

Universidad Austral de Chile
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXV - N° 1 • Junio 2022

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 comunicación debe dirigirse
al Director/a 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 SAEZLER
Profesora Titular, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,
Universidad Austral de Chile

EDITORES ASOCIADOS
LETICIA MORALES
Profesora Asociada, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile
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*)
Aída 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 XXXV - N° 1 (Junio 2022)

INVESTIGACIONES

- ¿Por qué disienten los jueces? Un estudio empírico del comportamiento judicial de la Corte Suprema en materia de prescripción indemnizatoria contra el Estado en casos de derechos humanos.* Diego Pardow Lorenzo, Flavia Carbonell Bellolio 9
- Algunas consideraciones acerca de las decisiones del final de la vida en Chile, a propósito del proyecto de ley sobre muerte digna y cuidados paliativos.* Gabriel Muñoz Cordal 37
- La voluntad común como límite de la buena fe en la integración del contrato.* Adrián Schopf Olea 59
- El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas.* Julio Alvear Téllez, Francisca Barrientos Camus, Jaime Alcalde Silva 79
- La obligación internacional de evaluación de los impactos ambientales transfronterizos y su aplicación en Chile.* Dominique Hervé Espejo, Dusanka Inostroza Skaric 103
- La relevancia del encuadre para la articulación de transiciones legales.* Ángeles Fernández Grossetête, Matías Guiloff Titium 125
- La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema.* Rodrigo Parra Salamanca, José Guillermo Alveal Leiva 145
- El caso de la “Ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada.* Luis Villavicencio Miranda, Yanira Zúñiga Añazco 167
- Análisis de la expulsión de los extranjeros en Chile desde 2012 a 2020.* Martina Cociña Cholaky 191
- Un análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmigración irregular por ingresos clandestinos.* Jacqueline Hellman Moreno 217
- El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena.* Isaac Ravetllat Ballesté 237

<i>Análisis cualitativo de problemas relativos a confidencialidad de la declaración de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia.</i> Francesco Carretta Muñoz, Marcelo Barría Bahamondes	259
<i>El principio de taxatividad en la jurisprudencia constitucional mexicana.</i> Roberto Carlos Fonseca Luján	281
<i>Justicia Restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación.</i> Raúl Carnevali Rodríguez	303
<i>Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad.</i> Rodrigo Guerra Espinoza	323

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Infracciones instantáneas con efectos permanentes en el derecho ambiental: un caso pionero (Corte Suprema),</i> Claudio Tapia Alvial	347
<i>La protección integral de los derechos humanos de la niñez bajo el cuidado del Estado: un deber transversal (Corte Suprema),</i> María José Paz Jara Leiva	355
<i>El crédito con aval del Estado como excepción al “discharge” en la legislación concursal (Corte Suprema),</i> Sofía Saralegui Aravena	367

RECENSIONES

<i>Daniel Mendonca, Ontología y lógica de normas.</i> Recensión de Sebastián Agüero-SanJuan	377
<i>Emilios Christodoulidis. Pablo Marshall (editor), Teoría Constitucional Crítica. Discusiones sobre derecho y política.</i> Recensión de Violeta Purán Rosas	379

INVESTIGACIONES

¿Por qué disienten los jueces? Un estudio empírico del comportamiento judicial de la Corte Suprema en materia de prescripción indemnizatoria contra del Estado en casos de derechos humanos

Diego Pardow Lorenzo*
Flavia Carbonell Bellolio**

RESUMEN

Este trabajo utiliza una aproximación empírica para explicar la propensión a disentir de los jueces de la Corte Suprema de Chile, utilizando como muestra las sentencias que resolvieron disputas acerca de la prescripción de la responsabilidad del Estado en materia de derechos humanos. Aunque su composición varía, existen dos coaliciones estables dentro del tribunal: una más extensa y homogénea que empuja hacia la unanimidad, y una más pequeña y heterogénea que empuja hacia la disidencia. Por su parte, aunque la carga de trabajo del tribunal es alta y se extiende a diversas materias, las disidencias se concentran en casos acerca de responsabilidad del Estado por violaciones a los derechos humanos. Ello permite discutir si las decisiones de estos jueces revelarían una preferencia política, un comportamiento estratégico o una postura legalista. Finalmente, esta investigación adapta la metodología tradicional del análisis empírico de las disidencias, agregando como factores relevantes una baja proporción de sentencias divididas, una alta carga de trabajo del tribunal y cierta inestabilidad en su composición.

Corte Suprema de Chile; Toma de decisiones judiciales;
Prescripción acción indemnizatoria; Estudios empíricos sobre comportamiento judicial;
Opiniones disidentes

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6537-4378>. Correo electrónico: dpardow@derecho.uchile.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6834-043X>. Correo electrónico: fcarbonell@derecho.uchile.cl

El trabajo se ha beneficiado de las observaciones de los revisores anónimos.
Trabajo recibido el 15.3.2021 y aceptado para su publicación el 12.1.2022.

Why judges dissent? Analysis of coalition formation in the Chilean Supreme Court in compensatory prescription issues against the State in human rights cases

ABSTRACT

This paper uses an empirical approach to explain the propensity to issue dissenting opinions by the members of the Chilean Supreme Court. Although the composition of the court varies significantly, there are two stable coalitions: a large and homogeneous coalition that pushes toward unanimity, and a small and heterogeneous coalition that pushes in the opposite direction. On the other hand, whereas the workload of the court is high, and its jurisdiction extends to different subject matters, the dissenting opinions are concentrated on cases regarding the liability of the State for violations to human rights. This allows to qualitatively discuss whether the decisions of these judges would be reflecting political preferences, strategical behavior, or a legalist approach. Finally, this research adapts the traditional methodology of empirical analysis of dissents, adding as relevant factors the low percentage of divided decisions, the high workload of the court and an unstable composition.

Chilean Supreme Court; Judicial behavior; Judicial decision-making;
Formation of coalitions; Empirical legal research

I. INTRODUCCIÓN

En su célebre caracterización de la judicatura chilena, Hilbink destaca la existencia de una cultura legalista, donde el derecho tiene aspiraciones de objetividad científica y los jueces evitan la confrontación política¹. Ello se refleja en una tradición de sentencias unánimes, centradas en argumentos formales y donde los jueces omiten cualquier referencia a conflictos sociales subyacentes². Durante la última década, sin embargo, estas prácticas han cambiado. Como señalan los propios Couso e Hilbink, los tribunales en Chile se muestran cada vez más dispuestos a intervenir en conflictos sociales³. Este incipiente “activismo judicial” al que hacen referencia García y Verdugo pareciera asociarse con un aumento en el número de sentencias divididas⁴.

Tratándose del Tribunal Constitucional de Chile, Pardow y Verdugo muestran que la proporción de sentencias divididas aumentó significativamente después de una reforma del 2005⁵. Uno de los aspectos principales de esta reforma era favorecer

¹ HILBINK, 2007.

² COUSO, 2003.

³ COUSO e HILBINK, 2011, pp. 99-127.

⁴ La expresión se usa aquí sin atribuirle necesariamente connotaciones negativas y distanciándola de la idea de arbitrariedad, para describir una práctica judicial que hace mayor uso de los márgenes de discrecionalidad que el sistema jurídico les proporciona y, dentro de ellos, incorpora valoraciones y tomas de posición frente a los conflictos sociales. *cf.* GARCÍA y VERDUGO, 2013.

⁵ PARDOW y VERDUGO, 2015, pp. 123-144.

la incorporación al Tribunal Constitucional de profesores universitarios, funcionarios de gobierno y otros abogados que habían hecho su carrera fuera del Poder Judicial. Siguiendo la visión tradicional de la literatura norteamericana, Tiede asocia el aumento con una menor deferencia hacia el gobierno y un aumento en la politización de los nuevos jueces⁶. Efectivamente, los jueces que se incorporan al Tribunal Constitucional después de la reforma del 2005 tienen generalmente una afiliación política explícita: muchos son militantes, mientras que otros habían ocupado puestos relevantes en el gobierno o ejercido cargos de elección popular⁷.

En contraste, tratándose de la Corte Suprema, la explicación de este aumento de las sentencias divididas parece más complejo que una simple incorporación de jueces politizados. La última reforma importante al diseño institucional de la Corte Suprema ocurrió hace más de 30 años y desde entonces la composición del tribunal permanece relativamente estable⁸. A diferencia de lo que sucede con el Tribunal Constitucional, la gran mayoría de los miembros de la Corte Suprema siguen siendo jueces de carrera, sin que haya aumentado su nivel de cercanía con partidos políticos, universidades o centros de pensamiento⁹. Ello nos deja con una interrogante. En ausencia de reformas institucionales significativas, ¿cómo podemos explicar la mayor propensión a disentir de los ministros de la Corte Suprema apuntada por García y Verdugo? Teniendo en cuenta que el perfil profesional y político de los jueces actuales es similar al que tenían quienes seguían la cultura legalista que dominaba a finales del siglo pasado, parece necesario replantearse las posibles conexiones que sugiere la literatura. Este trabajo busca aproximarse a esta pregunta expandiendo nuestro análisis previo respecto de la Tercera Sala de la Corte Suprema de Chile¹⁰.

