necesidades que ciertos sectores, en general minoritarios, para que sean tenidos en cuenta por las autoridades”³⁴.

En resumen, la razón de fondo por la que estas diferentes cortes, incluida la nacional, protegen las protestas, descansa, en primer término, en el hecho de que se trata de una forma de ejercicio de derechos y libertades fundamentales. Pero no solo se trata de ejercicio de derechos en general, sino que de uno que permite a las personas tomar parte del autogobierno. De allí que su protección resulte crucial; su resguardo permite “salvaguardar el proceso comunicativo por medio del cual la opinión pública se forma, de modo de asegurar la integridad del gran proceso por medio del cual la opinión pública se transforma en voluntad pública, la ley”³⁵. Algunas veces la participación en ese proceso comunicativo tomará la forma de discursos y escritos. Otras, la de piquetes, quema de banderas y carnavales³⁶.

III. ¿PROTESTAR DURANTE LA PANDEMIA?

En la primera parte de este trabajo se han expuesto las razones que en general concurren a justificar la protección constitucional de las protestas. ¿Perviven esas razones en un contexto de pandemia como el que atravesamos? Los tribunales cuyas decisiones más abajo se revisan, no han dudado en enfatizar ese crucial papel que las protestas pueden desarrollar en una democracia representativa. Incluso en contextos de crisis sanitaria. Como las protestas son una forma de ejercicio de derechos, entonces las autoridades, por acuciantes que sean las circunstancias, no pueden sin más obviar el carácter democrático fundamental de las mismas.

Así lo sostuvo la Corte Suprema de New South Wales en Australia, la que resolviendo una petición de las autoridades policiales para prohibir una protesta convocada en solidaridad al movimiento *Black Lives Matter* (BLM), advirtió que ese interés público no puede sencillamente tornarse invisible: “[l]a corte reconoce el fuerte interés público comprometido en cualquier expresión de opinión pública relativa a este asunto [el asesinato y las consecuencias del racismo en la acción policial]”³⁷.

El Consejo de Estado francés sostuvo un razonamiento similar al sostener que “su ejercicio, en particular a través de la libertad de manifestación o de reunión, es una condición de la democracia y una de las garantías del respeto de otros derechos y

³⁴ Corte Constitucional de Colombia, 7.03.2018, Sentencia C-009/18, párr. 33.

³⁵ POST, 2012, p. 14.

³⁶ POST, 2012, p. 15. Defendiendo una configuración no elitista de la libertad de expresión, véase, LOVERA, 2010.

³⁷ Corte Suprema de New South Wales, 3.07.2020, *Commissioner of Police v Gray*, párr. 60.

libertades que también constituyen libertades fundamentales en el sentido de ese artículo, como la libertad sindical³⁸.

En Alemania, un tribunal administrativo en Berlín razonó que “[d]ebido a la especial importancia de la libertad de reunión garantizada por los derechos fundamentales (...) para el funcionamiento de la democracia, su ejercicio solo puede ser restringido para proteger otros intereses jurídicos de igual valor, observando estrictamente el principio de proporcionalidad”³⁹.

Ahora bien, no se trata de resguardar constitucionalmente las protestas porque se refieran a asuntos de índole político a pesar de que se atravesase un período de emergencia sanitaria; sino que especialmente por ello. Una de las razones que aconseja mantener un ánimo especialmente vigilante a pesar del contexto de emergencia, entonces, es el hecho de que las crisis sociales, sanitarias y de otro orden suelen constreñir la disputa democrática y el disenso⁴⁰. Son tiempos, de hecho, en los que en general la crítica se aporrea en favor de una pretendida unidad.

Así lo ha advertido Roberto Gargarella, en una variante de un argumento que podemos remontar al premio Nobel de economía Amartya Sen⁴¹. “Con el paso del tiempo, aprendimos también que algunos de esos derechos requieren de una protección todavía más especial”. Y ello es así, dice Gargarella, “porque los mismos nos permiten ‘mantener a salvo todos los demás derechos’. De allí que pueda verse al derecho a criticar a quienes están en el poder como el ‘derecho de los derechos’”⁴². En efecto, retomando a Sen, esto parece ser especialmente cierto en tiempos donde suele imponerse sobre cualquier otra variable un reclamo al saber experto (que no afirmo que no exista) y que en términos constitucionales trae de la mano una consiguiente restricción de derechos como si no existiera ninguna otra consideración que realizar⁴³.

Nada de lo que acá se ha dicho supone que el derecho a la protesta (o cualquier otro derecho y libertad) deba triunfar sobre cualquier otra consideración. Más bien se trata de enfatizar, en conjunción con las razones expresadas en la primera parte de este trabajo, que las medidas de regulación de derechos y libertades deben ser cotejadas con otros factores. Contrario a lo que un acercamiento descuidado pudiera sugerir, lo que la pandemia ha mostrado, justamente, es no solo cómo ella coloca en riesgo derechos como la protección de la salud y la vida. Sino que, en especial, “cómo los derechos humanos

³⁸ Consejo de Estado de Francia, 13.06.2020, *M. A... Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, párr. 10.

³⁹ Tribunal Administrativo de Berlín, 28.08.2020, 1 L 296/20, párr. II.1.

⁴⁰ PARRY *et al.*, 2020, p. 4.

⁴¹ Sen se pregunta, “[p]or qué preocuparse de cosas finas como las libertades políticas si hay cosas tan gruesas como las acuciantes necesidades económicas?”. Sen, 2000, p. 184.

⁴² GARGARELLA, 2020.

⁴³ SEN, 2013, p. 8.

son interdependientes mientras al mismo tiempo reflejan intereses contrapuestos que a veces es difícil reconciliar⁴⁴. Pero cuya fricción no debemos esconder⁴⁵.

Así, la pandemia no solo no ha podido esconder los reclamos políticos y sociales que venían desde antes⁴⁶, más bien ha profundizado el carácter autoritario de algunos gobiernos, exacerbando las desigualdades raciales y hecho más evidente la brecha entre quienes tienen acceso a bienes esenciales, como la salud, y quienes no⁴⁷. Probablemente el caso más evidente lo representan las protestas raciales por el asesinato del ciudadano afroamericano George Floyd⁴⁸. Estas protestas son especialmente importantes porque, a diferencia de los reclamos que llamaban a deponer las movilizaciones para enfrentar “juntos” la pandemia, lo que esas protestas hacían era justamente llamar la atención acerca de cómo incluso el enfrentamiento de la crisis estaba dejando atrás a las mismas personas que ya se venían dejando atrás⁴⁹. Pedirles a esos grupos sociales colocar las protestas entre paréntesis equivale a demandar solidaridad a quienes estaban siendo más severamente afectados⁵⁰.

En Portugal, por ejemplo, puede mencionarse el conflicto social por el acceso a la vivienda. El reclamo que se había trabado a partir de la formación de coaliciones sociales que reclamaban por el derecho de acceso a la vivienda en medio de la apertura comercial del país para atraer el turismo se mantuvo y agudizó durante la pandemia. ¿Dónde realiza uno la cuarentena, pregunta Mendes, si no hay un hogar al que ir?⁵¹ Otro tanto pudimos ver en Chile con las que podríamos denominar protestas del hambre. ¿Qué motivó la toma de las calles? La falta de previsión y la tardía reacción en la adopción de medidas capaces de paliar las necesidades económicas. La nueva normalidad de las restricciones sanitarias se encontraba, así, con la “vieja precariedad”⁵².

En otras palabras, las medidas adoptadas por la autoridad durante la pandemia, y sus consecuencias, hicieron evidente la solapada precariedad general de nuestros Estados y de paso agudizaron conflictos sociales que se venían desarrollando previamente y que con la pandemia estuvieron lejos de descansar. Frente a estas carencias no importa si el escenario es uno de pandemia. Precisamente porque es uno tal que esos reclamos se vuelven más acuciantes que antes y reclaman el recurso al repertorio de acciones que, como la

⁴⁴ SPADARO, 2020, p. 318.

⁴⁵ Con notable claridad, de hecho, se ha mostrado cómo parte de los problemas que ha evidenciado la pandemia dicen relación no solo con la sobrerregulación a la que se ha echado mano y que ha afectado derechos y libertades. Sino que, lo que solo hace compleja las cosas, cómo también parte de los reclamos que la interdependencia de los derechos exhibe apunta al poco alcance de las medidas ejecutivas. POZEN y SCHEPPELE, 2020.

⁴⁶ Aunque nuevos repertorios se han desarrollado. ISMANGIL y LEE, 2020; DELLA PORTA, 2020.

⁴⁷ KOWALEWSKI, 2020, p. 1.

⁴⁸ Como veremos más abajo, varias de las sentencias que se revisarán responden a protestas en solidaridad con el movimiento *Black Lives Matter*.

⁴⁹ GIBSON *et al.*, 2020.

⁵⁰ DOUGLAS, 2020, pp. 206-7.

⁵¹ MENDES, 2020.

⁵² GIMINIANI *et al.*, 2020, pp. 3-4.

protesta, permiten visibilizar las demandas frente a las autoridades⁵³. Las protestas, en este caso, desmontan la creencia de que las medidas tendrían un impacto simétrico en todas las personas⁵⁴. Para retomar las palabras de Douglas, para esos grupos las protestas, no obstante el contexto, “no era una cuestión de elección, sino una necesidad —una cuestión de vida o muerte—”⁵⁵.

Mientras la evidencia indica que las medidas de restricción de movilidad han sido y son una herramienta útil en el control de la expansión de las enfermedades, las medidas mismas han sido siempre controvertidas y han estado acompañadas de sospecha, debates éticos, jurídicos y políticos. De allí que las cuarentenas y otras medidas de restricción de movilidad demanden, precisamente por su naturaleza intrusiva, “atención vigilante para evitar prejuicios e intolerancia”⁵⁶. La confianza pública, finalmente, así como el orden público⁵⁷, deben obtenerse sobre la base de procedimientos informados “regulares, transparentes y con una comunicación comprensiva que pueda balancear los riesgos y los beneficios de las intervenciones de las autoridades sanitarias”⁵⁸.

IV. LA EVALUACIÓN JUDICIAL DE LA REGULACIÓN DE LA PROTESTA EN PANDEMIA

El derecho a la protesta, como cualquier otro, está sujeto a regulaciones⁵⁹. En su caso particular, esas regulaciones, ya sea que se dispongan en las mismas disposiciones constitucionales que reconocen el derecho de reunión, ya sea que vengan impuestas por otras consideraciones, llevan el nombre de restricciones de manera, tiempo y lugar (MTL). Las regulaciones de tiempo establecen limitaciones a la hora y días en que pueden desarrollarse las protestas⁶⁰. Las regulaciones de lugar, probablemente porque como “un escenario teatral, los lugares llevan o están llenos de significado”, establecen limitaciones relativas a los espacios en que es posible protestar⁶¹. Las regulaciones de manera, finalmente, se refieren a la forma en que deben desarrollarse las protestas, más allá del deber de ser pacíficas. Como añade Salát, se trata de regulaciones relativas al uso de símbolos en espacios públicos, al ruido y otras formas de disrupción que pueden generar las reuniones en los espacios públicos⁶². La literatura especializada las ha recibido de manera ambivalente. Una parte las celebra en la medida que ellas le indican al Estado

⁵³ BUTLER, 2020, pp. 27-33.

⁵⁴ La idea está tomada de MENDES, 2020, p. 324. A nivel nacional, REYES, 2020.

⁵⁵ DOUGLAS, 2020, p. 209.

⁵⁶ TOGNOTTI, 2013, pp. 258-259.

⁵⁷ REICHER y STOTT, 2020, pp. 695-7.

⁵⁸ TOGNOTTI, 2013, p. 259; CHIA y OYENIRAN, 2020, p. 2.

⁵⁹ Por todos, véase PREUSS, 2012, p. 952.

⁶⁰ SALÁT, 2015, p. 194.

⁶¹ SALÁT, 2015, p. 254.

⁶² SALÁT, 2015, p. 200.

que las protestas no deben reprimirse, sino regularse invitando a sus protagonistas a participar de su establecimiento⁶³. Además, se trataría de regulaciones que prescindan del contenido de los mensajes que desean promover sus organizadores⁶⁴. Otra, en cambio, las critica, en la medida que ellas han venido a significar en la práctica la domesticación de las (otrora disruptivas) apariciones públicas⁶⁵.

¿Puede considerarse la salud pública, en el contexto actual, como un criterio para hacer más estrictas estas regulaciones?⁶⁶. En la práctica, este ha sido un giro necesario en el contexto de la pandemia. Esta última sección muestra la forma en que algunos tribunales del derecho comparado han enfrentado este verdadero dilema⁶⁷.

El marco inicial lo ofrece con especial claridad una sentencia del Consejo de Estado francés, que al resolver demandas judiciales que reclamaban contra la estrictez de las medidas, advirtió que:

[e]n el actual período de estado de emergencia sanitaria, corresponde a las diversas autoridades competentes adoptar, con miras a salvaguardar la salud de la población, todas las medidas susceptibles de prevenir o limitar los efectos de la epidemia. Esas medidas, que pueden restringir el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, deben ser, en esa medida, necesarias, apropiadas y proporcionadas al objetivo de salvaguardar la salud pública que persiguen⁶⁸.

Por ello, apuntar al contexto sanitario no es suficiente para exponer el dilema constitucional en su completitud. En la misma sentencia el Consejo señala que, dicha legítima preocupación estatal (un “objetivo constitucionalmente válido”, se lee allí) debe cotejarse con la libertad de expresión y comunicación, “una condición de la democracia...”⁶⁹.

⁶³ Este ha sido el caso de la sociología, SCHWEINGRUBER, 2000. Y también desde el mundo de los derechos humanos, INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE CHILE - ACNUDH, 2014, pp. 38-41, 52-55.

⁶⁴ Aunque esto es discutible si quienes recurren a la protesta son los grupos que –como los ejemplos en tiempos de pandemia han confirmado– se encuentran en las condiciones más desesperadas. La inclusión del principio de igualdad debiera tornar más estricto el escrutinio que se hace de estas medidas. LOVERA, 2021, pp. 350-2.

⁶⁵ MITCHELL, 2013.

⁶⁶ Algunas regulaciones constitucionales incluyen de manera expresa la protección de la salud pública como una causal de regulación del derecho de reunión, como el art. 38 de la constitución uruguaya. Otro tanto ocurre a nivel regional con el art. 15 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos e internacional con el art. 21 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el art. 11.2 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el art. 11 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos (Carta de Banjul). Allí donde no se dispone específicamente que la salud pública puede servir de base para regular las reuniones en lugares públicos, la expresión orden público podría ser (y ha sido, de hecho) utilizada como base para incluir en ella las preocupaciones por el cuidado de la salud.

⁶⁷ A diferencia de las colisiones regulares de derechos, quiero enfatizar el especial dilema que el contexto pandémico trae aparejado. CHIA y OYENIRAN, 2020.

⁶⁸ Consejo de Estado de Francia, *M. A... Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, pár. 8.

⁶⁹ Consejo de Estado de Francia, *M. A... Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, pár. 10.

Si la salud pública y el cuidado de la salud de los y las demás es un criterio constitucionalmente válido —un criterio objetivo, como señala el ente francés—, ¿es esta la única consideración que debe ponerse sobre la mesa? ¿Qué tan intensas son las medidas regulatorias que pueden adoptarse? ¿Pueden, por ejemplo, prohibirse en absoluto? ¿Basta con invocar la salud pública en términos generales?

1. *Las prohibiciones absolutas*

La Corte Constitucional Federal alemana ofrece un primer buen punto de partida. Sostuvo que no se respeta el derecho de reunión cuando se lo sujeta a una prohibición absoluta. En su concepto, hay importantes casos que merecen una cuidada consideración para lo que las autoridades poseen relevantes dosis de discrecionalidad que les permiten acomodar diversos intereses⁷⁰. La autoridad había fallado al evitar buscar un adecuado compromiso entre las medidas sanitarias y el derecho de los manifestantes⁷¹.

Otro tanto puede señalarse a propósito del debate francés. En Francia se aprobaron una serie de medidas legislativas que buscaban enfrentar la emergencia sanitaria. Una de ellas, que revalidaba el estado de emergencia sanitaria⁷², recibió complementación normativa en materia de reuniones públicas mediante un decreto que las prohibía si participaban más de 10 personas simultáneamente⁷³.

La medida fue cuestionada ante el Consejo de Estado. Según los recurrentes, la regulación debía suspenderse al no incorporar ninguna excepción a la prohibición de desarrollo de reuniones en espacios públicos. El Consejo accedió a la petición. Para ello, realizó un examen de proporcionalidad de la medida, concluyendo que el régimen de autorización que se había implementado no lo satisfacía. En sus palabras, la prohibición general y absoluta no puede considerarse “una medida necesaria y adecuada y, por tanto, proporcionada al objetivo de preservación de la salud pública que persigue...”⁷⁴. Estas mismas razones fueron invocadas más tarde cuando el mismo Consejo dejó sin efecto las medidas. A pesar de que la autoridad introdujo algunas modificaciones respondiendo a la sentencia del 13 de junio, seguía tratándose de una prohibición absoluta según el Consejo. Nada de esto, en todo caso, importa el incumplimiento de las medidas sanitarias que, como diré más adelante, pueden establecerse por medio de las regulaciones generales⁷⁵.

Estos exámenes consideraron dos factores adicionales que deben tomarse en cuenta. Primero, el contexto sanitario cuya determinación descansa en manos de las

⁷⁰ Corte Federal Constitucional de Alemania, 17.04.2020, 1 BvQ 37/20.

⁷¹ MATEOS, 2021, p. 5.

⁷² LOI N° 2020-546 du 11 mai 2020, prorogeant l'état d'urgence sanitaire et complétant ses dispositions.

⁷³ Décret N° 2020-663 du 31 mai 2020 prescrivant les mesures générales nécessaires pour faire face à l'épidémie de covid-19 dans le cadre de l'état d'urgence sanitaire.

⁷⁴ Consejo de Estado de Francia, M. A... *Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, pár. 17.

⁷⁵ Consejo de Estado de Francia, 26.07.2020, *Confédération Generale du Travail et autres Association SOS Racisme*.

autoridades sanitarias. No es lo mismo un escenario de alto contagio que uno de medio o bajo contagio. En segundo lugar, la comparación ¿Qué otras actividades similares (a las reuniones públicas) se restringen de la misma forma? La Corte Suprema de Estados Unidos rechazó levantar las medidas de restricción decretadas en California para el desarrollo de los cultos religiosos porque otras actividades seculares estaban sujetas a medidas igual o más estrictas. Además, sostuvo que los lugares tratados con menos restricciones recibían menos afluencia y permitían que las personas estuvieran con mayor distanciamiento⁷⁶. En el caso de las protestas propiamente tales, la Corte Suprema de New South Wales advirtió que debía mirarse “al momento en que una protesta vaya a tomar lugar [si existen] muchas otras actividades que importan la reunión de personas y que han sido permitidas”⁷⁷.

Un camino diferente tomó la Corte del Distrito Este de California, que aceptó la constitucionalidad de las medidas de prohibición absoluta de protestas producto de la pandemia.⁷⁸ Volveré acerca de esto más abajo, pero por ahora basta con señalar que la Corte sostuvo que se trataba de medidas adoptadas en el contexto de tiempos anormales (*abnormal circumstances*) y que ellas estaban relacionadas con la protección de la salud pública. Junto con insistir en la necesidad de estarse a la decisión de la autoridad sanitaria⁷⁹, indicó que había canales de comunicación alternativos a los que se podía echar mano, como las redes sociales⁸⁰. El Estado “busca suprimir el virus, no las reuniones expresivas”⁸¹.

El Tribunal Superior de Justicia de España también convalidó inicialmente la constitucionalidad de la prohibición absoluta⁸². Sostuvo que el derecho de reunión contempla el orden público como una hipótesis de limitación⁸³ y que ella incluía el resguardo de

⁷⁶ Corte Suprema de Estados Unidos, 29.05.2020, *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California et al.* En un caso posterior, aunque sin entregar razones, volvió a rechazar los reclamos de una iglesia frente a las restricciones. Los votos disidentes, sin embargo, reclamaron la escasa atención que se prestó a los demás espacios habilitados para el uso en condiciones menos estrictas que las que se establecían para las iglesias. Corte Suprema de Estados Unidos, 24.07.2020, *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.* Finalmente, en noviembre –en un caso citado más arriba– la misma Corte terminaría levantando las restricciones precisamente al comparar las regulaciones más relajadas que recibían otras actividades. Corte Suprema de Estados Unidos, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo*, pp. 3-4.

⁷⁷ Corte Suprema de New South Wales, *Commissioner of Police v Gray*, p. 66.

⁷⁸ Corte del Distrito Este de California de Estados Unidos de Norteamérica, 8.05.2020, *Givens et al. v. Newsom et al.*

⁷⁹ *Givens et al. v. Newsom et al.*, p. 10.

⁸⁰ *Givens et al. v. Newsom et al.*, p. 16.

⁸¹ *Givens et al. v. Newsom et al.*, p. 17. En sentido similar resolvió un tribunal de New Hampshire mantuvo la vigencia de una orden del gobernador que prohibía los encuentros públicos (“sociales, espirituales y recreacionales”, pero no solo estos) de más de 50 personas. Corte Superior de Merrimack, 25.03.2020, *Binford et al. v. Governor Sununu*.

⁸² Inicialmente, pues el estándar cambiaría a la luz del impacto que habría tenido en ella la sentencia del Tribunal Federal alemán arriba reseñada. VELASCO, 2020, p. 126-8. En esa sentencia, el tribunal de Aragón descansó en los contornos del estado de alarma decretado para afirmar que no permitía prohibición absoluta. Tribunal Superior de Zaragoza, 30.04.20, Sentencia N° 151/2020, cons. 3°.

⁸³ También lo entendió así la Corte Suprema de New South Wales, *Commissioner of Police v Gray*, p. 55.

la salud pública para el caso que fuera a ser puesta en “grave riesgo”⁸⁴. El tribunal fue de la opinión de que la prohibición estaba suficientemente justificada en “la situación de emergencia sanitaria y grave crisis de salud pública en que nos encontramos”⁸⁵ y que la medida era proporcional. Así, a pesar de que los recurrentes habían ofrecido echar mano a las medidas sanitarias adecuadas de prevención, indicó que era “muy probable” que todas las medidas sugeridas (distancia social, el recurso a guardias privados para mantenerla, uso de mascarillas, etc.) fueran desatendidas⁸⁶. Sobre esto solo ofreció especulaciones sin mirar al caso concreto.

2. *Regulaciones menos intensas: la prevención sanitaria como manera*

Si la prohibición absoluta es al menos cuestionable⁸⁷, ¿puede la preocupación por la salud pública generar regulaciones MTL? Los casos que revisaremos aceptan esa idea, pero piden algo más. Así, la regla general, podría afirmarse, es que las razones para regular las protestas, incluso cuando esas razones son sanitarias, no pueden darse por establecidas. Así lo expone la Corte australiana antes referenciada: “La verdadera pregunta que debemos enfrentar es acaso la amenaza que importa el virus del Covid-19 es de tal envergadura que las preocupaciones relativas a la salubridad pública, en el contexto actual, son más relevantes que el interés público envuelto en la libertad de expresión y el derecho de reunión”⁸⁸. En un sentido similar se expresó el Consejo de Estado francés⁸⁹. En sus palabras:

En el estado actual de emergencia sanitaria, corresponde a las diversas autoridades competentes adoptar, con miras a salvaguardar la salud de la población, todas las medidas susceptibles de prevenir o limitar los efectos de la epidemia. Estas medidas, que pueden limitar el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales, deben (...) ser necesarias, apropiadas y proporcionadas al objetivo de salvaguardia de la salud pública que persiguen⁹⁰.

Como un mes antes el mismo Consejo había razonado, no basta con echar mano a las orientaciones de la autoridad sanitaria, sino que deben considerarse de conformidad a cada caso particular y apreciar si acaso existen condiciones que, como la distancia social,

⁸⁴ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 30.04.20, Sentencia N° 195/2020, cons. 5°.

⁸⁵ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 30.04.20, Sentencia N° 195/2020, cons. 5°.

⁸⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, 30.04.20, Sentencia N° 195/2020, cons. 5°.

⁸⁷ En tiempos regulares la supresión absoluta de protestas debiera ser observada con especial sospecha. Corte Europea de Derechos Humanos, 7.02.2017, *Case of Lashmankin and others v. Russia*, pár. 433.

⁸⁸ Corte Suprema de New South Wales, *Commissioner of Police v Gray*, pár. 62.

⁸⁹ Consejo de Estado de Francia, 26.07.2020, *Confédération Generale du Travail et autres Association SOS Racisme*, pár. 10.

⁹⁰ Consejo de Estado de Francia, *Confédération Generale du Travail et autres Association SOS Racisme*, pár. 11.

podieran alinearse con las recomendaciones sanitarias⁹¹. Otro tanto fue el parecer del Tribunal Superior de Zaragoza: el contexto general de crisis sanitaria no puede acarrear prohibiciones al ejercicio del derecho a la protesta y las regulaciones a que se le someta deben analizarse “caso a caso”⁹².

Dentro de esta variante, finalmente, un tribunal administrativo de Berlín asumió la que es, quizá, la postura más desafiante de las autoridades estatales (sanitarias y administrativas). Resolviendo un reclamo de grupos libertarios alemanes que solicitaban manifestarse contra de las medidas adoptadas por la autoridad –y que ya habían desobedecido algunas de las mismas precauciones– sostuvo que el reclamo crítico se encontraba especialmente protegido por libertades fundamentales. En lo concerniente a las medidas que apuntan a evitar la propagación de virus, sostuvo que debían evaluarse caso a caso y que era de cargo de la autoridad demostrar que una actividad como la propuesta constituía una “amenaza inmediata a la seguridad o el orden público”⁹³.

En el otro polo, la Corte del Distrito Este de California abrazó una deferencia casi absoluta para con las autoridades sanitarias. Así, junto con insistir en que las medidas de cuarentena y prohibición de protestas eran medidas que claramente buscaban la protección de la salud⁹⁴, agregó que, “en el contexto de esta crisis de salud pública, el poder judicial debe conceder más deferencia a los esfuerzos informados de los funcionarios por proteger a todos sus ciudadanos, especialmente a los más vulnerables, contra una pandemia tan mortal”⁹⁵.

Como se ve, tratándose de derechos fundamentales la mayoría de los tribunales llama a evaluar los antecedentes con que se cuente, el contexto de evolución de la pandemia y el interés público envuelto. Mientras las autoridades políticas reclamaron rápidamente que las protestas propiciaban la propagación del virus, como aconteció con las protestas del movimiento BLM en Estados Unidos, la evidencia ofrecía antecedentes que debían matizar tan tajantes afirmaciones⁹⁶. ¿Por qué? Porque las protestas tienen lugar en espacios abiertos, las personas que protestan han comenzado ellas mismas a tomar medidas de resguardo de su salud y la de las demás, como el uso de mascarillas y distancia social que el espacio abierto favorece (lo que es importante anotar tratándose de protestas que rechazan el uso de estas medidas)⁹⁷. La evidencia preliminar indica que, si las personas van a salir, las tasas de contagio son más bajas si las personas están moviéndose en vez de quietas (como en un banco, una tienda o la estación de policía)⁹⁸.

⁹¹ Consejo de Estado de Francia, *M. A... Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, pár. 14.

⁹² Tribunal Superior de Justicia de Zaragoza, Sentencia N° 151/2020, cons. 4°.

⁹³ Tribunal Administrativo de Berlín, 1 L 296/20, para. II.1.a).

⁹⁴ Corte del Distrito Este de California, *Givens et al. v. Newsom et al.*, p. 9.

⁹⁵ Corte del Distrito Este de California, *Givens et al. v. Newsom et al.*, p. 10.

⁹⁶ NEYMAN y DALSEY, 2020; DAVE *et al.*, 2021.

⁹⁷ Se ha hablado, así, del deber cívico que han desplegado los grupos de protesta que han respetado estas medidas. GERBAUDO, 2020, p. 67.

⁹⁸ TELLO, 2020; JHA, 2020.

Finalmente, debía considerarse el contexto epidemiológico en la medida que las autoridades han desarrollado diferentes fases para evaluar las condiciones de propagación del virus. Por ejemplo, en *Commissioner of Police v Gray* la Corte Suprema de New South Wales rechazó la petición de la policía de prohibir las protestas convocadas, entre otras razones, por tratarse de una etapa baja (*low*) de transmisión. En un caso posterior, en que el riesgo se había elevado a medio (*medium*), la misma Corte accedió a la solicitud policial –incluso cuando, como lo señala la misma Corte, no existía evidencia que permitiera sostener que en una protesta anterior se habían producido contagios–⁹⁹. El Consejo de Estado francés cuando decidió suspender las medidas de prohibición de protestas, advirtió, descansando específicamente en la autoridad sanitaria, que, “los indicadores epidemiológicos recogidos por la Santé Publique France el 5 de junio de 2020 se encuentran en un nivel bajo en todo el país y no indican una reanudación de la epidemia”¹⁰⁰. Si el contexto epidemiológico cambia, entonces, podría¹⁰¹ llevar al órgano a adoptar una posición diferente¹⁰².

Que las personas que recurren a la protesta hayan podido desarrollar prácticas de protección personal y de los y las demás, es relevante por dos consideraciones adicionales. Primero, porque permite en cierta medida atenuar el carácter impositivo de las regulaciones MTL por parte de las autoridades, al tratarse de prácticas de resguardo que las propias personas han desarrollado. Es decir, frente a la tosquedad de la respuesta de la autoridad, la preparación adecuada de las personas puede contribuir a balancear de manera ajustada los intereses en juego. La Corte Federal Constitucional alemana, por ejemplo, sostuvo que se mostraba una baja consideración al derecho de reunión y la libertad de expresión cuando se establecían prohibiciones generales sin prestar atención a las medidas que las mismas personas ofrecían al notificar una reunión¹⁰³. La Corte Suprema de New South Wales, por su parte, tuvo en cuenta esta preparación para rechazar una solicitud de prohibición de una protesta presentada por la autoridad policial¹⁰⁴.

Nada de esto obsta, por cierto, a que las autoridades ofrezcan protocolos de asistencia a las protestas. En efecto, una protesta “anti-Covid” fue disuelta en Alemania justamente porque sus promotores desafiaron precisamente la adopción de medidas de prevención como el uso de mascarillas y distanciamiento social. No obstante habían acordado el

⁹⁹ Corte Suprema de New South Wales, 23 y 24.07.2020, *Commissioner of Police (NSW) v Gibson*, párs. 81y 82.

¹⁰⁰ Consejo de Estado de Francia, M. A... *Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, pár. 14.

¹⁰¹ Pero solo podrían. El tribunal de Madrid, por ejemplo, sostuvo para convalidar una prohibición absoluta que, no obstante la “desescalada” de las regulaciones sanitarias, no debe olvidarse “la fragilidad de este lento y delicado proceso”. Convalidó la prohibición. Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sentencia Nº 195/2020, cons. 5º.

¹⁰² Consejo de Estado de Francia, M. A... *Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, pár. 14.

¹⁰³ Así ocurrió en un caso concerniente a la reunión de personas para ejercer el culto en Corte Constitucional Federal de Alemania, 29.04.2020, 1 BvQ 44/20.

¹⁰⁴ Corte Suprema de New South Wales, *Commissioner of Police v Gray*, pár. 66.

respeto a las medidas, apenas empezó la protesta dejaron de satisfacer esos requerimientos¹⁰⁵. Y aunque ocurrió ello, en una ocasión posterior un tribunal de Berlín sostuvo que la violación de medidas sanitarias en el pasado no podía ser considerado, sin más, como una razón para prohibir protestas futuras. Al autorizar una protesta que la policía de Berlín había prohibido, señaló que la autoridad debía presentar “dudas justificadas sobre si los participantes no están dispuestos a cumplir los requisitos del Decreto de protección contra la infección por SARS-CoV-2 de conformidad con los requisitos de la prohibición de reunirse”¹⁰⁶.

Segundo, porque en otras latitudes estas medidas, en caso de ser posibles, permiten ofrecer un mayor margen para la realización de reuniones en lugares de uso público y no en su contra. Esto quiere decir que las autoridades deben echar mano a la discrecionalidad de la que gozan para escrutar adecuadamente las notificaciones de realización de reuniones en lugares de uso público caso a caso y no imponiendo prohibiciones generales y absolutas. Así lo sostuvo la Corte Constitucional Federal alemana que le reprochó a la ciudad de Giessen haber actuado de manera muy tosca al no haber considerado que los organizadores de la protesta les habían propuesto el uso de detalladas medidas de seguridad¹⁰⁷.

El Tribunal Administrativo de Berlín vuelve a ofrecer la posición más demandante al señalarle a las autoridades que no basta con establecer protocolos de protección de la salud. Era preciso, además, que la autoridad misma “tenga que hacer también sus propias consideraciones para reducir aún más el riesgo de infección. La responsabilidad de esto no recae únicamente en el solicitante de la reunión”¹⁰⁸. Como contrapartida, la Corte Suprema de Queensland, Australia, prohibió la realización de una protesta que buscaba desarrollarse en plena pandemia en el puente *Story Bridge*, sobre la base solo de consideraciones generales acerca del ejercicio del derecho de reunión. Sostuvo que no era ni siquiera necesario mirar a las consideraciones sanitarias.¹⁰⁹

V. CONCLUSIONES

De todas las medidas que se han adoptado para efectos del control de la expansión de la pandemia, las restricciones a las actividades que se desarrollan en los espacios públicos han sido las más intensas. Chile mismo va a enterar un año bajo toque de queda. De todas esas actividades, las que más intensamente se han visto afectadas son las reuniones públicas –una “cosa fina”, parafraseando a Sen–. Las apremiantes circunstancias

¹⁰⁵ REUTERS, 2020.

¹⁰⁶ Tribunal Administrativo de Berlín, 1 L 296/20, para. II.1.a). Aunque, como se indicó antes, un tribunal de Madrid hizo exactamente lo que el tribunal alemán acá reprocha para convalidar una prohibición.

¹⁰⁷ Corte Constitucional Federal de Alemania, 15.04.2020, 1 BvR 828/20.

¹⁰⁸ Tribunal Administrativo de Berlín, 1 L 296/20, para. II.1.b)

¹⁰⁹ Corte Suprema de Queensland, 8.08.2020, *Attorney-General for the State of Queensland v Sri & Ors*, párr. 37.

sanitarias, sin embargo, nos han hecho perder de vista otros intereses que, como los derechos y libertades fundamentales, debieran también ser considerados.

Las sentencias que acá se han repasado muestran que los tribunales de otros países han estado atentos a sumar esas consideraciones. Como se ha señalado, esto que parece obvio en tiempos regulares, en el actual contexto se ha vuelto un verdadero dilema, en especial si se anota que de acuerdo con la evidencia estas restricciones son efectivas en el control de la propagación del virus.

De la exploración inicial que se propone con el análisis de estas sentencias, hemos aprendido que las atribuciones de las autoridades, más o menos reguladas, se han sabido cotejar con los derechos que las personas han reclamado. Si bien del examen hemos podido observar que los tribunales han conferido un sitio especial a las consideraciones que las autoridades civiles y sanitarias han apuntado, esas consideraciones han sido escrutadas con el respeto adecuado (proporcional) de los derechos y libertades afectados. Así, los tribunales han señalado que las prohibiciones absolutas deben ser escrutadas con mayor intensidad –convalidándolas en algunos casos, rechazándolas en otras–. A la hora de evaluar regulaciones menos intensas, los tribunales han sabido acomodar también el respeto a los derechos, para lo que ha sido relevante el respeto a las medidas sanitarias de control de la propagación del virus que las mismas personas que recurren a la protesta han abrazado. Una “manera” novedosa de regulación a las protestas y que se explica por el contexto. En cualquier caso, ya sea en la evaluación de las prohibiciones como de las demás regulaciones, los tribunales han tenido en cuenta los antecedentes sanitarios (por ej. los relativos a una mayor o menor expansión del contagio) que las autoridades informan semana a semana.

A futuro, mientras las publicaciones referidas a las regulaciones de las protestas en pandemia ya son numerosas, este estudio debe ser complementado expandiendo la mirada a los criterios que se han utilizado para evaluar restricciones a actividades diferentes a las que acá se han revisado. Ello ofrecerá criterios que confirmen o desmientan los que acá se han deducido del estudio de las sentencias, pero que, sin duda, permitirán que, al menos desde el punto de vista del derecho, estemos algo más preparados para la próxima ocasión.

BIBLIOGRAFÍA

- ALTSHULER, Ellery, 2020: “Coronavirus containment depends on human rights: freedom of expression and press are needed to fight pandemic”, *International Journal of Human Rights in Healthcare*, volumen ahead-of-print.
- BARENDT, Eric, 2007: *Freedom of Speech*, Oxford: Oxford University Press.
- BETHKE, Felix y WOLFF, Jonas, 2020: “COVID-19 and shrinking civic spaces: patterns and consequences”, *Z Friedens und Konfliktforsch*, N° 9.
- BUTLER, Judith, 2020: *Notes Toward a Performative Theory of Assembly*, Cambridge: Harvard University Press.
- BUTLER, Judith, 2015: *Sin Miedo: formas de Resistencia a la violencia de hoy*, (trad.) Inga Pellisa (2ª edición chilena), Santiago, Taurus.

- CHIA, T. y OYENIRAN, O.I., 2020: "Human health versus human rights: An emerging ethical dilemma arising from coronavirus disease pandemic", *Ethics, Medicine and Public Health*, N° 14.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (20 de marzo de 2020). *La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del COVID-19*. Recuperado el 26.01.21, Comisión Interamericana de Derechos Humanos: [HTTP://WWW.OAS.ORG/ES/CIDH/PRENSA/COMUNICADOS/2020/060.ASP](http://WWW.OAS.ORG/ES/CIDH/PRENSA/COMUNICADOS/2020/060.ASP)
- CORDERO, Luis, 2020: "Delimitando la revisión judicial en la emergencia", *El Mercurio Legal*, 28 de mayo de 2020.
- DAVE, D., FRIEDSON, A., MATSUZAWA, K., SABIA, J. y SAFFORD, S., 2021: "Black Lives Matter protests and risk avoidance: the case of civil unrest during a pandemic", National Bureau of Economic Research, Working Paper 27408. Disponible en [HTTPS://PAPERS.SSRN.COM/SOL3/PAPERS.CFM?ABSTRACT_ID=3632635](https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3632635). [Fecha de consulta: 12.01.21].
- DELLA PORTA, Donatella, 2020: "How progressive social movements can save democracy in pandemic times", *Interface*, volume 12, N° 1.
- DOUGLAS, Delia, 2020: "Very Necessary: Pandemic Protests and Pedagogies of Possibility", en Andrea Rounce y Karine Levasseur (editoras), *COVID-19 in Manitoba. Public policy responses to the First Wave*, Winnipeg, University of Manitoba Press, pp. 206-212.
- GARGARELLA, Roberto, 2020: "Necesitamos resguardar los derechos fundamentales", *Clarín*, 28 de mayo de 2020.
- GERBAUDO, Paolo, 2020: "The pandemic crowd", *Journal of International Affairs*, volume 73, N° 2.
- GIBSON, A., CHANCELLOR, R., COOKE, N., PARK DAHLEN, S., Patin, B. y SHORISH, Y., 2020: "Struggling to breathe: COVID-19, protest and the LIS response", *Equality, Diversity and Inclusion*, volumen ahead-of-print. Disponible en [HTTPS://WWW.EMERALD.COM/INSIGHT/CONTENT/DOI/10.1108/EDI-07-2020-0178/FULL/HTML](https://www.emerald.com/insight/content/doi/10.1108/EDI-07-2020-0178/full/html). [Fecha de consulta: 26.08.2020].
- DI GIMINIANI, P., PÉREZ, M. y QUEZADA, C., 2020: "Nueva normalidad, vieja precariedad: la crisis pandémica en Santiago de Chile", *City & Society*, volumen 32, N° 2.
- GUINIER, Lani y TORRES, Gerald, 2014: "Changing the Wind: Notes Toward a Demosprudence of Law and Social Movements", *Yale Law Journal*, volumen 123, N° 8.
- HARPER, C., SATCHELL, L., FIDO, D. y LATZMAN, R., 2020: "Functional Fear Predicts Public Health Compliance in the COVID-19 Pandemic", *International Journal of Mental Health and Addiction*, pp. 1-14. Disponible en [HTTPS://WWW.NCBI.NLM.NIH.GOV/PMC/ARTICLES/PMC7185265/](https://www.ncbi.nlm.nih.gov/pmc/articles/PMC7185265/). [Fecha de consulta: 1 de septiembre de 2020].
- HONEY-ROSÉS, J., ANGUELOVSKI, I., CHIREH, V., DAHER, C., KONIJNENDIJK VAN DEN BOSCH, C., LITT, J., 2020: "The impact of COVID-19 on public space: an early review of the emerging questions – design, perceptions and inequities", *Cities & Health*, N° especial: COVID-19.
- INSTITUTO NACIONAL DE DERECHOS HUMANOS DE CHILE - ACNUDH, 2014: *Protesta Social y Derechos Humanos: Estándares Internacionales y Nacionales*, Santiago, INDH-ACNUDH.
- ISMANGIL, Milan y LEE, Maggy, 2020: "Protests in Hong Kong during the Covid-19 pandemic", *Crime Media Culture*, July 2020: Covid-19 Symposium.
- JACKSON, Vicki, 2012: "Comparative Constitutional Law: Methodologies", en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (editors), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 54-74.
- JHA, Ashish, 2020: "Why protests aren't as dangerous for spreading coronavirus as you might think", *The Guardian*, 18 de junio de 2020.
- JOSEPH, Sarah, 2020: "International Human Rights Law and the Response to the COVID-19 Pandemic", *Journal of International Humanitarian Legal Studies*, N° 11.

- KAMPMARK, Binoy, 2020: "Protesting in Pandemic Times. Covid-19, Public Health, and Black Lives Matter", *Contention*, volume 8, N° 2.
- KOWALEWSKI, Maciej, 2020: "Street protests in times of COVID-19: adjusting tactics and marching 'as usual'", *Social Movements Studies*, pp. 1-8. Disponible en [HTTPS://WWW.TANDFONLINE.COM/DOI/FULL/10.1080/14742837.2020.1843014](https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/14742837.2020.1843014). [Fecha de consulta: 15 de noviembre de 2020].
- KWOK, Kyle, 2021: "Narrativizing the Face Mask as the Design of Dissent at the Intersection of Protest and Pandemic", *Design and Culture*, pp. 1-14. Disponible en [HTTPS://WWW.TANDFONLINE.COM/DOI/FULL/10.1080/17547075.2021.1872008](https://www.tandfonline.com/doi/full/10.1080/17547075.2021.1872008). [Fecha de consulta: 26 de enero 2021].
- LONDON, William J., 2013: *Lorenzo di Filippo Strozzi and Niccolò Machiavelli Patron, Client, and the Pistola fatta per la peste / An Epistle Written Concerning the Plague*, Toronto, Buffalo y Londres: University of Toronto Press.
- LOVERA, Domingo, 2010: "El mito de la libertad de expresión en la creación artística". *Revista de Derecho (Valdivia)*, N° 23.
- LOVERA, Domingo, 2015: "Libertad de expresión, derecho de reunión y protesta en la Constitución", en Jaime Bassa *et al.* (editores), *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, Lom, pp. 99-119.
- LOVERA, Domingo, 2020: "Derecho de reunión", en Pablo Contreras y Constanza Salgado (editores), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 507-542.
- LOVERA, Domingo, 2021: "Human rights, poverty and mobilizations", en Martha Davis, Morten Kjaerum, y Amanda Lyons (editores), *Research Handbook on Human Rights and Poverty*, Cheltenham - Northampton, Edward Elgar, pp. 339-354.
- MATEOS, Arnulfo, 2021: "El reglamento del coronavirus y la protesta pública en la ciudad de Stuttgart", *Universitas*, N° 34.
- MENDES, Luís, 2020: "How can we quarantine without a home? Responses of activism and urban social movements in times of COVID-19 pandemic crisis in Lisbon", *Tijdschrift voor Economische en Sociale Geografie*, volumen 111, N° 3.
- MITCHELL, Don, 2013: "The Liberalization of Free Speech: Or, How Protest in Public Space in Silenced", en Walter Nicholls *et al.* (editores), *Spaces of Contention. Spatialities and Social Movements*, Londres y Nueva York, Routledge, pp. 47-68.
- NEYMAN, Gregory y Dalsey, William, 2020: "Black Lives Matter protests and COVID-19 cases: relationship in two databases", *Journal Public Health (Oxford)*, Advance online publication. Disponible en [HTTPS://DOI.ORG/10.1093/PUBMED/FDAA212](https://doi.org/10.1093/pubmed/fdaa212). [Fecha de consulta: 2.02.21].
- PARRY, L., ASENBAUM, H. y ERCAN, S., 2020: "Democracy in flux: a systemic view on the impact of COVID-19", *Transforming Government: People, Process and Policy*, volumen ahead-of-print, N° ahead-of-print. Disponible en [HTTPS://DOI.ORG/10.1108/TG-09-2020-0269](https://doi.org/10.1108/TG-09-2020-0269). [Fecha de consulta: 23.01.21].
- PLEYERS, Geoffrey, 2020: "The Pandemic is a battlefield. Social movements in the COVID-19 lockdown", *Journal of Civil Society*. Disponible en [HTTPS://DOI.ORG/10.1080/17448689.2020.1794398](https://doi.org/10.1080/17448689.2020.1794398). [Fecha de consulta: 26.08.20].
- POST, Robert C., 2012: *Democracy, Expertise, and Academic Freedom: A First Amendment Jurisprudence for the Modern State*, New Haven y Londres: Yale University Press.
- POZEN, David y SCHEPPELE, Kim, 2020: "Executive Underreach, in Pandemics and Otherwise", *American Journal of International Law*, volume 114, N° 4.
- PREUSS, Ulrich, 2012: "Associative Rights (The Rights to the Freedoms of Petition, Assembly, and Association)", en Michel Rosenfeld y Andrés Sajó (editores), *The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 946-965.

- PRIEL, Dan, 2020: "COVID-19: Cost-Benefit Analysis and Politics", *Osgoode Hall Law Journal*, volumen 3, Nº 57.
- REICHER, Stephen y STOTT, Clifford, 2020: "On order and disorder during the COVID-19 pandemic", *British Journal of Social Psychology*, volumen 59, Nº 3.
- REUTERS (26 de agosto de 2020). *Berlin bans protest against coronavirus curbs*, Recuperado el 27.08.2020, de Reuters: [HTTPS://AR.REUTERS.COM/ARTICLE/IDUSL8N2FS36F](https://ar.reuters.com/article/idUSL8N2FS36F).
- REYES, Carlos (28 de mayo de 2020). *Mañalich reconoce que en un sector de Santiago 'hay un nivel de pobreza y hacinamiento del cual yo no tenía conciencia de la magnitud que tenía'*. Recuperado el 1.09.20, de La Tercera: [HTTPS://WWW.LATERCERA.COM/POLITICA/NOTICIA/MANALICH-RECONOCE-QUE-EN-UN-SECTOR-DE-SANTIAGO-HAY-UN-NIVEL-DE-POBREZA-Y-HACINAMIENTO-DEL-CUAL-YO-NO-TENIA-CONCIENCIA-DE-LA-MAGNITUD-QUE-TENIA/5BQZLGLQPVDDPKQ2SNSSSWRGYU/](https://www.latercera.com/politica/noticia/manalich-reconoce-que-en-un-sector-de-santiago-hay-un-nivel-de-pobreza-y-hacinamiento-del-cual-yo-no-tenia-conciencia-de-la-magnitud-que-tenia/5BQZLGLQPVDDPKQ2SNSSSWRGYU/)
- SALÁT, Orsolya, 2015: *The Right to Freedom of Assembly*, Oxford - Portland: Hart Publishing.
- SCHEPPELE, Kim, 2008: "Legal and Extra-Legal Emergencies", en Keith Whittington, Daniel Kelemen y Gregory Caldera (editors), *The Oxford Handbook of Law and Politics*, Oxford - Nueva York, Oxford University Press, pp. 165-184.
- SCHWABE, Jürgen, 2003: *Cincuenta Años de Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán*, Montevideo: Konrad Adenauer Stiftung – Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- SCHMITT, Carl, 2008, *Constitutional Theory*, (trad.) Jeffrey Seitzer, Durham y Londres: Duke University Press.
- SCHWEINGRUBER, David, 2000: "Mob Sociology and Escalated Force: Sociology's Contribution to Repressive Police Tactics", *The Sociological Quarterly*, volumen 41, Nº 3.
- SEN, Amartya, 2000: *Desarrollo y Libertad*, (trad.) Esther Rabasco y Luis Toharia, Buenos Aires, Planeta.
- SEN, Amartya, 2013: "Press freedom: what is good for?", *Index on Censorship*, volumen 42, Nº 3.
- SPADARO, Alessandra, 2020: "COVID-19: Testing the Limits of Human Rights", *European Journal of Risk Regulation*, volumen 11 Nº 2.
- TELLO, Monique (1 de Julio de 2020). *Protesting in the time of COVID-19*. Recuperado el 22.08.2020, de The Harvard Health Blog: [HTTPS://WWW.HEALTH.HARVARD.EDU/BLOG/PROTESTING-IN-THE-TIME-OF-COVID-19-2020070120541](https://www.health.harvard.edu/blog/protesting-in-the-time-of-covid-19-2020070120541).
- TOGNOTTI, Eugenia, 2013: "Lessons form the History of Quarantine, from Plague to Influenza A", *Emerging Infectious Diseases*, volumen 18, Nº 2.
- TUSHNET, Mark, 2008: *Weak Courts, Strong Rights. Judicial review and social welfare rights in comparative constitutional law*, Princeton – Oxford: Princeton University Press.
- UNITED NATIONS - OFFICE OF THE HIGH COMMISSIONER OF HUMAN RIGHTS (16 de marzo de 2020). *COVID-19: States should not abuse emergency measures to suppress human rights – UN experts*. Recuperado el 26.08.20, Office of the High Commissioner of Human Rights: [HTTPS://WWW.OHCHR.ORG/EN/NEWSEVENTS/PAGES/DISPLAYNEWS.ASPX?NEWSID=25722](https://www.ohchr.org/en/newsevents/pages/displaynews.aspx?newsid=25722)
- URBINATI, Nadia, 2011: "Representative democracy and its critics", en Sonia Alonso, John Keane y Wolfgang Merkel (editores), *The Future of Representative Democracy*, Cambridge y Nueva York, Cambridge University Press, pp. 23-49.
- URBINATI, Nadia, 2014: *Democracy Disfigured. Opinion, truth, and the people*, Cambridge y Londres: Harvard University Press.
- VELASCO, Francisco, 2020: "Libertades públicas durante el estado de alarma por la COVID-19", en David Blanquer (coordinador), *COVID-19 y Derecho Público (durante el estado de alarma y más allá)*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 79-133.
- WILEY, Lindsay y VLADECK, Stephen, 2020: "Coronavirus, civil liberties, and the courts: the case against 'suspending' judicial review", *Harvard Law Review forum*, volumen 133, Nº 9.

Sentencias judiciales nacionales

CORTE Suprema, sentencia de 4 de noviembre de 2014, rol 23.540-2014.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 3 de agosto de 2020, rol 62897-2020.

Sentencias judiciales extranjeras

CORTE Suprema de Canadá, sentencia de 24 de enero de 2002, *R.W.D.S.U., Local 558 v. Pepsi-Cola Canada Beverages (West) Ltd.* [2002] 1 SCR 156.

CORTE Constitucional de Sudáfrica, sentencia de 17 de agosto de 2006, *Doctors for Life International v Speaker of the National Assembly and Others (CCT12/05)* [2006] ZACC 11.

CORTE EDH, sentencia de 7 de febrero de 2017, *Case of Lasbmankin and others v. Russia*, Applications nos. 57818/09.

CORTE Superior de Merrimack, sentencia de 25 de marzo de 2020, *Binford et al. v. Governor Sununu*, No. 217-2020-CV-00152.

CORTE Constitucional de Colombia, sentencia de 7 de marzo de 2018, sentencia C-009/18.

CORTE Constitucional de Colombia, sentencia de 7 de marzo de 2018, Sentencia C-009/18.

CORTE Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 15 de abril de 2020, 1 BvR 828/20.

CORTE Federal Constitucional de Alemania, sentencia de 17 de abril de 2020, 1 BvQ 37/20.

CORTE Constitucional Federal de Alemania, sentencia de 29 de abril de 2020, 1 BvQ 44/20.

TRIBUNAL Superior de Justicia de Madrid, sentencia de 30 de abril de 2020, Sentencia N° 195/2020.

TRIBUNAL Superior de Justicia de Zaragoza, sentencia de 30 de abril de 2020, Sentencia N° 151/2020.

CORTE del Distrito Este de California de los Estados Unidos de Norteamérica, sentencia de 8 de mayo de 2020, *Givens et al. v. Newsom et al.*, No. 2-20-cv-00852-JAM-CKD.

CORTE Suprema de los Estados Unidos, sentencia de 29 de mayo de 2020, *South Bay United Pentecostal Church, et al. v. Gavin Newsom, Governor of California et al.*, 590 U.S. ____ (2020)

CORTE Suprema de New South Wales, sentencia del 23 y 24 de julio de 2020, *Commissioner of Police (NSW) v Gibson* [2020] NSWSC 953.

CONSEJO de Estado de Francia, sentencia de 26 de julio de 2020, *Confédération Generale du Travail et autres Association SOS Racisme*, Nos 441257, 441263, 441384.

CORTE Constitucional de Sudáfrica, sentencia de 19 de noviembre de 2018, *Mlungwana and Others v S and Another* [2018] ZACC 45 [61].

CONSEJO de Estado de Francia, sentencia de 13 de junio de 2020, *M. A... Ligue des Droits de l'Homme Confédération Generale du Travail et autres*, Nos 440846, 440856, 441015.

TRIBUNAL Constitucional de Perú, sentencia de 3 de julio de 2020, expediente 00009-2018-PI/TC.

CORTE Suprema de New South Wales, sentencia de 3 de julio de 2020, *Commissioner of Police v Gray* [2020] NSWSC 867.

CORTE Suprema de los Estados Unidos, sentencia de 24 de julio de 2020, *Calvary Chapel Dayton Valley v. Steve Sisolak, Governor of Nevada, et al.*, 591 U.S. ____ (2020).

CORTE Suprema de Queensland, sentencia de 8 de agosto de 2020, *Attorney-General for the State of Queensland v Sri & Ors*, [2020] QSC 246.

TRIBUNAL Administrativo de Berlín, sentencia de 28 de agosto de 2020, 1 L 296/20.

CORTE Suprema de los Estados Unidos, sentencia de 25 de noviembre de 2020, *Roman Catholic Diocese of Brooklyn, New York v. Andrew M. Cuomo*, 592 U.S. ____ (2020).

El derecho a la libertad de expresión de las mujeres en espacios universitarios. El caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires

Liliana Ronconi*
Andrea Fernanda Schuster**

RESUMEN

En el presente artículo abordamos la problemática de la poca presencia de mujeres en espacios de participación académicos e indagamos si puede entenderse como una vulneración del derecho a la libertad de expresión. En particular, partimos de un relevamiento realizado en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires respecto de la cantidad de mujeres que participaron en actividades académicas, y de la distribución por género de los cargos docentes y académicos en los últimos años. De esta manera, sostenemos que una lectura de esta situación desde el principio de igualdad como no sometimiento implica una vulneración del derecho a la libertad de expresión de las mujeres en tanto grupo. Ello, a su vez, supone un empobrecimiento de las prácticas democráticas en estos espacios universitarios. Para ello, retomamos las interpretaciones jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina en materia de libertad de expresión, igualdad y democracia, así como las principales sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Libertad de expresión; universidad; género

* Liliana Ronconi: Abogada, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. CONICET/UBA. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7722-0015>. Correo electrónico: lmronconi@gmail.com

** Estudiante de Abogacía, Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, Argentina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7879-6040>. Correo electrónico: schusterandrea@gmail.com

Esta investigación forma parte del trabajo realizado en el Proyecto DeCyT DCT1829 "La transverzalización del enfoque de género en la enseñanza del derecho, una mirada al currículum oculto en la Facultad de Derecho de la UBA", financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Las autoras agradecen especialmente a Vladimir Chorny y a los/as integrantes del Seminario "Género y Constitución" de la Facultad de Trabajo Social de la Universidad Nacional de Entre Ríos, en particular a Mariela Puga, Leandro Ardoy, Leandro Mega, Mariana Villarreal, Luciana Sbresso, José Felice y Margarita Nicoliche, quienes hicieron comentarios a este trabajo en el marco de un encuentro llevado a cabo el 17 de septiembre del 2020. Asimismo, a las integrantes del proyecto DECYT 1829 "La transverzalización del enfoque de género en la enseñanza del derecho, una mirada al currículum oculto en la Facultad de Derecho de la UBA" que trabajaron en el relevamiento de datos.

Artículo recibido el 3.3.2021 y aceptado para su publicación el 11.6.2021.

*Women's right to freedom of speech in university spaces.
The case of Universidad de Buenos Aires Law School*

ABSTRACT

In this article we analyze the situation of women in academic spaces, and how its reduced participation can be understood as a structural violation of their right to free speech. As a case study, we analyze a survey on the number of women who participated in academic activities in recent years and a survey on gender representation in teaching and senior positions in the University of Buenos Aires Law School. We hold that the understanding of this situation as a problem of equality as non-submission leads to the acknowledgement of the structural violation of women's right to free speech as a group. This, in turn, damages the practice of democracy in these university spaces, given the significant loss of voices in the public debate. To do that, we review the Supreme Court of Argentina's jurisprudential interpretations concerning free speech, equality, and democracy, as well as the most relevant Interamerican Court of Human Rights' cases.

Free speech; university; gender

INTRODUCCIÓN

En medio de la situación de aislamiento dispuesta ante la pandemia (Covid-19) y de la suspensión de clases presenciales, un juez de cuestionable reputación fue invitado por un espacio de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (en adelante, la Facultad) a dar una conferencia. La actividad era organizada por personajes importantes de la comunidad educativa y estaba invitado a participar también un reconocido periodista argentino. La polémica se desató: repudios generalizados en redes sociales por la invitación al juez, escraches a los/as organizadores/as, renuncias de las personas vinculadas con el espacio organizador. La actividad se “pospuso”. No conocemos los detalles de cómo esta actividad fue “temporalmente suspendida” (tampoco es el foco de este trabajo). Posteriormente, un fuerte rechazo a lo sucedido se desató en nombre de la libertad de expresión y en contra de la presunta censura, en una universidad caracterizada por la libertad académica, el debate crítico y público. Al día siguiente, el periodista (dueño, además, de uno de los diarios más importantes del país), invitó al juez a dar la charla en otro espacio. En ambos casos, y en ambas actividades, solo iban a exponer varones. Es necesario tener presente que la actividad —a grandes rasgos— versaba acerca de problemáticas vinculadas a la corrupción y el Estado de Derecho, temas que han sido históricamente masculinizados¹. Y este es el punto en que queremos enfocar nuestro trabajo. Estudiaremos si resulta violatorio del derecho a la libertad de expresión

¹ Si bien las mujeres han podido acceder a las facultades de Derecho existe, en general, una segregación horizontal respecto de las ramas del derecho en las que se especializan. Por ejemplo, las vinculadas con el derecho de familia. Ver KOHEN, 2005, pp. 331-337.

que los varones tengan más posibilidades de expresarse que las mujeres en estos espacios de participación².

El objetivo del presente trabajo es analizar cuáles son las obligaciones estatales en materia de libertad de expresión, y cómo se proyectan en los espacios universitarios con relación a la participación de las mujeres en actividades académicas y en los concursos docentes. Este análisis, además, impactará en aquello que denominamos “libertad de cátedra”, como una subespecie de la libertad de expresión en el ámbito de las instituciones educativas, principalmente las universitarias³.

Así, partiremos de una perspectiva que entiende al derecho a la libertad de expresión como herramienta para la autodeterminación colectiva⁴, y estrechamente vinculada a una forma específica de entender la igualdad. En este sentido, intentaremos demostrar que una perspectiva más democrática de la libertad de expresión nos obliga a mucho más que repudiar actos de presunta censura, sino a comprometernos por la participación de voces históricamente ausentes en el debate público.

Para esto, en primer lugar i) expondremos los datos acerca de la situación de las mujeres (principalmente de las mujeres docentes) en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires; luego ii) analizaremos las obligaciones estatales en materia de libertad de expresión, como han sido desarrolladas en el ámbito del Sistema Interamericano de Derechos Humanos y por nuestro más alto tribunal⁵. Para ello se realizará una reseña de los principales conceptos teóricos en torno a este derecho, su especial vinculación con la

² Tomamos como foco de investigación la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, ya que esta publicación se realiza en el marco del Proyecto DECyT 1829. Sin embargo, lo expuesto también puede decirse de otros espacios en los que ha sido cuestionada la escasa o nula participación de mujeres, como medios de comunicación masivos, programas de entretenimiento, espacios académicos, entre otros. En estos casos no solo se ha criticado la poca presencia de mujeres, sino también la forma en que se han representado: reafirmando y reproduciendo, en muchos casos, estereotipos de género (por ejemplo, hipersexualizadas en la televisión). Para otros espacios, como la participación política, las políticas de cuotas o paridad son las que han abierto a las mujeres las puertas para expresarse (Ley 24.012, Ley 27.412). En este mismo sentido, es evidente que las circunstancias aquí analizadas acerca de la poca presencia de mujeres en espacios académicos pueden ser sin duda analizadas desde el derecho a la participación en general, como un derecho especialmente reconocido y cuyo rol en términos democráticos es insoslayable. Ver, por ejemplo: ONU MUJERES, *La hora de la igualdad sustantiva. Participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe hispano*, 2015. En efecto, podría decirse que el derecho a la participación y el derecho a la libertad de expresión (como aquí lo desarrollaremos) tienen una relación sinérgica debido a que la afectación a uno de ellos implica necesariamente la vulneración del otro. Sin embargo, en este artículo pretendemos enfocarnos en la vulneración específica de la libertad de expresión, sin perjuicio de que pueda ser entendida como un componente o una derivación del derecho a la participación. Agradecemos al/ la revisor/a la advertencia al respecto.

³ MADRID, 2013, pp. 355-371.

⁴ FISS, 1997.

⁵ Es importante señalar que el derecho a la libertad de expresión también se encuentra receptado en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP, art. 19) de manera muy amplia. También en la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 19 y, en el plano interno, en el artículo 14 de la Constitución Nacional. Elegimos trabajar con el artículo 13 CADH por ser la recepción normativa más detallada y amplia, y porque tanto la Corte IDH como la CIDH han trabajado en el desarrollo de una vasta jurisprudencia en la materia. Además, el Sistema Interamericano de Derechos Humanos desarrolló una concepción democrática de la libertad de expresión que es la que aquí desarrollamos y proponemos.

teoría de la democracia deliberativa, y su contenido tal como ha sido desarrollado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) y la Corte Suprema de Justicia de la Nación (en adelante “CSJN”). Posteriormente, (iii) estudiaremos si es posible entender que la situación de las mujeres en el ámbito descrito puede entenderse como una afectación al principio de igualdad y, como tal, una afectación al derecho a la libertad de expresión y un empobrecimiento de nuestras prácticas democráticas. Por último, concluiremos que una mirada individual de los derechos –aislada del contexto– implica negarle el efectivo ejercicio de este derecho a ciertos grupos que han sido históricamente oprimidos. Así, es necesario repensar la forma en que seguimos defendiendo los derechos individuales para dismantelar las estructuras que impiden el igual acceso y disfrute de ellos a ciertos grupos.

I. LA SITUACIÓN DE LAS MUJERES EN LA FACULTAD DE DERECHO DE LA UBA

Comenzamos este trabajo relatando un hecho que puso en agenda la problemática de la libertad de expresión en este espacio universitario. Sin embargo, además mostró cuáles son las vulneraciones a este derecho que resultan relevantes a la hora de ser señalados: la falta de mujeres, también en este caso, era un hecho que parece haber pasado inadvertido. Pero no se trata de una situación aislada. En este apartado analizaremos algunos datos que pueden mostrar cuál es la situación actual de las mujeres en este espacio académico para posteriormente analizar cuáles son los efectos de esta realidad en el robustecimiento o debilitamiento de las prácticas democráticas.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires tiene cerca de 26.000 estudiantes, siendo el 60% mujeres⁶. Una planta docente compuesta por 838 profesores/as regulares y 2.940 docentes auxiliares. Además, “hay un número indefinido (alrededor de 500) de docentes no regulares o interinos, que actualmente dan clases y en algunos casos reciben rentas pero que no han pasado por el concurso requerido para convertirse en regulares”⁷. De esta manera, estas personas dan clases, pero no han sido evaluadas en cuanto a su idoneidad mediante el procedimiento previsto (concurso de oposición y antecedentes). Cuenta, además, con más de 330 personas (cerca del 55% son mujeres) que ocupan cargos en la administración.

En lo que respecta a la situación de profesoras,

“[E]n el 2015, la proporción total de mujeres, incluyendo profesoras y auxiliares (48%) es casi la misma que la de hombres (52%). Sin embargo, cuando miramos las proporciones de mujeres en las diferentes categorías de profesores de derecho podemos observar que sigue decreciendo con la jerarquía. En 2015, mientras el

⁶ Conf. Informe del primer año de gestión del Decano Alberto J. Bueres al Consejo Directivo de la Facultad de Derecho (2018) <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deintereses/informe-de-gestion-2018.pdf>.

⁷ KOHEN *et al.*, 2019, pp. 99-130.

número total de auxiliares ascendió a 2.940 (52,7%), el número de profesoras es de 694 (33,3%) y el número de profesoras eméritas y consultas, 142 (23,9%) [...] las mujeres conforman el 25,6 por ciento de los titulares y el 34,3 por ciento de los profesores adjuntos”⁸.

Estos números son incluso más bajos si los desagregamos por áreas del derecho. Por ejemplo, en el Departamento de Derecho Penal y Criminología, de 13 profesores titulares, solo una es mujer. Algo similar sucede en el Departamento de Filosofía del Derecho, entre otros.

Respecto de la posición de las mujeres en los cargos de toma de decisiones tenemos que, de acuerdo con el Estatuto Universitario de la UBA, el gobierno de las Facultades se encuentra a cargo del/a decano/a y del consejo directivo, el que se integrará por 8 representantes docentes, cuatro graduados/as (de los/as que al menos uno sea personal docente), cuatro estudiantes y un representante del personal no docente. Actualmente, el decanato de la Facultad está compuesto en su totalidad por hombres (decano y vicedecano), mientras que el consejo directivo posee 8 miembros titulares de claustro de profesores/as, de los/as cuales 7 son hombres (87,5%) y solo una es mujer (12,5%); y 8 miembros suplentes, de los/as cuales 5 son hombres (62,5%) y 3 son mujeres (37,5%). En cuanto al Claustro de Graduados/as, posee 4 miembros titulares, de los/as cuales 3 son hombres (75%) y solo una es mujer (25%); y 4 miembros suplentes, de los/as cuales 2 son hombres (50%) y 2 mujeres (50%). El Claustro de Estudiantes está compuesto por 4 miembros titulares, de los/as cuales 3 son hombres (75%) y solo una es mujer (25%); y 4 miembros suplentes, de los/as cuales 2 son hombres (50%) y 2 mujeres (50%)⁹. Finalmente, debemos destacar que desde los comienzos de la historia de la Facultad solo tuvimos una mujer como decana. Además, la Universidad de Buenos Aires nunca tuvo una rectora. De esta manera, si bien desde hace muchos años la cantidad de estudiantes mujeres es mayor (60%) que la de estudiantes hombres en la Facultad, las mujeres no han podido acceder (o por lo menos no en forma igualitaria) a cargos de docencia o toma de decisiones. Esto evidencia una situación de desigualdad para con las mujeres.

En lo que respecta a los diversos centros de estudios o investigación que existen en la facultad tenemos que de los 8 centros de investigación o de estudio, 5 están dirigidos por varones y 2 por mujeres (en el caso que falta no figura un director sino solo vicedirector y es hombre), 5 de ellos cuentan con vicedirecciones en 2 casos a cargo de mujeres y en 3 a cargo de varones (en un caso, hay dos vicedirectores, hombres), y en lo que respecta al equipo asesor o consultores tenemos que en 2 centros de estudio no tienen esta figura, en el resto de los casos tenemos que: en uno el consejo está compuesto solo por mujeres (que coincide con una dirección y vice a cargo de mujeres), en uno de 10 miembros, hay 6 mujeres y 4 varones, y en el resto las mujeres son siempre minoría, en un caso hay 7

⁸ KOHEN *et al.*, 2019, p. 107.

⁹ <http://www.derecho.uba.ar/institucional/autoridades-derecho.php>, consultado el 20/08/2020.

varones y una mujer, en dos casos hay 5 varones como asesores y 2 mujeres, en otro son todos varones (y el subdirector también lo es)¹⁰.

En lo que respecta a la participación de mujeres en actividades académicas tenemos que desde 2014 hasta 2018 se realizaron 1324 actividades. Asimismo, tuvieron lugar 2.171 subactividades¹¹. En ellas hubo 1.820 mujeres participantes. Sin embargo, 634 (29,2%) subactividades se realizaron sin la participación de ninguna mujer. Ahora bien, cuando analizamos en forma comparativa la cantidad de participaciones de mujeres y varones, los datos indican que la participación de las mujeres es significativamente menor, resultando en 3.899 (38,7%) frente a 6.184 (61,3%) participaciones de varones. A pesar de ello, es admisible notar que sus roles no fueron siempre secundarios. Al analizar los roles que tuvieron las mujeres por cada una de sus participaciones fue posible observar que las mujeres han participado como expositoras en el 74,3% de las actividades y como moderadoras en el 16,5%. Además, en el 4% de las oportunidades fueron coordinadoras de las actividades o docentes en actividades de capacitación.

Estos datos evidencian que el lugar que ocupan las mujeres como “voces autorizadas” en el ámbito universitario sigue siendo desigualitario¹². Los números son más graves aún si se consideran ciertas áreas del derecho. Por ejemplo, si tomamos en cuentas actividades vinculadas al derecho laboral nos encontramos con que el 43% de las mismas se han realizado sin mujeres y, en temas de filosofía del derecho el, 56,5% se han llevado a cabo sin mujeres¹³. Esto resulta bastante ejemplificativo de uno de los puntos que intentamos demostrar. Por otro lado, si observamos las temáticas de las actividades en las que participan mujeres notamos que es mayor su participación en aquellas relacionadas con las áreas del derecho más feminizadas, como lo es el derecho de familia. A modo de ejemplo, en los Departamentos de Derecho Privado I y II, solo el 9,69% de las subactividades relevadas se realizaron sin la participación de al menos una mujer. Por el contrario, en el Departamento de Filosofía del Derecho en el 56,57% de las subactividades no participaron mujeres. Situación similar se da en los Departamentos de Derecho Penal y Criminología (31,25%), Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (43,33%) y Derecho Económico y Empresarial (31,21%)¹⁴.

¹⁰ Relevamiento realizado conforme la información disponible en la página web: <http://www.derecho.uba.ar/>, junio 2020.

¹¹ Entendemos por “subactividades” aquellas que se llevan a cabo dentro de una “actividad”. Por ejemplo, las mesas o paneles dentro de un Congreso. Por lo demás, es interesante mirar los números en forma comparativa (por ejemplo, participación de varones y mujeres) con el fin de identificar claramente la desigualdad estructural que aquí se busca mostrar.

¹² Por ejemplo, resulta importante mencionar que de 16 doctorados *honoris causa* que fueron otorgados por la UBA en la Facultad de Derecho en el período 2014-2018, solo 2 fueron a mujeres. Ver CIANCAGLINI TROLLER y LORETI, 2019.

¹³ CIANCAGLINI TROLLER y LORETI, 2019.

¹⁴ Los datos aquí mostrados fueron relevados en durante el 2018. Un nuevo relevamiento en el marco de la investigación referenciada nos permitió demostrar que, desde que comenzó la situación de aislamiento social preventivo y obligatorio (marzo 2020) a raíz de la situación de pandemia por Covid-19 y la consiguiente suspensión de clases y actividades en forma presencial hasta, en principio, el 29 mayo del 2020, se realizaron 74 actividades en la Facultad. Asimismo, tuvieron lugar 88 subactividades. En ellas

Estos números muestran que la situación de las mujeres dentro de la universidad es una cuestión a la que debemos darle especial importancia si decimos defender la libertad de expresión. No se trata de situaciones concretas de violación a derechos sino de violaciones estructurales. De esta manera, la existencia de estas condiciones estructurales excluye a las mujeres (y otros grupos) de la participación efectiva en el debate público y académico¹⁵.

Esta situación de desventaja de las mujeres ha sido reconocida incluso por la propia institución al establecer mediante resolución que debe respetarse la paridad de género en la integración de las listas de candidatas/os para integrar los Consejos Directivos de las facultades, el Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires, los Consejos Consultivos de los departamentos académicos¹⁶, y otros cuerpos colegiados¹⁷. Es también en virtud de la visibilización de esta problemática que se han tomado muchas acciones tendientes a revertir esta situación. En particular, en el ámbito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, la creación y robustecimiento del Programa “Género y Derecho”¹⁸ (encargado, entre otras cosas, de la capacitación en temáticas de género en el marco de la Ley “Micaela” N° 27.499), la creación del Área de Igualdad de Género y Diversidad para Estudiantes¹⁹, encargada de la aplicación del “Protocolo de Acción Institucional para la prevención e intervención ante situaciones de violencia o de discriminación de género u orientación sexual” de la Universidad de Buenos Aires²⁰, las convocatorias de la Secretaría de Investigación para proyectos vinculados a problemáticas de género, entre otras iniciativas en este sentido.

Más allá de estas acciones encaminadas a revertir la situación de las mujeres, los datos expuestos son una radiografía de la desigualdad en este espacio académico. Esta

participaron 199 mujeres y 187 varones. Sin embargo, estos números descienden si excluimos el “Congreso Federal, Internacional e Interdisciplinario: Derechos Humanos para la Niñez y la Adolescencia” en el que participaron 92 mujeres y 38 varones. La mayor presencia de mujeres en este Congreso refuerza la idea de que sus participaciones aumentan en temas relacionados tradicionalmente con los roles de género. Así, el total de mujeres participantes, sin tener en cuenta esta actividad, es 107 (41,7%) y el de varones 149 (58,2%). Asimismo, cuando analizamos los temas de las subactividades por género, notamos que, en los temas relacionados a Derecho Administrativo, Derecho Ambiental, Derecho Comercial, Derecho de la Integración y Derechos Reales la participación de mujeres fue nula. Agradecemos a Soledad Guzmán y Julieta Páez por sus aportes en el relevamiento de datos.

¹⁵ Además, es importante señalar que la falta de mujeres en estos espacios de participación también impacta en los *temas* de la agenda pública. Por ejemplo, difícilmente pueda pensarse en la instalación del debate acerca de interrupción voluntaria del embarazo si no hubiera habido iniciativa de mujeres. Respecto de la importancia de la expresión de las mujeres en el debate del aborto ver: BERGALLO, 2019. Además, se ha estudiado el impacto de las políticas de cuotas y paridad en el desarrollo de los temas de la agenda legislativa, ver WEI HE, 2019, <https://www.redaccion.com.ar/mas-mujeres-al-congreso-puede-la-paridad-de-genero-ilusionarnos-con-una-agenda-de-politicas-publicas-inclusivas/>.

¹⁶ Consejo Directivo, Resolución (CD) 1862/19, 18 de diciembre de 2019. En el mismo sentido, Res. del Consejo Superior de la Universidad de Buenos Aires Nro. 2099/2019.

¹⁷ Consejo Directivo, Resolución (CD) N° 781/18.

¹⁸ Resolución (D) N° 408/2018.

¹⁹ Resolución (D) N° 1944/2018.

²⁰ Creado por el Consejo Superior de la UBA mediante Resolución (CS) N°4043/2015.

problemática cobra más importancia cuando tomamos en consideración la relevancia de la institución de la universidad pública en Argentina, no solo en términos históricos y políticos, sino también por el lugar que ocupa en la discusión democrática de temas relevantes. Sin embargo –y como vemos–, a pesar de sus características, no está libre de deudas con las mujeres²¹. Como desarrollaremos en los siguientes apartados, estos datos también evidencian una afectación estructural al principio de igualdad y a la libertad de expresión. La forma de garantizar la posibilidad de que todos/as puedan acceder a los derechos es identificando el contexto en que se inscriben las vulneraciones. Ello, además, nos permite pensar algunas posibles respuestas para garantizar el efectivo disfrute, en particular, del derecho a expresarse libremente de las mujeres.