Desde una perspectiva dogmática, una parte importante de los fallos divididos en el periodo que cubre la base de datos tiene su origen en una disputa acerca de la

⁶ TIEDE, 2016, pp. 377-403.

⁷ Así, por ejemplo, Mario Fernández fue ministro de Estado en sucesivas oportunidades, mientras que Francisco Fernández, Marcelo Venegas, Jorge Correa, María Luisa Brahm o Hernán Vodanovic ocuparon cargos de confianza en el Poder Ejecutivo y tienen una afiliación política explícita.

⁸ BORDALÍ, 2003, pp. 159-74. Concretamente, 5 de los 21 ministros deben ser “abogados extraños a la administración de justicia” (Constitución Política, artículo 78, inciso 4). Una caracterización de la práctica de nombramientos de los ministros de la Corte Suprema chilena entre 1990 y 2019 puede verse en HERNANDO y SIERRA, 2019.

⁹ Los jueces del Poder Judicial chileno tienen prohibición de afiliarse a un partido político (Ley 18.603, artículo 18) y prohibición de “[m]ezclarse en reuniones, manifestaciones u otros actos de carácter político” (Código Orgánico de Tribunales, artículo 323).

¹⁰ Ver, PARDOW y CARBONELL, 2018. Tanto el presente trabajo como el anteriormente referido se restringen a la Tercera Sala, debido a una limitación de los recursos disponibles. Como la base de datos utilizada se construye mediante una codificación manual de las sentencias, y el número de personas disponibles era limitado, preferimos analizar una misma sala durante un mayor espacio de tiempo. Ello, por oposición a la comparación del comportamiento de distintas salas, pero en un espacio de tiempo más acotado. A su vez, la selección de la Tercera Sala dentro de esta restricción de medios obedeció a que tanto Couso e Hilbink, como Verdugo y García, cuando argumentan acerca del aumento en la polarización de nuestros tribunales, típicamente se refieren a tópicos constitucionales y contencioso-administrativos. Ese es, precisamente, el ámbito material de competencia de la Tercera Sala de la Corte Suprema.

prescripción de la responsabilidad del Estado para casos de violaciones a los derechos humanos ocurridas durante la dictadura militar. En atención al número de casos y la materia respecto de la que se decide, esta base de datos resulta provechosa para identificar patrones de disidencia dentro de la Corte Suprema, específicamente en la Tercera Sala¹¹.

Al comienzo de este período, la Corte Suprema pronunció un conjunto de sentencias divididas cuyo contenido y argumentos se repiten de manera prácticamente idéntica. A su vez, y ahora desde una perspectiva cuantitativa, es posible utilizar la identidad de los jueces que redactaron los votos de mayoría y minoría en estos casos para construir una metodología de análisis que adapta el enfoque tradicional de formación de coaliciones¹². Los resultados muestran que las coaliciones dentro de la Tercera Sala de la Corte Suprema, así como gran parte de su propensión a disentir, pueden explicarse a partir de la interacción entre este grupo de jueces.

La coalición más numerosa dentro de la Tercera Sala en el período en estudio es aquella formada en torno a los ministros Pierry y Araneda, quienes, a su vez, serían los autores de la doctrina mayoritaria en estos casos de prescripción de la responsabilidad del Estado¹³. Existiría, además, una segunda coalición de jueces menos numerosa y con un comportamiento bastante más heterogéneo. Esta otra coalición aparece liderada por el ministro Brito, quien es el autor de la doctrina minoritaria en los referidos casos acerca de responsabilidad del Estado¹⁴. Adaptando la metodología de Pritchett¹⁵, el trabajo muestra que la coalición mayoritaria tiene un efecto estabilizador en el comportamiento del tribunal, empujándolo hacia decisiones unánimes. Al contrario, la coalición disidente tendría un efecto desestabilizador en el comportamiento del tribunal, empujándolo hacia decisiones divididas. Ambos efectos interactúan en un escenario institucional donde la composición de las diferentes salas de la Corte Suprema depende de un sistema complejo

¹¹ Este trabajo utiliza la misma base de datos utilizada en PARDOW y CARBONELL, 2018. Ello incluye las cerca de 45 mil sentencias dictadas por la Tercera Sala de la Corte Suprema entre 2009 y 2014, pero excluyendo las cerca de 30 mil sentencias correspondientes a recursos de protección en contra de prestadores privados de salud. Las restantes 15 mil causas fueron codificadas manualmente mediante un equipo de ayudantes integrados por Catalina Ríos, Gustavo Poblete y Cristóbal Santander. Los resultados de dicha recolección de datos fueron sometidos a controles aleatorios sin que se encontrasen errores significativos.

¹² Los estudios empíricos del comportamiento judicial siguen dos grandes aproximaciones metodológicas: la codificación direccional y el anclaje por coaliciones. El primero implica traducir el resultado de la sentencia en una dimensión relevante para el análisis, típicamente en un eje “izquierda/derecha” o “liberal/conservador” (Segal y Spaeth 2002). En contraste, el segundo agrupa a los jueces que tienden a votar juntos, independientemente del resultado de la sentencia (Ho y Quinn 2010). Nuestro trabajo sigue el segundo de estos enfoques, con las particularidades que se detallan en el Anexo.

¹³ Estos ministros coincidieron como integrantes de la tercera sala entre septiembre de 2007 y junio de 2012, fecha en que la ministra Araneda cesa en sus funciones al cumplir 75 años. Se trata de una coalición entre una ministra de carrera y un ministro académico, externo al poder judicial. Pedro Pierry integró entre diciembre de 2006, y hasta mayo de 2016, fecha en que cesó en sus funciones por cumplir también 75 años.

¹⁴ También en su labor en la Segunda Sala Penal de la Corte Suprema, donde integraba mayoritariamente, el ministro Brito se mantuvo consistente con sus votos de imprescriptibilidad de la acción civil en casos de delitos de lesa humanidad. Para conocer los principales hitos de las sentencias penales de la Corte Suprema en causas de derechos humanos en Chile (1990-2018), véase DELGADO, 2018.

¹⁵ PRITCHETT, 1941, pp. 890-98.

de reglas procesales que determinan los jueces y abogados integrantes que resuelven cada caso, de modo tal que los cinco miembros de la Tercera Sala varían significativamente de decisión en decisión. En términos porcentuales, incorporar a un ministro perteneciente a la coalición mayoritaria aumentaría la probabilidad de alcanzar una decisión unánime en torno al 5%. Al contrario, incorporar a un ministro perteneciente a la coalición disidente aumentaría en cerca de 15% la probabilidad de alcanzar una decisión dividida.

Este estudio contribuye con la literatura existente en dos sentidos. En primer lugar, continúa desarrollando una metodología de análisis que responde a las particularidades de la judicatura en Latinoamérica. Las herramientas utilizadas en Estados Unidos o Europa fueron desarrolladas para tribunales con una baja carga de trabajo, una composición estable y una elevada proporción de sentencias divididas. Contrariamente, los tribunales colegiados en Latinoamérica tienen una carga de trabajo mucho mayor y las sentencias divididas siguen siendo una fracción pequeña respecto del total. Además, tratándose de Chile, la composición del tribunal varía significativamente debido al funcionamiento en salas y a la participación regular de abogados integrantes. Este trabajo muestra que las disidencias están asociadas con el comportamiento de los ministros que integran el tribunal con mayor frecuencia, pero respecto de casos que ocurren con menor frecuencia y donde la carga de trabajo sería menos rutinaria. Los datos sugieren que la disputa entre los ministros Pierry, Araneda y Brito en causas concernientes a prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado permite explicar el comportamiento de la Tercera Sala, pero solamente en la medida que el tribunal esté formado por miembros relativamente estables de ambas coaliciones y respecto de casos similares. En definitiva, el trabajo propone una conexión entre la proporción de sentencias divididas y la estabilidad en la composición de las coaliciones.

En segundo lugar, el trabajo contribuye de manera más general con la literatura latinoamericana de la conexión entre derecho y política en el funcionamiento de los tribunales superiores; y, concretamente, respecto de la capacidad que tendrían las consideraciones políticas a la hora de explicar el comportamiento de los jueces.

El resto de este trabajo se organiza de la siguiente manera. La segunda sección muestra una síntesis de la literatura acerca del comportamiento judicial. La tercera sección revisa el funcionamiento de la Corte Suprema de Chile y describe la base de datos utilizada. La cuarta sección extiende la metodología utilizada en un trabajo relacionado, caracterizando las coaliciones por medio de los denominados *coeficientes Pritchett*. La quinta sección estima la probabilidad de encontrar una sentencia dividida, relacionándola con la presencia de ministros determinados, el tipo de materia involucrada y otros aspectos objetivos del litigio. La última sección sintetiza las conclusiones.

II. LITERATURA PERTINENTE AL COMPORTAMIENTO JUDICIAL

La pregunta central de los estudios empíricos del comportamiento judicial es si las preferencias políticas de los jueces inciden en sus votos o decisiones. Para dar respuesta a esta pregunta, se han elaborado tres principales modelos: legalista, actitudinal

y estratégico. Según el modelo legalista (*legal model*), las decisiones de los tribunales se encuentran influidas por los hechos del caso y las fuentes tradicionales del Derecho, sin que las preferencias políticas cumplan un rol relevante¹⁶. Según el modelo actitudinal (*attitudinal model*), “las decisiones se explican a la luz de los hechos y teniendo en cuenta las actitudes ideológicas y valores de los jueces”¹⁷. El modelo estratégico o racionalista sigue los postulados de la *rational choice theory*, donde los jueces actúan estratégicamente, en tanto sus elecciones dependen de sus expectativas de las elecciones de otros actores y están estructuradas por el diseño institucional dentro del que se realizan¹⁸. Nuestro trabajo intenta mostrar la interacción entre estos tres modelos, pero especialmente la manera en que una disputa esencialmente jurídica tiene también dimensiones políticas y puede generar un comportamiento estratégico.

En América Latina, los estudios del comportamiento judicial van de la mano con el debate respecto de la “politización de la justicia”, especialmente la justicia constitucional y procesos de justicia transicional¹⁹. Diversos trabajos intentan mostrar cómo los tribunales constitucionales, o los tribunales supremos que ejercen funciones de *judicial review*, se erigen como *policy-makers*²⁰. Dentro de los factores determinantes para esta judicialización de la política estaría la estructura institucional del poder judicial²¹. La justicia transicional, por su parte, es un escenario intrínsecamente politizado que permite analizar empíricamente estas preguntas²².

En Chile, las actitudes de los jueces de la Corte Suprema y otros tribunales superiores frente a casos relacionados con la dictadura militar suelen interpretarse políticamente. De acuerdo con Mañalich, por ejemplo, la doctrina de la prescriptibilidad revelaría una posición conservadora y la doctrina de la imprescriptibilidad revelaría una posición progresista²³. No obstante, también es importante tomar en cuenta factores estratégicos.

¹⁶ SEGAL y SPAETH, 1993.

¹⁷ EPSTEIN y KNIGHT, 1998; SEGAL y SPAETH, 1993; SEGAL y SPAETH, 2002; SUNSTEIN, SCHKADE, ELLMAN, SAWICKI, 2006.

¹⁸ EPSTEIN y KNIGHT, 1998; LANDES y POSNER, 2009; EPSTEIN, LANDES y POSNER, 2013.

¹⁹ Hay una extensa literatura referidas al punto, siendo especialmente relevantes los siguientes libros editados: SIEDER, SCHJOLDEN y ANGELL, 2005; COUSO, HUNEUS y SIEDER, 2010; HELMKE y RÍOS FIGUEROA, 2011. El artículo KAPISZEWSKI y TAYLOR, 2008, da cuenta de los principales debates teórico-metodológicos y críticas al rol de los tribunales latinoamericanos en la política de sus respectivos países.

²⁰ Un panorama reciente de esta literatura latinoamericana en GONZÁLEZ-BERTOMEU, 2019. Véase, además, CORTEZ SALINAS, 2000.

²¹ De independencia judicial véase BURBANK y FRIEDMAN, 2002; RANKIN, 2013; RÍOS-FIGUEROA, 2015. Dos estudios que analizan la relación entre judicialización de la política e independencia en el contexto latinoamericano son RÍOS-FIGUEROA y TAYLOR, 2006, y WERNECK ARGUELHES y SÜSEKIND, 2018.

²² El comportamiento de tribunales de justicia durante regímenes autoritarios en Latinoamérica, y con posterioridad a ellos, ha recibido especial atención: HELMKE, 2005; SKAAR, GARCÍA-GODOS y COLLINS (eds.), 2016; GINSBURG y MOUSTAFA (eds.), 2008; CARMODY, 2018; GONZÁLEZ-OCANTOS, 2020. Sobre el caso chileno, destacan los estudios de COUSO, 2005; COLLINS, 2010; COLLINS, 2010; HILBINK, 2003; HILBINK, 2007; y HUNEUS, 2010.

²³ MAÑALICH, 2010. Incluso más, las posiciones en favor de la prescriptibilidad de la acción civil son consideradas como justificadoras de la dictadura militar. Por otra parte, existe una cuestión lingüística que sí

En el contexto latinoamericano, el comportamiento de los tribunales superiores suele explicarse a partir de una tensión entre construir legitimidad frente a la ciudadanía y evitar represalias por parte de las autoridades de gobierno²⁴. En un sentido similar, Kapiszewski sostiene que, en casos políticamente relevantes, los tribunales superiores realizan un “balance táctico” y deciden considerando sus propias ideologías, los intereses de la institución judicial, las preferencias de representantes electos (parlamento o gobierno), las posibles consecuencias económicas y políticas de sus decisiones, la opinión pública y consideraciones estrictamente jurídicas²⁵.

A su vez, Walker señala que la judicatura chilena se destaca por mantener simultáneamente bajos niveles de aprobación ciudadana y altos niveles de independencia institucional²⁶. Desde esta perspectiva, las divisiones dentro de la Corte Suprema podrían representar una posición estratégica donde la coalición disidente perseguiría legitimar al tribunal frente a la ciudadanía, mientras la coalición mayoritaria privilegiaría una mayor deferencia con el gobierno. Estos casos acerca de responsabilidad del Estado efectivamente tienen esta particularidad. Una posición a favor de la prescriptibilidad puede mirarse como un gesto político en contra de las víctimas de la dictadura, pero también como una consideración simplemente estratégica que busca limitar el gasto fiscal asociado al pago de indemnizaciones.

El trabajo más cercano a este es Pardow y Carbonell, aunque aquí se enriquece dicho análisis en dos sentidos²⁷. Por una parte, se relaciona la formación de ambas coaliciones con el referido grupo de casos respecto de prescripción de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado. Ello, a su vez, permite discutir hasta qué punto las coaliciones observadas podrían reflejar preferencias políticas o estratégicas, o identificarse con los modelos de jueces legalistas, actitudinales y estratégicos antes referidos. Por otra parte, desde una perspectiva cuantitativa, este trabajo no solamente describe la formación de coaliciones al interior de la Corte Suprema, sino que muestra las consecuencias de las coaliciones en el comportamiento del tribunal, específicamente en la propensión a disentir en ciertas materias y problemas jurídicos, así como al resolver recursos procesales determinados (particularmente, recursos de casación en el fondo).

III. FUNCIONAMIENTO DE LA CORTE SUPREMA

La introducción caracterizaba a la Corte Suprema como un tribunal con una alta carga de trabajo, una baja propensión a disentir y una composición que varía mucho entre un

parecería más sintomática de la postura política de cada juez, y que se refiere a las expresiones que se usan para referirse al período entre 1973 y 1989: “dictadura” y “pronunciamiento militar”. Acerca de cómo el lenguaje de los jueces puede reflejar ideología, véase PHILIPS, 1998.

²⁴ HELMKE y RÍOS-FIGUEROA, 2011.

²⁵ KAPISZEWSKI, 2011.

²⁶ WALKER, 2018.

²⁷ PARDOW y CARBONELL, 2018.

caso y otro. Empecemos discutiendo esta última característica. Desde una perspectiva de diseño institucional, es importante considerar que la Corte Suprema funciona dividida en salas, las que a su vez son integradas por ministros y abogados integrantes²⁸. La Corte Suprema de Chile está compuesta por 21 ministros titulares y 12 abogados integrantes, quienes se distribuyen en salas de 5 miembros²⁹. Esta distribución se realiza por la propia Corte Suprema, quien generalmente asigna 5 ministros titulares y 3 abogados que integran preferentemente cada sala en atención a sus especialidades (Código Orgánico de Tribunales, artículo 217). La determinación de los miembros que finalmente conocerán cada caso, sin embargo, depende de un sistema de reglas bastante complejo³⁰.

Este trabajo se concentra en la Tercera Sala. La Tabla 1 resume los patrones de votación de los ministros de la Tercera Sala de la Corte Suprema, considerando los cerca de 800 casos resueltos por una sentencia dividida entre 2008 y 2012. Ello corresponde a los primeros 5 años recogidos en Pardow y Carbonell³¹, a lo que se agregaron las sentencias unánimes pronunciadas por esta sala durante ese mismo período. Dentro de este quinquenio, más de 50 personas diferentes integraron la Tercera Sala de la Corte Suprema. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el nivel de participación de cada una es bastante heterogéneo. Los cuatro ministros con mayor participación promedian cerca de 600 vistas de la causa, mientras que los siguientes 10 miembros del tribunal promedian 120. Durante nuestro periodo de estudio, la primera cantidad equivaldría a integrar la sala cerca de 10 veces al mes y la segunda cantidad cerca de 2 veces al mes. Ello contrasta con 32 jueces y abogados integrantes que promedian menos de 8 participaciones en total, lo que sería equivalente a integrar la sala una vez cada 6 meses. En definitiva, la composición de la Tercera Sala efectivamente varía de un caso a otro, pero en una proporción acotada de casos. Cerca del 90% de las sentencias fueron decididas

²⁸ Los abogados integrantes son jueces sustitutos que integran los tribunales superiores frente a la ausencia de los ministros titulares y son nombrados por el presidente de la República a propuesta de una lista elaborada por la propia judicatura (Código Orgánico de Tribunales, artículo 219). Para un análisis crítico de esta institución, véase VERDUGO y OTTONE, 2012.