II. ¿DE QUÉ HABLAMOS CUANDO HABLAMOS DE LIBERTAD DE EXPRESIÓN?

Todos los regímenes, personas, espacios y gobiernos que buscan llamarse a sí mismos democráticos –más allá de la orientación política en la que se inscriban– guardan, en el panteón de los derechos, un lugar especial para el derecho a la libertad de expresión. Desde las posturas más restrictivas hasta las más participativas y amplias, la libertad de expresión es, por lo menos hace casi un siglo, un derecho esencial para casi todo régimen que, cuanto menos, evite ser tachado de autoritario. Adicionalmente, el derecho a la libertad de expresión ha sido históricamente objeto de crítica y debate de los feminismos²².

En algún punto, el compromiso con este derecho muchas veces se ha basado en un entendimiento restringido o poco integral del derecho. Así, podemos precisar dos grandes formas –históricas– de entender la libertad de expresión²³. Las primeras conceptualizaciones del derecho estuvieron centradas en la protección individual de las expresiones frente a la amenaza inminente de interferencia del Estado²⁴. En este sentido, y hasta bien entrado el siglo XX, la libertad de expresión pareciera entenderse, a decir de Owen Fiss, como una coraza alrededor de un orador que, en la esquina de una calle, se sube a un banquillo y pretende participar en el debate público como si este fuera un libre mercado de ideas²⁵. En este esquema, el Estado era la principal amenaza frente a las expresiones individuales: es la visión de la protección a la autoexpresión de manera

²¹ MORGAGE, 2020, pp. 23-35.

²² MACKINNON, 1993.

²³ No son las únicas dos, pero son las que la teoría liberal –que fundamenta nuestros mandatos constitucionales– permite hacer. Sin embargo, como menciona Gargarella, no podemos dar por desterrada una perspectiva conservadora del derecho a la libertad de expresión que apeló a la “obscenidad”, a la religión, entre otras, para restringir este derecho. Ver GARGARELLA, 2013, pp. 82-101.

²⁴ CASS SUNSTEIN, 1995.

²⁵ FISS, 1997.

individual²⁶. Como menciona Gargarella²⁷, se trata de una interpretación típicamente liberal de la libertad de expresión.

Las conceptualizaciones que vinculan a la libertad de expresión con la democracia deliberativa y con el debate público, han tenido que necesariamente ampliar esta primera noción. De esta forma, se pasó a entender a este derecho como tendiente a la autodeterminación colectiva²⁸. La visión de la autoprotección individual difícilmente pueda caracterizarse como deliberativa o comprometida con una idea robusta de la democracia en sociedades como las nuestras: esa manera de entender al derecho deja afuera a grupos cuyas voces nunca tendrán la suficiente fuerza, y ello afecta fuertemente a nuestra práctica democrática.

Así, una de las concepciones más amplias de la democracia, como aquella que puede entenderse contenida en nuestra Constitución Nacional (en adelante “CN”)²⁹ nos obliga a asumir un compromiso mayor con la libertad de expresión, porque este derecho se constituye como su prerrequisito³⁰, y se consolida como un derecho “llave” para el ejercicio de otros derechos³¹. Saba nos dice que esta es la idea de autogobierno en la que se apoyan las democracias constitucionales, que supone que la sociedad –para tomar decisiones fundamentales– debe poder acceder a la mayor cantidad posible de información³². De esta forma, la noción democrática de la libertad de expresión era (y es) la contenida en el artículo 14 de nuestra Constitución Nacional, y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos (en adelante TIDH) han clarificado y detallado su contenido (especialmente la Convención Americana de Derechos Humanos, en adelante “CADH”)³³.

De este modo, la libertad de expresión puede entenderse como derecho subjetivo, pero también como derecho público colectivo. Si bien ambas nociones de la libertad de expresión se proyectan en el mismo precepto convencional, difieren sustancialmente por su contenido, por sus efectos, y por su finalidad democrática³⁴.

En este sentido, a los fines de este artículo desarrollaremos y luego seguiremos la interpretación que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha realizado de este derecho, por ser la versión más amplia y protectoria (contempla su dimensión individual y también su dimensión colectiva, que nos interesa especialmente), pero también

²⁶ FISS, 1997.

²⁷ GARGARELLA, 2013, pp. 82-101.

²⁸ FISS, 1997.

²⁹ CSJN, Grupo Clarín SA y otros c/Poder Ejecutivo Nacional, 2013, 336:1774.

³⁰ GARGARELLA, 2013, pp. 82-101.

³¹ OEA, 2013 <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concusoinformate/docs/CortosP8.pdf>.

³² SABA, 2011, pp. 161-180.

³³ Por el contrario, la redacción de la Convención Europea de Derechos Humanos es más laxa y permite interpretaciones que pueden resultar muy restrictivas del derecho. Ver VOORHOOF, 2014, <http://hdl.handle.net/1814/29871>.

³⁴ BASTERRA, 2016, pp. 125-140.

por alinearse con los propósitos democráticos y deliberativos contenidos en nuestra Constitución Nacional.

En concreto, nos interesa señalar que el reconocimiento del derecho a la libertad de expresión como prerrequisito democrático (la “perspectiva democrática” de este derecho) se proyecta en cuatro dimensiones que tomaremos en consideración para este trabajo.

En primer lugar, es posible señalar (como ya se ha adelantado) que la libertad de expresión como preconditionación democrática se encuentra materializada en la CADH y ha sido desarrollada por la Corte IDH bajo la idea de “estándar democrático”³⁵. En particular, el artículo 13 explica que “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de **buscar, recibir y difundir** informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección” (el resaltado es nuestro). El primer elemento fundamental para leer el derecho a la libertad de expresión en relación con la democracia es su carácter bidimensional: protege tanto a quien emite la expresión como a quien la recibe (o podría recibirla)³⁶.

El/la sujeto receptor/a tiene derecho a conocer las expresiones, tanto como el/la emisor/a tiene derecho a expresarse: todos/as debemos tener la posibilidad de conocer qué se dice, y ello es parte esencial del debate público. Si bien la obligación directa derivada de esta norma implica la imposibilidad de restringir el acceso a ciertos discursos, también es cierto que reconoce las virtudes democráticas de un espacio en que exista una amplia pluralidad de voces. Que las personas puedan saber lo que piensa esta amplia pluralidad de voces —y que puedan formar sus propios juicios en consecuencia— reduce los riesgos de parcialidad en la toma de decisiones que supone un verdadero debate público³⁷.

En segundo lugar, el entendimiento del carácter bidimensional de la libertad de expresión tiene efectos profundos a la hora de comprender, por ejemplo, el rol de la censura. En especial, la CADH establece que está prohibida la censura previa, y que las expresiones solo pueden estar sujetas a responsabilidades ulteriores en ciertos casos determinados³⁸. Tomando en consideración que el derecho comprende aquel de recibir información, también podría considerarse prohibida la censura una vez que la expresión fue emitida³⁹. Asimismo, es posible señalar que la protección en materia de censura es

³⁵ BERTONI *et al.*, 2019, pp. 405-430 y Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 solicitada por el Estado de Costa Rica, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, 1985.

³⁶ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 solicitada por el Estado de Costa Rica, La Colegiación Obligatoria de Periodistas, 1985.

³⁷ GARGARELLA, 2013, pp. 82-101.

³⁸ Las condiciones para el establecimiento de responsabilidad ulterior se han denominado “el test tripartito”. Para que sea respetuosa de las obligaciones internacionales de derechos humanos, debe estar fijada por ley (en sentido material y formal), tender a un objetivo legítimo (posible en virtud de la CADH, y cumplir los estándares de necesidad y proporcionalidad). Asimismo, estos requisitos son más estrictos en sanciones penales. Ver Corte IDH, Kimel Vs. Argentina, Serie C No. 177, 2008.

³⁹ En efecto, se ha dicho que el adjetivo “previa” ha perdido relevancia, porque la prohibición es más extensa, ver Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, 2017, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf>. En este punto, es interesante volver al relato narrado al inicio de este trabajo, porque la decisión de

más amplia aún: no solo está prohibida la censura directa, sino también la indirecta⁴⁰, aquella que se ejerce, como menciona el artículo 13, por el “el abuso de controles oficiales o particulares de papel para periódicos, de frecuencias radioeléctricas, o de enseres y aparatos usados en la difusión de información o por cualesquiera otros medios encaminados a impedir la comunicación y la circulación de ideas y opiniones”.

Llegado este punto, sería sensato preguntarse si el hecho de que las mujeres no ocupen espacios de poder resulta, en algún punto, una forma de censura indirecta; debido a que la posibilidad de expresar sus ideas es considerablemente disminuida porque no son llamadas a participar, por ejemplo, de las actividades académicas. En la medida en que solo sean voces permitidas las de aquellas personas que ocupan espacios de poder, y en tanto esas personas sean solamente varones, la capacidad de participar del debate de las mujeres puede estar afectada.

En tercer lugar, entender al derecho a la libertad de expresión sobre la base de su rol en la deliberación democrática implica reconocer la gran variedad de conductas protegidas. Si pretendemos ampliar el debate y proteger expresiones que sean —o puedan ser—⁴¹ importantes para la discusión, tenemos que asumir que muchas acciones dañosas deberán ser protegidas. Asimismo, el desarrollo regional y local ha sido muy claro acerca de los casos en que las expresiones revistan interés para el debate público: allí también están —en principio— protegidas de sanciones civiles y penales aun cuando causen daño a terceros⁴². En este sentido, la protección otorgada por el derecho a la libertad de expresión excede aquella contenida en el principio de autonomía (artículo 19 de la CN), y es aún más reforzada cuando las expresiones resultan de interés público.

suspender el debate en el marco de la Facultad de Derecho de la UBA desató un debate acerca de aquello que puede entenderse como “censura”. Más allá de la gran relevancia de esa discusión, pocas veces se ha desatado tal debate respecto de la censura para los casos de absoluta ausencia de ciertos grupos oprimidos, como en este caso las mujeres en paneles y debates académicos.

⁴⁰ La Corte IDH abordó principalmente esta problemática en: Corte IDH, *Ivcher Bronstein Vs. Perú*, Serie C No. 84, 2001; Corte IDH, *Ríos y otros Vs. Venezuela*, Serie C No. 194, 2009; Corte IDH, *Perozo Vs. Venezuela*, Serie C No. 195, 2009; Corte IDH, *Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia*, Serie C No. 248, 2012 y Corte IDH, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, Serie C No. 293, 2005. En la Argentina, la CSJN abordó algunos de los principales aspectos de la censura indirecta en CSJN, *Editorial Perfil S.A. y otro c/ Estado Nacional Jefatura Gabinete de Ministros SMC s/ amparo ley 16.986, 334:109, 2011*; CSJN, *Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén, 330:3908, 2007* y CSJN, *Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, 337:47, 2014*.

⁴¹ Sunstein nos explica que no se trata de proteger simplemente al discurso de índole político. En particular, por la dificultad de realizar una distinción entre el “discurso político” y el “no político”, y porque todos los discursos encarnan valores sociales. Así, lo expuesto se extiende a todas las expresiones. Ver SUNSTEIN, 1995.

⁴² Corte IDH, *Kimel Vs. Argentina*, Serie C No. 177, 2008; Corte IDH, *Fontvecchia y D’Amico Vs. Argentina*, Serie C No. 238, 2011 y CSJN, *Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros, 331:1530, 2008*. En un reciente fallo, la CSJN resolvió en este mismo sentido en un caso en que se había satirizado la imagen de una mujer defensora de presos por delitos de cometidos en la última dictadura militar en la tapa de una revista de humor político (sátira), representándola de forma hipersexualizada. La CSJN entendió que la tapa referida revestía interés público y por lo tanto estaba protegida por el derecho a la libertad de expresión. Ver: CSJN, *Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/daños y perjuicios, 2020*.

Por último, la comprensión de la libertad de expresión a la luz la deliberación democrática implica ver de modo diferente el rol del Estado (y de sus agentes). En este sentido, estas concepciones, las que lo entienden como un derecho indispensable para el autogobierno colectivo han modificado el foco de atención⁴³. La injerencia arbitraria del Estado en nuestras expresiones –que están protegidas por una noción individual y restringida del derecho– ya no es la principal amenaza sino la estructura social⁴⁴.

La idea de la libertad de expresión como “libre mercado de ideas” en que el Estado se limita a no interferir no permite entender que no todos/as somos iguales frente a este derecho⁴⁵, y que eso trae como consecuencia que no todas las voces puedan participar en el debate público. En este sentido, la reconfiguración del ideal igualitario tiene un rol esencial, porque el entendimiento estructural del fenómeno de la desigualdad implica atender, también, a vulneraciones del derecho a la libertad de expresión tal como aquí lo conceptualizamos⁴⁶. La estructura social –una estructura social desigual, para lo que aquí nos convoca– es importante para pensar la libertad de expresión como premisa del debate público porque afecta la posibilidad de que todos/as podamos participar y, además, que todos/as estemos expuestos/as a una pluralidad importante de voces diversas⁴⁷.

De esta forma, el Estado tiene un rol fundamental, casi antagónico de aquella perspectiva que le demandaba no interferencia. Este enfoque que toma a la desigualdad estructural como origen de la afectación del derecho a la libertad de expresión (de quienes no pueden expresarse, pero también –por su carácter bidimensional– a quienes no pueden escuchar esas opiniones e ideas) le demanda al Estado acciones⁴⁸. El Estado es garante de que todos/as puedan expresarse y participar en la deliberación pública, y tiene que tomar medidas específicas para garantizar ello en un contexto de enormes desigualdades sociales, de modo que el derecho no pierda virtualidad: es evidente que,

⁴³ GARGARELLA, 2013, pp. 82-101.

⁴⁴ La región latinoamericana se caracteriza por ser una de las más desiguales del continente. Estas desigualdades provienen de distintas causas: por la condición de migrante, por la orientación sexual o autopercepción de la identidad sexual, por el sexo, por el género, por la edad, entre otras. En especial, en lo que refiere a la situación de las mujeres en la región, ver <https://oig.cepal.org/es>, consultado el 20/08/2020. Estas desigualdades en el acceso a diversos derechos se encuentran atravesadas por la situación de pobreza (en muchos casos extrema) que se evidencia en diversas partes del continente, ver: CIDH, 2017. En este sentido, “el análisis de contexto constituye una herramienta útil [...] que permite exponer los factores relevantes que modifican la comprensión de los fenómenos sociales que se investigan”, ver ANSOLABEHERE *et al.*, 2017, p. 7, <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5766/1.pdf>. Asimismo, el análisis del contexto es “una herramienta que permite comprender la forma en la que operan las violaciones, sus causas y consecuencias”, ANSOLABEHERE *et al.*, 2017, p. 8.

⁴⁵ Se trata de una interpretación de la libertad de expresión (y de la igualdad) que debe analizarse en el contexto en que fue desarrollada y que lejos estaba de entender la complejidad de nuestras sociedades actuales.

⁴⁶ Como veremos, el ideal igualitario contenido y desarrollado por los Tratados Internacionales de Derechos Humanos ha influido fuertemente en nuestra lectura constitucional. Así, también relevante y fundamental que también implique una relectura desde una perspectiva igualitaria del derecho a la libertad de expresión.

⁴⁷ SUNSTEIN, 1995. Esto no implica que el Estado desaparezca como amenaza. En efecto, esto es lo que FISS ha llamado “La ironía de la libertad de expresión”: el Estado es el enemigo y el mejor amigo de la libertad de expresión. Ver FISS, 1996.

⁴⁸ GARGARELLA, 2013, pp. 82-101.

más allá de las buenas intenciones, en el libre mercado de ideas la deliberación no es muy democrática (y ello es coherente con las visiones de “igualdad” y “democracia” que comprende cada interpretación del derecho a la libertad de expresión). El Estado, bajo este paradigma, debería ser el nuevo “árbitro” del debate público.

Esta última implicación del derecho a la libertad de expresión como prerrequisito democrático trae dos consecuencias que nos interesan especialmente. En principio, establece una obligación reforzada de respeto y de garantía con relación a los grupos históricamente oprimidos: si la libertad de expresión protege acciones dañosas, y más aún aquellas que versan sobre cuestiones de interés público; más todavía se encuentran aquellas expresiones de los grupos cuyas voces nunca fueron escuchadas, y que pretenden participar del debate público. La “autonomía” de quien se expresa no puede garantizar nuestros propósitos democráticos constitucionales⁴⁹, y la intervención del Estado es una herramienta apropiada para garantizar el objetivo democrático de un debate público robusto.

Por otra parte, presenta la dicotomía propuesta por Fiss⁵⁰: a veces, cuando deben llevarse adelante acciones para garantizar la libertad de expresión de los grupos oprimidos, debe restringirse el derecho a la libertad de expresión de otros. Se trata, en efecto, de un conflicto entre libertades. En particular supone asumir que los recursos de la expresión son siempre limitados o escasos, y que si pretendemos proteger la autonomía de quienes pueden expresarse, nunca podremos darle voces a los demás: siempre se requerirá un desplazamiento de la autonomía y la libertad de un grupo, a favor de otro que no tiene el mismo nivel de acceso⁵¹. Así, este rol del Estado —que requiere presencia y acciones para garantizar la diversidad de voces— puede manifestarse de dos formas: regulando (por ejemplo, a la hora de establecer limitaciones al derecho, condiciones de ejercicio, entre otras) o asignando o redistribuyendo recursos. En ambos casos implican facultades estatales que deben responder al programa constitucional de debate público en condiciones de igualdad⁵².

Es evidente, entonces, que la premisa de maximización de la autonomía para garantizar un debate público robusto y rico no es suficiente. Es importante tomar en consideración también el impacto de las desigualdades que existen en el seno de la estructura social para la deliberación pública. A decir de Martí⁵³, se trata de la posibilidad de medir la capacidad real de influir en el proceso argumentativo: es un problema de maximización de la autonomía, pero también de igualdad. Y así, a veces supondrá un conflicto entre libertad y libertad⁵⁴. Como veremos en los siguientes apartados, la desigualdad que yace en la estructura social entre varones y mujeres (y otras identidades o expresiones de

⁴⁹ SUNSTEIN, 1995.

⁵⁰ FISS, 1997.

⁵¹ FISS, 1997.

⁵² SABA, 2011, pp. 161-180.

⁵³ MARTÍ, 2006.

⁵⁴ BERLIN, 1988, pp. 187-243.

género diversas) tiene un impacto fundamental en la participación en el debate público y académico. En suma, la posibilidad real de ejercer el derecho a la libertad de expresión.

En este mismo sentido han sido las interpretaciones que ha realizado la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En particular, del ya mencionado entendimiento del derecho a la libertad de expresión como prerrequisito democrático (y a la luz de su carácter bidimensional), así como sus interpretaciones acerca de la censura previa⁵⁵ y las responsabilidades ulteriores⁵⁶. Pero también es la lectura que se ha realizado con relación a la importancia de garantizar una pluralidad amplia de voces, interpretando el derecho a la libertad de expresión a la luz del principio de no discriminación⁵⁷. De esta forma, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que los derechos a la igualdad y a la libertad de expresión tienen una relación “afirmativa” y complementaria⁵⁸. Así, se ha reiterado “la importancia del derecho a la libertad de expresión para garantizar el derecho a la igualdad de las minorías y de los miembros de grupos que han sufrido discriminación histórica. Esta importancia nace principalmente del rol de la libertad de expresión como derecho en sí mismo y como herramienta esencial para la defensa de otros derechos, como elemento fundamental de la democracia”⁵⁹.

Estas consideraciones, además, se extienden de forma específica al ámbito universitario en forma de “libertad de cátedra”. Así, es posible que pueda entenderse que ciertas intervenciones —como veremos en el siguiente apartado— tendientes a garantizar la libertad de expresión de las mujeres en espacios universitarios, puedan ser vistas como una afectación a la libertad de cátedra. Contra esta objeción responden los estándares internacionales de libertad de expresión antes señalados, desde que la libertad de cátedra es una subespecie de ella⁶⁰, o su “par” en espacios educativos. En esta línea, la libertad de cátedra se inscribe en el reseñado conflicto entre “libertad y libertad”⁶¹, y también debe ser resuelto en virtud del principio de igualdad para garantizar la expresión de grupos históricamente excluidos del debate público. Además, la libertad de cátedra en particular se encuentra limitada y afectada por los objetivos del derecho a la educación, en particular el de la formación de ciudadanía (más relevante aún en la formación de profesionales del derecho), que establece la necesidad de educar de manera comprometida con los ideales de democracia e igualdad (a lo que se ajusta la necesidad de incluir mujeres en espacios académicos)⁶².

⁵⁵ Corte IDH, *La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*, Serie C No. 73, 2001.

⁵⁶ Corte IDH, *Fontevicchia y D’Amico Vs. Argentina*, Serie C No. 238, 2011 y Corte IDH, *Kimel Vs. Argentina*, Serie C No. 177, 2008.

⁵⁷ Corte IDH, *Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela*, Serie C No. 293, 2005.

⁵⁸ CIDH, 2015. También, la CIDH sostuvo que “la distribución efectiva de un recurso o bien público escaso que afecte la capacidad de los medios de comunicación para operar encuentra límites en el ejercicio del derecho a la libertad de expresión en pie de igualdad”, en CIDH, Informe No. 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka), 2016, par. 76.

⁵⁹ CIDH, 2015, párr. 218.

⁶⁰ MADRID, 2013, pp. 355-371.

⁶¹ FISS, 1997.

⁶² GUTMANN, 1999.

En este sentido, podemos adelantar que, en sociedades y en espacios fuertemente desiguales (como la Facultad de Derecho de la UBA, según los datos expuestos), las obligaciones emanadas de los tratados internacionales y las normas constitucionales en la interpretación igualitaria del derecho a la libertad de expresión establecen obligaciones que lleven como *resultado* la presencia efectiva de mujeres⁶³. Estas obligaciones de resultado son frecuentemente materializadas mediante políticas de cupo (por lo menos), o de paridad⁶⁴, y acompañadas por medidas tendientes a garantizar condiciones de igualdad que permitan la libre expresión y la participación democrática de las mujeres.

III. MICRO Y MACRODESIGUALDADES: LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN CONTEXTOS DE DESIGUALDAD ESTRUCTURAL

El ideal igualitario de nuestra Constitución Nacional se vio fuertemente influido con la reforma constitucional de 1994 y, en especial, con la vigencia de los TIDH. Este ideal igualitario busca avanzar del concepto de igualdad como no discriminación hacia un concepto robusto de igualdad: la igualdad como no sometimiento⁶⁵ imponiendo obligaciones (más o menos) claras a los Estados. Entre ellas aparecen ciertas obligaciones de hacer, que implican que los Estados deben realizar cierto tipo de acciones para

⁶³ Como señalaremos en el siguiente apartado, la situación estructuralmente discriminatoria que exhiben los números en la participación de mujeres no responde necesariamente a una voluntad manifiesta de las autoridades responsables de excluir mujeres. Por el contrario, muchas veces existe detrás de los y los organizadores de una actividad, por ejemplo, la intención expresa de incluir o tomar en consideración a la participación de mujeres. No obstante, ello no quita que, en la foto general de la totalidad de actividades realizadas, el *resultado* sea aún discriminatorio. Esto es relevante porque la vulneración al principio de igualdad y no discriminación está centrado en que los resultados sean desiguales o discriminatorios, más allá de la voluntad de las personas. El correlato de esta perspectiva es que, más allá de las intenciones o la razonabilidad del argumento de “hacer lo más posible”, para evitar resultados discriminatorios deben establecerse obligaciones de resultado.

⁶⁴ Se trataría de obligaciones de resultado regulatorias de carácter institucional, que existen de forma previa y expresa. Contra estas políticas para el caso que estudiamos se han esgrimido y ensayado diversos argumentos, entre otros: a) *suponen una demanda extraordinaria para las mujeres, pues no siempre están en condiciones materiales de aceptar invitaciones a formar parte de actividades académicas*. En este caso, las medidas de cupo o paridad deben estar acompañadas de la comprensión integral de las condiciones de las mujeres para poder, por ejemplo, modificar las condiciones en que se llevan adelante ciertas actividades (por ejemplo, el horario);

b) *No hay especialistas mujeres en un tema determinado*. En este caso, muchas veces requiere buscar las formas para el abordaje de un tema o problemática desde una perspectiva menos masculinizada. Asimismo, es recurrente que esta sea una objeción derivada de una búsqueda insuficiente o de la utilización de criterios de *expertise* y mérito que no toman en consideración las condiciones discriminatorias en que las mujeres llevan adelante su vida profesional.

Por otra parte, que hagamos hincapié acá en las políticas de cupo o de paridad no implica que se trate de las únicas medidas posibles para garantizar el derecho a la libertad de expresión de las mujeres en estos espacios. Por el contrario, y en línea con lo señalado, estas políticas deben necesariamente ser acompañadas de otras que permitan el reconocimiento y la transformación de las estructuras desiguales. En términos de Fraser, no solo medidas de redistribución, sino también de reconocimiento. Ver: FRASER, 2006, pp. 17-86.

⁶⁵ Ver SABA, 2016; CLÉRICO Y ALDAO, 2011, pp. 141-179, y RONCONI, 2018.

garantizar la igualdad real. Entre esas acciones se encuentran sin dudas las de intervenir en el debate democrático para garantizar su ejercicio y la participación de todas las voces. Pero no solo es intervención, sino que además implica garantizar la efectiva participación de grupos históricamente excluidos⁶⁶. Estas obligaciones se desprenden de los arts. 75 inc. 22 y 23 de la CN y claramente comprende a los “agentes” estatales.

Esta más novedosa concepción de igualdad implica mirar las estructuras sociales y las posiciones que los distintos grupos asumen allí, y exige al Estado garantizar a los grupos desaventajados el pleno goce y ejercicio de los derechos en condiciones de igualdad. Para esto, el Estado y sus agentes deben regular, actuar, intervenir. Existen entonces respecto de estos grupos obligaciones de hacer con el fin de erradicar las situaciones de desigualdad.

De esta manera es necesario entender las formas en que opera la desigualdad respecto de ciertos grupos. En especial, nos referimos aquí a la situación de las mujeres. En este sentido, el Estado argentino y sus dependencias/dependientes se han comprometido a garantizar la igualdad entre hombres y mujeres en los distintos espacios de su vida y en particular a estas últimas a vivir una vida libre de violencias⁶⁷.

Poner fin a las situaciones de violencia requiere entender las razones de su producción. La violencia de la que son víctimas las mujeres es producto de relaciones de poder desiguales. La violencia que padecen las mujeres es producto del estatus subordinado al que han sido sometidas durante años por la estructura de dominación patriarcal⁶⁸. Así, la distinción entre desigualdad y violencia (simbólica) es muy sutil. Pensamos que esta es una manifestación clara de las situaciones de desigualdad que a diario viven las mujeres. La única forma de eliminar la violencia es eliminando las situaciones de desigualdad existentes.

En muchos casos, y en especial en espacios como el de la vida universitaria, la desigualdad se presenta como situaciones “micro”. Esto es, no se trata de exclusiones burdas que pudieran causar reacciones concretas, sino que, por el contrario, se trata de exclusiones pequeñas, ínfimas, pero constantes, permanentes. En este punto, es necesario entonces analizar la situación en su contexto. No alcanza con mirar una situación en particular, sino de mirar distintas acciones similares. Entendemos por microdesigualdades (y por ende microviolencias) aquellas situaciones de exclusión que en forma aislada se tornan casi irrelevantes o no posible de ser catalogada como una situación de “exclusión” clásica.

⁶⁶ La importancia de garantizar el acceso al ejercicio del derecho, pero también la efectiva participación de las mujeres hace referencia a las condiciones necesarias que deben existir para que ello suceda: por ejemplo, debe tenerse en consideración que las mujeres por lo general están a cargo de las tareas de cuidado, o pueden sentirse inhibidas a hablar en un terreno hostil y masculinizado. Entendemos que se trata de posibilidades de ejercicio que impliquen las condiciones adecuadas para ello.

⁶⁷ Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación General N°19: la violencia de género contra la mujer*, A/46/38, 1992 y Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, *Recomendación general N° 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general N° 19*, CEDAW/C/GC/35, 2017.

⁶⁸ Corte IDH, González y otras (“Campo Algodonero”) Vs. México, Serie C No. 205 Corte IDH (2009) y Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, Serie C No. 277, 2014.

Sin embargo, estas situaciones son también estructurales pues son padecidas en general por casi todas las mujeres en los distintos roles que ocupan. Es necesario tener en cuenta que los procesos de desigualdad en el nivel micro funcionan junto con aquellos en el nivel macro para crear patrones de desigualdad mutuamente sostenibles en la sociedad que hacen que tales patrones sean tan difíciles de cambiar⁶⁹. Este estatus subordinado de las mujeres a nivel macro da forma a las relaciones cotidianas en el nivel micro y esto genera la forma en que se distribuye el poder en las instituciones sociales⁷⁰.

Es por esto por lo que debemos cambiar el enfoque. Es necesario mirar, comprender y reaccionar ante la “atmósfera de exclusión”, presente en diversos espacios, pero en forma invisible⁷¹. De nuevo, se trata de microdesigualdades que actúan en forma estructural. Por esto, resultará difícil encontrar un único sujeto (mujer) afectado, sino que estos actos tienen un impacto indirecto sobre ese grupo⁷². Asimismo, a veces tampoco se puede identificar siquiera un sujeto determinado que materialice la opresión, sino que se realiza “por contexto”: estas desigualdades resultan incluso de personas bien intencionadas y comprometidas con contrarrestar la desigualdad de género.

Así, es necesario identificar la insuficiencia de entender a las violaciones de derechos como cuestiones individuales, sino que es necesario pensarlas y reconfigurarlas en el contexto en el que se dan. En este caso, en un contexto de desigualdades estructurales (micro y macro)⁷³.

Esto se proyecta claramente al caso del derecho que estamos analizando. Por un lado, la no convocatoria a una mujer a una actividad académica puede no identificarse como un acto de afectación a la libertad de expresión. Sin embargo, cuando se mira el panorama general (la cantidad de actividades y escasa presencia de mujeres, o de la participación de mujeres solo en ciertos y determinados temas, su rol o grado de intervención, entre otras) es posible identificar que las mujeres como grupo no cuentan con la posibilidad de intervenir en el debate público, y ello sí se constituye como una violación a la libertad de expresión. Es esta la característica de las “microdesigualdades”. La afectación individual es posiblemente casi nula, pero la afectación a niveles estructurales es muy significativa e importante, y aún así muchas veces invisibilizada.

En esta línea, la existencia de estas microdesigualdades de carácter estructural termina por afectar el ejercicio del derecho a la libertad de expresión desde una perspectiva democrática. Esta “atmósfera de exclusión” afecta la posibilidad de los grupos históricamente oprimidos no solo a expresarse, sino a formar parte del debate democrático, público y

⁶⁹ RIDGEWAY, 2014, pp. 1-16.

⁷⁰ Respecto de la violencia contra las mujeres en política ver ELA, 2018, <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cnl=15&opc=49&codcontenido=3229&plcontempl=43>. Asimismo, las distintas actividades que se vienen llevando a cabo desde el programa “Cerrando Brechas” <http://cerrandobrechas.ela.org.ar/a2/index.cfm?aplicacion=app187&cnl=94&opc=57>, consultado el 21/10/2020.

⁷¹ RONCONI, 2020.

⁷² RONCONI, 2018.

⁷³ Esto podría tener como consecuencia pensar las respuestas o soluciones posibles más desde una perspectiva colectiva más que individual.

abierto. Y esta vulneración del derecho a expresarse de ciertos grupos es, también, una afectación del derecho de todas las personas a conocer lo que ellos tienen para decir (por su carácter “bidimensional”). La problemática específica de la desigualdad estructural en el caso de la libertad de expresión es que no se trata solo de la afectación de un derecho individual, sino que se trata del absoluto empobrecimiento de nuestra práctica democrática.

Así, las acciones que se tomen para reducir las microdesigualdades estructurales impactan en el ejercicio del derecho de grupos históricamente oprimidos a participar, y con ello también se afecta el derecho de toda la comunidad política a conocer el contenido de las expresiones⁷⁴. Ello es aún más grave cuando el contenido de las expresiones es una demanda de derechos y de reconocimiento: es la posibilidad de mostrar las necesidades y falencias de nuestras sociedades, es la garantía de que podamos demandar el efectivo cumplimiento de todos los otros derechos que pueden estar siendo vulnerados⁷⁵.

IV. A MODO DE CONCLUSIÓN

En este trabajo partimos de dos consideraciones. Por un lado, entender la libertad de expresión como prerrequisito democrático. Por otra parte, interpretar las exigencias de una más robusta concepción de igualdad que parte de considerar las estructuras sociales y la imposibilidad que tienen ciertos grupos, por el lugar que ocupan en esas estructuras, de gozar de sus derechos en forma plena.

De esta manera, buscamos indagar acerca de qué implica tomarse en serio la libertad de expresión cuando quienes encuentran obstáculos para expresarse son un grupo desaventajado. En este caso nos enfocamos en la situación de las mujeres. Sostuvimos que, en lo que respecta a la libertad de expresión, ante la existencia de grupos que han sido históricamente silenciados, existen obligaciones concretas de parte del Estado y sus agentes, no solo de garantizar que esas voces sean escuchadas sino principalmente de romper las estructuras que impiden que esas voces circulen. Se trata entonces de pensar en acciones afirmativas para garantizar el efectivo goce de los derechos para diversos grupos. Así, es posible que, muchas veces, para garantizar el derecho a la libertad de ciertos grupos históricamente excluidos del debate público haya que impedir que se expresen ciertas voces “autorizadas” (que han tenido y tienen la posibilidad de expresarse y ser parte de la práctica democrática en forma continua). Sin embargo, este límite a la libertad para permitir que, en este caso las mujeres, puedan participar del debate público en forma robusta, no es solamente una acción afirmativa para el cumplimiento de los

⁷⁴ Como fuera señalado, queda pendiente la discusión acerca del tipo de acciones que requiere asumir esa vulneración específica al ejercicio del derecho a la libertad de expresión. Es claro que las políticas de cuotas resultan una acción afirmativa muy valiosa, pero tampoco modifican de manera integral esta problemática de desigualdad estructural. Al respecto, ver: FRASER, 2006, pp. 17-86.

⁷⁵ En especial, existen temas “masculinizados” como por ejemplo los debates concernientes a corrupción. Otros en cambio que aparecen solo en la voz de las mujeres, en este sentido por ejemplo los debates en torno a la interrupción legal del embarazo, gestión menstrual, entre otros.

derechos individuales de las mujeres, sino una forma de garantizar un debate público real y enriquecedor en que todos/as sean tomados/as en consideración y todas las voces puedan ser escuchadas.

Iniciamos este trabajo con un ejemplo concreto en que, ante la “suspensión” de un evento público en una institución académica, distintas voces se alzaron en nombre de la libertad de expresión. No obstante, esas voces no aparecen en la misma medida cuando quienes resultan silenciados de forma sistemática son grupos desaventajados, y tomamos aquí el caso de las mujeres en la Facultad de Derecho de la UBA. Pensar o repensar la libertad de expresión en términos igualitarios exige garantizar la libertad de expresión de los distintos grupos, pero no ya desde una mirada liberal conservadora sino otorgándole la posibilidad de expresarse a quienes no pueden hacerlo, y lograr que distintas voces sean escuchadas. Asumir esta premisa implica, muchas veces, limitar los derechos de los grupos más privilegiados. Visto desde esta perspectiva, levantar las banderas del derecho a la libertad de expresión implica, también, reconocer las vulneraciones estructurales y sistemáticas a este derecho, aquellas que no se ven, pero existen, y nos afectan a todos/as.

Sin embargo, hay razones para sentirse optimistas: la visibilización de la problemática de las violencias por razones de género en los últimos años ha permitido también señalar las microdesigualdades estructurales, alzar las voces, demandar espacios y comenzar a ser tenidas en consideración en la discusión pública. En el ámbito de la Universidad de Buenos Aires, y en particular de la Facultad de Derecho, las recientes resoluciones acerca de capacitación en temáticas de género, cuotas para los cuerpos colegiados, paridad para la integración del Consejo Directivo (y Superior en el caso de la UBA), son algunos ejemplos de ello. Si bien no hay producción de información en materia de participación en actividades académicas de años anteriores, todo parece indicar que hemos avanzado en la dirección correcta. Así, aun cuando el camino ha sido largo, el diagnóstico es certero y las acciones bien encaminadas. Esto nos habilita a pensar ciertas medidas que permitan transformar las situaciones de desigualdad estructural, como, por ejemplo, la producción de información en forma periódica de la situación de las mujeres y otros grupos vulnerabilizados, el monitoreo de las actividades que se realizan con relación a su composición por género, el desarrollo de políticas de promoción para aumentar la participación de mujeres (por ejemplo, para el caso de los concursos para cargos docentes, facilitando tareas de cuidado, garantizando paridad en las actividades, entre otras). Estas y algunas otras medidas permitirán transformar los espacios que integramos para hacerlos más justos y democráticos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANSOLABEHERE, Karina *et al.*, 2017: “Violaciones, derechos humanos y contexto: herramientas propuestas para documentar e investigar. Manual de Análisis de Contexto para Casos de Violaciones a los Derechos Humanos”, FLACSO eds. <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/12/5766/1.pdf>.

- BASTERRA, Marcela, 2016: "La libertad de expresión y el derecho de acceso a la información pública en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires", *Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires Comentada*, JusBaires ed., pp. 125-140.
- BERGALLO, Paola, 2019: "Será ley?: Abogacía de causa y cambio legal", (sin publicar).
- BERLIN, Isaiah, 1988: "Dos conceptos de libertad", en: *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Julio Bayón trad., Alianza ed., pp. 187- 243.
- BERTONI, Eduardo *et al.*, 2019: *Convención Americana sobre Derechos Humanos Comentada*, Fundación Konrad Adenauer (2da ed.), pp. 405-430.
- CIANCAGLINI Troller, Agatha y Loreti, Candela, 2019: "La perspectiva de género en la enseñanza del derecho, una mirada al currículum oculto de la Facultad de Derecho de la UBA", (sin publicar).
- CLÉRICO, Laura y Aldao, Martín, 2011: "Nuevas miradas de la igualdad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la igualdad como redistribución y como reconocimiento", *Revista Estudios Constitucionales*, 9 (1), pp. 141-179.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2015: "Violencia contra Personas Lesbianas, Gay, Bisexuales, Trans e Intersex en América", OAS/Ser.L/V/II.rev.2 Doc. 36. 12.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2016: "Informe No. 48/16. Caso 12.799. Fondo. Miguel Ángel Millar Silva y otros (Radio Estrella del Mar de Melinka)".
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2017: "Informe sobre pobreza y derechos humanos en las Américas", OEA/Ser.L/V/II.164 Doc. 147.
- COMITÉ para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 1992: Recomendación General Nº19: la violencia de género contra la mujer, A/46/38.
- COMITÉ para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 2017: Recomendación general Nº 35 sobre la violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la recomendación general Nº 19, CEDAW/C/GC/35.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Fontevecchia y D'Amico Vs. Argentina, Serie C No. 238, 2011.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, González y otras ("Campo Algodonero") Vs. México, Serie C No. 205, 2009.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Granier y otros (Radio Caracas Televisión) Vs. Venezuela, Serie C No. 293, 2005.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Ivcher Bronstein Vs. Perú, Serie C No. 84, 2001.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Kimel Vs. Argentina, Serie C No. 177, 2008.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile, Serie C No. 73, 2001.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-5/85 solicitada por el Estado de Costa Rica, "La Colegiación Obligatoria de Periodistas", 1985.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Perozo Vs. Venezuela, Serie C No. 195, 2009.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Ríos y otros Vs. Venezuela, Serie C No. 194, 2009.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Vélez Restrepo y familiares Vs. Colombia, Serie C No. 248, 2012.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Veliz Franco y otros Vs. Guatemala, Serie C No. 277, 2014.
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Arte Radiotelevisivo Argentino S.A. c/ Estado Nacional s/ amparo ley 16.986, 337:47, 2014.
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Editorial Perfil S.A. y otro c/ Estado Nacional Jefatura Gabinete de Ministros SMC s/ amparo ley 16.986, 334:109, 2011.
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Editorial Río Negro S.A. c/ Provincia del Neuquén, 330:3908, 2007.

- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Grupo Clarín SA y otros c/ Poder Ejecutivo Nacional, 336:1774, 2013.
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Pando de Mercado, María Cecilia c/ Gente Grossa SRL s/daños y perjuicios, 2020.
- CORTE Suprema de Justicia de la Nación, Patitó, José Angel y otro c/ Diario La Nación y otros, 331:1530, 2008.
- ELA, 2018: “Violencia política contra las mujeres en Argentina: experiencias en primera persona”, <http://www.ela.org.ar/a2/index.cfm?muestra&aplicacion=APP187&cnl=15&opc=49&codc=3229&plcontempl=43>.
- FISS, Owen, 1996: *The irony of free speech*, Harvard University Press ed.
- FISS, Owen, 1997: *Libertad de expresión y estructura social*, Fontamara eds., Jorge Malem Seña trad.
- FRASER, Nancy, 2006: “La justicia social en la era de la política de la identidad: Redistribución, reconocimiento y participación”, *¿Redistribución o reconocimiento?*, Christiane Wilke et al. trad., Morata eds., pp. 17-86.
- GARGARELLA, Roberto, 2013: “La concepción constitucional de la libertad de expresión”, *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, 14 (1), pp. 82-101.
- GUTMANN, Amy, 1999, *Democratic Education: Revised Edition*, Princeton University Press.
- INFORME del primer año de gestión del Decano Alberto J. Bueres al Consejo Directivo de la Facultad de Derecho, 2018, <http://www.derecho.uba.ar/institucional/deinteres/informe-de-gestion-2018.pdf>
- KOHEN, Beatriz et al., 2019: “Las mujeres docentes en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires”, *Academia*, 33, pp. 99-130.
- KOHEN, Beatriz, 2005: “Más mujeres a la justicia. Los argumentos más frecuentes”, *Academia*, 6, pp. 331-337.
- MACKINNON, Catharine, 1993: *Only Words*, Harvard University Press eds.
- MADRID, Raúl, 2013: “El derecho a la libertad de cátedra y el concepto de Universidad”, *Revista Chilena de Derecho*, 40 (1), pp. 355-371.
- MARTÍ, José Luis, 2006: *La república deliberativa. Una teoría de la democracia*, Marcial Pons eds.
- MORGAGE, Graciela, 2020: “La Universidad en clave de género y las deudas de la Reforma Universitaria”, en *La universidad en clave de género. A 100 años de la Reforma Universitaria* (Laura Pautassi & Lorena Balardini coords.), pp. 23-35
- ONU MUJERES, La hora de la igualdad sustantiva. Participación política de las mujeres en América Latina y el Caribe Hispano, 2015.
- ORGANIZACIÓN de los Estados Americanos, 2013: “El derecho de acceso a la información pública: un derecho para ejercer otros derechos” <https://www.oas.org/es/sap/dgpe/concursoinformate/docs/CortosP8.pdf>.
- RELATORÍA Especial para la Libertad de Expresión, 2107: “Estándares Internacionales de libertad de expresión: guía básica para operadores de Justicia en América Latina” <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r37048.pdf>.
- RIDGEWAY, Cecilia L., 2014: “Why status matters for inequality”, *American sociological review*, 79 (1), pp. 1-16.
- RONCONI, Liliana, 2018: *Derecho a la educación e igualdad como no sometimiento*, Universidad Externado de Colombia ed.
- RONCONI, Liliana, 2020: “La violencia de género en las universidades. Análisis de las respuestas institucionales en la Facultad de Derecho de la UBA ¿Hacia un cambio de mirada?”, *Perspectivas de género en la educación superior: una mirada latinoamericana*, Universidad ICESI ed.
- SABA, Roberto 2016: *Más allá de la igualdad ante la ley ¿qué le debe el Estado a los grupos desaventajados?*, Siglo XXI eds.

- SABA, Roberto, 2011: "Censura indirecta, publicidad oficial y diversidad", *Libertad de expresión: debates, alcances y nueva agenda*, UNESCO ed., pp. 161-180.
- SUNSTEIN, Cass, 1995: *Democracy and the problem of free speech*, Free Press eds.
- VOORHOOF, Dirk, 2014: "The Right to Freedom of Expression and Information under the European Human Rights System: Towards a more Transparent Democratic Society", *European University Institute*, <http://hdl.handle.net/1814/29871>.
- WEI He, Lucía, 2019: "Más mujeres al Congreso: ¿puede la paridad de género ilusionarnos con una agenda de políticas públicas inclusivas?", *Redacción* <https://www.redaccion.com.ar/mas-mujeres-al-congreso-puede-la-paridad-de-genero-ilusionarnos-con-una-agenda-de-politicas-publicas-inclusivas/>.

La exigencia de motivar las sentencias del Tribunal Constitucional chileno*

*Sebastián Agüero-San Juan***
*Felipe Paredes Paredes****

RESUMEN

La motivación de las sentencias del Tribunal Constitucional ha sido un tema pobremente abordado en la legislación y casi ignorado por la doctrina en Chile. El artículo analiza la regulación del derecho chileno en la materia, destacando la importancia de una reflexión más profunda acerca de la obligación de motivar adecuadamente las sentencias de inconstitucionalidad. Esta cuestión adquiere especial relevancia, debido a la crítica que existe en contra del Tribunal Constitucional, de que este se desempeñaría como un órgano político, careciendo de la legitimidad para hacerlo. En la última parte, el artículo contiene una propuesta en ciernes, que contiene las bases esenciales de un modelo para dotar de un contenido más concreto a la exigencia de motivación de las sentencias en el ámbito constitucional.

Tribunal Constitucional; exigencia de motivación; enfoque institucional

The obligation of justifying the Chilean Constitutional Court's decisions

ABSTRACT

The justification of the Constitutional Court's decisions is a poorly tackled issue in legal norms and almost ignored by specialized literature in Chile. The article analyzes the Chilean law on the matter, highlighting the importance of a deeper reflection on the obligation of justifying constitutionality judgments adequately. This topic acquires particular relevance, given the

* Agradecemos profundamente las sugerencias formuladas por lo/as árbitro/as de la revista, ya que ellas nos permitieron precisar y mejorar el presente trabajo.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>. Correo electrónico: sebastian.aguero@uach.cl

*** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0232-1919>. Correo electrónico: felipe.paredes@uach.cl

El artículo es un producto derivado del proyecto "MEC80170052: Repensar la Corrupción y la Judicatura. Desafíos de la sociedad chilena actual".

Artículo recibido el 4.1.2021 y aceptado para su publicación el 22.7.21.

criticism against the Constitutional Court related to its shortage of democratic legitimacy. In its last section, the article explores a promising avenue to set up the tenets of a model to provide more concrete content to motivate judgments in the constitutional sphere considering the problem aforementioned.

Constitutional Court; obligation of justification; institutional approach

I. INTRODUCCIÓN

Desde sus orígenes, la justicia constitucional ha generado un sinnúmero de discusiones, controversias y cuestionamientos en torno a su actividad. De ahí que las pretensiones de este trabajo necesariamente resulten acotadas. Su objetivo central radica en realizar un diagnóstico de la justicia constitucional en el ámbito nacional, teniendo en consideración únicamente una variable: la forma cómo está consagrada la obligación de motivar sus decisiones a los jueces del Tribunal Constitucional (en adelante, TC) en la legislación respectiva. El interés por esta temática y enfoque encuentran sustento en, al menos, tres consideraciones.

Primero, el constitucionalismo moderno se inspira en el establecimiento de mecanismos que buscan proscribir la arbitrariedad y los abusos, en el ejercicio del poder público, siendo la obligación de motivar las decisiones judiciales un aspecto de ello. Por esta razón, si bien en su orígenes esta obligación fue pensada y diseñada para la jurisdicción ordinaria, en la actualidad también se hace extensiva a los jueces constitucionales. Aunque en este trabajo se defenderá que el contenido de la obligación no debería ser idéntico¹.

Segundo, la legislación chilena no ha determinado con precisión el contenido de la exigencia de motivar las sentencias del TC. El artículo 39 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Nº 17.997 (en adelante, LOCTC) solo establece una obligación genérica de motivar las sentencias, principalmente mediante el reenvío que realiza al artículo 170 del Código de Procedimiento Civil (en adelante, CPC). Concretamente, el legislador orgánico hace aplicable, sin más, los criterios de corrección establecidos para la jurisdicción ordinaria. A partir de ahí, el presente artículo plantea que dicho tratamiento resulta inadecuado.

Tercero, si el TC es un órgano clave en el funcionamiento del Estado Constitucional de Derecho, todo mecanismo de delimitación de sus atribuciones impacta en el funcionamiento del sistema jurídico. De ahí que resulte necesario establecer límites normativos, claros y precisos al ejercicio de la jurisdicción constitucional. Esto último teniendo presente la crítica que imputa al TC haberse erigido como una limitación para el correcto funcionamiento de la democracia. Aunque en este trabajo no se abordará directamente esta última discusión, sí se alude a ella por medio de la función extraprocésal de la motivación.

¹ En relación con la especificidad de la interpretación constitucional, ver PRIETO, 1991; DWORKIN 1996; GUASTINI, 1996; MENDONCA Y GUIBOURG, 2004; COMANDUCCI, 2010; y MORESO, 2014.

Cuarto, si los tribunales actúan por medio de sus decisiones, en los últimos años el actuar del TC chileno ha sido objeto de críticas. Solo a título ejemplar, bastará con recordar las controversias suscitadas por las sentencias conocidas como píldora del día después, delito de sodomía y aborto en tres causales, para notar que más allá de consideraciones morales o políticas, todas ellas se caracterizaban por mostrar importantes problemas de motivación². Y si bien las razones o causas de estas deficiencias pueden ser variadas, por la importante posición que ocupa en la arquitectura estatal, resulta necesario inquirir cómo la ausencia de una regulación apropiada puede contribuir en la existencia de sentencias que no satisfagan una motivación completa y rigurosa. Nuestro trabajo busca explicar la relevancia de este factor³.

Por esta razón, para alcanzar su objetivo central, el trabajo se estructura de la siguiente manera: la sección segunda, a modo de contexto, trata esquemáticamente la motivación de las sentencias judiciales en general; la sección tercera analiza la regulación de la motivación de las sentencias constitucionales en la LOCTC; la sección cuarta explicita ciertas particularidades de la motivación en sede constitucional; la sección quinta explora los fundamentos de un modelo para proveer de un contenido más concreto para motivar las sentencias judiciales de control de constitucionalidad de la ley. Finalmente, el artículo contiene una breve recapitulación de sus ideas centrales.

II. DE LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS JUDICIALES EN GENERAL

En términos históricos la exigencia de motivación judicial ha sido vinculada con la confluencia de distintos factores, entre los que destacan: (i) la formación del Estado moderno; (ii) la Revolución Francesa; (iii) el movimiento codificador; y (iv) el dogma de la “omnipotencia del legislador”. La interacción de estos elementos modificó la configuración institucional de la judicatura, desde un órgano con libertad para ejercer sus atribuciones, hacia una impronta que entiende a los jueces como funcionarios del Estado encargados de resolver las controversias jurídicas aplicando las normas emanadas del poder legislativo⁴. Si bien la exigencia de motivación judicial ha provocado debate en cuestiones de detalle, ello no ha impedido la generación de un amplio consenso en relación con dos aspectos: el alcance de la exigencia de motivación y su función.

El primer aspecto apunta a que una decisión judicial debe estar justificada tanto interna como externamente. La justificación interna hace referencia a la coherencia lógica que debe tener el razonamiento expresado en la sentencia, entre los fundamentos de hecho, de derecho y el fallo o conclusión; mientras que, la justificación externa exige

² TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 16.04.08 rol 740-07-CDS; 04.01.11 rol 1683-10-INA; 28.08.17 rol 3729-17-CPT.

³ Si bien los autores no desconocen el interés que puede suscitar un análisis pormenorizado de la calidad de las sentencias constitucionales en el plano local, en esta ocasión, este no es el objeto de su investigación y solo se asume la existencia de una insatisfacción generalizada en torno al actuar del TC chileno.

⁴ En este sentido, BOBBIO, 1993, pp. 43-56; ROMERO, 2000, p. 575. ACCATINO, 2003; TARUFFO, 2006.

que los enunciados acerca de los hechos probados sean verdaderos y que los enunciados normativos refieran a las normas aplicables según el sistema de fuentes vigentes⁵.

El segundo aspecto se vincula con las funciones endoprocesales y extraprocesales asociadas a la motivación judicial. La primera alude a la función de informar a las partes el resultado de la causa, de ofrecer las razones que avalan dicho resultado y de generar las condiciones que posibiliten la interposición de los recursos pertinentes; mientras que, la segunda entiende la motivación como una garantía para racionalizar la toma de decisiones, vinculada con las relaciones entre los poderes del Estado y la ciudadanía⁶.

A partir de ambos consensos, la motivación constituye un instrumento idóneo para disciplinar la función jurisdiccional, junto con proteger los derechos de los justiciables. De este modo, la exigencia de motivación juega un rol clave para que los jueces contribuyan a la seguridad jurídica y respeten tanto la separación de poderes como el Estado democrático de Derecho⁷. La motivación afianza la seguridad jurídica, porque un ciudadano solo sabe a qué atenerse cuando las consecuencias jurídicas de sus actos se determinan de manera refleja entre las autoridades de creación y aplicación de normas⁸. Asimismo, la motivación está al servicio del principio democrático, con carácter general, si ella se vincula con la necesidad de “democratizar” la función jurisdiccional, acercándola a la ciudadanía⁹ y, más específicamente, refuerza la posición de agencia que desempeñan los jueces, en un esquema donde las decisiones políticas emanan de los órganos que representan a la soberanía popular.

Así, dependiendo de qué función de la motivación sea enfatizada, surgen distintas consecuencias institucionales. Bajo una concepción endoprocesal la motivación se convierte en un dispositivo técnico dirigido a un adecuado funcionamiento del proceso, que repercute en sus intervinientes (partes, jueces, alzada y casación) y presenta un marcado carácter legalista. En cambio, en una concepción extraprocesal, la motivación se entiende como una garantía de racionalidad de las decisiones judiciales, vinculada con la idea de legitimidad y posee un carácter más amplio de principio que informa el derecho positivo¹⁰. De ahí que, si bien en la actualidad se presenta más bien un diálogo entre ambas funciones, las particularidades de la justicia constitucional conectan íntimamente con la función extraprocesal de la motivación judicial.

⁵ Origen y desarrollo de estas ideas ver WRÓBLEWSKI, 2001. A modo de ejemplo, estas ideas en el plano constitucional ver SPADARO, 2005, p. 12.

⁶ El origen y detalle de estas ideas en TARUFFO, 2006. A modo de ejemplo, estas ideas en el plano constitucional ver MILIONE, 2015, p. 175.

⁷ GARCÍA-CALVO, 2003, p. 270; OROZCO, 2003, pp. 297-299; EZQUIAGA, 2003, p. 40; MATURANA, 2014, pp. 287-289.

⁸ GARCÍA-CALVO, 2003, pp. 272-273; EZQUIAGA, 2003, pp. 48-50. El TC chileno ha reconocido la certeza jurídica como un elemento fundamental del Estado de Derecho y atribuido al control de constitucionalidad de la ley, entre otras consideraciones, velar por este valor jurídico, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 29.10.19 rol 5822-19-INA y 23.12.08 rol 1144-08-INA.

⁹ FERRER, 2011, p. 97.

¹⁰ TARUFFO, pp. 301-394.

En el derecho chileno, la motivación judicial se ha regulado en dos niveles. Uno general correspondiente con el proceso civil y otro específico compuesto por varias regulaciones especiales (*v. gr.* justicia criminal, de familia, laboral, etc.), que se explican en función de ciertas especificidades en estos ámbitos jurisdiccionales.

Las exigencias de motivación en sede civil están consagradas en el art. 170 del CPC y en el Auto Acordado de la Corte Suprema sobre la forma de las sentencias, de 30 de septiembre de 1920 (en adelante, AAFS). Aunque ninguno de estos dos textos contiene un tratamiento óptimo del tema, esto no ha sido impulso suficiente para desarrollos jurisprudenciales o doctrinales más acabados. La jurisprudencia Corte Suprema ha intentado con poco éxito solucionar este déficit, pero la doctrina ha criticado la insuficiencia de los criterios fijados por dicho tribunal¹¹, especialmente por haber centrado la discusión sobre la *questio facti*, soslayando un análisis de las consideraciones jurídicas¹². Por su parte, la doctrina tampoco parece haber ofrecido una respuesta remedial frente a la parquedad de los textos, *v.gr.*, el tema ha sido abordado de forma eminentemente fragmentaria y entre los autores nacionales priman los estudios versados sobre la arista procesal penal de este fenómeno¹³.

Desafortunadamente, pese a su carácter general y subsidiaria, la dimensión civil permanece aún subdesarrollada. En este ámbito la doctrina se caracteriza por un abordaje sumamente apegado a la letra del CPC y el AAFS, sin un desarrollo ulterior de las exigencias derivadas de dichas normativas¹⁴. Por ejemplo, las explicaciones se centran en clasificar los deberes derivados del art. 170 CPC en: exigencias de la parte expositiva (Nº 1, 2 y 3 art. 170 CPC), las propias de la parte enunciativa o considerativa (Nº 4 y 5 art. 170 CPC) y las correspondientes a la parte dispositiva o resolutive (Nº 6 art. 170 CPC), para añadir una sucinta explicación de ellos¹⁵.

En relación con la “parte expositiva”, esta se satisface con la individualización precisa de las partes y una breve enunciación de acciones, excepciones y defensas planteadas por estas. La primera de ellas resulta de suma utilidad para una eventual determinación de la cosa juzgada (identidad de las partes) y la segunda para apreciar si el tribunal respondió efectivamente a cada una de las pretensiones presentadas por las partes¹⁶.

Respecto de la “parte enunciativa o considerativa”, en ella se deben señalar de manera precisa los hechos que sirven de base a la sentencia, explicitando cuáles fueron aceptados o controvertidos, cuáles están justificados con arreglo a la ley y cuáles son los fundamentos para darlos por probados. Establecidos los hechos, se deben señalar las consideraciones de derecho aplicables al caso, en el sentido de expresar las leyes o en

¹¹ ROMERO, 2000.

¹² HUNTER, 2010.

¹³ Son muestra de esto ACCATINO, 2006, 2009, 2011; COLOMA, 2002, 2009; y COLOMA *et al.*, 2010. Aunque, destacan como excepción los estudios de ACCATINO, 2002; 2003 sobre aspectos teóricos de la motivación judicial.

¹⁴ En nuestra tradición es una excepción a ello ANABALÓN, 1946, pp. 118-131.

¹⁵ Este tipo de presentación en CORTEZ y PALOMO, 2018, a quienes utilizamos de ejemplo.

¹⁶ CORTEZ y PALOMO, 2018, pp. 192-203.

su defecto los principios de equidad con los que se fundamenta el fallo. Tanto las consideraciones de hecho como las de derecho deberán ser establecidas mediante el “orden lógico que el encadenamiento de las proposiciones requiera”¹⁷.

La “parte resolutive” debe comprender todas las acciones y excepciones que se hayan hecho valer en el juicio, expresando de un modo determinado y preciso las acciones, peticiones y excepciones que se acepten o rechacen. Existiendo la posibilidad de omitir aquellas que resultan incompatibles con lo resuelto, pero aduciendo los motivos de dicha incompatibilidad¹⁸.

A partir de lo anterior, la doctrina atribuye tres características a las sentencias: la exhaustividad, la motivación y la congruencia. La primera refiere a que el juez debe pronunciarse completa y únicamente acerca de todos los puntos controvertidos planteados por las partes. La segunda, a la presentación precisa de las consideraciones de hecho y derecho que fundan la decisión del tribunal. Y la tercera, a la relación que debe existir entre las pretensiones y alegaciones de los litigantes y el contenido de la sentencia¹⁹.

De esta manera, la regulación civil de la motivación presenta un marcado carácter endoprosesal, pues la entiende más como un dispositivo del proceso, expresada en un control burocrático o jerárquico, que como un acto de legitimación democrática del actuar jurisdiccional frente a la sociedad. De ahí que esta perspectiva resulte insuficiente para configurar una exigencia de motivación en sede constitucional, porque esta última jurisdicción, debido a su rol institucional, tiende a dar mayor relevancia a una función extraprosesal, no solo es relevante la garantía de defensa, sino también una garantía de controlabilidad.

Así, enfatizando la concepción extraprosesal de la motivación es posible considerar que tanto la seguridad jurídica como el principio de proscripción de la arbitrariedad representan fundamento suficiente para la (exigencia de) motivación de las sentencias constitucionales. Volveremos a la vinculación entre democracia y función extraprosesal de la motivación más adelante, luego de analizar la regulación jurídico-positiva en Chile.

III. LA REGULACIÓN DE LA MOTIVACIÓN DE LAS SENTENCIAS CONSTITUCIONALES

Las normas pertinentes tratan con poca prolijidad la cuestión que nos ocupa. Al respecto, la Constitución Política de la República (en adelante CPR) guarda silencio respecto del tema, mientras que el legislador orgánico se pronuncia de la materia en una única disposición: el art. 39 de la LOCTC. No es casual que antes hayamos examinado con mayor detalle la regulación de la motivación judicial en materia civil. La relevancia radica en que, el art. 39 de la LOCTC, al establecer la exigencia de motivar

¹⁷ CORTEZ y PALOMO, 2018, pp. 192-203.

¹⁸ CORTEZ y PALOMO, 2018, pp. 192-203.

¹⁹ CORTEZ y PALOMO, 2018, pp. 211-212; MONTERO y FLORS, 2014, pp. 507-508.

las sentencias del TC, realiza un reenvío a los numerales del 1° al 6° del art. 170 del CPC, a saber: “Las sentencias del Tribunal deberán cumplir, en lo pertinente, con los requisitos indicados en los números 1° a 6°, inclusive, del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil”. De este modo, la LOCTC ha fijado para las sentencias constitucionales los mismos requisitos establecidos para las sentencias definitivas en sede civil.

La poca elocuencia de dicha disposición hace necesario desentrañar su contenido con exactitud. Una alternativa es recurrir a la interpretación sistemática de la LOCTC. Al respecto, se deben destacar sus artículos 4° y 20. El art. 4° establece la publicidad de las actuaciones del TC, mientras que el art. 20 se refiere a la forma de adopción de los acuerdos, reenviando la solución al párrafo § 3, sobre los Acuerdos de las Cortes de Apelaciones, del Título V del Código Orgánico de Tribunales (COT), el que, en su art. 83, consagra varias exigencias. Estas, por ejemplo, prescriben establecer con precisión los hechos en los que versa la cuestión que debe fallarse, incluidos los hechos controvertidos, su resolución y la presentación concatenada de los mismos, junto con la aplicación de las leyes que fueren del caso y la resolución de las cuestiones de derecho.

Adicionalmente, también es posible mencionar exigencias establecidas específicamente para cada una de las atribuciones del TC. Así, se pueden añadir a la lista: (i) el art. 49 que exige resolución fundada al declarar la inconstitucionalidad de una ley interpretativa de la Constitución (inc. 4°), un proyecto de reforma constitucional (inc. 6°) y un tratado internacional (inc. 7°); (ii) el art. 89 que exige resolución fundada para la sentencia que declare la inaplicabilidad por inconstitucionalidad de un precepto legal, especificando cómo este resulta contrario a la Constitución en la gestión judicial pendiente; y (iii) el art. 101 que, para declarar inconstitucional un precepto legal previamente declarado inaplicable, exige fundar la sentencia únicamente en las mismas disposiciones constitucionales que sirvieron como fundamento de la sentencia previa que opera como antecedente. Ninguna de estas exigencias específicas añade demasiada información a la contenida en la reglamentación general de los artículos 39, 4 y 20 de la LOCTC.

Aunque el análisis sistemático aporta algunas luces, la regulación de la LOCTC sigue siendo insuficiente. Lo anterior se expresa en dos problemas centrales que impiden desentrañar más concretamente qué debe entenderse por una sentencia bien motivada en sede constitucional: (i) el modelo de la LOCTC opera como una regulación común a todas las atribuciones del TC; y (ii) el modelo de la LOCTC es exactamente el mismo que se utiliza en materia civil. Estas cuestiones son problemáticas porque, en primer lugar, no todos los actos del TC son susceptibles de ser motivados de la misma manera, y, en segundo lugar, es plausible que la jurisdicción constitucional requiera exigencias distintas (al menos, parcialmente) de su homóloga civil.

El primer problema consiste en que la LOCTC contempla una regulación común para todas las atribuciones del TC. Dicha solución es problemática porque el TC posee atribuciones de diversa naturaleza, e incluso, algunas de ellas se alejan sustancialmente de la función jurisdiccional. Por esta razón, para desentrañar el significado concreto de las exigencias de una motivación adecuada y suficiente de las sentencias constitucionales, es necesario concentrarse únicamente en aquellas atribuciones en las que resulta pertinente la aplicación de un modelo de motivación de sentencias judiciales.

Este problema queda claro al comparar la sentencia de inaplicabilidad (93 N° 6 CPR) con el informe que el TC debe emitir en virtud del art. 93 N° 11 CPR. Obviamente, ninguno de esos actos puede ser caprichoso, pero las exigencias de motivación pueden variar sustancialmente en cada caso. Una posible estrategia para validar una regulación no diferenciada sería asumir un concepto de jurisdicción a todo evento, que asocie dicha función al órgano. Este enfoque podría basarse en que, en definitiva, el TC siempre tiene como función interpretar la Constitución. Sin embargo, esta estrategia no funciona, porque el concepto de jurisdicción del que se sirve es tan amplio que se vuelve trivial.

Si bien reconocemos que dicho enfoque puede ser útil como punto de partida, especificar la obligación de motivar en sede constitucional requiere relevar que la interpretación de la Constitución puede cumplir diversas funciones en el sistema jurídico. En efecto, Wróblewski señala que esta desempeña, al menos, tres funciones diferentes: (i) orientación, cuando se ofrece información acerca de qué comportamiento es acorde o contrario a las normas constitucionales, por ejemplo, todos los órganos del Estado deben sujetar su actuar a la Constitución; (ii) aplicación, cuando se operativizan las reglas de la Constitución al emplear las facultades otorgadas por ella, *v.gr.*, interpretar la reglas que otorgan competencias a los órganos del Estado; y (iii) control, cuando se fiscaliza la conformidad con la Constitución, tanto de las autoridades como de sus productos normativos, por ejemplo, mediante acusaciones constitucionales o control de constitucionalidad de las leyes²⁰.

A la luz de lo anterior, de las dieciséis atribuciones entregadas al TC en el art. 93 de la CPR, los numerales 1°, 2°, 3°, 4°, 6°, 7°, 9° y 16° se aproximan a una interpretación-control de los productos normativos; mientras que los numerales 5° y 12° se relacionan con una interpretación-aplicación y, a su vez, los numerales 8°, 10°, 13°, 14° y 15° se vinculan con una interpretación-orientación. Este análisis permite excluir de un modelo más refinado de motivación judicial, las atribuciones de interpretación-orientación, esencialmente conectadas con la función consultiva que realizan ciertos órganos de la Administración del Estado y cuya actividad está sometida a parámetros distintos de los jurisdiccionales. Este reencuadre del problema también se justifica porque las atribuciones que generan mayores problemas en la práctica –tanto por preeminencia estadística como por la magnitud de sus impactos– son precisamente las de naturaleza jurisdiccional o, al menos, resultan más fácilmente asimilables a estas.

Si el primer problema se vincula con un mismo tipo de motivación para una pluralidad de funciones, el segundo problema consiste en que el modelo de la LOCT no captura las especificidades de la jurisdicción constitucional. Esto será abordado en la sección siguiente.

²⁰ WRÓBLEWSKI, 1985, p. 93-95.

IV. LA ESPECIFICIDAD DE LA MOTIVACIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL

Con base en la LOCTC y en su propia jurisprudencia el TC ha destacado la importancia de la motivación de las sentencias judiciales. En efecto, este ha fallado reiteradamente que todos los órganos del Estado deben ofrecer razones de sus decisiones, para que los derechos de los justiciables no queden entregados al simple arbitrio estatal y judicial. En su opinión, dicha exigencia es connatural a la jurisdicción e ineludible en un Estado democrático de derecho²¹. Sin embargo, dicho tribunal no ha especificado aún cuál es el estándar que permitiría satisfacer dicha exigencia para sus propias sentencias.

Hemos anticipado que la LOCTC, al reenviar la cuestión a las normas del CPC, no logra capturar las particularidades de la jurisdicción constitucional, cuyo caso paradigmático es el control de constitucionalidad de las normas, optando por una solución genérica para una cuestión que requiere necesariamente algún grado de especificidad. Dicha especificidad ha sido largamente tratada en la literatura y se sigue discutiendo si la judicatura ordinaria y constitucional son cualitativamente distintas o si entre ellas existe una distinción de grado²². Al respecto, Nogueira (2009; 2010) incluso ha abogado por el reconocimiento del derecho procesal constitucional, como una rama autónoma del derecho procesal. No es posible aquí revisar exhaustivamente este debate, sino solo mencionar los aspectos que han sido mayormente referidos en la literatura, entre los que se pueden destacar: las especificidades asociadas al rol institucional que desempeña la jurisdicción constitucional, al tipo de órgano que la ejerce y a la clase de razonamiento jurídico que involucra.

Desde la perspectiva del rol institucional, la jurisdicción civil tiene por objeto resolver un conflicto jurídico entre particulares, mientras que la jurisdicción constitucional resolver conflictos entre poderes del Estado. Esta tesis ha sido planteada por quienes consideran que la justicia constitucional no tiene como función resolver el conflicto material subyacente, porque el agotamiento del componente jurídico del conflicto no implica su solución y, además, porque la cosa juzgada en sede constitucional presenta rasgos diversos²³. Lo anterior se traduce en que el proceso civil se orienta a la aplicación de normas a supuestos de hecho, lo que difiere del conflicto constitucional, cuyo rasgo característico radica en la formulación de un juicio de contrastación entre normas jurídicas y no en una operación de subsunción de un supuesto de hecho en una norma.

Una segunda diferencia recae en el tipo de órgano. Esta idea fue uno de los ejes centrales del debate parlamentario durante la reforma constitucional de 2005, en torno a la composición del TC. En dicha oportunidad, por un lado, se enfatizó el carácter especial del juez constitucional al estar vinculado con el fenómeno político por medio de los conflictos que decide. Pero, por otro lado, se resolvió no romper completamente

²¹ Entre otras, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 17.05.2007, rol 619-2006; 25.08.2011, rol 1.873-10-INA; 21.07.2016, rol 2873-15-INA; y 15.11.2016, rol 3042-16-INA.

²² COMANDUCCI, 2010, pp. 131.

²³ ALDUNATE, 1995, pp. 41; 1997, pp. 94-99.

el vínculo con el Poder Judicial, manteniendo la designación de tres de sus miembros por la Corte Suprema, lo que explicita su carácter jurisdiccional²⁴.

En dicho debate intervino el entonces ministro del TC Juan Colombo, quien sugirió entender la justicia constitucional a luz de tres factores. Primero, como un mecanismo jurisdiccional destinado a solucionar los conflictos generalmente vinculados con rupturas de la institucionalidad, como son los golpes de Estado, las infracciones a las garantías individuales y las vulneraciones de derecho fundamentales. Segundo, a diferencia de una concepción judicial eminentemente legalista, la justicia constitucional se inserta como un elemento de colaboración entre los poderes del Estado, cuya función es generar mecanismos para la resolución de conflictos entre poderes públicos. Y, tercero, en su carácter de órgano altamente especializado, el TC está destinado a garantizar una interpretación estable de la Constitución, más allá de las tradicionales reglas de interpretación del derecho civil, las que se inscriben en otra época y para otra función²⁵.

Una tercera diferencia relevante se basa en el tipo de razonamiento jurídico generalmente utilizado en la jurisdicción constitucional. Múltiples autores han destacado la circunstancia de que los enunciados lingüísticos de la Constitución adolecen de un “alto grado de generalidad”²⁶, “ambigüedad y vaguedad”²⁷. En una metáfora bastante gráfica, Gozzi acuñó la expresión *incompletezza*, para aludir a la imposibilidad de determinar con exactitud todas las condiciones en que una regulación legal es compatible con la Constitución²⁸. En este sentido, el control constitucional no consiste en una simple aplicación de reglas claras y precisas, porque las normas constitucionales requieren casi siempre de un ejercicio de mayor determinación o especificación²⁹.

De ahí que, a partir de las citadas diferencias, la distinción entre ambas jurisdicciones pueda ser entendida como una cuestión de grado, de manera que resulte acertado aplicar algunos parámetros y exigencias propias de la justicia ordinaria, sin desconocer el carácter especial de una justicia constitucional.

Si todo esto es cierto, la Constitución es una norma de interpretación compleja, tanto por el tipo de ejercicio intelectual como también por la multiplicidad de actores que concurren en dicho proceso. Entonces, la función del TC debe ser entendida de manera similar a la de un árbitro de las interpretaciones de la Constitución formuladas por el resto de los órganos del sistema. Dichos órganos deben constantemente interpretar el texto constitucional, pues en este se encuentra el origen, fundamento y límites de sus atribuciones. En el cumplimiento de dicha tarea siempre existe un interés público comprometido, que afecta el correcto funcionamiento del sistema jurídico en su totalidad.

En suma, resulta evidente que la satisfacción de la exigencia de motivación judicial del TC no puede ser asimilable, sin más, a la de un tribunal civil. Dichas herramientas,

²⁴ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, pp. 302-306.

²⁵ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, pp. 307-310.

²⁶ ZUCCA, 2007, p. 7.

²⁷ FERRERES, 1997, pp. 19-24.

²⁸ GOZZI, 1999, pp. 270-272.

²⁹ MORESO, 2005, p. 166.

creadas para arbitrar conflictos entre particulares resultan, al menos, insuficientes para las sentencias en sede constitucional. Este diagnóstico nos obliga a esbozar cuáles podrían ser estos criterios más específicos que se podrían exigir a las sentencias que controlen la constitucionalidad de otras normas, especialmente las de control de constitucionalidad de la ley.

V. APUNTES PARA UNA MOTIVACIÓN EN SEDE CONSTITUCIONAL

En un Estado Constitucional de Derecho, la Constitución regula, legitima y controla el ejercicio del poder político. En este contexto, los juicios de constitucionalidad son uno de los tantos juicios de contrastación, que conviven con otros juicios normativos de similar carácter, como, por ejemplo, los juicios sobre la legalidad de la actividad administrativa³⁰. Sin embargo, suele señalarse que los juicios de constitucionalidad resultan contaminados por la influencia de la política. A nuestro juicio, es un error entender que la justicia constitucional es política en el mismo sentido que la función legislativa. Incluso, asumiendo que la actividad política se expresa en la resolución de conflictos de interés.

Es verdad que, cuando un juez sopesa distintos intereses y resuelve un conflicto en favor de una de las partes, su labor se encuentra enmarcada dentro de los límites establecidos por el legislador, quien solo dentro de dicho marco entrega al juez una capacidad creadora de derecho³¹. Es igualmente cierto que los límites constitucionales al ejercicio de potestades públicas no son siempre de fácil determinación. Ello permite a algunos autores sostener que no es posible limitar la actividad del TC, aduciendo que dicho órgano ejerce una especie de poder político autónomo y omnívoro³².

Si bien coincidimos en las críticas a las prácticas argumentativas del TC, discrepamos en concluir que la jurisdicción constitucional es esencialmente política, solo porque la Constitución presenta un contenido indeterminado que la sentencia deberá determinar. Dicha conclusión soslaya un componente esencial de la jurisdicción. En realidad, toda controversia jurídica se inicia cuando el contenido de las normas se torna dudoso y discutible. Es esta controversia jurídica lo que generalmente impulsa la respuesta jurisdiccional, ya sea en sede ordinaria o constitucional, aunque ambas difieran en el tipo de conflicto jurídico que se deberá resolver³³.

Si admitimos el carácter jurídico de los juicios de constitucionalidad, aunque asumiendo el matiz de la indeterminación de la Constitución, la exigencia de motivación se vuelve vital. Como sugirió Kelsen, si se desea restringir el poder de los tribunales constitucionales y con ello evitar su excesiva politización, es necesario limitar lo más

³⁰ FERRERES, 1997, p. 18.

³¹ KELSEN, 2009, pp. 305-308.

³² ATRIA, 1993, pp. 367-370.

³³ KELSEN, 2009, pp. 310-312; GUASTINI 1996, 169-186.

posible sus espacios de discrecionalidad³⁴. En efecto, no es baladí que la jurisdicción constitucional siempre haya debido lidiar con la tensión expresada en el aforismo *quis custodiet ipso custodiet*. Esto es, asegurar que los jueces hagan respetar los límites establecidos por la Constitución y, a su vez, garantizar que ellos mismos efectivamente también cumplan dichos límites. Dicha tensión se agrava especialmente si bajo el pretexto de vigilar la Constitución estos anteponen sus intereses o ideologías³⁵.

Algunos consideran que este problema se soluciona con una teoría que dote de uniformidad y objetividad a la interpretación constitucional. Sugerencias de este tipo se encuentran en autores que atribuyen a la doctrina la función de entregar elementos teóricos que posibiliten el control de las sentencias constitucionales³⁶, o bien, que proponen el empleo de diferentes estándares, como el test de proporcionalidad o de expropiación regulatoria, para objetivar el control y mejorar la calidad en la fundamentación de las sentencias³⁷. Sin embargo, dichas propuestas no logran completamente dicho propósito, al menos, por dos razones: porque la discrecionalidad es un fenómeno inherente al derecho y porque no existe acuerdo acerca de cuál es el mejor método para interpretar la Constitución.