²⁹ El sistema de salas fue establecido en una reforma de 1995, dirigida a fomentar la estabilidad y especialización de la Corte Suprema, véase CAROCCA, 1998, p. 72. En su funcionamiento ordinario, la corte tiene tres salas especializadas por materias: la Primera Sala o Sala Civil, la Segunda Sala o Sala Penal y la Tercera Sala o Sala Constitucional y Contencioso Administrativa. A su vez, en el funcionamiento extraordinario se agrega la Cuarta Sala o Sala Laboral y Previsional, que conoce de los recursos sobre materias laboral, previsional, cobranza laboral y previsional, familia, minería, y de los demás asuntos que le corresponda conocer a la Corte Suprema y que no estén entregados expresamente al Tribunal Pleno o a otra Sala. Desde hace décadas, sin embargo, el denominado funcionamiento extraordinario constituye la regla general.

³⁰ Cada sala debe funcionar con al menos 3 ministros titulares (Código Orgánico de Tribunales, artículo 218), quienes pueden ausentarse por diferentes razones (*v.g.* enfermedad, dedicación preferente a casos específicos, labores administrativas dentro la judicatura, etc.). Los abogados integrantes son generalmente invitados a integrar la sala según especialidad y por orden de antigüedad, existiendo bastante libertad para solicitar la exclusión de un abogado integrante (Código Orgánico de Tribunales, artículos 194 y ss.). Todo lo anterior hace que sea bastante difícil anticipar con certeza la composición de cada sala, replicando la lógica de los sistemas de integración aleatorios que típicamente se utilizan en muchas partes del mundo. Véase, por ejemplo, CHILTON y LEVY, 2015.

³¹ PARDOW y CARBONELL, 2018.

por un grupo de 15 personas, la mayoría de estas corresponde a ministros titulares y abogados integrantes radicados en esa sala. Más aún, cada uno de los ministros Araneda, Carreño, Pierry y Brito estuvo presente en cerca del 75% de las correspondientes vistas de causas.

Respecto de la alta carga de trabajo y la baja propensión a disentir, las estadísticas del Poder Judicial consignan que las distintas salas de la Corte Suprema revisan cerca de 5.000 causas al año, adoptando decisiones unánimes en más del 90% de los casos. De acuerdo con Epstein, Landes y Posner, ambas circunstancias estarían relacionadas³². Disentir supone diversos costos como la inversión de tiempo y esfuerzo, o el riesgo de generar rivalidades. Por esta razón, un tribunal sobrecargado debiera resolver la gran mayoría de sus casos por unanimidad. Tratándose de la Tercera Sala, entre el 2008 y 2012 cerca del 85% de sus sentencias fueron unánimes y algo más de un 15% divididas. Como veremos más adelante, sin embargo, la proporción de sentencias divididas depende mucho de las materias discutidas. En términos generales, la Tercera Sala se especializa en materias relacionadas con derecho constitucional y derecho administrativo, pero también conoce de las apelaciones a recursos constitucionales de protección en todo tipo de materias. Mientras en los recursos de protección el nivel de unanimidad llega a superar el 90%, en otras materias puede ser inferior al 70%. Ahora bien, las apelaciones de recursos de protección representan cerca de dos tercios de la carga de trabajo del tribunal. Desde esta perspectiva, las disidencias se concentrarían en aquellas materias menos frecuentes, apareciendo nuevamente una asociación entre mayor carga de trabajo y decisiones por unanimidad. Las disidencias pareciesen quedar reservadas, por tanto, a problemas jurídicos donde los costos de disentir fuesen menores a sus beneficios, como cuando se percibe que construir una opinión minoritaria bien razonada puede transformarse en el futuro en la posición mayoritaria³³.

Revisemos ahora lo que ocurre a nivel de los ministros y abogados integrantes individualmente considerados. La tercera columna de la Tabla 1 muestra el porcentaje de votos mayoritarios, mientras que la quinta hace lo propio con los votos disidentes. La diferencia entre ambos corresponde a la proporción de votos concurrentes y preven- ciones, esto es, situaciones en las que un juez está de acuerdo con el resultado adoptado por la mayoría de sala, pero expresa diferencias en cuanto a las razones que sostendrían esa posición o agrega argumentos y decide escribir separadamente su opinión en la sentencia. A nivel agregado, los distintos miembros de la Tercera Sala tienen 70% de votos mayoritarios, 20% de votos disidentes y 10% de votos concurrentes³⁴. Esta tendencia

³² EPSTEIN, LANDES Y POSNER, 2011.

³³ Los votos disidentes del ministro Muñoz en que sostiene la imprescriptibilidad de la acción civil en contra del Estado son un buen caso representativo de esto último. Solo a modo de ejemplo, véase Corte Suprema, 06.06.2012, rol 8593-2009 y 30.02.2013, rol 4742-2012, las que tienen alrededor de 90 páginas de disidencia, mientras que argumentación del voto de mayoría tiene entre 2 y 15 páginas.

³⁴ Es importante considerar que el promedio consignado en la última fila de la Tabla 1, corresponde a la simple media aritmética de los patrones individuales de los ministros y abogados integrantes, sin ponderar la participación efectiva de cada uno. Debido a que los 4 ministros con mayor participación representan el 75% de los datos, una media ponderada sería similar al comportamiento promedio de este grupo.

hacia posiciones de consenso no solamente se refleja en el promedio, sino que los patrones de votación de los miembros de la Tercera Sala son relativamente homogéneos. La gran mayoría de los ministros y abogados integrantes tiene entre 60% y 80% de votos mayoritarios. Únicamente 3 personas se apartan realmente de esta tendencia hacia la unanimidad, teniendo los dos primeros lo que se ha llamado “disidencias solitarias”³⁵. Mientras los ministros Brito y Muñoz escriben opiniones disidentes o concurrentes en el 80% de las causas donde participan, el abogado Domingo Hernández lo hace en cerca del 50% de los casos.

Tabla 1. Patrones de votación , Tercera Sala de la Corte Suprema (2008-2012)

Ministro	Votos No.	Mayoría		Minoría		Concurrencia	
		No.	%	No.	%	No.	%
Carreño	662	542	81,9	65	9,8	55	8,3
Araneda	617	424	68,7	143	23,2	50	8,1
Pierry	556	397	71,4	129	23,2	30	5,4
Brito	525	125	23,8	342	65,1	58	11,0
Oyarzún	209	125	59,8	20	9,6	64	30,6
Sandoval	194	174	89,7	10	5,2	10	5,2
Muñoz	133	25	18,8	49	36,8	59	44,4
Lagos	124	121	97,6	3	2,4	0	0,0
Gorziglia	121	101	83,5	7	5,8	13	10,7
Mauriz	104	89	85,6	5	4,8	10	9,6
Jacob	85	60	70,6	24	28,2		1,2
Egnem	72	47	65,3	23	31,9	2	2,8
Ruiz	60	48	80,0	3	5,0	9	15,0
Bates	44	40	90,9	3	6,8		2,3
Hernández	43	20	46,5	21	48,8	2	4,7
Peralta	41	32	78,0	9	22,0	0	0,0
Pfeffer	37	33	89,2	4	10,8	0	0,0

³⁵ [Omitido para arbitraje anónimo].

Ministro	Votos No.	Mayoría		Minoría		Concurrencia	
		No.	%	No.	%	No.	%
Medina	37	27	73,0	10	27,0	0	0,0
Silva	36	32	88,9	4	11,1	0	0,0
Gómez	31	21	67,7	5	16,1	5	16,1
Otros 32 jueces	258	185	71,7	50	19,4	23	8,9
Total	3.989	2.668	66,9	929	23,3	392	9,8

Fuente: Elaboración propia sobre la base de Pardow y Carbonell (2018).

IV. FORMACIÓN DE COALICIONES Y PROPENSIÓN A DISSENTIR

En una cámara de representantes políticos, las preferencias de sus miembros son relativamente transparentes y se expresan votando. La tarea de los jueces, en contraste, es bastante más compleja. Tratan de reconstruir los hechos sobre la base de la prueba rendida, evalúan las distintas reglas aplicables y valoran las consecuencias de sus decisiones³⁶. Para complicar más las cosas, los jueces de un tribunal colegiado abordan estas tareas colectivamente, desarrollando alianzas y rivalidades con sus colegas³⁷.

Una manera de analizar las relaciones de alianzas y rivalidades que se expresarían en decisiones divididas consiste en establecer la frecuencia con que distintas parejas de jueces votan juntos. El enfoque tradicional de Pritchett considera que dos jueces son “aliados” cuando se sitúan juntos en la mayoría o minoría de una sala dividida, al tiempo que son considerados como “rivales” si uno de los jueces se sitúa en la mayoría y el otro en la minoría³⁸. El promedio de las interacciones para esa pareja de jueces es conocido como el *coeficiente Pritchett*, reflejando la intensidad de esta relación. En la medida que su comportamiento e integración fuera relativamente estable en el tiempo, todo tribunal colegiado debería tener una coalición mayoritaria compuesta por los jueces cuya posición queda plasmada en el resultado de la sentencia, y una coalición disidente compuesta por los jueces que tienen una visión diferente³⁹.

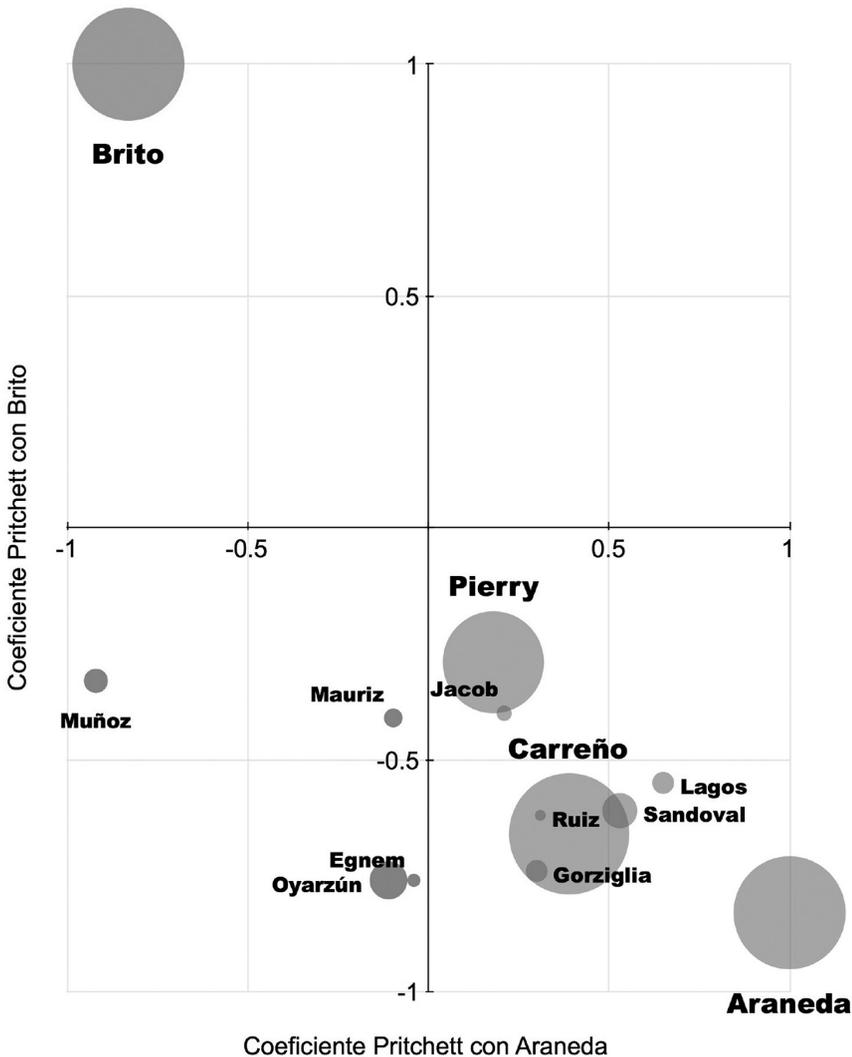
³⁶ EPSTEIN y KNIGHT, 1998.

³⁷ Algunos representantes de distintas épocas y tradiciones jurídicas son: EVANS, 1938; PRITCHETT, 1941; POUND, 1953; NADLEMANN, 1959; BRENNAN, 1986; EZQUIAGA, 1990; POSNER, 1993; SCALIA, 1994; HETTINGER, LINDQUIST y MARTINEK, 2004; LEFSTIN, 2007; BAIRD y JACOBI, 2009; CASSESE, 2009; EPSTEIN, LANDES y POSNER, 2011; PASQUINO, 2015.

³⁸ PRITCHETT, 1941.

³⁹ Desde esta perspectiva, la coalición es simplemente una agrupación de jueces que vota en sentido similar, sin que necesariamente deba existir una afinidad ideológica, RHODE, 1972; o estratégica, JACOBI, 2009. De hecho, cuando existe una iniciativa reflexiva y deliberada para lograr un fin común, la literatura prefiere utilizar el término colegialidad, véase KORNHAUSER y SAGER, 1986; KORNHAUSER y SAGER, 1993.

Tratándose de la Tercera Sala, nuestro trabajo anterior estima los *coeficientes Pritchett* para todos quienes integraron el tribunal en el periodo de tiempo aquí analizado. Esta metodología para establecer la existencia de coaliciones incluye dos pasos. En primer lugar, encontrar aquella pareja de jueces cuya relación de rivalidad sea más intensa, tanto en cuanto a la magnitud del coeficiente como en términos de la cantidad de causas en que ambos jueces expresaron opiniones divergentes. Durante el 2008 y 2012, los ministros Araneda y Brito tuvieron la relación de rivalidad más intensa: participaron juntos en cerca de quinientos casos con sentencias divididas y se situaron en coaliciones opuestas en más del 90% de las veces.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de información pública sistematizada para este trabajo.

En segundo lugar, se incorpora a los jueces que interactúan más frecuentemente con esta pareja para completar una sala ideal de cinco miembros. El promedio de los *coeficientes Pritchett* de cada uno de estos jueces adicionales, calculados respecto de cada uno de los dos miembros de la rivalidad que caracterizaría a la sala, permite ordenar a los jueces en un espacio unidimensional. Ello, a su vez, permite encontrar al denominado juez mediano, esto es, el juez que estaría en mejor posición para influir en sus demás colegas y decidir el caso⁴⁰.

Para el quinquenio entre 2008 y 2012, esta posición habría sido ocupada por el ministro Pierry, quien compartió cerca de 400 sentencias divididas con cada uno de los ministros Araneda y Brito, votando en el 60% de los casos con la primera y el 40% restante con el segundo. Así, dentro del período referido se habrían formado dos coaliciones: una coalición minoritaria formada únicamente por el ministro Brito y una coalición mayoritaria integrada por los ministros Araneda, Pierry y los otros dos miembros que estuviesen integrando la sala. Esta representación de las coaliciones de la Tercera Sala tiene la ventaja de utilizar relativamente poca información (*v.g.* el patrón de votación de dos jueces “extremos” y un juez “mediano”) para sintetizar el comportamiento de un tribunal complejo y heterogéneo. Ello, sin embargo, viene a expensas de excluir cierta información relevante.

En concreto, Pardow y Carbonell condensan todas las posibles relaciones en un solo espacio unidimensional⁴¹. Ello exige promediar para cada miembro del tribunal los distintos coeficientes que tendría en su interacción individual con los ministros Araneda y Brito. El principal problema de esta aproximación ocurre con los valores intermedios⁴². Como se muestra en la Figura 1, es posible eliminar este problema relajando el supuesto de unidimensionalidad. Cada uno de los puntos representa a un juez o abogado integrante. El eje horizontal muestra su *coeficiente Pritchett* en relación con el ministro Brito, mientras que en el eje vertical se realiza el mismo ejercicio respecto de la ministra Araneda. El tamaño de los puntos, a su vez, es proporcional a la cantidad de veces en que efectivamente integraron la Tercera Sala durante el 2008 y 2012.

En este ejercicio, el ministro Brito ocupa la esquina superior-izquierda y la ministra Araneda la esquina inferior-derecha. Por su parte, el ministro Pierry se ubica en el centro de la figura, manteniendo su posición como juez mediano cerca de la intersección de

⁴⁰ EPSTEIN, 2016.

⁴¹ PARDOW y CARBONELL, 2018.

⁴² Supongamos que un juez integrase 10 veces la Tercera Sala, compartiendo tribunal 5 de esas veces con el ministro Brito y otras 5 con la ministra Araneda. Para simplificar el ejemplo, asumamos que nunca comparte tribunal con ambos ministros al mismo tiempo. Si este juez se alinea 5 veces con el ministro Brito y las otras 5 con la ministra Araneda, tendría un *coeficiente Pritchett* de 100% con cada uno y un promedio de 50%. Por otra parte, si este mismo juez se ubica 5 veces en la coalición contraria del ministro Brito y las otras 5 veces en la coalición contraria de la ministra Araneda, tendría un *coeficiente Pritchett* de 0% con cada uno y nuevamente un promedio de 50%. Ahora bien, en el primer caso se trata de un juez que mantiene una relación de alianza simultánea con los ministros Brito y Araneda, mientras que en el segundo se trata de uno que tiene una relación de rivalidad con ambos.

ambos ejes⁴³. La coalición mayoritaria estaría formada por todos los ministros y abogados integrantes representados con un punto verde, quienes se ubican en el espacio diagonal que existiría entre los ministros Pierry y Araneda. Lógicamente, esta coalición es la más numerosa. Si consideramos a los 15 ministros y abogados integrantes con mayor participación, cuyos votos representan cerca del 90% del total, 10 de ellos formarían parte de la coalición mayoritaria. Atendido que la mayoría en este tipo de tribunal se alcanza con tres quintos o 60%, esta coalición mayoritaria donde participan 67% de los ministros y abogados integrantes sería superior al mínimo teórico. De hecho, si consideramos el volumen agregado de votación, en lugar del número de miembros, la coalición mayoritaria representaría casi el 75% del total⁴⁴.