Actualmente, parece haber consenso en que la discrecionalidad es un rasgo inherente al fenómeno jurídico. Según Hart (2014[1956]), esta discrecionalidad puede derivar de la atribución de un poder o facultad, de los casos en que las reglas no entregan una respuesta unívoca, de la ignorancia relativa en torno a los hechos del mundo y, en ocasiones, de la indeterminación relativa respecto de los objetivos o propósitos de las normas. Por esta razón, si damos por buena esta tesis, eliminar completamente la discrecionalidad parece un objetivo pretensioso para una teoría de la interpretación constitucional.

Por otra parte, persiste el desacuerdo acerca del método. En efecto, la práctica forense revela la utilización de una amplia gama de técnicas interpretativas o argumentativas en materia constitucional. Siguiendo a Tushnet, una vez nombrados no existe forma de garantizar que los jueces adhieran a algún determinado enfoque interpretativo o argumentativo, ni menos una manera plausible de explicar cómo esto constreñiría su actuar³⁸. Por ejemplo, es conocida la falta de acuerdo en los usos y versiones del test de proporcionalidad en Chile³⁹. Esta consideración deja expuestas las dificultades de una teoría de la interpretación o argumentación que afirme tener la capacidad para uniformar la fundamentación de las sentencias constitucionales⁴⁰.

Por estas razones, proponemos una estrategia distinta para dotar de un contenido más denso a la obligación de motivar en sede constitucional, junto con encuadrar institucionalmente las posibilidades de empleo de la discrecionalidad en la elaboración de

³⁴ KELSEN, 2009, p. 320.

³⁵ Desde distintas visiones, ver ATRIA, 1993; TUSHNET, 2013, pp. 62 y 203.

³⁶ ALDUNATE, 1995, p. 28.

³⁷ GARCÍA, 2011.

³⁸ TUSHNET, 2013, pp. 85 y 203-214.

³⁹ Ver COVARRUBIAS, 2014.

⁴⁰ Teorías como las formuladas por ALEXY (1993), DWORKIN (1978) o ATIENZA (2013).

sentencias. Para ello es necesario volver sobre la fundamentación detrás del deber de motivación. Al finalizar la sección segunda, señalábamos que la regulación del CPC y su escaso tratamiento (doctrinal y jurisprudencia) están centrados en una concepción endoprocesal de la motivación, subestimando la dimensión extraprocesal más ligada a la democracia. Es momento de retomar esta idea.

Recordando que la seguridad jurídica apuntala a la motivación judicial como una garantía del Estado de Derecho, lo distintivo de la jurisdicción constitucional es que la seguridad jurídica debe conseguirse en armonía con el principio democrático. En sede civil se espera que el legislador delimite los espacios de discreción, quedando el juez vinculado a la ley. En ese esquema, la seguridad jurídica y el respecto del principio democrático —mediante la separación de poderes— normalmente no entran en conflicto. Si los jueces no son elegidos democráticamente, sino por sus condiciones técnicas, la legitimidad la obtienen de la aplicación de las normas emanadas por el legislador⁴¹; en cambio, el rol del juez constitucional es controlar al legislador, provisto de una norma que le confiere amplios márgenes de discrecionalidad.

Desde esta perspectiva, es incompatible con el principio democrático que el TC se sirva de la discrecionalidad de la Constitución, para cercenar la legislación, actuando como un legislador positivo. Como ha señalado la doctrina más autorizada, sobre la jurisdicción constitucional recae un importante cuestionamiento denominado “objección contramayoritaria”⁴². En palabras de Gargarella: “que jueces no sometidos al escrutinio popular, tengan capacidad de revertir decisiones tomadas por el poder legislativo, esto es, por los representantes del pueblo, es algo que debe ser especialmente justificado en una sociedad democrática”⁴³.

En Chile, la objeción contramayoritaria se ha vuelto más intensa luego de la reforma constitucional de 2005, por lo que reforzar esta dimensión de la motivación es de extraordinaria importancia. Según Stone, existirían tres factores que agravan la objeción contramayoritaria: la existencia de control abstracto, el número de veces en que el TC puede intervenir en el proceso legislativo y por último, la frecuencia con que se recurre por parte de quienes son derrotados en la discusión legislativa⁴⁴. Justamente, todos estos factores están presentes en Chile después de la reforma constitucional de 2005.

Si entrar en el *quid* de la discusión, su presencia y preponderancia en los debates constitucionales conllevan considerar que la motivación de las sentencias constitucionales debe ser sensible a la objeción contramayoritaria, al menos, en el sentido de que, *v.gr.*, una declaración de inconstitucionalidad debe explicar cuidadosamente los motivos de la anulación de la ley. Así, la obligación de motivar tendría también como propósito

⁴¹ EZQUIAGA, 2003, p. 40.

⁴² Si bien no resulta posible dar cuenta exhaustiva de estas discusiones es posible reconocer la influencia de los siguientes trabajos: BICKEL, 1986; ELY, 1980; DWORKIN, 1981; WALDRON, 1999; TUSHNET, 1999; FERRERES, 1997; ATRIA, 2009 y ZAPATA, 2008,

⁴³ GARGARELLA, 1997, p. 56.

⁴⁴ STONE, 2002, p. 95.

minimizar el castigo injustificado al legislador, en tanto órgano representante de la voluntad popular y de esta manera ser deferente con el principio democrático.

Hasta aquí podríamos estar en condiciones de asumir como afirmaciones difícilmente controvertibles, por un lado, que con independencia de su configuración particular, existe o debe existir un deber de motivar las decisiones jurisdiccionales por parte de un TC. Y, por otro lado, que dicha exigencia encuentra sustento en el principio de seguridad jurídica y consideraciones democráticas más afines con una función extrapocesal de la motivación.

Asimismo, es posible sostener que ambas afirmaciones obtienen su contexto de enunciación en el rol institucional que desempeña un TC dentro de la arquitectura estatal, *i.e.*, su papel de árbitro entre los poderes del Estado y garante de los derechos fundamentales. Tareas ambas con un marcado interés público y encaminadas hacia un correcto funcionamiento del sistema jurídico en su totalidad. De ahí que la motivación de las sentencias en sede constitucional deba consistir en la exigencia de demostrar a la ciudadanía y a los otros órganos del Estado que su ejercicio está justificado racional y democráticamente.

Ahora bien, si sostenemos que la justicia constitucional presenta, al menos, una diferencia de grado con la justicia ordinaria, como hemos argumentado previamente, resulta necesario, al menos, esbozar qué factores se deben tener presentes al momento de regular la exigencia de motivación en sede constitucional. Cuestión que, si bien únicamente pasamos a delinear, puede servir para repensar las disposiciones pertinentes de la LOCTC o elaborar una propuesta de reforma. Por supuesto, se trata de una propuesta en ciernes, que necesariamente requiere un ulterior desarrollo, aunque lo que interesa en esta ocasión es presentar sus elementos esenciales. La idea fuerza consiste en una incorporación del enfoque institucional en la motivación judicial en sede constitucional, aspecto que resulta omitido en la regulación legal.

El instrumental se inspira en la teoría de la motivación judicial de Robert Summers⁴⁵ que, según Atienza, destaca por su carácter material, diferenciándose de las concepciones formales o dialécticas de Robert Alexy o Neil MacCormick⁴⁶. Esta teoría no se centra únicamente en la relación lógica entre las premisas y las conclusiones, por el contrario, la justificación se ve como un proceso consistente en dar buenas razones a favor o en contra de una tesis teórica o práctica. Este modelo puede ser útil para describir las prácticas argumentativas en el ámbito constitucional, donde el juez debe recurrir a una gran variedad de argumentos para justificar su decisión, pero también permite plantear un modelo normativo acerca de cuáles son las constricciones a la argumentación y motivación constitucional a partir de su rol institucional.

La propuesta no elimina la discreción, pero persigue que sea reducida institucionalmente, proporcionando criterios que permiten excluir razones espurias e insuficientes. Esto exige determinar el rol que ocupa el TC en el tejido institucional del Estado

⁴⁵ SUMMERS, 1977, p. 707.

⁴⁶ ATIENZA, 2016, p. 329

democrático y constitucional de Derecho y los tipos de argumentos admisibles, prohibidos y preferibles dentro de este modelo. De esta manera, la motivación constitucional, al menos, debe producirse en tres niveles: formal, material e institucional, debiendo cumplirse con determinados estándares en cada uno de ellos.

1. *Nivel formal*

Comprende las exigencias de exhaustividad, completitud y coherencia propias de toda motivación jurisdiccional. Con base en estas últimas los jueces deben abordar de manera completa únicamente los puntos controvertidos sometidos a su conocimiento tanto en sus aspectos de hecho como de derecho y en una relación de conformidad con las pretensiones y alegaciones de las partes. Por tanto, la presentación concatenada de los componentes fácticos y normativos de toda decisión judicial representa un componente esencial y básico.

2. *Nivel material*

Summers realiza una tipología de los distintos tipos de argumentos que se pueden invocar para motivar una decisión, una vez que es satisfecha la parte formal. Entre todas las razones posibles, las más poderosas son las razones de fondo o sustantivas, las que pueden ser de corrección, de fines o institucionales. Esta es la dimensión más compleja del razonamiento constitucional, pues es aquí donde se producen los mayores espacios de discreción. Estas consideraciones no se encuentran identificadas exhaustivamente en la regulación positiva, pero en síntesis se corresponden con el instrumental técnico del derecho constitucional, comprendiendo un amplio espectro de materiales jurídicos, por ejemplo: teorías interpretativas o dogmáticas, fuentes (tratados, jurisprudencia, doctrina, derecho comparado), distintos test de control, etcétera.

En este nivel nuestro modelo se pregunta cuáles son los argumentos espurios o que no resultan admisibles. Como el criterio de exclusión para este nivel es la corrección técnica, ello se traduce en que el juez constitucional debe preferir los materiales jurídicos que susciten mayor consenso en la comunidad de expertos y prescindir de los de menor pedigrí. Este puede ser, por ejemplo, un buen criterio para la cita de un argumento de naturaleza doctrinal. Si dicho argumento es objeto de consenso en la comunidad de expertos, contará con una herramienta poderosa para ganar la discusión, pero en la medida que el TC se aleje de ese óptimo, su argumento perderá fuerza y se verá afectado por las consideraciones institucionales analizadas a continuación.

3. *Nivel institucional*

Un tipo especial de razones sustantivas son las institucionales. Estas aparecen vinculadas a los roles que los distintos órganos del Estado cumplen en un sistema, es decir, son razones de fin o corrección que se conectan a una determinada función estatal. El calificativo “institucional” puede ser entendido en múltiples sentidos, sin embargo,

debido a su simplicidad y utilidad para nuestra propuesta, adoptamos la sugerencia de Bobbio⁴⁷. Según este, la institucionalidad se presenta cuando, por medio de normas, concurren estas tres condiciones: (i) son fijados los fines a los que la institución deberá propender, (ii) se establecen medios para alcanzar dichos fines, y (iii) se atribuyen las funciones específicas de cada componente. En nuestro modelo estas razones institucionales condicionan, limitan el alcance o permiten excluir de la motivación una razón sustantiva de fin o de corrección, en razón de las finalidades y funciones atribuidos o vinculados con la institución en cuestión.

Hemos entendido la función del TC como un árbitro que, a partir del diálogo interinstitucional, determina los marcos de aquello que es constitucionalmente posible. En este sentido, su actividad no estaría tanto en decir de manera concreta qué es válido, sino más bien en contribuir a delinear cuáles son las posibilidades de lo constitucionalmente admisible. Por lo mismo, a partir de un caso particular, su argumentación debe ser pensada con carácter general para los distintos órganos de creación normativa reconocidos dentro del ordenamiento jurídico⁴⁸.

Si bien pueden ser más, al menos, las razones institucionales que un TC debe tener en cuenta cuando motiva una sentencia son de dos tipos: consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática, pues estos son los principios que condicionan la posición institucional del TC en una democracia constitucional.

Esquemáticamente, a saber:

- i. Seguridad jurídica. Si el TC se entiende como el intérprete máximo de la Constitución cuyas decisiones tienen efectos *erga omnes* y son vinculantes para todos los órganos y poderes del Estado, parece fundamental establecer una mayor exigencia argumentativa cuando el tribunal formule una regla que no es universalizable, considere oportuno cambiar algún criterio previamente establecido, o bien, su decisión no es proyectable hacia el futuro.

Más allá de que los casos iguales deben ser tratados de igual manera, la justicia constitucional involucra consideraciones de otro orden. Sus cambios de criterio jurídico pueden derivar de variaciones en las condiciones históricas, políticas, sociales o económicas, pero como sugiere Taruffo en relación con la *Corte di Cassazione*, el problema no está en el cambio sino en su frecuencia, arbitrariedad o falta de justificación⁴⁹. Consideraciones estas últimas a tener presente al momento de cambiar los criterios establecidos.

Si una función central de un TC es la nomofilaxis, entendida como la determinación del derecho objetivo, es necesario garantizar cierto grado de uniformidad a lo largo del tiempo. Las decisiones de un TC deben poder ser universalizables en el sentido de proyectadas hacia el futuro, ya que solo de esta manera se podrá

⁴⁷ BOBBIO, 1993, p. 14.

⁴⁸ La idea de mundos constitucionalmente posibles en MORESO, 2014 y un desarrollo de ellas en RODRÍGUEZ y ORUNESU (en prensa).

⁴⁹ TARUFFO, 2007, pp. 98-99.

imponer fundadamente alguna interpretación como marco de decisión. Toda decisión debe tener un carácter proyectivo, pues solo así órganos y ciudadanos podrán a partir de ellas determinar el marco de lo admisible.

- ii. Democracia. Asumir que la ley representa una interpretación de la Constitución y que se encuentra revestida de legitimidad democrática supone dialogar con ella. Esto exige entender al legislador como un actor relevante en la comunidad de intérpretes de la Constitución. Por este motivo, el TC no debe anular la ley, si este último elige una de las interpretaciones plausibles distinta de la legislativa. Debido a que el error del TC produce un alto costo para el principio democrático, la exigencia de motivación debe ser especialmente consciente de esta circunstancia, la que se puede manifestar, al menos, en tres aspectos.

Respetar el principio democrático implica, en primer lugar, no anular la ley, sino cuando existe plena certeza de que el legislador transgredió su marco de atribuciones establecido por la Constitución; en segundo lugar, excluir la posibilidad y cuestionar la pertinencia de algunas sentencias constitucionales denominadas “aditivas” e “interpretativas”, aun a pretexto de conservar la ley y, eventualmente, promover las llamadas sentencias “indicativas” y “apelativas”⁵⁰; y, por último, obliga al TC a pensar que sus sentencias también serán leídas por ciudadanos sin formación jurídica, por lo que debe también ponerse a disposición de estos para debatir en torno a la mejor manera de interpretar la Constitución. De este último punto de vista, también parece aconsejable fortalecer la dimensión comunicativa de las sentencias. Esto es, que el TC utilice, en la medida de lo posible, un lenguaje llano y más accesible para la ciudadanía, con el objeto de favorecer el control de parte de esta⁵¹.

VI. CONCLUSIONES

El conjunto de consideraciones previamente señaladas puede ser presentado como un gran argumento, que se puede descomponer del siguiente modo:

- i. Los criterios de análisis y evaluación de las sentencias judiciales existentes actualmente en el derecho chileno resultan inadecuados e insuficientes para enfrentar el estudio y la revisión de las sentencias constitucionales.
- ii. Concretamente, la LOCTC adolece de una patente indeterminación respecto de cuáles son los deberes específicamente constitucionales derivados de la exigencia genérica de motivar las sentencias.

⁵⁰ De tipos de sentencias constitucionales ver MENDONCA y GUIBOURG, 2004, pp 157-161.

⁵¹ En este sentido destacamos la propuesta de la Real Academia de la Lengua por medio de MUÑOZ, 2017, junto con la iniciativa del PODER JUDICIAL, 2019.

- iii. En un Estado Constitucional de Derecho deben existir mecanismos expresos y específicos para controlar el actuar de los tribunales constitucionales, y ellos no deben descansar en rasgos personales de los jueces o teorías interpretativas, sino más bien en una configuración institucional precisa de su actuar.

Por tanto, resulta imperioso configurar la exigencia de motivar las sentencias en sede constitucional mediante una elaboración más acuciosa de criterios de análisis y evaluaciones que posibiliten operativizar la obligación de fundamentar las sentencias constitucionales. Este trabajo intenta dar un paso decisivo en tal sentido.

En cualquier caso, debe ser leído como un primer paso en la concretización de las exigencias derivadas del deber genérico de motivar las sentencias en sede constitucional. La importancia de dicha empresa es doble. Si se tiene a la vista que, desde el 2019, Chile ha entrado en un proceso constituyente, no se debe perder de vista que la jurisdicción constitucional ha sido uno de los tópicos que ha suscitado mayor debate e interés en relación con cómo configurar esta función. Pero adicionalmente, podemos avizorar que esta discusión, probablemente, se extenderá en el tiempo más allá de ese especial momento, proyectándose al momento en que sea necesario poner a prueba el producto de dicho proceso constituyente.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2002: "Notas sobre la aplicabilidad de la distinción entre contextos de descubrimiento y de justificación en el razonamiento judicial", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XIII, N° 1.
- ACCATINO, Daniela, 2003: "La fundamentación de las sentencias: ¿un rasgo distintivo de la judicatura moderna?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XV, N° 2.
- ACCATINO, Daniela, 2006: "La fundamentación de la declaración de hechos probados en el nuevo proceso penal", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XIX, N° 2.
- ACCATINO, Daniela, 2009: "Forma y sustancia en el razonamiento probatorio. El alcance de control sobre la valoración de la prueba a través del recurso de nulidad procesal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXII.
- ACCATINO, Daniela, 2011: "Certezas, dudas y propuestas en torno al estándar de la prueba penal". *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXXVII, N° 2.
- ALDUNATE, Eduardo, 1995: "Deficiencias en la argumentación jurídica. Comentario crítico al fallo del Tribunal Constitucional librado en la causa rol N° 207", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XVI.
- ALDUNATE, Eduardo, 1997: "El derecho procesal constitucional desde la perspectiva de la teoría constitucional", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XVIII.
- ALEXY, Robert, 1993: *Teoría de los derechos fundamentales*. (trad.) Ernesto Garzón, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- ANABALÓN, Carlos, 1946: *Tratado práctico de derecho procesal civil chileno*. Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones de la Universidad de Chile.
- ATIENZA, Manuel, 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta.
- ATIENZA, Manuel, 2016: *Las razones del Derecho*. Teorías de la argumentación jurídica, Lima, Palestra.

- ATRIA, Fernando, 1993: "El tribunal constitucional y la objeción democrática", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XX N° 2 y N° 3.
- ATRIA, Fernando, 2009: "Revisión judicial: el síndrome de la víctima insatisfecha", *Estudios Públicos* N° 79.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018: *Historia de la Ley N° 20.050. Reforma constitucional que introduce diversas modificaciones a la constitución política de la República*. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/6131/>. [Fecha de consulta: 04.05.20]
- BICKEL, Alexander, 1986: *The Least Dangerous Branch. The Supreme Court at the Bar of Politics*, New Haven, Yale University Press.
- BOBBIO, Norberto, 1993: *Positivismo jurídico*. (trad.) Rafael De Asís y Andrea Greppi, Madrid, Debate.
- BOBBIO, Norberto, 1993[1957/58]: *Teoria generale del diritto*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- COMISIÓN DE LENGUAJE CLARO DEL PODER JUDICIAL DE CHILE, 2019: *Propuesta manual de estilo para redacción de sentencias*, Santiago de Chile, Imprenta Gráfica Metropolitana.
- CORTEZ, Gonzalo, y PALOMO, Diego, 2018: *Proceso Civil. Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- COLOMA, Rodrigo, 2002: "Los límites del recurso de nulidad como mecanismo de control de la decisión sobre los hechos". *Revista de Derecho*, volumen III.
- COLOMA, Rodrigo, 2009: "Fundamentación de sentencias judiciales y atribución de calidad epistémica a las declaraciones de testigos en materia procesal penal", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXXIII, N° 2.
- COLOMA, Rodrigo, CARBONELL, Flavia, ALFARO, Christian, FRANCISCO, Luis, BÁEZ, Danilo, BUGUEÑO, Claudia, JORQUERA, Mariela, OLAVE, Mauricio, RIVERA, Virginia, SOTO, Cristián y TOLEDO, José María, 2016: "Nueve jueces entran diálogo con nueve hipótesis acerca de la prueba de los hechos en el contexto penal", *Ius et Praxis*, volumen XVI, N° 2.
- COMANDUCCI, Paolo, 2010: *Hacia una teoría analítica del derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- COVARRUBIAS, Ignacio, 2014: "¿Emplea el Tribunal Constitucional el test de proporcionalidad?", *Estudios Constitucionales*, volumen XII, N° 1.
- DWORKIN, Ronald, 1978: *Taking rights seriously*, Cambridge, Massachusetts, Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald, 1981: "The Forum of Principle", *New York University Law Review* 56, pp. 469-518.
- DWORKIN, Ronald, 1996: "The moral Reading of the Constitution", *The New York Review*. Disponible en: <https://www.nybooks.com/articles/1996/03/21/the-moral-reading-of-the-constitution/> [fecha de consulta 16.06.2021].
- ELY, John Hart, 1980: *Democracy and Distrust. A Theory of Judicial Review*, Cambridge (MA), Harvard University Press.
- EZQUIAGA, Francisco, 2003: "Función legislativa y función judicial: la sujeción del juez a la ley", en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (editores), *La función judicial*, Barcelona, Gedisa, pp. 39-55.
- FERRER, Jordi, 2011: "Apuntes sobre el concepto de motivación de las decisiones judiciales", *Isonomía*, volumen XXXIV.
- FERRERES, Víctor, 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GARCÍA, Jose Francisco, 2011: "El Tribunal Constitucional y el uso de 'test': una metodología necesaria para fortalecer la revisión judicial económica", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXXVIII, N° 1.

- GARCÍA-CALVO, Roberto, 2003: “La doble vinculación del juez a la Constitución y la ley”, en Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (editores), *Función judicial*, Madrid, Gedisa, pp. 265-274,
- GARGARELLA, Roberto, 1997: “La dificultad de defender el control judicial de las leyes”, *Isonomía*, volumen VI.
- GOZZI, Gustavo, 1999: “Democrazia e diritti. Germania: dallo Stato di diritto alla democrazia costituzionale”, *Bari: Editori Laterza*.
- GUASTINI, Riccardo, 1996: “Specificità dell’interpretazione costituzionale?”, *Analisi e Diritto 1996*.
- HART, H.L.A (2014[1956]): “Discrecionalidad”, en *Doxa*, volumen XXXVII.
- HUNTER, Iván. 2010: “Iura novit curia en la jurisprudencia civil chilena”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXIII, Nº 2.
- IBAÑEZ, Perfecto, 2015: *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado Constitucional*, Madrid, Trotta.
- KELSEN, Hans, 2009. “¿Quién debe ser el defensor de la constitución?” (trad. Roberto Brie), en *La polémica Schmitt/Kelsen sobre la justicia constitucional*, Madrid, Tecnos, pp. 290-366.
- MATURANA, Javier, 2014: *Sana crítica: un sistema de valoración racional de la prueba*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- MENDONCA, Daniel y GUIBOURG, Ricardo, 2004: *La odisea constitucional*, Madrid: Marcial Pons.
- MILIONE, Ciro, 2015: “El derecho a la motivación de las resoluciones judiciales en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y el derecho a la claridad: reflexiones en torno a una deseada modernización del lenguaje jurídico”, *Estudios de Deusto: Revista de la Universidad de Deusto*, volumen LXIII Nº 2, pp 173-188. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5341911>. [Fecha de consulta: 15.10.20]
- MONTERO, Juan, y FLORS, José, 2014: *Tratado de recursos en el proceso civil* (2ª edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MORESO, José Juan, 2005: “Sobre los conflictos entre derechos”, en Miguel Carbonel y Pedro Salazar (coordinadores.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, pp. 159-170.
- MORESO, José Juan, 2014: *La indeterminación del derecho y la interpretación de la Constitución* (2da edición), Lima, Palestra.
- MUÑOZ, Santiago, (dir), 2017: *Libro de estilo de la justicia*, Madrid, Espasa Calpe.
- NOGUEIRA, Humberto, 2009: “El derecho procesal constitucional a inicios del siglo XXI en América Latina”, *Estudios Constitucionales*, volumen VII, Nº 1.
- NOGUEIRA, Humberto, 2010: “La sentencia del Tribunal Constitucional en Chile: análisis y reflexiones jurídicas”, *Estudios Constitucionales*, volumen VIII, Nº 1.
- OROZCO, Jesús, 2003: “Democracia, imperio del derecho y función jurisdiccional”. En Jorge Malem, Jesús Orozco y Rodolfo Vásquez (editores), *Función judicial*, Madrid, Gedisa, pp. 295-317.
- POSNER, Richard, 2011: *Cómo deciden los jueces*, Madrid: Marcial Pons.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis y ORUNESU, Claudina, en prensa: “Reglas constitutivas y mundos constitucionalmente posibles”, en Lorena Ramírez y Josep Maria Vilajosana, *Reglas constitutivas y derecho*. Madrid: Marcial Pons.
- ROMERO, Alejandro, 2000: “La consideración de hechos y de derecho en la sentencia: Un derecho esencial de los justiciables”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXVII.
- RUIZ, Alfonso, 2002: *Una filosofía del derecho en modelos históricos. De la antigüedad a los inicios del constitucionalismo*, Madrid, Trotta.
- SUMMERS, Robert, 1978: “Two types of substantive reasons: The core of a theory of common-law justification”, *Cornell Law Review*, volumen LX.

- SPADARO, Antonino, 2005: "La motivación de las sentencias de la Corte como técnica de creación de normas constitucionales", *Cuadernos de Derecho Público*, N° 24.
- STONE, A., 2002: "Constitutional Courts and Parliamentary Democracy", *West European Politics*, vol. 25, n°1.
- TARUFFO, Michelle, 2006[1975]: *La motivación de la sentencia civil*. (trad.) Lorenzo Córdova, México D.F., Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.
- TARUFFO, Michelle, 2007: "Precedente y Jurisprudencia". (U. I. Cali, Ed.) *Precedente Anuario Jurídico*.
- TUSHNET, Mark (1999): *Taking the Constitution against from the Courts*, Princeton, Princeton University Press.
- TUSHNET, Mark, 2013: *Constitutionalismo y judicial review*. (trad.) Manuel Chiquillanqui, Lima, Palestra.
- WALDRON, Jeremy, 1999: *Law and Disagreement*, Nueva York, Oxford University Press.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy. 1985: *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Traducido por Arantxa Azurza. Madrid, Editorial Civitas, S.A.
- WRÓBLEWSKI, Jerzy, 2001: *Sentido y hecho en el derecho*. (trad.) Juan Igartúa y Francisco Ezquiaga, Lima, Editorial Grijley,
- ZAPATA, Patricio, 2008: *Justicia Constitucional. Teoría y Práctica en el Derecho comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ZUCCA, Lorenzo, 2007: *Constitutional Dilemmas. Conflicts of Fundamental Legal Rights in Europe and USA*, Nueva York, Oxford University Press.

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 1.552, Código de Procedimiento Civil, publicada el 30 de agosto de 1902.
- AUTO Acordado de la Corte Suprema Sobre la Forma de las Sentencias, publicada el 30 de septiembre de 1920.
- LEY N° 7.421, Código Orgánico de Tribunales, publicada el 9 de julio de 1943.
- LEY N° 17.997, Orgánica Constitucional del Tribunal Constitucional, publicada el 19 mayo de 1981.
- DECRETO N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la Republica de Chile, publicada el 22 de septiembre de 2005.

Sentencias

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 16 de abril de 2008, rol 740-07-CDS.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 23 de diciembre de 2008, rol 1144-08-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 17 de mayo de 2007, rol 619-2006.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 4 de enero de 2011, rol 1683-10-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 25 de agosto de 2011, rol 1.873-10-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 21 de julio de 2016, rol 2873-15-INA;
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 15 de noviembre de 2016, rol 3042-16-INA.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 28 de agosto de 2017, rol 3729-17-CPT.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 29 de octubre de 2019, rol 5822-19-INA.

Control migratorio y salud pública: restricciones a la movilidad humana por razones médicas o sanitarias en tiempos del Covid-19

*Ramón Mayorga Mc Donald**

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto analizar (a propósito de la crisis sanitaria del Covid-19) el rol que ha jugado en el pasado, y hasta el presente, la protección de la salud pública en la limitación de la movilidad humana internacional. Los Estados son competentes para restringir la libre circulación, y eventualmente excluir a determinadas personas que desean ingresar a su territorio, cuando ello pueda significar una amenaza para la salud pública. No obstante, una decisión estatal en este sentido debe adoptarse con fundamentos estrictamente epidemiológicos, excluyendo cualquier otra clase de consideraciones que, en la práctica, han lesionado los derechos humanos de las personas migrantes.

Control migratorio; salud pública; pandemia

Migration Control and Public Health: Restrictions to Human Mobility for Medical or Sanitary Reasons in times of Covid-19

ABSTRACT

This paper analyzes (concerning the crisis of Covid-19) the past and present role of public health, limiting human mobility. Indeed, States have powers to restrict free movement, and eventually, exclude certain people who may be a danger to public health. However, any state decision that does this, must have a strictly epidemiological basis, and exclude any other type of considerations that, in practice, have affected human rights of migrants.

Migration control; public health; pandemic

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales y Magíster en Derecho, Universidad Austral de Chile. Profesor de Derecho Público del Departamento de Ciencias Jurídicas, Universidad de Magallanes, Punta Arenas. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2398-4183>. Correo electrónico: ramon.mayorga@umag.cl

Este trabajo fue financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) / Programa de Becas / DOCTORADO NACIONAL / 2019-21190529.

Artículo recibido el 25.7.2020 y aceptado para su publicación el 30.4.2021.

I. INTRODUCCIÓN

El inicio de esta década será recordado, sin duda, por la grave crisis sanitaria derivada de la pandemia del Covid-19, que ha enfermado y cobrado la vida de cientos de miles de personas alrededor del mundo. Pese a tratarse de un virus que tuvo un primer brote en la ciudad de Wuhan, en China central, su propagación fue tal, que se reportaron casos en algunos de los lugares más remotos del planeta. Esto fue posible gracias al carácter globalizado, crecientemente interdependiente e interconectado, del mundo contemporáneo. En este contexto, no solo las personas, sino también bienes y servicios consiguen, con mayor o menor éxito, cruzar las fronteras estatales. Los peligros a la salud pública que pueden exportarse de un país a otro han significado desde el surgimiento del derecho migratorio moderno una preocupación y un desafío para los Estados. Y es que la movilidad es en sí misma un potencial riesgo sanitario a nivel internacional.

Este virus altamente contagioso demandó de los Estados esfuerzos inéditos para su contención y reducción de sus dramáticas consecuencias. La entidad de estas medidas hizo imposible su adopción dentro del marco constitucional ordinario. La suspensión de la libre circulación, medida emblemática durante la pandemia, debió ser adoptada en contextos de excepcionalidad constitucional en la mayoría de los países. Fue, por ejemplo, el caso de Chile, país donde se decretó el Estado de Excepción de Catástrofe el 18 de marzo de 2020¹. Sin embargo, a medida que los Estados han ido superando cada una de las fases de la pandemia, la institucionalidad de cada uno de ellos ha debido plantearse el modo de retomar paulatinamente la normalidad jurídica. En esta “nueva normalidad”, la protección de la salud pública constituirá un fin prioritario para la acción estatal, de allí que resulte particularmente interesante anticipar la acción de los Estados una vez que cese la vigencia de los Estados de Excepción adoptados por cada uno de estos.

El objetivo central de este artículo es analizar el rol que ha jugado en el pasado, y hasta el presente, la protección de la salud pública en la limitación de la movilidad humana internacional, y así extraer algunas lecciones para el futuro de la gobernanza migratoria por parte de los Estados. Las preguntas que nos ocuparán serán: ¿puede constituir la protección de la salud pública un criterio para restringir válidamente la movilidad humana? ¿En qué medida? ¿Permite ello excluir a determinadas personas migrantes que desean ingresar a un país? Para ofrecer una respuesta a estas interrogantes, recurriremos a la experiencia comparada y a los estándares que, en el derecho internacional de los derechos humanos, se han establecido respecto de la exclusión de migrantes enfermos. Esta revisión nos permitirá sostener que si bien la protección de la salud pública es un criterio que los Estados pueden lícitamente aplicar para restringir la movilidad humana, siempre debe hacerse por razones estrictamente epidemiológicas, y no por otra clase de motivos cuestionables, como ha sucedido en la práctica con desafortunadas consecuencias.

¹ Decreto Supremo N° 104, 2020.

Para el desarrollo de estas ideas, el itinerario será el que sigue. En primer lugar, expondremos brevemente algunos antecedentes históricos y la regulación del criterio médico o sanitario como límite a la movilidad, tanto en el derecho internacional como en el derecho migratorio comparado. A continuación, nos referiremos a su contenido a la luz de la experiencia y los estándares internacionales en la materia. Para ello, resultará especialmente importante el caso más emblemático en esta materia: el de las personas portadoras del VIH/SIDA, quienes han sido excluidas por las legislaciones migratorias de muchos Estados. Por último, la sección final de este trabajo reseñará las principales problemáticas que enfrentan los migrantes frente a las medidas restrictivas a la movilidad adoptadas por los Estados.

II. CONTROL A LA INMIGRACIÓN POR RAZONES MÉDICAS O SANITARIAS: ANTECEDENTES Y REGULACIÓN

Los Estados cuentan con competencias para el diseño y la implementación de políticas de control a la inmigración. Esta es una premisa difícilmente controvertible en el marco del derecho internacional migratorio. La principal fuente de estas competencias es la costumbre internacional², no siendo posible identificar norma positiva alguna que las consagre de modo explícito, sin perjuicio de la existencia de diferentes instrumentos internacionales que hacen referencia a algunas de ellas, ofreciendo un reconocimiento implícito de las mismas³. Una cuestión más discutible dice relación con el alcance de estas competencias. Para el derecho internacional clásico, las políticas de control migratorio son un asunto exclusivo de la jurisdicción estatal interna, y, en consecuencia, corresponde que sea manejado discrecionalmente por cada Estado. En este sentido, la regulación específica de cada una de estas competencias quedaría enteramente confiada al derecho interno, atendiendo a intereses puramente estatales, y apenas reservando un “estándar mínimo” de derechos a los extranjeros⁴.

Sin embargo, en el derecho internacional contemporáneo no tiene sentido concebir estas competencias como enteramente discrecionales. Por el contrario, resulta más adecuado plantear que progresivamente han pasado a integrar el ámbito propio de las competencias regladas. Esto es así fundamentalmente por dos motivos. El primero dice relación con que en el derecho internacional contemporáneo ninguna competencia estatal que regule y limite el ejercicio de libertades individuales puede sujetarse a estándares

² Históricamente, la costumbre internacional ha jugado un papel de extraordinaria relevancia en la construcción del derecho internacional migratorio. Ha sido mediante ella que se han justificado competencias tales como el derecho de admisión o el derecho de expulsión que tienen los Estados con relación a los extranjeros, o de igual forma, por medio de ella se han consolidado algunos estándares como “no devolución” o “unidad familiar”. CHETAIL, 2012, pp. 73-81; CHETAIL, 2019, pp. 119-144, pp. 145-151.

³ Es, por ejemplo, el caso de la competencia de expulsión, que tiene un relativo reconocimiento en el derecho convencional, al imponerse a los Estados determinadas exigencias para su ejercicio. Así ocurre con el artículo 13 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

⁴ DE VATTEL, 2008, pp. 311-319; ODA, 1973, pp. 461-465.

menos exigentes en materia de respeto por los derechos humanos⁵. El segundo motivo tiene que ver con el progresivo desarrollo y robustecimiento del derecho internacional migratorio como estatuto jurídico para el tratamiento estatal de las migraciones. En la actualidad, puede decirse que integran esta rama del derecho internacional a lo menos cuarenta tratados internacionales, lo que se suma a otras fuentes como el propio derecho internacional consuetudinario, y el *soft law*, que juega un papel de gran importancia en la complementación e interpretación de instrumentos internacionales, y en la proyección de una incipiente gobernanza global de las migraciones⁶.

1. *Antecedentes históricos*

Puede decirse que Estados Unidos fue el primer país en adoptar políticas de control sanitario asociadas al control de la inmigración. Durante el *boom* migratorio de finales del siglo XIX, la aprensión de sus nacionales por admitir únicamente a inmigrantes sanos empujó al gobierno federal a aplicar las regulaciones sanitarias que hasta entonces estaban en manos de los gobiernos de cada uno de sus estados. En 1892 se abrió, entre otros, el establecimiento federal de inmigración en Ellis Island (New York), donde se procedía a la inspección de las capacidades físicas y psíquicas de los inmigrantes, se les colocaba en cuarentena, y eventualmente se les prohibía el ingreso⁷. En 1917, la exclusión por razones médicas se institucionalizó por medio de la ley de inmigración de ese año, que optó por prohibir el ingreso de dementes, epilépticos, personas con tuberculosis o discapacidades físicas, entre otros⁸. Esta legislación fue muy influyente en América Latina, donde las nacientes legislaciones acerca de la materia replicaron estas exclusiones⁹. Sucedió en Brasil, primer país de la región en excluir a personas con discapacidad visual, física o psíquica, como también a quienes padecieran de enfermedades incurables o graves¹⁰. Ocurrió también en Colombia y Perú¹¹.

En Estados Unidos, los nacidos en el extranjero venían siendo estigmatizados como portadores de enfermedades desde mucho antes del *boom* migratorio¹². En la década de 1830, por ejemplo, los inmigrantes irlandeses empobrecidos fueron sindicados como portadores del cólera, de igual modo que a fines del siglo XIX, la tuberculosis fue

⁵ Si el asunto se aborda exclusivamente desde la óptica del derecho internacional clásico, el hecho que estemos en presencia de una materia propia de la "jurisdicción interna" de los Estados justificaría que se tratase de competencias que pueden ejercerse de modo "más laxo", lo que no es así. VACAS FERNÁNDEZ, 2017, p. 54.

⁶ En la actualidad, puede hablarse del derecho internacional migratorio como un estatuto jurídico que, aunque fragmentado, tiene una "riqueza y diversidad (que) probablemente no tengan comparación". PERRUCHOUD, 2012, pp. 1-7. Allí puede también hallarse el catálogo de tratados internacionales que lo integran.

⁷ KRAUT, 2010, pp. 124-125.

⁸ USA Immigration Act, 1917.

⁹ ACOSTA, 2018, p. 98.

¹⁰ Decreto N° 4.247 (Brasil), 1921.

¹¹ Ley N° 48 (Colombia), 1920; Ley N° 4145/1920 (Perú), 1920.

¹² KRAUT, 2010, p. 125.

denominada una “enfermedad judía”. En 1900, la muerte de un inmigrante chino en *Chinatown* (San Francisco) generó una ola de temor y nacionalismo. El barrio completo fue puesto en cuarentena, y las autoridades inocularon a la fuerza a los asiáticos por las calles de la ciudad con un fármaco cuya eficacia y seguridad apenas estaba testeándose¹³. Algo similar ocurrió más tarde, cuando en 1918, durante la pandemia de “gripe española”, los ciudadanos alemanes fueron culpados de propagar la enfermedad como arma de guerra¹⁴.

En este contexto surgieron los primeros instrumentos internacionales que se pronunciaron concernientes al asunto. En 1892, se adoptaron las Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros del Instituto de Derecho Internacional. Estas establecieron que excepcionalmente los Estados podían prohibir el libre ingreso de extranjeros a su territorio, en tiempos de epidemias¹⁵. De igual manera, este documento incluyó dentro del catálogo de extranjeros “excluíbles”, a quienes “sufrieran de una enfermedad que podría poner en peligro la salud pública”¹⁶. El auge de la inmigración transoceánica estimuló la celebración de la Conferencia sobre Emigración e Inmigración de Roma de 1924, donde los Estados de origen de los migrantes de la época asumieron compromisos relativos a la educación sanitaria de los viajeros, y también a la implementación de controles en los puertos de salida¹⁷.

2. *Regulación en el derecho internacional y comparado*

Tuvo que pasar largo tiempo antes que este asunto fuera abordado explícitamente de nuevo por la comunidad internacional. Los instrumentos internacionales paulatinamente adoptados por los Estados a partir de la posguerra apenas mencionan la salud pública como uno de los límites de los derechos asociados a la movilidad humana, expresamente reconocidos: la libre circulación en el orden interno, el derecho a emigrar y el derecho al retorno. Así ocurre, por ejemplo, con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos al establecer que los derechos de libre circulación no podrán ser objeto de restricciones salvo cuando estas se hallen previstas en la ley y sean necesarias para proteger, entre otros intereses, la salud pública¹⁸. De igual modo, la Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares¹⁹, la Convención

¹³ LEE, 2019, pp. 88-89, 109.

¹⁴ KRAUT, 2010, p. 125

¹⁵ Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros, 1892, artículo 6.

¹⁶ Reglas Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros 1892, artículo 12.

¹⁷ TORPEY, 2018, p. 126. Se les manifestó a los Estados la necesidad de que informen a los emigrantes “sobre nociones básicas de limpieza e higiene personal y colectiva (...), y sobre medios de prevención y defensa contra las enfermedades infecciosas o contagiosas a que pueden estar propensos (...)”. Además, se les instó a instituir “visitas sanitarias antes de la salida, lo bastantes rigurosas para reducir al mínimo la posibilidad de rechazo (...)”. Acta Final de la Conferencia Internacional sobre Emigración e Inmigración de Roma, 1924, párrafo 2.

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966, artículo 12.

¹⁹ Convención sobre la Protección de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, 1990, artículo 8.

Americana sobre Derechos Humanos²⁰, y el Protocolo N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos²¹, incorporan esta cláusula en idéntico sentido.

En el orden regional, incluso aquellos sistemas en que la libre circulación ha tenido un desarrollo más contundente se reservan la competencia de limitación por razones sanitarias. Así sucede en el que probablemente sea el caso más emblemático: el espacio europeo. Tanto el Tratado de la Unión Europea²² como el Tratado de Funcionamiento de la misma²³, reconocen la libre circulación de los ciudadanos de la Unión al interior de su espacio como un principio fundamental, implementado mediante la creación del Espacio *Schengen*. Sin embargo, el segundo de estos tratados igualmente contempla limitaciones a este derecho justificadas por razones de salud pública²⁴. Idéntica cuestión puede decirse del sistema desarrollado al alero del Mercado Común del Sur (Mercosur). El Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados reconoce a los nacionales de los Estados parte el derecho a residir en el territorio de cualquiera de ellos, pero los Estados se reservan el derecho de exigir una certificación médica acerca de la aptitud psicofísica del solicitante²⁵.

El hito más reciente en la materia ha sido la adopción del Reglamento Sanitario Internacional en 2005, instrumento cuya finalidad es “prevenir la propagación internacional de enfermedades, proteger contra esa propagación, controlarla y darle una respuesta de salud pública proporcionada y restringida a los riesgos para la salud pública”²⁶. Por su intermedio, los Estados asumen compromisos en materia de vigilancia, notificación y verificación de eventos que puedan constituir una emergencia de salud pública de importancia internacional. Con relación a la posibilidad de restringir el ingreso de extranjeros a un país, este señala que la autoridad sanitaria internacional podrá recomendar a los Estados Parte “denegar la entrada de personas sospechosas o afectadas”²⁷. A su vez, contempla determinadas atribuciones estatales relacionadas a la llegada o salida de viajeros²⁸, o con su entrada al territorio del Estado²⁹. Con relación al trato que los Estados deben dar a los viajeros, el principio fundamental es que respetarán “su dignidad, sus derechos humanos y sus libertades fundamentales y reducirán al mínimo las molestias o inquietudes asociadas con tales medidas”³⁰.

²⁰ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, artículo 22.

²¹ Protocolo N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, 1968, artículo 2.

²² Tratado de la Unión Europea, 1993, artículo 3.2.

²³ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957, artículo 21.1.

²⁴ Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, 1957, artículos 45.3 y 52.1.

²⁵ Acuerdo de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del Mercado Común del Sur, 2002, artículo 4.1 f).

²⁶ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 2.

²⁷ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 18.

²⁸ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 23.

²⁹ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 31.

³⁰ Reglamento Sanitario Internacional, 2005, artículo 32.

Respecto del reconocimiento del criterio médico o sanitario en el derecho migratorio comparado, puede decirse que tiene un transversal reconocimiento en las leyes de inmigración internas. En el caso de España, el régimen general de admisión exige al extranjero no constituir una amenaza para la salud pública, de conformidad al Reglamento 1987/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo³¹. Asimismo, cuando lo determine la autoridad, se exige a los extranjeros presentar en frontera un certificado sanitario o someterse a su llegada a un reconocimiento médico para comprobar que no padece ninguna enfermedad potencialmente epidémica u otras enfermedades infecciosas o parasitarias contagiosas³². El Reino Unido, otro país europeo con altas tasas de inmigración, contempla también este criterio en su legislación. Allí se prohíbe el ingreso de un extranjero cuando un inspector médico lo considere aconsejable, salvo casos excepcionales³³. En cuanto a la exigencia de exámenes médicos, toda persona extranjera con la intención de permanecer en el país durante más de seis meses debe ser remitida a un examen de salud. El mismo examen puede solicitarse si el extranjero menciona motivos de salud o tratamiento médico como motivo de su visita, o si “su apariencia o conducta sugiere que no goza de buena salud”³⁴.

En América Latina el panorama no es diferente. Chile prohíbe el ingreso al país de aquellos extranjeros que padezcan enfermedades que la autoridad sanitaria determine³⁵. Perú, a su vez, prohíbe el ingreso de aquellos extranjeros que la autoridad sanitaria considere un riesgo para la salud pública nacional, conforme con las normas del Código Sanitario y de acuerdo con un listado de enfermedades establecido por resolución exenta³⁶. Lo mismo sucede en Ecuador, cuya ley establece como causal de inadmisión el que el extranjero “no porte el carnet o certificado de vacunación de conformidad con lo que determine la autoridad sanitaria”³⁷. Uruguay, en tanto, establece como causal de rechazo para el ingreso al país las “razones de orden público de índole sanitaria en concordancia con lo establecido en el Reglamento Sanitario Internacional vigente”³⁸. En este último caso destaca la referencia al instrumento adoptado el 2005.

³¹ Reglamento (CE) 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de *Schengen* de segunda generación (SIS II), 2006, Artículo 6.1.

³² Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, artículo 10; en relación a, Reglamento (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, artículo 2, apartado 21).

³³ UK Immigration Rules, HC 395, 2016, párrafo 320(7).

³⁴ UK Immigration Rules, HC 395, 2016, párrafo 36. Si la persona es nacional de determinados países, se le exigirá someterse además a un examen médico para detectar la tuberculosis, previo a su ingreso al Reino Unido. UK Immigration Rules, HC 395, 2016, apéndice T.

³⁵ Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería de Chile, 2021, artículo 32 n° 2.

³⁶ Ley de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), 2017, artículo 48.2.

³⁷ Ley Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, 2017, artículo 137 n° 9.

³⁸ Ley N° 18.250 de Migración de Uruguay, 2008, artículo 45 f).

III. OBJETO Y FIN DEL “CRITERIO MÉDICO O SANITARIO”: EVITAR LA PROPAGACIÓN INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES INFECCIOSAS

El ejercicio de los derechos asociados a la movilidad humana puede limitarse, al igual que el ejercicio de casi cualquier otro derecho. En la mayoría de los casos, los derechos no son considerados absolutos y los Estados pueden restringirlos, configurando los cauces de su ejercicio, cuestión que a estas alturas parece “una opinión evidente e incluso trivial”³⁹. El fundamento de la limitación de los derechos es la necesidad de conciliar el ejercicio de cada derecho con la protección de determinados bienes valiosos para el interés general, o con el ejercicio de los derechos de terceros. No obstante, resulta particularmente problemática no solo la identificación de estos límites, sino que también la determinación del contenido y alcance de las restricciones permitidas por el ordenamiento jurídico⁴⁰.

La salud pública es uno de aquellos intereses protegidos que habilita a los Estados a limitar el ejercicio de derechos. Lo son también otros, como la “seguridad nacional”, el “orden público” o la “moral pública”. Todas estas expresiones suelen tener un contenido altamente indeterminado, cuestión que demanda un complejo ejercicio para determinar su sentido y alcance, sobre todo en el caso concreto. No obstante, a diferencia de otras, la expresión “salud pública” parece presentar un contenido y unos perfiles más definidos y objetivables aplicada en el contexto del control migratorio⁴¹. Esto es así, debido a que el fundamento de este criterio obedece a razones técnicas propias de la ciencia médica, y particularmente, de la epidemiología, es decir, del “estudio de la distribución y los determinantes de estados o eventos (en particular de enfermedades) relacionados con la salud y la aplicación de esos estudios al control de enfermedades y otros problemas de salud”⁴².

El que subyazca un fundamento científico, ha permitido que la justificación moral de las exclusiones basadas en razones médicas o sanitarias sea menos controvertida que aquellas basadas en criterios económicos o de seguridad. Aunque el asunto de la justificación moral de las políticas de control migratorio ha sido intensamente discutido, paradójicamente la protección de la salud pública no ha estado entre los principales argumentos involucrados⁴³. La discusión acerca de la justificación moral de la aplicación del criterio médico o sanitario en el ámbito del control a la inmigración no ha tenido demasiado desarrollo. En esta línea, se ha planteado que, como cuestión de principio,

³⁹ ALEXY, 2017, p. 239; PECES-BARBA, 1995, p. 590.

⁴⁰ ALEXY, 2017, p. 239.

⁴¹ MARTÍN MARTÍNEZ, 2014, pp. 777 y 792.

⁴² La Organización Mundial de la Salud (OMS) define de esta manera esta disciplina de la ciencia médica en su sitio web: <https://www.who.int/topics/epidemiology/es/>.

⁴³ El argumento más frecuente para justificar el control de la inmigración por los Estados está asociado a la autodeterminación política del Estado, tratándose de una extensión natural de la propia soberanía. En esta postura, destacan MILLER, 2007; WHELAN, 1988; o WALZER, 2008.

los Estados pueden legítimamente pretender restringir la inmigración en los casos en que esta pueda representar una clara y grave amenaza para la salud pública⁴⁴.

Aunque en términos amplios la expresión “salud pública” es compleja, cuando se la invoca como interés protegido de los potenciales riesgos derivados de la movilidad humana, se está haciendo referencia a una cuestión bastante específica. Esto restringe las posibilidades interpretativas, y ofrece mayores garantías de seguridad jurídica frente a la potencial afectación de derechos fundamentales. Aquellos países por cuyas fronteras transita un mayor flujo de personas, son más vulnerables de sufrir cambios epidemiológicos en enfermedades erradicadas, controladas o incluso aquellas prevalentes, pero con un patrón epidemiológico conocido⁴⁵. En el mundo han existido ejemplos de países que han demostrado la influencia de las migraciones en la epidemiología local, lo que en ocasiones ha significado un aumento o estancamiento en las tasas de determinadas enfermedades infecciosas⁴⁶. Un efecto adverso de la movilidad es la propagación temprana de algunas enfermedades altamente contagiosas, tal como ha demostrado la experiencia reciente a nivel global con relación a la pandemia del Covid-19⁴⁷.

Todas las personas en contexto de movilidad, sean nacionales o extranjeros, constituyen un riesgo potencial de transmisión de enfermedades en una determinada sociedad. En el caso de los nacionales, estos podrían haber adquirido alguna patología durante un viaje al extranjero y traerla consigo a su regreso. En el caso de los extranjeros, hay quienes han planteado que el aumento de la inmigración en Chile podría importar patologías infecciosas tropicales no endémicas (como la histoplasmosis, la malaria, la leishmaniasis, la anquilostomiasis o la lepra), o patologías transmisibles por vectores (la malaria, la fiebre amarilla, el zika, el dengue o el cólera), respecto de estas el país no tiene la experiencia profesional, métodos de diagnóstico ni herramientas terapéuticas adecuadas⁴⁸.

Sin embargo, el riesgo de transmisión de enfermedades infecciosas transmisibles por parte de la población migrante es sustantivamente bajo⁴⁹. La Organización Mundial de la Salud (OMS) recomienda a los países evitar estigmas, puesto que “no existe relación sistemática alguna entre la migración y la importación de enfermedades infecciosas”⁵⁰. Este es un punto en el que resulta necesario enfatizar, porque las advertencias del riesgo epidemiológico que acarrea un aumento en las tasas de inmigración, interpretadas aisladamente, alimentan ciertos mitos que poco tienen que ver con la realidad. Entre

⁴⁴ SONG, 2019, p. 162.

⁴⁵ VÁSQUEZ-DE KARTZOW, 2009, pp. 162.

⁴⁶ Ha sido el caso de países como España, donde existiendo una de las tasas de tuberculosis más altas de Europa, existe una sobrerrepresentación de la población migrante en dichas cifras. Un panorama similar se ha vivido en Australia, donde los pocos casos de tuberculosis reportados suelen corresponder a personas refugiadas e inmigrantes irregulares. VÁSQUEZ-DE KARTZOW, 2009, pp. 164-165.

⁴⁷ Por ejemplo, MARIA IACUS *et al.*, 2020.

⁴⁸ ALARCÓN y BALCELLS, 2017, p. 5; WOLFF, 2017, p. 114; ARMAS MERINO *et al.*, 2018, p. 16.

⁴⁹ CABIESES *et al.*, 2019, pp. 27-35.

⁵⁰ OMS, 2015.

ellos, el mito de que los inmigrantes importan enfermedades, y además colocan sobre el sistema de salud una excesiva presión ante la demanda de atención⁵¹.

Los principales riesgos a la salud de la población migrante no provienen de su país de origen, sino que de la situación de vulnerabilidad que enfrentan en muchos casos en el país de destino, producto de la pobreza, el hacinamiento, o la falta de acceso al sistema de salud⁵². La evidencia científica incluso ha demostrado que, por lo general, los inmigrantes son más saludables que la mayoría de quienes no migran en su país de origen. En efecto, se plantea que solo las personas más sanas logran concretar el proyecto migratorio, mientras que las demás quedan atrás. Esta es una realidad que se encuentra bastante documentada científicamente, y que recibe el nombre de “teoría del migrante sano” o “efecto del migrante sano”⁵³. En Chile, según datos informados por el Ministerio de Salud en 2018, el 87,65% de la población inmigrante calificó su estado de salud como bueno, en comparación con el 45,75% de la población nacida en Chile⁵⁴.

En el derecho migratorio internacional y comparado, los motivos de exclusión por razones médicas o sanitarias, así como su interpretación e implementación, han ido evolucionando y varían de un país a otro. Sin embargo, existen determinadas clases de patologías que han integrado el núcleo principal de este criterio. La mayoría de los Estados ha limitado el ingreso de personas portadoras de enfermedades contagiosas peligrosas, y en muchos casos asociadas con la estigmatización social, tales como la tuberculosis, la lepra y las enfermedades venéreas⁵⁵. También ha sido el caso de la exclusión de personas portadoras del VIH, cuestión que, como veremos en su oportunidad, es del todo cuestionable.

El Derecho Comunitario Europeo ha aportado una valiosa experiencia internacional con relación a la forma de determinar aquellas patologías que justifican la aplicación del criterio sanitario o médico. La Directiva 38/2004 de la Comisión Europea y el Reglamento (UE) 2016/399 (también conocido como Código de fronteras *Schengen*) especifican como una “amenaza para la salud pública” en materia de circulación internacional, a “aquellas enfermedades con potencial epidémico”⁵⁶ según los instrumentos correspondientes de la

⁵¹ “Especial atención genera el riesgo en salud pública que pudiese implicar la presencia de población migrante en el país de acogida, generándose con frecuencia información alarmista y poco fundada respecto a riesgos de transmisión de enfermedades hacia los habitantes locales, transformándose en foco de discriminación, vulneración de privacidad e incluso violencia”. ALARCÓN y BALCELLS, 2017, p. 4.

⁵² CABIESES, 2019, pp. 146-150. CABIESES *et al.*, 2012; OMS, 2016.

⁵³ “La literatura internacional y nacional han descrito el llamado ‘efecto de migrante sano’, que corresponde a un menor reporte o registro de enfermedades en población migrante internacional comparado con población local, lo que podría deberse a un proceso de selección natural del acto migratorio. Así también, podría responder a un sesgo o error de medición que escondería en un promedio puntual enorme variabilidad y diferencias de subgrupos de inmigrantes (...)”. CABIESES, 2019, p. 155.

⁵⁴ MINISTERIO DE SALUD, 2018.

⁵⁵ PERRUCHOUD, 2012, p. 131.

⁵⁶ Una enfermedad con potencial epidémico es aquella que se propaga rápidamente en una población determinada, afectando durante un determinado tiempo, a un alto número de personas simultáneamente. Si la propagación alcanza extensas zonas geográficas, como en diversos continentes, se le cataloga de pandemia.

OMS, así como otras enfermedades infecciosas⁵⁷ o parasitarias contagiosas⁵⁸ siempre que sean, en el país de acogida, objeto de disposiciones de protección para los nacionales”⁵⁹. Una definición de estas características, que recurre a conceptos técnicos propios de la ciencia médica, reduce relativamente el riesgo de una aplicación del criterio sanitario por razones distintas de lo estrictamente epidemiológico. Esto es sumamente relevante, ya que ha sido una práctica común de los Estados recurrir a este criterio para excluir a personas por razones de diversa índole.

Algunos de los principales motivos que la práctica estatal ha escondido tras la aplicación del criterio médico o sanitario, son los de índole puramente económica. Los Estados han caído lamentablemente en la tentación de prohibir la entrada o expulsar a aquellos extranjeros que, a causa de su estado de salud, supongan potencialmente una carga económica excesiva para el Estado de acogida. Durante crisis económicas, limitar la libre circulación invocando razones de salud pública suele perseguir una finalidad económica, sobre todo en tiempos de recortes presupuestarios al sistema de salud⁶⁰. Este ha sido un punto que el Derecho Comunitario Europeo también ha tenido presente, estableciendo que, al limitar la libre circulación europea, “en ningún caso la salud pública puede ser invocada con fines económicos”⁶¹.

Además, se han invocado razones de salud pública para encubrir exclusiones inaceptables por razones de “moralidad pública”. Así, se han excluido a hombres y mujeres dedicadas al comercio sexual por encontrarse supuestamente contagiados con enfermedades venéreas, a mujeres y hombres infectados con VIH, por absurdos prejuicios vinculados a su vida sexual, por mencionar apenas un par de ejemplos. Al igual que con otros criterios para limitar la libre circulación, como el de “seguridad nacional”, las exclusiones basadas en la salud pública se han construido y aplicado de manera “torcida”, perjudicial en la práctica para los derechos humanos de las personas migrantes⁶².

IV. EL CASO DE LA EXCLUSIÓN A LOS PORTADORES DE VIH/SIDA

El caso de exclusión por motivos sanitarios que mayor impacto había tenido, hasta ahora, en el respeto y garantía de los derechos humanos ha sido el de las personas portadoras

⁵⁷ Las enfermedades infecciosas son causadas por microorganismos patógenos como las bacterias, los virus, los parásitos o los hongos. Estas enfermedades pueden transmitirse, directa o indirectamente, de una persona a otra, o de un animal a una persona.

⁵⁸ Las enfermedades parasitarias contagiosas con aquellas enfermedades infecciosas causadas por parásitos (microorganismos, gusanos o insectos). Pueden adquirirse por medio del consumo de alimentos o agua contaminada, como también por la picadura de un insecto, o del contacto sexual.

⁵⁹ Reglamento (UE) 2016/399 que establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, 2016, artículo 2 apartado 21).

⁶⁰ MARTÍN MARTÍNEZ, 2016, p. 794.

⁶¹ Directiva 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, 2004, artículo 27.1.

⁶² SONG, 2019, p. 162.

del Virus de Inmunodeficiencia Humana (VIH) y el Síndrome de Inmunodeficiencia Adquirida (SIDA). Esta patología ha motivado medidas restrictivas de la libre circulación por parte de muchos Estados. En efecto, hasta ahora la propagación mundial del VIH había sido la principal pandemia de alcance global en un contexto de relativo reconocimiento y garantía de los derechos humanos por parte de los Estados y la comunidad internacional. Al finalizar el 2018, aproximadamente 37,9 millones de personas vivían con el VIH en todo el mundo. Desde el comienzo de la epidemia, 32 millones de personas perdieron la vida a causa de enfermedades relacionadas con el SIDA⁶³.

Aún en un número importante de países del mundo, la sola condición de ser portador del VIH, habiéndose o no desarrollado el SIDA, restringe considerablemente la posibilidad de cruzar sus fronteras y circular dentro de ellos. Al 2019 existían 48 países o territorios que mantenían alguna clase de restricción de viaje relacionada con el VIH, tales como realizar test obligatorios o exigir declaraciones acerca del estado serológico de la persona como requisito para el ingreso al país, o para acceder a un permiso de residencia. Entre ellos, países como Australia, República Dominicana, Indonesia, Israel, Malasia, Nueva Zelanda, Paraguay, Rusia, Ucrania o Emiratos Árabes Unidos⁶⁴. Apenas el 2010 Estados Unidos levantó las restricciones de ingreso que pesaban sobre los portadores del VIH, impuestas durante la administración Reagan como una manera de excluir indirectamente a personas homosexuales, inaceptablemente prejuizadas como “inmorales” y “licenciosas”⁶⁵.

Esta exclusión ha sido doblemente objetada. En primer lugar, se ha sostenido que, tras el disfraz de una medida sanitaria, se ocultaría una discriminación arbitraria fundada en absurdos prejuicios relativos a la conducta sexual de los portadores del virus⁶⁶. Pero lo ha sido, además, porque aún aceptando un supuesto fundamento epidemiológico, la eficacia sanitaria de esta medida es cuestionable, pues a diferencia de otras enfermedades altamente contagiosas, el VIH no se transmite por el aire ni por el simple contacto personal. Además, no se justifica el hecho que la exclusión no aplique respecto de quienes ingresan con fines turísticos u otros fines de corta duración, como si durante un viaje turístico alguien no pudiera contraer o contagiar a otra persona el VIH.

Estas objeciones jurídicas y técnicas han motivado diversos pronunciamientos por parte de organismos internacionales, cuestionando esta exclusión e invitando a los Estados a erradicarla de su legislación interna. Entre aquellos pronunciamientos destacados, es posible mencionar, en primer lugar, las recomendaciones elaboradas el 2004 por el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/SIDA (ONU SIDA) en conjunto con la Organización Internacional para las Migraciones (OIM). Este documento fijó algunos de los más importantes estándares aplicables con relación al manejo de la pandemia del VIH por medio del control a la libre circulación. Aquí se sostuvo como

⁶³ ONU SIDA, 2019.

⁶⁴ ONU SIDA y PNUD, 2019.

⁶⁵ WINSTON y BECKWITH, 2011.

⁶⁶ SOMERVILLE y WILSON, 1997; PERRUCHOU, 2012, p. 131.

principio general en la materia, que “el VIH/SIDA no debe considerarse una condición que represente una amenaza para la salud pública con relación a los viajes porque, aunque es infeccioso, el virus no puede transmitirse por la mera presencia de una persona con VIH en un país, o por contacto casual”⁶⁷.

De igual manera, se han expuesto allí algunos criterios específicos para el tratamiento que los Estados han de dar a los extranjeros portadores del VIH. Entre ellos, el que “las restricciones al ingreso o estadía basadas en condiciones de salud (incluido el VIH/SIDA), deben implementarse de tal manera que cumplan las obligaciones de derechos humanos”⁶⁸. Ello significa que ni aún la amenaza de determinadas condiciones sanitarias justifica desconocer principios tales como la no discriminación, la no devolución, la protección de la familia y, en general, el respeto por los derechos humanos de quienes migran. Con relación a las pruebas para diagnosticar la presencia del VIH en un extranjero, la recomendación indica que estas deben “hacerse voluntariamente, sobre la base del consentimiento informado”⁶⁹. Además, en caso de que una persona portadora del VIH/SIDA sea expulsada de un país, la expulsión “debe ser coherente con las obligaciones legales internacionales, incluido el derecho al debido proceso legal y el acceso a los medios apropiados para impugnarla”⁷⁰.

El asunto de la expulsión de migrantes portadores del VIH o enfermos con SIDA ha tenido un interesante desarrollo a nivel de la jurisprudencia internacional. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ejemplo, ha sostenido que la expulsión o devolución de una persona “podría considerarse violatoria de las obligaciones internacionales, dependiendo de las circunstancias concretas de la persona en particular, en casos en que dicha medida redunde en la afectación o deterioro grave de la salud de la misma, o incluso, cuando pueda derivar en su muerte”⁷¹. En el caso en que la devolución redunde en dicha afectación, también la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha sostenido que esta “puede considerarse una forma de castigo severo y sería violatoria de sus derechos, y constituiría una sentencia *de facto* a un sufrimiento prolongado y una muerte prematura”⁷².

En el Sistema Interamericano, esta cuestión se planteó a propósito del caso *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*, en donde una ciudadana de nacionalidad jamaicana se encontraba bajo amenaza de deportación que de concretarse significaría la privación de medicamentos vitales para el tratamiento del VIH en su país de origen⁷³. En efecto,

⁶⁷ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 1.

⁶⁸ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 3.

⁶⁹ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 2.

⁷⁰ ONU SIDA y OIM, 2004, recomendación 7.

⁷¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, 2014, párrafo 229; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 19.05.2011, *Vera Vera y otra v. Ecuador*, párrafo 43. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25.07.2008, *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*, párrafos 91.

⁷² Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25.07.2008, *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*, párrafos 78, 85.

⁷³ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 25.07.2008, *Andrea Mortlock v. Estados Unidos*.

la privación del acceso a dichos medicamentos acarrearía en un corto plazo la muerte de Andrea, quien además no contaba con familia ni amigos en Jamaica, porque ella y su familia vivían en Estados Unidos desde hace más de 30 años. Si bien las conclusiones de la Comisión fueron favorables a Andrea, al estimar que los efectos de la deportación serían equivalentes a condenarla a la muerte, la decisión llegó demasiado tarde para ella, ya que falleció en Jamaica producto de una enfermedad relacionada con el SIDA.

En el Sistema Europeo, también se planteó este asunto a propósito del caso *D. v. Reino Unido*, en que un nacional del pequeño país caribeño de San Cristóbal y Nieves, había sido deportado por porte de estupefacientes. Sin embargo, materializar la deportación implicaría también interrumpir el tratamiento médico por VIH, lo que reduciría considerablemente su esperanza de vida. La decisión del Tribunal Europeo de Derechos Humanos resultó también favorable al solicitante, aunque con un alcance más limitado que en el pronunciamiento de la Comisión Interamericana, al considerarse especialmente el estado terminal de la enfermedad⁷⁴.

Si bien en ambos casos la expulsión no estuvo motivada por la condición de portador de VIH/SIDA de los afectados sino por su participación en ilícitos, los estándares en materia de derechos humanos allí establecidos, aportan interesantes consideraciones relativas al tratamiento estatal a migrantes gravemente enfermos. Algunos pronunciamientos más explícitos han emanado de organismos europeos, tanto en el marco de la Unión Europea como del Consejo de Europa. El Parlamento Europeo solicitó el 2008 la eliminación de todas las restricciones a la libre circulación de las personas con VIH⁷⁵. En 2011, a su vez, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el caso *Kiyutin v. Rusia*, sostuvo por unanimidad que la negativa de las autoridades migratorias rusas a conceder un permiso de residencia a un ciudadano nacional de Uzbekistán por el solo hecho de ser portador del VIH fue una medida discriminatoria y arbitraria. La negación del permiso de residencia en razón de su calidad de VIH positivo significó una infracción al Convenio Europeo de Derechos Humanos, especialmente en lo relativo a la prohibición de la discriminación y la protección del hogar y la vida familiar⁷⁶.

Por último, otros interesantes pronunciamientos acerca de esta materia han emanado de la Organización Internacional del Trabajo (OIT). La Recomendación de la OIT respecto de VIH/SIDA en el mundo del trabajo, del 2010, indicó que “los países de origen, de tránsito o de destino no deberían impedir la migración de trabajadores migrantes, o de trabajadores que deseen migrar por motivos de empleo, debido al estado serológico

⁷⁴ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 02.02.1997, *D. v. Reino Unido*.

⁷⁵ Parlamento Europeo, 12.11.2008, Resolución sobre el VIH/SIDA: “Diagnóstico y tratamiento precoces”.

⁷⁶ Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 10.03.2011, *Kiyutin v. Rusia*, párrafo 57. En su fallo, el tribunal señaló que la mera presencia de una persona VIH-positiva en el país no constituía una amenaza para la salud pública y que la imposición selectiva de las restricciones de viaje relacionadas con el VIH solo a los extranjeros que solicitan residencia no estaba justificada.

respecto del VIH, real o supuesto, de estas personas⁷⁷". En el caso de la Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la misma organización, ha sostenido en repetidas ocasiones que, aunque en principio, "las pruebas médicas y la prohibición de la entrada de personas por el hecho de que puedan constituir un riesgo para la salud pública probablemente sea una precaución rutinaria y responsable antes de permitir la entrada de extranjeros, (...) los trabajadores migrantes, o aquellos que buscan emigrar por empleo, no deben ser excluidos de la migración por los países de origen, de tránsito o de destino en función de su estado de VIH real o percibido"⁷⁸.

V. PROBLEMÁTICAS Y DESAFÍOS PARA EL CONTROL MIGRATORIO Y LOS DERECHOS HUMANOS EN TIEMPOS DEL COVID-19

Durante la crisis del Covid 19, la situación de la migración en el mundo, y también en Chile, ha estado marcada por dos fenómenos que han impactado negativamente en el respeto y garantía de los derechos humanos de las personas migrantes. El primero tiene que ver con el resurgimiento de discursos reactivos a la inmigración, señalando a las personas migrantes como potencial amenaza a la salud pública. Chile no ha estado al margen de este fenómeno. En noviembre de 2020, el alcalde de Iquique, Mauricio Soria, responsabilizó al ingreso masivo de migrantes venezolanos por pasos no habilitados del estancamiento de las cifras de contagio en la Región de Tarapacá. Para Soria, esta situación se ha debido "total y exclusivamente al poco compromiso que ha tenido el gobierno con el cuidado de nuestras fronteras y de nuestros iquiqueños, porque estamos totalmente desprotegidos"⁷⁹. Durante la crisis migratoria vivida en febrero de 2021 en la frontera de Chile con Bolivia, los medios de comunicación nacionales pusieron mucho énfasis en que un migrante venezolano fallecido en el altiplano, mientras intentaba ingresar clandestinamente al país, estaba contagiado, y fue reanimado en vano por más de treinta personas que también habrían adquirido el virus⁸⁰.

Este problema ha sido advertido por organismos internacionales, entre ellos el Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y sus Familias junto al Relator Especial de las Naciones Unidas sobre los Derechos Humanos

⁷⁷ Recomendación N° 200 de la OIT sobre el VIH y el SIDA, 2010, párrafo 28.

⁷⁸ Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 2017, Solicitud Directa de Guyana en relación al Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes, artículo 5; Comisión de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, 2019, Solicitud Directa de Bélice en relación con el Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes, artículo 5.

⁷⁹ Programa Venezolano de Educación Acción en Derechos Humanos (30 de noviembre de 2020). "*Vinculan a migrantes venezolanos con estancamiento sanitario por Covid-19 en el norte de Chile*". Recuperado el 13 de enero de 2021, de <https://provea.org/refugiados-y-migrantes/vinculan-a-migrantes-venezolanos-con-estancamiento-sanitario-por-covid-19-en-el-norte-de-chile/>

⁸⁰ Cooperativa (3 de febrero de 2021). *Dos migrantes irregulares con síntomas de Covid-19 fallecieron cerca de Colchane*. Recuperado el 3 de febrero de 2021, de <https://cooperativa.cl/noticias/pais/region-de-tarapaca/dos-migrantes-irregulares-con-sintomas-de-covid-19-fallecieron-cerca-de/2021-02-03/094749.html>

de los Migrantes, que han observado con preocupación “los discursos xenofóbicos o las expresiones que asocian la enfermedad del Covid-19 con los migrantes, sus etnias, o su identificación como nacionales de un país en particular”, instando a los Estados a “prevenir proactivamente la discriminación como “chivos expiatorios” de los individuos y grupos de migrantes”⁸¹. La Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos de la ONU, en tanto, ha señalado que “las autoridades estatales deben garantizar que el discurso público y la respuesta a Covid-19 no contribuyan a la xenofobia y la discriminación racial”⁸².

El segundo fenómeno se relaciona con un uso más frecuente de los motivos sanitarios por parte de los Estados, para justificar así políticas migratorias restrictivas. El cierre de fronteras, el veto a nacionales de determinados países, la exigencia de examen PCR negativo y cuarentenas obligatorias han sido medidas adoptadas en distintas latitudes. Estas prácticas no se han dado (al menos aún) durante la aplicación ordinaria de las legislaciones migratorias. La excepcionalidad constitucional se ha extendido en la mayoría de los países por más tiempo del que muchas personas hubieren pensado. En Chile, las fronteras terrestres se han mantenido cerradas para los extranjeros no residentes desde marzo de 2020. Esta medida ha suspendido indefinidamente la migración regular, y se ha traducido en un aumento de la inmigración irregular por pasos fronterizos no habilitados, principalmente en la frontera con Bolivia. La respuesta del Estado ha sido militarizar la frontera con Perú y Bolivia, autorizando a las Fuerzas Armadas apoyar en el control del tráfico ilícito de migrantes y la trata de personas⁸³. Lo mismo ha pasado en países como Perú, que militarizó su frontera con Ecuador⁸⁴. Mientras esto ocurre, el Aeropuerto Internacional de Santiago ha reanudado sus operaciones para reactivar el turismo internacional.

La gestión de fronteras durante la pandemia del Covid-19 ha sido también un asunto que ha preocupado a organismos internacionales. La Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Derechos Humanos ha señalado al respecto, que la implementación de controles fronterizos y medidas más estrictas en las fronteras se realiza “garantizando la no discriminación, confidencialidad y dignidad. No debe implicar la detención obligatoria o indefinida”⁸⁵. Respecto de la inmigración irregular, a su vez, ha señalado que “los Estados deben considerar la suspensión temporal de devoluciones

⁸¹ Comité de Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familias de la ONU y Relator Especial sobre los Derechos Humanos de los Migrantes de la ONU, 2020, punto 15.

⁸² Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2020.

⁸³ Gobierno de Chile (12 de enero de 2021). “Presidente firma decreto que permite a las Fuerzas Armadas apoyar el control del tráfico ilícito de personas”. Recuperado el 13 de enero de 2021, de <https://www.gob.cl/noticias/presidente-firma-decreto-que-permite-a-las-fuerzas-armadas-apoyar-el-control-del-trafico-ilicito-de-personas-estamos-comprometidos-con-poner-orden-en-nuestra-casa-proteger-mejor-nuestras-fronteras-y-combatir-la-inmigracion-illegal/>

⁸⁴ El Mostrador (27 de enero de 2021). “Perú militariza frontera con Ecuador para bloquear ingreso de migrantes venezolanos”. Recuperado el 27 de enero de 2021, de <https://www.elmostrador.cl/dia/2021/01/27/peru-militariza-frontera-con-ecuador-para-bloquear-ingreso-de-migrantes-venezolanos/>

⁸⁵ Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2020.

forzadas durante la pandemia. Las devoluciones forzadas solamente se pueden realizar si cumplen con el principio de no devolución y la prohibición de expulsiones colectivas, así como garantías procesales (...)”⁸⁶.

En general, medidas restrictivas a la movilidad son razonables si se consideran las graves consecuencias de la propagación de enfermedades infecciosas y altamente contagiosas. En la medida que cuenten con respaldo científico, y se adopten respetando los estándares internacionales en materia de derechos humanos, no puede privarse a los Estados de adoptarlas. La gran pauta a aplicar en esta materia dice relación con que la adopción de medidas no puede realizarse al margen del respeto y garantía de los derechos humanos de quienes se desplazan de un país a otro. Los Estados no deben diseñar o implementar políticas migratorias arbitrarias o discriminatorias invocando razones de salud pública, ni aun en tiempos de pandemia. En consecuencia, toda medida que signifique excluir a una persona extranjera, o limitar su ingreso o permanencia por motivos sanitarios, debe igualmente respetar todas y cada una de las exigencias sustantivas y procesales contempladas por el ordenamiento jurídico interno e internacional. En este sentido, uno de los principales desafíos para los Estados es inspirar el diseño y la implementación de sus políticas de control migratorio en estándares objetivos, aportados por la evidencia científica, y excluyendo medidas de corte populista.

VI. CONCLUSIONES

La movilidad humana internacional es, en sí misma, un factor de riesgo de propagación de enfermedades. La experiencia reciente, a propósito de la crisis sanitaria del Covid-19, nos ha recordado que vivir en un mundo globalizado supone también desafíos para la salud pública. No obstante, se trata de un riesgo tolerado por los Estados, en la medida que las posibilidades reales de contagio de patologías infecciosas desde el extranjero son sustantivamente bajas y acotadas a eventos excepcionales. El desarrollo de la epidemiología ha permitido conocer el real impacto de la inmigración en la transmisión de enfermedades infecciosas, aunque durante mucho tiempo las aprensiones de los Estados llevaron a excluir arbitrariamente a muchos inmigrantes estigmatizados como portadores de enfermedades.

En el derecho contemporáneo, la recepción del criterio médico o sanitario como límite a la movilidad humana está transversalmente extendida. Pueden encontrarse múltiples disposiciones que consagran este criterio en el derecho internacional, como también en el derecho migratorio y de extranjería comparado. El fundamento que subyace a la existencia de este criterio se encuentra en una preocupación de carácter epidemiológico, por lo que debe aplicarse siempre basado en la evidencia científica. Esta preocupación consiste en evitar la propagación de patologías epidémicas, infecciosas, o parasitarias contagiosas, que pudieran provenir del extranjero. También es la evidencia

⁸⁶ Oficina del Alto Comisionado de la ONU para los Derechos Humanos, 2020.

científica la que plantea que este riesgo es reducido, porque, en términos generales, la población inmigrante se caracteriza por gozar de una mejor salud que la propia población nacional.

Un escenario como el que actualmente enfrentamos sugiere una aplicación más frecuente de este criterio para la adopción de políticas migratorias restrictivas. En repetidas ocasiones, los Estados han caído en la tentación de invocarlo para excluir a migrantes por razones diversas, entre las que destacan las razones económicas y morales. El resurgimiento de algunos discursos hostiles hacia el extranjero, desde una perspectiva de amenaza para la salud pública, podría ser indicio de un nuevo periodo de exclusiones injustificadas valiéndose de argumentos médicos o sanitarios. Para enfrentar este tipo de medidas, resulta de enorme utilidad conocer los estándares que se han ido desarrollando internacionalmente en relación con el tratamiento estatal de migrantes en contextos pandémicos. La experiencia en materia de VIH/SIDA ha sido la más emblemática e ilustrativa. Ni aun una pandemia justifica que los Estados actúen al margen del respeto y garantía de los derechos humanos, por lo que cualquier medida que suponga excluir a un migrante por razones médicas o sanitarias debe adoptarse de manera restringida, y basada en la evidencia epidemiológica. Cualquier otra clase de exclusión excede el objeto y fin de este criterio de limitación de la movilidad humana.

BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Diego, 2018: *The National versus the Foreigner in South America: 200 Years of Migration and Citizenship Law*, Cambridge, University Press.
- ALARCÓN, Yasna y BALCELLS, María Elvira, 2017: “Enfermedades infecciosas y migración. Una responsabilidad compartida”, *ARS MEDICA Revista de Ciencias Médicas*, vol. 42, n° 2, pp. 4-6.
- ALEXY, Robert, 2017: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- ARMAS MERINO, Rodolfo; CABIESES, Báltica; WOLFF, Marcelo; NORERO, Colomba; RODRÍGUEZ, José A., y REYES, Humberto, 2018: “Salud y proceso migratorio en Chile”, *Anales del Instituto de Chile*, vol. XXXVII, pp. 131-162.
- CABIESES VALDÉS, Báltica, 2019: “Salud y migración: un proceso complejo y multidimensional”, en Rojas Pedemonte, Nicolás y Vicuña, José Tomás (editores), *Migración en Chile: Evidencia y mitos de una nueva realidad*, Santiago, LOM, pp. 143-169.
- CABIESES, Báltica; LIBUY, Matías y DABANCH, Jeanette, 2019: *Hacia una comprensión integral de la relación entre migración internacional y enfermedades infecciosas*, Santiago, Colegio Médico de Chile.
- CHETAIL, Vincent, 2012: “Sources of international migration law”, en Opeskin, Brian; Perruchoud, Richard y Redpath-Cross, Jillyanne (editores), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, University Press, pp. 56-91.
- CHETAIL, Vincent, 2019: *International Migration Law*, Oxford, University Press.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIAS y RELATOR ESPECIAL SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS DE LOS MIGRANTES ONU, 2020: *Nota de Orientación conjunta acerca de los impactos de la pandemia del Covid-19 sobre los derechos humanos de las personas migrantes*. Versión digital disponible en: https://www.ohchr.org/Documents/Issues/Migration/CMWSPMJointGuidanceNoteCovid-19Migrants_SP.pdf
- DE VATTEL, Emer, 2008: *The Law of Nations*, Carmel, Liberty Fund Inc.

- KRAUT, Alan M., 2010: "Immigration, Ethnicity, and the Pandemic", *Public Health Rep.*, 125 (Supplement 3), pp. 123-133.
- LEE, Erika, 2019: *America for Americans. A History of Xenophobia in the United States*, New York City, Basic Books.
- MARIA IACUS, Stefano; SANTAMARIA, Carlos; SERMI, Francesco; SPYRATOS, Spyros; TARCHI, Dario y VESPE, Michele, 2020: "Human mobility and Covid-19 initial dynamics", *Nonlinear Dyn.*, 101, pp. 1901-1919.
- MARTÍN MARTÍNEZ, Magdalena M., 2014: "Límites a la libre circulación de personas en la UE por razones de orden público, seguridad o salud pública en tiempos de crisis: una reevaluación a la luz de la jurisprudencia del TJUE", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 49, pp. 767-804.
- MILLER, David, 2007: *National Responsibility and Global Justice*, New York: Oxford University Press.
- MINISTERIO DE SALUD, 2018: "Informe Final Estudio Licitación Sistematización y Evaluación del Piloto Nacional de Salud de Inmigrantes", en Cabieses, Báltica; Alarcón, Alex; Astorga, Sofía; Bernales, Margarita y Martínez, Félix (editores), *Interculturalidad*, Santiago, Organización Internacional para las Migraciones y Universidad del Desarrollo.
- ODA, Shigeru, 1973: "El individuo en el derecho internacional", en Sorensen, Max (editor), *Manual de derecho internacional público*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica, pp. 451-505.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2020: *Covid-19 y los derechos de los migrantes: Guía*. Versión digital disponible en: <https://reliefweb.int/node/3708267>
- ONU SIDA, 2019: *Hoja Informativa – Día Mundial del SIDA 2019: Últimas estadísticas sobre el estado de la epidemia del SIDA*. Versión digital disponible en: <https://www.unaids.org/es/resources/fact-sheet>.
- ONU SIDA y OIM, 2004: *UNAIDS/IOM Statement on HIV/AIDS-related travel restrictions*. Versión digital disponible en: https://www.iom.int/jahia/webdav/site/myjahiasite/shared/shared/mainsite/activities/health/UNAIDS_IOM_statement_travel_restrictions.pdf.
- ONU SIDA y PNUD, 2019: *Comunicado de Prensa: ONUSIDA Y PNUD hacen un llamamiento en 48 países y territorios para retirar todas las restricciones de viaje relacionadas con el VIH*. Versión digital disponible en: https://www.unaids.org/es/resources/presscentre/pressreleaseandstatementarchive/2019/june/20190627_hiv-related-travel-restrictions.
- OMS, 2015: *Migration and health: key issues*. Versión digital disponible en: <https://www.euro.who.int/en/health-topics/health-determinants/migration-and-health/migration-and-health-in-the-european-region/migration-and-health-key-issues#:~:text=The%20most%20frequent%20health%20problems,migrants%20frequently%20face%20specific%20challenges%2C>.
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, Gregorio, 1995: *Curso de Derechos Fundamentales. Teoría General*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid. Boletín Oficial del Estado.
- PERRUCHOUD, Richard, 2012: "State sovereignty and freedom of movement", en Opeskin, Brian; Perruchoud, Richard y Redpath-Cross, Jillyanne (editores), *Foundations of International Migration Law*, Cambridge, University Press, pp. 123-151.
- SOMERVILLE, Margaret A., y WILSON, Sarah, 1998: "Crossing Boundaries: Travel, Immigration, Human Rights and AIDS", *Revue de droit de McGill*, Vol. 43, pp. 781-834.
- SONG, Sarah, 2019: *Immigration and Democracy*, New York: Oxford University Press.
- TORPEY, John C., 2018: *The Invention of the Passport: Surveillance, Citizenship and the State*, Cambridge, University Press.
- VACAS FERNÁNDEZ, Félix, 2017: *El Derecho Migratorio Internacional y Europeo, como límite desde los derechos humanos a la discrecionalidad de los Estados en materia migratoria*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- VÁSQUEZ-DE KARTZOW, Rodrigo, 2009: "Impacto de las migraciones en Chile. Nuevos retos para el pediatra. ¿Estamos preparados?", *Revista Chilena de Pediatría*, vol. 80, n° 2, pp. 161-167.
- WHELAN, Frederick, 1988: "Citizenship and Freedom of Movement: An Open Admissions Policy?" en Gibney, Marc (editor), *Open Borders? Closed Societies? The Ethical and Political Issues*, Londres: Greenwood Press, pp. 3-39.
- WELLMAN, Christopher Heath, 2008: "Immigration and Freedom of Association," *Ethics*, n° 119, pp. 109-141.
- WINSTON, Sussana E., y BECKWITH, Curt G., 2011: "The Impact of Removing the Immigration Ban on HIV-Infected Persons", *AIDS Patient Care and STDs*, vol. 25, n° 12, pp. 709-711.
- WOLFF, Marcelo, 2017: "Epidemiología nacional de las enfermedades infecciosas e impacto de la inmigración: ¿qué está pasando?", *Conferencia pronunciada en Sesión Ordinaria de la Academia Chilena de Medicina*, 8 de noviembre de 2017.

Normas jurídicas citadas

- REGLAS Internacionales para la Admisión y Expulsión de Extranjeros, adoptadas por el Instituto de Derecho Internacional el 9 de septiembre de 1892.
- UNITED States of America Immigration Act, aprobada el 5 de febrero de 1917.
- LEY N° 48 de 1920 sobre inmigración y extranjería (Colombia), aprobada el 3 de noviembre de 1920.
- LEY N° 4145/1920 sobre extranjeros peligrosos (Perú), aprobada el 21 de septiembre de 1920.
- DECRETO N° 4.247 que regula la entrada de extranjeros en el territorio nacional (Brasil), aprobado el 6 de enero de 1921.
- ACTA Final de la Conferencia Internacional sobre Emigración e Inmigración de Roma, aprobada en las sesiones del 30 y 31 de mayo de 1924.
- TRATADO de Funcionamiento de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de enero de 1957.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos, adoptado el 16 de diciembre de 1966.
- PROTOCOLO N° 4 al Convenio Europeo de Derechos Humanos, en vigor desde el 2 de mayo 1968.
- CONVENCIÓN Americana de Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.
- CONVENCIÓN Internacional para la Protección de Todos los Derechos de los Trabajadores Migratorios y sus Familias, adoptada el 18 de diciembre de 1990.
- TRATADO de la Unión Europea, en vigor desde el 1 de noviembre de 1993.
- ACUERDO de Residencia para Nacionales de los Estados Parte y Asociados del Mercado Común del Sur, adoptado el 5 de julio de 2002.
- DIRECTIVA 2004/38/CE relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros, adoptada el 29 de abril de 2004.
- REGLAMENTO Sanitario Internacional, adoptado el 23 de mayo de 2005.
- REGLAMENTO (CE) 1987/2006 relativo al establecimiento, funcionamiento y utilización del Sistema de Información de *Schengen* de segunda generación (SIS II), adoptado el 20 de diciembre de 2006.
- LEY N° 18.250 de Migración de Uruguay, publicada en el Diario Oficial el 17 de enero de 2008.
- REAL Decreto 557/2011 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009, aprobado el 20 de abril de 2011.
- REGLAMENTO (UE) 2016/399 por el que se establece un Código de normas de la Unión para el cruce de personas por las fronteras, adoptado el 9 de marzo de 2016.
- UNITED Kingdom Immigration Rules, HC 395, publicada el 25 de febrero de 2016.

LEY de Migraciones del Perú (Decreto Legislativo N° 1350), publicada el 7 de enero de 2017.

LEY Orgánica de Movilidad Humana del Ecuador, publicada el 6 de febrero de 2017.

DECRETO Supremo N° 104, que declara Estado de Excepción Constitucional de Catástrofe, por calamidad pública, en el territorio de Chile, publicado el 18 de marzo de 2020.

LEY N° 21.325 de Migración y Extranjería de Chile, publicada en el Diario Oficial el 20 de abril 2021.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 2 de febrero de 1997, D. v. Reino Unido.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, informe de 25 de julio de 2008, Andrea Mortlock v. Estados Unidos.

PARLAMENTO Europeo, Resolución sobre el VIH/SIDA: “Diagnóstico y tratamiento precoces”, adoptada el 12 de noviembre de 2008.

ORGANIZACIÓN Internacional del Trabajo, recomendación de 17 de junio de 2010, n° 200 sobre el VIH y el SIDA.

TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia de 10 de marzo de 2011, Kiyutin v. Rusia.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 19 de mayo de 2011, Vera Vera y otra v. Ecuador.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14 de 19 de agosto de 2014.

COMISIÓN de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Comentario adoptado el 2017 sobre Solicitud Directa de Guyana en relación al Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes.

COMISIÓN de Expertos en la Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT, Comentario adoptado el 2019 sobre Solicitud Directa de Bélize en relación al Convenio N° 97 sobre trabajadores migrantes.

La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria

Juan Carlos Ferrada Bórquez*
Karina Uribe Peña**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto identificar y precisar el concepto/principio de reunificación familiar como un límite a los poderes de la Administración del Estado en materia de migración y extranjería. Así, a partir de una revisión de las normas internacionales y de la jurisprudencia de tribunales supranacionales en materia de derechos humanos, se otorga un contenido a este principio, identificando algunos criterios que se han aplicado en este ámbito. Ello sirve de base para analizar la legislación y la jurisprudencia chilena al respecto constatando como se ha venido aplicando progresivamente, llegando ahora a tener un pleno reconocimiento en el derecho interno, tanto en materia de protección de los refugiados como en la legislación de migración y extranjería en general.

Extranjería; reunificación familiar; Poderes del Estado

The “family reunification” as a concept and limit of the administrative powers of the State of Chile in immigration matters

ABSTRACT

The purpose of this paper aims to identify and specify the concept/principle of family reunification as a limit to the powers of the State Administration in migration matters. Based on a review of international standards and the jurisprudence of Supranational Courts on human rights it is possible identify some criteria that have been applied in this area giving content to this principle. This analysis serves as the basis for analyzing Chilean legislation and jurisprudence in this topic, noting how it has been progressively applied, having now full recognition in domestic law, both in terms of refugee protection and migration legislation in general.

Immigration; family reunification; State powers

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0699-7182>. Correo electrónico: juancarlos.ferrada@uv.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso. Magíster en Derecho, Universidad de Minnesota, Estados Unidos. Profesora de Derecho Internacional Público, Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2633-6525>. Correo electrónico: karina.uribe.p@gmail.com

El trabajo enviado es parte del proyecto de investigación FONDECYT N° 1180197, titulado “Reconocimiento y protección de los derechos de las personas migrantes en Chile: desafíos y perspectivas para el Derecho Migratorio”, del que uno de los autores es coinvestigador.

Artículo recibido el 25.2.2021 y aceptado para su publicación el 16.8.2021.

INTRODUCCIÓN

La “reagrupación familiar”, antes de la dictación de la Ley 21.325 de Migración y Extranjería, ha aparecido en nuestro ordenamiento jurídico, principalmente por boca de la jurisprudencia, como un concepto relevante para la interpretación y aplicación de la legislación migratoria. Así, su invocación y concurrencia se configuró, a menudo, como un límite al ejercicio de los poderes o atribuciones de la Administración del Estado, impidiendo la expulsión de extranjeros del país, no obstante haber infringido la ley de extranjería o penal, en su caso, o excepcionalmente autorizando su ingreso al país.

No obstante, probablemente por la falta de una regulación interna —excepción hecha de la Ley 20.430 sobre protección a los refugiados y de la Circular Nº 95 del Ministerio de Relaciones Exteriores y sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales—, la aplicación que se realiza de este concepto por los tribunales de justicia no aparece definido con claridad, haciéndose una utilización puntual y no sistemático del mismo. En este contexto, en este trabajo pretendemos analizar la forma cómo ha sido reconocido este principio en el derecho chileno y los criterios que inciden o deberían incidir en su aplicación, sobre todo después de que entre en vigencia la Ley 21.325.

La hipótesis de trabajo que formulamos en este sentido es que la “reagrupación familiar” se ha utilizado en nuestro derecho, antes de la dictación de la Ley 21.325, como un principio relevante, especialmente en la revisión judicial de las medidas expulsivas dispuestas por la autoridad, pero sin llegar a configurar un límite estricto, claro y preciso a los poderes del Estado en esta materia.

A estos fines, este trabajo se estructura en cinco apartados. En el primero se analizará los antecedentes del concepto de “reagrupación familiar” en el derecho internacional; en el segundo se estudia en particular la “reagrupación familiar” en los tratados y jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos; en el tercero se analiza el reconocimiento y aplicación que ha tenido este concepto en el derecho chileno; en el cuarto se estudia cómo se regula este concepto en la nueva ley migratoria; finalmente, en el quinto, se formulan algunas conclusiones.

I. LOS ANTECEDENTES DEL CONCEPTO DE “REAGRUPACIÓN FAMILIAR” EN EL DERECHO INTERNACIONAL

A nivel internacional la Declaración Universal de Derechos Humanos¹, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos² y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales³ reconocen la importancia de la unidad familiar como

¹ Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

² Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>

³ Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

núcleo de especial protección y apoyo de los Estados⁴. Algo similar ocurre en el ámbito americano, en que la protección de la familia aparece mencionada en forma expresa en la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante, CADH), identificando a la familia como “el elemento natural y fundamental de la sociedad y que debe ser protegida por la sociedad y el Estado” (artículo 17.1 de la CADH)⁵.

Sin embargo, el concepto mismo de familia no es estático, sino que su contenido varía en relación a las prácticas sociales imperantes, abarcando hoy situaciones o supuestos distintos a los tradicionalmente previstos. En este sentido, como señala Viera, “el concepto de familia se ha ampliado y en esa amplificación mucho tiene que ver la opción de modelos familiares que surgen al alero de los hechos (mujeres solas con sus hijos), nuevos modelos familiares (construir un núcleo basado en los afectos que no tiene al matrimonio como referente) o la unión de parejas del mismo sexo”⁶.

En este mismo sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, CIDH), ha señalado que “la definición de familia no debe restringirse por la noción tradicional de una pareja y sus hijos, pues también pueden ser titulares del derecho a la vida familiar otros parientes (...) siempre que tengan lazos cercanos personales”⁷. Esto tiene especial relevancia en el ámbito migratorio, en que los “lazos familiares” pueden haberse constituido entre personas que no necesariamente sean jurídicamente parientes y, en consecuencia, el Estado tiene la obligación de determinar en cada caso la constitución del núcleo familiar⁸. En la misma línea, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante, TEDH) ha abandonado también el concepto tradicional de familia, construido a partir del matrimonio, incorporando otras relaciones familiares fácticas, cuestión que se ha replicado en el derecho europeo que también recoge una visión amplia de lo que debe entenderse por familia⁹.

Precisamente, este concepto amplio de familia es el que toman como referencia los tratados internacionales para proteger la unidad familiar, disponiendo compromisos para los Estados, independientemente de la existencia o no de matrimonio legal. En este sentido, la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (en adelante, la CITM), señala como un derecho de los trabajadores migratorios la reunión con sus cónyuges o con aquellas personas que mantengan una relación que produzca efectos equivalentes al matrimonio, al igual que con sus hijos solteros menores de edad que estén a su cargo, debiendo los Estados partes tomar las medidas que estimen apropiadas para facilitar esta (artículo 44)¹⁰.

⁴ CORTÉS, 2004, p. 29

⁵ Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm

⁶ VIERA, 2015, p. 37

⁷ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, pp. 102 y 103.

⁸ Ídem.

⁹ PRESNO, 2008.

¹⁰ Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>

Este derecho a la “reunión familiar” también aparece reconocido en la Convención de los Derechos del Niño (en adelante, CDN), cuyo artículo 10.1 señala precisamente que es un derecho del niño/a solicitar la reunión de la familia, a su petición o la de sus padres con el fin de entrar a un Estado o salir de él, debiendo este evaluar dicha solicitud de manera positiva, humanitaria y expeditiva, con la única limitación de no afectar el interés superior del niño¹¹.

Ahora bien, tanto la CITM como la CDN disponen que este derecho a la “reunión familiar” o “reunificación familiar” corresponde a los trabajadores migratorios y sus familiares, estén documentados o se encuentren en situación irregular. Así, tal como lo ha reconocido el informe del Relator Especial de Naciones Unidas en esta materia¹², el derecho a que la familia permanezca unida alcanza incluso a los adultos implicados en procedimientos de deportación, lo que también es consecuencia de la protección de los derechos de los niños afectados por la medida administrativa.

Recientemente, este principio aparece recogido también en el Pacto Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular de 2018¹³, estableciendo dentro del Objetivo 5, relativo a “Aumentar la disponibilidad y flexibilidad de las vías de migración regular”, “facilitar el acceso a los procedimientos de reunificación familiar para los migrantes, sea cual sea su cualificación, con medidas apropiadas que promuevan la realización del derecho a la vida familiar y el interés superior del niño, incluso examinando y revisando los requisitos aplicables, como los relativos a los ingresos, el dominio del idioma, la duración de la estancia, la autorización para trabajar y el acceso a la seguridad y los servicios sociales” (letra i).

En este sentido se puede concluir que, en el ámbito internacional, la “reunión familiar” o “reunificación familiar”, en importante medida, es entendida como un derecho de los niños/as que se hace exigible a los Estados, tanto de origen como de destino¹⁴. Esto se expresa en obligaciones jurídicas para los Estados no solo de abstenerse de ejecutar medidas que infrinjan los derechos del menor, sino también que garanticen estos. Esto se manifiesta, por una parte, en el deber de dar protección y asistencia a los menores no acompañados o separados de su familia; y, por otra, en adoptar medidas preventivas de la separación (en particular, la aplicación de salvaguardias en caso de evacuación).

Tratándose de la ponderación de este derecho en relación con el país de origen del niño/a, este aparece ligado al principio de no devolución de niños/as no acompañados, basado en que solo deben ser repatriados los menores si ello redundaría en su interés, es decir, con el objeto de contribuir a la reunificación familiar y con las debidas garantías procesales, incluidos sus derechos a ser oídos y a tener un tutor y un representante legal¹⁵. De esta manera, si no es posible la reunión familiar en el país de origen, ya sea

¹¹ Disponible en https://www.unicef.org/chile/media/3176/file/convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf

¹² Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2009.

¹³ Disponible en <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>.

¹⁴ Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2009.

¹⁵ Idem.

por cuestiones fácticas o jurídicas, este derecho deberá hacerse efectivo en el Estado de acogida, y su aplicación deberá ser atendida por los Estados Parte de manera positiva, humana y rápida, sea que la solicitud se presente por un niño/a o por sus padres para entrar en un Estado o salir de él con fines de reunificación familiar, permitiendo su regularización¹⁶.

Como ya se adelantó, un principio clave en la interpretación de este derecho, desde la perspectiva de los niños afectados, es el "interés superior del niño", el que es un factor a considerar a la hora de adoptar medidas por las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos (artículo 3.1 de la CDN). Este principio es una de las normas generales de la Convención, teniendo un contenido dinámico y cuyos alcances precisos debe evaluarse caso a caso¹⁷, pero que es posible atribuir desde ya un triple alcance: (a) un derecho sustantivo que exige una consideración primordial al momento de sopesar los distintos intereses en juego; (b) un principio jurídico interpretativo fundamental, prevaleciendo siempre aquella que satisfaga de manera más efectiva dicho interés; y (c) una norma de procedimiento, lo que implica que en el proceso de adopción de la decisión deberá incluirse una estimación de las posibles repercusiones en el niño, lo que deberá hacerse respetando las garantías procesales¹⁸.

El Comité de los Derechos del Niño ha señalado que la obligación de aplicar este principio es de naturaleza jurídica y debe entenderse en un sentido amplio, es decir, se aplica tanto a las medidas directas como indirectas que pudieran afectarle al niño/a en el ejercicio de sus derechos¹⁹. De esta manera, a la hora de tomar una decisión que los afecte, deben seguirse dos pasos: la evaluación y la determinación del interés superior. La primera de ellas consiste en valorar todos los elementos necesarios para tomar una decisión acerca de un niño en concreto y requiere su participación; la segunda implica la existencia de un proceso estructurado y con garantías estrictas para determinar este interés superior.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que un Estado, a la hora de aplicar las normas migratorias, debiera tener en especial consideración el interés superior del niño como principio central en esta materia, en particular cuando se invoque el derecho a la reunificación familiar. Además, tendrá también aplicación el principio de precaución, que exige valorar la posibilidad de riesgos y daños futuros y otras consecuencias de la decisión, de tal manera que se entienda de forma clara y precisa el procedimiento para llegar a la decisión.

Por último, es importante tener presente que tanto los padres como los niños/as tienen el mismo derecho de exigir al Estado para unirse con los otros. De este modo, no se satisface el derecho si el niño/a está con uno solo de los padres, en el caso de una

¹⁶ Naciones Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2018.

¹⁷ Naciones Unidas: Comité de los Derechos del Niño, 2013.

¹⁸ Idem

¹⁹ Idem

familia en que convivían ambos padres. Así, el niño/a tiene derecho a estar con ambos padres, y ellos tienen el derecho y la responsabilidad de criarlo²⁰.

II. LA “REAGRUPACIÓN FAMILIAR” EN LOS TRATADOS Y JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES DE DERECHOS HUMANOS

Como quedó en evidencia, la “reunión o reagrupación familiar” encuentra reconocimiento en el derecho internacional como un principio y un valor relevante. Sin embargo, no existe un tratado específico de derechos humanos en relación con los migrantes en esta materia, sino que sus derechos son expresión de los derechos humanos que tiene reconocidas todas las personas, aunque con la singularidad que exige la situación para una protección especial y adicional.

Así, en el ámbito regional europeo, la Convención Europea de Derechos Humanos (en adelante, CEDH) reconoce la existencia de los lazos familiares como límites a la actuación del Estado. Al efecto, el artículo 8º de la Convención dispone que las personas tienen derecho a la vida privada y familiar, y la autoridad pública no podrá interferir en ella, salvo previsión legal fundada en finalidades específicas, como la seguridad nacional o la protección de la salud, entre otras. Se suman a lo anterior, la Carta Social Europea, cuyo artículo 19 establece la obligación de los Estados Partes a facilitar el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio²¹, y el Convenio Europeo de 1977 relativo al Estatuto del Trabajador Migrante, que en su artículo 12 reconoce a la “reagrupación familiar” como uno de sus principios esenciales, en términos de habilitar al cónyuge del trabajador migrante y sus hijos no casados a unirse con él²².

Por su parte, a nivel americano, la CIDH reconoce este derecho como parte de un *corpus iuris* de la niñez, cuyo antecedente se encontraría en el artículo 19 de la CADH²³. Ello se ve complementado con lo dispuesto en la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁴ y, particularmente, con el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–, cuyos artículos 15 y 16 reconocen el derecho a la constitución y protección de la familia; y el derecho de los niños y niñas a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres, salvo circunstancias excepcionales, respectivamente.

²⁰ KHAN, 2011, p. 11.

²¹ Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013>

²² Disponible en https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Documentation/Legal_texts/093_Convention_Legal_Status_Migrant_Workers_sp.pdf

²³ El artículo 19 de la CADH señala: “Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

²⁴ El artículo VII de la Declaración señala: “Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tienen derecho a protección, cuidados y ayuda especiales”.

No obstante lo expuesto, para analizar con mayor profundidad esta materia, es preciso distinguir entre derecho a la vida o unidad familiar y reagrupación familiar. El primero –derecho a la vida familiar– hace referencia al mantenimiento de la unidad familiar²⁵, entendiéndola en términos amplios y no limitada solo a la familia nuclear (padre, madre, hermanos/as), sino al espacio o lugar en el que se desenvuelve el niño/a, y que representa el lugar en el que se siente seguro y se dan las condiciones que le permitan un desarrollo más pleno en el ejercicio y goce de sus derechos²⁶. El segundo –la reagrupación familiar–, apunta a propender que una familia que ha sido separada se pueda volver a reunir. En este sentido, la Directiva 2003/86/CE del Consejo de la Unión Europea define la reagrupación familiar como “la entrada y residencia en un Estado miembro de los miembros de la familia de un nacional de un tercer país que resida legalmente en dicho Estado miembro con el fin de mantener la unidad familiar, con independencia de que los vínculos familiares sean anteriores o posteriores a la entrada del reagrupante”²⁷.

Ambos conceptos, si bien apuntan a cuestiones distintas, están intrínsecamente conectados, ya que como lo ha entendido el Alto Comisionado de las Naciones Unidas Para los Refugiados, “el impedimento a la reunificación familiar puede ser considerado como una interferencia al derecho a vivir en familia o a la unidad familiar, especialmente cuando la familia no tiene posibilidades reales de disfrutar de este derecho en otro lugar”²⁸. Esto último tiene vital importancia tratándose de los refugiados, pues el principio de reunificación familiar está estrictamente vinculado a las normas de carácter humanitario.

No obstante lo señalado anteriormente, el sistema interamericano reconoce y acepta la posibilidad de expulsión o deportación²⁹, como una facultad legítima de los Estados en el marco de sus políticas migratorias, siempre que ello se ajuste a intereses legítimos³⁰. Así, el Estado parte deberá ponderar los intereses en juego y ajustarse a los parámetros bajo los cuales la interferencia en la vida familiar no resulte arbitraria ni abusiva y, por ende, su restricción sea legítima³¹. En este sentido, el Estado deberá hacer un justo equilibrio o ponderación entre los intereses de la persona (interés individual) y los de la sociedad en su conjunto (interés general), contando el Estado para ello con cierto margen de apreciación, el que varía en función de la naturaleza de las cuestiones en litigio y la gravedad o importancia de los intereses en juego³².

Para efectos de ponderar ambos intereses, la CIDH ha establecido que “el Estado tiene la obligación de realizar una adecuada y rigurosa ponderación entre la protección

²⁵ KHAN, 2011, p. 7

²⁶ ORTEGA, 2017, p. 125.

²⁷ Disponible en <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:es:PDF#:~:text=El%20objetivo%20de%20la%20presente,territorio%20de%20los%20Estados%20miembros.>

²⁸ KHAN, 2011, p. 8

²⁹ Para efectos de este artículo se utilizará la expulsión o deportación como sinónimos en el sentido adoptado por la CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*.

³⁰ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 104.

³¹ Ídem, p. 100

³² OTAEGUI, 2017, p. 127

de la unidad familiar y los intereses estatales según cada caso concreto”, lo que se entenderá cumplido cuando la medida esté prevista en ley y cumpla con los requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad³³. Así, deberá ponerse especial atención a la circunstancia de que, dentro del universo de medidas posibles, no exista otra que sea igualmente efectiva y que resulte menos gravosa respecto del derecho del niño/a a la protección de la familia y, en particular, al mantenimiento de la unidad familiar, debiendo contemplar medidas alternativas a la expulsión que faciliten la unidad familiar y la regularización migratoria³⁴.

A mayor abundamiento, la CIDH ha señalado que el Estado tendrá que evaluar las circunstancias particulares de las personas a quienes afectará la decisión del Estado de separar a la familia, entre las que destaca: (a) la historia inmigratoria, el lapso temporal de la estadía y la extensión de los lazos del progenitor o de su familia con el país receptor; (b) la consideración acerca de la nacionalidad, guarda y residencia de los hijos de la persona que se pretende expulsar; (c) el alcance de la afectación que genera la ruptura familiar debido a la expulsión, incluyendo las personas con quienes vive el niño/a, así como el tiempo que ha permanecido en esta unidad familiar, y (d) el alcance de la perturbación en la vida diaria del niño/a si cambiara su situación familiar debido a la medida de expulsión de una persona a cargo de este, ponderando estrictamente dichas circunstancias a la luz del interés superior del niño/a en relación con el interés público que se busca proteger³⁵.

En términos análogos, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que no es aceptable, sin más, la aseveración de un Estado del “peligro que una persona representa” para decretar su expulsión (por ejemplo, para prevenir delitos o disturbios), sino que debe estar motivada en una “necesidad social urgente” que tenga preponderancia por el interés de mantener la unidad familiar³⁶. De este modo, si la expulsión de un extranjero provoca la separación de una familia, el Estado deberá dar una justificación sólida de su interés en expulsar a esa persona del territorio³⁷.

Así entonces, en el sistema europeo de derechos humanos el Estado puede afectar el derecho de una persona a la vida familiar, en la medida que existan razones suficientes que legitimen su actuación³⁸ y se encuadren en la cláusula de “orden público” contemplada en el artículo 8 de la CEDH³⁹. Estas dos condiciones son, por cierto, copulativas, y el Estado deberá acreditarlas para que se entienda como una medida justificada.

En este marco y, de acuerdo con lo sostenido por el TEDH, las condiciones antes referidas se analizan y se construyen de la siguiente manera. En primer lugar, debe

³³ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 104.

³⁴ Ídem, p. 105

³⁵ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, pp. 104 y 105.

³⁶ JASTRAM, 2003, pp. 185-201.

³⁷ Ídem, p. 274

³⁸ OTAEGUI, 2017, p. 127

³⁹ Ídem, p. 128

acreditarse que la injerencia está contemplada en la ley⁴⁰. Luego, la medida debe perseguir un fin legítimo y que, conforme con el artículo 8° del CEDH, estaría dado por las causales de seguridad nacional, seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o la moral, o la protección de los derechos y libertades de terceros⁴¹. En tercer lugar, la medida debe ser considerada necesaria en una sociedad democrática y los principios y valores que le dan forma⁴². Finalmente, debe existir una relación de proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido, debiendo comprobarse si los motivos alegados por el Estado son pertinentes y suficientes –proporcionales– para conseguir uno de los fines legítimos ya mencionados⁴³.

Incluso, en caso que la persona a deportar hubiere cometido un delito, el TEDH ha señalado que deberá considerarse la gravedad del delito cometido; el tiempo transcurrido desde la comisión del mismo y el comportamiento de la persona durante ese período; la nacionalidad de las distintas personas afectadas; su situación familiar, por ejemplo, el tiempo que lleva casado; otros factores que demuestren que ha vivido verdaderamente en familia; y si el matrimonio tiene hijos y, de ser así, la edad de los mismos⁴⁴.

En definitiva, como lo indica la CIDH, cualquier órgano administrativo o judicial que deba decidir acerca de la separación familiar por expulsión motivada por la condición migratoria de uno o ambos progenitores debe, utilizando la ponderación, contemplar las circunstancias particulares del caso concreto y garantizar, del mismo modo, una decisión individual. Además, de haber niños o niñas involucrados, los Estados deben asegurar el derecho de estos a ser oídos, en función de su edad y madurez, y que su opinión sea debidamente tenida en cuenta para determinar si hay una alternativa más apropiada a su interés superior y, con mayor razón, cuando el niño/a es nacional del país receptor y uno o ninguno de sus padres lo es⁴⁵. En este contexto, un ámbito en que la “reunificación familiar” adquiere una particular relevancia en el plano internacional es en la protección de los niños/as. Así, la CIDH señala que la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño/a y el ejercicio de sus derechos, siendo el Estado el principal órgano llamado a apoyarla y fortalecerla, con el objeto de preservar y favorecer la permanencia de aquel en su núcleo familiar. Solo excepcionalmente y, por razones determinantes, se admite esta separación del niño/a de su familia, pero siempre de manera extraordinaria y preferentemente temporal, en función del interés superior de aquel⁴⁶.

⁴⁰ El TEDH ha establecido en esta materia que ello implica tres elementos. Primero, que la ley tenga una base de derecho interno. Segundo, que la ley debe ser precisa y contener medidas de protección contra la arbitrariedad de los poderes públicos. Y tercero, que la ley sea lo suficientemente accesible. Ver, en este sentido, *Sunday Times c. Reino Unido*.

⁴¹ OTAEGUI, 2017, p. 131

⁴² Ver, en este sentido, TEDH, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros c. Turquía*, 30.1.1998.

⁴³ OTAEGUI, 2017, p. 133

⁴⁴ Ídem, p. 277

⁴⁵ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 106.

⁴⁶ CIDH, *Opinión Consultiva OC- 17/2002*, párrafo 137.

En concordancia con dicho deber, “toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”⁴⁷. En este sentido, el Estado no solo debe abstenerse de cometer actos que signifiquen la separación de los miembros de la familia, sino que debe adoptar acciones para mantener la unidad familiar o reunificarla, debiendo presumirse que el permanecer o reunirse con la familia va en beneficio del interés superior del niño⁴⁸. Dicho deber estatal, tratándose de la reunificación familiar, se traduce en una obligación para los Estados de adoptar medidas positivas que promuevan la unidad familiar, con el fin de asegurar el ejercicio y disfrute pleno del derecho a la familia, conforme con lo establecido en los artículos 17 y 18 de la CADH, en relación con los artículos 1.1 y 19 de la misma⁴⁹.

Ahora bien, este desmembramiento o división familiar que afecta a un niño/a puede tener diversas causas, teniendo entre las principales, haber sido dejado en su país de origen por los adultos responsables a su cargo que han migrado a otro país, una separación temporal de estos durante el trayecto a un nuevo destino o que haya sido el propio niño/a quien ha emigrado a otro país de manera autónoma. En estos casos, de ser procedente, se activará el principio de no devolución del migrante, el que no se limita a las personas que solicitan asilo o refugiadas, sino a cualquier persona cuando su vida, su integridad o su libertad estén en riesgo, sin importar su estatus migratorio⁵⁰. No obstante, en el caso que el migrante sea un niño/a ello obliga a una protección reforzada, lo que impone analizar el riesgo de violación de sus derechos con un enfoque de edad y de género, considerando también las condiciones para su desarrollo integral⁵¹.

En este contexto, es evidente que este derecho a la vida familiar se ve alterado o afectado cuando un Estado determina la expulsión o deportación de un extranjero que es progenitor de un niño/a⁵², produciéndose un conflicto entre la política migratoria y el derecho del niño/a a la protección de la familia y, en particular, al disfrute de la vida familiar. Sin embargo, tal y como se señaló antes, el sistema interamericano reconoce y acepta esta posibilidad como una facultad legítima de los Estados⁵³, pero debiendo realizar en este caso la ponderación de los intereses correspondientes.

A nivel europeo, el TEDH al evaluar el interés y el bienestar del menor ha analizado varias circunstancias que son relevantes para la decisión, como las dificultades que los niños/as pueden encontrar en el país de destino; la solidez de los vínculos familiares, sociales, y culturales en el país de destino y de acogida; la gravedad de las dificultades que uno de los miembros de la familia de la persona amenazada con la expulsión puede

⁴⁷ Ídem, párrafo 65.

⁴⁸ CIDH, *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, párrafo 187.

⁴⁹ Ídem

⁵⁰ ORTEGA, 2017, p. 72.

⁵¹ Ídem

⁵² ORTEGA, 2017, p. 73.

⁵³ CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, p. 104.

tener en el país hacia el que será expulsado⁵⁴; el período de residencia; los lazos establecidos por sus familiares más cercanos con el país del que se pretende expulsar; y el intervalo entre la última infracción cometida por la persona respecto de la que se busca su expulsión y la orden de deportación⁵⁵.

En este marco, en *Neulinger y Shuruk c. Suiza*⁵⁶, el TEDH a la hora de evaluar si se vulneraba el derecho a la vida familiar, analizó en qué situación quedaba el niño si retornaba con su madre o seguía viviendo en Suiza, la situación de la madre en caso de retornar a Israel con su hijo y la situación del niño en tal caso. Así, el tribunal hizo un examen exhaustivo del conjunto de la situación familiar, así como de elementos fácticos, afectivos, psicológicos, material y médico, considerando incluso el elemento temporal de la medida.

En suma, tratándose de niños o niñas, la aplicación del principio de reunificación familiar debe considerar de manera íntegra las diversas circunstancias que rodean el caso particular, en atención al principio de interés superior del niño/a, con miras a determinar la mejor solución posible.

III. EL RECONOCIMIENTO DEL PRINCIPIO DE “REAGRUPACIÓN FAMILIAR” EN EL DERECHO CHILENO

Como se sabe, en nuestro derecho, a nivel constitucional, el principio de “reagrupación familiar” no ha tenido una consagración expresa y general hasta ahora, solo contemplándose en materia acerca de protección de refugiados⁵⁷. Sin embargo, la Constitución vigente reconoce a la familia como núcleo fundamental de la sociedad, indicando que es deber del Estado protegerla y propender a su fortalecimiento (artículo 1º). Esto contrasta con lo que ocurre en otras Constituciones más recientes de la región⁵⁸, en que se reconoce expresamente el deber del Estado facilitar o proteger la reunificación familiar como valor o principio constitucional, aunque circunscrito en un caso a sus nacionales.

⁵⁴ OTAEGUI, 2017, p. 312.

⁵⁵ Naciones Unidas: Comisión de Derecho Internacional, 2006, p. 276.

⁵⁶ TEDH, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, 6.7.2010.

⁵⁷ Sin perjuicio de lo que establece la nueva ley de extranjería y migraciones recientemente aprobada (Boletín 8.970-06), a la que se aludirá más adelante.

⁵⁸ El artículo 40.4 de la Constitución de Ecuador de 2008 señala. “Se reconoce a las personas el derecho a migrar. No se identificará ni se considerará a ningún ser humano como ilegal por su condición migratoria. El Estado, a través de las entidades correspondientes, desarrollará entre otras las siguientes acciones para el ejercicio de los derechos de las personas ecuatorianas en el exterior, cualquiera sea su condición migratoria: 4. Promoverá sus vínculos con el Ecuador, facilitará la reunificación familiar y estimulará el retorno voluntario”. Por su parte, el artículo 29 de la Constitución de Bolivia de 2009 dispone: “Se reconoce a las extranjeras y los extranjeros el derecho a pedir y recibir asilo o refugio por persecución política o ideológica, de conformidad con las leyes y los tratados internacionales. II. Toda persona a quien se haya otorgado en Bolivia asilo o refugio no será expulsada o entregada a un país donde su vida, integridad, seguridad o libertad peligran. El Estado atenderá de manera positiva, humanitaria y expedita las solicitudes de reunificación familiar que se presenten por padres o hijos asilados o refugiados”.

No obstante ello, la jurisprudencia chilena, antes de la dictación de la Ley 21.325, a partir de la cláusula constitucional ya citada y los tratados internacionales, ha desarrollado una interpretación cada vez más afianzada de reconocimiento y aplicación de la “reunificación familiar” como principio esencial en esta materia, acogiendo Recursos de Amparo que tienen como fundamento precisamente este principio⁵⁹. En este sentido, la Corte Suprema ha señalado que no puede desatenderse las circunstancias personales y familiares a la hora de aplicar las normas legales en esta materia, teniendo en especial consideración el interés superior de los niños/as y los deberes que imponen los artículos 3.1, 7.1, 8.1 y 9.1 de la CDN y el artículo 1° de la Constitución⁶⁰.

Algo similar ha ocurrido en España, por ejemplo, donde el Tribunal Supremo ha dotado a este principio de “reunificación familiar” una amplitud mucho mayor al contemplado en la propia ley de extranjería, aplicándola a las parejas de hecho, a los hijos mayores de edad, a los ascendientes que no estén a cargo del reagrupante y a otros miembros de la familia⁶¹.

No obstante, para analizar adecuadamente la recepción de este principio en el derecho chileno, parece necesario hacer una distinción entre la regulación migratoria (Decreto Ley N° 1094/1975 y Decreto Supremo N° 597/1984, del Ministerio del Interior) y la dispuesta para los refugiados (Ley 20.430 y Decreto Supremo N° 837/2011, del Ministerio del Interior).

Respecto de la primera –la regulación migratoria vigente hasta la dictación de la Ley 21.325– no existía mención alguna al principio de reunificación familiar. Sin embargo, los vínculos familiares, pero en sentido estricto, se consideraban para el otorgamiento de visas, en particular, la visa para residente oficial, la visa sujeta a contrato y la visa de residencia temporaria, esta última otorgada precisamente al extranjero que acredite vínculos de familia o intereses en el país y cuya residencia sea considerada útil o ventajosa (artículos 19, 23 y 29 del Decreto Ley N° 1094, respectivamente)⁶².

Asimismo, se reconocían estos vínculos familiares a los turistas que deseaban solicitar la residencia o residencia oficial, según procediera, pudiendo acceder a esta nueva condición, el cónyuge de chileno y los padres e hijos de él; el cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación o con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que residían en el país en alguna de las condiciones anteriores; los ascendientes de chilenos; los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización; y el cónyuge y los hijos del extranjero contratado en Chile como profesional, técnico o profesor o que invoque la calidad de refugiado o asilado político (artículo 49 del Decreto Ley N° 1094).

Además, a los tripulantes extranjeros se les reconocía la posibilidad de obtener visación sujeta a contrato o temporaria, según los intereses que acreditaban o los

⁵⁹ Ver, en este sentido, HENRÍQUEZ, 2014, pp. 365-369.

⁶⁰ Corte Suprema, 7.5.2014, rol 10.425-2014.

⁶¹ PÉREZ, 2012, p. 174.

⁶² DELLACASA y HURTADO, 2015, p. 49.

vínculos familiares que hubieren contraído en Chile o con chilenos, siendo esto último un elemento muy relevante para obtener la visa correspondiente (artículo 73 del Decreto Supremo N° 597/1984).

Ahora bien, el mismo Decreto Supremo N° 597/1984 señalaba qué debía entenderse por “vínculos de familia”, haciendo una remisión expresa a los numerales 1, 2, 3 y 4 del artículo 102 del mismo cuerpo reglamentario (artículo 50). En este sentido, “los vínculos de familia” estarían reconocidos solo a: (1) el cónyuge de chileno y los padres e hijos de él; (2) el cónyuge y los hijos del extranjero que resida en el país con alguna visación o con permanencia definitiva, y los padres del extranjero mayor de 18 años que resida en el país en alguna de las condiciones anteriores; (3) los ascendientes de chilenos; y (4) los hijos extranjeros de chilenos por nacionalización.

Como se puede observar, los vínculos familiares –en los términos estrictos que establece este reglamento– aparecían en la legislación migratoria como un antecedente que permitía obtener una visa en Chile. Sin embargo, ello se encontraba asociado a una condición migratoria previa y legal, y en los supuestos específicos reconocidos en la ley y en el reglamento. Aún más, para disponer la expulsión de un extranjero ni la ley ni el reglamento consideraban la situación familiar del afectado y menos aún la “reagrupación familiar” como un principio relevante a tener en cuenta en estos casos (artículos 84 al 90 del Decreto Ley N° 1094 y artículos 167 a 176 del Decreto Supremo N° 597/1984), lo que claramente se alejaba de lo dispuesto en los tratados internacionales y en la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos antes revisada.

No obstante lo expuesto, la jurisprudencia nacional fue mucho más allá, reconociendo de una forma amplia el principio de reunificación familiar como límite a los poderes estatales de expulsión de extranjeros, haciendo aplicación algo desordenada de los criterios elaborados por la CIDH ya revisados⁶³. Así, los tribunales señalaron que no es posible desatender las circunstancias personales y familiares de un extranjero a la hora de disponer su expulsión, debiendo considerarse, entre otras circunstancias, tener a cargo hijos menores de edad nacidos en Chile⁶⁴, más aún cuando estos tienen serios problemas de salud⁶⁵; poseer arraigo familiar en nuestro país⁶⁶; estar su familia vecindada ya en Chile con residencia temporal⁶⁷; mantener una extensa red familiar en el país plenamente integrada social y laboralmente⁶⁸; o haber permanecido por un periodo de tiempo prolongado en nuestro país⁶⁹.

⁶³ Ver, CIDH, *Opinión Consultiva OC-21/2014*, pp. 104 y 105.

⁶⁴ Corte Suprema, 16.12.2020, rol 320-2020.

⁶⁵ Corte de Apelaciones de Copiapó, 21.9.2020, rol 58-2020, confirmada por la Corte Suprema (rol 119.213-2020).

⁶⁶ Corte Suprema, 1.9.2020, rol 24.455-2020.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Arica, 5.11.2020, rol 275-2020, confirmada por la Corte Suprema (rol 136.536-2020).

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Iquique, 24.8.2020, rol 133-2020.

⁶⁹ Corte Suprema, 30.6.2014, rol 10.916-2014.

En estos casos, la jurisprudencia nacional ha dado especial relevancia al interés superior del niño como principio fundamental, aplicando directamente la CDN como instrumento jurídico clave para la protección de los niños/as, sin perjuicio de aplicar también otras normas internacionales como la CITM ya mencionada⁷⁰. Así, ante la ausencia de normas legales o reglamentarias que limitaran las potestades de la Administración del Estado para disponer la expulsión de un extranjero, los tribunales de justicia –y especialmente la Corte Suprema–, han recurrido a los tratados internacionales y –sin decirlo– a los criterios fijados por la CIDH en esta materia.

La aplicación de estos criterios jurídicos supranacionales imponía entonces –y así lo señalan expresamente los fallos– una exigencia adicional a la autoridad administrativa chilena, en cuanto elevaban el estándar de motivación de la medida expulsiva, el que de no cumplirse, llevaba a la calificación del acto administrativo de arbitrario o desproporcionado. Así, según la jurisprudencia, solo la existencia de fundadas razones permitiría hacer excepción al deber del Estado de evitar la separación de los niños de sus progenitores y de su familia de origen, salvo claro que ello fuere perjudicial para su desarrollo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 9° de la CDN⁷¹.

En análogo sentido, pero en una materia distinta (otorgamiento de visas), la Corte de Apelaciones de Santiago ha declarado que el rechazo a una solicitud de visa por un extranjero en términos genéricos, sin distinguir y atender la situación particular del peticionario⁷², sobre todo en aquellos casos en que se encuentra separada la familia⁷³ o existe una crisis humanitaria relevante en el país de origen que justifica la petición⁷⁴, no resulta serio, legal ni razonable, incumpliendo la autoridad el estándar de motivación exigido en estos actos⁷⁵. Así, nuevamente, los vínculos familiares y, en concreto, el principio de reunificación familiar condiciona el ejercicio de una potestad de la Administración del Estado en materia migratoria, aun cuando ello no esté reconocido expresamente en el ordenamiento interno.

Además, tratándose de la regulación de refugiados, la Ley 20.430, que establece disposiciones para la protección de refugiados, y su reglamento (Decreto Supremo N° 837/2011, del Ministerio del Interior), señalan expresamente como uno de los principios fundamentales el de la *reunificación familiar*. En particular, el artículo 9° de la Ley 20.430 señala:

“Reunificación Familiar. Tendrán derecho a que se les reconozca el estatuto de refugiado por extensión, el cónyuge del refugiado o la persona con la cual se halle

⁷⁰ Ver, en el mismo sentido, ARELLANO, 2017, p. 29.

⁷¹ Corte Suprema, 1.9.2020, rol 24.455-2020 y 26.4.2018, rol 7501-2018.

⁷² Corte de Apelaciones de Santiago, 4.1.2021, rol 3087-2020.

⁷³ Corte de Apelaciones de Santiago, 21.12.2020, rol 2924-2020.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 1.2.2020, rol 2760-2020.

⁷⁵ No obstante lo expuesto, debe precisarse que la Sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, rol 2760-2020, fue revocada por la Corte Suprema (rol 144.398-2020), por estimar que la materia excede el ámbito de este arbitrio procesal.

ligado por razón de convivencia, sus ascendientes, descendientes y los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela.

El Subsecretario del Interior resolverá, en cada caso, las solicitudes de reunificación familiar, teniendo en cuenta la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales y culturales de sus países de origen.

La reunificación familiar solo podrá ser invocada por el titular de la solicitud de la condición de refugiado y en ningún caso por el reunificado.

No se concederá por extensión protección como refugiado a una persona que resulte excluible, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 16 de la presente ley”.

Como se puede observar, en materia de protección de refugiados, la legislación nacional reconoce el principio de reunificación familiar como un elemento relevante y esencial en la aplicación del estatuto del refugiado, sin necesidad incluso de recurrir a la normativa internacional. Aún más, la regulación nacional amplía la aplicación de este principio, no solo al cónyuge, ascendientes y descendientes del refugiado, sino también a “la persona con la cual se halle ligado por razón de convivencia” y “los menores de edad que se encuentren bajo su tutela o curatela”, lo que es, sin duda, más consistente con la regulación internacional y los criterios fijados por los organismos y tribunales supranacionales de derechos humanos. A tales efectos, la regulación correspondiente señala que la autoridad deberá tener en consideración la existencia de un genuino vínculo de dependencia, así como las costumbres y valores sociales y culturales del país de origen, pudiendo valerse para ello de todos los medios probatorios que sean pertinentes y que deberán ser ponderados por la autoridad administrativa (artículo 11 del Decreto Supremo N° 837/2011).

En este contexto, la jurisprudencia nacional, sobre todo a partir de lo dispuesto en los artículos 3° y 9° de la Ley 20.430, ha declarado que las solicitudes de refugio deben tener en cuenta el principio de reunificación familiar, estableciendo la obligación de la autoridad, en primer lugar, de tramitar la solicitud de refugio, en el caso de encontrarse en algunas de las hipótesis del artículo 9° ya transcrito. En este sentido, como lo ha señalado reiteradamente nuestra Corte Suprema, los funcionarios policiales que controlan el ingreso al territorio nacional, deberán poner de inmediato los antecedentes de la solicitud de refugio en conocimiento de la Comisión respectiva, para efectos de dar una efectiva protección a los derechos reconocidos en instrumentos internacionales, no pudiendo resolver por sí mismos la cuestión planteada⁷⁶.

Como es posible observar, en materia de refugio, la reunificación familiar opera plenamente como un principio esencial que condiciona el ejercicio de los poderes de la autoridad administrativa, no pudiendo decretar sin más la expulsión del extranjero. Así, la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado establecida en el artículo 20 de la Ley 20.430 tiene un rol esencial en esta materia, ya que es el organismo

⁷⁶ Corte Suprema, 4.1.2021, rol 15.849-2020. En el mismo sentido, Corte Suprema, 4.1.2021, rol 154.846-2020 y 21.4.2020, rol 42.786-2020.

encargado de asesorar al Ministerio del Interior y de proveer la información necesaria para decidir respecto del otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado, el que deberá considerar la reunificación familiar como uno de los principios cardinales en esta materia.

Sin perjuicio de lo anterior, a nivel administrativo también el principio de reagrupación familiar ha aparecido reconocido y aplicado por las autoridades chilenas, a propósito de la creación de visas especiales. En este sentido, la denominada “visa consular humanitaria de reunificación familiar para nacionales de Haití”, creada en virtud de la Circular N° 95/2018, del Ministerio de Relaciones Exteriores, tuvo por objeto precisamente reunir a los cónyuges, convivientes civiles, hijos menores de edad e hijos que estudien hasta los 24 años de un nacional haitiano que resida en Chile con alguna visación o permanencia definitiva. Algo parecido ocurre con la visa temporaria para niños, niñas y adolescentes, creada en virtud de la Circular N° 16/2017 del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior, en la que se mencionan los vínculos familiares para efectos de justificar la creación de la misma, aunque sin que llegue a tener la extensión e intensidad que la visa prevista para los haitianos.

IV. EL RECONOCIMIENTO PLENO DEL PRINCIPIO DE REUNIFICACIÓN FAMILIAR EN LA NUEVA REGULACIÓN MIGRATORIA CREADA POR LA LEY 21.325

Como ya se anunció, la nueva ley de migración y extranjería establecida por la Ley 21.325, y cuya entrada en vigor está sujeta a la publicación de su reglamento⁷⁷, señala dentro del catálogo de principios fundamentales de protección, el de reunificación familiar, reconociendo el Estado de Chile que se trata de una prerrogativa/derecho de los extranjeros, por su naturaleza foránea⁷⁸.

Así, el artículo 19 del proyecto de ley, junto con reconocer este principio, entrega un estándar de actuación a los poderes públicos en general, y a la Administración del Estado en particular, estableciendo además su priorización.

En particular, el artículo 19 de la Ley 21.325 señala:

“Reunificación familiar. Los residentes podrán solicitar la reunificación familiar con su cónyuge o con aquella persona que mantenga una relación que, de conformidad con el derecho aplicable, produzca efectos equivalentes al matrimonio, padres, hijos menores de edad, hijos con discapacidad, hijos solteros menores de 24 años que se encuentren estudiando y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría, debiendo el Estado promover la protección de la unidad de la familia.

⁷⁷ Artículo undécimo transitorio. Ahora bien, conforme con el artículo décimo transitorio, el Ministerio del Interior y Seguridad Pública dispone de un año para la dictación del Reglamento de Migraciones desde publicada la ley.

⁷⁸ https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7856/HLD_7856_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

Las solicitudes de reunificación familiar de niños, niñas y adolescentes con extranjeros residentes se tramitarán de manera prioritaria”.

Como se puede observar, la nueva regulación establece dos condiciones para poder ejecutar este principio: (i) que el extranjero solicitante sea residente en Chile⁷⁹; y (ii) que el extranjero solicitante acredite determinados vínculos familiares respecto de quienes pretende la reunificación familiar. Estos vínculos serían el matrimonio o la relación jurídica equivalente; ascendientes del extranjero solicitante; hijos/as menores de edad, hijos/as con discapacidad, hijos/as solteros/as menores de 24 años que se encuentren estudiando; y menores de edad que se encuentren bajo su cuidado personal o curaduría.

En ese sentido, la Ley 21.325 sigue la tendencia de las legislaciones comparadas más modernas que reconocen este principio expresamente, quedando remitido al reglamento el establecimiento de un procedimiento especial que haga efectivo este principio⁸⁰.

Lo anterior no implica, como es evidente, que se consagre en nuestro derecho una visa especial que se funde única y exclusivamente en la reunificación familiar, sino que apunta a que este principio deberá ser considerado a la hora de otorgar visas o de regularizar la situación migratoria en Chile, debiendo tramitarse en forma prioritaria. Aún más, los vínculos familiares aparecen reconocidos como un elemento relevante para el otorgamiento de la residencia temporal (artículo 69), lo que confirma la nueva valoración de este principio en la nueva regulación migratoria.

Asimismo, tratándose de los niños/as, deberá considerarse también por la autoridad el interés superior del niño, el que tiene una mención expresa en la ley y que impone al Estado —concordante con lo establecido en los tratados internacionales y especialmente la CDN— adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños/as, consagrados en la Constitución, las leyes y los tratados internacionales (artículo 4° de la Ley 21.325)⁸¹.

Como se puede observar, en esta nueva regulación migratoria los vínculos familiares se transforman en un elemento que debe guiar la actuación del Estado, lo que se expresa

⁷⁹ Conforme con la nueva ley, la residencia puede ser oficial, temporal o definitiva (artículo 26). La primera opera para los extranjeros que se encuentran en misión oficial reconocida por Chile, y a los dependientes de los mismos (artículo 59). La residencia temporal es la otorgada a los extranjeros que tengan el propósito de establecerse en Chile por un tiempo limitado, en calidad de titular o dependiente (artículo 68, 70 y 74). Por último, la residencia definitiva consiste en el permiso para radicarse indefinidamente en Chile, que autoriza a desarrollar cualquier actividad lícita y a la que pueden aspirar los extranjeros poseedores de un permiso de residencia temporal (artículo 78).

⁸⁰ Ver historia de la ley en https://www.bcn.cl/historiadelay/fileadmin/file_ley/7856/HLD_7856_10fa90c41da2c89d4676c115377312c3.pdf p. 25

⁸¹ El artículo 4° de la Ley 21.325 señala: “Interés superior del niño, niña y adolescente. El Estado adoptará todas las medidas administrativas, legislativas y judiciales necesarias para asegurar el pleno ejercicio y goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, consagrados en la Constitución Política de la República, las leyes y los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes, desde su ingreso al país y cualquiera sea la situación migratoria de sus padres o de los adultos que lo tengan a su cuidado.

Los niños, niñas y adolescentes extranjeros que incurrieren en alguna infracción migratoria, no estarán sujetos a las sanciones previstas en esta ley”.

en ámbitos tan diversos como la creación de las subcategorías migratorias (artículo 70)⁸², la disminución del plazo de residencia para postular a la residencia definitiva (artículo 79)⁸³ o la restricción o limitación de la expulsión de un extranjero (artículo 129)⁸⁴.

Particularmente en este último ámbito –la expulsión de extranjeros–, estos vínculos familiares son un elemento o principio clave en la aplicación de esta medida, ya que deberá considerarse si el extranjero tiene cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva, o si tiene hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando además en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar.

Es evidente que estos elementos condicionan la atribución de la Administración del Estado para dictar medidas expulsivas de un extranjero, no obstante su condición migratoria, lo que está en línea con lo establecido en los tratados internacionales y la jurisprudencia de los tribunales de derechos humanos. Aún más, lo razonable sería sostener que dichos elementos imponen una obligación positiva argumentativa de descartar dicho principio o elemento, en los casos en que se optare por decretar la expulsión de un extranjero, lo que en todo caso puede ser revisado por los tribunales de justicia.

En suma, la unidad familiar se constituye en uno de los pilares de la nueva regulación migratoria, la que debería operar como criterio de actuación y límite de la Administración del Estado y de los demás poderes públicos. La interpretación que se haga de ella por los tribunales chilenos será sin duda clave para la extensión de este principio jurídico, lo que algo ya se ha avanzado en los últimos años.

⁸² El artículo 70 de la Ley N° 21.325 señala: “Subcategorías. Un decreto supremo expedido a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que deberá ser firmado por los ministros que conforman el Consejo que se establece en el artículo 160, y cumplir el trámite de toma de razón por la Contraloría General de la República, definirá la nómina y fijará los requisitos de las subcategorías de residencia temporal. En ningún caso ese decreto supremo podrá afectar los derechos ya adquiridos por poseedores de residencias temporales a la fecha de entrada en vigencia del mismo. Cualquier cambio en las condiciones de una subcategoría migratoria que implique mayores beneficios para los extranjeros que poseían una residencia temporal otorgada con anterioridad dará derecho a optar a dicha categoría a quienes cumplan con los requisitos establecidos para la misma.

En todo caso, dicho decreto deberá comprender, al menos, las siguientes situaciones:

1. Extranjeros que acrediten tener vínculos de familia con chilenos o con residentes definitivos”.

⁸³ El artículo 79 del proyecto de ley dispone: “Postulación de los residentes temporales titulares. Se podrá otorgar la residencia definitiva a los extranjeros titulares de un permiso de residencia temporal que admita su postulación y que hayan residido en el país en tal calidad por a lo menos veinticuatro meses.

El reglamento señalado en el inciso precedente podrá también establecer un plazo de residencia temporal para postular a la residencia definitiva inferior a dos años, pero no menor a uno, en atención a las siguientes circunstancias personales del interesado: 1. Vínculos familiares con nacionales o residentes definitivos”.

⁸⁴ El artículo 129 del proyecto de ley señala: “Consideraciones. Previamente a dictar una medida de expulsión, en su fundamentación el Servicio considerará respecto del extranjero afectado:

5. Tener cónyuge, conviviente o padres chilenos o radicados en Chile con residencia definitiva.

6. Tener hijos chilenos o extranjeros con residencia definitiva o radicados en el país, así como la edad de los mismos, la relación directa y regular y el cumplimiento de las obligaciones de familia, tomando en consideración el interés superior del niño, su derecho a ser oído y la unidad familiar”.

V. CONCLUSIONES

De lo expuesto en las páginas precedentes, estimamos que es posible formular algunas conclusiones finales:

- i. Los vínculos familiares es un elemento relevante en la regulación migratoria, existiendo numerosas normas en tratados internacionales y pronunciamientos jurisprudenciales que reconocen estos y lo configuran como un límite a las potestades de los Estados.
- ii. Una expresión de estos vínculos familiares es el principio de reunión o reagrupación familiar, el que se encuentra ampliamente reconocido en el derecho internacional y operando como un límite a las potestades expulsivas de los Estados, sobre todo derivado del interés superior del niño/a.
- iii. Este principio de reunificación familiar no se encontraba reconocido en nuestra regulación migratoria anterior (Decreto Ley N° 1094), aun cuando nuestra jurisprudencia lo ha reconocido y aplicado, a partir de las normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile.
- iv. Sin perjuicio de lo anterior, el referido principio ya adquirió reconocimiento legal expreso en nuestro derecho en materia de protección a los refugiados (Ley 20.430) y en ciertas regulaciones administrativas específicas, lo que ha permitido un desarrollo jurisprudencial mayor en este ámbito.
- v. La nueva regulación migratoria establecida en la Ley 21.325 ha dado un expreso reconocimiento a la reunificación familiar, formulado como un principio general en esta materia. Ello debería tener un impacto significativo en la interpretación y aplicación de este principio en esta materia, teniendo presente la jurisprudencia ya existente y los criterios establecidos por los organismos internacionales y tribunales supranacionales.

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO Ortiz, Pablo, 2017: *Jurisprudencia y Regulación sobre Derecho Migratorio Chileno. Colección Repertorios*, Santiago: Thomson Reuters.
- CORTÉS Martín, José Manuel, 2004: "Inmigración y derecho a la reunificación familiar en la unión europea: ¿mínimo común denominador de las políticas nacionales?", *Anuario de derecho europeo*, N° 4, 2004, pp. 27-54.
- DELLACASA Aldunate, Francisco José y Hurtado Hernández, José María, 2015: *Derecho Migratorio Chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HENRÍQUEZ Viñas, Miriam, 2014: "El habeas corpus como un recurso idóneo para garantizar la libertad personal de los migrantes. Análisis jurisprudencial (2009-2013)", *Revista Ius et Praxis*, Año 20, N° 1, pp. 365-376.
- JASTRAM, Kate, 2003, "Family Unity" en Aleinikoff, T. Alexander y V. Chetail (eds.), *Migration and International Legal Norms*, La Haya, T.M.C. Asser Press. Citado por Naciones Unidas: Comisión de Derecho Internacional, 2006. *Expulsión de Extranjeros*. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/565>.

- KHAN, Fatima, 2011: "Reunification of the refugee family in South Africa: a legal right?". Disponible en: <http://vlex.com/vid/reunification-of-the-refugee-635141681>.
- NACIONES Unidas: Comisión de Derecho Internacional, 2006. *Expulsión de Extranjeros A/CN.4/565*. Disponible en: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/CN.4/565>.
- NACIONES Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2009. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes. Promoción y protección de todos los derechos humanos, civiles, económicos, sociales y culturales, incluido el derecho al desarrollo*. Disponible en <https://undocs.org/es/A/HRC/11/7>
- NACIONES Unidas: Comité de los Derechos del Niño, 2013. *Observación general Nº 14 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)* Disponible en: <https://www.refworld.org.es/docid/51ef9aa14.html>
- NACIONES Unidas: Consejo de Derechos Humanos, 2018. *Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes*, 2018. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G18/125/20/PDF/G1812520.pdf>
- ORTEGA Velásquez, Elisa, 2017: *Estándares para niños, niñas y adolescentes migrantes y obligaciones del Estado frente a ellos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- OTAEGUI Aizpurua, Idoia, 2017: *La relevancia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en la protección de los derechos del menor*, Madrid: Thomson Reuters Aranzadi.
- PÉREZ Martín, Elena, 2012: "Migraciones internacionales en el espacio de libertad seguridad y justicia: balance de una década", en *Migraciones internacionales en el espacio iberoamericano del siglo XXI* (Ciencias jurídicas y sociales), Madrid. Disponible en: <http://digital.casalini.it/2656560>
- PRESNO Linera, Miguel Ángel, 2008: *El derecho europeo de familia*. Disponible en: https://www.unioviado.es/constitucional/miemb/presno/Derecho_europeo%20de_familia.pdf
- VIERA Álvarez, Christian, 2015: "Las bases de la Institucionalidad del Estado", en *la Constitución chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, LOM, Santiago, pp. 35-55.

Normas jurídicas citadas

- CARTA Social Europea. Disponible en <https://rm.coe.int/168047e013>
- CONVENCIÓN Americana de Derechos Humanos. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm
- CONVENCIÓN de los Derechos del Niño. Disponible en https://www.unicef.org/chile/media/3176/file/convencion_sobre_los_derechos_del_nino.pdf
- CONVENCIÓN Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cmw.aspx>
- CONVENIO Europeo de Derechos Humanos. Disponible en https://www.echr.coe.int/documents/convention_spa.pdf
- CONVENIO Europeo de 1977 relativo al Estatuto del Trabajador Migrante. Disponible en https://www.coe.int/t/dg3/migration/archives/Documentation/Legal_texts/093_Convention_Legal_Status_Migrant_Workers_sp.pdf
- DECLARACIÓN Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. Disponible en https://www.oas.org/dil/esp/declaraci%C3%B3n_americana_de_los_derechos_y_deberes_del_hombre_1948.pdf
- DECLARACIÓN Universal de Derechos Humanos. Disponible en <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

- DIRECTIVA 2003/86/CE del Consejo de la Unión Europea, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar. Disponible en <https://eurlex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2003:251:0012:0018:es:PDF#:~:text=El%20objetivo%20de%20la%20presente,territorio%20de%20los%20Estados%20miembros>.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/ccpr.aspx>
- PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Disponible en <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>
- PACTO Mundial para la Migración Segura, Ordenada y Regular. Disponible en <http://undocs.org/es/A/CONF.231/3>
- LEY N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados, Diario Oficial, 15 de abril de 2010
- DECRETO Ley N° 1094, establece normas sobre extranjeros en Chile, Diario Oficial, 19 de julio de 1975.
- DECRETO Supremo N° 597 de 1984, aprueba reglamento de extranjería.
- DECRETO Supremo N° 837 de 2011, aprueba reglamento de la ley N° 20.430, que establece disposiciones sobre protección de refugiados.

Jurisprudencia citada

- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, *De la Masacre de las Dos Erres vs. Guatemala*, de 24 de noviembre de 2009. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/cf/Jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nId_Ficha=361&lang=e
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, *Sunday Times c. Reino Unido*, de 26 de abril de 1979. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-57584>.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, *Partido Comunista Unificado de Turquía y otros con Turquía*, de 30 de enero de 1998. Disponible en <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-58128>.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, *Neulinger y Shuruk c. Suiza*, de 6 de julio de 2010. Disponible en <https://www.incadat.com/es/case/1323>.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-21/2014 Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional*, de 19 de agosto de 2014. Disponible en <https://www.acnur.org/5b6ca2644.pdf>
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, *Opinión Consultiva OC-17/2002 Sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño*, de 28 de agosto de 2002. Disponible en https://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_17_esp.pdf.
- CORTE Suprema, *GSB con Ministerio del Interior y Seguridad Pública* (Recurso de reclamación), de 30 de junio de 2014, rol 10.916-2014.
- CORTE Suprema, *Nawab Kashif con Ministerio de Relaciones Exteriores* (Recurso de amparo), de 26 de abril de 2018, rol 7501-2018.
- CORTE Suprema, *Torres Salinas y Otros con Policía de Investigaciones de Chile* (Recurso de amparo), de 21 de abril de 2020, rol 42.786-2020.
- CORTE Suprema, *Mota Santos con Departamento de extranjería de PDI* (Recurso de protección), de 1° de septiembre de 2020, rol 24.455-2020.
- CORTE Suprema, *Leiva Miranda con Fisco de Chile* (Recurso de casación en el fondo), de 16 de diciembre de 2020, rol 320-2020.
- CORTE Suprema, *Torres Peñaloza con Policía de Investigaciones de Chile* (Recurso de amparo), de 4 de enero de 2021, rol 154.849-2020.

- CORTE Suprema, *Álvarez Gamarra con Policía de Investigaciones de Chile* (Recurso de amparo), de 4 de enero de 2021, rol 154.846-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, *Rodríguez de Márquez con Dirección General de Asuntos Consulares, inmigración y de chilenos en el exterior del Ministerio de Relaciones Exteriores y Otro* (Recurso de amparo), de 1° de febrero de 2020, rol 2760-2020.
- CORTE de Apelaciones de Iquique, *Yapura Achachagua con Intendencia Regional de Tarapacá* (Recurso de amparo), de 24 de agosto de 2020, rol 133-2020.
- CORTE de Apelaciones de Copiapó, *Chávez Nieves con Intendencia Regional de Atacama* (Recurso de amparo), de 21 de septiembre de 2020, rol 58-2020.
- CORTE de Apelaciones de Arica, *Escalona y Otro con Intendencia Regional de Arica y Parinacota*, (Recurso de amparo), de 5 de noviembre de 2020, rol 275-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, *Leiva Faundez con Comisión de libertad condicional de la Corte Apelaciones de Santiago* (Recurso de amparo), de 21 de diciembre de 2020, rol 2924-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, *Ruiz Galindo con Ministerio de Relaciones Exteriores* (Recurso de amparo), de 4 de enero de 2021, rol 3087-2020.

De Klockner a Total: la reivindicación de la aplicación de las fuentes del derecho internacional en el arbitraje internacional de inversión extranjera

Walter Arévalo-Ramírez*
Laura Victoria García Matamoros**

RESUMEN

El presente artículo analiza la aplicabilidad de las fuentes del derecho internacional y los principios de derecho en el arbitraje de inversiones, por medio del notorio vuelco de los tribunales arbitrales de inversión extranjera en el CIADI, en materia de derecho aplicable, con especial atención a un período de cambio entre 2000 y 2010 entre los laudos Wena Hotels (2000-2002) y Total (2010) cuya tendencia se extiende hasta la actualidad en el CIADI, donde los tribunales cada vez más deciden aplicar a las controversias entre inversionista y Estado las distintas fuentes de derecho internacional público y los principios generales del derecho, más allá de los instrumentos privados, tanto en procedimientos originarios como en procedimientos de anulación. El artículo analiza la posibilidad de aplicar el derecho internacional como norma principal en los procedimientos ante el CIADI, la aplicación por parte de los tribunales del CIADI tanto de costumbres internacionales en materia de responsabilidad internacional del Estado, de principios internacionales para darle contenido a las garantías sustantivas y a las protecciones a los inversionistas y a las reparaciones concedidas por los laudos.

Arbitraje internacional de Inversiones; Derecho Internacional Público;
Costumbre Internacional

From Klockner to Total: The assertion of the applicability of the sources of international law in International Foreign Investment arbitrations

ABSTRACT

This article analyzes the applicability of the sources of international law and the principles of law in international investment arbitration, through the notorious change in point of view of the

* Abogado de la Universidad del Rosario, Colombia. Magíster en Derecho internacional, Stetson University College of Law, Estados Unidos. Doctor en Derecho, Universidad del Rosario, Colombia. Profesor Principal de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8501-5513>. Correo electrónico: walter.arevalo@urosario.edu.co

** Abogada de la Universidad del Rosario, Colombia. Doctora en Derecho, Universidad Externado de Colombia. Vicedecana y profesora titular de carrera académica de la Facultad de Jurisprudencia, Universidad del Rosario, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0270-9315>. Correo electrónico: laura.garcia@urosario.edu.co

Artículo recibido el 12.4.2020 y aceptado para su publicación el 28.4.2021.

ICSID foreign investment panels, in matters of applicable law, with a special period of change between 2000 and 2010 between the Wena Hotels (2000-2002) and Total (2010) awards, a trend which extends to the present, in which ICSID arbitral proceedings have increasingly decided to apply to investor-State disputes the different sources of public international law and the general principles of law, both in original proceedings and in annulment proceedings, despite the private instrument. The article analyzes the possibility of applying international law as the main controlling rule in ICSID proceedings, the application by ICSID arbitral tribunals of both international customary law regarding international responsibility of the State, the application of international law principles to give content to the substantive protections to investors and to the reparations granted by the awards.

Foreign investment arbitration; Public International Law; International Customary Law

I. INTRODUCCIÓN

El presente artículo¹ analiza la aplicabilidad de las fuentes del derecho internacional y los principios de derecho en el arbitraje de inversiones, mediante el notorio vuelco de los tribunales arbitrales de inversión extranjera en el CIADI (Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones), en materia de derecho aplicable, con atención especial al período de cambio entre 2000 y 2010 con los laudos Wena Hotels (2000-2002) y Total² (2010) cuya tendencia se extiende hasta la actualidad en los tribunales del CIADI que cada vez más deciden aplicar a las controversias entre inversionista y Estado las distintas fuentes de derecho internacional público y los principios generales del derecho, tanto en procedimientos originarios como en procedimientos de anulación³.

Esta reivindicación de la aplicabilidad del derecho internacional público en arbitrajes de inversión parece superar la anterior práctica de los tribunales arbitrales, que centraba el derecho aplicable en el dispuesto en el instrumento de la inversión y que remitía al derecho elegido por las partes, constituido usualmente por el derecho nacional de uno de los dos Estados o una mezcla de las normas domésticas de las dos partes⁴ o el instrumento privado.