La coalición disidente, en contraste, es mucho menos numerosa y tiene patrones de votación bastante más heterogéneos. Por una parte, el liderazgo del ministro Brito es bastante solitario, siendo el único punto de datos de color rojo dentro del cuadrado superior-izquierdo. Ello ocurre porque ninguno de los otros miembros de la Tercera Sala se sitúa en la misma posición que el ministro Brito en 50% o más de las oportunidades donde comparten integración. Quien está más cercano a este umbral es el ministro Pierry, nuestro juez mediano, toda vez que ambos comparten posición en el 35% de los casos. Los puntos azules en el cuadrado inferior-izquierdo de la Figura 1, por su parte, muestran que existe una manera sistemáticamente diferente de disentir. Aunque estos cuatro ministros y abogados integrantes pertenecen a nuestra coalición disidente, lo hacen sosteniendo una relación de rivalidad tanto con el ministro Brito como con la ministra Araneda⁴⁵. De hecho, su patrón de votación está relativamente más alineado con esta última: en promedio, tienden a ubicarse en una posición opuesta al ministro Brito cerca del 80% de las veces en que comparten integración, mientras que respecto de la ministra Araneda este porcentaje alcanza solamente 70%. Finalmente, es importante destacar que el cuadrado superior-derecho está vacío, mostrando que ninguno de los ministros y abogados integrantes de la Tercera Sala desarrolló un patrón de votación que refleje una relación de alianza con los dos jueces situados al extremo.

En definitiva, los ministros Brito y Araneda aparecen liderando las coaliciones disidente y mayoritaria desde sus respectivos extremos. A su vez, el ministro Pierry también aparece ejerciendo un liderazgo mayoritario, pero desde una posición moderada. Ahora bien, evaluar en dimensiones diferentes los *coeficientes Pritchett* respecto de cada uno de los jueces situados al extremo permite dar cuenta de la heterogeneidad de la coalición disidente. En otras palabras, el supuesto de unidimensionalidad asume que un ministro

⁴³ CORDERO, 2017, ha denominado la actuación del ministro Pierry como “el fenómeno Pierry”.

⁴⁴ Ello es consecuencia de la presencia del ministro Carreño en la coalición mayoritaria. Es el ministro con mayor participación, estando presente en casi el 85% de los casos resueltos por la Tercera Sala durante este periodo. Además, es uno de los que menos disiente, situándose con la mayoría cerca del 80% del tiempo.

⁴⁵ De manera similar al ejemplo referido en una nota anterior, este patrón es posible porque este grupo de ministros y abogados integrantes participa con poca frecuencia. De este modo, esos casos relativamente escasos corresponden a vistas de la causa donde generalmente estaban presentes la ministra Araneda o el ministro Brito, pero no ambos simultáneamente.

que tenga una relación de rivalidad con Araneda necesariamente será aliado de Brito, y viceversa. Eso tiene sentido en un tribunal donde la composición sea estable, esto es, donde el juez cuyo patrón de votación estamos evaluando integre el tribunal al mismo tiempo que Araneda y Brito. Solo en ese caso su opción es elegir disyuntivamente entre ambas coaliciones. Ahora bien, en un contexto de variabilidad, donde resulta posible que un juez integre la sala con Araneda o Brito, resulta más apropiado evaluar cada interacción por separado. Como veremos, además, ello también entrega un factor adicional para explicar la propensión a disentir del tribunal.

V. EXPLICANDO LA PROPENSIÓN A DISENTIR

Durante la presentación de los resultados preliminares⁴⁶, tanto la abogada integrante Maricruz Gómez de la Torre como el propio ministro Pedro Pierry, hicieron referencia a que la rivalidad entre los ministros Araneda y Brito estaría relacionada con ciertos casos de relevancia pública en materia de derechos humanos. Efectivamente, a comienzos del periodo analizado en este trabajo existen un conjunto de recursos de casación muy similares⁴⁷. Todos ellos correspondían a demandas de indemnización de perjuicios en contra del Estado, presentadas por familiares de las víctimas de crímenes de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar, concretamente a mediados de la década de los setenta.

En todos los casos la sala estuvo integrada por los ministros Carreño, Pierry, Araneda y Brito, llegando consistentemente al mismo resultado. Mediante una sentencia dividida, la mayoría de la sala decide declarando que la responsabilidad patrimonial del Estado se encontraba prescrita, bien acogiendo el recurso de casación en el fondo interpuesto por el Fisco en que se sostenía la prescriptibilidad, bien rechazando la casación interpuesta por los familiares de las víctimas alegando la imprescriptibilidad, desestimándose, en ambos casos, la demanda por responsabilidad extracontractual del Estado. Por su parte, en todos estos casos el único disidente es el ministro Brito, en una primera época, y luego el ministro Muñoz, quienes fundan su oposición en que las normas internacionales sobre derechos humanos establecerían la imprescriptibilidad de la responsabilidad del Estado. La redacción del voto de mayoría generalmente corresponde a la ministra Araneda, mientras que corresponde al ministro Brito redactar el voto minoritario. Ambos, además, repiten textualmente los mismos argumentos y razonamientos en las correspondientes secciones de cada sentencia. De esta manera, tenemos dos coaliciones relativamente estables dentro de la Tercera Sala de la Corte Suprema, y un conjunto

⁴⁶ Los resultados se presentaron en el seminario de investigación y seminario de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile durante el 2017.

⁴⁷ Por ejemplo, Corte Suprema 25.03.2008 (rol 743-2007), 14.01.2009 (rol 3540/2007), 10.06.2009 (rol 4771/2007), 10.06.2009 (rol 4774/2007), 05.04.2010 (rol 3078/2008), 31.08.2009 (rol 1510/2008), 14.04.2011 (rol 123/2009), 11.07.2012 (rol 8962/2009) y 07.12.2012 (rol 12357/2011).

de casos a comienzos del período en análisis que permitirían asociar su origen a una disputa legal específica.

Los argumentos en favor de la prescriptibilidad sostenidos por la coalición mayoritaria son, básicamente, los siguientes: 1) la inexistencia de “norma internacional incorporada a nuestro ordenamiento jurídico que establezca la imprescriptibilidad genérica de las acciones orientadas a obtener el reconocimiento de la responsabilidad extracontractual del Estado o de sus órganos institucionales”⁴⁸; 2) el carácter de principio general de la prescripción y su función de garantizar la seguridad jurídica, “salvo que por ley o en atención a la naturaleza de la materia se determine lo contrario, esto es, la imprescriptibilidad de las acciones”⁴⁹; 3) la regla general de prescriptibilidad de las acciones civiles (Código Civil, artículo 2332) debe aplicarse tratándose de la responsabilidad extracontractual del Estado, toda vez que el artículo 2497 del Código Civil indica que las reglas respecto de la prescripción se aplican igualmente a favor y en contra del Estado. Esta argumentación se mantiene uniforme en las sentencias en las que participan los ministros Pierry y Araneda, y los ministros Oyarzún o Carreño, en su caso. Es decir, se trata de una argumentación compartida por la mayoría de la Tercera Sala en el período estudiado⁵⁰.

Los argumentos de la posición minoritaria del ministro Brito en favor de la imprescriptibilidad son los siguientes⁵¹: 1) este tipo de acciones indemnizatorias no son de índole patrimonial, como aduce el Fisco, “porque los hechos en que se la sustenta son ajenos a una relación contractual vinculada a un negocio común o extracontractual sino, simplemente, humanitaria”, clase que adquiere por tratarse de violaciones a los derechos humanos que, la mayoría de las veces, consisten en desapariciones forzosas por militares que detentaban un gran poder de coerción; 2) de acuerdo con los artículos 1.1 y 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, “la responsabilidad del Estado por esta clase de ilícito queda sujeta a reglas de Derecho Internacional, las que no pueden ser incumplidas a pretexto de hacer primar preceptos de derecho interno”, como los

⁴⁸ Corte Suprema, 06.06.2012 (rol 8593-2009, cons. 6). Seguidamente, se descarta la aplicación de normas internacionales bien porque no contienen norma que consagre la imprescriptibilidad (Convención Americana de Derechos Humanos), bien porque los instrumentos que la consagran se refieren a la acción penal (Convenio de Ginebra sobre Tratamiento de los Prisioneros de Guerra y Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad).

⁴⁹ Corte Suprema, 06.06.2012 (rol 8593-2009, cons. 9).

⁵⁰ Ejemplo de causas en que participan los ministros Pierry, Araneda y Brito, manteniendo este último su disidencia en favor de la imprescriptibilidad de la acción civil, son Corte Suprema 20.04.2009 (rol 4163-2007), 28.10.2008 (rol 2152-2007), 30.03.2009 (rol 4292-2007), 14.01.2009 (rol 3540-2007) y 10.06.2009 (rol 5243-2007). Al voto de mayoría concurren, como ya se ha dicho, los ministros Oyarzún o Carreño, más abogados integrantes en su caso. No estando presente el ministro Brito, no hay disidencia (e.g. 10.06.2009, rol 4771-2007), a menos que participe el abogado integrante Mauriz (e.g. 28.10.2009, rol 1597-2008).

⁵¹ Exactamente la misma disidencia del ministro Brito puede verse en las siguientes sentencias de la Tercera Sala de la Corte Suprema: 13.01.2009 (rol 2797-07), 28.10.2008 (rol 2152-2007), 01.06.2009 (rol 5234-2007), 20.04.2009 (rol 4163-2007), 06.05.2009 (rol 3220-2007), 26.05.2009 (rol 4847-2007), 26.05.2009 (rol 4794-2007), 27.08.2009 (rol 5600-2007), 30.03.2009 (rol 4292-2007), 14.01.2009 (rol 3540-2007), 10.06.2009 (rol 4774-2007), 10.06.2009 (rol 5243-2007), 06.05.2009 (rol 3220-2007).

serían los del Código Civil; 3) no hay razón para que, siendo la acción penal que nace de estos delitos imprescriptible, no lo sea la acción civil; 4) el derecho a la reparación tratándose de delitos de lesa humanidad es un derecho fundamental⁵².