En la actualidad y gracias a varias decisiones, hito que será analizado en el presente artículo, los tribunales arbitrales reconocen la aplicabilidad directa⁵ y no subsidiaria de los principios generales del derecho y las fuentes del derecho internacional público a los casos que les son sometidos, a la par o incluso supliendo vacíos del derecho reconocido por el instrumento que protege la inversión.

¹ La presente investigación es un producto de los avances de investigación dentro del Proyecto "Derecho Internacional Económico" del grupo de investigación en derecho internacional de la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario.

² DELANEY, 2007, p. 10

³ VERHOUSEL, 2008, pp. 119-154.

⁴ SCHILL, 2010.

⁵ McLACHLAN, 2008, pp. 361-401.

El artículo también analiza las tendencias doctrinarias que han emergido para reivindicar al arbitraje internacional de inversiones como un procedimiento esencialmente constituido por normas de derecho internacional público, producto de relaciones interestatales, entre verdaderos sujetos del derecho internacional, que posteriormente facultan el *ius standi* de sujetos no estatales como lo son los inversionistas, permitiéndoles presentarse ante procedimientos internacionales demandando a Estados y cuya naturaleza jurídica no puede escapar al dominio de las fuentes del derecho internacional público por más importancia que tenga el instrumento privado en el arbitraje.

La doctrina reciente en la materia busca superar la errónea creencia de que este procedimiento inversionista-Estado no es un procedimiento de derecho internacional público⁶ y tiende a asumirlo como un procedimiento de derecho económico y privado, una postura que fue adoptada por muchos tribunales de arbitrajes en la historia del CIADI, sustentada en la aplicabilidad al caso de los instrumentos “privados” entre el inversionista y el Estado (contratos, acuerdos) reconocidos o emanados de los TBI.

Este fenómeno ha sido analizado recientemente por autores como Salacuse, que han edificado un *framework* de normas contractuales, nacionales e internacionales, correlativas entre ellas, que crean distintos regímenes para la protección de inversiones, pero cuya coordinación y efectividad final solo puede estar en manos de la correcta aplicación de un marco común internacional, donde fuentes como los principios y la costumbre internacionales sean plenamente aplicables, tanto para darle contenido a las protecciones sustantivas pactadas en los tratados, como para suplir los vacíos del derecho nacional en todo tipo de asuntos⁷.

Esta postura que desligaba al arbitraje de inversiones del conjunto de fuentes del derecho internacional, es parte del sustento de las críticas que se han realizado en los últimos años a varios paneles arbitrales⁸ que en sus laudos en situaciones complejas, como aquellas en que los Estados invocaban los derechos humanos, el orden público o defensas típicas del derecho internacional (fuerza mayor, estado de necesidad), ponían en segundo lugar los principios generales del derecho y las fuentes del derecho internacional clásico como la costumbre internacional o principios generalmente aceptados por los Estados y privilegiaban acuerdos privados, que podían derogarlos o contradecirlos.

Tal tendencia a su vez alejó las relaciones inversionista-Estado de elementos esenciales del orden jurídico internacional como los derechos humanos o el orden público internacional⁹. Obras como la de Chin Leng Lim, Jean Ho y Martins Paporinskis en 2018 han recientemente reiterado que, por un lado, la naturaleza internacional del arbitraje de inversiones se desprende no solo de su concepción convencional mediante tratados, sino de sus fundamentos históricos como la protección diplomática. Igualmente, Lim, Ho y Paporinskis han construido, para explicar el anteriormente mencionado debate

⁶ ALVAREZ, 2011.

⁷ SALACUSE. 2013, p. 315.

⁸ FRANCK, 2004, p. 1521.

⁹ FRY, 2007, p. 77.

acerca de la ley aplicable, la noción de *composite national-international law*¹⁰, como una unión indisoluble del que ellos llaman el *interplay of laws* que implica el arbitraje de inversiones, donde algunas reclamaciones pueden ser fácilmente resueltas con referencia al derecho nacional y contractual, pero otras, por el contrario, obligatoriamente remiten al derecho internacional y sus principios.

Justamente esta concepción de la naturaleza privada y alejada del orden e interés público que se le ha criticado al arbitraje de inversiones, es en parte una crítica a su naturaleza arbitral, como procedimiento que aleja las controversias de las cortes nacionales y admite altos grados de privacidad cuando lo solicitan las Partes, pero en realidad, la separación o no del arbitraje de inversiones del orden público internacional y del derecho internacional no es culpa de su esencial arbitral, sino de los debates acerca del derecho aplicable, en términos de Christian Tiejte:

Uno de los mitos más importantes a este respecto es la idea de que el arbitraje de inversión es llevado a cabo por tribunales “privados”. El arbitraje de inversión generalmente se basa en una cláusula de arbitraje que forma parte de un tratado de inversión entre dos o más Estados. Por lo tanto, el arbitraje de inversión es por definición un arbitraje público o al menos algún tipo de arbitraje *sui generis*. Con respecto a los intereses públicos en este tipo de arbitraje, el problema no es el arbitraje; Los problemas que pueden surgir en este contexto son una cuestión de derecho sustantivo aplicable. Es la ley aplicable respectiva la que debe reflejar los intereses públicos¹¹.

Para analizar la reivindicación del derecho internacional público como derecho aplicable y como sustento jurídico del derecho internacional de la inversión extranjera, en el presente artículo, en primer lugar, se estudia el verdadero contenido y alcance de la expresión derecho aplicable en el ámbito del CIADI y los aportes de los laudos recientes a la ampliación de las normas aplicables más allá del acuerdo entre el inversionista y el Estado. Posteriormente, se analizan los casos que han sido hito, especialmente en el período elegido de cambio, de la reivindicación de la aplicabilidad de las fuentes y principios de derecho internacional público en los procedimientos de arbitraje de derecho internacional de la inversión extranjera.

Finalmente, el artículo analiza los principios generales del derecho (como parte de las fuentes del derecho internacional público, pero también reconocidos por los sistemas jurídicos domésticos) que han sido utilizados recientemente en el arbitraje internacional de inversiones para suplementar el derecho sustantivo en materia de inversión extranjera y para establecer el alcance de nociones básicas del derecho al momento de ser traídas a estos arbitrajes, como el contenido de las reparaciones¹², o en casos de

¹⁰ LIM, HO y PAPANINSKIS, 2018, p. 156.

¹¹ TIETJE, 2016.

¹² SCHREUER, 2005, pp. 1-17.

vaguedad, darle contenido a expresiones como “trato justo y equitativo” o “expectativas legítimas”¹³ usualmente poco explicitadas en instrumentos como los TBI o los contratos inversionista-Estado.

II. NOCIÓN JURISDICCIONAL Y SUSTANTIVA: DOS DEFINICIONES DE “DERECHO APLICABLE” EN EL CONTEXTO DEL CIADI Y LOS PRINCIPIOS DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO QUE GOBIERNAN EL DERECHO APLICABLE EN MATERIA JURISDICCIONAL

En primer lugar, es necesario realizar una distinción entre la definición del concepto de “derecho aplicable” para la competencia del CIADI (Art. 25 (1), (2) y (4). del Convenio del CIADI) y el significado de “derecho aplicable” para la solución sustantiva de la controversia (Artículo 42 (1) del Convenio), pues es en esta segunda en donde se busca la aplicación de las fuentes y principios generales del derecho internacional en los procedimientos. En materia de competencia, el Convenio, en el Art. 25 (1), (2) indica:

Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.

(2) Se entenderá como “nacional de otro Estado Contratante”:

(a) toda persona natural que tenga, en la fecha en que las partes consintieron someter la diferencia a conciliación o arbitraje y en la fecha en que fue registrada la solicitud prevista en el apartado (3) del Artículo 28 o en el apartado (3) del Artículo 36, la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia; pero en ningún caso comprenderá las personas que, en cualquiera de ambas fechas, también tenían la nacionalidad del Estado parte en la diferencia; y

(b) toda persona jurídica que, en la fecha en que las partes prestaron su consentimiento a la jurisdicción del Centro para la diferencia en cuestión, tenga la nacionalidad de un Estado Contratante distinto del Estado parte en la diferencia, y las personas jurídicas que, teniendo en la referida fecha la nacionalidad del Estado parte en la diferencia, las partes hubieren acordado atribuirle tal carácter, a los efectos de este Convenio, por estar sometidas a control extranjero. (...)

Si bien desde la óptica del artículo 25 del Convenio del CIADI es derecho aplicable en materia jurisdiccional, el escrito de sometimiento al centro, los términos de los

¹³ GAZZINI, 2012.

instrumentos que expresan el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI y las normas aplicables de nacionalidad, entendidos ambos elementos como criterios de competencia en cuestiones de admisibilidad, resulta más relevante la selección del derecho aplicable por las partes que se realiza por virtud del artículo 42 del Convenio del CIADI, y que tiene efectos en el fondo de la disputa. Ese es el verdadero escenario del debate del presente artículo respecto de la posibilidad de aplicar los principios generales del derecho y el derecho internacional público en la solución de los casos sometidos al Centro:

Artículo 42 (1). El Tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes. A falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del Estado que sea parte en la diferencia, incluyendo sus normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables. (2) El Tribunal no podrá eximirse de fallar so pretexto de silencio u oscuridad de la ley. (3) Las disposiciones de los precedentes apartados de este Artículo no impedirán al Tribunal, si las partes así lo acuerdan, decidir la diferencia *ex aequo et bono*.

La interacción de estas dos normas y el significado de derecho aplicable entre ellas requiere algunos comentarios. En primer lugar, la selección del derecho aplicable para el fondo de la disputa no tiene efectos en la competencia de los paneles del CIADI y solo se predica por el fondo de la controversia. Esta distinción ha sido reiterada por los laudos del CIADI, especialmente para excluir normas nacionales (parte del derecho aplicable emanado de la legislación nacional en el contexto del artículo 42), que se han querido invocar en el contexto del artículo 25 para evitar el arbitraje y someter la disputa a la jurisdicción nacional, como ocurrió en el caso CMS:

El Comité recuerda en primer lugar que la jurisdicción del Centro no está determinada por el Artículo 42 (1) del Convenio del CIADI, sino por el Artículo 25. La competencia del Tribunal se rige por los términos de los instrumentos que expresan el consentimiento de las partes al arbitraje del CIADI, es decir, en el presente caso el TBI Argentina-Estados Unidos. En consecuencia, como lo decidió correctamente el Tribunal, “las disposiciones jurisdiccionales aplicables son solo las de la Convención y el TBI, no las que podrían surgir de la legislación nacional. La ley argentina es irrelevante en este sentido, como se reconoce en el laudo y en muchas otras decisiones¹⁴.

En segundo lugar, hay dos principios generales del derecho, reconocidos como principios aplicables en el derecho internacional, que guían la interpretación del artículo 25 del Convenio. Estos son el principio de irretroactividad y el principio de *lex specialis*, pues bajo el reglamento del Convenio, los asuntos de entrada en vigor de los instrumentos

¹⁴ CMS Gas Transmission Co. c Argentina., CIADI No. ARB/01/8, Decision on Annulment, para. 66-68

de sometimiento al Centro son un debate de naturaleza jurisdiccional que debe constatar el tribunal arbitral al inicio de los procedimientos. El artículo 68 (2) del Convenio establece que este entra en vigor treinta (30) días después de la fecha del depósito del instrumento de ratificación, aceptación o aprobación del Estado correspondiente¹⁵.

En el contexto procesal del CIADI, la entrada en vigor del Convenio no tiene los mismos efectos que la entrada en vigor del TBI particular que somete la inversión al Centro. Esto implica fenómenos como la posibilidad de la protección de la inversión futura (un TBI antecedido por el Convenio) o la posibilidad de proteger inversiones y controversias previas a la entrada en vigor del TBI mediante su inclusión en la competencia del centro por expresa estipulación de las Partes.

Según la regla general, serán protegidas por la cláusula de competencia del CIADI que incluya un TBI, todas aquellas inversiones previas pero vigentes¹⁶, y futuras inversiones una vez firmado el TBI. Frente a controversias previas a la entrada en vigor del Convenio del CIADI y del TBI, a causa del principio de irretroactividad de los tratados reconocido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en principio, no habría competencia del Centro.

Si bien esta es la regla general, en aplicación del principio, *lex specialis*¹⁷, ampliamente reconocida como aplicable en derecho internacional público (como ocurre con la resolución A/56/83 en materia de responsabilidad internacional), es posible que los Estados contratantes estipulen cuáles controversias específicas desean incluir o excluir de la aplicación del Convenio, incluyendo la capacidad de cobijar inversiones con controversias previas a la entrada en vigor del Convenio. Esta interpretación es muestra de que el derecho internacional gobierna el debate de la jurisdicción en el CIADI:

Artículo 25(4): Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.

Artículos como el 25(4) del Convenio y la condición de *lex specialis* de estos sometimientos, son un ejemplo adicional de la naturaleza de derecho internacional público de estos arbitrajes, en tanto es el derecho internacional público el que ha reconocido la prevalencia del *lex specialis* frente a reglas generales catalogadas como *ius dispositivum* que permiten a las partes elaboraciones de acuerdos posteriores o específicos que se aparten de la regla general de jurisdicción o fondo, como lo reconociera la Corte Internacional de

¹⁵ ARÉVALO, 2019.

¹⁶ ARÉVALO Y GARCÍA, 2016, pp. 243-278.

¹⁷ LOWENFELD, 2003, p. 123.

Justicia en los casos de la Plataforma Continental del Mar del Norte y Derecho de Paso, que establecen como aplicable el principio de *lex specialis* en derecho internacional¹⁸.

Igualmente, casos donde la competencia ha emanado de instrumentos privados o del derecho nacional, también han implicado que los paneles interpreten la jurisdicción en aplicación del derecho internacional¹⁹. En el caso SPP v. Egypt (resaltable además porque el panel estaba presidido por el internacionalista latinoamericano Eduardo Jiménez de Aréchaga), aun cuando la jurisdicción del Centro emanaba directamente del derecho interno –ley egipcia acerca de protección de inversiones–, la interpretación de las causales o formas de consentimiento para someter la disputa al CIADI se realizó según el derecho internacional, especialmente el derecho de los tratados en aplicación del Convenio, interpretando que el derecho interno, más que una norma aplicable en materia de jurisdicción, era un acto unilateral que generaba obligaciones en derecho internacional que debían ser interpretadas de acuerdo con las reglas que en derecho internacional gobiernan este tipo de actos.

The issue is whether certain unilaterally enacted legislation has created an international obligation under a multilateral treaty. Resolution of this issue involves both statutory interpretation and treaty interpretation. Also, to the extent that Article 8 is alleged to be a unilateral declaration of acceptance of the Centre's jurisdiction, subject to reciprocal acceptance by a national of another Contracting State, the Tribunal must also consider certain aspects of international law governing unilateral juridical acts. This is a subject that has received considerable attention in the jurisprudence of both the Permanent Court of International Justice and the International Court of Justice in connection with declarations under the so-called "Optional Clause" of the Courts' statutes. As the International Court of Justice observed in its judgment on jurisdiction in the Military and Paramilitary Activities in and Against Nicaragua case (quoting from its earlier judgment on jurisdiction in the Nuclear Tests cases): It is well recognized that declarations made by way of unilateral acts, concerning legal or factual situations, may have the effect of creating legal obligations. Declarations of this kind may be, and often are, very specific. When it is the intention of the State making the declaration that it should become bound according to its terms, that intention confers on the declaration the character of a legal undertaking, the State being thenceforth legally required to follow a course of conduct consistent with the declaration. (I.C.J. Reports 1984, p. 418.) Thus, in deciding whether in the circumstances of the present case Law No. 43 constitutes consent to the Centre's jurisdiction, the Tribunal will apply general principles of statutory interpretation taking into consideration, where appropriate, relevant rules of treaty interpretation and principles of international law applicable to unilateral declarations²⁰.

¹⁸ ICJ, North Sea Continental Shelf cases, Reports 1969, p. 42, para 72. *it is well understood that, in practice, rules of general international law can, by agreement, be derogated from in particular cases or as between particular parties.*

¹⁹ SCHREUER, 2007.

²⁰ Southern Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt ICSID Case No. ARB/84/3. Para.61.

Adicionalmente, la investigación arroja el curioso procedimiento en materia de interpretación del instrumento de jurisdicción que se presentó en el caso CSOB v. Slovakia, en el que la jurisdicción se basaba en un contrato entre las partes que se refería a una cláusula de jurisdicción del CIADI presente en un TBI que nunca entró en vigor (República Checa-Eslovaquia).

El panel interpretó que la referencia al TBI en el contrato implicaba la voluntad de las partes de incorporar la cláusula de jurisdicción del CIADI en el mismo, bajo esta premisa, el panel indicó que el acuerdo sobre el consentimiento y el acuerdo privado se debían interpretar según el derecho internacional y no solamente como un contrato interpretado bajo el derecho interno:

35. The question of whether the parties have effectively expressed their consent to ICSID jurisdiction is not to be answered by reference to national law. It is governed by international law as set out in Article 25(1) of the ICSID Convention.

56. Respondent also contends that even if the BIT is held to be applicable, its dispute-settlement mechanism under Article 8 can be invoked only by means of a joint submission of the dispute by the parties either to an ICSID arbitration tribunal or to a tribunal established under the UNCITRAL arbitration rules. Since Claimant has not sought ICSID arbitration jointly with Respondent, the latter submits that the requirements of Article 8 of the BIT have not been satisfied²¹.

III. EL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO COMO DERECHO APLICABLE AL FONDO DE LA CONTROVERSIA Y SU REIVINDICACIÓN EN EL ARBITRAJE DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA: LAUDOS QUE REDEFINEN EL ALCANCE DEL ART. 42 DEL CONVENIO CIADI

El problema de la aplicación del derecho internacional público por parte de los paneles del CIADI en el fondo de la controversia, bien sea de forma directa, de forma subsidiaria o concomitante frente al instrumento elegido por las partes, o su no aplicación, ha girado en los laudos del Centro alrededor de la interpretación del Art. 42, que ha trasegado de interpretaciones textuales a posiciones que reivindican el rol integrador y necesario del derecho internacional en arbitrajes más recientes.

La interpretación textual del Art. 42, que fue la regla de las primeras épocas del Centro indica que el Tribunal debe respetar una jerarquía²² en los siguientes términos: primero aplicar las normas de derecho acordadas por las partes y en caso de que no exista un acuerdo en la materia, aplicar la legislación del Estado receptor de la inversión, dentro del cual, podrá identificar sus normas de derecho internacional privado y aquellas normas

²¹ Ceskoslovenska Obchodni Banka, a.s. v. The Slovak Republic ICSID Case No. ARB/97/4 paras.35-60.

²² GAILLARD, 2003, pp. 375-411.

de derecho internacional que ese Estado reconozca o incorpore y que sean aplicables a la controversia, con la prohibición de declarar un *non liquet* por falta de derecho aplicable.

La práctica más reciente de los procedimientos ante el CIADI, con un período especial de cambio entre 2000 y 2010 entre los laudos Wena Hotels (2000-2002) y Total (2010) que serán comentados junto con otros a lo largo del presente artículo, ha demostrado que los tribunales han superado la interpretación de que el derecho internacional es subsidiario, llegando a aplicar directamente todas las reglas de derecho internacional relevantes, en todo tipo de fuentes, tanto cuando las partes han hecho una elección expresa del derecho aplicable²³ como cuando no existe y aparentemente el derecho internacional se aplicaría en forma subsidiaria²⁴. A su vez, independientemente del lugar dado por los paneles al derecho internacional, en el arbitraje de inversiones, el derecho internacional es constantemente aplicado para resolver elementos de las controversias que involucran cuestiones de soberanía, nacionalidad, responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, costumbre y protección diplomática²⁵.

La experiencia reciente de los paneles del CIADI da cuenta de que en aplicación de normas y principios del derecho internacional público²⁶ los paneles han extendido el derecho aplicable más allá de lo explicitado en el TBI y han invocado efectivamente instituciones clásicas del derecho internacional como buena fe, fraude a la ley, *Nemo auditur propiam turpitudinem allegans*, *Pacta Sunt Servanda*, *estoppel*, enriquecimiento sin causa²⁷, la obligación de compensación en todo caso de nacionalización, debido proceso y cosa juzgada²⁸, incluyendo el régimen constituido por las reglas de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y han profundizado el diálogo jurisprudencial al no solo citar los laudos de otros tribunales bajo la jurisdicción del CIADI sino otros tribunales internacionales como criterios interpretativos.

En la búsqueda de esta aplicabilidad de las normas de derecho internacional, aparte del análisis de laudos relevantes, la doctrina reciente ha desarrollado varios aportes desde los cuales partir, como los trabajos de Emmanuel Gaillard²⁹, que se ha enfocado en el contenido y el alcance de la expresión “derecho internacional” en el Art. 42 del Convenio CIADI, explorando la posibilidad de aplicar los principios de derecho internacional público a las controversias de manera directa y no meramente subsidiaria.

²³ ARÉVALO Y GARCIA, 2016, pp. 24-278.

²⁴ SCHREUER, 2009, p. 607

²⁵ ARÉVALO, 2020, pp. 120.

²⁶ CHUKWUMERIJE, OKEZIE, 1997, pp. 79-101.

²⁷ ARÉVALO Y GARCIA, 2016, pp. 243-278.

²⁸ SCHREUER, 2009, pp. 608-609.

²⁹ El 1ero de abril de 2021, durante la edición del presente artículo, tuvo lugar el lamentable fallecimiento del Profesor Emmanuel Gaillard. Los autores se suman a las condolencias del mundo arbitral, compartiendo el siguiente homenaje: Fernández-Arroyo, Diego y Senegacnik, Alexandre. “Hommage à Emmanuel Gaillard, professeur de droit international et lumière de l’arbitrage du xxe siècle” en “Accueil – SciencePo École de Droit”. 2021. Disponible en <https://www.sciencespo.fr/ecole-de-droit/fr/actualites/hommage-emmanuel-gaillard-professeur-de-droit-international-et-lumiere-de-l-arbitrage-du-.html>. Consultado el 14 de abril de 2021.

Dos elementos esenciales del debate han sido considerados por la literatura: 1) el significado y contenido de la expresión derecho internacional público en el contexto del arbitraje de inversión extranjera y 2) si el derecho internacional, al ser mencionado por el Art. 42 aparentemente como un derecho subsidiario, se debe aplicar solo en caso de vacíos del derecho del Estado receptor de la inversión o situaciones no plenamente definidas por los instrumentos privados, o si contrario a esta interpretación, es un derecho sustantivo de aplicación directa cuyas normas sean plenamente aplicables, incluso cuando contradicen al derecho doméstico del Estado receptor.

Gaillard constata mediante los *travaux préparatoires* del Convenio CIADI que el significado de “derecho internacional” en la segunda oración del Artículo 42 (1) corresponde a lo entendido como “derecho internacional general” aplicado por los tribunales internacionales interestatales, según el artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³⁰. Durante la negociación de la Convención de Washington, en el último borrador del Artículo 42 (1) se discutió que “[1] El término ‘derecho internacional’ tal como se usa en este contexto debe entenderse en el sentido que se le otorga por el artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, teniendo en cuenta el hecho de que el artículo 38 fue diseñado para aplicarse a controversias interestatales”.

Esta interpretación del concepto de derecho internacional, implica que a las controversias internacionales donde se active el Art. 42, bien sea en la aplicación del derecho aplicable elegido por las partes o aplicando el “derecho internacional” de forma subsidiaria o directa, le serán aplicables no solo las normas de derecho internacional reconocidas por el derecho del Estado receptor o el TBI, sino todas las a) convenciones internacionales, ya sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados contendientes; b) la costumbre internacional, como evidencia de una práctica general aceptada c) los principios generales de derecho y los medios auxiliares de interpretación que constituyen las decisiones judiciales y la doctrina, como indica el Art. 38 (1) del Estatuto de la CIJ.

Gaillard desarrolla que mediante esa definición amplia de derecho internacional que no solo se limita al TBI o a normas de derecho internacional que resuelvan lagunas del derecho interno aplicable, la segunda oración del Artículo 42 (1), y la redacción “y las normas de derecho internacional que sean aplicables” deben entenderse como una habilitación para que el tribunal arbitral determine las normas sustantivas aplicables de derecho internacional de acuerdo con las fuentes aceptadas en el Artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia³¹. Esta interpretación del derecho internacional como todo un sistema jurídico con un sistema de fuentes plenamente aplicable, supera y corrige lo que algunos tribunales arbitrales decidieron durante años, al aplicar el derecho internacional general, solo en caso de un vacío o error en el derecho del Estado receptor de la inversión y únicamente cuando la elección de las partes ha sido previamente aplicada y un vacío insuperable ha aparecido en las normas aplicables al litigio.

³⁰ GAILLARD, 2003, pp. 375-411.

³¹ GAILLARD, 2003, pp. 375-411.

La subsidiariedad del derecho internacional en el arbitraje de inversiones, como complementador del derecho del Estado receptor de la inversión en caso de lagunas, es una lectura literal y superficial de la norma que desconoce su propósito y alcance evidente en los trabajos preparatorios, que se ha repetido en la “jurisprudencia” de los paneles, que lleva a la errónea conclusión de que aun en ausencia de una elección de derecho aplicable por las partes en la controversia de inversión sometida a un arbitraje internacional de inversiones, el papel del derecho internacional se limita a complementar el derecho nacional del Estado receptor por la existencia de lagunas en la materia o para corregirlo cuando sea incompatible con una norma aplicable del derecho internacional, por ejemplo, acerca de normas esenciales en materia de tratados³².

Bajo esta lectura errónea, se le ha dado a la palabra “y” en la segunda oración del Artículo 42 (1) un significado similar a: “y, en caso de lagunas, o si la ley del Estado contratante es incompatible con el derecho internacional”.

Aquel papel subsidiario del derecho internacional, de ser considerado únicamente invocable ante las lagunas del derecho elegido por las partes, reduciendo su condición de sistema jurídico completo y directamente aplicable al fondo de la controversia, fue impulsada por el Comité *ad hoc* en el caso Klockner³³ en los años ochenta:

“El artículo 42 de la Convención de Washington establece que “en ausencia de un acuerdo entre las partes, el Tribunal aplicará la ley del Estado contratante parte en la disputa ... y los principios del derecho internacional que sean aplicables”. Esto otorga a estos principios (tal vez omitiendo los casos en los que se debe determinar si la legislación nacional se ajusta al derecho internacional) una doble función, es decir, complementaria (en el caso de una “laguna” en la ley del Estado), o correctiva, en caso de que la ley del Estado no se ajuste en todos los puntos a los principios del derecho internacional. En ambos casos, los árbitros pueden recurrir a los ‘principios del derecho internacional’ solo después de haber consultado y establecido el contenido del derecho del Estado parte en la disputa (que no puede reducirse a un principio, ni siquiera uno básico) y después de haber aplicado la norma pertinente de la ley del Estado.

Por lo tanto, el artículo 42 (1) claramente no permite al árbitro basar su decisión únicamente en las “reglas” o “principios del derecho internacional”³⁴.

Con el incremento de las disputas ante el Centro en los años 2000, paneles más recientes han reiterado que la expresión relativa al derecho internacional en el Art. 42 y la aplicación de sus fuentes por parte de los tribunales arbitrales en el fondo, implica

³² GAILLARD, 2003, p. 373.

³³ GAILLARD, 2003, pp. 371-374.

³⁴ Klockner c. Cameroon, Ad Hoc Committee Decision, 1985 2 ICSID Rep. 95 (1994) para. 122.

darle un rol protagónico, como indica originalmente el espíritu de las negociaciones del Convenio y la naturaleza interestatal del arbitraje internacional³⁵.

En decisiones como *Wena Hotels Limited*³⁶ (fondo y anulación), corresponde darle al derecho internacional el papel de un derecho sustantivo autónomo que se aplica a la par o con jerarquía³⁷ frente al derecho nacional que fuese pactado, cuya presencia incluso motiva al panel a basar la *ratio* de su decisión en la aplicación preeminente del derecho internacional frente a las normas disponibles. En *Wena Hotels*, se rebatió lo considerado por el panel en *Klockner* y se reivindicó su autonomía y aplicabilidad³⁸ en el procedimiento de anulación, de nuevo en este caso, se resalta la presencia de un internacionalista latinoamericano en el panel, el chileno Francisco Orrego Vicuña:

38. Este debate pone de manifiesto las diversas opiniones expresadas sobre el papel del derecho internacional en el contexto del artículo 42 (1). La opinión académica, los escritos autorizados y algunas decisiones del CIADI se han ocupado de este asunto. Algunos puntos de vista han defendido un amplio papel del derecho internacional, que incluye no solo las normas contenidas en los tratados, sino también la definición bastante amplia de las fuentes contenidas en el Artículo 38 (1) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Otros puntos de vista han expresado que el derecho internacional esta solo llamado a complementar el derecho interno aplicable en caso de existencia de lagunas. En *Klockner I*, el Comité ad hoc introdujo el concepto de derecho internacional como un complemento del derecho aplicable en caso de lagunas y como correctivo en caso de que el derecho interno aplicable no se ajuste en todos los puntos a los principios del derecho internacional. También existe la opinión de que el derecho internacional ha de tener una función de control del derecho interno aplicable en la medida en que exista una colisión entre dicho derecho y las normas fundamentales del derecho internacional enunciadas en el concepto de *ius cogens*³⁹.

39. Algunas de estas opiniones tienen en común el hecho de que tienen como objetivo restringir el papel del derecho internacional y resaltar el del derecho del Estado receptor. A la inversa, el punto de vista que exige una aplicación amplia del derecho internacional apunta a restringir el papel del derecho del Estado receptor. Parece que no hay una sola respuesta en cuanto a cuál de estos enfoques es el correcto. Las circunstancias de cada caso pueden justificar una u otra solución. Sin embargo, la tarea de este Comité no es elaborar conclusiones precisas sobre este asunto, sino solo

³⁵ GAILLARD, 2003, p. 399.

³⁶ *Wena Hotels Limited c. Egipto*. CIADI 2002. (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002. Para 38-40.

³⁷ PETROVA GEORGIEVA, 2021. (Sobre el real alcance del concepto jerarquía de normas y tribunales entre lo nacional e internacional)

³⁸ LEEKS, 2007.

³⁹ *Wena Hotels Limited c. Egipto*. CIADI 2002. (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002. Para 38-40.

decidir si el Tribunal excedió manifiestamente sus poderes con respecto al Artículo 42 (1) del Convenio ICSID. Además, el uso de la palabra ‘pudieren’ en la segunda oración de esta disposición indica que el Convenio no traza una línea clara para la distinción del alcance respectivo del derecho internacional y del derecho interno y, en consecuencia, que esto tiene el efecto de conferir al Tribunal un cierto margen y facultades de interpretación⁴⁰.

40. Lo que está claro es que el sentido y el significado de las negociaciones que condujeron a la segunda oración del Artículo 42 (1) permitieron que ambos órdenes legales tuvieran un papel. La ley del Estado receptor puede, de hecho, aplicarse en conjunción con el derecho internacional si esto está justificado. Así también el derecho internacional se puede aplicar por sí mismo si la regla apropiada se encuentra en este otro ámbito⁴¹.

El argumento elaborado por el panel en el laudo de anulación en Wena Hotels tiene el efecto de que en un caso determinado, las reglas del derecho internacional pueden ser el derecho aplicable de la misma manera que la ley del Estado receptor⁴². En un caso donde el tribunal ha revisado el derecho interno y las reglas y principios del derecho internacional, este último puede encontrar que para resolver la controversia existan dos reglas igualmente aplicables en cada sistema (nacional e internacional) y decidir que aplicará la regla del derecho internacional, sin necesidad de haber identificado una laguna en el derecho interno del Estado receptor.

En Wena Hotels, este fue el modo de aplicar un principio de derecho internacional, pues el Comité de anulación validó el laudo del Tribunal que mediante su interpretación del TBI y de las fuentes del Art. 38 del Estatuto de la CIJ, encontró el principio de derecho internacional de la compensación “rápida, adecuada y efectiva” que en ese caso no fue derivado de la aplicación del derecho interno que por el contrario, la evitaba⁴³:

51. The issue before this Committee, however, is a different one. Once the Tribunal decided to apply the IPPA to the dispute brought to it, and given the fact that this agreement does not contain provisions on the determination of interest as such, should the Tribunal have reverted to Egyptian law to this end or should it have resorted, as it did, to international law and related ICSID practice?

The option the Tribunal took was in the view of this Committee within the Tribunal's power. International law and ICSID practice, unlike the Egyptian Civil Code, offer a variety of

⁴⁰ Wena Hotels Limited c. Egipto. CIADI 2002. (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002. Para 38-40.

⁴¹ Wena Hotels Limited c. Egipto. CIADI 2002. (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002. Para 38-40.

⁴² PARRA, 2007, pp. 1-12.

⁴³ GAILLARD, 2003, p. 399.

*alternatives that are compatible with those objectives. These alternatives include the compounding of interest in some cases*⁴⁴.

La decisión de Wena Hotels es fundamental en el progreso del CIADI hacia una aplicación preferente del derecho internacional y ha sido emulada por varios paneles, incluso en preferencia de una norma del Estado receptor. sectores de la doctrina han comentado el alcance del ejemplo establecido por Wena:

“El enfoque adoptado por el Comité de Wena ciertamente pone el arbitraje del CIADI en línea con otras formas de arbitraje internacional y reconoce la libertad de los tribunales del CIADI para encontrar en el derecho internacional, así como en el derecho del Estado anfitrión, las reglas apropiadas para la resolución de las disputas que se presentaron ante ellos. Reconocer esta flexibilidad, que está incorporada en la segunda oración del Artículo 42 (1), permitiría que el arbitraje del CIADI se desarrolle de acuerdo con la evolución de la función de adjudicación internacional los árbitros. (...)de las inversiones extranjeras. En ausencia de una elección del derecho aplicable y dependiendo de las circunstancias de cada caso, los árbitros deben tener la libertad de recurrir al derecho que consideren aplicable a este respecto. De hecho, sería una paradoja, en ese contexto, no reconocer plenamente el papel, consistente con la estructura y el lenguaje de la segunda oración del Artículo 42 (1), que el derecho internacional puede desempeñar en el arbitraje contemporáneo del CIADI”⁴⁵.

IV. COSTUMBRE Y JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL INVOCADA COMO DERECHO APLICABLE EN ARBITRAJE INTERNACIONAL DE INVERSIONES

Un conjunto particular de casos que ilustran de manera clara la directa necesidad de aplicar el derecho internacional mediante la costumbre internacional y la jurisprudencia de los tribunales internacionales, es el de los arbitrajes y procedimientos de anulación en los casos Continental⁴⁶, LG&E⁴⁷, Enron⁴⁸, Sempra⁴⁹ y CMS⁵⁰, procedimientos bajo el auspicio del TBI “ARG-USABIT” entre Argentina y Estados Unidos. Estos casos

⁴⁴ Wena Hotels Limited c. Egipto. CIADI 2002. (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002, para. 51.

⁴⁵ GAILLARD, 2003, p. 373.

⁴⁶ Continental Casualty Company v. República Argentina, ICSID. Caso No. ARB/03/9. Laudo de 2008.

⁴⁷ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., LG&E International, Inc. v. República Argentina, Caso ICSID n° ARB/02/1. Decisión de 2007.

⁴⁸ Enron Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina, Caso ICSID n° ARB/01/3. Decisión de 2007.

⁴⁹ Sempra Energy International c. República Argentina, Caso ICSID n° ARB/02/16. Decisión de 2007.

⁵⁰ CMS Gas-Transmission Company c. República Argentina, Caso ICSID, n° ARB/01/8. Decisión de 2007.

aglomeran las peticiones de un conjunto de empresas del sector energético, protegidas como inversionistas extranjeros en Argentina, cuyos procedimientos produjeron varios laudos y sus correspondientes procedimientos de anulación produjeron enorme debate por la recepción de los argumentos de derecho internacional público invocados ante los paneles.

De los citados casos, son dos los elementos comunes que requerían la aplicación del derecho internacional público, sus fuentes y principios generales: el primero, es que las relaciones entre el inversionista y el Estado estaban cobijadas y desarrolladas directamente por el TBI y por pocos o ningún instrumento de derecho municipal, lo que llamaba a la directa aplicación del derecho de los tratados y otros elementos del derecho internacional. En segundo lugar, que la defensa invocada por Argentina al alegado incumplimiento de sus obligaciones, fue una institución propia del derecho internacional, una causal de exclusión de ilicitud⁵¹ propia del régimen de la responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, conocida como “estado de necesidad” (en este caso, invocada como un estado de necesidad económico) cuya fundamentación, codificada por la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas, se basa en principios generales del derecho y en la costumbre internacional⁵².

En uno de estos casos contra Argentina⁵³, para entender el concepto de estado de necesidad, el tribunal a cargo del laudo CMS aplicó la interpretación del concepto proveniente de la sentencia *Gabcikovo-Nagymaros*⁵⁴ de la Corte Internacional de Justicia y decidió que al caso también le era aplicable directamente la costumbre internacional, bajo su codificación por la Comisión de Derecho Internacional (CDI) de las Naciones Unidas, en el Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad internacional del Estado por hechos ilícitos, en su consagración del estado de necesidad en su Art. 25, usando como derecho aplicable al caso el test acumulativo de los elementos de la “necesidad”, suplementando las expresiones generales del TBI, procedimiento por el que el tribunal verificaría la existencia o no del estado de necesidad mediante el cumplimiento de los requisitos de la misma según el derecho internacional público:

330. El Tribunal debe tener en cuenta otro aspecto importante. En el caso *Gabcikovo Nagymaros*, la Corte Internacional de Justicia hizo referencia, de manera convincente, a la opinión de la Comisión de Derecho Internacional al efecto de que todas las condiciones que rigen el estado de necesidad deben cumplirse de una manera “acumulativa”.

331. En el presente caso, como se ha concluido, hay elementos de necesidad parcialmente presentes en algunos aspectos, pero cuando se analizan los distintos elementos, condiciones y límites en su conjunto, no puede concluirse que esos

⁵¹ ARÉVALO, 2015.

⁵² SLOANE, 2012, pp. 447-508.

⁵³ ARÉVALO, 2017, pp. 469-512.

⁵⁴ *International Court of Justice. “Case Concerning the Gabcikovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia): Judgment of 25 September 1997”*. ICJ Reports (1997): 7–84.

elementos cumplen con la exigencia de un carácter acumulativo. Este hecho por sí mismo lleva a la conclusión inevitable de que no se han cumplido plenamente los requisitos relativos al estado de necesidad en la costumbre internacional como para permitir que se excluya la ilicitud de los actos⁵⁵.

En este caso de aplicación de derecho internacional en arbitraje de inversiones mediante normas consuetudinarias, el comité de anulación, que validó el laudo en su decisión (Caso CIADI No. ARB/01/8, Procedimiento de anulación en el caso CMS) estableció tal y como sugería el caso Wena Hotels y el análisis de Gaillard, la concomitancia en la aplicación de las normas convencionales y pactadas (Art. XI del TBI) respecto de exclusión de ilicitud y el derecho internacional consuetudinario en la materia (Artículo 25 sobre estado de necesidad del Proyecto de la CDI)⁵⁶.

V. PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO INVOCADOS COMO DERECHO INTERNACIONAL Y SU APLICACIÓN PARA DARLE CONTENIDO AL DERECHO SUSTANTIVO EN EL ARBITRAJE INTERNACIONAL DE LA INVERSIÓN EXTRANJERA

Un lugar de especial relevancia para la aplicación de los principios generales del derecho en el arbitraje de inversión, es su función de dotar de contenido sustantivo a los estándares de protección internacionales, que suelen ser relativamente vagos y poco definidos por los tratados que protegen las inversiones, como ocurre con el “trato justo y equitativo”, que ha sido dotado de contenido gracias a la invocación de principios generales del derecho y de su análisis comparado mediante nociones que son comunes a múltiples sistemas jurídicos⁵⁷.

Un relevante ejemplo de esta invocación de principios generales del derecho es el caso Total, en donde el panel utiliza principios jurídicos, como la noción del respeto a la predictibilidad, el principio de las expectativas legítimas y el principio de razonabilidad, para darle contenido sustantivo a la obligación del tratado de protección de inversiones, vagamente estipulada, bajo la expresión de la protección de “la estabilidad” del inversionista.

122. De hecho, el caso más difícil es (como parte en la presente disputa) cuando la base de la invocación por parte de un inversionista del derecho a la estabilidad bajo una cláusula de trato justo y equitativo se basa en la legislación o regulación de carácter unilateral y general. En tales casos, las expectativas de los inversores están

⁵⁵ CMS Gas Transmission Company v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/01/8. Paras. 330-331.

⁵⁶ CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8) (Annulment Proceeding) Decision Of The Ad Hoc Committee On The Application For Annulment Of The Argentine Republic. Paras. 130-131.

⁵⁷ SCHILL, 2010.

arraigadas en la regulación de una naturaleza normativa y administrativa que no está dirigida específicamente al inversionista relevante (...). 123 (...) La determinación de un incumplimiento de la norma requiere, por lo tanto, “una ponderación de las expectativas legítimas y razonables de la Demandante por un lado y el interés regulatorio legítimo del Demandado por el otro”. 127 Por lo tanto, una evaluación de la imparcialidad de La conducta del país anfitrión hacia un inversionista no se puede hacer de forma aislada, considerando solo sus relaciones bilaterales. El contexto de la evolución de la economía de acogida, la razonabilidad de los cambios normativos impugnados y su adecuación a la luz de un criterio de proporcionalidad también deben tenerse en cuenta⁵⁸.

El trabajo de Stephan Schill⁵⁹ respecto de los principios generales del derecho⁶⁰ más aplicados en el arbitraje internacional de inversiones, ha identificado varios principios de derecho reconocidos tanto por el derecho internacional como en la práctica del derecho nacional, para darle contenido al estándar de “trato justo y equitativo”, vagamente definido por los instrumentos internacionales para la protección de inversiones. Para Schill⁶¹, los tribunales arbitrales al momento de darle contenido al concepto de “trato justo y equitativo”, hacen uso de principios generales del derecho universalmente reconocidos, emanados de la práctica nacional como de la aplicación del derecho internacional, entre ellos, Schill identifica el principio de previsibilidad y coherencia del derecho, el principio de la protección de las expectativas legítimas de los individuos, de clara stirpe administrativista, el debido proceso como principio general del derecho de la actividad judicial, el principio de transparencia, y el principio de proporcionalidad.

1. *Trato justo y equitativo como previsibilidad y coherencia del derecho*

Recientemente gran cantidad de laudos del CIADI han dado contenido al trato justo y equitativo, un estándar vagamente mencionado en los tratados, mediante las invocaciones del principio general del derecho de la previsibilidad y coherencia del derecho: laudos como CMS o Tecmed⁶² han considerado que la falta de claridad del derecho nacional, el exceso de reglas vagas, pueden violar la protección del trato justo y equitativo concedida al inversionista extranjero. Esta coherencia también se ha predicado de los actos de la administración (principio de motivación), como ocurrió en el Tribunal en Tecmed que destacó la necesidad de coherencia en la toma de decisiones de las agencias del Estado para cumplir con un trato justo y equitativo. Asimismo, autores

⁵⁸ Total S.A. c. The Argentine Republic, CIADI No. ARB/04/01 2010, paras. 122-127.

⁵⁹ SCHILL, 2009.

⁶⁰ SCHILL, 2012. Pp. 133-181.

⁶¹ SCHILL *et al.*, 2009.

⁶² Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of 29 May 2003.

como Schill han comentado casos como MTD v. Chile⁶³, donde el Tribunal encontró una violación del trato justo y equitativo debido a la incoherencia de la acción entre dos ramas del mismo Gobierno y sus autoridades, respecto de la misma inversión⁶⁴.

El asunto del trato justo y equitativo es un excelente ejemplo de las complejas relaciones de las fuentes del derecho internacional público al momento de definir el alcance de las garantías materiales. Como lo indican autores como Roland Kläger, en cuanto al trato justo y equitativo, los paneles del CIADI han trasegado por opciones como solo aplicar su consagración según lo pactado en el tratado, la construcción de un estándar mínimo internacional mediante la doctrina, o su conceptualización desde la costumbre, los principios generales del derecho internacional y cuando se ha visto necesario, referencias al derecho doméstico, incluso llegando a casos donde la disputa ha girado en torno a si el panel debe entender el trato justo y equitativo solo según el tratado, o incluirle elementos materiales como la estabilidad del ambiente regulatorio, emanados de la costumbre internacional.

Así ocurrió en el caso CMS⁶⁵, destacado como llamativo, como lo anota Kläger, pues fue el único que sobrevivió el procedimiento de anulación dentro de los casos de la crisis económica argentina y fue el que mayor fundamento en el derecho internacional público tuvo en estos procedimientos⁶⁶. Esta profunda relación entre esta garantía material y su contenido emanado del derecho internacional público, en especial la costumbre, se sigue desarrollando en la actualidad, en laudos herederos de CMS en el CIADI como el laudo LG&E⁶⁷ o laudos de otros foros, como CEF Energía BEF v. Italia de 2019 en el Centro de Arbitraje de Estocolmo (SCC)⁶⁸, donde el tribunal delimita el concepto de expectativa legítima mediante un detallado análisis de su significado en el derecho internacional y en otros laudos, más allá de lo consagrado en las normas nacionales o el tratado aplicable.

2. *Trato justo y equitativo desde la protección de las expectativas legítimas de los individuos y el debido proceso*

En casos como Saluka y Tecmed, los laudos han identificado el trato justo y equitativo como relacionado directamente al principio del respeto a las expectativas legítimas de los individuos, invocable como principio general del derecho, que en el ámbito de las inversiones, ha sido entendido por estos tribunales como la obligación de respetar las más esenciales razones y expectativas que motivaron a los inversionistas a efectuar

⁶³ MTD Equity Sdn. Bhd. MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. 2004.

⁶⁴ Schill *et al.*, 2009.

⁶⁵ CMS Gas Transmissian Co. v. Argentina paras. 273-281.

⁶⁶ KLÄGER, 2011, pp. 79.

⁶⁷ LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc .v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1. 2007 para. 46.

⁶⁸ CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015 Award 2019. paras. 183-235.

su inversión y que originalmente fueron alimentadas por la conducta del Estado, que no pueden verse afectadas por posteriores arbitrariedades⁶⁹.

En la práctica de los tribunales arbitrales y su identificación de principios generales del derecho para darle contenido a las protecciones contempladas en los tratados, el trato equitativo está identificado con el principio jurídico de la correcta administración de justicia y el debido proceso. El caso *Waste Management v. México*, por ejemplo, define expresamente que la violación del trato justo y equitativo puede emanar de la falta de debido proceso que lleve a errores judiciales, como también la denegación de justicia y la imposibilidad de obtener un debido proceso en sede administrativa⁷⁰.

A su vez, de nuevo en el caso *Tecmed*, el tribunal considera que la transparencia de las autoridades es un elemento fundamental del trato justo y equitativo; la actitud ambigua del Estado con la información, la falta de motivación de las decisiones, entre otros, constituye una violación del trato justo y equitativo:

154 (...) Como parte de tales expectativas, aquel cuenta con que el Estado receptor de la inversión se conducirá de manera coherente, desprovista de ambigüedades y transparente en sus relaciones con el inversor extranjero, de manera que este pueda conocer de manera anticipada, para planificar sus actividades y ajustar su conducta, no solo las normas o reglamentaciones que regirán tales actividades, sino también las políticas perseguidas por tal normativa y las prácticas o directivas administrativas que les son relevantes. Un accionar del Estado ajustado a tales criterios es, pues, esperable, tanto en relación con las pautas de conducta, directivas o requerimientos impartidos, o de las resoluciones dictadas de conformidad con las mismas, cuanto con las razones y finalidades que las subyacen. El inversor extranjero también espera que el Estado receptor actuará de manera no contradictoria; es decir, entre otras cosas, sin revertir de manera arbitraria decisiones o aprobaciones anteriores o pre-existentes emanadas del Estado en las que el inversor confió y basó la asunción de sus compromisos y la planificación y puesta en marcha de su operación económica y comercial. El inversor igualmente confía que el Estado utilizará los instrumentos legales que rigen la actuación del inversor o la inversión de conformidad con la función típicamente previsible de tales instrumentos, y en todo caso nunca para privar al inversor de su inversión sin compensación. En realidad, la no observancia por el Estado receptor de la inversión de las pautas apuntadas en su conducta relativa al inversor extranjero o sus inversiones perjudica la posibilidad de este, tanto de apreciar el nivel de trato y protección realmente brindado por el Estado receptor, como de determinar hasta qué punto dicho Estado observa un comportamiento acorde con la garantía de trato justo y equitativo⁷¹.

⁶⁹ SCHILL *et al.*, 2009. p. 22.

⁷⁰ SCHILL, 2012, pp. 133-181.

⁷¹ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Laudo 2003, paras. 154-155

3. *Proporcionalidad en las cargas públicas y trato justo y equitativo*

En los laudos Saluka (UNCITRAL) y Tecmed, los tribunales arbitrales han dado contenido al trato justo y equitativo mediante el principio de proporcionalidad, entendido en los sistemas jurídicos nacionales como la prudencia y medida en que las intromisiones del Estado y sus regulaciones no afecten de forma desmedida a las actividades del inversionista⁷².

122. Descartada la exclusión *a priori* del posible encuadramiento de actos o medidas de naturaleza regulatoria de la categoría de actos expropiatorios, además del impacto económico negativo causado por tales actos o medidas, el Tribunal Arbitral estima apropiado considerar, para determinar si dicho encuadramiento procede, la proporcionalidad de dichos actos o medidas con las exigencias del interés público presuntamente tutelado a través de los mismos y la protección legalmente debida al inversor en relación con su inversión, sin olvidar que la magnitud de dicho impacto juega un rol de peso al juzgar acerca de dicha proporcionalidad⁷³.

4. *Principios generales del derecho en materia de reparaciones aplicados en el derecho internacional de la inversión extranjera*

Finalmente, la aplicabilidad de los principios generales del derecho y de las fuentes del derecho internacional en el arbitraje de inversiones también ocurre en el ámbito de las reparaciones, una vez establecida la responsabilidad internacional del Estado por el tribunal arbitral. Los laudos del CIADI aplican de manera constante los principios de reparación integral, tal y como son expresados en el caso fábrica de Chorzow y por la Comisión de Derecho Internacional en sus artículos acerca de responsabilidad internacional, en virtud de la aplicación de la noción de reparación integral mediante los criterios de compensación, restitución y satisfacción.

Laudos como Metalclad, reafirman la aplicabilidad en el arbitraje internacional de inversiones, para efectos de la reparación, del principio de reparación integral, incluyendo daño emergente y lucro cesante.

122. (...) De manera similar, en el caso Biloune (véase más arriba), el Tribunal concluyó que el valor de los bienes expropiados era igual al valor de la inversión en dichos bienes efectuada por el demandante. Si bien reconoció la validez del principio de que para valuar los bienes expropiados debería tomarse en cuenta el lucro cesante, el Tribunal no concedió compensación alguna por lucro cesante porque los demandantes no pudieron estimarlo de manera realista. En ese caso,

⁷² SCHILL *et al.*, 2009.

⁷³ Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Laudo 2003, para. 122.

como en el que nos ocupa, la expropiación tuvo lugar cuando el proyecto todavía no funcionaba ni generaba ingresos (Biloune, 95 I.L.R., págs. 228-229). El laudo que concede a Metalclad el costo de su inversión en el confinamiento es congruente con los principios establecidos en Chorzow Factory (Reclamo de indemnización) (Fondos), Alemania c. Polonia, P.C.I.J. Serie A, No. 17 (1928), pág. 47, a saber, cuando el Estado hubiera incumplido sus obligaciones, cualquier laudo favorable al demandante debería, en la medida de lo posible, borrar todas las consecuencias del acto ilegítimo y restablecer la situación que probablemente imperaría de no haberse cometido dicho acto (*el statu quo ante*)⁷⁴.

VI. CONCLUSIÓN

Tras analizar la evolución de los laudos del CIADI en materia de su aplicación de distintas fuentes del derecho internacional público, es posible concluir que los paneles en la actualidad han adoptado la interpretación de que el Art. 42 permite la invocación y la aplicabilidad de las costumbre y principios reconocidos por el derecho internacional público a los procedimientos de arbitraje internacional de inversiones de forma directa y autónoma, sin ser simplemente normas supletivas para llenar vacíos y lagunas en el derecho del Estado receptor, el instrumento de inversiones o en la elección del derecho aplicable realizada por las partes. Los casos analizados demuestran que los principios generales del derecho, como el debido proceso, transparencia, o expectativas legítimas, son cada vez más invocados como derecho internacional público, para darle contenido a los instrumentos de protección de inversiones, especialmente para darle carácter sustantivo a conceptos tan amplios como “trato justo y equitativo”. Por último, los casos analizados demuestran que los principios generales del derecho internacional en materia de reparación integral, reconocidos en la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia, constituyen el concepto de reparación utilizado por los laudos de los tribunales arbitrales del CIADI frente a los hechos ilícitos del Estado que vulneran las protecciones convencionales concedidas a los inversionistas extranjeros.

BIBLIOGRAFÍA

Libros, capítulos y artículos de Revista indexada

- ALVAREZ, José E, 2011: The public international law regime governing international investment. Vol. 344. Martinus Nijhoff Publishers.
- ARÉVALO, Walter, García Matamoros, Laura, 2017: “El estado de necesidad en el arbitraje de inversión: su invocación consuetudinaria y convencional en los arbitrajes Enron, Sempra,

⁷⁴ Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. Award. 2000, para. 122.

- CMS, LG&E y Continental ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI)". *Anuario Mexicano de derecho internacional* 17. Pp. 469-512.
- ARÉVALO, Walter, García Matamoros, Laura, 2016: "Arbitraje de inversión. Definición y aspectos procesales relevantes: principios generales y desarrollos en el CIADI" En. García, Laura. Aljure, Antonio. *Estudios contemporáneos de derecho internacional privado*. Legis Editores, pp. 243-278.
- ARÉVALO, Walter, 2015: "Responsabilidad internacional del Estado por hechos internacionalmente ilícitos: las causales de exclusión de ilicitud, su contenido y escenarios de aplicación". *Derecho internacional: varias visiones de un maestro*. Liber amicorum en Homenaje a Marco Gerardo Monroy Cabra. Editorial Universidad del Rosario. Bogotá.
- ARÉVALO, Walter, 2020. "Fuentes del derecho internacional, principios generales del derecho y su aplicación en el derecho internacional de la inversión extranjera". En. Prieto Enrique, Urueña, Rene. *Debates contemporáneos de derecho internacional económico: una mirada desde Colombia*. Universidad del Rosario.
- ARÉVALO, Walter, 2019: *Manual de Derecho Internacional Público*. Tirant Lo Blanch.
- CHRISTIAN Tietje, 2016: "Investor-State Arbitration as Part of the International Rule of Law", *Völkerrechtsblog*, 4 Julio 2016, doi: 10.17176/20180220-231424.
- CHUKWUMERIJJE, Okezie, 1997: "International law and Article 42 of the ICSID Convention". *Journal of International Arbitration* 14.3, pp. 79-101.
- DELANEY, Jo, 2007: "'Expropriation' and 'Fair and Equitable Treatment' Standards in Recent ICSID Jurisprudence". The International Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID). Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG.
- FRANCK, Susan D. 2004: "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law through Inconsistent Decisions". *Fordham L. Rev.* 73, pp. 1521.
- FRY, James D, 2007: "International Human Rights Law in Investment Arbitration: Evidence of International Law's Unity". *Duke Journal of Comparative & International Law*. 18, pp. 77.
- GAILLARD, Emmanuel, Yas Banifatemi, 2003: "The Meaning of 'and' in Article 42 (1), Second Sentence, of the Washington Convention: The Role of International Law in the ICSID Choice of Law Process". *ICSID REVIEW* 18, pp. 375-411.
- GAZZINI, Tarcisio, Eric De Brabandere, eds, 2012: *International Investment Law. The Sources of Rights and Obligations*. Martinus Nijhoff Publishers.
- KLÄGER, Roland, 2011: "Fair and Equitable Treatment", in *International Investment Law*. Vol. 83. Cambridge University Press,
- LEEKs, Annie, 2007: "The relationship between bilateral investment treaty arbitration and the wider corpus of international law: the ICSID approach". *U. Toronto Fac. L. Rev.* 65. 1.
- LIM, Chin Leng, Jean Ho, Martins Paporinskis. 2018: *International investment law and arbitration: commentary, awards and other materials*. Cambridge University Press, 2018, rev. 2021.
- LOWENFELD, Andreas F, 2003: "Investment agreements and international law". *Columbia Journal of Transnational Law*. 42, pp. 123.
- MCLACHLAN, Campbell, 2008: "Investment treaties and general international law". *International & Comparative Law Quarterly* 57.2, pp. 361-401.
- PARRA, Antonio R, 2008: "Applicable Law in Investor-State Arbitration". Contemporary Issues in International Arbitration and Mediation: The Fordham Papers. Brill Nijhoff, pp. 1-12.
- PETROVA Georgieva, Virdzhiniya, 2021. "Hierarchy between Domestic and International Tribunals: Utopia or Near Future?". *Anuario Colombiano de Derecho Internacional (acdi)*, pp. 173-223.
- SALACUSE, Jeswald. 2013. *The three laws of international investment: national, contractual, and international frameworks for foreign capital*. Oxford University Press , p. 315.
- SCHILL, Stephan, ed. 2010: *International investment law and comparative public law*. Oxford University Press.

- SCHILL, Stephan, *et al.* 2008; General Public International Law and International Investment Law: A Research Sketch on Selected Issues.
- SCHREUER, C., 2009: *The ICSID Convention: A Commentary* (Segunda ed.). Cambridge: Cambridge University Press. Pp. 607.
- SCHREUER, Christoph, 2005; "Calvo's Grandchildren: The Return of Local Remedies in Investment Arbitration". *The Law and Practice of International Courts and Tribunals* 4.1, pp. 1-17.
- SCHREUER, Christoph, 2007; "The relevance of public international law in international commercial arbitration: investment disputes". Working Paper. www.univie.ac.at/intlaw/wordpress/pdf/81_csunpublpaper_1.
- SLOANE, Robert D, 2012: "On the use and abuse of necessity in the law of state responsibility". *American Journal of International Law* 106.3. pp. 447-508.
- VERHOESEL, Gaëtan, 2008: "Annulment and enforcement review of treaty awards: to ICSID or not to ICSID". *ICSID review* 23.1, pp. 119-154.

Jurisprudencia internacional

- ČESKOSLOVENSKA Obchodní Banka, a.s. v. The Slovak Republic ICSID Case No. ARB/97/4 Award 2004.
- CEF Energia BV v. Italian Republic, SCC Case No. 158/2015 Award 2019. paras. 183-235
- CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic (ICSID Case No. ARB/01/8) (Annulment Proceeding) Decision Of The Ad Hoc Committee On The Application For Annulment Of The Argentine Republic. Sept.2007.
- CONTINENTAL Casualty Company v. The Argentine Republic, ICSID. Caso No. ARB/03/9. Award. 2008.
- ENRON Corporation y Ponderosa Assets, L.P. c. República Argentina, Caso ICSID n° ARB/01/3 Award 2007.
- ICJ, North Sea Continental Shelf cases, Reports 1969, p. 42, para 72.
- INTERNATIONAL Court of Justice. "Case Concerning the Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary/Slovakia): Judgment of 25 September 1997". ICJ Reports (1997): 7-84.
- KLOCKNER c. Cameroon, Ad Hoc Committee Decision, 1985 2 ICSID Rep. 95 (1994) para 122. Award 1985.
- LG&E Energy Corp., LG&E Capital Corp., and LG&E International, Inc. v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/1. 2007 para. 46 Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1. Award. 2000.
- MTD Equity Sdn. Bhd. MTD Chile S.A. v. Republic of Chile, ICSID Case No. ARB/01/7. Award 2004.
- SEMPRA Energy International c. República Argentina, Caso ICSID n° ARB/02/16 Award.2007.
- SOUTHERN Pacific Properties (Middle East) Limited v. Arab Republic of Egypt ICSID Case No. ARB/84/3 Award 1990.
- TÉCNICAS Medioambientales Tecmed, S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2. Award. 2003.
- TOTAL S.A. c. The Argentine Republic, CIADI No. ARB/04/01 Award. 2010.
- WENA Hotels Limited c. Egipto. CIADI 2002. (ICSID Case No. ARB/98/4), Decision on Application for Annulment, Feb. 5, 2002. Para 38-40.

Responsabilidad por error judicial en Chile y México. Su eficacia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos

*Vicente Fernández Fernández**

RESUMEN

El presente artículo de investigación tiene como objetivo analizar el sistema de responsabilidad del Estado por error judicial en Chile y México, partiendo de la premisa de que la indemnización por error judicial es un derecho humano. Se analiza su regulación normativa y jurisprudencial, así como su situación casuística, para finalmente confrontarlos con los parámetros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el fin de verificar la efectividad o no de ambos modelos.

Responsabilidad; error judicial; indemnización

Responsibility for Judicial Error in Chile and Mexico: Its Efficiency in the Inter-American System for the Protection of Human Rights

ABSTRACT

This research article has as its objective to analyze state responsibility for judicial error in Chile and in Mexico, based on the premise that compensation for judicial error is a human right. The legislative and precedential regulation of judicial error, as well as case study, will be analyzed in order to confront them with the parameters of the Inter-American System of Human Rights, with the purpose of verifying the effectiveness, or not, of both models.

Responsibility; liability; judicial error; compensation

* Licenciado y Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor investigador en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8119-4761>. Correo electrónico: vff@tec.mx

Artículo recibido el 12.2.21 y aceptado para su publicación el 10.5.21

I. INTRODUCCIÓN

El fundamento actual de la responsabilidad del Estado, ya se trate del Estado legislador¹, Estado juez o Estado administrador, no es otro que el Estado de Derecho y sus presupuestos, cuya finalidad última es proteger a los gobernados en sus derechos. Un Estado de Derecho “irresponsable” es una contradicción en sus propios términos. Estado de Derecho y responsabilidad son conceptos correlativos².

Las acciones y omisiones de los agentes del Estado, en cualquiera de sus funciones, pueden dar lugar a distintos tipos de responsabilidades. Desde una óptica de las diferentes ramas del derecho podemos distinguir al menos las siguientes: i) la responsabilidad civil del servidor público; ii) responsabilidad penal; iii) su responsabilidad política; iv) responsabilidad administrativa en sede disciplinaria y, v) la responsabilidad directa y objetiva del Estado³.

La responsabilidad civil es una obligación de reparación que recae sobre una persona en favor de otra como consecuencia de la comisión de un ilícito civil, es decir, la infracción de un deber de conducta para con otro⁴. Cuando recae en el Estado hablamos de la responsabilidad patrimonial del Estado.

Dentro de la responsabilidad patrimonial del Estado, es el actuar del juzgador el menos estudiado e ineficaz en los modelos latinoamericanos, sobre todo cuando se analiza a la luz del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, razón por la que ese será el objeto del presente trabajo. El sistema de responsabilidad por error judicial se ha diferenciado (y excluido en algunos casos) de la responsabilidad de la administración, quizás porque en última instancia requerirá que un juez declare que el Estado sea responsable por el actuar de otro juez.

Las actuaciones de la administración pública y del legislador siempre están sujetas a control judicial, en donde se revisará no solo su legalidad y constitucionalidad, sino, además, la posibilidad de que tengan que resarcir el daño causado. Sin embargo, el sistema se complica cuando se trata de que un tribunal revise a otro y, más aún, que pueda estar facultado para determinar que hubo error judicial y que debiera indemnizarse al afectado.

La responsabilidad del Estado por las acciones y omisiones de los jueces se ha dividido tanto para su análisis como en su regulación, en los casos que emanan de una deficiencia en el funcionamiento de la administración de justicia y los originados por el error judicial, que están más limitados y son más complejos de determinar.

El error judicial requiere, según el sistema jurídico imperante, una o más respuestas correctas respecto de un caso, en donde la resolución del tribunal calificada como errónea no ha de poder subsumirse en ninguna de esas posibles respuestas correctas⁵. El dolo, culpa, negligencia; lo manifiesto, si la resolución es revocable o no; si causó un daño,

¹ Ver SARMIENTO, 2008, pp. 85-117 y ALONSO Y LEIVA, 2012, pp. 145-173.

² ZÚÑIGA, 2008, pp. 15-41.

³ SARAVIA, 2016, pp. 265-296.

⁴ ORREGO E IBÁÑEZ, 2017, pp. 233-267.

⁵ MALEM *et al.*, 2009, p. 12.

etc., son características relevantes para determinar si el error judicial es indemnizable o no. Porque no todo error judicial provoca una indemnización.

Para nuestro análisis abordaremos el error judicial, diferenciado del funcionamiento anormal de la administración de justicia, respecto de dos países: Chile y México. Chile ha sido en los últimos años un referente por su sistema de justicia, por su democracia sólida y que sí tiene una regulación distintiva de la responsabilidad del Estado Juez, mientras que México es un caso de recientes reformas a su sistema de justicia y derechos humanos, que aún tiene un incipiente modelo que pretende hacer responsable al Estado por el actuar dañoso de sus jueces. Se hará un análisis normativo y jurisprudencial, para desentrañar las reglas a seguir en cada caso y medir su eficacia práctica.

Y ambos modelos tendrán como parámetro de medición al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, sustentado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su interpretación tanto de la Comisión como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, por ser este el sistema que prevalece en la región latinoamericana.

II. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR ERROR JUDICIAL EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconoce el derecho a la indemnización por error judicial en los siguientes términos: “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”⁶.

El derecho a una indemnización por error judicial, es un tema abordado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de manera muy sucinta y sin análisis de fondo⁷. Por ello, no obstante que no contamos con alguna interpretación de dicho precepto por parte de la Corte, al no existir algún caso en el que se haya condenado a un Estado por violación a dicho derecho humano, de los asuntos que se han presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, destaca el Caso Cirio vs. Uruguay, donde consideró que sí hubo violación a dicho precepto convencional, ya que si bien el Estado responsable dejó sin efecto la sentencia impugnada por error judicial, no revocaron las resoluciones que lo sancionaron, ni otorgaron reparaciones completas. La Comisión concluyó que “las autoridades uruguayas ... no revocaron las resoluciones que lo sancionaron ni brindaron reparaciones completas (*restitutio in integrum*). Con base en estos hechos, la Comisión concluye que el Estado violó, en perjuicio del señor Tomás Eduardo Cirio, el derecho consagrado en el artículo 10 de la Convención”⁸.

Otros casos en los que la Comisión ha abordado el tema de manera escueta, es decir, sin hacer un estudio de fondo exhaustivo, son los siguientes: “Caso Baena Ricardo Vs.

⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

⁷ ISLAS Y EGLA, 2017, p. 22.

⁸ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 124/06 27 de octubre de 2006, Caso N°.11.500, Tomás Eduardo Cirio vs Uruguay.

Panamá”; “Milton García-Fajardo y otros Vs. Nicaragua”, y en el “Caso Rojas-Piedra Vs. Costa Rica”, donde la Comisión declaró la inadmisibilidad del caso, al estimar que la sentencia en la que se incurrió en error judicial, no adquirió el carácter de cosa juzgada, al ser revocada posteriormente por la Sala Tercera Penal de la Corte Suprema de Justicia, que absolvió de toda pena y responsabilidad a la presunta víctima⁹.

En el referido “Caso Baena Ricardo Vs. Panamá” en el que se evidencia el error judicial cometido por el Estado de Panamá mediante sus órganos judiciales nacionales, la Comisión IDH alegó ante la Corte IDH una transgresión al artículo 10 de la Convención, pero en la sentencia de fondo, reparaciones y costas, la Corte solo citó el mismo de manera breve sin llegar a una interpretación del error judicial, de manera que se indemniza por el artículo 63, pero no por el artículo 10 de la Convención¹⁰.

Lo que podemos destacar del referido artículo 10 de la Convención, es que el error judicial se puede interpretar de dos maneras posibles: una cerrada, restringida, relativa a los supuestos en estricto sentido de error judicial bajo ciertos requisitos y, otra más abierta, que abarque los casos de indemnización por funcionamiento anormal o deficiente de la administración de justicia y por prisión preventiva ilegal o injustificada.

El punto de partida es que se reconoce el derecho humano a la indemnización, la que implica necesariamente los diversos tipos de daños causados, es decir, el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. Es un verdadero derecho subjetivo y “hoy es generalmente aceptado que los derechos subjetivos confieren a su titular situaciones jurídicas favorables que son susceptibles de ser invocadas jurisdiccionalmente ante los tribunales”¹¹.

Los requisitos que el mismo artículo 10 de la Convención impone, son los siguientes:

1. *Que la persona haya sido condenada*

No se especifica si se trata solamente de condenas de carácter penal, pero debe interpretarse de manera amplia y vinculada con el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en donde no se hace mención a la materia de la sentencia, de manera expresa, por lo que, la palabra condenar, no se limita a la resolución de carácter penal, como señalan algunos autores¹².

En ese sentido, podemos apreciar que el alcance del derecho a la indemnización no implica solamente condenas en asuntos penales, sino también en cualquiera otra materia, como la administrativa y la civil. “En cuanto al error judicial producido en la jurisdicción civil –afirma Francisco Zúñiga–, es evidente que también puede provocar daños, pero aquí la doctrina parece pronunciarse en el sentido de que la responsabilidad

⁹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 43/04 de 13 de octubre de 2004, Caso 306/99, Yamileth Rojas Piedras v. Costa Rica.

¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72. Baena Ricardo vs Panamá.

¹¹ PAREDES, 2015, p. 248.

¹² ANTKOWIAK, 2014, pp. 263-271.

e indemnización correspondiente son de cargo del Estado solo si ha mediado culpa o dolo del juez”¹³.

Incluso, hay posiciones más cerradas como la de Gabriel Doménech, que estima que, en los juicios de carácter civil, en sentido amplio, es decir, abarcando laborales y administrativos, no debiera existir la indemnización por error judicial, simplemente por una cuestión económica, de costo-beneficio, concluyendo que, en esos casos, la corrección es siempre más eficiente que la compensación. “Esta solo resulta pertinente cuando aquella es imposible o inalcanzable. Si la corrección es factible, pero se excluye por razones económicas, con mayor razón hay que excluir la compensación”¹⁴.

2. *Que exista sentencia firme*

La condena debe haber causado estado, es decir, haber producido efectos de cosa juzgada. La sentencia firme es aquella que ya no puede ser impugnada. Ya no existe la posibilidad de que pueda ser revocada o modificada, de ahí que la condena recibida sea cosa juzgada conforme a las reglas imperantes en el país que corresponda.

3. *Que la condena haya sido impuesta bajo error judicial*

Aquí nos encontramos con dos problemas: primero, determinar cuáles son los supuestos bajo los cuales se considera que hubo error judicial y, segundo, quién será el órgano o tribunal encargado de determinar que hubo ese error judicial. Desde luego que no se espera que la propia Convención tuviera que regular tales supuestos, los que quedarán a la potestad de cada Estado, debiendo legislar de manera efectiva el procedimiento a seguir para determinar que hubo error judicial.

Bajo estas tres directrices o elementos extraídos del artículo 10 de la Convención, encontramos que estrictamente los casos en los que se obtuvo en primera instancia una sentencia condenatoria y posteriormente fuera revocada, están excluidos del derecho a la indemnización, toda vez que no se tuvo nunca una sentencia firme, conclusión a la que nos lleva la interpretación estricta de la norma.

Por esta razón es por la que consideramos que el artículo 10 de la Convención debe interpretarse conforme al principio *pro personae*, es decir, buscando siempre la interpretación más favorable para el gobernado y, sobre todo, de manera sistemática y armónica con otros derechos reconocidos en la propia Convención, como el de ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable (Artículo 8.1), así como el derecho a un recurso sencillo, rápido y efectivo (Artículo 25). Igualmente, debe ser interpretado de manera conjunta con el artículo 14, numeral 6, del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, mismo que establece lo siguiente:

¹³ ZÚÑIGA, 2008, p. 23.

¹⁴ DOMÉNECH, 2016, p. 209.

“Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, deberá ser indemnizada...”¹⁵.

De este último precepto se desprende un elemento adicional a lo prescrito por la Convención, en el sentido de que, si bien refiere a una sentencia condenatoria firme, se precisa que posteriormente pudo haber sido revocada, de tal manera que entenderíamos que en un primer momento la sentencia había adquirido firmeza formal, pero después, sobre todo con algún medio extraordinario de impugnación se logró su revocación –sin precisar que ello se debiera a la existencia de un error judicial–, haciéndose procedente la indemnización correspondiente.

Bajo estos parámetros es que la Comisión Interamericana en el “Caso García Fajardo y otros Vs. Nicaragua, consideró que se está ante un error judicial: “cuando a través de 1) un fraude, 2) negligencia, o 3) conocimiento o comprensión errónea de los hechos, una decisión judicial no refleja la realidad y puede ser entendida como injusta”¹⁶.

Para Romero Michel, “el error judicial es un error insubsanable mediante recursos ordinarios, y tiene como propósito último la reparación correspondiente por parte del Estado, sin perjuicio de la facultad de este de repetir contra los jueces y magistrados en los casos que estos hayan actuado con dolo o culpa grave, lo que es imprescindible demostrar es que sus daños sean ocasionados como consecuencia de la adopción de resoluciones injustas que directamente priven de bienes o derechos a una parte, o le impongan indebidamente obligaciones o gravámenes, esto es, que se haya dictado una resolución judicial manifiestamente equivocada, cuyos perjuicios causen directamente, por sí mismos, un daño en los bienes del particular”¹⁷.

Ahora bien, el derecho a la indemnización reconocido tanto en el artículo 10 de la Convención como en el 14, numeral 6 del Pacto, hablan del error judicial pero sin dar pauta alguna para descifrar cuándo se actualiza dicho supuesto, de tal manera que haciendo igualmente una interpretación abierta, extensiva de derechos, podemos afirmar que además del error judicial en estricto sentido, se abarcan los casos de funcionamiento anormal de la administración de justicia (como la violación al plazo razonable) y los casos de prisión preventiva, en donde, desde luego, debe ser demostrado que dicha prisión fue decretada bajo error judicial, si bien en términos de lo previsto en el artículo 9 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, “toda persona que haya sido ilegalmente detenida o presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”, de donde se desprende que dicha privación de la libertad para ser indemnizable no requiere que se haya efectuado bajo error judicial, sino que haya sido ilegal. Bajo esta prescripción,

¹⁵ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

¹⁶ Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Informe Nº 100/01 del 11 de octubre de 2001. Caso Nº. 11.381. Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua.

¹⁷ ROMERO, 2013, p. 119.

pareciera más viable demostrar la ilegalidad de la detención a que se haya actualizado bajo error judicial¹⁸.

Partiendo de la premisa de que el Estado debe hacerse responsable de los daños que cause mediante cualquiera de sus funciones, es indiscutible que no solo debe responder por los actos de naturaleza administrativa, sino también los de carácter normativo y jurisdiccional. Pero en todo caso, “un demandante debe (1) identificar el o los acontecimientos que dan lugar a la acción de responsabilidad y (2) probar que el hecho que el demandado actuó de una manera determinada causó el daño por el cual se interpone la demanda”¹⁹.

La función jurisdiccional es una de las principales actividades estatales, de tal manera que su funcionamiento anormal que cause un daño debe ser reparado de manera eficaz y completa. Ello sin importar si el sistema de justicia es subsidiado o con un costo directo para el justiciable (tasas), porque en todo caso debieran imperar criterios de eficiencia como factores que justifiquen la decisión jurisdiccional (aplicando, por tanto, análisis económico del derecho normativo), con lo que se logre el objetivo principal, que es proveer de un bien público eficiente²⁰. Cuando esta función estatal tan importante se desarrolla de manera incorrecta, inadecuada y causa un daño al gobernado, no cabe duda que se le debe reparar, indemnizándolo por el daño causado. Como afirma Felipe Paredes, “la idea es bastante simple: si a una persona el Estado le vulnera uno de esos derechos denominados fundamentales, este último incurre en responsabilidad para con esa persona”²¹ y debe indemnizarlo. “El principio de reparación integral –a decir de Cristián Banfi– está sustentado en la causalidad: se repara el perjuicio causado. La indemnización es la consecuencia última del hecho ilícito”²².

Al igual que en el error judicial, la problemática se presenta para determinar cuándo es que se considera que hubo un actuar deficiente de manera injustificada, de tal manera que no se tenga el deber jurídico de soportar el daño. El funcionamiento anormal de la administración de justicia es un concepto jurídico indeterminado, que incluye supuestos como la dilación indebida, el funcionamiento irregular en los procedimientos judiciales y la falta de coordinación entre órganos²³.

En el caso de la prisión preventiva, no basta que después de haberse decretado se obtenga una sentencia absolutoria y se logre la libertad. Es necesario analizar si al momento de dictarse el tribunal tenía los elementos suficientes para ello; si se cumplieron de manera efectiva los requisitos legales previstos para su procedencia. Asimismo, será necesario analizar cuáles fueron las razones por las que al final se dictó sentencia absolutoria, así como el tiempo que duró la privación de la libertad, es decir, que haya sido un plazo razonable. “Sin embargo –dice Nava Rodríguez–, hay consenso en considerar

¹⁸ Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, 1966.

¹⁹ HONORÉ, 2013, p. 1079.

²⁰ NÚÑEZ Y CARRASCO, 2015, p. 611.

²¹ PAREDES, 2015, p. 247.

²² BANFI, 2017, p. 103.

²³ SOTO, 2016, p. 334.

que, en cualquier caso, el retraso o extemporaneidad de lo legalmente previsto integra el concepto de funcionamiento anormal de la administración de justicia, ya sea como expresión específica única del mismo, o como una de las clases. A su vez, el concepto de retraso puede ser de meros cumplimientos o incumplimientos leves de los plazos procesalmente previstos y el de dilación indebida o incumplimientos graves de los plazos”²⁴.

Además de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos antes referidos, la indemnización por error judicial está prevista en otros instrumentos internacionales, en términos muy similares, tales como el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en cuyo artículo 5 se dice que “toda persona víctima de una privación de libertad o detención en condiciones contrarias a las disposiciones de este artículo tendrá derecho a una reparación”²⁵.

En los procesos seguidos ante la Corte Penal Internacional, está prevista la posibilidad de que ella misma indemnice al afectado en casos de error judicial. Al respecto, el artículo 85 del Estatuto de Roma contiene tres supuestos: 1) detenciones ilegales; 2) condenas cumplidas y anuladas posteriormente por error judicial; 3) sentencias absolutorias en donde se demostró el error judicial grave y manifiesto²⁶.

Finalmente, en el mismo ámbito universal, pero en materia de trabajadores migratorios, está reconocido en el artículo 18, numeral 6, de la “Convención internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares”, el derecho a la indemnización por error judicial, porque “cuando una sentencia condenatoria firme contra un trabajador migratorio o un familiar suyo haya sido ulteriormente revocada o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, quien haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizado conforme a la ley...”²⁷.

III. MÉXICO Y EL ERROR JUDICIAL

En México, la regulación de la responsabilidad patrimonial del Estado es limitada, debido a que la Constitución la acotó a la actividad administrativa irregular, excluyendo los actos jurisdiccionales y legislativos. Quedó excluida la responsabilidad del Estado tanto por el funcionamiento anormal o deficiente de la administración de justicia como por error judicial.

Pareciera que se ha seguido la idea de Gabriel Doménech, al considerar que “la responsabilidad del Estado por error judicial constituye una modalidad de tutela

²⁴ NAVA, 2011, p. 154.

²⁵ Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, 1950.

²⁶ Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 1998.

²⁷ Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores y de sus Familiares, 1990.

secundaria, por cuanto no implica invalidar los efectos jurídicos (ilegalmente) creados por la resolución judicial causante del daño, ni tampoco restablece los derechos que la misma violó, sino que tan solo proporciona una compensación monetaria a la víctima de la violación²⁸, por lo que debiera darse prioridad a la revocación de la resolución, invalidando los efectos jurídicos de la misma y no a la indemnización que resulta más costosa para todos los sujetos intervinientes, no solo para el Estado.

En efecto, en el último párrafo del artículo 109 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se regula el sistema de responsabilidad patrimonial del Estado en los términos siguientes: “La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes”²⁹.

En la reforma constitucional del 2002, se incorporó la responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa irregular, dejando fuera la posibilidad de indemnizar en caso de error judicial. Si bien la iniciativa de reforma incluía la actividad jurisdiccional, fue voluntad del Órgano Reformador de la Constitución no considerarla. Y fue hasta el 2020, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por fin se ocupó de analizar si la constitución excluía o no al error judicial de la responsabilidad del Estado. Si bien la conclusión fue en el sentido de que el artículo 109 de la Carta Magna no prevé el error judicial, pero que dicho texto no lo excluye expresamente, pudiendo cobrar aplicación el artículo 10 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al interpretar el citado precepto convencional, lo hizo de una manera restrictiva, estimado que se debe exigir que exista una sentencia firme, siendo “aquella que dentro de la misma secuela procesal, ha adquirido firmeza; y por tanto, ya no puede ser revocada, modificada o nulificada por un recurso ordinario o extraordinario”³⁰.

Con esa interpretación, se hizo prácticamente inviable en el derecho interno mexicano que se pueda reclamar una indemnización por error judicial, ya que no existe la normatividad que prevea cómo, después de una sentencia firme, se pueda analizar y concluir que esta haya sido emitida bajo error judicial.

Bajo esta regla, casos como el de Florence Cassez en México³¹, por más que al final la Suprema Corte de Justicia de la Nación haya determinado violaciones al debido proceso y, con ello, privilegiado el principio de presunción de inocencia, ordenando su libertad inmediata 8 años después de haberse dado la detención, simplemente no encuadraría bajo el derecho a la indemnización reconocido en el artículo 10 de la Convención, toda vez que nunca se tuvo una sentencia firme. Si bien en primera instancia fue condenada

²⁸ DOMÉNECH, 2016, p. 191.

²⁹ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917.

³⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de junio de 2020, Amparo Directo en Revisión 3584/2017.

³¹ Acerca de este caso puede verse la excelente novela de Jorge Volpi (*Una Novela Criminal*, Alfaguara, México, 2018), ganadora del premio 2018 Alfaguara de novela, en donde se recrea toda la historia atendiendo a los expedientes judiciales, entrevistas a los implicados e, incluso, a algunos ministros de la Corte mexicana. Fue un caso paradigmático que propició, incluso, un conflicto diplomático entre el gobierno mexicano y el francés.

y después confirmada en la apelación y reiterada la condena al negarse el amparo directo por ella promovido, al final del camino procesal esa condena quedó insubsistente al declararse fundada la revisión por parte de la Primera Sala del Máximo Tribunal mexicano³².

Han sido algunas legislaciones secundarias en las que se ha previsto –o por lo menos intentado– regular la responsabilidad del Estado por el error judicial o, sin llegar a ello, sí por la deficiencia en el servicio.

En el Código Nacional de Procedimientos Penales, se prescribe la obligación del Estado de indemnizar en los casos de reconocimiento de inocencia, en los términos siguientes:

1. La premisa para el reconocimiento de inocencia, consiste en que debió existir sentencia firme en la que se haya condenado al gobernado.
2. Que con posterioridad a dicha sentencia firme aparezcan pruebas de las que se desprenda, en forma plena, que no existió el delito por el que se dictó la condena. Al requerir pruebas posteriores, estamos hablando de cualquier medio pero que sean supervenientes, porque de haberse contado con ellas anteriormente y no haber sido aportadas por la defensa, ya no podrán hacerse llegar después. Desde luego que el punto medular es que con dichas pruebas se acredite de manera plena, que no existió el delito por el cual se impuso la pena.
3. De manera similar al supuesto anterior, la aparición de pruebas supervenientes, demuestren sin lugar a duda que aun y cuando el delito sí existió, el sentenciado no participó en su comisión.
4. Finalmente, procede el reconocimiento de inocencia cuando en diverso proceso con sentencia firme, se hayan desacreditado las pruebas que fueron sustento para la condena, es decir, que se haya demostrado fehacientemente la falsedad de los medios de prueba bajo los cuales fue dictada la sentencia condenatoria³³.

Los 3 supuestos para la procedencia del reconocimiento de inocencia y su consecuente indemnización (que no hubiera existido delito; que no hubiere participado el sentenciado; que las pruebas resulten falsas), no son propiamente cuestiones que denoten que hubo error judicial, entendido este como un actuar irregular, anómalo del juzgador, en razón de que los 3 supuestos tienen como punto de partida el surgimiento de pruebas posteriores a la sentencia, con las que se acredite fehacientemente alguno de ellos. Entonces, si se trata de medios de prueba que el tribunal no tuvo en su momento para dictar la sentencia, no puede atribuirse un error del juzgador; no puede imputársele una conducta indebida por no considerar pruebas que aún no existían o elementos que no tuvo la oportunidad de atender al resolver el juicio.

³² Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de enero de 2013, Amparo Directo en Revisión 517/2011.

³³ Código Nacional de Procedimientos Penales, 2014.

Por ello, la indemnización prevista para los casos de reconocimiento de inocencia deriva, más que del error judicial, de un funcionamiento anormal de la administración de justicia o de la fiscalía, dependiendo en cada caso concreto a quién le sería imputable. Algo fue deficiente en tanto se condenó a una persona por un delito que no existió o que habiendo sucedido el sentenciado no participó, o bien, la falsedad en las pruebas presentadas por la fiscalía. El sistema falló (no el juez directamente) al poder darse una situación como esa; en todo el camino procesal hubo deficiencias que propiciaron que al acusado se le condenara cuando no hubo delito, él no intervino, o las pruebas eran falsas.

Asimismo, en la Ley General de Víctimas, se considera indemnizable el error judicial, llamándole expresamente con ese nombre, si bien es una regulación incompleta que hace difícil el acceso a dicha indemnización.

En los artículos 7° y 26, se precisa el derecho a la reparación de manera integral cuando se sufrió un daño por la violación a los derechos humanos, y en el artículo 64 se hace explícito el derecho a la indemnización por error judicial, al ordenarse que la reparación operará por la “violación de derechos humanos, incluyendo el error judicial”, pero sin precisarse qué se entiende por error judicial ni quién y cómo lo va a determinar³⁴.

Asimismo, no se debe perder de vista la premisa de que el error judicial es atribuible solo al actuar de los órganos jurisdiccionales, excluyendo, en consecuencia, los actos y omisiones de la fiscalía, dado que esta es un órgano administrativo, tal y como lo sostuvo la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo directo en revisión 3079/2013³⁵.

IV. ERROR JUDICIAL EN CHILE

Aun y cuando Chile es un país que destaca en la región por su nivel educativo, desarrollo económico e institucional, se han ocupado por prever un sistema o mecanismo que permita que las personas sean resarcidas por los daños que el Estado de manera injustificada les llegue a causar, siendo más patente y sensible el daño que se produce por condenas erróneas, condenas de inocentes, que es el punto de partida para el sistema de responsabilidad por error judicial³⁶.

De manera independiente a la responsabilidad de la administración pública, prevista en el artículo 38, segundo párrafo, de la Constitución Política de la República, el derecho a la indemnización por error judicial está reconocido en el artículo 19, numeral 7, inciso i) de la propia Constitución, en los términos siguientes:

Una vez dictado sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, el que hubiere sido sometido a proceso o condenado en cualquier instancia por resolución que la

³⁴ Ley General de Víctimas, 2013.

³⁵ Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, marzo de 2015, tesis 1a. CXI/2015 (10a.).

³⁶ DUCÉ, 2013, pp. 77-138.

Corte Suprema declare injustificadamente errónea o arbitraria, tendrá derecho a ser indemnizado por el Estado de los perjuicios patrimoniales y morales que haya sufrido. La indemnización será determinada judicialmente en procedimiento breve y sumario y en él la prueba se apreciará en conciencia.

Como vemos, en un primer momento se requiere la declaración judicial en la que la Corte Suprema determine que hubo error judicial, para posteriormente reclamar el pago de la indemnización, en donde se atenderá a los daños y perjuicios causados por dicha actividad y proceder a su cuantificación, sistema que “ha generado un espacio en nuestro ordenamiento jurídico de irresponsabilidad del Estado, es decir, el Estado no responde por los errores injustificadamente erróneos o arbitrarios que cometa un juez durante un proceso penal”³⁷, porque habrá error judicial solo hasta el dictado de la sentencia. Más bien, habría que analizar si durante el proceso hubo o no un desempeño anormal o deficiente de la administración de justicia.

Si el texto constitucional ya denota complejidad para acceder al derecho a la indemnización por error judicial, empezando porque se requiere que sea la Corte Suprema quien lo determine, ha sido el mismo Tribunal quien en un primer momento, por medio de sus sentencias, lo ha ido acotando y restringiendo, como se observa en la sentencia del 6 de junio de 2006, en el rol N° 350-06, en donde hizo un análisis muy preciso de los requisitos, interpretando de manera estricta el precepto constitucional, destacando las siguientes reglas y lineamientos:

Noveno: Que para la aceptación de la demanda instaurada, en primer lugar, es primordial que la resolución que lo condenó sea injustificadamente errónea, de suerte que no es suficiente con que haya sido “erróneo”, o sea, equivocado, inexacto, desacertado o continente de un juicio falso, sino que es indispensable que tal error sea “injustificado”³⁸.

Bajo esa premisa, concluyó la Corte “que una resolución o sentencia es injustificadamente errónea, cuando los razonamientos que la conducen al resultado inexacto no convencen (no son convincentes), cuando no son susceptibles de una explicación razonable (racional) cuando, en fin, son contrarios a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos más difundidos sobre la materia respecto a la cual versa”, lo que se complementa con lo que entendió por arbitraria, aduciendo al respecto que es lo “contrario a la justicia, la razón o las leyes”, vale decir, cuando se lo ha dictado obedeciendo solo a “la voluntad o al capricho”.

Esa concepción se fue repitiendo en diversas sentencias, de tal manera que se puede afirmar que la Corte considera que “una resolución es injustificadamente errónea cuando, teniendo argumentos que respaldan la decisión equivocada, estos adolecen de algún

³⁷ BALLIVIAN, 2013, p. 67.

³⁸ Corte Suprema, 6 de junio de 2006, Rol N° 350-06.

tipo de vicio. Específicamente, la Corte alude a tres tipos de defectos en los razonamientos de una resolución: no ser “convincentes”, no ser “racionales” (o contradecir la razón) y, finalmente, ser “contrarios a la lógica, a los dictados de la experiencia y a los conocimientos más difundidos sobre la materia respecto a la cual versa”, tal y como lo resume Duce y Villarroel³⁹.

En suma, todas estas definiciones apuntan a que una resolución injustificadamente errónea o arbitraria es aquella que carece de fundamentación. Así lo indican las frases “se dictó sin existir elementos de convicción que permitieran fundarla racionalmente”, “carente de toda justificación, sin motivo o causa plausible, sin fundamento racional”, “sin elementos que pudieran haber conducido al juez a la conclusión a la que arribó”, “carece de una explicación lógica, de motivación y racionalidad”. Por estas razones, la resolución infundada también podría calificarse como decretada “de manera irregular o caprichosa” y “por voluntad meramente potestativa, caprichosa o insensatamente”⁴⁰.

El texto constitucional, sumado a la interpretación de la Corte Suprema, denotan lo restrictivo del modelo, que además separa la responsabilidad de los jueces de la que se puede presentar por el actuar del Ministerio Público, con lo que “no es posible concluir que nuestro ordenamiento jurídico reconozca una auténtica responsabilidad patrimonial del Estado-Juez que permita resarcir las lesiones antijurídicas causadas a los particulares en el ejercicio de la función judicial, coherente a las exigencias propias de un Estado de Derecho y de un adecuado funcionamiento de la administración de justicia”⁴¹.

En contrapartida, es especialmente interesante la sentencia de 7 de noviembre de 2017, dictada por la Segunda Sala de la Corte Suprema, en el Rol N° 11.486-2017⁴², porque en la misma se concluye que no escapan a la responsabilidad del Estado por error judicial, las resoluciones de los tribunales militares. Una vez declarada la nulidad de las resoluciones de los tribunales militares en cuestión, la Corte Suprema concluyó que “es necesario entonces 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”, por lo que si tales extremos se actualizaron en la actuación de la judicatura militar “no cabe si no concluir que tal decisión fue injustificadamente errónea, al ser consecuencia de una voluntad meramente potestativa, lo que determina el acogimiento de la solicitud interpuesta en estos antecedentes”.

Aun y cuando la Corte Suprema ha efectuado una interpretación estricta de los supuestos bajo los cuales se actualiza la responsabilidad del Estado por error judicial, en términos de lo prescrito en el artículo 19, N° 7°, letra i), de la Constitución chilena, por otro lado se ha ocupado de la responsabilidad por la falla en el servicio, lo que

³⁹ DUCE Y VILLARROEL, 2019, p. 240.

⁴⁰ DUCE Y VILLARROEL, 2019, pp. 245 y 246.

⁴¹ DÍAZ Y MUÑOZ, 2015, p. 55.

⁴² Segunda Sala de la Corte Suprema, 7 de noviembre de 2017, Rol N° 11.486-2017.

permite hacer efectivo el derecho de los gobernados a que sean indemnizados por actos u omisiones de los tribunales, que no encuadran en el error judicial antes descrito.

Bajo las directrices anteriores, los casos de detenciones escaparían de responsabilidad por error judicial, pero así como la Corte Suprema fue restrictiva en un inicio, ha ido ampliando el espectro para que el gobernado pueda acceder a una indemnización cuando se presenten detenciones ilegales, como sucedió en el caso Espinoza Marfull con Fisco, en cuya sentencia de 2 de junio de 2015, emitida por la Tercera Sala al resolver el Rol N° 4390-2015⁴³, se pronunció en el sentido de que la actuación de los tribunales no cae en el error judicial, pero tampoco en la falla en el servicio prevista para las autoridades administrativas, no debe estar exenta de responsabilidad, por lo que se debe acudir a la normativa de responsabilidad extracontractual del Código Civil, en la que se debe incluir a los jueces cuando se ha verificado un “funcionamiento anormal” de la Administración de Justicia, ya que estos actúan en ejercicio de una función pública.

La Corte Suprema deja en claro que si bien el error judicial en términos constitucionales tiene reglas y presupuestos muy precisos que muchas veces no se actualizan, ello no exime al Estado por el funcionamiento anormal de todo el aparato estatal, incluyendo la administración de justicia, sustentándose para ello no en la Constitución ni en general en el derecho público sino en el derecho civil, lo que es extraño porque normalmente la responsabilidad del Estado se aborda desde el derecho constitucional y administrativo y no por el derecho privado que rige las relaciones entre particulares⁴⁴.

Posteriormente, la misma Tercera Sala de la Corte Suprema, en sentencia de 5 de enero de 2016, al resolver el Rol N° 5760-2015⁴⁵, fue muy clara en determinar que hay conductas o actuaciones de los juzgadores que denotan negligencia o fallas inexcusables que, al causar un daño, este debe ser reparado por el Estado.

En este caso, el origen emana de una expropiación, en la que un tribunal determinó que se pagara al propietario expropiado, pero, por error, se realizó dicho pago a otra persona, situación que evidentemente no guarda relación con el error judicial reconocido en la Constitución chilena pero que, sí entraña un funcionamiento anormal del servicio de administración de justicia, tal y como se observa de la decisión de la Corte Suprema, al concluir que “el Estado no se encuentra exento de responsabilidad por las actuaciones de los integrantes del Poder Judicial y que, por el contrario, concurriendo en la actuación de uno de sus miembros un proceder que pueda ser calificado como falta de servicio, se le ha de condenar, en el supuesto de que concurran las demás exigencias previstas en la ley, al resarcimiento de los perjuicios derivados del mismo”.

La Corte Suprema ha seguido expandiendo la tutela ante el actuar dañoso del Estado. En sentencia de 9 de marzo de 2020, dictada en el rol n.º 17405-2019 (Caso Hagan con Fisco), consideró que el actuar negligente de la Policía de Investigaciones y del Ministerio Público incidió en que la víctima no pudiera contar con medios de prueba

⁴³ Tercera Sala de la Corte Suprema, 2 de junio de 2015, Rol N° 4390-2015.

⁴⁴ VALDIVIA, 2016, pp. 334-353.

⁴⁵ Tercera Sala de la Corte Suprema, 5 de enero de 2016, Rol N° 5760-2015.

relevantes en el juicio, lo que finalmente ocasionó una afectación, la que si bien emana del criterio de la pérdida de la oportunidad, está estrechamente ligado a la teoría del daño probatorio, lo que si bien no es parte del error judicial sí es uno más de los casos de responsabilidad del Estado-Juez en sentido amplio⁴⁶.

Pablo Soto Delgado, en su análisis respecto de los anteriores criterios de la Corte, arriba a tres conclusiones: 1) que es el derecho común y no la Constitución el que permite hacer responsable al Estado-Juez por su anormal funcionamiento; 2) que el artículo 19 N° 7 letra i) no es excluyente de otros sistemas de responsabilidad del Estado por el actuar de los tribunales y; 3) que “parece posible aplicar esta tesis al funcionamiento anormal de cualquiera de los órganos constitucionalmente autónomos, a pesar de que no exista tal regulación en la Carta Fundamental o en sus respectivas leyes orgánicas constitucionales, tornando irrelevante la actividad normativa en la materia”⁴⁷. Este esquema permite contrarrestar lo restrictivo que suele ser el modelo de responsabilidad por error judicial, porque al existir el actuar de los jueces que cause un daño que el gobernado no tenga el deber jurídico de soportar, debe existir un mecanismo de tutela del derecho a la indemnización.

Además del análisis jurídico normativo que se ha realizado al sistema de responsabilidad patrimonial del Estado por error judicial, se han efectuado estudios empíricos, siendo de destacarse el emprendido por Mauricio Duce y Romina Villarroel⁴⁸, en el que analizan el periodo comprendido de 2006 a 2017.

En dicho estudio se recabó información de los casos presentados a la Corte y se analizó el tratamiento y resultado obtenidos. En dicho periodo se reportan 77 solicitudes de declaración previa a la indemnización por error judicial, pero 11 no llegaron a ser objeto de pronunciamiento por parte de la Corte, en razón de haber sido archivadas (6), acumuladas (2), no presentadas (2) y una más fue desistida. Por tanto, fueron 66 resoluciones emitidas, de las que 46 fueron rechazadas, en su mayoría porque la Corte consideró que no se trataba de resoluciones injustificadamente erróneas o arbitrarias conforme con su interpretación acerca de dichas calificativas. Otras 16 fueron inadmisibles, en su mayoría por cuestiones de forma, ya sea por extemporáneas (incumplimiento del plazo de seis meses para presentar la solicitud desde que quede ejecutoriada la sentencia absolutoria o el auto de sobreseimiento) o por no exhibir la documentación necesaria.

En el periodo estudiado (2006-2017) solo hubo 4 casos en donde la Corte resolvió acoger la solicitud, es decir, determinó que sí eran casos en donde se habían emitido resoluciones injustificadamente erróneas o arbitrarias y, por ello, procedía su posterior reclamo de indemnización.

Bajo esa estadística, lo primero que llamó la atención fue la baja cantidad de solicitudes presentadas y, además, el porcentaje también muy reducido de casos en donde la Corte determinó la acogida de las solicitudes, lo que corroboró lo que la doctrina había

⁴⁶ SAN MARTÍN Y LARROUCAU, 2021, pp. 351-352.

⁴⁷ SOTO, 2016, p. 335.

⁴⁸ DUCE Y VILLARROEL, 2019, pp. 216-268.

venido sosteniendo sobre el modelo, es decir, la crítica a su eficacia, por la exigencia de calificativos como el de que la sentencia haya sido no solo errónea, sino, además “injustificadamente”, adverbio que algunos propugnan porque se elimine o por lo menos se atempere en su interpretación constitucional⁴⁹.

Ya desde hace más de 20 años, Garrido Montt, entonces ministro de la Corte Suprema, analizaba y criticaba el modelo existente de responsabilidad del Estado por error judicial. “Habría que reconocer –decía Garrido Montt– que ha sido establecido de modo bien imperfecto, porque se exige un cúmulo de condiciones para que sea acogido, de manera que la facultad que se consagra con aparente carácter general, en la realidad no lo es por su tenor restrictivo, no beneficia a todos sus hipotéticos titulares. De hecho, es una norma de excepción, que limita el beneficio a una minoría”⁵⁰.

Aunado a lo anterior, se suma el hecho de que se tengan diversos modelos y reglas para que el Estado responda por los daños causados, ya sea por casos de condenas a inocentes (error judicial), detención y prisión preventiva, falla en el servicio y actuaciones del Ministerio Público, todas ellas concentradas y referidas al derecho penal. Por ello, otra más de las propuestas que se han hecho es unificar tales supuestos en un solo sistema bajo las mismas reglas y menos restrictivas, que permitan hacer efectivo el derecho humano a la indemnización por error judicial, pero entendido este en su sentido más amplio⁵¹.

Habría que decir, en descargo de todo lo anterior, que los jueces tienen la alta responsabilidad de resolver las causas que les son planteadas (ya sea de manera definitiva o cautelar como la prisión preventiva), atendiendo al caudal probatorio y a reglas procesales que a veces son deficientes, de tal manera que es una actuación compleja en la que los errores pudieran presentarse sin que haya realmente que imputar una mala actuación del tribunal. Es así que cobra especial relevancia el sistema probatorio instituido y, además, considerar que no es lo mismo dictar sentencias definitivas, momento procesal en el que se cuenta con todos los medios allegados al proceso, con las medidas cautelares como la prisión preventiva en donde no se tienen los elementos plenos de convicción, por lo que determinar en uno y otro caso si hubo o no error judicial se vuelve una tarea complicada y que debe distinguir cada caso concreto⁵².

V. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Es muy claro que, tanto en la Convención Americana sobre Derechos Humanos como en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, se reconoce el derecho a la indemnización por error judicial, abarcando los supuestos de error en estricto sentido, así como la deficiencia en el servicio y la prisión preventiva ilegal.

⁴⁹ ZÚÑIGA, 2008, p. 206.

⁵⁰ MONTT, 1999, p. 475.

⁵¹ DÍAZ Y MUÑOZ, 2015, pp. 56 y 57.

⁵² MANRÍQUEZ, 2020, pp. 275-295.

En los casos de los Estados en que no esté reconocido dicho derecho (como en México) o lo está, pero de manera deficiente o restrictivo (como el caso chileno), debe tomarse en consideración lo que los mismos instrumentos internacionales prescriben. La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 1º prescribe que “los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción...[y que] si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades”⁵³, lo que se complementa con el artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que contiene un texto muy similar.

Conforme con los referidos preceptos, los Estados están obligados a respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos en dichos instrumentos internacionales y, asimismo, en caso de no ser así, asumieron el compromiso de llevar a cabo las acciones legislativas, administrativas y jurisdiccionales necesarias para asegurar, primero, que se reconozcan dichos derechos y, segundo, que existan mecanismos eficaces que hagan posible su respeto efectivo.

Ello nos lleva a afirmar, que aun y cuando en el derecho interno no esté reconocido el derecho humano a la indemnización por error judicial (México), basta que lo esté en la Convención y en el Pacto, para que sean derechos exigibles y, además, que deba existir un procedimiento que garantice su cumplimiento. Sin embargo, debiera existir una norma constitucional que declare procedente la reparación del error judicial a cargo del Estado, en casos como los que se han expuesto, es decir, como cuando se acuse o condene a una persona que posteriormente sea declarada inocente. Y que se adopte un sistema en el que no se requiera dolo o arbitrariedad del juez o funcionario respectivo y que no exista derecho del Estado a repetir en su contra, sin perjuicio de su responsabilidad administrativa⁵⁴.

El problema se presenta ante la ausencia de reconocimiento en el derecho de cada país y, además, que no exista una garantía, es decir, un procedimiento que permita reclamar su eficacia y cumplimiento. Si bien existe la obligación de armonizar las constituciones y las leyes conforme con los compromisos internacionales asumidos por los Estados, ante la omisión legislativa debe existir un mecanismo con el que cuenten los gobernados afectados por el error judicial de los tribunales, tanto para lograr que se legisle como para obtener la indemnización correspondiente mediante un procedimiento sencillo y eficaz.

El procedimiento idóneo a seguir, para obtener la indemnización por el daño causado por el sistema de impartición de justicia, es el siguiente:

⁵³ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969.

⁵⁴ CAROCCA, 2002, p. 661.

A) *La existencia del error judicial*

Como premisa debe existir un caso en el que se haya dictado una sentencia condenatoria, que posteriormente haya sido revocada o anulada, ya sea por acreditarse el error del juzgador o, en su caso, por encontrarse elementos probatorios de la inexistencia del delito o la falsedad de las pruebas que le dieron sustento a la condena.

Como se ha visto, debe tenerse al error judicial como un concepto amplio, abierto, que abarque no solo los casos en los que el juzgador se equivoca, que aplique leyes inexistentes o derogadas, que haya resuelto conforme a hechos no probados o haya sido deshonesto su actuar, sino también los supuestos de falla en el servicio, como sucede cuando se viola el principio del plazo razonable en los procesos, arrojando que se prolonguen por mucho tiempo de manera injustificada.

Finalmente, deberán caber también bajo el error judicial, los supuestos de prisión preventiva ilegal, más allá del tiempo que prevalezca dicha privación de la libertad, porque si fue ilegal no importa cuánto tiempo duró. Si la prisión preventiva se extendió más allá de lo legal o razonable, será, además, un caso de falla en el servicio que, a final de cuentas, también es parte del error judicial.

B) *El daño*

Por supuesto que no basta que exista el error judicial para que sea indemnizable. Sin que el daño sea un elemento en sí mismo del error judicial, sí es necesario que dicha acción u omisión haya causado un daño, concepto en el que caben los tres tipos de afectaciones: el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral. En todo caso el daño debe acreditarse de manera fehaciente y, posteriormente, proceder a su cuantificación, para ello deberán aportarse los medios de prueba idóneos.

C) *Solicitud de indemnización*

La persona que considere que ha sido víctima del error judicial y que este le ha generado un daño, debe proceder a solicitar o reclamar la indemnización correspondiente, ante la autoridad u órgano competente, de acuerdo con la legislación de cada país. En dicha solicitud se deben aportar los medios de prueba que acrediten la existencia del error judicial, el daño causado y su cuantificación. Que sea un solo procedimiento y no dos como en Chile, en donde además de ser complicado que se tenga por acreditado el error judicial, tendrá que ser un juicio nuevo en el que se reclame la indemnización. En la misma resolución que se emita en el sentido de que hubo error judicial, se debe proceder a condenar a la indemnización.

D) *Respuesta negativa*

La autoridad está obligada a tramitar y sustanciar un procedimiento en el que se permita al gobernado presentar sus argumentos y medios de prueba con los que acredite

la procedencia de la indemnización, aun y cuando no exista legislación para ello, en razón de que basta que exista el derecho sustantivo para que el Estado asegure su eficacia. Fortalece lo anterior lo prescrito en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con el artículo 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en el sentido de que los Estados Partes deben garantizar a los gobernados el acceso al recurso rápido, sencillo y efectivo, precisamente para que estén en posibilidad de deducir sus derechos.

E) *Medio de impugnación interno*

Ante la negativa de la autoridad o tribunal competente, ya sea a tramitar el procedimiento indemnizatorio o, en su caso, a declarar fundada la petición, se debe proceder a interponer el medio de impugnación que la ley prevea, argumentando que aun y cuando el derecho interno no considere o regule el derecho a la indemnización por error judicial, ya sea en su aspecto sustantivo o adjetivo, ello no le exime de cumplir y hacer cumplir con el derecho convencional, que, como se ha visto, reconoce plenamente el acceso a la indemnización por error judicial, y ordena a los Estados Partes a garantizar su cumplimiento.

F) *Sistema interamericano*

De resultar infructuosas las acciones intentadas en sede nacional, no le quedará más remedio que acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos. Presentar su petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, para que se ordene al Estado que proceda a legislar el derecho a la indemnización por error judicial y garantizar su cumplimiento, mediante el diseño de un procedimiento rápido y sencillo. Además, se buscará que, en el caso concreto, la Comisión –y de ser necesario la Corte IDH– declare que hubo error judicial y que se proceda a indemnizar a la víctima, pero, sin perder de vista –y también debería ocuparse de ello–, que la finalidad de un sistema donde el Estado sea responsable no es la de indemnizar, sino la de prevenir el daño. Evitar que los agentes del Estado realicen conductas u omisiones que afecten a sus gobernados. La prevención es el fin último de la Responsabilidad del Estado⁵⁵.

Los Estados están obligados a respetar el derecho a la indemnización por error judicial reconocido en el artículo 10 de la Convención, en relación con el artículo 9 numeral 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, garantizando su eficacia sin restricciones. El hecho de que deban reglamentarlo en su derecho interno, no permite que los restrinjan con requisitos y exigencias que lo hacen irrealizable. De haber restricciones injustificadas, irracionales, los jueces deben inaplicarlas, con el fin de que prevalezca el derecho convencional.

⁵⁵ ROJAS, 2012, pp. 339-375.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, María y Leiva, Eric, 2012: "La responsabilidad del Estado por la actividad del legislador", *Revista Derecho del Estado*, Nº 29.
- ANTKOWIAK, Thomas, 2014: "Artículo 10. derecho a la indemnización", en Christian Steiner y Patricia Uribe (coordinadores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación y Fundación Konrad Adenauer, pp. 263-271.
- BANFI, Cristian, 2017: "De la función punitiva de la responsabilidad aquiliana en Francia: algunas implicancias para la comprensión del derecho de daños chileno", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 30, Nº 1.
- BALLIVIAN, Pedro, 2013: "Responsabilidad del Estado por conductas injustificadamente erróneas o arbitrarias del Ministerio Público: análisis comparativo y jurisprudencial", *Revista Ius et Praxis*, Año 19, Nº 2.
- CAROCCA, Alex, 2002: "Reflexiones sobre el derecho a la reparación del error judicial en Chile a propósito de la solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el llamado Caso del puente "La Calchona", *Ius et Praxis*, v.8 n.2.
- DUCE, Mauricio, 2013: "¿Debiéramos preocuparnos de la condena de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate", *Revista Ius et Praxis*, Año 19, Nº 1.
- DAYÁN, Alberto, 2005: "La responsabilidad patrimonial del Estado", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, Nº 20.
- DUCE, Mauricio y Villarroel Romina, 2019: "Indemnización por error judicial: una aproximación empírica a la jurisprudencia de la Corte Suprema de los años 2006-2017", *Política Criminal*, Vol. 14, Nº 28.
- DÍAZ, Nataly y Muñoz, Pamela, 2015: "La responsabilidad del Estado-Juez: Buenas razones para proponer una acepción amplia de error judicial en Chile", *Revista de Derecho Público*, Vol. 83, 2º semestre.
- DOMÉNECH, Gabriel, 2016: "El error de la responsabilidad patrimonial del estado por error judicial", *Revista de Administración Pública*, Nº 199.
- GARRIDO, Mario, 1999: "La indemnización por error judicial en Chile", *Ius et Praxis*, vol. 5, núm. 1.
- HONORÉ, Tony, 2013: "Condiciones necesarias y suficientes en la responsabilidad extracontractual", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 40, Nº 3.
- ISLAS, Alfredo y Eglá, Cornelio, 2017: "Error Judicial", *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 24.
- MALEM, J., Ezquiaga, F., Ibáñez, P., 2009: *El error judicial. La formación de los jueces*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo.
- MANRÍQUEZ, Jaime, 2020: "Prisión preventiva y error judicial probatorio", *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 33, Nº 2.
- NAVA, María, 2011: "La responsabilidad del estado en la función judicial", *Revista Ciencia Jurídica*, vol. 1, Nº 1.
- NÚÑEZ, Raúl, y Carrasco, Nicolás, 2015: "Análisis económico de la administración de justicia: ¿la justicia como bien público o privado?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, Nº 2.
- ORREGO, Cristóbal e Ibáñez, Arturo, 2017: "Daños intencionales versus no intencionales. La responsabilidad civil extracontractual a la luz del principio de doble efecto", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, vol. 50, Nº 148.
- PAREDES, Felipe, 2015: "La tutela jurisdiccional de los derechos fundamentales: una propuesta en clave democrática", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, Nº 1.
- ROJAS, Sergio, 2012: "Apología del potencial preventivo de la responsabilidad: desmitificación de la sanción en sede indemnizatoria", *Vniversitas*, Nº 125.

- ROMERO, Jessica, 2013: “Los supuestos de la responsabilidad patrimonial del Estado en el funcionamiento de la administración de justicia reconocidos como derechos humanos en el ámbito internacional”, *Revista Ciencia Jurídica*, Vol. 2, N° 3.
- SAN Martín, Lilian y Larroucau, Jorge, 2021: “El razonamiento probatorio para el análisis de la causalidad en la responsabilidad civil: estudio de la jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho Privado*, N° 40.
- SARAVIA, Santiago, 2016: “Responsabilidad del Estado por error judicial y deficiente administración de justicia”, en Isaac Damnsky (coordinador), *Estudios sobre la responsabilidad del Estado en Argentina, Colombia y México*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, pp. 265-296.
- SARMIENTO, Juan, 2008: “La vulneración a la confianza legítima ¿una situación jurídica generadora de responsabilidad del estado legislador?”, *Vniversitas*, N° 116.
- SOTO, Pablo, 2016: “Responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal de la administración de justicia (Corte Suprema)”, *Revista de Derecho* (Valdivia), vol. 29, N° 1.
- VALDIVIA, José, 2016: “Responsabilidad del Estado por faltas de servicio de los órganos judiciales: comentario a Espinoza Marfull con Fisco”, *Anuario de Derecho Público* 2016.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2008: “La acción de indemnización por error judicial: reforma constitucional. regulación infraconstitucional y jurisprudencia”, *Estudios Constitucionales*, v.6, n.2.

Normas jurídicas citadas

- CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales, México, publicado en el Diario Oficial de la Federación el 5 de marzo de 2014.
- CONSTITUCIÓN Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 7 al 22 de noviembre de 1969.
- CONVENCIÓN internacional sobre la protección de los derechos de todos los trabajadores y de sus familiares, Nueva York, 18 de diciembre de 1990.
- CONVENIO Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, Roma, 4 de noviembre de 1950.
- ESTATUTO de Roma de la Corte Penal Internacional, Roma, 17 de julio de 1998.
- LEY General de Víctimas, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 2013.
- PACTO Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Nueva York, 16 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia citada

CHILE

- CORTE Suprema, 6 de junio de 2006, Rol N° 350-06.
- TERCERA Sala de la Corte Suprema, 5 de enero de 2016, Rol N° 5760-2015.
- TERCERA Sala de la Corte Suprema, 2 de junio de 2015, Rol N° 4390-2015.
- SEGUNDA Sala de la Corte Suprema, 7 de noviembre de 2017, Rol N° 11.486-2017.

MÉXICO

- PLENO de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 22 de junio de 2020, Amparo Directo en Revisión 3584/2017.
- PRIMERA Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 23 de enero de 2013, Amparo Directo en Revisión 517/2011.

PRIMERA Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, marzo de 2015, tesis 1a. CXI/2015 (10a.).

INTERAMERICANA

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia del 2 de febrero de 2001, Serie C No. 72. Baena Ricardo vs Panamá.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 100/01 del 11 de octubre de 2001. Caso N° 11.381. Milton García Fajardo y otros Vs. Nicaragua.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Informe N° 124/06 27 de octubre de 2006, Caso N° 11.500, Tomás Eduardo Cirio vs Uruguay.

COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, Informe No. 43/04 de 13 de octubre de 2004, Caso 306/99, Yamileth Rojas Piedras v. Costa Rica.

Los desórdenes mentales en el Código Penal chileno: un estudio sobre la inimputabilidad

*José Manuel Fernández Ruiz**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objetivo enriquecer la comprensión de la imputabilidad, específicamente, conceptualizando los desórdenes mentales, examinando sus clases e identificando las capacidades agenciales que afectan y que son cruciales para poder establecer que una persona es inimputable. Cumplir este objetivo exige reinterpretar el artículo 10 N° 1 del Código Penal chileno. Argumento que este precepto debe ser comprendido de manera que le permita cumplir la función que le corresponde: excluir la culpabilidad cuando el sujeto no posee las capacidades necesarias para una conducta culpable. Propondré una distinción clave entre distintos tipos de desórdenes mentales que le permitirá a dicho precepto cumplir esta función crítica en un derecho penal de la culpabilidad.

Desorden mental; inimputabilidad; razonamiento práctico

Mental disorders in the Chilean Criminal Code: a study on culpability

ABSTRACT

The purpose of this work is to enrich the understanding of culpability, specifically, conceptualizing mental disorders, examining their classes, and identifying the agential capacities that they affect and that are crucial to establishing that a person is culpable. Meeting this goal requires reinterpreting Article 10 N° 1 of the Chilean Criminal Code. I argue that this precept must be understood in a way that allows it to perform its proper function: excluding culpability where the subject does not possess the necessary capacities to act culpably. I will propose a key distinction between different types of mental disorders that will allow said precept to fulfil this critical function for a criminal law of culpability.

Mental disorder; culpability; practical reason

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, Toronto University, Canadá. Doctor en Derecho, Glasgow University, Escocia. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Penal, Universidad Alberto Hurtado, e Investigador Asociado VIODEMOS (ANID – Programa Iniciativa Científica Milenio – Instituto Milenio para la Investigación en Violencia y Democracia, VIODEMOS). ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7046-3420>. Correo electrónico: jmfernandez@uahurtado.cl

Agradezco a los revisores anónimos de la revista por sus observaciones y comentarios. La versión final de este trabajo mejoró sustancialmente gracias a ello.

Artículo recibido el 1.9.2020 y aceptado para su publicación el 14.6.2021.

INTRODUCCIÓN

Esta investigación persigue introducir mayor complejidad en la discusión actual acerca de la inimputabilidad, específicamente cuando se basa en un desorden mental. En la literatura jurídico-penal chilena las discusiones pertinentes a la inimputabilidad se han mantenido por largo tiempo en un grado relativo de superficialidad. Esto ha permitido un considerable grado de consenso de las condiciones en donde la inimputabilidad excluye la culpabilidad¹, pero hay preguntas que no se han formulado y que son necesarias responder para una correcta interpretación de estas condiciones y el modelo que de ellas recepciona el sistema de justicia penal. En efecto, preguntas como, ¿qué es un desorden mental?, ¿qué capacidades afectan los desórdenes mentales?, ¿qué clases de desórdenes mentales regula el Código Penal chileno en atención a las capacidades que estos afectan?, no han sido formuladas por la literatura y sin una respuesta no parece aceptable estimar que el consenso existente se encuentra justificado. Desarrollar algunas respuestas a estas preguntas es el objetivo de la presente investigación. Esta persigue, en primer lugar, conceptualizar qué son los desórdenes mentales. En segundo lugar, especificar las capacidades que estos afectan y cuya ausencia es necesaria para establecer la inimputabilidad. En tercer lugar, elaborar una distinción entre diversos tipos de desórdenes mentales y que se propone es recepcionada por el art. 10 n° 1 del Código Penal (en adelante CP).

En atención a sus objetivos, la investigación se estructura de la siguiente manera: en la primera sección identifico el tipo de capacidades que característicamente carece quien es inimputable por causa de un desorden mental y, tentativamente, cómo estas son recepcionadas por el CP chileno. En la segunda sección conceptualizo lo que es un desorden mental e identifico los casos de inimputabilidad regulados por el art. 10 n° 1 del CP, introduciendo la distinción entre caracterizar un desorden mental como *condición* y como *estado*. En la tercera sección y final exploro la historia de la locura en general para justificar la afirmación que el CP incorpora a las nociones de *estado* y *condición*, para ello seguiré la narrativa desarrollada por la teoría histórica social y crítica.

I. LA CARENCIA DE “RAZÓN” Y LAS CAPACIDADES PARA LA CONDUCTA IMPUTABLE

En la doctrina y la jurisprudencia penal chilena hay consenso respecto de cómo se entiende la imputabilidad, concretamente y en una sentencia habitual se la define como “la capacidad de conocer lo injusto y de determinarse según ese conocimiento...”².

¹ Por culpabilidad, entiendo a grandes rasgos la capacidad de la persona para ser un sujeto apropiado de reproche penal, véase SCANLON, 2008. Para este fin, la persona debe tener, al menos, las capacidades que se requieren para poder evitar infringir la prohibición o mandato prescrito por la legislación penal. Para un enfoque afín véase MAÑALICH, 2014.

² BUSTOS, 1994, p. 517; ETCHEBERRY, 1997, p. 278; POLITOFF, 1997, p. 526; KÜNSEMÜLLER, 2001, p. 180; GARRIDO, 2003, p. 205; POLITOFF *et al.*, 2003, p. 294; CURY, 2005, p. 402; COUSO, 2006, p. 153; VARGAS, 2011, p. 169; NÁQUIRA, 2015, pp. 518-520.

También hay consenso en el efecto de la falta de imputabilidad, a saber, que la consecuencia jurídico penal de una conducta típica y antijurídica de una persona inimputable no puede ser la pena, sino la medida de seguridad cuando el sujeto es considerado, adicionalmente, peligroso de acuerdo con el art. 455 del Código Procesal Penal (en adelante CPP). Es llamativo que la doctrina no haya dicho mucho más sobre aquello en qué consiste la inimputabilidad, específicamente las capacidades que se supone que carece el inimputable y los desórdenes mentales que causan la pérdida o disminución de dichas capacidades³. Esto, sobre todo atendiendo a que han pasado casi 150 años desde la incorporación del art. 10 n° 1, a que el conocimiento científico ha avanzado sustantivamente en el estudio del cerebro, a que la psiquiatría es hoy una disciplina rigurosa, y a que el sistema jurídico y la ciudadanía son muy diferentes a los de aquella época, tanto por razones demográficas, culturales y como por las instituciones chilenas y el diseño de su modelo político y burocrático.

En general, es posible identificar al menos 4 supuestos de inimputabilidad regulados por el CP, dos de estos no serán objeto de esta investigación y que están vinculados a la edad del sujeto activo del delito⁴. En contraste, como veremos con mayor detalle en esta sección, el fundamento de la inimputabilidad de las personas que tienen un desorden mental radica en que no son suficientemente competentes en nuestras interacciones sociales. Las personas inimputables tienen disminuidas las capacidades que los habilitan para ser competentes socialmente y el origen de dicha inhabilidad es el desorden mental, del que dichas personas no son responsables. En otras palabras, las personas inimputables no son responsables de la carencia de las capacidades que los/las habilitan en las interacciones sociales, porque esta es causada por un desorden mental. La dificultad reside en establecer si el art. 10 n° 1 se refiere efectivamente a estas capacidades, de modo de afirmar que estas rigen (o deben regir) el establecimiento de la inimputabilidad en el proceso penal.

La propuesta es que el art. 10 n° 1 sí hace referencia a estas capacidades. Para hacer plausible esta afirmación debemos seguir dos pasos. En primer lugar, hay que distinguir dos clases de casos regulados por este precepto: (1) la privación total de razón por causa independiente de la voluntad y (2) la locura o demencia. En segundo lugar, hay que asignar una particular función a los términos “privación de razón”⁵ para la interpretación del art. 10 n° 1. A saber, los términos “privación de razón” permiten interpretar todas las clases de casos (casos tipo (1) y tipo (2)) regulados por el art. 10 n° 1, porque su función es identificar los tipos de capacidades que el sujeto inimputable carece⁶. Es decir, no es

³ Una excepción a esto es NÁQUIRA, 2015, pp. 538-548. No obstante, Náquira no profundiza en el tipo de capacidades que los desórdenes mentales afectan, sino que enumera sus características centrales y sintomatología.

⁴ Estos son los supuestos de los menores de 14 años (que son absolutamente incapaces de responsabilidad penal) y los mayores de 14 pero menores de 18, y respecto de los/las cuales se estima que aún no han alcanzado el grado de desarrollo cognitivo, volitivo y emocional suficiente para considerarlos/las plenamente responsables.

⁵ La controversia sobre si estos términos incluyen o no la *actio libera in causa* la examino en AUTOR, 2021.

⁶ En un sentido similar, ETCHEBERRY, 1998, p. 280.

que solo el sujeto “loco o demente” esté privado de razón, sino que cualquiera que sea el tipo de inimputabilidad, para excluir la culpabilidad, esta debe ser una forma total de privación de razón. Veamos entonces con mayor detalle el significado de estos términos.

En principio, la doctrina está relativamente de acuerdo en que no es correcto interpretar “privación de razón” como una privación exclusivamente referida a la carencia de una capacidad cognitiva⁷. La razón por la que esta interpretación sería incorrecta se basaría en la conclusión a la que se llega. Si por “privación de razón” solo puede comprenderse la carencia de una capacidad cognitiva, entonces de ello se seguiría que la incapacidad volitiva, de acuerdo a la cual el sujeto no es capaz de “conformar su comportamiento a su comprensión como uno antijurídico”, no calificaría como instancia de inimputabilidad. Si bien el resultado de esta interpretación es correcto, la fundamentación no es completamente satisfactoria. En efecto, no ofrece explicación alguna del porqué las incapacidades volitivas, como por ejemplo las que se manifiestan en la adicción⁸, deben ser comprendidas como una instancia de “privación de razón”. Después de todo, el adicto no tiene, en principio, una incapacidad para conocer que lo que hace esta prohibido. Si el legislador se refiere inequívocamente a la carencia total de “razón”, ¿por qué debemos interpretar el término “razón” como refiriéndose no solo a la carencia de capacidades cognitivas sino, además, de capacidades volitivas?

Una explicación satisfactoria, entonces, debe explicitar en qué sentido la incapacidad volitiva puede considerarse como un caso de “privación de razón”. La interpretación que propongo es que “privación de razón” no es equivalente a “incapacidad cognitiva”. La incapacidad cognitiva parece estar adecuadamente capturada en la referencia a las capacidades que se requieren para poder afirmar que una persona, digamos X, puede conocer el significado de la antijuridicidad de su conducta. Pero los términos “privación de razón” tienen un significado más amplio, referido al tipo de capacidades que afectan los desórdenes mentales, a saber, aquellas que tradicionalmente nos reconocemos recíprocamente como definitorias de la agencia individual. Más específicamente, la privación que el inimputable experimenta es la capacidad de razonar prácticamente⁹, es decir, la capacidad de establecer “planes” para el futuro¹⁰. En principio, si esta capacidad se ve comprometida, esto significa que la persona se vuelve incapaz de formar planes para su futuro próximo y distante, satisfacer sus deseos y elegir los medios para satisfacerlos¹¹. Esta capacidad para razonar prácticamente es el aspecto determinante que explica por qué el sujeto afectado por un desorden mental es inimputable: ya que no razona correctamente a causa de un desorden mental, no expresa en su conducta las capacidades que

⁷ Interpretación que la doctrina chilena correctamente rechaza, véase CILLERO, 2011, p. 184.

⁸ Acerca de estas incapacidades véase SEBANZ y PRINZ, 2006.

⁹ MOORE, 1984, pp. 9-34. Esta capacidad de razonar prácticamente, no obstante, debe comprenderse en un sentido muy amplio, véase la nota a pie n° 13.

¹⁰ SCHOPP, 1991, pp. 197-203. Esta concepción de la racionalidad práctica es desarrollada por BRATMAN, 1989.

¹¹ En general, de este mismo tipo de incapacidades las legislaciones comparadas fundamentan la inimputabilidad, véase SAFFERLING, 2014, pp. 654-677.

se requieren para considerarlo como un agente que se autodetermina y que, por esta razón, puede ser responsable.

Esta interpretación de “pérdida de razón” como equivalente a pérdida de la “capacidad de razonamiento práctico” da cabida, entonces, tanto a incapacidades volitivas como cognitivas. En efecto, la causa de la afectación de la capacidad para razonar prácticamente puede deberse tanto a incapacidades cognitivas (como la incapacidad de saber que lo que se hace está prohibido¹²) como volitivas (como la incapacidad de poder controlar los propios deseos), por tanto, ambas incapacidades pueden operar excluyendo o disminuyendo la imputabilidad. De esta manera, podemos identificar con mayor precisión la justificación de los casos que en principio quedan regulados por el art. 10 n° 1 del CP, a saber, aquellos casos en que el sujeto no es imputable porque tiene un desorden mental que explica la carencia de habilidades cognitivas o volitivas que afectan la capacidad para razonar prácticamente. Cuando esto ocurre, es posible afirmar que no se dan las condiciones para establecer que la persona tiene las competencias suficientes para conducirse en su vida social¹³, en consecuencia, el sujeto no puede ser considerado como un agente característicamente autónomo y responsable. Esta interpretación es consistente con el consenso doctrinario chileno, en el sentido que la imputabilidad incluye dos tipos distintos de capacidades.

Sin embargo, la posición de la doctrina omite especificar lo importante, a saber, las incapacidades que fundamentan la inimputabilidad. La interpretación presente, por el contrario, demuestra el tipo de capacidad general al que responde la diferenciación entre incapacidades volitivas y cognitivas, y explica que es su carencia la que determina la falta de imputabilidad. Como veremos, la interpretación propuesta responde adecuadamente a la categoría de la culpabilidad y se justifica en ella como condición a satisfacer para establecer la responsabilidad penal. Pero, además, demuestra que esta capacidad no solo es algo predicable del caso de aquel que se encuentra privado “totalmente de razón”, sino que se trata de capacidades generales que pueden encontrarse excluidas o disminuidas en cualquier caso de desorden mental y, por tanto, son las mismas capacidades que los términos “locura o demencia” toman como referencia. Podemos concluir al respecto, entonces, afirmando que por “privación de razón” debemos entender la carencia de una

¹² Lo característico de la inimputabilidad es que la ausencia de este conocimiento es causada por un desorden mental, véase SCHOPP, 1991, pp. 33-34.

¹³ Hay evidencia empírica que sostiene que ser competente en nuestras prácticas sociales supone ser competente lingüísticamente, porque aquel que maneja correctamente un lenguaje es aquel que demuestra tener un determinado tipo de conocimiento práctico que solo se obtiene tomando parte activa en las prácticas sociales de una determinada comunidad, véase TOMASELLO, 1999, y TOMASELLO, 2014. Esta es la razón por la que la capacidad a la que me referí en la sección 1 de este trabajo debe ser entendida en un sentido amplio, al menos más amplio que la comprensión davidsoniana tradicional de la teoría de la acción, que entiende esta capacidad exclusivamente como la habilidad de la persona de guiar su conducta por deseos y creencias proposicionales. Sigo aquí una comprensión más amplia del razonamiento práctico que incorpora la noción wittgenstiana relativa a la capacidad de guiarse y seguir reglas, para la cual esta es una capacidad práctica lingüística no reducible al conocimiento proposicional del lenguaje, véase COLIVA, 2018, pp. 337-356.

capacidad irreducible a una capacidad cognitiva¹⁴, sino que se refiere tanto a aspectos cognitivos como volitivos, y que se aplica tanto a los casos de “locura o demencia” como a los casos de “privación total de razón por causa independiente de la voluntad”.

Esta propuesta para comprender los tipos de casos (1) y (2) como instancias de la carencia de la capacidad de razonamiento práctico permite despejar un problema interpretativo. El problema consiste en la identificación automática del caso tipo (2) con la permanencia del desorden mental y del caso tipo (1) con su transitoriedad. Esta identificación es una tendencia problemática que exhibe la doctrina¹⁵, y constituye un error importante porque, como veremos en la sección siguiente, ni la permanencia ni la transitoriedad del desorden mental especifican el grado de afectación de las capacidades necesarias para la conducta culpable. Tanto el caso tipo (1) como (2) pueden conducir a la inimputabilidad completa como reducida, porque lo relevante es si la capacidad está afectada de forma “total” o no. Es decir, para excluir completamente la imputabilidad el desorden mental debe ser “total”, pero no en el sentido que hay que constatar la permanencia del desorden mental. El que el desorden sea “total” materializa las condiciones en las que una persona no puede ser considerada culpable, y es total cuando el desorden es lo suficientemente grave como para concluir que el sujeto no es apto para ser socialmente competente porque carece de las habilidades básicas de razonamiento práctico. Al evaluar la inimputabilidad, entonces, debe establecerse que la persona no posee las capacidades requeridas para una conducta culpable, y para ello no es indispensable saber si su condición es permanente o episódica, sino determinar si el desorden mental causa o no una pérdida total de dichas capacidades.

II. CONCEPTO DE DESORDEN MENTAL Y LA DISTINCIÓN ENTRE ESTADO Y CONDICIÓN

Una vez identificadas las incapacidades que un sujeto no debe poseer para su caracterización como inimputable, y como se propone que el CP las recepciona, emerge una concepción amplia de las causas de la inimputabilidad reguladas por el art. 10 n° 1 del CP que podemos denominar como “desórdenes mentales”. Ahora bien, hay varias formas alternativas de denominación pero, en general, estas presentan problemas que impactan en su plausibilidad y conducen a su rechazo. En primer lugar, deben rechazarse los términos “enfermedad mental”. Si el término “enfermedad” alude a una patología entonces

¹⁴ Acertadamente NÁQUIRA, 2002, p. 106 y CILLERO, 2011, p. 187.

¹⁵ ETCHEBERRY, 1997, p. 285 “...si se trata de una privación permanente, estamos en el campo de la locura o demencia...”; GARRIDO, 2003, p. 218 “...es un proceso patológico ...que trae como resultado una intensa alteración de la personalidad del paciente, con cierta permanencia”; CURY, 2005, p. 423 “...la diferencia entre las enfermedades mentales y la privación total de razón debería encontrarse solo en el carácter más o menos permanente de aquellas...”; VARGAS, 2011, p. 169 “...los locos o dementes suponen privaciones de razón totales, que se distinguen de ese segundo supuesto en la permanencia o no del estado”; NÁQUIRA, 2015, p. 535 “...la expresión “loco o demente”, empleada por la ley penal... [implican] verdaderos estados de alienación de carácter permanente”.

la enfermedad involucra la posesión de una disfuncionalidad biológica. Sin embargo, hay muchos trastornos mentales que no tienen una base en la biología del cerebro. De hecho, la doctrina mayoritaria se inclina aquí por seguir el modelo “mixto”¹⁶, el que precisamente rechaza comprender los supuestos del art. 10 n° 1 del CP exclusivamente en términos de la posesión de una patología. Esta es una razón para desechar esta primera acepción. En segundo lugar, también deben rechazarse los términos “enajenación mental”, como sugiere Cury¹⁷. Si bien el CPP utiliza estos términos en los arts. 455 y siguientes, no es correcto que las medidas de seguridad solo se aplican al enajenado mental entendiéndolo como aquel que es “loco o demente” y que tiene un desorden mental permanente. Las medidas de internación, de tratamiento y custodia dependerán de la gravedad del delito, de la peligrosidad y de la seriedad del desorden mental independientemente que este último sea, llegado el caso, transitorio.

Una tercera acepción, recientemente propuesta por Carrasco y Maffioletti¹⁸, utiliza los términos “trastorno mental”. Si bien, en principio, no parece haber diferencias semánticas con los términos “desorden mental” que yo propongo, me parece que en atención al tipo de capacidad que consideran central para efectos de la inimputabilidad, el “juicio crítico”, los autores reducen su significado a casos como podrían ser el padecimiento de esquizofrenia, demencia o Alzheimer. En efecto, los autores consideran que lo central para establecer la inimputabilidad por causa de un trastorno mental es la incapacidad de juicio crítico, es decir, aquella capacidad “... del sujeto que le permite distinguir entre el origen intrapsíquico del origen extrapsíquico de sus percepciones, sensaciones o vivencias, distinguir entre el yo y el no-yo, demostrando poder evaluar la realidad de una forma realista”¹⁹. Sin embargo, estos no son todos los casos regulados por el art. 10 n° 1. Típicamente ni el psicópata²⁰ ni quien tiene un retraso mental severo carece de dicha capacidad de evaluar la realidad de forma “realista”, pero un derecho penal de la culpabilidad fundado en las condiciones que hacen apropiado el reproche, exige determinar si estas personas son imputables o no y en qué medida, y no deberían quedar fuera de esta evaluación solamente porque su condición les permite satisfacer en cierta medida el juicio crítico.

En contraste, la noción amplia de “desorden mental” basada en distintas incapacidades de razonamiento práctico puede darles cabida a estos casos, y, por tanto, considerar indispensable su evaluación para determinar la imputabilidad. Ahora bien, todavía no se ha contestado la pregunta acerca de qué es un desorden mental. Para responder a ello sigo la definición que entrega el Manual DSM-5: “Aunque ninguna definición puede capturar todos los aspectos de todos los desórdenes en el rango contenido en el DSM-5, se requieren los siguientes elementos: un desorden mental es un síndrome caracterizado por perturbaciones clínicamente significativas en la cognición, la regulación

¹⁶ CILLERO, 2011, pp. 183-185.

¹⁷ CURY, 2005, p. 418.

¹⁸ CARRASCO y MAFFIOLETTI, 2016, p. 105.

¹⁹ CARRASCO y MAFFIOLETTI, 2016, p. 112.

²⁰ Para el debate sobre la responsabilidad penal del psicópata, véase MALATESTI y MACMILLAN, 2010.

de las emociones o el comportamiento de un individuo que refleja una disfunción en los procesos psicológicos, biológicos o de desarrollo que subyacen al funcionamiento mental. Los desórdenes mentales generalmente se asocian con un malestar o discapacidad importante en actividades sociales, ocupacionales u otras actividades importantes. Una respuesta esperada o aprobada culturalmente a una fuente de estrés o pérdida, como la muerte de un ser querido, no es un desorden mental. Los comportamientos socialmente desviados (por ejemplo, políticos, religiosos o sexuales) y los conflictos que se producen principalmente entre el individuo y la sociedad no son desórdenes mentales, a menos que la desviación o el conflicto sean el resultado de una disfunción en el individuo, como se describió anteriormente²¹”.

No obstante, la amplitud y cierta vaguedad en la definición de lo que es un desorden mental, la caracterización del DSM-5 para nuestra investigación es suficiente. Especialmente importante es el reconocimiento que el desorden mental no se explica únicamente en una disfunción orgánica del cerebro, sino que hay algún aspecto del ser humano que es apreciado como disfuncional porque “... 2. No funciona de la manera establecida y enseñada de acuerdo a la cultura... 3. No funciona en la forma en que la persona pretende, de acuerdo con sus necesidades y valores, y tal como ella los ve”²². Es decir, lo que explica un desorden mental puede estar determinado por el contexto social y cultural. Respecto de esta concepción es posible desarrollar una reinterpretación de las variedades de desórdenes mentales regulados por el art. 10 n° 1, los casos tradicionalmente comprendidos como tipo (1) y tipo (2). Esta reinterpretación toma como base la distinción entre la noción de *estado* versus *condición* mental y que es necesaria para su reconstrucción racional²³. Básicamente, en el *estado*, el desorden mental implica que el sujeto, al menos para nuestras prácticas de responsabilidad en sentido amplio y de responsabilidad penal en sentido restringido, es comprendido en general en sus interacciones con otros como una persona no reconocible como un agente en toda su expresión. En la *condición*, el sujeto a pesar de tener un desorden mental es comprendido en general como un agente.

Podría objetarse que esta propuesta no involucra más que un mero cambio terminológico respecto de los casos tipo (1) y (2), pero estos no son extensionalmente equivalentes a la distinción entre *estado* y *condición* porque esta distinción se construye de manera diferente a la idea de permanencia y transitoriedad a la que adhiere la doctrina chilena. Para la literatura chilena, si una persona X es catalogada como un caso tipo (2) debería concluirse que necesariamente tiene un desorden permanente que excluye siempre la imputabilidad. El problema es que, en la medida que se correlacione la permanencia del desorden con la completa ausencia de razonamiento práctico, se dejaría fuera de

²¹ AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013, p. 20.

²² BOLTON, 2013, p. 443. De manera similar, el manual ICD-11 elaborado por la OMS también reconoce el carácter cultural de ciertos desórdenes mentales, véase GAEBEL *et al.*, 2017, p. 180.

²³ Del método de la “reconstrucción racional”, véase MACCORMICK, 2005, pp. 29-32. Como precisión, cito este trabajo de MacCormick porque en esta oportunidad se distancia de su previa concepción de reconstrucción racional elaborada por él, contrástese con MACCORMICK *et al.*, 1991, pp. 18-24.

consideración supuestos que podrían quedar regulados por (2). En efecto, los supuestos del psicópata²⁴ y el retraso mental severo²⁵, que la literatura penal excluye como casos de inimputabilidad completa, si bien son permanentes no tienen necesariamente el grado de afectación de sus capacidades de razonamiento práctico para considerarlas completamente ausentes. No obstante, el grado de afectación de dichas capacidades sí podría determinar la inimputabilidad del psicópata y la de quien tiene un retraso mental severo. Podría pensarse entonces que estos quedarían regulados por el caso tipo (1), pero esto no sería consistente con la tesis que allí se regulan exclusivamente desórdenes mentales transitorios. Darle cabida a este tipo de supuestos es necesario en un derecho penal de la culpabilidad y ello exige del intérprete una comprensión flexible de los casos tipo (1) y (2). Este es precisamente el propósito de introducir la distinción entre *estado*²⁶ y *condición*: cambiar el foco de atención desde la transitoriedad/permanencia del desorden a las condiciones por las que la persona debe ser considerada inimputable.

La distinción entre *estado* y *condición* no determina por sí misma, a diferencia de la comprensión tradicional de los casos tipo (1) y (2), que el sujeto sea inimputable. En efecto, he afirmado previamente que el criterio para excluir la imputabilidad es que el desorden mental sea “total”, es decir, solo si el *estado* o la *condición* es total puede excluirse la aplicación de la pena. Si bien es complejo establecer cuándo un desorden mental es total, hay una comprensión general que permite especificar cuando ello ocurre y que es desarrollada por el filósofo PF Strawson en los términos de las perspectivas que denomina *participante* o *reactiva* versus la perspectiva *terapéutica* u *objetivante*. He afirmado anteriormente que una persona interpretada como agente es aquella que es socialmente competente, lo que desde un punto de vista strawsoniano significa que la persona entiende las prácticas sociales en que toma parte y, en especial, comprende las relaciones sociales que forja y constituye con otros. Strawson pone de relieve que en esta comprensión ocupa un lugar central las intenciones y creencias de los otros/as, y cómo nuestras propias intenciones y creencias dependen de lo que creemos que los otros/as tienen la intención de hacer o decir²⁷. Strawson se enfoca en la actitud que expresan las acciones de los otros/as²⁸ y cómo las entendemos, porque no es lo mismo si X le pega a Y en la cara para aplastar una araña peligrosa que estaba muy cerca de picarle, que si X le pega a Y sin razón alguna. Nótese, dice Strawson, que el grado de dolor puede

²⁴ La literatura penal chilena considera que el psicópata solo tiene disminuida su imputabilidad, véase GARRIDO, 2003, p. 218. Hay que resaltar que esta literatura no considera la gran variedad de casos semejantes al del psicópata, para un examen de estos otros casos véase BARLETT, 2010.

²⁵ En general la literatura penal chilena solo considera como inimputable al “oligofrénico”, ETCHEBERRY, 1997, p. 281; GARRIDO, 2003, p. 281, POLITOFF *et al.*, 2003, p. 300; en contra NÁQUIRA, 2015, p. 540.

²⁶ Nótese que tanto una persona que tiene un retraso mental moderado como alguien que padece Alzheimer tienen un desorden mental caracterizable como *estado*. A pesar de lo anterior, aquel que tiene un retraso mental moderado todavía es considerado parcialmente como participante, a diferencia de la persona que tiene un estado avanzado de Alzheimer, y por esta razón puede ser considerado como responsable.

²⁷ STRAWSON, 2008, p. 5.

²⁸ STRAWSON, 2008, p. 5.

ser el mismo en ambos casos, pero en el primer caso Y podría sentirse agradecido, pero no en el segundo.

Este tipo de sentimientos y emociones que se generan como respuestas apropiadas a las acciones realizadas con distintos estados intencionales, constituye lo que Strawson denomina *actitudes reactivas*. Lo que estas actitudes tienen en común es que hacen que, por ejemplo, en el primer caso, la actitud de Y, de agradecimiento, sea en cierta medida apropiada a la agencia desplegada por X. Uno pudiera preguntar aquí, ¿qué tiene que ver todo esto con los desórdenes mentales? La respuesta es que los casos de desórdenes mentales son precisamente aquellos en que el significado de las actitudes que podemos tener en respuesta a la conducta de Y son, de alguna manera, inapropiadas. Si Z es quien mata la araña porque Z, bajo una alucinación, le pega a X en la cara porque pensaba que un fantasma se lo iba a comer, la reacción de Y, tanto de agradecimiento como de enojo, sería inapropiada. Si Y comprende el significado de las razones que llevaron a Z a desplegar su conducta, su actitud reactiva inicial de enojo, ciertamente debería tender a modificarse cuando Y entiende que dichas razones estaban causadas en un desorden mental²⁹.

La concepción de Strawson acerca de la importancia de estas perspectivas facilita entender que, así como la diferencia entre tratar a una persona de forma *reactiva* versus *objetivante* es una de grado, el *estado* y la *condición* también lo son. En efecto, el *estado* y la *condición* son una cuestión de grado y para establecer si disminuyen o excluyen la culpabilidad deberá apreciarse cómo y en qué medida el desorden mental perjudica al sujeto en sus interacciones sociales cotidianas, tal como lo presupone el Manual DSM-5. Esta comprensión del desorden mental que diferencia entre *perspectiva participante* y *perspectiva terapéutica*, evita comprender a quien tiene un desorden mental como un simple objeto de técnicas terapéuticas. La comprensión de Strawson enfatiza que, después de todo, se trata de un cambio de perspectivas que puede revertirse cuando quien tiene un desorden ha recuperado sus capacidades agenciales. Asimismo, es consistente con la identificación de casos intermedios como el del psicópata y el retraso mental severo, en que la perspectiva participante y terapéutica se entremezclan. Por último, demuestra consistencia con los manuales DSM-5 y ICD-11 y la doctrina mayoritaria³⁰ que de alguna manera rechaza la idea que el desorden mental se pueda reducir a una patología orgánica³¹. Puede haber, en definitiva, desórdenes mentales aun cuando no exista una afectación de la estructura orgánica del cerebro, y así como el Alzheimer, los “pacientes” pueden transitar desde no tener inconvenientes para manejarse de manera competente en su vida cotidiana, a casos en que dicha capacidad está completamente ausente.

Por último, es necesario responder brevemente a otras objeciones. No es una objeción contra la diferenciación propuesta que esta sea imprecisa. En efecto, esto no se sigue de la clasificación sino de la diversidad de los desórdenes mentales que existen.

²⁹ STRAWSON, 2008, p. 9.

³⁰ Véase NÁQUIRA, 2015, p. 514-518.

³¹ La visión reductivista se aprecia en la influyente definición de enfermedad como fenómeno bioestadístico, véase BOORSE, 2011 pp. 13-64.

Ciertamente hay casos en que es difícilmente categorizable el desorden como *estado* o *condición*, pero, además, hay otros en que hay un tránsito temporal desde la *condición* hacia el *estado*, como el caso de la demencia. También aparece que esta diferenciación depende en cierta medida de la posibilidad de considerar un desorden como tratable, porque ciertamente una medicina que suprima la sintomatología del Alzheimer, aunque no haga desaparecer la *condición*, si podría hacer desaparecer el *estado* y, en consecuencia, la persona volver a ser considerada como un participante en nuestras prácticas sociales como agente autónomo y responsable. La presente investigación adopta la interpretación semiconstruccionista de la filosofía de la medicina, y no niega su integración con los modernos desarrollos de las ciencias cognitivas. En definitiva, la caracterización de un desorden como *estado* y *condición* depende entonces, en parte, del desarrollo de las ciencias cognitivas, terapéuticas³² y del propio contexto social y cultural en que la persona se desenvuelve, y es precisamente esta diferencia la que permite reinterpretar de manera más apropiada los casos tipo (1) y casos tipo (2).

III. TRÁNSITO DEL DESORDEN MENTAL COMO ESTADO A CONDICIÓN EN EL CÓDIGO PENAL

En esta sección se plantea una explicación histórico-social de la distinción entre un desorden mental caracterizable como *estado* y como *condición* en el CP chileno. Esta revela por qué nuestra doctrina y jurisprudencia continúan apegadas a una comprensión del *estado* como si este fuera inherentemente total, en el sentido que siempre excluye la imputabilidad. Ello se debe, como veremos, a que caracterizar un desorden mental como *condición* es un desarrollo bastante moderno en las ciencias de la psiquiatría. Esto se revela, tímidamente, en la introducción del art. 10 del CP chileno y en la obra de Pacheco, porque esta exhibe precisamente el problema de identificar el *estado* con la exclusión de la imputabilidad. Pacheco se esfuerza por interpretar el art. 8 del CP español para diferenciar el caso del “loco o demente”, que él entiende que siempre es inimputable, de aquellos casos en que el sujeto solo está privado temporalmente de razón³³. Es precisamente esta inflexibilidad del art. 8 del CP español la razón por la cual el CP chileno incorpora el caso tipo (1) “Puesto en discusión el art. 10, aceptado en general el principio establecido en el num. 1.º del art. 8.º del Código español que servía de base, el señor Altamirano opinó porque se diese más latitud a su prescripción comprendiendo otros varios casos análogos como el del sonámbulo”³⁴. Es decir, el considerar necesariamente

³² Este semiconstruccionismo es una influyente línea de pensamiento en la filosofía de la psiquiatría y la psiquiatría aplicada, los trabajos de Bolton y Wakefield son paradigmáticos aquí, véase a modo de resumen BOLTON, 2014, y WAKEFIELD, 2014.

³³ Acertadamente PACHECO, 1881, p. 131-133.

³⁴ ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, p. 8.

como inimputable a una persona calificada como “loco o demente” es lo que aparentemente lleva al legislador chileno a incorporar los casos tipo (1)³⁵.

Consideremos adicionalmente la noción de intervalos lúcidos en el CP de 1874. Esta noción, abandonada en la ciencia moderna³⁶, parecía plausible en un estado incipiente del desarrollo de la psiquiatría. De hecho, la noción de “intervalo lúcido” aparece en el siglo XIX asociada a la situación de mejoría³⁷, no a la idea de un tratamiento de la enfermedad mental. Cuando la persona aparentemente mejoraba el desorden mental se consideraba disminuido, y tal situación se calificaba como un intervalo lúcido. Naturalmente, esta forma de entender el desorden mental solo podía tener sentido si se comprendía como un desorden caracterizado como *estado*³⁸. Ya que se trataba del desarrollo incipiente de la medicina en general y la psiquiatría como una de sus especialidades, parecía plausible incorporar la noción de intervalo lúcido. Desde un punto de vista strawsoniano, si el sujeto efectivamente mejoraba su *estado*, entonces podía entenderse como encontrándose en un intervalo lúcido, y sus interacciones podían interpretarse como la de un *participante*, y por tanto, aparecía como un agente responsable de sus actos.

Hay un tránsito histórico desde la comprensión del desorden mental como un *estado* hacia incluir el desorden mental como una *condición* y que se expresa en la historia institucional chilena. Lo que parece explicar este tránsito es la tardía comprensión de la noción de tratamiento de los desórdenes mentales, como esto se expresa en una determinada forma de las instituciones de salud y por esta razón cómo es recibida desde el punto de vista del sistema jurídico penal. Es decir, hasta hace poco, posiblemente desde después de la década de 1940 en Chile, la concepción del desorden mental no distaba sustantivamente de la comprensión medieval: como una enfermedad incurable. Como *estado* incurable, el desorden mental sujetaba a los asilos a una comprensión peculiar. Ciertamente, no se puede comprender la institución de los asilos como lugares de tratamiento si se considera el desorden mental como un *estado*, es decir, como una enfermedad incurable. Vistas las cosas desde un punto de vista strawsoniano, bajo la comprensión medieval, los asilos parecían ser otro lugar más de aquellos donde se abandonaba a quien no se esperaba que pudiera regresar a la perspectiva de *participante*. En otras palabras, en el siglo XIX, durante el que se introduce el art. 10, la comprensión de tratamiento

³⁵ Es ciertamente correcto que al introducir el caso tipo (2) el legislador pretendía dar más laxitud interpretativa a la jurisprudencia, pero esto lo hace por el entendimiento previo que las expresiones “loco o demente” se refieren exclusivamente a una situación patológica permanente que elimina completamente la imputabilidad de la persona. Agradezco a uno/a de los/las árbitros la necesidad de aclarar este punto.

³⁶ Las ciencias cognitivas modernas comprenden los intervalos lúcidos en términos de “fluctuaciones cognitivas” y los estudios empíricos reducen su ocurrencia a ciertos casos de demencia (vascular y Levy) y el Alzheimer, y consideran que, dada su corta duración, de segundos a un par de minutos, y las capacidades que afectan, la capacidad de alerta y atención, y no la memoria, la noción de intervalo lúcido debería abandonarse, véase SHULMAN *et al.*, 2015, pp. 287-292. En consecuencia, como los términos “intervalo lúcido” no se refieren a ningún tipo de evento no deberían generar efectos jurídico-penales, lo que coincide con la posición de la doctrina mayoritaria, véase CILLERO, 2011, p. 191-194, disintiendo NÁQUIRA, 2015, p. 529.

³⁷ BERRIOS, 2012, p. 21.

³⁸ BERRIOS, 2012, p. 21.

y cura de la enfermedad mental no había sido completamente desarrollada en los países que lideraban las investigaciones en medicina, y por cierto, no en Chile.