El siguiente paso consiste en evaluar cuantitativamente la posible asociación entre la formación de las coaliciones y la propensión a disentir del tribunal. Para ello podemos utilizar la misma base de datos referida anteriormente y agregar una capa de complejidad a los *coeficientes Pritchett*. Como cada miembro de la Tercera Sala tiene un coeficiente para su interacción con la ministra Araneda y otro diferente con el ministro Brito, podemos utilizar el promedio corregido de ambos como un indicador de la alianza o rivalidad individual del juez. Esto es lo que denominaremos “Coeficiente Araneda-Brito” o CAB⁵³. Lógicamente, cada ministro y abogado integrante tendría ahora un solo CAB, por lo que en toda posible integración de la Tercera Sala existirían cinco CAB potencialmente diferentes. Podemos volver a tomar un promedio respecto de cada sentencia en nuestra base de datos, pero esta vez el promedio de los cinco CAB sería un indicativo de la alianza o rivalidad colectiva de la sala.

Una sala compuesta por jueces que todo el tiempo se situaron en la misma coalición de la ministra Araneda y nunca se situaron en la de Brito, tendría un promedio igual a uno. Al contrario, una sala donde sus miembros siempre votan con Brito y nunca con Araneda, tendría entonces un promedio igual a cero. Esto es lo que denominaremos intensidad del CAB, de modo tal que una sala formada por muchos miembros de la coalición mayoritaria tendría una intensidad alta y una formada por miembros de la coalición disidente tendría una intensidad baja. Finalmente, la desviación estándar de ese promedio también nos entrega información importante acerca de la heterogeneidad de los patrones de votación. Una sala donde preferentemente hay jueces con patrones de votación similares (*v.g.* muchos aliados de Araneda y rivales de Brito, o viceversa), tendría una desviación estándar relativamente baja. Al contrario, una sala donde se mezclan jueces con diferentes patrones de votación tendría una desviación estándar alta. Esto es lo que denominaremos consistencia del CAB.

⁵² Se agregan a estas razones que el sistema de responsabilidad del Estado por falta de servicio tiene consagración constitucional y legal, y que la Sala Penal ha aceptado la imprescriptibilidad de la acción civil en Corte Suprema 25.09.2008 (rol 4662-2007) y 15.10.2008 (rol 4723-2007). En Corte Suprema 14.10.2009 (rol 5570-2007), hay dos votos disidentes: uno del ministro Brito, igual a los contenidos en las sentencias citadas en la nota anterior, y uno del ministro Muñoz, que destaca por la extensión y profundidad de sus argumentos y, de paso, por la mayor expresión de razones políticas. Véase *supra* n.16.

⁵³ Como los ministros Araneda y Brito representarían los extremos opuestos de la Tercera Sala, podemos utilizar el promedio entre el coeficiente con la ministra Araneda y el reverso del coeficiente con el ministro Brito como una indicación de la ubicación de ese juez en el espacio diagonal que los separa. Así, por ejemplo, un juez que comparte coalición 80% de las veces con Brito y 40% con Araneda, tendría un CAB de $1/2 * \{0,8 + (1 - 0,4)\} = 0,7$.

Tabla 2. Probabilidad de una decisión dividida

Coefficientes	Dirección	Magnitud (%)	Significancia
<i>Constante</i>		8-10	***
Intensidad CAB (Coalición mayoritaria)	-	3-7	***
Consistencia CAB (Coalición disidente)	+	10-20	***
Materia			
<i>Contencioso administrativo</i>	+	3-7	**
<i>Responsabilidad del Estado</i>	+	7-14	***
<i>Otras materias</i>		0	0,063
Recurso			
Casación en la forma	-	3-7	***
Otros recursos		0	0,254

Códigos de significancia: 0 '***', 0,001 '**', 0,01 '*': 0,05 '.', 0.1 ' '.

Bajo estas condiciones, es posible estimar la probabilidad de encontrar una decisión dividida y relacionarla con las distintas características objetivas del caso⁵⁴. Los resultados de este ejercicio se muestran en la Tabla 2. Un aspecto inicial que destacar es la línea de base de la Tercera Sala, identificada como la constante de nuestra regresión y cuyos valores se muestran en la primera fila. La probabilidad inicial de encontrar una sentencia dividida sería del 9%, lo que correspondería a una estimación para una sala integrada por los ministros Araneda, Brito, Carreño, Pierry y Sandoval, cuando se litigan materias constitucionales y mediante un recurso protección. En otras palabras, en los casos que corresponden a la integración, tipo de materia y tipo de recurso más frecuentes, existiría 91% de sentencias unánimes.

Un segundo aspecto por destacar consiste en analizar lo que ocurriría con esta línea de base a medida que cambiamos la integración de la sala. El coeficiente para la intensidad de CAB es significativo y negativo, pudiendo interpretarse como el efecto de reemplazar a un miembro de la coalición minoritaria por uno de la coalición mayoritaria.

⁵⁴ La probabilidad de una sentencia dividida se estima aquí utilizando una regresión logística. En términos generales, la regresión es una herramienta que permite medir cuán significativa es la relación entre una variable de respuesta (v.g. probabilidad de una decisión dividida) y una o más variables explicativas (v.g. identidad de los ministros, tipo de materia, tipo de recurso), aislando aquella parte que obedecería simplemente a variaciones aleatorias. Respecto de las ventajas de utilizar esta forma de regresión en el contexto de sentencias judiciales, véase PARDOW, 2015.

Así, por ejemplo, si tomamos la integración más frecuente y reemplazamos al ministro Brito por el abogado Lagos, nuestra estimación para la probabilidad de una decisión dividida disminuiría en 5%. O, en otras palabras, en un recurso de protección con esa integración debiéramos esperar una resolución unánime con más del 95% de certeza. Al contrario, el coeficiente para la consistencia de CAB es significativo o positivo. Como los otros miembros de la coalición disidente tenían un patrón de votación heterogéneo (*v.g.* se ubicaban en el cuadrante inferior-izquierdo de la figura uno), este coeficiente puede interpretarse como el efecto de reemplazar con uno de ellos a un miembro de la coalición minoritaria. Nuevamente, si tomamos la integración más frecuente y reemplazamos a la ministra Sandoval por el ministro Oyarzún, nuestra estimación para la probabilidad de una decisión aumentaría ahora en 15%. En una sala integrada simultáneamente por los ministros Brito y Oyarzún, aunque mantengamos constante el tipo de materia y recurso, la posibilidad de una sentencia unánime es cercana al 75%.

Revisemos ahora lo que ocurre con el tipo de materia, donde existen dos coeficientes significativos. Como era de esperarse, los casos acerca de responsabilidad patrimonial del Estado tienen una mayor probabilidad de sentencia dividida, aumentando la estimación en 10%. De hecho, si un caso de este tipo fuese conocido por una sala integrada por Brito, Oyarzún y tres ministros de la coalición mayoritaria, la estimación de una sentencia dividida alcanzaría 35%, el máximo posible en este ejercicio. El coeficiente para las materias contencioso-administrativas es igualmente significativo y negativo, aunque su magnitud es cercana a la mitad, con 5%. Atendido que ambas materias guardan cierta relación sustantiva, este resultado sugiere que las diferencias en un tema particular pueden extenderse a situaciones jurídicas análogas. En definitiva, tratándose del tipo de recurso, únicamente es significativo el coeficiente negativo de la casación en la forma. Aunque una revisión adecuada de este último resultado requeriría mayor análisis, pareciera consistente con la idea de que la casación en la forma tiene una jurisprudencia más estable que otros ámbitos⁵⁵.

VI. CONCLUSIONES

Durante el período entre 2008 y 2012 la Tercera Sala de la Corte Suprema pareciera tener dos coaliciones relativamente estables. La coalición más numerosa es aquella liderada por los ministros Pierry y Araneda, quienes a su vez serían los responsables de la doctrina mayoritaria en un conjunto de casos pertinentes a prescripción de la acción de responsabilidad patrimonial del Estado por violaciones a los derechos humanos cometidos en dictadura. Existiría también una segunda coalición de jueces menos numerosa y más heterogénea, donde el liderazgo del ministro Brito estaría representado por una doctrina minoritaria que sostiene la tesis de la imprescriptibilidad. La coalición mayoritaria tiene un efecto estabilizador en el comportamiento del tribunal, empujándolo hacia

⁵⁵ RIEGO y LILLO, 2015.

decisiones unánimes. Al contrario, la coalición disidente tendría un efecto desestabilizador, empujándolo hacia decisiones divididas. En términos porcentuales, incorporar a un ministro perteneciente a la coalición mayoritaria aumentaría la probabilidad de alcanzar una decisión unánime en torno al 5%, mientras que incorporar a un ministro perteneciente a la coalición disidente aumentaría en cerca de 15% la probabilidad de una decisión dividida. Ambos efectos interactúan en sistemas complejos, que genera bastante variación en la composición de la sala: los cinco miembros que efectivamente integran la Tercera Sala en cada caso varían dentro de un grupo de quince ministros y abogados integrantes.