Estos breves datos históricos ilustran preliminarmente algo importante: que la historia del art. 10 se enmarca en una narrativa general de la evolución de la comprensión del desorden mental. Desde luego, no es posible desarrollar con profundidad aquí esta evolución, pero tampoco es necesario. Lo relevante para esta sección es enfatizar que hay un tránsito en la concepción del desorden mental como *estado* hacia la inclusión de la *condición*, y que en este tránsito es fundamental la emergencia de la noción de tratamiento o cura. Foucault narra esta evolución con particular lucidez, porque precisamente aborda en su investigación las primeras formas de respuesta social hacia el desorden mental entendido como *estado*. Foucault básicamente inicia su investigación conectando la respuesta social a la locura con la respuesta social a la lepra, concibiendo ambas como prácticas de exclusión social. Desde su punto de vista, le parece algo más que llamativo que haya sido simultáneo en Europa el desaparecimiento de los leprosarios y el surgimiento de los asilos para las personas con desórdenes mentales, lo que, de acuerdo con Foucault, inicia a fines de la Edad Media. La premisa de Foucault es que categorizar a una persona como alguien que tiene, o sufre, un desorden mental, conlleva una respuesta social que cumple ciertas funciones sociales.

Para Foucault, la respuesta social a la locura, a fines de la Edad Media, estaba asociada originalmente con el pensamiento cristiano del pecado y con el control social de la sinrazón. Sin embargo, con posterioridad, la respuesta social se orienta a la legitimación de la psiquiatría³⁹ como profesión erigida en “guardián” de los peligrosos, los peligrosos excluidos detrás de las murallas del asilo: “La lepra desapareció, el leproso desapareció, o casi, de la memoria; pero estas estructuras permanecieron. A menudo, en estos mismos lugares, las fórmulas de exclusión serán repetidas, extrañamente similares dos o tres siglos después. Los pobres, vagos, los delincuentes y las ‘mentes trastornadas’ tomarán el papel del leproso, y veremos qué salvación se esperaba de esta exclusión, para ellos y para aquellos que los excluyeron también. Con un significado totalmente nuevo y en una cultura muy diferente, las formas se mantendrán, esencialmente esa importante forma de una división rigurosa que es la exclusión social y la reintegración espiritual”⁴⁰.

Foucault tiene razón en que la práctica de los asilos, originalmente, porque heredó la función de los leprosarios, era una práctica de exclusión. Sin embargo, esta práctica de exclusión, entendida como la exclusión de la posición de *participante*⁴¹, data de mucho antes de la edad media. Ciertamente, durante el imperio Romano la locura se manejaba por la familia⁴², y esta forma de responder a los desórdenes mentales se prolongó, en términos generales, hasta fines de la edad media. Una de las razones aducidas por Foucault que explicaban esta respuesta familiar al manejo del desorden mental, era el

³⁹ FOUCAULT, 1990, p. 205.

⁴⁰ FOUCAULT, 1990, p. 7.

⁴¹ No obstante, es posible interpretar que desde el surgimiento de la psiquiatría no solo se han producido exclusiones, sino la inclusión de lo irracional dentro del cuerpo social, véase JONES, 2002, pp. 247-272.

⁴² PORTER, 2003, pp. 89-90; PIETIKAINEN, 2015, p. 82.

estigma social que generaba⁴³. La locura, hasta antes del fin de la edad media, permanecía escondida para evitar el estigma que generaba a la familia. La segregación y salida del cuidado familiar comienza a fines de la edad media y es una respuesta generalizada en el sentido que parecía haber un interés público en su regulación. En efecto, hay evidencia histórica de financiamiento por ciertas monarquías del cuidado de la persona con un desorden mental dentro de la familia en Inglaterra⁴⁴ e Italia⁴⁵, así como hay evidencia del tránsito del cuidado fuera de la familia en monasterios y algunas veces financiados centralmente en Europa y Asia durante el siglo XVIII.

La situación, en efecto, cambia radicalmente en Europa durante la Ilustración y el surgimiento incipiente de las ciencias médicas, en particular las primeras nociones de tratamiento desde el siglo XVIII. El asilo, como espacio de control de personas que aparece en esta época y de hecho creó la posibilidad de la emergencia de una nueva disciplina: la psiquiatría. Con el surgimiento de la psiquiatría y la aplicación sistemática del método científico a la explicación de las causas de un desorden mental, se aprecia un desarrollo o tránsito del abandono a la comprensión del asilo como lugar de abandono, a su comprensión como recinto de tratamiento. El tránsito no fue, sin embargo, lineal. En efecto, los historiadores describen el tránsito desde el abandono de la concepción medieval y el inicio de la esperanza del tratamiento con el avance del positivismo y la legitimidad del método científico, hasta el pesimismo⁴⁶ que inicia unas décadas antes del término del siglo XX y que se extiende durante una parte importante del siglo XX. Esta historia tiene, por tanto, retrocesos, idas y venidas. Esto es importante, porque precisamente la noción de tratamiento se inserta en un campo de interacciones sociales en que no siempre quien efectivamente tiene un desorden mental es caracterizado como tal. La historia ha demostrado un frecuente uso arbitrario de la noción de desorden mental, aplicado contra rebeldes, revolucionarios, o aquellos considerados inferiores. La psiquiatría y sus formas de tratamiento nunca han estado exentas de polémica.

Finalmente, durante el siglo XX se inicia un nuevo tránsito en el tratamiento del desorden mental, si bien no se abandona el asilo, sí aparecen nuevas formas de tratamiento que tienen por finalidad integrar al sujeto a su comunidad, y que no necesariamente pasan por su internación en un centro especializado. Desde luego, ello también significó un cambio en los tipos de tratamiento de los desórdenes mentales, por ejemplo, comienzan a abandonarse las técnicas de *shock* eléctrico. El caso de Hemingway es ilustrativo, porque es uno que marca, por lo público del acontecimiento, un cambio en la percepción de los efectos adversos que los tratamientos pueden tener en la vida de los pacientes: “La creciente depresión de Ernst Hemingway (1899–1961) lo llevó a ingresar a la Clínica Mayo en diciembre de 1960, donde recibió una serie de ECT [*electroshocks*]. Dado de alta

⁴³ FOUCAULT, 1990, p. 67.

⁴⁴ ROFFE y ROFFE, 1995, pp. 1708-1713.

⁴⁵ GUARNIERI, 2009, pp. 34-39.

⁴⁶ El tránsito desde la fe en el positivismo hacia el pesimismo varía de país a país, no obstante, en Europa este tránsito se sitúa entre mediados del siglo XIX e inicios del siglo XX, véase PLUMED y ROJO, 2015, pp. 1-17 en España, SHEPERD, 2016, pp. 413-491 en Francia, HARSIN, 1992, pp. 1048-1070 en Inglaterra.

a mediados de enero de 1961, su estado mental siguió siendo frágil hasta su readmisión en abril, cuando nuevamente fue tratado con más terapia de ECT. Dado de alta el 30 de junio, se suicidó dos días después, disparándose con una escopeta en la cabeza. Dejó atrás una denuncia de su tratamiento ‘Lo que estos doctores de shock no saben es acerca de los escritores ... y lo que les hacen ... ¿Cuál es el sentido de arruinar mi cabeza y borrar mi memoria, que es mi capital, y dejarme sin trabajo? Fue un tratamiento brillante, pero perdimos al paciente’⁴⁷.

En esta narrativa, aparece que el entendimiento de la locura o demencia como *estado* tiene lugar en un momento previo al desarrollo de la psiquiatría y su institucionalización dentro de la práctica de la medicina, y previo a la noción de tratamiento. Aparece, asimismo, una particular comprensión del desorden mental en la que se enmarca la concepción del legislador penal chileno tanto del *estado* como de los intervalos lúcidos, y que tiene su origen en los tiempos previos al positivismo científico, y, por tanto, previos a la parte final de la Ilustración. Es la época previa, propia del término de la Edad Media en que todavía se comprende el desorden mental como *estado* y en el que la respuesta social pareciera encaminarse primordialmente a la comprensión de los asilos como lugares donde las familias pueden controlar el estigma social. Respalda esta narrativa histórica el grado de desarrollo de las ciencias médicas y psiquiátricas en Chile a la época, y el surgimiento de sus primeros asilos. En efecto, en Chile el primer recinto para enfermos mentales se fundó en 1852, aunque la profesionalización de la medicina como carrera inicia unos años antes, en 1833⁴⁸. Más tardíamente aparece la carrera de psiquiatría ya institucionalizada como curso impartido por la Universidad de Chile, donde se inaugura en 1927⁴⁹. Este retraso en la profesionalización de la psiquiatría sugiere que la creación del recinto en 1852 se sitúa, a nivel discursivo, de manera similar a los recintos para desórdenes mentales de Europa, a saber, bajo la ideología medieval. En otras palabras, sin un cuerpo de profesionales con estudios relativamente profundos acerca de la psiquiatría y la enfermedad mental, los recintos en Chile parecen haber continuado bajo el alero de dicha ideología⁵⁰. Esto tiene sentido, porque la noción de tratamiento surge con la emergencia de las ciencias médicas en Europa y su desarrollo, lo que tiene lugar en una fecha posterior.

Como han evidenciado estudios de historia social de la psiquiatría⁵¹, es necesaria la emergencia de cuerpos profesionales para la formación de instituciones propiamente

⁴⁷ SCULL, 2015, p. 318.

⁴⁸ ARAYA, 2018, p. 149.

⁴⁹ ARAYA, 2018, p. 150. Pero el surgimiento de la carrera tampoco demuestra que a la fecha ya existía un número considerable de profesionales y un cuerpo médico profesionalizado que efectivamente posibilitara el tratamiento de los pacientes.

⁵⁰ La noción de tratamiento con miras a la cura, como afirma Scull, es un aspecto importante de la legitimación de la psiquiatría como disciplina, SCULL, 2006, pp. 129-130. En general, para el rol del control del conocimiento en los sistemas profesionales véase ABBOTT, 1988.

⁵¹ El hospital posiblemente más influyente en la historia europea de la psiquiatría fue el Salpetriere en Francia, donde Philippe Pinel y sus discípulos le dieron forma al tratamiento psiquiátrico de los enfermos mentales (MICALÉ, 1985). Esta “historia institucional” es importante porque hay evidencia en Chile que en

tales, como las instituciones de salud y por tanto las nociones de tratamiento. La historia europea de la que se asienta la estructura del Estado-Nación, modelo de organización política importado a Chile por los independentistas, y la evidencia histórica acerca de la evolución de las ciencias médicas en Chile a la psiquiatría, sugieren que el contexto en el que el art. 10 n° 1 tiene su origen, en 1873, estaba dominado por la ideología medieval, en que el desorden mental era un estigma social, en que una vez surgido los asilos los enfermos eran abandonados, y que por tanto, no existiendo cura, su situación era entendida casi exclusivamente como *estado*. Como hemos visto, es ilustrativo de esta comprensión el texto de Pacheco, quien de hecho comprende los términos loco o demente como "...la absoluta y de ordinario constante falta de la razón, ese primer elemento de la humanidad, ese primer sello del hombre"⁵².

Finalmente aparecen las nociones de curabilidad y tratamiento en la historia de las instituciones chilenas, con la emergencia del positivismo científico y la legitimidad del método científico como forma de diagnosticar y diseñar tratamientos para los desórdenes mentales⁵³. El inicio y posterior consolidación de las ciencias médicas y psiquiátricas marca, en consecuencia, un tránsito en la comprensión del desorden mental como *estado* a incluir la comprensión como *condición*. Si bien no es la misma comprensión del legislador chileno al incorporar (2), porque este alude inicialmente a los episodios transitorios de pérdida de razón, este tránsito permite reinterpretar el art. 10, porque entender el desorden mental como *condición* significa comprender que este afecta solo cierta parte de la vida mental de las personas, y ello facilita entender que lo mismo podría ocurrir en los casos de *estado* no totales. De esta manera, es posible interpretar el art. 10 en conformidad con un derecho penal de la culpabilidad. Para este derecho las personas que tienen un desorden mental deben ser reconocidos como participantes en nuestras prácticas sociales, y, por tanto, en general, siempre queda abierta la consideración de sus acciones en términos de actitudes reactivas. En otras palabras, no siempre es posible negar la responsabilidad penal por sus conductas constitutivas de delito.

el siglo XIX, especialmente en materia civil, existía la práctica de pericias médicas que facilitaban la decisión jurisdiccional en procesos de interdicción por demencia, véase CORREA, 2013, pp. 571-585. Sin embargo, la experiencia comparada demuestra que no basta una práctica como la descrita por Correa (lo que ella desde luego no afirma) para poder afirmar la existencia de la psiquiatría como profesión en el siglo XIX, y menos que el paradigma ideológico bajo cual dicha práctica tenía lugar era positivista. En Salpetriere, como lo demuestra Micale, ello recién tiene lugar a fines del siglo XIX. En Chile, a la época, todavía el único hospital de orates luchaba contra la escasez de médicos y las condiciones mínimas de habitación para los pacientes, para un examen de las condiciones sanitarias de estos recintos véase CAMUS, 1993, pp. 136-137. El proceso de institucionalización que en Salpetriere inicia a fines del siglo XIX, en Chile es posterior a 1930. En efecto, el proceso de institucionalización no solo de la psiquiatría, sino del primer establecimiento para el tratamiento de personas con enfermedades mentales, se inicia desde 1891 a 1931, pero el proceso de consolidación de dicha institucionalización es posterior a la creación de la cátedra de psiquiatría de la Universidad de Chile en 1927, véase ESCOBAR, 2002. Esto sugiere que la evolución de los procesos de institucionalización de la psiquiatría son simultáneamente locales y globales, véase ALARCÓN, 2012, p. 516.

⁵² PACHECO, 1881, p. 135.

⁵³ SCULL, 2015, pp. 206-207.

IV. CONCLUSIÓN

En este trabajo he identificado las capacidades que característicamente afectan los desórdenes mentales, he conceptualizado dichos desórdenes y como resultado ha emergido una reinterpretación más compleja de los casos regulados por el art. 10 n° 1 del CP chileno respetuosa del principio de culpabilidad. En efecto, he sostenido que es una exigencia del principio de culpabilidad que la persona sea considerada como participante porque es en tanto participante lo que hace a la persona un sujeto apropiado del reproche penal. Esto implica que lo que afecta el desorden mental y que es relevante para la responsabilidad penal son aquellas capacidades de razonamiento práctico y que son necesarias para una conducta socialmente competente. He argumentado que los términos “privación de razón” precisamente capturan esta comprensión, y que el término “total” hace referencia al grado en que dichas capacidades deben estar afectadas para considerar que la persona es inimputable. He despejado, con ello, el problema de identificar los casos tipo (2) con supuestos de permanencia que siempre excluyen completamente las capacidades de razonamiento práctico.

He elaborado, por último, una interpretación del art. 10 del CP que es capaz de integrarse con los nuevos conocimientos científicos disponibles en materia de salud mental, y para ello ha sido fundamental narrar con cierto detalle la historia general de la evolución de la psiquiatría en Chile. Esta historia social me ha permitido explicar la comprensión de ciertos términos utilizados por el legislador de la época, de modo de poder justificar el tránsito de la comprensión del desorden mental como un *estado* hasta incluir su comprensión como una *condición*, y cómo esta distinción es capturada por la regulación del CP. Este tránsito debería, además, tener implicancias para repensar en general las medidas de seguridad. El tránsito histórico del tratamiento social del desorden mental marca también un tránsito en la historia de la consideración de la persona, desde su consideración como un objeto de estigma familiar y exclusión, a una persona cuya agencia debe ser respetada incluso durante el tratamiento. El reconocimiento de la agencia de la persona pone entredicho la comprensión de la medida de seguridad concebida exclusivamente en términos de control de un peligro, porque en la gran mayoría de los casos, el sujeto todavía debería ser considerado como participante.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Andrew, 1998: *The System of Professions*, Chicago, University of Chicago Press.
- ALARCÓN, Renato, 2012: “Contexto histórico y cultural del estudio de la enfermedad mental: perspectivas latinoamericanas”, *Revista de Medicina Clínica las Condes*, Vol. 23, N° 5.
- ACTAS DE LAS SESIONES DE LA COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, 1873, Santiago, Imprenta de la República.
- AMERICAN PSYCHIATRIC ASSOCIATION, 2013: *Diagnostic and statistical manual of mental disorders*, (Fifth Edition) Washington, American Psychiatric Publishing.
- ARAYA, Claudia Ibacache, 2018: “Aspectos de la profesionalización de la psiquiatría en Chile, siglos XIX y XX”, *Autoctonía. Revista de Ciencias Sociales e Historia*, Vol. 2, N° 1.

- BARLETT, Peter, 2010: "Stabbing in the dark: English law relating to psychopathy", en Malatesti, L y McMillan, J, *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press, pp. 25-40.
- BERRIOS, German, 2012: "Formation and meaning of mental symptoms: history and epistemology", *Dialogues in Philosophy, Mental and Neuroscience*, Vol. 6, Nº 2.
- BOLTON, Derek, 2013: "What is mental illness", en Fulford, E, Davies, K, Gipps, M, Graham, R y Sadler, G, *The Oxford Handbook of Philosophy and Psychiatry*, Oxford, Oxford University Press, pp. 434-450.
- BOLTON, Derek, 2014: "Should mental disorders be regarded as brain disorders? 21st century mental health sciences and implications for research and training", *World Psychiatry*, Vol. 12, Nº 1.
- BOORSE, Christopher, 2011: "Concepts of health and disease", en Gifford, F, *Philosophy of medicine*, Amsterdam y Oxford, Elsevier, pp. 13-64.
- BRATMAN, Michael, 1989: *Intention, plans, and practical reason*, Stanford, CSLI Publications.
- BUSTOS, Juan, 1994: *Manual de derecho penal parte general*, Barcelona, PPU.
- CAMUS, Pablo, 1993: "Filantropía, medicina y locura: la casa de orates de Santiago 1852-1894", *Historia*, Vol. 27.
- CARRASCO Jiménez, Edison y MAFFIOLETTI, Francisco CELEDÓN, 2016: "Problemas conceptuales y terminológicos en el tratamiento del 'trastorno mental' por el artículo 10.1 del Código Penal chileno", *Actualidad Penal*, Vol. 244.
- CILLERO, Miguel, 2011: "Art. 10 n° 1", en Cillero, M, Couso, J, Hernández, H y Mera, J, *Código penal comentado, Libro I*, Santiago, LegalPublishing Chile, pp. 177-201.
- COLIVA, Analissa, 2018: "Practical Knowledge and Linguistic Competence", en Coliva, A y Moruzzi, S, *Eva Picardi on Language, Analysis and History*, London, Palgrave Macmillan, pp. 337-356.
- CORREA Gómez, María José, 2013: "De la Casa de Orates al juzgado: pericia alienista y evaluación judicial de la locura en Santiago de Chile hacia 1860", *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, Vol. 20 Nº 2.
- COUSO, Jaime, 2006: *Fundamentos del derecho penal de culpabilidad*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- CURY, Enrique, 2005: *Derecho penal parte general*, (Séptima Edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ESCOBAR, Enrique, "Historia del Hospital Psiquiátrico (1852-1952)". Disponible en <http://www.bibliotecaminsal.cl/wp/wp-content/uploads/2013/08/HISTORIA-HOSPITAL-PSIQUIATRICO.pdf>. [Fecha de consulta: 28 de agosto de 2020].
- ETCHEBERRY, Alfredo, 1997: *Derecho penal parte general*, (Tercera edición), Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- AUTOR, 2021: "Criterios de evaluación para los modelos del tipo y de la excepción en la *actio libera in causa*", *Opinión Jurídica*, Vol. 20 Nº 41.
- FOUCAULT, Michel, 1965: *Madness and civilization. A history of insanity in the age of reason*, New York, Random House.
- GAEBEL, Wolfgang, ZIELASEK, Jürgen y REED, Geoffrey M., 2017: "Mental and Behavioural Disorders in the ICD-11: Concepts, Methodologies, and Current Status", *Psychiatria Polska*, Vol. 51, Nº 2.
- GARRIDO Montt, Mario, 2003: *Derecho penal parte general*, (Tercera edición), Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GUARNIERI, Patrizia, 2009: "Per una storia dell'affidamento dei malati psichiatrici alle famiglie", *Epidemiology and Psychiatric Sciences*, Vol. 18, Nº 1.
- HARSIN, Jill, 1992: "Gender, Class, and Madness in Nineteenth-Century France", *French Historical Studies*, Vol. 17, Nº 4.

- HERNÁNDEZ, Héctor, 2011: "Art. 1", en Cillero, Miguel, Couso, Jaime, Hernández, Héctor, Mera, Jorge, *Código penal comentado, Libro I*, Santiago, LegalPublishing Chile, pp. 7-123.
- JONES, David, 2002: "Madness, the family and psychiatry", *Critical Social Policy*, Vol. 22, N° 2.
- JOSHI, Jubert, 1989: "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la anti-juridicidad", *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, Vol. 42, N° 1.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, 2001: *Culpabilidad y pena*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MACCORMICK, Neil, 2005: *Rhetoric and Rule of Law. A Theory of Legal Reasoning*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, Neil, BANKOWSKI, Zenon, SUMMERS, Robert y WROBLEWSKI, Jerzy, 1991: "On Method and Methodology", en *Interpreting Statutes: A Comparative Study*, Brookfield, Dartmouth Publishing.
- MALATESTI, Luca y MCMILLAN, John, 2010: *Responsibility and Psychopathy: Interfacing Law, Psychiatry and Philosophy*, Oxford, Oxford University Press.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2014: "Las dimensiones de la culpabilidad jurídico-penal", en *Estudios Sobre la Fundamentación y la Determinación de la Pena*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 5-24.
- MICALE, Mark, 1985: "Salpetriere in the Age of Charcot- An institutional Perspective on Medical History in the Late Nineteenth Century", *Journal of Contemporary History*, Vol. 20, N° 4.
- MOORE, Michael, 1984: *Law and Psychiatry. Rethinking the relationship*, Cambridge, Cambridge University Press.
- NÁQUIRA, Jaime, 2015: *Derecho penal. Parte general*, Santiago, Thomson Reuters.
- NÁQUIRA, Jaime, 2002: "Artículo 10 n° 1", en Bustos, J, Politoff, S, Ortiz, L y Matus, Jean, *Texto y comentario del Código Penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 101-107.
- PACHECO, Fransisco, 1881: *El Código Penal, Concordado y Comentado*, (Quinta Edición), Tomo I, Madrid, Imprenta y Fundación de Manuel Tello.
- PIETIKAINEN, Petteri, 2015: *Madness. A History*, London, Routledge.
- PLUMED Domingo, José Javier y ROJO Moreno, Luis Miguel, 2016: "The treatment of madness in the nineteenth and twentieth centuries- discourses about curability in Spanish mental health care, 1890-1917", *História, Ciências, Saúde - Manguinhos*, Vol. 23, N° 4.
- POLITOFF, Sergio, MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2003: *Lecciones de derecho penal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio, 1997: *Derecho Penal*, Tomo I, Santiago, Editorial Conosur.
- PORTER, Roy, 2003: *Madness. A brief history*, Oxford, Oxford University Press.
- ROFFE, David y ROFFE, Christine, 1995: "Madness and care in the community: a medieval perspectives", *British Medical Journal*, Vol. 311.
- SEBANZ, Natalie y PRINZ, Wolfgang, 2006: *Disorders of Volition, Cambridge Mass.*, MIT Press.
- SAFFERLING, Christoph, 2014: "Insanity and Intoxication", en Dubber, M y Hornle, T, *The Oxford Handbook of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, pp. 654-677.
- SCANLON, TM, 2008: *Moral Dimensions. Permissibility, Meaning, Blame*, Cambridge Mass., Harvard University Press.
- SCHOPP, Robert, 1991: *Automatism, Insanity, and the Psychology of Criminal Responsibility*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SCULL, Andrew, 2006: "Psychiatric therapeutics and the historian", En, *The Insanity of Place, the Place of Insanity*, London, Routledge, pp. 129-149.
- SCULL, Andrew, 2015: *Madness in civilization*, Princeton, Princeton University Press.
- SHEPERD, Jade, 2016: "I am very glad and cheered when I hear the flute": The Treatment of Criminal Lunatics in Late Victorian Broadmoor", *Medical History*, Vol. 60, N° 4.
- SHULMAN, Kenneth, HULL, Ian, DEKOVEN, Sam, AMODEO, Sean, MAINLAND, Brian y HERRMANN, Nathan, 2013: "Cognitive Fluctuations and the Lucid Interval in Dementia- Implications

- for Testamentary Capacity”, *The Journal of the American Academy of Psychiatry and the Law*, Vol. 43, N° 3.
- STRAWSON, PE., 2008: *Freedom and resentment and other essays*, London, Routledge.
- TOMASELLO, Michael, 1999: *Cultural Origins of Human Cognition*, Cambridge Mass., Harvard University Press.
- TOMASELLO, Michael, 2014: *Natural History of Human Thinking*, Cambridge Mass., Harvard University Press.
- VARGAS, Tatiana, 2011: *Manual de Derecho Penal Práctico. Teoría del Delito con Casos*, Santiago, LegalPublishing.
- WAKEFIELD, Jerome, 2014: “Wittgenstein’s nightmare, why the RDoC grid needs a conceptual dimension”, *World Psychiatry*, Vol. 13, N° 1.

La relación entre la parte especial y la general del derecho penal

*Orlando Humberto de la Vega Martinis**

RESUMEN

El texto defiende la necesidad de separación de las partes especial y general del derecho penal, así como la prioridad lógica de la primera sobre la segunda; tanto la separación entre ambas partes como la prioridad de la parte especial descansan en argumentos de tipo funcional. Su objeto es despejar el camino para una sistematización de la parte especial del derecho penal ajena a la teoría general del delito.

Función de integración; función de paréntesis; parte especial y legalidad

The relationship between the special and the general part of criminal law

ABSTRACT

The text defends the need to separate the special and the general parts of criminal law, as well as the logical priority of the first over the second. Both, the separation between the two parts and the priority of the special part rest on arguments of a functional type. Its purpose is to clear the way for a systematization of the special part of criminal law alien to the general theory of crime.

Integration function; parenthesis function; special part and legality

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Doctor en Derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Penal, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3529-9810>. Correo electrónico: odelavega@javeriana.edu.co

Versiones preliminares del artículo fueron discutidas en el seminario permanente de doctorado de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Pontificia Universidad Javeriana y en el semillero de investigación de derecho penal de la Facultad de Jurisprudencia del Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, a cuyas directoras, Prof. Dr. Liliana Sánchez y Prof. Dr. María Camila Correa, expreso mi gratitud por la oportunidad de someter a prueba las ideas presentadas en el texto; en especial agradezco las observaciones del Prof. Dr. Hernán Darío Orozco López, comentarista del texto en el marco del seminario permanente. Las valiosas sugerencias recibidas de los dos árbitros anónimos, en especial del árbitro anónimo A, contribuyeron a hacer más comprensible el argumento global.

Artículo recibido el 2.9.2020 y aceptado para su publicación el 11.6.2021.

I. INTRODUCCIÓN

En una decisión del año 2011 la Corte Suprema de Justicia de Colombia absolvió a una juez que le dijo a sus subalternos que eran unos estúpidos, unos porquerías, que no servían para nada y que eran unos mugres¹; pero el argumento en el que descansó la corte no derivó de un estudio del art. 220 del código penal colombiano, el que define la injuria como imputación deshonrosa, sino en una aplicación del art. 11 del mismo código, el que hace depender la punibilidad de la lesión a un bien jurídico. Si el art. 220 define el delito de injuria y es vinculante para la práctica del derecho colombiano, una dogmática del delito de injuria propia de la parte especial debería ocuparse de la estructura de la declaración imputativa y de su diferencia con la declaración expresiva²; en Colombia, además, urge aclarar si el alcance de la actual definición legal de la injuria como imputación debe asociarse solo a la declaración imputativa, en contraste con la antigua definición de injuria del código penal de 1936 como ataque al honor por cualquier medio eficaz para divulgar el pensamiento, la que podría asociarse tanto a las declaraciones imputativas como a las expresivas. Clarificar este aspecto permitiría perfilar el bien jurídico protegido fragmentariamente por el delito de injuria; afirmando, por ejemplo, que el bien jurídico solo está protegido frente a declaraciones imputativas. Pero, en lugar de una dogmática del delito de injuria, la corte se dio por satisfecha afirmando que “uno de los presupuestos del punible de injuria es que la atribución de actos deshonrosos tenga la real capacidad de menoscabar la honra y el honor de la víctima, lo que en este caso materialmente no tiene existencia”³.

De esta forma, la corte ignoró el radio de aplicación del art. 220 (¿cubre las declaraciones expresivas de la juez?) y lo substituyó por su idea preconcebida de bien jurídico. Este proceder de la corte no es nuevo; en una decisión de 1963 la corte absolvió a un hombre que sostuvo relaciones sexuales consentidas con una mujer de 15 años, pese a que el art. 326 del código penal de 1936 castigaba con pena a quien corrompiera, mediante acceso carnal consentido, a una mujer mayor de 14 años y menor de 16. En esa ocasión la corte afirmó que el bien jurídico protegido por el art. 326 era “la honestidad sexual”, siendo “incuestionable que una mujer que ha faltado a la castidad no es sexualmente honesta”⁴. En estos dos casos la corte prefirió enfocarse en un argumento abstracto, con consecuencias diversas; en el primer caso desatendió un problema interpretativo concreto, mientras que en el segundo desatendió la ley.

Sin un estudio estadístico de la jurisprudencia colombiana puede resultar prematuro afirmar que la corte abusa de la parte general del derecho penal; aún así, resulta ilustrativo lo afirmado por la corte en una decisión de 1965: “[L]a parte general está destinada a sentar las bases o principios, resumen de una filosofía penal, que han de servir

¹ Jurisprudencia & Doctrina, 2012, p. 823.

² MAÑALICH, 2020, pp. 51-54.

³ Jurisprudencia & Doctrina, 2012, p. 823.

⁴ GJ CI, 1963, p. 335.

como de guía en la parte especial”⁵, de donde se derivaría una “superioridad intrínseca de las normas de la llamada parte general”⁶⁻⁷. Esta observación de la corte, favorable a una cultura jurídica que privilegia un concepto material de delito por encima de uno legal, ni siquiera estaba conectada con el caso concreto sometido a juicio. Este consistía en definir el límite máximo de pena previsto para la estafa calificada de acuerdo con el código penal de 1936, cuyo art. 410 fijaba el máximo en 14 años de prisión, mientras que el art. 45 fijaba en 8 años la duración máxima de la pena de prisión. En cuanto a su destinatario no hay diferencia entre una norma que fija un máximo de pena de prisión en 14 años y otra que lo fija en 8; ambas son normas de sanción dirigidas a los funcionarios encargados de la individualización de la pena. Así visto, difícilmente puede decirse que la corte adjudicó responsabilidad por un caso concreto de estafa; pues para absolver esa tarea dentro del límite temporal fijado por la regla de prescripción un paso decisivo era averiguar la voluntad del legislador respecto del máximo de la pena de prisión prevista para la estafa, no verificar si la norma de sanción de la parte especial se ajustaba a un supuesto límite material de la pena contenido en la parte general y vinculante en virtud de su contenido “filosófico”.

La particularidad de este último caso, a saber, confusión entre destinatarios de las partes especial y general, se repitió en una decisión de la Corte Constitucional colombiana el 2021 que declaró inconstitucional la regla contemplada en el art. 130, segundo párrafo. La regla en mención definía como tentativa de homicidio el abandono “en sitios o circunstancias donde la supervivencia del recién nacido esté en peligro”; a juicio de la corte, dicha definición legal desconocería el principio de legalidad “[a] no satisfacer las exigencias de claridad, especificidad y precisión que requiere la tipificación de una circunstancia de agravación”⁸. Esta definición legal no pretendía ser, como cree la corte, una norma de comportamiento dirigida al ciudadano, sino una regla dirigida al funcionario para que, bajo ciertas condiciones, adecuara un comportamiento de abandono como tentativa de homicidio. En una práctica madura del derecho una regla tal puede resultar extraña⁹, pero la solución de la corte debilita la democracia en tanto que impone una comprensión material de delito, degradando la soberanía del pueblo.

Los ejemplos anteriores ofrecen una variedad de problemas teóricos concretos, pero también se dejan reconducir a un punto en común: la relación entre la parte especial y la general del código penal. En una práctica del derecho con “agencias que efectivamente aplican y ejecutan la ley”¹⁰ deberían ser esas agencias, es decir las cortes, quienes fijaran dicha relación; sin embargo, por lo menos acotado a los ejemplos anteriores, queda la sensación de que la corte ignora la ley, o al menos la parte especial. Al desconocer que

⁵ GJ CXIII y CXIV, 1974, p. 288.

⁶ GJ CXIII y CXIV, 1974, p. 288.

⁷ También dijo la corte que las disposiciones de la parte general son normativas; para una comprensión no normativa de la parte general, sino descriptiva, MOORE, 1997, p. 9 s.

⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-093.

⁹ La idea de “práctica madura del derecho” la tomo de HART, 1961, p. 77 y 97, y HART, 1982, p. 257.

¹⁰ HART, 1982, p. 257; RAZ, 1975, p. 132.

el injusto concreto y su pena están en la parte especial, la corte privilegia la razón de su decisión por encima de su decisión del caso. Este defecto, compartido por la jurisprudencia alemana de principios del siglo XX, fue uno de los motivos que movió a Karl Binding a escribir su parte especial¹¹. La crítica de Binding es la siguiente: si la corte, en lugar de concentrarse en la decisión del caso, se concentra en la razón de la decisión fomenta un poderoso prejuicio; pues esa misma razón, en otros casos, puede resultar “errática”. De allí que el deber de la ciencia, según Binding, sea combatir decididamente falsos prejuicios y razones erráticas¹².

Y hay que abonarle a Binding su aporte, pues una decisión del órgano de cierre de la jurisdicción penal ordinaria alemana, el BGH, de 1955, resolvió un asunto que planteó una tensión entre la parte especial y la general del derecho penal, similar a la de los ejemplos colombianos, dando prioridad a la parte especial. Los hechos que ocuparon la atención del BGH fueron los siguientes: una mujer visitó a su prometido, quien estaba privado de la libertad en una estación de policía, con un serrucho escondido dentro de una barra de chocolate; el plan del prometido era serruchar los barrotes de la ventana de la celda y fugarse, pero la mujer fue detenida cuando ingresó a la estación de policía¹³. La defensa de la mujer alegó que la conducta era un acto preparatorio, y por tanto impune, del § 120 del código penal alemán; el BGH rechazó el argumento porque “[c]uando un hecho está consumado, tentado o apenas preparado solo puede averiguarse en atención a un tipo legal específico”¹⁴. Es decir, la pauta de comportamiento ajustado a derecho de la mujer está en la prohibición de ayuda a la fuga del § 120 y no en criterios generales acerca de la distinción entre preparación y ejecución; estos últimos dirigidos al juez.

El punto de partida de Binding para proporcionar a la jurisprudencia una guía científica fue circunscribir su análisis al, en ese entonces, recién expedido código penal alemán y, en particular, a su parte especial¹⁵. Ya desde el prólogo a la primera edición del tomo 1 de su obra dedicada al estudio de la parte especial de 1896, Binding narra cómo descubrió la prioridad de la parte especial frente a la general: para poder desarrollar científicamente la parte general se necesita, antes, dominar la parte especial¹⁶. Y en el prólogo a la segunda edición de esa misma obra, de 1902, Binding resaltó la independencia de la parte especial frente a la general: una presentación de la parte especial no es una mera repetición de los temas de la parte general¹⁷. Estos dos hallazgos de Binding constituyen los criterios que marcan la relación entre las partes especial y general del derecho penal alemán. Esta afirmación parece pacífica en la doctrina alemana¹⁸. Por ejemplo, en lo que tiene que ver con la prioridad de la parte especial frente a la general,

¹¹ BINDING, 1902, p. VI.

¹² BINDING, 1902, p. VI.

¹³ BGHSt 9, p. 62 s.

¹⁴ BGHSt 9, p. 63.

¹⁵ BINDING, 1902, p. 2.

¹⁶ BINDING, 1902, p. V.

¹⁷ BINDING, 1902, p. VI.

¹⁸ Lo que no significa que sea siempre explícitamente tematizada; TIEDEMANN, 1992, p. 7.

Reinhart Maurach afirma que “[l]a parte general ... es el hermano más pequeño de la parte especial”¹⁹, porque los temas de que se ocupa la parte general, antes de ser desarrollados, tienen que mostrar capacidad de rendimiento respecto de cada uno de los delitos de la parte especial; por el contrario, los temas propios de la parte especial no se dejan “ubicar antes del paréntesis”²⁰, es decir, no tienen conexión con la parte general.

Y en cuanto a la independencia entre ambas partes Maurach hace la siguiente observación: “[L]a explicación del hurto es, en últimas, independiente de si se incluye el ánimo de apropiación en el tipo subjetivo pero el conocimiento de la ajenidad de la cosa en la culpabilidad ... o de si toda la orientación volitiva del autor se sitúa en el tipo subjetivo y en el marco de la culpabilidad solo se examina la relevancia de la voluntad para la responsabilidad penal del autor”²¹. La observación de Maurach desagrega del hurto aspectos propios de la estructura general del delito; es decir, aspectos que no solo valen para el hurto, sino para cualquier delito y que, en consecuencia, son incapaces de individualizar al hurto. Con la estructura general del delito no puede contestarse, por ejemplo, qué es el hurto, si su objeto de protección es la propiedad o el patrimonio, si el objeto de la acción puede ser una cosa incorporal o solo puede ser una corporal, cómo se define el “apoderamiento”, cuándo se consume, qué rol juega el “propósito de obtener provecho”, cuál es su diferencia con el daño en bien ajeno, cuál con la estafa; la respuesta a estas preguntas está en la parte especial del derecho penal²².

La unanimidad con que la doctrina alemana comprende la relación entre la parte especial y la general del derecho penal en torno a los criterios expuestos permite resaltar una comprensión, visible en la jurisprudencia colombiana, que hace depender la parte especial de la general. La principal contribución del presente artículo es mostrar las razones lógicas, funcionales y, en menor medida, históricas en contra de esa dependencia.

De acuerdo con la doctrina alemana la parte general del derecho penal se desagregó, en un ejercicio inductivo, de la parte especial²³; de ahí surgieron dos caminos para reunificar dos partes originalmente unidas. El primero, conocido como función integradora, consiste en integrar ambas partes a la sombra de la parte general; el segundo, conocido como función de paréntesis, consiste en ubicarlas una al lado de la otra²⁴. En todo caso, ambos caminos tuvieron como punto de partida a la parte especial; qué se hace después con la parte general depende de la preferencia por un proyecto asimilador o diferenciador de los aspectos que conforman la totalidad del derecho penal. La preferencia por un proyecto diferenciador, mayoritaria en la doctrina alemana, resulta comprensible en una tradición que separó la parte general de la especial para hacer operativa la idea de

¹⁹ MAURACH, 1959, p. 3.

²⁰ MAURACH, 1959, p. 4; sobre el significado de esta expresión véase, abajo, II.2.

²¹ MAURACH, 1959, p. 4.

²² Así desarrolla el tema KINDHÄUSER, 2017a, § 2, pp. 36-67; la remisión a la parte especial la vemos en ROXIN, 2006, § 1/15, p. 7.

²³ FINCKE, 1975, p. 3 s; TIEDEMANN, 1992, pp. 8-10.

²⁴ FINCKE, 1975, p. 8.

culpabilidad²⁵; mientras que la importancia que en esa misma tradición tiene el pensamiento sistemático²⁶ explica el relacionamiento de dos partes independientes.

En Colombia se recibió la idea de culpabilidad en un “ambiente hermenéutico pobre”²⁷; por ejemplo, el legislador colombiano de 1980 convirtió en derecho positivo los conceptos de la teoría general del delito de origen alemán, tal como estos eran entendidos por los comisionados que redactaron el proyecto de código²⁸. Pero la tendencia, propia de los siglos XV y XVI, a que la ley tomara “el carácter de un tratado, conservando la forma doctrinaria de sus fuentes”²⁹, ya había sido ampliamente superada en el espacio cultural alemán. Martin Fincke, por ejemplo, resalta en 1975 la ausencia en el código penal alemán de disposiciones proclamativas, declarativas y definitorias como una característica del derecho penal alemán y, además, constata una tendencia a sospechar de los preámbulos y principios contenidos en códigos extranjeros³⁰. Y en 1992 Klaus Tiedemann se refiere, con asombro, a la definición de los elementos del delito en el código penal colombiano de 1980, según Tiedemann operada “bajo el influjo del gran *Alfonso Reyes E.*”³¹; en opinión de Tiedemann, los conceptos de la teoría general del delito no solo no están presentes en la parte general del código penal alemán, sino que ni siquiera la describen de manera aproximada³².

Este contraste entre la forma como el legislador colombiano entendió la doctrina alemana y la forma como dicha doctrina se veía a sí misma refuerza la hipótesis de un ambiente hermenéutico pobre en Colombia a finales del siglo pasado; un ambiente marcado, en particular, por un bajo nivel de estudio de la legislación nacional³³. En ese contexto, adverso al desarrollo de un pensamiento sistemático, se recibió la idea de culpabilidad con plena consciencia respecto de su carácter general; es comprensible, entonces, que a partir de ese momento se constate cierto predominio de la parte general, entendida incluso como capaz de integrar en sí a la parte especial³⁴. La ausencia de traducciones españolas de parte especial alemana probablemente ha contribuido a

²⁵ FINCKE, 1975, p. 10.

²⁶ HEFENDEHL, 2003, p. 128.

²⁷ LÓPEZ, 2004, p. 17.

²⁸ COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL, sin fecha, p. 13; DE-LA-VEGA, 2019, p. 111.

²⁹ HÄLSCHNER, 1855, p. 84. La similitud es interesante, pese a los cinco siglos de diferencia, porque mientras que las codificaciones estudiadas por Hugo Hälschner eran obra de un príncipe, dirigidas unilateralmente a sus súbditos ignorantes del derecho, el código penal colombiano de 1980 tuvo como destinatario al pueblo colombiano, ignorante de los conceptos de la doctrina alemana, mediante un decreto del ejecutivo; acerca de la posibilidad de que los conceptos de la parte general tengan un alto nivel de especificidad y, por tanto, no sean comprendidos por sus destinatarios, ROBINSON, 2005, p. 378.

³⁰ FINCKE, 1975, p. 20 s.

³¹ TIEDEMANN, 1992, p. 10, pie de página 16, bastardilla en el original.

³² TIEDEMANN, 1992, p. 10.

³³ La producción bibliográfica de todo el siglo XIX se reduce al libro de José Vicente Concha, que contiene parte general y especial; la de la primera mitad del siglo XX, comprensiva de ambas partes, se agota con el libro de Ángel Martín Vásquez Abad y con el breve comentario de Arcesio Aragón.

³⁴ PÉREZ, 1968, p. 1 s; pero es importante resaltar que en ningún momento de su desarrollo de la parte especial se ve materializada esa idea integradora.

mantener esa tendencia al predominio de la parte general³⁵. La hipótesis que quiero explorar en el presente artículo es que una correcta comprensión de la relación entre parte especial y general del derecho penal es el presupuesto necesario para desarrollar el estudio de parte especial en Colombia y, de paso, acotar el estudio de parte general a su justa proporción.

En lo que sigue, entonces, presentaré razones a favor de la independencia entre las partes especial y general del derecho penal, así como a favor de la prioridad de la primera sobre la segunda. Como se verá, ambas ideas descansan en razones de tipo funcional; es decir, asociadas a la distinta función de una y otra parte. A propósito de la independencia, mi objetivo es desvelar el riesgo, latente en la función integradora, de retroceso a un concepto material de delito desvinculado de la idea de legalidad; y a propósito de la prioridad, mi objetivo es mostrar el carácter estrictamente lógico del argumento. La presencia en la bibliografía de comentaristas de la codificación europea se explica, no por una pretensión histórica, sino por el rol protagónico que jugaron estableciendo las bases de un derecho penal dividido en partes general y especial; la presencia de autores de la tradición del *common law*, de otra parte, se explica por la claridad con la que desagregan la parte especial de la general del derecho penal, pero también porque su inclusión muestra que el tema no es patrimonio exclusivo de la doctrina alemana.

II. INDEPENDENCIA ENTRE LAS PARTES ESPECIAL Y GENERAL

Tanto el código penal alemán como el código penal colombiano se dividen en parte general y parte especial. La parte especial del actual código penal colombiano data de 1936 y su antecedente directo es el código penal italiano de 1930³⁶; la parte general del actual código penal colombiano data de 1980 y es el resultado del proceso de legalización de los conceptos doctrinales vigentes en Alemania en la primera mitad del siglo XX. Por su parte, el código penal alemán es heredero de las codificaciones regionales anteriores a 1871; y estas, junto con el código penal francés de 1810, fueron los primeros en distinguir parte general y parte especial³⁷. Una explicación usual de esta innovación es que ella correspondería al interés de la legislación en una técnica racional y sistemática, y este interés descansaría en la convicción de la época en la posibilidad de

³⁵ Con la notable excepción de DELGADO, 1979, p. 94.

³⁶ La influencia del código penal italiano de 1930, así como la de su antecesor de 1889, sobre la parte especial del código penal de 1936 resulta notoria en los trabajos preparatorios de este último; COMISIÓN DE ASUNTOS PENALES Y PENITENCIARIOS, 1938, p. 84; COMISIÓN DE ASUNTOS PENALES Y PENITENCIARIOS, 1939, pp. 6 y 30, entre otras. La doctrina colombiana, por su parte, interpretó el código penal de 1936 ayudada del italiano de 1930; ARAGÓN, 1938, p. 110, entre otras.

³⁷ FINCKE, 1975, p. 4; sobre la *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* de 1794, HÄLSCHNER, 1855, pp. 189-230; sobre el código penal bávaro de 1813, HÄLSCHNER, 1881, § 21, p. 46 s; sobre el código penal francés de 1810, GARRAUD, 1888, pp. 93-102; GARRAUD, 1912, pp. 49-55; sobre la codificación en general en el espacio cultural francés, ROSSI, 1872, pp. 348-354.

un sistema³⁸ libre de contradicciones³⁹. Hoy sabemos que la carga de liberar al sistema de contradicciones no puede descansar, exclusivamente, en la ley; esta visión ingenua no es más que parte del folclor existente en torno al positivismo jurídico⁴⁰. Así, P.J.A. Feuerbach, un contemporáneo del período codificador, era consciente de la posibilidad de vacíos y contradicciones en la ley y precisamente veía ahí la importancia de un método de interpretación de la ley cuya tarea principal fuera averiguar la voluntad del legislador⁴¹.

La alusión a Feuerbach es interesante porque él, como profesor, dividió el estudio del derecho penal en dos partes: una “parte filosófica o general del derecho penal”⁴² y una “parte positiva o especial del derecho penal”⁴³. Sin embargo en su rol de legislador, al redactar el código penal bávaro, no se limitó a codificar la parte especial, sino que convirtió en derecho positivo algunos criterios generales de la punibilidad de los hechos antijurídicos, con la finalidad de minimizar la posibilidad de que la jurisprudencia o la doctrina malinterpretaran la voluntad del legislador⁴⁴; por ejemplo, en el libro primero de dicho código, titulado “Disposiciones legales generales sobre crímenes y delitos”, arts. 37, 57 y 58, se regula la consumación y la tentativa del delito. Y no es casualidad que esa regulación sea idéntica al desarrollo conceptual visible en el § 42 de su *Tratado*⁴⁵; mientras que los aspectos de su *Tratado* que a primera vista contarían como filosóficos no fueron incorporados al código penal bávaro⁴⁶.

En la medida en que la *Allgemeine Landrecht für die preußischen Staaten* de 1794, el código penal francés de 1810 y el código penal bávaro de 1813 incorporaron una parte general no parece adecuado contraponer la parte especial o positiva del derecho penal a una parte filosófica o general; antes bien, desde ese momento resulta impensable, en el derecho penal continental europeo, un código penal sin dicha división⁴⁷. De otra parte, no parece correcto acotar la influencia de los temas usualmente asociados a la filosofía⁴⁸ solo a la parte general del derecho penal; antes de la codificación, por ejemplo, la práctica del derecho penal común europeo reprimía con pena la sodomía y dejaba impune la

³⁸ Esta “nueva concepción de sistema jurídico” sustituye los principios del derecho natural por las normas de derecho positivo; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2012, p. 79.

³⁹ FINCKE, 1975, p. 4; TIEDEMANN, 1992, p. 8. Es importante resaltar que “el ideal de completitud” no es “un ideal político que responda a una determinada ideología” sino “un ideal puramente racional”; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2012, p. 234.

⁴⁰ ATRIA, 2016, pp. 102 y 110. Aura Helena Peñas Felizzola presenta esta visión de la ley como modelo de racionalidad en la génesis del sistema penal colombiano; PEÑAS, 2006, pp. 162-172 y 255-278.

⁴¹ FEUERBACH, 1799, pp. 192-196 y 199.

⁴² FEUERBACH, 1828, p. 11.

⁴³ FEUERBACH, 1828, p. 109.

⁴⁴ FINCKE, 1975, p. 18 s.

⁴⁵ FEUERBACH, 1828, § 42, p. 33 s.

⁴⁶ FINCKE, 1975, p. 18 s; quien además hace notar que el propio P.J.A. Feuerbach no tenía clara la razón de su división entre parte general y especial.

⁴⁷ FINCKE, 1975, p. 8.

⁴⁸ Me refiero a la idea, atribuida a Ludwig Wittgenstein, de que la filosofía no tiene objeto de estudio; STERN, 2004, pp. 121-132.

violación marital, siempre que esta se materializara en un coito vaginal, con fundamento en el modelo político criminal de la teología moral escolástica. El modelo político criminal de la ilustración, activamente influenciado por el pensamiento filosófico liberal, abolió la categoría de delitos sexuales y trasladó algunos de los antiguos delitos sexuales, por ejemplo la violación, a la categoría de delitos contra la libertad⁴⁹. No hay más filosofía en la parte general del derecho penal que en la especial⁵⁰; pero sí es posible constatar un menor desarrollo legislativo en la parte general, seguido de una exigencia científica por cubrir el faltante mediante el recurso a “principios filosóficos”⁵¹.

1. *Función integradora*

En esa senda que asigna a la filosofía la tarea de sistematizar el conocimiento científico destaca, en el campo del derecho penal, el nombre de Adolfo Merkel, quien, a finales del siglo XIX, propuso seguir el camino de lo especial a lo general apoyado en su comprensión de la relación entre filosofía del derecho y derecho positivo. Merkel observó que el desarrollo dogmático de algunos asuntos de derecho penal positivo llevaba a preguntas generales. Como ejemplo planteó la pregunta por el límite de la estafa punible, la que encierra la pregunta por la relación de aquella con la mera estafa civil, y esta segunda pregunta, a su turno, lleva a la pregunta más general por la relación entre la responsabilidad jurídico civil y la jurídico penal, la que, finalmente, lleva a la pregunta por la relación entre los elementos de la lesión del derecho y los del crimen en sentido amplio⁵². Transitar el camino de lo especial a lo general implica progreso; no hacerlo, conformismo con respuestas provisionales⁵³.

Esta comprensión merkeliana de la relación entre lo especial y lo general no coincide con la división legal del derecho penal en partes general y especial, pero sí puede sumarse a una forma doctrinal de abordar dicha división. Al respecto Merkel constató dos tendencias científicas: “[U]na expansión progresiva de la ciencia y una concentración progresiva de la misma”⁵⁴; la primera, que suministra el contexto de la segunda, es la actividad filosófica. Y la fuerza centrípeta de esta última, agrega Merkel, fija los elementos a los que deben reconducirse los hallazgos de un determinado campo, así como

⁴⁹ BASCUÑÁN, 1997, pp. 75-77.

⁵⁰ Incluso podría decirse que la parte especial monopoliza la filosofía, mientras que la parte general está dominada por la sicología; en esa dirección Michael S. Moore afirma que “explicar la mente y la moral es lo mismo que explicar el derecho”; MOORE, 2002, p. 623. Sin embargo, el comisionado Luis Carlos Giraldo Marín, en 1979, entendía, siguiendo una decisión aislada de la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que la misión de la parte general es “sentar las bases o principios, resumen de una filosofía penal, que han de servir de guía en la Parte Especial”, lo que le hacía pensar que las normas de la parte general pertenecen “a una categoría superior”; COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL, 1981, p. 257. Es importante resaltar que esta observación no suscitó ningún comentario de los restantes comisionados.

⁵¹ FEUERBACH, 1799, p. XXIV.

⁵² MERKEL, 1874, p. 3.

⁵³ MERKEL, 1874, p. 4.

⁵⁴ MERKEL, 1874, p. 6.

la relación general entre dichos elementos. La ciencia es una sola y en ella confluyen las funciones de sus partes; el trabajo filosófico garantiza la unidad⁵⁵. En la ciencia del derecho este trabajo filosófico conduce a una parte general de la que brotan las normas especiales, así como las ramas y las hojas brotan del tronco de un árbol⁵⁶. Esta metáfora permite asignarle a la parte general una función integradora en su relación con la parte especial; de acuerdo con dicha función la parte general contendría en sí, como *genus proximum*, sus conceptos subordinados⁵⁷.

En esta comprensión integradora Merkel no estaba solo; ya antes Hugo Hälschner, en su obra dedicada al estudio de la parte especial del derecho penal prusiano, afirmaba lo siguiente: “Todo lo que de alguna forma aparece como momento esencial del tipo especial nunca es solo algo especial, sino, al mismo tiempo, una generalidad que, desde esa perspectiva, exige su debida consideración en la parte general”⁵⁸. Hoy siguen esta tendencia generalizadora de la parte especial Günther Jakobs⁵⁹ y Michael Kubiciel⁶⁰. La estrategia homogeneizadora de Jakobs descansa en un concepto ideal de persona en derecho, entendida como punto de referencia de deberes y derechos⁶¹; en desarrollo de esa estrategia Jakobs considera que agrupar los distintos tipos de la parte especial de acuerdo con la idea de bien jurídico no es más que una “mezcolanza” indigna de tratamiento científico hasta tanto no se muestre como “una realización de lo general”⁶². Jakobs tiene razón al señalar a la persona como punto de partida del derecho⁶³; pero, como el punto de partida cartesiano en filosofía muestra, la verdad de ese planteamiento no necesariamente lleva a desarrollos óptimos⁶⁴. Juan Pablo Mañalich destaca, de manera crítica, las siguientes conclusiones jakobsianas para la parte especial: el cuerpo como propiedad de la persona; injuria sin lesión del honor; homicidio a petición como delito contra el interés general en la madurez del consentimiento; falsedad documental como delito contra la persona; y constreñimiento como delito contra la libertad jurídicamente garantizada⁶⁵.

⁵⁵ MERKEL, 1874, p. 6.

⁵⁶ MERKEL, 1874, p. 7.

⁵⁷ FINCKE, 1975, pp. 8 y 19.

⁵⁸ HÄLSCHNER, 1868, p. 1; HÄLSCHNER, 1884, p. 1.

⁵⁹ JAKOBS, 2001, p. 810, con reproducción textual de la cita de Hugo Hälschner recién mencionada; el subtítulo del texto es, por lo demás, explícito: “Al mismo tiempo un aporte a la generalización de la parte especial”; el subtítulo se repite en JAKOBS, 2008, p. 649; JAKOBS, 2003, p. 63, donde se propone homogeneizar lo especial.

⁶⁰ KUBICIEL, 2013, p. 4; en la p. 26 apoya su proyecto generalizador de la parte especial con cita de Hugo Hälschner.

⁶¹ MAÑALICH, 2019, p. 615.

⁶² JAKOBS, 2003, p. 63.

⁶³ Planteamiento también visible en KÖSTLIN, 1858, pp. 1 y 417.

⁶⁴ APEL, 1973, p. 693, quien señala que el punto de partida cartesiano, es decir el pensamiento humano, es vinculante para la ética, pero que el mismo debe ser combinado con un “juego del lenguaje trascendental” para, de esa forma, refutar el solipsismo cartesiano.

⁶⁵ MAÑALICH, 2019, pp. 618, 621, 624, 629 y 632, respectivamente.

Dejando de lado lo problemática que puede resultar la compatibilidad de conclusiones integradoras como las recién enunciadas con el derecho penal vigente en el lugar donde fueron enunciadas⁶⁶, resulta crucial subrayar que esta integración u homogeneización, como su nombre sugiere, favorece una prioridad metodológica por la asimilación de las partes general y especial del derecho penal. Esa elección no es, en sí misma, incorrecta. Sin embargo, como Robert B. Brandom pone de presente, los proyectos asimiladores están en peligro de no dar cuenta de las diferencias⁶⁷; esta observación es importante porque las conclusiones homogeneizadoras de Jakobs materializan el peligro anunciado por Brandom: no dan cuenta de lo especial de la parte especial. Así, aunque sea posible reconducirlos a un punto en común, vale la pena distinguir entre lesión corporal y daño en bien ajeno, por ejemplo⁶⁸.

Y lo mismo puede decirse del esfuerzo de Kubiciel por borrar la distinción entre una dogmática de la parte general orientada a la teoría de la pena y la imputación, de un lado, y una dogmática de la parte especial referida al bien jurídico, del otro⁶⁹. Sobre esta distinción volveré en la sección III. Antes deseo destacar el escepticismo de Kubiciel frente a la teoría del bien jurídico y el correlativo déficit de racionalidad que le asigna al método de interpretación objetivo teleológico de los tipos penales⁷⁰; una parte especial ordenada de acuerdo con la idea de protección de bienes jurídicos no sería más que “un catálogo de temas organizable de cualquier forma”⁷¹ y un intérprete que emplee el método objetivo teleológico no estaría apoyado en “verdaderas razones”⁷². La parte especial solo será científica, de acuerdo con Kubiciel, si se generaliza en torno a la teoría de la pena y de la imputación⁷³.

Es curioso que unas conclusiones integradoras puedan resultar incompatibles con la parte especial, pues la parte general, a la que se asigna dicha función integradora, se habría desagregado de la parte especial; esa es la razón de que la parte general contenga en sí a la especial. La clave para entender esta incompatibilidad está en evaluar el nivel de compromiso con la parte especial como punto de partida de la inducción que lleva a la parte general. Si en lugar de tomar como punto de partida los delitos de la parte especial se toma como punto de partida un concepto material de delito es perfectamente posible que el esfuerzo integrador asignado a la parte general riña con la parte especial; la parte general se convierte, así, en juez de la parte especial. El actual código penal colombiano, que tomó los conceptos de la teoría general del delito de origen alemán en un contexto marcado por un bajo nivel de estudio de la parte especial, brinda un buen

⁶⁶ MAÑALICH, 2019, p. 631, quien destaca que Günther Jakobs cree que una discrepancia de su posición con el derecho positivo sería una razón a favor de la corrección de su propia posición.

⁶⁷ BRANDOM, 2000, p. 3.

⁶⁸ KÖSTLIN, 1858, § 13, p. 179.

⁶⁹ KUBICIEL, 2013, p. 6.

⁷⁰ KUBICIEL, 2013, p. 48 s.

⁷¹ KUBICIEL, 2013, p. 114.

⁷² KUBICIEL, 2013, p. 114.

⁷³ KUBICIEL, 2013, p. 126.

ejemplo de esa incompatibilidad entre conclusiones integradoras de parte general y la concreta parte especial. Como se verá en la sección III, la parte general es ciega frente al bien jurídico⁷⁴; solo la parte especial define el injusto en una práctica del derecho vinculada a la idea de legalidad. Sin embargo, el código penal colombiano, a diferencia del código penal alemán, incluye en su parte general un grupo de disposiciones que, bajo el título “De las normas rectoras de la ley penal colombiana”, informarían la interpretación del código. Una de ellas, la contenida en el art. 11, define la antijuridicidad, uno de los conceptos tomados de la teoría general del delito de origen alemán, en términos de la proximidad al menoscabo en la sustancia del bien jurídico⁷⁵.

El concepto material de delito al que responde el art. 11 no toma en consideración que la parte especial tiene delitos cuya arquitectura típica⁷⁶ descansa en el daño de peligro abstracto, no en el de lesión⁷⁷. Y se trata, por lo menos en algunos casos, de delitos cuya legitimidad no es cuestionada, como el falso testimonio del art. 442. Es bastante dudoso, por lo demás, que normas rectoras como el art. 11 puedan informar la interpretación de la parte especial porque, como observa Fincke, toda generalización aplicada al tipo particular marca una tendencia contraria al estado de derecho y al principio de legalidad⁷⁸.

2. *Función de paréntesis*

El principio de legalidad es un producto de la codificación que se hace operativo en la parte especial del código penal; y la complejidad de una pretensión sistemática de la parte especial vinculada a la idea de legalidad es respetar la individualidad de cada uno de los delitos, al tiempo que son clasificados en familias de delitos. En este punto quizás sea conveniente volver a Merkel, pues él tenía claro que aquello que hoy cuenta como función integradora (él la llamaba “la esencia general del crimen”⁷⁹) era solo un aspecto de la parte general de la ciencia del derecho penal; los otros aspectos eran la esencia general de la pena, la conexión existente entre crimen y pena, y, finalmente, “todo aquello que es determinado de forma general para el contenido y la aplicación de las leyes penales especiales (criterios de dosificación punitiva, prescripción, etc.)”⁸⁰. Fincke se refiere a esta variedad de aspectos como la “heterogeneidad” de la parte general⁸¹.

⁷⁴ FINCKE, 1975, p. 27; TIEDEMANN, 1992, p. 7.

⁷⁵ Urs Kindhäuser denomina este enfoque, críticamente, como “paradigma de la agresión”; KINDHÄUSER, 1989, pp. 163-171.

⁷⁶ Sobre este concepto BINDING, 1902, p. 9.

⁷⁷ Sobre la distinción entre daño de lesión y daño de peligro, KINDHÄUSER, 1989, pp. 166-168.

⁷⁸ FINCKE, 1975, p. 10. Acerca de un “cambio de paradigma” en la relación entre derechos fundamentales y *ius puniendi*, en donde este es controlado y, además, impulsado por estándares materiales independientes de la voluntad del legislador y jurídicamente vinculantes, BASCUÑÁN, 2007, pp. 48 y 53; en contra de la “constitucionalización” del derecho penal, KUHLEN, 2009, p. 402.

⁷⁹ MERKEL, 1874, p. 7.

⁸⁰ MERKEL, 1874, p. 7.

⁸¹ FINCKE, 1975, p. 22.

Además, Merkel creía que la contraposición entre parte general y parte especial en el código penal debía tomarse *cum grano salis* porque “[l]a parte especial se separa de nuevo, mediante un desarrollo ulterior, naturalmente en partes con relativa independencia, las cuales, a su turno, nuevamente desagregan una parte general que frente al contenido restante de la respectiva subdivisión está en la misma relación que la anteriormente mencionada parte general frente a la totalidad de la especial”⁸².

Es decir, Merkel no veía una “mezcolanza” en los distintos tipos de la parte especial necesitada de homogeneización; por el contrario, consciente del peligro que acecha a los proyectos asimiladores, generalizó de la parte especial aquello que es susceptible de generalizarse, esto es, “la esencia general del crimen”, y, conforme con un desarrollo ulterior de la propia parte especial, subdividió la parte especial de acuerdo con su naturaleza. El siguiente fragmento, con el que Merkel cierra la introducción de su estudio de la parte especial del derecho penal alemán, es ilustrativo de ese proceder: “La compleja naturaleza de los numerosos tipos de delito y la diferencia de perspectivas mediante las cuales son separados unos de otros excluye la posibilidad de estructurar aquel orden [el de la parte especial] de acuerdo a un sistema lógicamente satisfactorio. Pero eso no es muy importante. Lo que importa es que los tipos de delito en particular reciban una correcta caracterización”⁸³.

Mediante esta estrategia diferenciadora Merkel logra respetar la individualidad de cada delito, es decir, lo especial de la parte especial, al tiempo que clasifica los delitos en familias. Teniendo en cuenta la complejidad de esta tarea no parece correcto asignarle al estudio de la parte especial un estatus científico inferior al del estudio de la parte general⁸⁴. La herencia merkeliana nos deja, entonces, el siguiente saldo, incompatible con la función integradora: la relación entre la parte general y la parte especial del derecho penal no reproduce la relación lógica existente entre un género y su especie, ni a nivel legal ni a nivel teórico; es decir, la parte general del derecho penal no contiene en sí a la parte especial.

Finalmente, Merkel entendía que la parte general del derecho penal también incluía “todo aquello que es determinado de forma general para el contenido y la aplicación de las leyes penales especiales (criterios de dosificación punitiva, prescripción, etc.)”⁸⁵. Las disposiciones respecto de prescripción contenidas en la parte general, de acuerdo con el ejemplo de Merkel, aplican a todas las disposiciones de la parte especial. Esta forma de relacionar disposiciones de la parte general mediante su ubicación al lado de disposiciones de la parte especial se conoce en la doctrina alemana como la función de paréntesis de la parte general en su relación con la parte especial⁸⁶.

La función de paréntesis alude a una metáfora tomada de las matemáticas, pues de acuerdo con la ley matemática de distributividad la cifra que va antes del paréntesis

⁸² MERKEL, 1874, p. 8.

⁸³ MERKEL, 1889, § 108, p. 286 s.

⁸⁴ FINCKE, 1975, pp. 7 y 29.

⁸⁵ MERKEL, 1874, p. 7.

⁸⁶ FINCKE, 1975, p. 8.

afecta a todo el contenido del paréntesis; de acuerdo con esta metáfora, entonces, las disposiciones de la parte general, ubicadas antes del paréntesis, aplican a todos los delitos de la parte especial, los que, en esta metáfora, están ubicados dentro del paréntesis⁸⁷. Lo general de la parte general, de acuerdo con la función de paréntesis, radica en que las normas de la parte general valen para todas las normas de la parte especial; y su utilidad consiste en que la ubicación de una norma en la parte general evita tener que repetir esa norma al lado de cada uno de los tipos penales de la parte especial. Sin embargo, es claro que esta función de paréntesis no se predica de todas las normas de la parte general⁸⁸; esta es, como ya se dijo, heterogénea. Aparte de las disposiciones acerca de prescripción, ya mencionadas, valen para toda la parte especial las disposiciones relativas a la vigencia de la ley, así como aquellas disposiciones que se ubican al lado de los tipos penales de la parte especial, ampliándolos, como las que regulan la tentativa y la participación. En todo caso, esta función de paréntesis no significa que la parte general contenga al contenido del paréntesis; antes bien, de acuerdo con dicha función, ambas partes, la general y la especial, se encuentran en una relación recíproca de complemento⁸⁹.

III. PRIORIDAD DE LA PARTE ESPECIAL

La relación de complemento que se desprende de la función de paréntesis resalta la diferencia cualitativa que existe entre la parte general y la parte especial del derecho penal. La parte general del código penal, alemán y colombiano, se compone de reglas de validez y aplicación de las normas del código penal, así como de reglas de imputación; a su turno, la parte especial se compone de normas de comportamiento que sirven a la protección de bienes jurídicos⁹⁰. Estas normas de comportamiento, que subyacen a las normas de sanción de la parte especial, se interpretan de acuerdo con el bien jurídico que pretenden proteger; mientras que las reglas de imputación de la parte general sirven a la fundamentación de la pena y se interpretan, por eso, de acuerdo con los fines de la pena⁹¹. La parte general no sabe de bienes jurídicos, es ciega frente al bien jurídico, y por eso no puede fundamentar ningún injusto penal; esta es tarea de los tipos penales específicos, ellos constituyen la “esencia” de la parte especial y en ellos reside el centro del injusto: “[S]olo la parte especial, no la general, define al crimen”⁹². Atendiendo a la relación entre normas de comportamiento de la parte especial y reglas de imputación

⁸⁷ TIEDEMANN, 1992, p. 7, con ulteriores referencias en el pie de página 4; ROXIN, 2006, § 1/15, p. 7; KINDHÄUSER, 2017b, § 1/3, p. 29; acerca del significado de esta metáfora, ROXIN, 1997, § 10/14, p. 283, nota explicativa de los traductores marcada con asterisco; acerca del significado histórico de la metáfora, como razón que explica el desacoplamiento de la parte general de la especial, FINCKE, 1975, p. 8.

⁸⁸ FINCKE, 1975, p. 32; DUFF, 2007, p. 3.

⁸⁹ FINCKE, 1975, pp. 20 y 32.

⁹⁰ TIEDEMANN, 1992, p. 11.

⁹¹ TIEDEMANN, 1992, p. 13.

⁹² FINCKE, 1975, p. 28.

de la parte general puede afirmarse una prioridad lógica de la parte especial sobre la general, porque las reglas de imputación presuponen el comportamiento antinormativo⁹³.

1. *La función de la parte especial y la función de la parte general*

La prioridad lógica de la parte especial frente a la general se deja explicar, siguiendo a Paul H. Robinson, en términos funcionales. En su esfuerzo por “organizar” el derecho penal estadounidense⁹⁴, Robinson sostiene que un código penal cumple, al menos, dos funciones. La primera, “debe anunciar al público general, *ex ante*, las normas de comportamiento que deben hacerse cumplir con sanciones penales”⁹⁵. La segunda, “debe adjudicar, *ex post*, cualquier infracción de esas normas [de comportamiento]”⁹⁶. La función *ex ante* es prioritaria frente a la función *ex post*, pues “no puede imponerse responsabilidad en ausencia de infracción a esas normas [de comportamiento]”⁹⁷⁻⁹⁸. La primera función expuesta por Robinson, anunciar al público qué comportamiento está jurídico penalmente prohibido y qué comportamiento está jurídico penalmente mandado⁹⁹, la cumple el código penal colombiano con su parte especial. Pero esto presupone comprender que a las normas de sanción¹⁰⁰, visibles en la parte especial, subyacen normas de comportamiento, tesis que se remonta a la teoría de las normas de Binding¹⁰¹. De esta forma, el código penal colombiano le anuncia al público general que está prohibido matar asociando, en el art. 103, pena de prisión con el comportamiento de “matar a otro”.

La segunda función expuesta por Robinson, adjudicar responsabilidad por el quebrantamiento de una norma de comportamiento, la cumple el código penal colombiano con las reglas de imputación contenidas en la parte general. La responsabilidad penal por el homicidio del art. 103, por ejemplo, exige, en condiciones ordinarias¹⁰², que el autor conozca que su comportamiento cuenta como causa del resultado muerte, caso en el que se le imputará el homicidio a título de dolo, de acuerdo con el art. 22. En algunas ocasiones también se puede hacer responsable al autor bajo condiciones extraordinarias.

⁹³ MAÑALICH, 2009, p. 79.

⁹⁴ ROBINSON, 1997, pp. IX y 3.

⁹⁵ ROBINSON, 1997, p. 8, bastardilla en el original.

⁹⁶ ROBINSON, 1997, p. 8, bastardilla en el original.

⁹⁷ ROBINSON, 1997, p. 157.

⁹⁸ Acerca de las consecuencias de esta división funcional respecto del principio de legalidad penal, ROBINSON, 2005, pp. 375-377.

⁹⁹ Una norma de comportamiento se compone de un operador deóntico y de la descripción del contenido de la norma; VOGEL, 1993, p. 34. Los operadores deónticos son: prohibición (algo no debe ser llevado a cabo), mandato (algo debe ser llevado a cabo), permisión (algo tiene derecho a ser llevado a cabo) y exención (algo tiene derecho a no ser llevado a cabo); VON WRIGHT, 1963, p. 71; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2012, p. 60. Un modelo así es llamado “cuadrado deóntico”; JOERDEN, 2018, p. 181.

¹⁰⁰ Una norma de sanción se compone de un supuesto de hecho y de una consecuencia jurídica negativa; KINDHÄUSER, 1989, pp. 13 y 29.

¹⁰¹ BINDING, 1922, p. 35 ss; BINDING, 1885, p. 155.

¹⁰² Acerca de la distinción entre imputación ordinaria y extraordinaria, HRUSCHKA, 1991, p. 456.

Por ejemplo, si alguien ignora que su comportamiento cuenta como causa del resultado muerte, pero ha debido saberlo de acuerdo con el art. 23, se le imputará el homicidio culposo del art. 109. Asimismo, el autor, doloso o culposo, de homicidio se reputa culpable en condiciones ordinarias, de acuerdo con el art. 32.11, si en virtud del conocimiento de lo injusto del homicidio ha debido formar la intención de no matar. En algunas ocasiones también se puede reputar culpable al autor bajo condiciones extraordinarias. Por ejemplo, de acuerdo con el art. 33, segundo párrafo, cuando el autor del 103 o del 109 haya causado el motivo excusante. En todo caso, los arts. 22 (dolo), 23 (culpa), 32.11 (error de prohibición) y 33, segundo párrafo (*actio libera in causa*), no tienen un espacio propio de aplicación con independencia de las normas de comportamiento a las que están referidos. Y eso significa, justamente, que la parte especial es prioritaria frente a la general¹⁰³.

2. *Los destinatarios de la parte especial y los destinatarios de la parte general*

Una consecuencia de la distinción funcional recién expuesta es la correlativa distinción entre el destinatario de una y otra norma¹⁰⁴. En el marco del derecho penal estadounidense “[e]s una vieja idea, aunque poco atendida, que la ley puede establecer una distinción entre las reglas dirigidas al público en general y las reglas dirigidas a los funcionarios”¹⁰⁵. Resulta interesante destacar que, en opinión de Meir Dan-Cohen, esa idea ha sido poco atendida en virtud de una “concepción demasiado simple de la relación entre los dos tipos de regla”¹⁰⁶; por el contrario, tomarse en serio la relación evita lo que Dan-Cohen llama una “comprensión reduccionista”, es decir, la “conclusión de que un conjunto único de reglas es en principio suficiente para cumplir tanto la función de guiar las decisiones oficiales como la de guiar el comportamiento del público”¹⁰⁷. En particular, Dan-Cohen es consciente de que la importancia de las normas de comportamiento en la aplicación del derecho por parte de los jueces no implica una reducción a este tipo de normas; se trata, como se dijo atrás, de una prioridad lógica que deja intacta

¹⁰³ Esta distinción funcional entre parte especial y parte general, si bien tomada de la doctrina del derecho penal estadounidense, no es unánime en dicho contexto. Así, por ejemplo, Michael S. Moore, quien por lo demás defiende una comprensión funcional del derecho, distingue la parte general del derecho penal de la especial trazando una línea entre teorías descriptivas y teorías normativas, correspondiendo la parte general a una teoría descriptiva del derecho penal y la parte especial a una teoría normativa del derecho penal; MOORE, 1997, p. 9 s; acerca de la comprensión funcional del derecho de Moore, MOORE, 1992, pp. 208-217. En el derecho penal inglés R.A. Duff invita a abandonar la distinción en términos categoriales y, en su lugar, a entenderla como “la forma más clara y conveniente de explicar el derecho”; DUFF, 2007, p. 4.

¹⁰⁴ ROBINSON, 2005, p. 377 s.

¹⁰⁵ DAN-COHEN, 1984, p. 625; la distinción en mención se puede rastrear, en la doctrina estadounidense, hasta George P. Fletcher, quien menciona “la rica distinción”, que él toma de la doctrina penal alemana, entre *wrongdoing* y *subjective attribution*; FLETCHER, 1978, p. 455. Es interesante resaltar que Fletcher inicia su libro con la parte especial, como un “débito con la tradición legal anglo-americana”; FLETCHER, 1978, p. xxii.

¹⁰⁶ DAN-COHEN, 1984, p. 625.

¹⁰⁷ DAN-COHEN, 1984, p. 627.

la posibilidad de existencia de reglas de imputación independientes de las normas de comportamiento¹⁰⁸.

La distinción entre destinatarios de normas de comportamiento y destinatarios de reglas de imputación no significa que ciudadanos y jueces vivan en mundos separados; los jueces, por ejemplo, también “oyen” el mensaje de la norma de comportamiento y, por eso, imponen sanciones al ciudadano que quebranta dicha norma¹⁰⁹. La doctrina alemana se refiere a este aspecto como la función de evaluación de la norma de comportamiento¹¹⁰. Pero desagregar los destinatarios permite realzar, de una parte, los “deberes de cumplimiento de ciudadanos individuales” contenidos en la parte especial y, de otra, los “criterios para responsabilizar a las personas por sus actos” propios de la parte general¹¹¹. En una democracia ambos aspectos son el resultado de la deliberación política¹¹²; sin embargo, “tiene poco sentido” dirigir las reglas de imputación a los ciudadanos, mientras que dirigir al ciudadano las normas de comportamiento permite que él “cumpla su deber”¹¹³.

IV. ¿NUEVO ENFOQUE DE LA PARTE ESPECIAL?

Una comprensión de la relación entre parte especial y general del derecho penal que se rija por los criterios de prioridad de la parte especial sobre la general y de independencia entre ambas partes proporciona un enfoque para el estudio de la parte especial que, si bien ya ha sido explorado en la doctrina alemana, resulta nuevo en Colombia. Aunque parezca una obviedad, la idea de vinculación a la ley presupone a la parte especial pues en ella se materializa el mandamiento de *lex stricta* asociado a la comprensión actual del principio de legalidad¹¹⁴. Esta es una razón histórica de peso que, sumada a la comprensión funcional de la relación entre la parte especial y la general del derecho penal, despeja el camino para una adecuada sistematización de la parte especial. En esa sistematización, por ejemplo, el estudio del homicidio es ajeno al estudio de las teorías de la causalidad y del dolo¹¹⁵ y el estudio de los delitos contra el patrimonio económico es ajeno a los criterios de autoría y participación¹¹⁶.

Contar con un desarrollo científico de la parte especial brinda a las cortes criterios, previamente sometidos a la discusión académica, para la correcta interpretación de los tipos penales; esa era la idea de Binding a inicios del siglo pasado. Disponer de esta

¹⁰⁸ DAN-COHEN, 1984, p. 629.

¹⁰⁹ DAN-COHEN, 1984, p. 631.

¹¹⁰ HRUSCHKA, 1991, p. 451 s.

¹¹¹ FLETCHER, 1978, p. 457 s.

¹¹² MAÑALICH, 2009, p. 78, pie de página 242.

¹¹³ FLETCHER, 1978, p. 457.

¹¹⁴ FINCKE, 1975, p. 9 s; ROBINSON, 2005, p. 377.

¹¹⁵ Así, no obstante, BERNAL, 1971, pp. 20-77.

¹¹⁶ Así, no obstante, SUÁREZ, 2013, pp. 93-120.

“dogmática del derecho existente”¹¹⁷ se opone al ejercicio de descubrir, por medio de la razón, qué cuenta como delito. Desechada esa práctica iusnaturalista podría acotarse el estudio de parte general a las reglas sobre validez y aplicación de las normas del código penal y a las reglas de imputación¹¹⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos E., BULYGIN, Eugenio, 2012: *Sistemas normativos. Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas* (2° edición), Buenos Aires y Bogotá: Astrea.
- APEL, Karl-Otto, 1973: *Transformation der Philosophie*, Tomo II, Fráncfort del Meno: Suhrkamp.
- ARAGÓN, Arcesio, 1938: *Código penal anotado, concordado y comentado*, Bogotá: Librería colombiana Camacho Roldán & Cia.
- ATRIA, Fernando, 2016: *La forma del derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y San Pablo: Marcial Pons.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 1997: “Problemas básicos de los delitos sexuales”, *Revista de derecho (Valdivia)*, volumen VIII, número especial.
- BASCUÑÁN RODRÍGUEZ, Antonio, 2007: “Derechos fundamentales y derecho penal”, *Revista de estudios de la justicia*, N° 9.
- BERNAL PINZÓN, Jesús, 1971: *El homicidio*, Bogotá: Temis.
- BINDING, Karl, 1885: *Handbuch des Strafrechts*, Tomo I, Leipzig: Duncker & Humblot.
- BINDING, Karl, 1902: *Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besonderer Teil* (2° edición), Tomo I, Leipzig: Felix Meiner.
- BINDING, Karl, 1922: *Die Normen und ihre Übertretung* (4° edición), Tomo I, Leipzig: Felix Meiner.
- BRANDON, Robert B., 2000: *Articulating Reasons*, Cambridge y Londres: Harvard University Press.
- COMISIÓN DE ASUNTOS PENALES Y PENITENCIARIOS, 1938: *Trabajos preparatorios del nuevo código penal* (2° edición), Tomo I, Bogotá: Imprenta Nacional.
- COMISIÓN DE ASUNTOS PENALES Y PENITENCIARIOS, 1939: *Trabajos preparatorios del nuevo código penal*, Tomo II, Bogotá: Imprenta Nacional.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL, sin fecha: *Actas del nuevo código penal colombiano*, Tomo I, sin ciudad: Colección pequeño foro.
- COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL, 1981: *Actas del nuevo código penal colombiano*, Tomo II, sin ciudad: Colección pequeño foro.
- DAN-COHEN, Meir, 1984: “Decision Rules and Conduct Rules: On Acoustic Separation in Criminal Law”, *Harvard Law Review*, volumen 97, N° 3.
- DE-LA-VEGA, Orlando, 2019: “Über den Einfluss der deutschen Straftatlehre in Kolumbien”, en Böse, Schumann y Toepel (editores), *Festschrift für Urs Kindhäuser*, Baden-Baden, Nomos, pp. 107-117.
- DELGADO CALDERÓN, Sergio, 1979: *Derecho penal especial*, Bogotá: Librería jurídica Wilches.
- DUFF, R.A., 2007: *Answering for Crime. Responsibility and Liability in the Criminal Law*, Oxford y Portland: Hart Publishing.

¹¹⁷ BINDING, 1885, p. VII.

¹¹⁸ Incluso en la tradición del *common law* parece conveniente desagregar el estudio de la parte general de “cualesquiera valores morales o políticos subyacentes que puedan ser relevantes para la comprensión normativa del derecho penal”; DUFF, 2007, p. 4.

- FEUERBACH, Paul Johann Anselm, 1799: *Revision der Grundsätze und Grundbegriffe des positiven peinlichen Rechts*, Tomo I, Erfurt: in der Henningschen Buchhandlung.
- FEUERBACH, Anselm, 1828: *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts* (10ª edición), Giessen: Georg Friedrich Heyer.
- FINCKE, Martin, 1975: *Das Verhältnis des Allgemeinen zum Besonderen Teil des Strafrechts*, Berlín: J. Schweitzer.
- FLETCHER, George P., 1978: *Rethinking Criminal Law*, Boston y Toronto: Little, Brown and Company.
- GARRAUD, R., 1888: *Traité théorique et pratique du droit pénal français*, Tomo I, París: L. Larose et Forcel.
- GARRAUD, R., 1912: *Précis de droit criminel* (11ª edición), París: Librairie de la société du recueil Sirey.
- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- HART, H.L.A., 1982: *Essays on Bentham*, Oxford: Clarendon Press.
- HÄLSCHNER, Hugo, 1855: *Das preußische Strafrecht*, Tomo I, Bonn: Adolph Marcus.
- HÄLSCHNER, Hugo, 1868: *Das preußische Strafrecht*, Tomo III, Bonn: Adolph Marcus.
- HÄLSCHNER, Hugo, 1881: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Tomo I, Bonn: Adolph Marcus.
- HÄLSCHNER, Hugo, 1884: *Das gemeine deutsche Strafrecht*, Tomo II, Bonn: Adolph Marcus.
- HEFENDEHL, Roland, 2003: "Das Rechtsgut als materialer Angelpunkt einer Strafnorm", en Hefendehl, von Hirsch y Wohlers (editores), *Die Rechtsgutstheorie*, Baden-Baden, Nomos, pp. 119-132.
- HRUSCHKA, Joachim, 1991: "Verhaltensregel und Zurechnungsregel", *Rechtstheorie*, volumen 22.
- JAKOBS, Günther, 2001: "Materielle Vollendung bei Verletzungsdelikten gegen die Person. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils", en Schünemann, Achenbach, Bottke, Haffke y Rudolphi (editores), *Festschrift für Claus Roxin zum 70. Geburtstag*, Berlín y Nueva York, De Gruyter, pp. 793-810.
- JAKOBS, Günther, 2003: "Zum Begriff des Delikts gegen die Person", en Bernsmann y Ulsenheimer (editores), *Bochumer Beiträge zu aktuellen Strafrechtsthemen. Vorträge anlässlich des Symposiums zum 70. Geburtstag von Gerd Geilen*, Colonia, Berlín, Bonn y Múnich, Carl Heymanns, pp. 63-78.
- JAKOBS, Günther, 2008: "Rechtsentzug als Vermögensdelikt. Zugleich ein Beitrag zur Verallgemeinerung des Besonderen Teils", en Sieber, Dannecker, Kindhäuser, Vogel y Walter (editores), *Strafrecht und Wirtschaftsstrafrecht. Dogmatik, Rechtsvergleich, Rechtstatsachen. Festschrift für Klaus Tiedemann zum 70. Geburtstag*, Colonia y Múnich, Carl Heymanns, pp. 649-661.
- JOERDEN, Jan C., 2018: *Logik im Recht* (3ª edición), Heidelberg: Springer.
- KINDHÄUSER, Urs, 1989: *Gefährdung als Straftat*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- KINDHÄUSER, Urs, 2017a: *Strafrecht. Besonderer Teil* (9ª edición), Tomo II, Baden-Baden: Nomos.
- KINDHÄUSER, Urs, 2017b: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (8ª edición), Baden-Baden: Nomos.
- KÖSTLIN, C. Reinhold, 1858: *Abhandlungen aus dem Strafrechte*, Tubinga: H. Laupschen Buchhandlung.
- KUBICIEL, Michael, 2013: *Die Wissenschaft vom besonderen Teil des Strafrechts*, Fráncfort del Meno: Vittorio Klostermann.
- KUHLEN, Lothar, 2009: "Anmerkungen zum Verhältnis von Strafrecht und Verfassungsrecht", en da Costa Andrade, Antunes y Aires de Sousa (editores), *Ars Iudicandi. Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge De Figueiredo Dias*, Tomo I, Coimbra, Universidade de Coimbra, pp. 401-420.
- LÓPEZ MEDINA, Diego Eduardo, 2004: *Teoría impura del derecho*, Bogotá, México D.F., Buenos Aires, Caracas, Lima y Santiago: Legis.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2009: *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden: Nomos.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2019: "Verallgemeinerung als Pathos. Zu Günther Jakobs' Beitrag zur Dogmatik des Besonderen Teils", en Kindhäuser, Kreß, Pawlik y Stuckenberg (editores),

- Strafrecht und Gesellschaft. Ein kritischer Kommentar zum Werk von Günther Jakobs*, Tubinga: Mohr Siebeck, pp. 613-643.
- MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2020: *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, Santiago: Thomson Reuters.
- MAURACH, Reinhart, 1959: *Deutsches Strafrecht. Besonderer Teil* (3° edición), Karlsruhe: C.F. Müller.
- MERKEL, Adolf, 1874: "Ueber das Verhältniss der Rechtsphilosophie zur positiven Rechtswissenschaft und zum allgemeinen Theil derselben", *Zeitschrift für das privat- und öffentliche Recht der Gegenwart*, volumen I.
- MERKEL, A., 1889: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, Stuttgart: Ferdinand Enke.
- MOORE, Michael S., 1992: "Law as a Functional Kind", en George (editor), *Natural Law Theory*, Nueva York: Oxford University Press, pp. 188-242.
- MOORE, Michael S., 1997: *Placing Blame*, Nueva York: Oxford University Press.
- MOORE, Michael S., 2002: "Legal Reality: A Naturalist Approach To Legal Ontology", *Law and Philosophy*, volumen 21, N° 6.
- PEÑAS FELIZZOLA, Aura Helena, 2006: *Génesis del sistema penal colombiano*, Bogotá: Doctrina y Ley.
- PÉREZ, Luis Carlos, 1968: *Tratado de derecho penal*, Tomo III, Bogotá: Temis.
- RAZ, Joseph, 1975: *Practical Reason and Norms*, Londres: Hutchinson & Co.
- ROBINSON, Paul H., 1997: *Structure and Function in Criminal Law*, Nueva York: Oxford University Press.
- ROBINSON, Paul H., 2005: "Fair Notice and Fair Adjudication: Two Kinds of Legality", *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 154.
- ROSSI, P., 1872: *Traité de droit pénal* (4° edición), Tomo II, París: Librairie de Guillaumin et Cie.
- ROXIN, Claus, 1997: *Derecho penal. Parte general* (trad. de la 2° edición alemana por Luzón, García y Remesal), Tomo I, Madrid: Civitas.
- ROXIN, Claus, 2006: *Strafrecht. Allgemeiner Teil* (4° edición), Tomo I, Múnich: C.H. Beck.
- STERN, David G., 2004: *Wittgenstein's philosophical investigations. An introduction*, Cambridge, Nueva York, Melbourne, Madrid, Ciudad del Cabo, Singapur y San Pablo: Cambridge University Press.
- SUÁREZ SÁNCHEZ, Alberto, 2013: *Delitos contra el patrimonio económico* (2° edición), Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- TIEDEMANN, Klaus, 1992: "Zum Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem Teil des Strafrechts", en Arzt, Fezer, Weber, Schlüchter y Rösner (editores), *Festschrift für Jürgen Baumann*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, pp. 7-20.
- VOGEL, Joachim, 1993: *Norm und Pflicht*, Berlín: Duncker & Humblot.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action*, Londres: Routledge & Kegan Paul.

Jurisprudencia citada

- BGHSt. 9, 62, en: *Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen*, tomo 9 (1955), pp. 62-64.
- CORTE Suprema de Justicia. Sentencia de 13 de febrero de 1963, en: *Gaceta Judicial*, tomo CI (1963), pp. 325-338.
- CORTE Suprema de Justicia. Sentencia de 29 de julio de 1965, en: *Gaceta Judicial*, tomos CXIII y CXIV (1974), pp. 281-289.
- CORTE Suprema de Justicia. Sentencia de 14 de diciembre de 2011, en: *Jurisprudencia & Doctrina*, N° 485 (2012), p. 823.
- CORTE Constitucional. Sentencia de 15 de abril de 2021. Sentencia C-093.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Aporías en torno a la determinación del estatuto jurídico aplicable en materia de prescripción de las sanciones administrativas (Corte Suprema)

*Comentario de Gonzalo Agliati Vásquez**

Santiago, veintiocho de agosto de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En autos rol Nº 8420-2017, sobre juicio regido por el artículo 171 del Código Sanitario, la reclamante ha interpuesto recurso de casación en el fondo en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Antofagasta que confirmó el fallo que rechazó la reclamación deducida por Álvaro Funes Palacios, en representación de Compañía Minera Zaldívar, en contra de la Resolución Nº 8128 de 28 de noviembre de 2014 que le impuso una multa de 800 unidades tributarias mensuales.

[...]

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurso de nulidad sustancial denuncia la infracción de los artículos 94 y 95 del Código Penal, toda vez que los jueces del fondo no aplicaron los preceptos indicados, en circunstancias que la ausencia de norma legal que regule la prescripción de las sanciones administrativas de índole sanitaria y la naturaleza punitiva de la pena, determina la aplicación del plazo establecido en el artículo 94 del Código Punitivo relativo a la prescripción de las faltas, mas no el artículo 2515 del Código Civil, teniendo en cuenta para ello que el ius puniendi del Estado no es sólo el derecho penal, pues también existe la potestad sancionatoria de la Administración. De esta manera el ordenamiento regulatorio al que accede esta facultad sancionatoria es, en esencia, Derecho Administrativo y, en cuanto tal, el derecho común aplicable a falta de normas expresas que regulen determinadas situaciones como la prescripción de la acción infraccional es el derecho penal, en suma, el Código Penal que en su artículo 94 establece

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Becario CONICYT-PFCHA/Magíster Nacional/2019-22190200. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0814-0169>. Correo electrónico: gonzalo.agliati@pucv.cl

que la prescripción de las faltas es de seis meses, de modo tal que habiendo transcurrido entre la fecha de la ocurrencia de los hechos –26 de diciembre de 2013– y la fecha de formulación de cargos en el sumario sanitario –10 de julio de 2014– un plazo superior a seis meses, la excepción de prescripción opuesta por la reclamante debió ser acogida.

{...}

TERCERO: Que en aquello que es de interés al recurso, la sentencia impugnada expone que debe considerarse que si bien la sanción que se ha reclamado es de naturaleza administrativa, la omisión de un plazo de prescripción en la legislación sanitaria constituye una cuestión irrefutable, por lo cual el modo de extinguir la responsabilidad de estas infracciones especiales debe regirse supletoriamente por las normas generales del derecho común, de modo que el plazo de prescripción aplicable en este caso debe ser conforme lo dispone el artículo 2515 del Código Civil, vale decir, cinco años a partir de la ocurrencia de los hechos. Luego, establecido que el hecho en que se funda el sumario sanitario ocurrió el día 26 de diciembre de 2013 y que con fecha 10 de julio de 2014 se ordenó instruir sumario sanitario, no puede sino concluirse el rechazo de la excepción de prescripción extintiva hecha valer por la reclamante.

CUARTO: Que es útil precisar que la circunstancia de encontrarse reguladas algunas responsabilidades por normas de derecho público no impide que ellas puedan extinguirse por el transcurso del tiempo, en razón que la prescripción es de carácter universal e indispensable para asegurar criterios de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas y, por ello, puede operar en todas las disciplinas que pertenecen al derecho público. Por consiguiente, acorde a este procedimiento, la prescripción de las acciones procede en nuestro derecho positivo como regla general, la que sólo cesa cuando por ley se determine su imprescriptibilidad.

{...}

SEXO: Que ante la ausencia de norma expresa en el ordenamiento citado, y tratándose de disposiciones especiales, debe entenderse que –en lo no contemplado expresamente en ellas– deben aplicarse supletoriamente las reglas del derecho común que, según la materia específica, correspondan.

SÉPTIMO: Que en orden a dilucidar esta cuestión cabe considerar que en el ámbito que se trata no corresponde aplicar la prescripción de seis meses que respecto de las faltas contempla el artículo 94 del Código Penal. En efecto, la sola circunstancia que la infracción conlleve una sanción pecuniaria no transforma ese ilícito en una falta penal o deba reputársele como tal (*sic*), toda vez que esta sanción es, según el artículo 21 del Código Penal, una pena común para los crímenes, simples delitos y también para las faltas.

OCTAVO: Que si bien la potestad sancionadora de la Administración forma parte del denominado “ius puniendi” del Estado, no es menos cierto que la sanción

administrativa es independiente de la sanción penal, por lo que debe hacerse una aplicación matizada de los principios del derecho penal en materia de sanción administrativa, no siendo razonable aplicar el plazo de prescripción de las faltas, porque al ser una prescripción de corto tiempo –seis meses– resultaría eludida la finalidad del legislador de dar eficacia a la Administración en la represión de estos ilícitos y la sanción contemplada en la ley carecería de toda finalidad preventiva general.

NOVENO: Que, por lo demás, las consideraciones que la jurisprudencia y la doctrina han venido formulando acerca de la unidad del poder sancionador del Estado –más allá de las naturales diferencias entre las sanciones administrativas y las penales– y a la necesidad de someter a unas y otras a un mismo estatuto de garantías, sus diferencias no pueden ser dejadas de comprender o soslayar y de ser apreciadas separadamente.

[...]

DÉCIMO TERCERO: Que, de otra parte, tampoco puede decirse del derecho penal o del derecho procesal penal que formen parte del derecho común (*Corpus Iuris Civilis*), puesto que los primeros, son especiales en relación al último, atendida la limitada proporción de ciudadanos al cual se aplican, la particularísima función social que desempeñan y la finalidad directa a la cual apuntan. Por otra parte, ha sido costumbre de los juristas, desde los tiempos romanos, aludir al derecho civil como al derecho común por excelencia, puesto que todo ser humano, desde la inscripción de su nacimiento hasta aquella de su defunción, ha vivido en todos los actos jurídicos de su existencia sujeto a este derecho; y, muy excepcionalmente, al derecho penal y procesal penal, si llegara a incurrir en delito.

DÉCIMO CUARTO: Que también es útil recordar el artículo 20 del Código Penal, en cuanto señala que “no se reputan penas... las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”. Estas últimas, las atribuciones gubernativas, son aquellas que corresponden al Estado administrador como propias del *ius puniendi* que le pertenece en el ámbito administrativo respectivo.

DÉCIMO QUINTO: Que, por último, aceptar la prescripción de seis meses para la aplicación de la sanción administrativa atenta contra la debida relación y armonía que debe guardar la legislación, ya que no resulta coherente que la acción disciplinaria por responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos prescriba en cuatro años, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 158 del Estatuto Administrativo y 154 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales y, en cambio, tratándose de la acción sancionatoria dirigida contra particulares, prescriba en el plazo de seis meses.

DÉCIMO SEXTO: Que, entonces, el defecto normativo de omisión de un plazo razonable y prudente de prescripción en el Código Sanitario, en que incurriera el legislador, impone el deber de encontrar en la legislación positiva, actual y común, la solución del

problema que ha sido promovido debiendo acudirse a las normas generales del derecho común dentro del ámbito civil y, en ese entendido, hacer aplicación a la regla general de prescripción extintiva de cinco años a que se refiere el artículo 2515 del Código Civil.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en este punto conviene destacar que la aplicación de la normativa del ordenamiento civil en materia de prescripción de las acciones que aquí se tratan no lo es en carácter supletorio, basada en principios generales del derecho, sino en virtud de un mandato expreso del legislador, consignado en el artículo 2497 del Código Civil, conforme al cual las reglas relativas a la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado, de las iglesias, de las municipalidades, de los establecimientos y corporaciones nacionales y de los individuos particulares que tienen la libre administración de lo suyo.

DÉCIMO OCTAVO: Que entonces, habida consideración que a la fecha en que se inició el sumario sanitario contado desde la fecha de la infracción no había transcurrido el plazo de cinco años, contemplado en el artículo 2515 del Código Civil, cabe concluir que los jueces del fondo no incurrieron en error jurídico al concluir que la acción sancionatoria no se encontraba prescrita.

De conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 767 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo deducido en lo principal de la presentación de fojas 250 en contra de la sentencia de dieciséis de enero del año dos mil diecisiete, escrita a fojas 247.

Se previene que el Ministro señor Muñoz no comparte lo razonado en los motivos sexto a décimo octavo, por cuanto, en su concepto, la prescripción es una sanción y por lo tanto no puede ser aplicada por analogía en el Derecho Público sobre la base de normas del Derecho Privado. Sin embargo, en lo relativo al Derecho Administrativo Sancionador, en que existe consenso de su raíz común con el Derecho Penal, por representar ambos el ius puniendi del Estado, las sanciones a los administrados –sustancialmente diversa de la responsabilidad funcionaria–, en el evento que no se encuentre reglada la prescripción de la acción y de la pena, procede aplicar la prescripción básica del Derecho Penal para las simples delitos, que es de cinco años, por lo cual la conducta igualmente no se encuentra prescrita y el recurso de casación, en tal virtud, debe ser rechazado.

Se previene que el Abogado Integrante señor Lagos, estuvo por rechazar el recurso de casación en el fondo deducido teniendo únicamente presente las siguientes consideraciones:

{...}

3º) Que semejante cuestión se encuentra íntimamente vinculada con la naturaleza de las sanciones administrativas y del derecho administrativo sancionador, bajo cuyo imperio aquéllas se investigan y aplican por la Administración.

Se entiende que el derecho administrativo sancionador y el derecho penal tienen un origen común en el ius puniendi único del Estado, del cual constituyen manifestaciones

específicas tanto la potestad sancionatoria de la Administración como la potestad punitiva de los Tribunales de Justicia.

De esta similitud se desprende como consecuencia la posibilidad de aplicar supletoriamente en el ámbito de las sanciones administrativas algunos de los principios generales que informan al derecho penal.

4º) Que corresponde desestimar, asimismo, la opinión —que también suele sustentarse— proclive a aplicar supletoriamente en el derecho administrativo sancionador el plazo de cinco años establecido en el artículo 2515 del Código Civil para la prescripción de largo tiempo, propia de las acciones ordinarias vinculadas al derecho de las obligaciones, tanto por la distinta naturaleza que ostentan las acciones relativas al ámbito sancionatorio —de indiscutible pertenencia al campo del Derecho Público— y aquéllas que sirven para salvaguardar las acreencias del derecho común, inspiradas en principios jurídicos pertenecientes al orden privado y reguladas en dicho Código, como en razón de los fundamentos sobre los que reposa el instituto de la prescripción extintiva.

En efecto, para que ésta pueda operar deben conjugarse dos factores: por un lado el transcurso del tiempo y, por el otro, la inactividad del acreedor, cuya desidia en la cautela de su derecho es castigada por el legislador con la prescripción de la acción pertinente.

Desde esta última perspectiva, no parece razonablemente justificada la sujeción de ambas clases de acciones al plazo común de prescripción de cinco años previsto en el Código Civil, puesto que no es dable exigir el mismo grado de diligencia y esmero en el resguardo de sus intereses a personas con patrones medianos de cultura, como son, en general, los destinatarios del derecho común, que a los órganos de la Administración, institucionalmente encargados de ejercer las potestades sancionatorias, cuyos integrantes necesariamente deben contar con capacidades, destrezas y recursos jurídicos, materiales y tecnológicos adecuados para cumplir con oportunidad el mandato que la ley les impone en orden a fiscalizar y perseguir las conductas que transgreden el ordenamiento administrativo en procura de su adecuada sanción.

La conclusión, obvia, que de ello se sigue no puede ser otra que los agentes fiscalizadores en lo administrativo debe contar con un régimen general de plazos más exigüos en el ejercicio de sus funciones de supervisión que los que el ordenamiento reconoce al acreedor común para la cautela de sus derechos.

5º) Que en el orden de los principios rectores y de los razonamientos desarrollados precedentemente, no corresponde dar cabida a las argumentaciones que a veces suele aducirse acerca de que un plazo de prescripción de seis meses resultaría exigüo para sanciones relativas a contravenciones que afectan a bienes jurídicos de trascendencia en el ámbito social y económico. Dicha consideración, si bien resulta atendible, no puede tener cabida por cuanto se trata de una cuestión que está dentro de la esfera de competencia del legislador, el cual cuenta para ello con dos vías: establecer, con carácter general, una graduación en los plazos de prescripción, atendida la gravedad de las infracciones o bien fijar en la ley particular un término de prescripción acorde con la entidad de las contravenciones a sancionar, como ocurrió con la Ley N° 20.361, que

modificando el artículo 20 del D.L. N° 211 de 1973 que fija normas sobre Protección a la Libre Competencia, elevó a cinco años el plazo de prescripción de las acciones destinadas a perseguir las conductas previstas en la letra a) del artículo 3° de dicho cuerpo legal (relacionadas con acuerdos colusivos entre agentes económicos en desmedro de la libre competencia en los mercados).

6°) Que al término de las reflexiones anteriores no cabe son concluir, en congruencia con las ideas en ellas expresadas –que han sido, en lo esencial, compartidas por la jurisprudencia reiterada de esta Corte– que, en ausencia de una regla específica sobre el punto, las infracciones y sanciones administrativas debe prescribir en el plazo de seis meses establecido para las faltas en los artículos 94 y 97 del Código Penal.

[...]

COMENTARIO

La ausencia de una norma general que establezca los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas, junto con la insuficiencia de las disposiciones especiales previstas al efecto en ciertos ámbitos regulatorios específicos, se encuentran dentro de las principales falencias que pueden advertirse en materia de Derecho Administrativo Sancionador. Con el objeto de subsanar las dificultades derivadas de esta omisión, la doctrina y la jurisprudencia han propuesto la aplicación de los estatutos generales respectivos previstos en sede penal y civil como alternativas de regulación supletoria. La elección que se realice a este respecto es sumamente relevante, ya que no solo incidirá en la determinación de los plazos de prescripción y la forma en que estos deben computarse, sino que se hará extensiva a otros aspectos relacionados, como por ejemplo, la posibilidad de que la figura en comentario sea decretada de oficio por el juez, lo que solo resulta admisible en el ámbito penal.

En este sentido, la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 8420-2017, dictada el 28 de agosto de 2018, sin perjuicio de las variaciones oscilantes que caracterizan a la jurisprudencia judicial en estos asuntos, corresponde a una manifestación de la posición actualmente imperante entre los tribunales nacionales, la que sostiene que la situación antedicha debe ser solucionada por medio del reconocimiento de las normas previstas en el Título XLII del Código Civil como derecho común aplicable en los supuestos de ausencia de regulación administrativa específica¹.

A pesar de que este fallo no constituye una decisión fundante de una nueva tesis jurisprudencial y que parte importante de sus razonamientos han sido previamente expuestos en otros pronunciamientos –véase, entre otras resoluciones, las sentencias de

¹ Esta posición ha sido recientemente adoptada por la jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República, según consta en el Dictamen 24731/2019, de 12 de septiembre de 2019. A partir de la lectura de dicho pronunciamiento, es posible inferir que la entidad fiscalizadora ha modificado su tesis anterior como una forma de adherir a los argumentos sostenidos por la Corte Suprema.

la Corte Suprema Rol N° 100.727-2016 y 12.164-2017, de 22 y 23 de noviembre de 2017, respectivamente—, su análisis supone un ejercicio de indiscutible relevancia, ya que tanto la decisión principal como las dos prevenciones formuladas con posterioridad a esta —la última de las cuales, en rigor, consiste en una posición disidente que decreta el rechazo del recurso de casación a partir de motivos diversos a los que fundan la opinión mayoritaria entre los sentenciadores— dan cuenta de los principales argumentos en que se basan las distintas interpretaciones tradicionalmente sostenidas en esta materia, las que admiten ser sometidas a apreciaciones críticas tendientes a evidenciar sus falencias más importantes y, consecuentemente, a posibilitar la identificación y formulación de soluciones más adecuadas para supuestos similares.

En primer lugar, no obstante el orden y distribución de contenidos a partir de los cuales se estructura el fallo, es posible advertir que la mayoría de los ministros reconoce algunos principios que admiten fungir como presupuestos generales en relación con esta clase de asuntos litigiosos.

Por una parte, el hecho de que la ausencia de normas relativas a la prescripción corresponda a un rasgo generalizado del Derecho Administrativo Sancionador —en el caso *sub lite*, de la regulación administrativa sanitaria— no permite sostener que las responsabilidades y sanciones asociadas a dicho sector del ordenamiento jurídico deban reputarse como imprescriptibles, lo que solo resultaría procedente en aquellos casos en que la ley lo señale expresamente. Que la Corte Suprema sostenga esta interpretación resulta destacable —en especial cuando se basa en la idea de que “la prescripción es de carácter universal e indispensable para asegurar criterios de certeza y seguridad en las relaciones jurídicas” (considerando cuarto) y que “[m]ediante la prescripción extintiva se propende al resguardo del orden social y a la seguridad, estabilidad y consolidación de las relaciones jurídicas” (prevención del abogado integrante señor Lagos, 1°)—, toda vez que implica la adopción de una actitud coherente y respetuosa de las instituciones básicas de nuestro ordenamiento jurídico².

Asimismo, de forma coincidente con la opinión mayoritaria entre los autores nacionales³, la Corte Suprema sostiene que las potestades sancionatorias de la Administración, al igual que los castigos previstos en el Derecho Penal, forman parte del *ius puniendi*, en tanto atributo unitario del Estado. En todo caso, los sentenciadores enfatizan de forma adecuada en que dicho carácter uniforme no puede traducirse en un desconocimiento de la independencia de las sanciones administrativas respecto de las sanciones penales, en virtud de ello se fundamenta la aplicación matizada de ciertos principios generales y la necesidad de considerar algunos aspectos diferenciadores esenciales.

² Es posible señalar que cierta jurisprudencia administrativa de la Contraloría General de la República sostuvo la tesis diametralmente opuesta, según la cual la ausencia de norma expresa redundaba en la imprescriptibilidad en sede administrativa sancionadora, en razón del carácter de derecho estricto de la regulación pública. En todo caso, dicha posición fue abandonada definitivamente a partir de las consideraciones expuestas en los Dictámenes 14.571/2005 (22 de marzo de 2005) y 28.226/2007 (22 de junio de 2007).

³ BERMÚDEZ, 2014, pp. 330-332 y CORDERO, 2014, pp. 45-47.

De conformidad con esta última afirmación, resulta cuestionable lo señalado en el considerando decimocuarto de la sentencia, a partir de ello puede inferirse que los ministros parecen sostener que el artículo 20 del Código Penal daría cuenta de la existencia de diferencias sustantivas u ontológicas entre las sanciones administrativas y penales. A este respecto, debe tenerse presente que dicho precepto dispone que “[n]o se reputan penas [...] las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas”, es decir, la exclusión de estas últimas medidas sancionatorias solo es de carácter formal, toda vez que si el legislador hubiese pretendido establecer diferencias sustanciales, habría recurrido a la fórmula “no son penas” u otras expresiones semejantes⁴.

En segundo lugar, es preciso abocarse al análisis de los fundamentos en que se sustenta la decisión adoptada por la Corte Suprema, en específico, aquellos relacionados con el estatuto que debe regir para la prescripción en materia de Derecho Administrativo Sancionador. Aun cuando los vínculos reconocidos entre esta última disciplina jurídica y el Derecho Penal pudiesen incidir en que la regulación criminal fuese tenida como “las reglas del derecho común que, según la materia específica, correspondan” (considerando sexto), los sentenciadores desestiman esta posibilidad, confirmando la aplicación de las normas del Código Civil, en términos similares a los previstos por la Corte de Apelaciones de Antofagasta en la sentencia recurrida.

El principal argumento que justifica la posición adoptada por los ministros consiste en la desestimación de las premisas esenciales en que se basa la tesis contraria –sostenida con cierta uniformidad por la jurisprudencia anterior de la Corte Suprema y reclamada por la parte que dedujo la casación en el fondo–, según esta, las infracciones administrativas deben quedar supeditadas al plazo de prescripción de seis meses previsto para las faltas en el artículo 94 del Código Penal, toda vez que las contravenciones, al igual que los ilícitos penales antes señalados, suelen ser castigadas mediante la imposición de sanciones pecuniarias de multa. De esta manera, la procedencia de la misma clase de reacción punitiva respecto de ambas hipótesis permitiría justificar la aplicación extensiva del estatuto regulatorio de las faltas penales en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionador.

Acerca de este punto, la Corte Suprema advierte correctamente que “la sola circunstancia que la infracción conlleve una sanción pecuniaria no transforma ese ilícito en una falta penal o (*sic*) deba reputársele como tal” (considerando séptimo), sin embargo, limita el sustento de dicha afirmación a la constatación de que, según lo dispuesto en el artículo 21 del Código Penal, las multas corresponden a sanciones comunes para crímenes, simples delitos y faltas⁵. Por tanto, la homologación que opera como presupuesto de la interpretación alegada por el recurrente carecería de fundamentos efectivamente válidos.

⁴ Esta es la interpretación sostenida por la doctrina mayoritaria, según esta, solo existirían diferencias cualitativas entre las facultades gubernativas o contravencionales y las sanciones penales. Entre otros, véase CURY, 2011, pp. 107-108; GARRIDO, 2001, pp. 84-86 y RODRÍGUEZ, 1987, p. 123.

⁵ A partir del reconocimiento de la multa como sanción común adquiere sentido lo dispuesto en el inciso sexto del artículo 25 del Código Penal, toda vez que establece límites máximos diferenciados para

No obstante la efectividad del razonamiento esgrimido por la Corte, los sentenciadores omiten que la disposición señalada admite ser analizada desde perspectivas basadas en aspectos sustanciales, lo que, en cualquier caso, redundaría en un robustecimiento de las conclusiones antedichas. Así, una lectura concordada de los artículos 3° y 21 del Código Penal permite advertir que la distinción entre crímenes, simples delitos y faltas corresponde a una clasificación de índole formal que atiende exclusivamente a la gravedad de las sanciones abstractas previstas por el legislador⁶, de modo que impide establecer diferencias ontológicas entre las diversas clases de ilícitos y, en consecuencia, identificar aspectos sustantivos que posibiliten eventuales asimilaciones con figuras sancionatorias ajenas al ámbito penal.

Lo anterior reviste una importancia manifiesta en relación con lo sostenido en la prevención formulada por el ministro Muñoz –cuya argumentación ha incidido en algunas decisiones más recientes adoptadas por la Corte Suprema, según consta, por ejemplo, en la sentencia Rol N° 72.002-2020, de 22 de septiembre de 2020–, según esta en materia administrativa sancionadora debe aplicarse el plazo de prescripción de cinco años establecido para los simples delitos, en tanto constituye “la prescripción básica del Derecho Penal”⁷. Esta postura parece suponer que los simples delitos deben reputarse como una especie de “regla general” en sede penal, lo que no admite fundarse en la gravedad intermedia de su sanción posible –menor que la de los crímenes, pero mayor que la de las faltas– o en el hecho de que cuenten con una mayor presencia cuantitativa en la legislación penal. El carácter meramente formal de la distinción en comentario hace improcedente la validación de esta clase de interpretaciones.

Luego de exponer las cuestiones relativas al artículo 21 del Código Penal, los sentenciadores, como complemento de dicho razonamiento, aluden a que el reconocimiento de un plazo de prescripción breve de seis meses se traduciría en una desproporción intolerable en la aplicación de la legislación sancionatoria administrativa, específicamente respecto de lo establecido en los artículos 158 del Estatuto Administrativo y 154 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales, los que establecen que la acción disciplinaria que proceda en contra de los funcionarios respectivos prescribirá en el término de cuatro años desde la perpetración de la correspondiente acción u omisión. Sin perjuicio de la ostensible diferencia apreciable entre ambos plazos, es necesario considerar que el trato más riguroso que pueda dispensarse en materia de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos obedece a la vinculación especial que existe entre estos y la Administración, en virtud de ello se admite la imposición de deberes

dicha sanción, según se aplique respecto de crímenes, simples delitos o faltas.

⁶ Entre otros, CURY, 2011, pp. 248-250 y POLITOFF *et al.*, 2004, pp. 159-160. En todo caso, como parece sostener GARRIDO, 2003, p. 257, la gravedad de la sanción impuesta por el legislador, en virtud de la necesaria observancia del principio de proporcionalidad de las penas, guardaría una relación directa con la intensidad del desvalor predicable del ilícito respectivo.

⁷ A pesar de formular una solución materialmente semejante, la interpretación propuesta por CORDERO, 2020, pp. 371-375 cuenta con fundamentos suficientes para afirmar que, en razón de la observancia del principio de proporcionalidad, algunas infracciones administrativas debiesen prescribir según el plazo establecido para los simples delitos.

de conducta especiales y, por tanto, la exasperación de las condiciones que hacen precedente la exigibilidad de responsabilidad derivada de sus infracciones, entre las que se encuentra el establecimiento de plazos de prescripción más extensos. De este modo, el análisis comparativo de ambos estatutos no resulta concluyente para excluir *a priori* la aplicación supletoria de “prescripciones de corto tiempo”⁸.

En tercer lugar, luego de la revisión de las objeciones respecto de la aplicación en sede administrativa de las normas de prescripción de las faltas penales y de ciertos aspectos directamente vinculados con dichos razonamientos, es necesario analizar los argumentos que legitimarían la aplicación del estatuto civil respectivo, específicamente del plazo de cinco años dispuesto en el artículo 2515 del Código Civil.

Desde una perspectiva general, los ministros señalan que la regulación civil correspondería a las normas comunes de aplicación general, a diferencia del Derecho Penal que solo resultaría aplicable a aquellas personas que excepcionalmente cometiesen algún hecho constitutivo de delito. Como consecuencia de lo anterior, se sostiene que la legislación civil, incluso desde una perspectiva histórica, formaría parte del *Corpus Iuris Civilis* (considerando decimotercero). Asimismo, con vistas a excluir el carácter meramente supletorio de dicha normativa, se invoca el artículo 2497 del Código Civil, según este, las reglas de prescripción operan respecto del Estado.

La referencia al *Corpus Iuris Civilis* adolece de severas imprecisiones, porque no considera que el uso del adjetivo “civil” en el título de la obra de Justiniano obedece a la pretensión de diferenciarla frente a las compilaciones de normas canónicas. Además de lo anterior, la Corte Suprema parece desconocer que dicho tratado destina algunas de sus secciones al tratamiento de diversas cuestiones de naturaleza criminal.

A su vez, la alusión al artículo 2497 del Código Civil omite considerar que dicha disposición se encuentra establecida en un contexto referido a la adquisición y extinción de derechos y acciones de contenido eminentemente patrimonial, es decir, un ámbito en oposición diametral a las finalidades y funciones asociadas a la potestad sancionatoria de la Administración. En este sentido, pretender sustentar una asimilación entre ambos sectores del ordenamiento jurídico basándose en el carácter pecuniario de las sanciones administrativas, implicaría incurrir en razonamientos tan cuestionables como los señalados a propósito de la tesis referida a la aplicación del artículo 94 del Código Penal⁹.

En consideración del análisis propuesto, es posible advertir una situación aporética en materia de prescripción de las sanciones administrativas, ya que las diversas tesis tradicionalmente propuestas por la jurisprudencia adolecen de severos reparos que permiten cuestionar la pertinencia de su implementación. Por tanto, teniendo presente la importancia práctica del reconocimiento de atribuciones sancionatorias administrativas,

⁸ Aun cuando esta afirmación pudiese resultar favorable para lo expuesto en la prevención formulada por el Abogado Integrante señor Lagos, es preciso advertir que su posición adolece de los inconvenientes señalados en los párrafos precedentes respecto de la legislación penal.

⁹ Estos reparos no resultan procedentes en materia de contratación administrativa, según se desprende, por ejemplo, de los argumentos sostenidos en la sentencia de la Corte Suprema Rol N° 38.856-2017, de 18 de octubre de 2018.

es posible sostener que la solución definitiva a este problema requiere de la implementación de ciertas medidas de *lege ferenda* tendientes al establecimiento de una regulación positiva de carácter general respecto de ciertas cuestiones de relevancia indiscutible, como por ejemplo, los plazos de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2014: *Derecho Administrativo General* (3ª edición), Santiago: Thomson Reuters.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2014: *Derecho Administrativo Sancionador*, Santiago: Legal Publishing.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2020: “El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen XLVII, N° 2.
- CURY, Enrique, 2011: *Derecho Penal. Parte general* (10ª edición), Santiago: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- GARRIDO MONTT, Mario, 2001: *Derecho Penal. Parte general*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARRIDO MONTT, Mario, 2003: *Derecho Penal. Parte general* (3ª edición), Tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2004: *Lecciones de Derecho Penal chileno. Parte general* (2ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ COLLAO, Luis, 1987: “Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 11.

Reconocimiento jurisprudencial del concepto civil de inmisión (Corte de Apelaciones de San Miguel; confirmado por la Corte Suprema)

*Comentario de Jorge Tisné Niemann**

Santiago, siete de mayo de dos mil diecinueve.

[...]

DECIMOCTAVO: Que, así las cosas, debiendo someterse la recurrida al referido Decreto Supremo Nº 38/2011 que dispone que los niveles de presión sonora corregidos que se obtengan de la emisión de una fuente emisora de ruido, medidos en el lugar donde se encuentre el receptor, no podrán superar, en la zona en que se encuentra emplazado el inmueble en que funciona la fábrica, de 45 dB(A), de veintiuna a siete horas, resulta, entonces, que la recurrida ha vulnerado con su actuar dicho límite máximo, al constatare un nivel de presión sonora corregido de 52 dB(A).

DECIMONOVENO: Que, asentada la ilegalidad de la actuación reprochada, se ha producido la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación, contemplado en el numeral 8º del artículo 19 de la carta fundamental, al superar la recurrida el nivel máximo de nivel de presión sonora corregido que el ordenamiento jurídico permite emitir en el horario que va desde las veintiuna horas de un día y hasta las siete horas del día siguiente.

VIGÉSIMO: Que, asimismo, la recurrente ha conculcado con su actuar el derecho de propiedad de los actores garantizado en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al verse expuestos sus inmuebles a la inmisión de ruidos molestos.

En efecto, clásicamente se ha señalado que el dominio o propiedad, definido en el artículo 582 del Código Civil, presenta las siguientes características: es un derecho real, absoluto exclusivo y perpetuo.

* Abogado. Doctor en Derecho, Magíster en Investigación Jurídica y Licenciado en Ciencias Jurídicas; todos en Universidad de los Andes, Chile. Law Master (LLM) in Innovation, Technology and the Law, Universidad de Edimburgo, Escocia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2651-2648>. Correo electrónico: jorge.tisne@gmail.com.

El carácter absoluto del derecho de propiedad significa que el dueño puede ejercitar sobre la cosa todas las facultades posibles y le otorga un poder soberano para usar, gozar y disponer de ella a su arbitrio, sin que nadie pueda impedirsele. Sin embargo, este carácter absoluto tiene limitaciones que emanan de la ley y del derecho ajeno, para que la propiedad cumpla adecuadamente su función social.

La doctrina tradicional ha distinguido entre restricciones al dominio genéricas y específicas. Las primeras, nacen del concepto y naturaleza misma del derecho de propiedad y pueden ser de naturaleza positiva –afectan el ejercicio del dominio y se encuadran en la teoría del abuso del derecho–, o de naturaleza negativa –limitan la facultad de excluir–. Las restricciones específicas, legales o por razón del interés social, en cambio, son establecidas por causas externas a la naturaleza intrínseca del derecho de propiedad, y siempre obedecen en último término a la función social de la propiedad, y en atención al interés directo en virtud del cual se establecen se subclasifican en limitaciones legales de utilidad pública (seguridad, salubridad y ornato público, defensa nacional, economía social, patrimonio artístico o histórico nacional y servidumbres administrativas) y de utilidad privada (relación de vecindad).

En las relaciones de vecindad, el ejercicio de las facultades inherentes al dominio implica, muchas veces, sobrepasar los confines del propio inmueble, como ocurre con las emisiones de humo, calor o ruidos. Cuando estas emisiones penetran en la esfera de un bien ajeno podemos hablar de inmisiones, es decir, de invasiones o injerencias en el predio vecino, las cuales, en principio, no pueden ser impedidas, salvo que superen el nivel de tolerancia generalmente aceptado. En el caso de las inmisiones de ruidos, nuestro ordenamiento jurídico señala expresamente cuál es el límite máximo permitido.

En los casos en que las inmisiones superen el margen de lo aceptable –cuyo es el caso en análisis–, se produce una afectación del derecho ajeno, al verse limitado el propietario colindante en el ejercicio pleno de su derecho de dominio.

VIGESIMOPRIMERO: Que, finalmente, la conculcación de la garantía consagrada en el numeral 1° del artículo 19 de la carta fundamental –derecho a la vida y a la integridad física y psíquica de los actores– será desestimada, por cuanto si bien es cierto que la emisión de ruidos molestos puede significar una afectación de tal derecho, no se ha acreditado en el caso de marras la lesión que los actores arguyen, a través de la correspondiente información de salud que dé cuenta del daño biológico esgrimido en el correspondiente libelo recursivo.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo dispuesto por el artículo 20 de la Constitución Política de la República y Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema sobre tramitación y fallo del recurso de protección de las garantías constitucionales de 24 de junio de 1992, **se acoge**, con costas, la acción constitucional deducida por don Óscar Omar Cerda Gaete y don Sergio Segundo Ponce Colina en contra de la Plásticos Pereira S.A., representada por don José Nibaldo Pereira Massei, y **se dispone**:

- 1) Que Plásticos Pereira S.A. deberá paralizar todas sus faenas entre las veintiuna horas de cada día y las siete horas del día siguiente, hasta que adopte las medidas

de mitigación adecuadas para el cumplimiento de los niveles permisibles de presión sonora corregidos establecidos en el Decreto Supremo N° 38, de 2011, del Ministerio del Medio Ambiente.

- 2) Que la Superintendencia del Medio Ambiente y la Secretaría Regional Ministerial de Salud de la Región Metropolitana deberán fiscalizar el cumplimiento por parte de Plásticos Pereira S.A. de la paralización de faenas ordenada en el numeral precedente y de los niveles máximos permisibles de presión sonora corregidos, establecidos en la normativa vigente, una vez ejecutadas las obras de mitigación ordenadas, y siempre que acredite con el respectivo certificado de la autoridad sanitaria que el local en que funciona cuenta con sistemas suficientes para aislar los ruidos emitidos y que estos se ajustan al máximo legal y reglamentario permitido en relación con el lugar y horario de funcionamiento de la empresa. Al efecto, profesionales de la referida Secretaría Regional Ministerial se constituirán en diversas fechas en Calle Maipú N° 9285, comuna de Lo Espejo, lugar de funcionamiento de Plásticos Pereira S.A., entre las veintiuna horas de un día y las siete horas del día siguiente.

Se previene que la Ministra señora Liliana Mera Muñoz estuvo por rechazar la alegación de extemporaneidad planteada por la parte recurrente, en relación a dos de los actos reprochados por aquella, esto es, estar instalada la fábrica en zona no permitida y superar el nivel máximo permitido de ocupación del suelo, teniendo únicamente presente que no existe en autos algún antecedente que permita determinar que los recurrentes tuvieran noticias de tales situaciones con más de 30 días de antelación a la fecha de interposición del recurso.

Redacción del Abogado Integrante señor Adelio Misseroni Raddatz y de la prevención su autora.

Regístrese, comuníquese y en su oportunidad, archívese.

N° Protección-426-2019.

[...]

COMENTARIO

Acerca de las relaciones de vecindad

Si bien las relaciones de vecindad son un tema de constante actualidad, siendo notorio los distintos problemas que surgen entre quienes aprovechan inmuebles cercanos, el tratamiento de la disciplina había quedado relegada jurisprudencial y dogmáticamente, probablemente por la manera inarticulada con la que se reguló en el Código Civil chileno.

Por eso, es interesante que en el considerando Vigésimo, la sentencia introduzca adecuadamente la disciplina de las relaciones de vecindad mediante la enunciación de las limitaciones de la propiedad previstas en el artículo 582 del Código Civil (la ley y el

derecho ajeno), agregando que dichas limitaciones tienen por finalidad “que la propiedad cumpla adecuadamente su función social”.

Luego, distingue entre las restricciones al dominio genéricas y específicas. Respecto de las específicas explica que “las restricciones específicas, legales o por razón del interés social” se pueden subclasificar en (i) limitaciones legales de utilidad pública y, (ii) de utilidad privada (relaciones de vecindad).

De esta manera las restricciones específicas, a diferencia de las restricciones genéricas o límites de la propiedad, son límites extrínsecos de la propiedad, pues no son restricciones inmanentes del derecho sino que se establecen en interés público o privado.

Dentro de las restricciones legales extrínsecas, las impuestas en utilidad privada se denominan relaciones de vecindad. En todo caso, veremos que las relaciones de vecindad no se agotan en supuestos normativos concretos, sino que además, la disciplina se encuentra informada por el principio que nadie puede hacer en lo suyo aquello que perjudique lo ajeno.

Reconocimiento jurisprudencial del concepto de inmisión

Dentro de la disciplina de las relaciones de vecindad, el concepto de inmisión tiene particular relevancia. El aprovechamiento de distintos bienes inmuebles suele generar interferencias entre quienes los utilizan. Están aquellas interferencias, perturbaciones o invasiones que son de mínima entidad y que por tanto deben ser toleradas en virtud del necesario sacrificio que conlleva la convivencia, y aquellas que son intolerables. Estas últimas pueden consistir en perturbaciones directas o indirectas. Las indirectas son las que también se llaman inmisiones y consisten en que aquello realizado en lo propio (*facere in suo*) se proyecta a lo ajeno (*immittere in alienum*), interfiriendo con el pleno y pacífico disfrute del inmueble vecino.

La sentencia sigue la misma línea al indicar que,

“En las relaciones de vecindad, el ejercicio de las facultades inherentes al dominio implica, muchas veces, sobrepasar los confines del propio inmueble, como ocurre con las emisiones de humo, calor o ruidos”.

*Cuando estas emisiones penetran en la esfera de un bien ajeno podemos hablar de **inmisiones**, es decir, de invasiones o injerencias en el predio vecino, las cuales, en principio, no pueden ser impedidas, salvo que superen el nivel de tolerancia generalmente aceptado. En el caso de las **inmisiones de ruidos**, nuestro ordenamiento jurídico señala expresamente cuál es el límite máximo permitido (considerando Vigésimo; el destacado es nuestro).*

Un primer elemento que interesa destacar es el hecho de haber recogido expresamente el concepto civil de inmisión y vincularlo correctamente con la afectación de la propiedad (artículo 19 N° 24 de la Constitución Política de la República). Esto, por sí solo, es una interesante novedad jurisprudencial.

Es importante destacar que la teoría de las inmisiones tiene amplio reconocimiento legal, jurisprudencial y dogmático en diversas jurisdicciones latinoamericanas y europeas.

Al contrario, en Chile no había ocurrido lo mismo sino hasta fines de la última década, en donde existió un renovado interés en la dogmática nacional por desarrollar la teoría¹. En todo caso, dicho esfuerzo no había trascendido aún a los pronunciamientos de los tribunales de justicia. La sentencia en comento viene a quebrar con esa tendencia, y establece un importante precedente respecto de la existencia y aplicación práctica de la inmisión, la que encuentra su máximo y natural ámbito de aplicación en sede civil.

Adicionalmente, interesa que los recurrentes denunciaran que la contaminación acústica proveniente de la planta de plásticos suponía la vulneración de las garantías constitucionales consagradas en los numerales 1, 8 y 21 de la Constitución Política de la República. Es decir, la prevención respecto de la relación existente entre ruidos que sobrepasaban el umbral permitido y el derecho de propiedad, así como su acotación al concepto de inmisión, fue una iniciativa de la Corte de Apelaciones de San Miguel (ratificado por la Corte Suprema²) en virtud del principio *iura novit curia*. Esto aporta un mayor grado de importancia a la prevención, ya que la Corte voluntariamente introduce el concepto de inmisión para ilustrar su importancia y aplicación práctica. En este sentido la sentencia declara:

“Que, asimismo, la recurrente ha conculcado con su actuar el derecho de propiedad de los actores garantizado en el numeral 24 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, al verse expuestos sus inmuebles a la inmisión de ruidos molestos” (considerando Vigésimo; el destacado es nuestro).

A mayor abundamiento, esta sentencia innova respecto de la tendencia que se observaba en la jurisprudencia de protección de vincular y resolver los problemas por inmisiones preferentemente conforme con derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. A su vez, a pesar de que en ocasiones los recurrentes esgrimen la vulneración del derecho de propiedad, las cortes tiendan a rechazar dichos argumentos o evitan ahondar en la relación entre injerencias indirectas y el dominio³.

Por tanto, por primera vez se atiende jurisprudencialmente la relación entre derecho de propiedad, ruido e inmisión. De ello se puede inferir que, en adelante, los recurrentes podrán obtener una sentencia favorable en sede de protección a base de la vulneración del derecho de propiedad cuando una actividad supere el umbral permitido de decibeles, incluso sin tener que acudir a otras garantías.

¹ Comenzando con el trabajo de AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, 2009: “No siendo contra derecho ajeno: hacia la formulación de una teoría de las inmisiones en nuestro Código Civil”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XXXVI, N° 3.

² Corte Suprema, 9 de septiembre de 2019, Rol 13560-2019.

³ Ver TISNE NIEMANN, Jorge Bertrand, 2017: *Las inmisiones. Protección de la propiedad frente a ruidos, humos, olores y otros conflictos de vecindad*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 343-348.

Una precisión respecto del concepto de inmisión

La sentencia advierte sucintamente que se apoya en la “doctrina tradicional” para referirse a las restricciones al dominio genéricas y específicas. Luego, agrega que se puede hablar de inmisiones cuando emisiones penetran en un bien ajeno, debiendo ser toleradas salvo que superen la tolerancia generalmente aceptada.

A pesar de no dar mayores detalles acerca de la identidad de la doctrina utilizada, por la estructura del considerando Vigésimo, pensamos que se tuvo a la vista el *Tratado de los Derechos Reales* de Alessandri, Somarriva y Vodanovic. Si lo anterior es correcto, se entiende que se afirme la inmisión como un concepto axiológicamente neutro, pues así está descrito en dicha obra⁴. Bajo esta visión, la inmisión sería un hecho de la vida que describe la ocurrencia de una intromisión en sede de vecindad, no susceptible de calificación jurídica *a priori* (tolerable o intolerable).

En todo caso, los trabajos nacionales dedicados a la materia se inclinan por distinguir la inmisión (invasión intolerable) de la molestia propia de la vida en comunidad (invasión tolerable o irrelevante). El concepto de inmisión se reserva exclusivamente para aquella perturbación indirecta intolerable que sobrepasa los límites que impone la vecindad. Por tanto, si bien la palabra es etimológicamente neutra, jurídicamente conlleva una intrínseca valoración⁵.

Distinción respecto de la vulneración de la ley o del derecho ajeno

Es admisible recordar que en el caso en comento, se tuvo por acreditado mediante la fiscalización ambiental realizada por la SEREMI de Salud R.M., a solicitud de la Superintendencia de Medio Ambiente, que la planta de plásticos superaba el límite permitido de emisión de decibeles previsto en el Decreto Supremo N° 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente. En consecuencia la Corte declaró,

“Que, asentada la ilegalidad de la actuación reprochada, se ha producido la vulneración al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación [...]” (considerando Décimo Noveno; el destacado es nuestro).

⁴ ALESSANDRI, Arturo, SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, 2001: *Tratado de los derechos reales. Bienes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 6ª edición, t. I, p. 103. De hecho, los autores denominan inmisiones a toda intromisión directa o indirecta.

⁵ Ver AMUNÁTEGUI PERELLÓ, Carlos Felipe, 2013: “Hacia un concepto de inmisiones en el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. XL, N° 1, p. 73; TISNE NIEMANN, 2017, p. 149; IBÁÑEZ LEÓN, Arturo, 2018: “Defendiéndose de las interferencias con el uso y goce de inmuebles en las que no hay despojo o privación de la posesión del inmueble: aspectos problemáticos que presenta la querrela de amparo”, en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheverry y Carlos Pizarro (editores), *Estudios de Derecho Civil XIII*, Santiago, Thomson Reuters, p. 22.

Sin embargo, al analizar los hechos a la luz del derecho de propiedad, la sentencia concluye que lo afectado sería el derecho ajeno.

*“En los casos en que las inmisiones superen el margen de lo aceptable –cuyo es el caso en análisis–, se produce una afectación del **derecho ajeno**, al verse limitado el propietario colindante en el ejercicio pleno de su derecho de dominio”* (considerando Vigésimo; el destacado es nuestro).

Corresponde entonces dilucidar si en materia de propiedad toda ilegalidad es sinónimo de afectación del derecho ajeno, o si por el contrario, la ley y el derecho ajeno son límites distintos al dominio que operan por causas diversas. La respuesta sigue la línea de lo segundo, y en el caso en comento existió en materia de propiedad derechamente una ilegalidad, sin que haya sido necesario atribuir el hecho a una vulneración al derecho ajeno.

Recordemos que el artículo 582 del Código Civil dispone que la propiedad puede ser gozada y disfrutada arbitrariamente “no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”. Tanto la ley como el derecho ajeno son restricciones extrínsecas e independientes al dominio, y asimismo, se presentan en un plano de igualdad en materia de relaciones de vecindad.

La ley es fuente de supuestos normativos concretos que derivan de los deberes que impone la vecindad. Además, la ley incluye los supuestos reglamentarios pues estos vienen a complementar y desarrollar los preceptos legales.

A su vez, de las fuentes fidedignas del artículo 582 del Código Civil es posible afirmar que en el derecho ajeno subyace un deber de abstención genérico que va más allá del casuismo legal⁶. En este sentido, toda persona queda impedida que hacer en su inmueble aquello que perjudique o dañe el aprovechamiento de lo ajeno.

La infracción a cualquiera de las dos restricciones supone la ilicitud de la actividad. Es esencial recordar que la sentencia sostiene que:

*“las restricciones específicas, legales o por razón del interés social (...) en atención al interés directo en virtud del cual se establecen se subclasifican en **limitaciones legales de utilidad pública** (seguridad, salubridad y ornato público, defensa nacional, economía social, patrimonio artístico o histórico nacional y servidumbres administrativas) y de **utilidad privada** (relación de vecindad)”* (considerando Vigésimo; el destacado es nuestro).

Siguiendo a Alessandri, Somarriva y Vodanovic, dentro de las limitaciones legales de utilidad pública, se incluyen aquellas que dicen relación con restricciones en interés de la ecología y salubridad. El ruido se asocia a la ecología, porque se cita una sentencia en la que se resuelve hacer cesar el funcionamiento de una pista de carreras debido a que los vehículos que participaban producían mucho ruido y polvareda. Expresamente se recoge

⁶ Un estudio al respecto en TISNE NIEMANN, 2017, pp. 105-126.

que tales hechos “afectan igualmente al derecho de propiedad, ya que los habitantes del sector no pueden gozar libremente de sus inmuebles en donde tienen sus habitaciones”⁷.

En el mismo sentido, las normas aludidas al comienzo del mismo decreto 38/2011 del Ministerio de Medio Ambiente dan cuenta del carácter ambiental de la norma (o ecológica en los términos que se vienen empleando).

Ahora bien, si se observa con detención el texto doctrinal de referencia, el Código Sanitario es citado como ejemplo de una restricción legal en interés de la salubridad (dentro de las limitaciones legales de utilidad pública de la propiedad), y asimismo, al referirse a las relaciones de vecindad (como expresión de las limitaciones legales en utilidad privada)⁸. En ambos casos se destacan las facultades sanitarias para procurar la protección de la salud y bienestar de los habitantes y de la población en general.

Lo anterior denota que en la obra se alude a temas vinculados a inmisiones (en especial, pero no limitado, a ruidos), tanto en materia de restricciones legales en interés público (ecología y salubridad) como respecto de restricciones legales en interés privado (relaciones de vecindad). Esto no debe sorprender, ya que salud, medio ambiente y la vecindad tienen como objeto común la protección de la persona, existiendo una superposición en los ámbitos de tutela de los distintos bienes jurídicos.

Todo lo anterior sirve para corroborar que desde el punto de vista de la propiedad, la infracción a los umbrales previstos en materia de ruidos conlleva la infracción de la ley (limitaciones legales de utilidad pública) y no del derecho ajeno. De hecho, el recurso se resolvió por una ilegalidad, y no por una arbitrariedad (que sería más coherente si se hubiera tratado de la infracción del derecho ajeno).

El deber general de abstención que informa las relaciones de vecindad y que subyace en la expresión derecho ajeno debe servir como *ratio decidendi* para los casos en que los supuestos fácticos no hayan sido previstos por el legislador o para los casos en que a pesar de existir regulación, de todas formas las intromisiones resulten intolerables.

Este análisis por supuesto es más complejo que el de la infracción a la ley, toda vez que supone determinar el límite de lo tolerable en sede vecinal más allá de la mera infracción a la normativa vigente. Para esto, el juez deberá resolver en función de criterios como la normal tolerancia y el uso normal de la propiedad. Cuando se llegue a la convicción de que la invasión indirecta es intolerable bajo estos términos, y por tanto inmisión, pareciera adecuado atribuir los hechos a la vulneración del derecho ajeno.

Notas finales

La sentencia comentada ha servido para destacar el novel y expreso reconocimiento judicial del concepto civil de inmisión, explicando la relación entre este y la afectación de la propiedad en el marco de las relaciones de vecindad. Esto supone un importante precedente en nuestro país, rompiendo con una línea jurisprudencial uniforme que vinculaba

⁷ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *ob. cit.*, p. 90.

⁸ ALESSANDRI, SOMARRIVA, VODANOVIC, *ob. cit.*, p. 89 y p. 103.

ruidos, olores y otras inmisiones casi exclusivamente con el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación (en desmedro del derecho de propiedad). Asimismo, ha servido para ahondar en el concepto mismo de inmisión y en la diferencia entre ley y derecho ajeno como restricciones distintas e independientes al ejercicio del dominio.

La disciplina de las relaciones de vecindad es propia de las relaciones jurídicas entre privados, por lo que el cuerpo normativo natural llamado a resolver dichos conflictos es el Código Civil. En él existe suficiente fundamento legal para sostener la teoría de las inmisiones, y asimismo, cuenta con acciones reales eficaces para la adecuada protección de la propiedad (intromisiones directas e indirectas). Esperamos que esta sentencia contribuya a reconducir los conflictos de vecindad a su derrotero natural, promoviendo el valor práctico de disposiciones con reconocida tradición en el derecho civil.

RECENSIONES

Recensiones

ROBERTO GARGARELLA. *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires, 2020 (93 pp).

En América Latina se han registrado elevados niveles de conflicto social que descansan sobre una estructura social desigual y jerárquica, con el poder e ingresos concentrados en los estratos más altos. Estas distancias sociales no son vistas como legítimas por la sociedad, lo que ha llevado al desarrollo de un gran número de movimientos ciudadanos y protestas en la región¹, que desafían las injusticias y presentan sus demandas intentando intervenir en un espacio político dominado por una elite que se encuentra en total desconexión con la mayoría.

En este contexto, Roberto Gargarella en *La derrota del derecho en América Latina* asume el desafío de desentrañar los factores estructurales de los problemas que afectan a nuestras comunidades, concentrando sus críticas contra el constitucionalismo clásico, nacido con las revoluciones francesas y norteamericanas y que al día de hoy conserva su vigencia, al que apunta como culpable, en parte, de la desintegración social e injusticias que nos azotan.

Describe el autor que la democracia representativa, que en sus inicios se pensó para una sociedad formada por pocos grupos, internamente homogéneos y compuestos por sujetos autointeresados, es contraria a la realidad actual donde las sociedades son diversas, plurales, multiculturales y donde los sujetos no pueden ser reducidos a una sola faceta (p. 18). Lo anterior revelaría la imposibilidad de cumplir con la promesa de la representación (p. 25).

Por tanto, la representación no es más que una ilusión. La realidad que nos atormenta es la reducción del acceso a la esfera pública. El espacio político es dominado por una elite, con capacidad para actuar en su propio beneficio, que se guía por las exigencias de múltiples grupos de interés. Por esta razón el sistema representativo se ve estructuralmente incapacitado para responder a las promesas que le habían dado sentido y justificación hace dos siglos (p. 19). En esto, Gargarella ve una crisis irreversible de la representación política. Lo anterior lleva a recordar a Hannah Arendt, quien advertiría que la representación es un reflejo del instinto de conservación o del interés egoísta de las personas que no supone la apertura del mundo político a la mayoría².

En la misma línea, el libro que presenta siete tesis que explican la decadencia institucional que nos afecta producto del desgaste del constitucionalismo clásico, expone la degradación del sistema de controles, de frenos y contrapesos, que figura en nuestra

¹ PNUD, 2012, PNUD, 2012: *La protesta social en América Latina*, Buenos Aires, Siglo Veintiuno Editores. Disponible en <https://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/crisis-prevention-and-recovery/Understanding-Social-Conflict-in-Latin-America.html>, p. 151. [Fecha de consulta: 20.4.2021]

² ARENDT, HANNAH, 1963: *Sobre la revolución*, (trad.) Madrid, Alianza Editorial. 1963, p. 91.

institucionalidad vigente y que arrastramos desde el siglo XVIII. Lo anterior, a pesar de los cambios impulsados por lo que en la obra se denomina “oleada democrática”, desarrollada durante el siglo XX, que tuvo alcances limitados, impactando las declaraciones de derechos, pero sin alcanzar la organización del poder.

Para Gargarella, la inclusión de derechos sociales en las cartas fundamentales sin alterar la parte orgánica, que mantuvo un carácter verticalista y excluyente, derivó en la existencia de constituciones de dos almas: la social y democrática cuyos alcances son limitados y su contraparte elitista que se conservó en línea con el momento originario del constitucionalismo (pp. 54-55). Lo anterior está en concordancia con el llamado que viene haciendo el autor en trabajos anteriores donde sostiene que la vieja organización del poder obstaculiza la realización de los nuevos derechos sociales y, por esta razón, es indispensable el ingreso de la ciudadanía a la Constitución, pero no solo a la sección de derechos, también en la denominada sala de máquinas³. Sobre esto se ahonda de forma breve, pero clara y aguda, en el cuarto capítulo de la obra.

Siguiendo con el desgaste de los frenos y contrapesos en las constituciones, se explica la inclinación hacia los controles internos por sobre los externos o populares. Dentro de los primeros resalta el Poder Judicial, el que, explica el autor, fue creado sobre la base de supuestos elitistas con una marcada desconfianza en la democracia. En este sentido, Gargarella se enfrasca en un interesante debate con las ideas que Alexander Hamilton expone en *El Federalista* respecto de la potestad de los jueces para interpretar la Constitución. Sobre lo anterior, concluye el jurista argentino, argumentando contra la posición de Hamilton, no hay razón para asegurar que son los jueces los que deben tener la última palabra en materia de interpretación constitucional por sobre los legisladores o el pueblo mismo (p. 29).

Tanto la crisis de la representación política como la debilidad del sistema de controles se atribuyen al origen elitista del sistema constitucional. En efecto, el control y protagonismo que ostenta una minoría de los asuntos comunes, con exclusión de las mayorías es, y en esto concuerdo con el autor, una de las principales razones de la decadencia de los sistemas políticos latinoamericanos. Una reflexión similar tiene Juan Pablo Luna al analizar la crisis del sistema político chileno, atribuyendo como una de sus causas la imposición de límites que redujo la política a un gobierno eficaz que se ejerce desde arriba y con la menor incidencia posible por parte de los ciudadanos y ciudadanas⁴.

Para enmendar el rumbo se propone en la obra dotar de protagonismo a la ciudadanía, ya que se “requiere hacer el mayor esfuerzo por consultar directamente a los grupos más afectados, cada vez que ello sea factible” (p. 75). Esta idea es reflejo de una corriente deliberativa, de la que Gargarella se ha declarado adepto en otras obras

³ GARGARELLA, ROBERTO, 2015: “La sala de máquinas de las constituciones latinoamericanas: entre lo nuevo y lo viejo”, *Revista Nueva Sociedad*, N° 258, pp. 96-106. Disponible en <https://www.nuso.org/articulo/la-sala-de-maquinas-de-las-constituciones-latinoamericanas/> pp. 104-106. [Fecha de consulta: 8.4.2021].

⁴ LUNA, JUAN PABLO, 2017: *En vez del optimismo*, Santiago, Catalonia.2017, p. 40.

de su autoría⁵ y que caracteriza como una conversación entre iguales con todos los potencialmente afectados por una cierta decisión, permitiendo que las distintas voces se expresen, dialoguen y debatan (p. 69-70). Vale decir que el libro no se hace cargo de las críticas que caen sobre los procesos deliberativos como, por ejemplo, la diferencia de herramientas cognitivas y formativas que existen entre los participantes, que llevan a perpetuar desigualdades sociales.

En el segmento final del libro, el autor hace un llamado a involucrarse en la política y romper el cerco que divide a la elite con la mayoría, a que la pluralidad de los humanos se tome el espacio público donde, las personas, puedan conversar y debatir como iguales. Además, realiza una especial mención para los abogados, a quienes exhorta a trabajar en favor del empoderamiento legal de los más débiles y no reproducir las desigualdades existentes, advirtiendo que, cuando una decisión abusiva u opresiva adquiere el certificado de validez que entrega el derecho ve reforzada su legitimidad haciendo más difícil de desafiar socialmente (pp. 86-88).

En resumen, Gargarella ahonda en la crisis que afecta el modo en que se ejerce el poder político en América Latina, encontrando su origen en el constitucionalismo clásico. De esta forma, los orígenes del constitucionalismo, elitistas y temerosos de la democracia, hicieron que la promesa de la representación fuese imposible de cumplir y que el sistema de controles constitucionales priorizara por aquellos de tipo endógeno en desmedro de los controles populares. De estos últimos solo queda el voto, cuya importancia se ha diluido dada las distorsiones que persisten en el vínculo entre ciudadanos y representantes (p. 42), cuestión que se desarrolla en el capítulo tercero.

Este examen que lleva a cabo la obra de los sistemas políticos latinoamericanos se hace desde el prisma de un ideal deliberativo, democrático e igualitario. Por lo anterior, toma sentido la insistencia en transformar la política en una conversación entre iguales, la inclusión de los excluidos y el llamado a desintegrar los abusos que derivan en desigualdades.

La derrota del derecho en América Latina no es un libro de historia del constitucionalismo. Tampoco es un examen profundo de las crisis políticas que afectan a diversos países de América. Mucho menos es un manual de instrucciones para la transformación de las instituciones vigentes. Más bien, es un análisis, concentrado en pocas páginas, de las formas en que el constitucionalismo clásico esconde las raíces de parte de los problemas que afectan a nuestros sistemas políticos y se propone un punto de partida para su solución: la conversación entre iguales.

Rodrigo Nakada Castro

⁵ Véase, por ejemplo, GARGARELLA, ROBERTO, 2006: "¿Democracia deliberativa y judicialización de los derechos sociales?", *Perfiles Latinoamericanos*, Vol. 13, N° 28, pp. 9-32 y Gargarella, Roberto, 2016: *Castigar al prójimo*, Siglo Veintiuno Editores, Buenos Aires.

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 Reseñas.

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". Además, recibe comentarios de jurisprudencia de interés y reseñas de libros recientemente publicados, trabajos que serán revisados por el Consejo Editorial.

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/as 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.revista-derechovaldivia.cl. Tanto en el archivo respectivo como en el texto mismo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, 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 y en las directrices éticas adoptadas por la Revista.

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/as.
- 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/a 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/a en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

Sección Investigaciones:

- a. *Título.* El autor/a titulará su artículo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen.* El artículo 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 artículo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras.* Los artículos no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final.

Sección Jurisprudencia comentada:

- a. *Título.* El autor/a titulará su comentario de la forma más breve posible, aludiendo al tema del fallo (con un máximo de 20 palabras) y seguido de la mención del tribunal que lo dictó.
- b. *Fallo.* Transcripción de la sentencia comentada o de un extracto de él, con indicación de su fecha.
- c. *Límite de palabras.* La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10, con referencia bibliográfica completa) y excluido el contenido del fallo. No requieren bibliografía final.

Sección Recensiones:

- a. *Encabezado.* La recensión se iniciará con la mención de los datos del libro reseñado en el siguiente orden: autor/a, título, país, editorial, año y número de páginas.
- b. *Límite de palabras.* Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5, con referencia bibliográfica completa). No requieren bibliografía final.

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: GUZMÁN, 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 Gruyter & 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 (2º 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, Nº 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011>

Documento en formato electrónico:

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2, pp. 91-116. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200006>

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei 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 YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, 2015: "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" y a continuación de la "Bibliografía".

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada el 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile el 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" y a continuación de "Normas jurídicas".

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación**Sección Investigaciones*

- 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 Re-

vista 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 al Consejo Editorial 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 cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de dos años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor/a (como autor/a único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

Sección Jurisprudencia comentada y Recensiones

- a. *Procedimiento de revisión y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, pasará a la revisión por parte del Consejo Editorial quien decidirá acerca de su publicación según criterios de interés del tema abordado por el fallo o libro, fecha de su publicación, calidad de la redacción y uso idiomático.

- b. *Criterios de exclusión.* i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) haber transcurrido más de dos años desde la dictación del fallo o desde la publicación del libro (contados desde el envío del trabajo) y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

9. *Aceptación o rechazo*

Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor/a respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella.

La *Revista de Derecho (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 publicarán.

10. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores/as se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

11. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

Las directrices éticas, declaración de malas prácticas, deberes, procedimientos y sanciones acogidas por la Revista y declaradas en "Ética de la publicación" (disponible en www.revistaderechovaldivia.cl) deben ser respetadas por todos los intervinientes en el proceso editorial y, para todos los efectos prácticos, se entienden formar parte de las presentes Instrucciones.

12. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor/a 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/a 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/a en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

CIENCIAS DEL DERECHO

La regla de precedente, Fabio Enrique Pulido-Ortiz

DERECHO PRIVADO

El proveedor intermediario de servicios y su responsabilidad. Un estudio del artículo 43 de la Ley 19.496, María Graciela Brantt Zumarán, Claudia Mejías Alonzo

Contornos de la responsabilidad contractual, Cristián Aedo Barrena

De musas, impostoras y tejedoras: la propiedad intelectual desde una perspectiva feminista, Lucero Ibarra Rojas

El registro de deudores en el concurso de la persona natural como elemento restrictivo del alivio del deudor, Miguel Ángel Alarcón Cañuta

DERECHO ADMINISTRATIVO

La Ley 19.886 de 2003 y la necesidad de una Ley Marco sobre contratación administrativa, Enrique Rajevic Mosler

DERECHO CONSTITUCIONAL

Protestas, pandemia y salud: manera, tiempo y lugar, Domingo Lovera Parmo

El derecho a la libertad de expresión de las mujeres en espacios universitarios. El caso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Liliana Ronconi, Andrea Fernanda Schuster

La exigencia de motivar las sentencias del Tribunal Constitucional chileno. Sebastián Agüero San Juan, Felipe Paredes Paredes

DERECHO MIGRATORIO

Control migratorio y salud pública: restricciones a la movilidad humana por razones médicas o sanitarias en tiempo del Covid-19, Ramón Mayorga Mc-Donald

La “reagrupación familiar” como concepto y límite a los poderes del Estado de Chile en materia migratoria, Juan Carlos Ferrada Bórquez, Karina Uribe Peña

DERECHO INTERNACIONAL

De Klockner a Total: la reivindicación de la aplicación de las fuentes del derecho internacional en el arbitraje internacional de inversión extranjera, Walter Arévalo-Ramírez, Laura García Matamoros

Responsabilidad por error judicial en Chile y México. Su eficacia en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, Vicente Fernández Fernández)

DERECHO PENAL

Los desórdenes mentales en el Código Penal chileno: un estudio sobre la inimputabilidad, José Manuel Fernández Ruiz

La relación entre la parte especial y la general del derecho penal, Orlando Humberto de la Vega Martinis

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Aporías en torno a la determinación del estatuto jurídico aplicable en materia de prescripción de sanciones administrativas (Corte Suprema), Gonzalo Agliati Vásquez

Reconocimiento jurisprudencial del concepto civil de inmisión (Corte de Apelaciones de San Miguel), Jorge Tisné Niemann

RECENSIONES

Roberto Gargarella, *La derrota del derecho en América Latina. Siete tesis*. Recensión de Rodrigo Nakada Castro