Teniendo en cuenta que las disidencias se concentran en materias de responsabilidad del Estado y que tendrían su origen en acciones de indemnización de daño moral por delitos de lesa humanidad, una interpretación política de estas coaliciones parece plausible. Sin embargo, también es importante tomar en cuenta consideraciones estratégicas. El comportamiento de la Corte Suprema podría relacionarse con una tensión entre construir legitimidad frente a la ciudadanía y evitar represalias por parte del gobierno. Desde esta perspectiva, las divisiones dentro de la Tercera Sala podrían representar una posición estratégica donde la coalición disidente perseguiría legitimar al tribunal frente a la ciudadanía, mientras la coalición mayoritaria privilegiaría una mayor deferencia con el Poder Ejecutivo. En efecto, una posición a favor de la prescriptibilidad puede mirarse como un gesto político en contra de las víctimas de la dictadura militar, pero también como una forma de limitar el gasto fiscal asociado al pago de indemnizaciones. Este trabajo entregó numerosos antecedentes cuantitativos que se espera motiven futuras investigaciones concernientes a la materia.

Otra lectura de estas diferencias sería que aquellos ministros y juristas que consideran que la acción de responsabilidad extracontractual del Estado prescribe, están aplicando el derecho vigente sin considerarse presionados por las circunstancias fácticas e históricas asociadas con este tema. En tanto, aquellos que sostienen la hipótesis contraria considerarían que el derecho debe ser “corregido” con el objeto de obtener una decisión que se ajuste a una pretensión de justicia histórica en este tipo de casos. Esta segunda opinión es claramente no conservadora y no legalista, mientras que la primera sí lo sería, aunque solo en términos del tipo de función que le corresponde al tribunal. Los primeros suelen acentuar el carácter de los jueces como aplicadores de la ley, mientras que los segundos se observan a sí mismos como parte de la decisión estatal en materia de reparación de derechos humanos.

Desde el punto de vista metodológico, la contribución de este trabajo consiste en adaptar la metodología tradicional para el análisis empírico de disidencias, agregando como factores relevantes una baja proporción de sentencias divididas, una alta carga de trabajo del tribunal y cierta inestabilidad en su composición. Estas son características idiosincrásicas de la Corte Suprema chilena, pero también compartidas, especialmente las dos primeras, por otros tribunales supremos latinoamericanos. Además, tratándose de casos políticamente sensibles o controvertidos, a más de la ideología de los jueces como candidato natural para explicar las decisiones de los jueces, existen otros elementos explicativos que se vinculan, precisamente, con el contexto histórico-institucional de

la jurisdicción en países postdictatoriales y con el rol que los jueces han cumplido (o dejado de cumplir) en los procesos de justicia transicional.

Por último, es importante tener en cuenta que el Pleno de la Corte Suprema finalmente resolvió un recurso de unificación de jurisprudencia presentado por el Fisco de Chile, declarando la prescriptibilidad de la acción civil que nace de delitos (imprescriptible desde un punto de vista criminal) de lesa humanidad⁵⁶. Luego de esta sentencia, la Tercera Sala continuó con el criterio del pleno de prescriptibilidad de la acción civil por daño moral sufrido a consecuencia de delitos de lesa humanidad cometidos durante la dictadura militar. La Segunda Sala, por el contrario, siguió resolviendo que aquellas eran imprescriptibles, posición que sostenían, además del ministro Brito, los ministros Dolmestch, Juica, Künsemüller y Cisternas. Con posterioridad, durante el 2015, el entonces presidente de la Corte Suprema reorganizó administrativamente la competencia de las salas, de manera que las acciones derivadas de delitos cometidos durante la dictadura fueran de conocimiento de la Sala Penal, donde la tesis de la imprescriptibilidad era mayoritaria. Por estas razones, ni la decisión del pleno, así como tampoco la posición mayoritaria de la Tercera Sala consolidada por los ministros Pierry y Araneda, consiguió perseverar en el tiempo⁵⁷.

ANEXO

Este anexo detalla la metodología usada en el análisis de regresión referido en la sección cinco del cuerpo del trabajo, detallando especialmente los resultados incluidos en la Tabla 2. Atendido a que la revista está dirigida a un público menos familiarizado con el análisis cuantitativo, decidimos reportar únicamente los coeficientes estadísticamente significativos, así como los efectos marginales que tendrían respecto de la frecuencia o probabilidad de encontrar un fallo dividido.

Para construir el análisis, utilizamos una base de datos que incluye todos los casos resueltos por la Tercera Sala de la Corte Suprema entre 2009 y 2013. Durante este período hubo cerca de seis mil casos, que equivalen aproximadamente a treinta mil votos individuales. Nuestro enfoque inicial es un subconjunto de cerca de cuatro mil votos individuales correspondientes a casos en los que el tribunal está dividido, con los cuales construimos los denominados coeficientes Pritchett ("CP"), enfocándonos especialmente en los ministros Araneda y Brito. El segundo paso consiste en utilizar la totalidad de las sentencias, incluyendo la gran mayoría de fallos unánimes, para evaluar si dichos coeficientes tienen algún poder explicativo respecto de la probabilidad de encontrar una decisión dividida.

⁵⁶ Corte Suprema, 21.01.2013 (rol 10655-2011).

⁵⁷ También ha contribuido a consolidar la interpretación en favor de la imprescriptibilidad la sentencia reciente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, donde se condenó al Estado de Chile precisamente en esta materia. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 29.11.2018 (Serie C No. 372).

Utilizamos las interacciones con Araneda y Brito como el ancla de nuestro segundo paso metodológico. Para condensar este posicionamiento de dos dimensiones en una sola unidad de medida, calculamos para cada juez el promedio de su coeficiente Pritchett con Araneda y el coeficiente Pritchett invertido para la interacción con Brito, esto es, $\{CP_{Araneda} + (1 - CP_{Brito})\} / 2$. También calculamos para cada juez la desviación estándar respecto de este promedio. Luego, considerando que cada caso es decidido por cinco miembros, calculamos para cada caso la suma de los promedios y la suma de las desviaciones estándar. Etiquetamos esta primera unidad de medida como un “Índice de intensidad”, porque debe reflejar qué tan grandes son los coeficientes Pritchett de cada juez respecto de Araneda y Brito. En contraste, utilizamos la denominación “Índice de consistencia” para la suma de las desviaciones estándar, toda vez que debería reflejar cuán similares son los coeficientes de Pritchett de cada juez para estas dos interacciones. Por tanto, toda posible composición de la Tercera Sala tiene unos índices de intensidad y consistencia singulares.

Con el objetivo de evaluar el poder explicativo de ambos índices, estimamos un modelo de regresión logística para toda la población de casos, esto es, incluyendo tanto decisiones unánimes como divididas. La variable de respuesta es binaria, indicando si hubo alguna opinión disidente respecto del caso. Las posibles variables explicativas son, además de los dos índices descritos anteriormente, dos variables binarias separadas para la presencia de Araneda y Brito. También se incluyó como posibles variables explicativas la existencia de una opinión concurrente pertinente al caso, así como la extensión de la decisión en palabras totales. Finalmente, incluimos en el modelo dos variables categóricas en relación con el tema y el tipo de resultado.

El resultado más interesante es que los coeficientes separados para Araneda y Brito son negativos y no significativos, mientras que el coeficiente para la interacción entre ellos es positivo y significativo. Esto sugiere que la presencia separada de los ministros Araneda o Brito tienen un efecto decreciente en la probabilidad de una decisión dividida, pero la presencia de ambos generaría el efecto contrario. Así, la decisión de anclar nuestra metodología en los jueces Araneda y Brito permite ganar cierto poder explicativo. El coeficiente del índice de intensidad es negativo y significativo, lo que abona a la idea de que la probabilidad de una decisión dividida disminuye a medida que más miembros de la coalición mayoritaria se incorporan a la sala. Por el contrario, el Índice de coherencia es positivo y significativo, sugiriendo que esta probabilidad aumenta a medida que más miembros de las otras coaliciones se suman a la sala. Todas estas ideas son desarrolladas con mayor extensión en el cuerpo del trabajo.

Tabla A-1. Coeficientes para la probabilidad de encontrar una sentencia dividida

Coficiente	Estimación	Error estándar	Pr(> z)
Constante	-1,948	0,224	0 ***
Araneda	-0,092	0,220	0,674
Brito	-0,036	0,230	0,877
Interacción (Araneda: Brito)	0,499	0,240	0,038 *
Índice de intensidad	-0,485	0,111	0 ***
Índice de consistencia	1,250	0,194	0 ***
Votos concurrentes	1,768	0,130	0 ***
Extensión de la sentencia	-1,257e-05	4,380e-05	0,774
Materia			
Contencioso administrativo	0,284	0,141	0,045 *
Libre competencia	-1,033	1,032	0,317
Responsabilidad del Estado	0,704	0,178	0 ***
Medio ambiente	0,340	0,384	0,375
Procedimientos ejecutivos	-0,052	0,222	0,815
Impuestos	-0,027	0,217	0,899
Litigios civiles	0,177	0,206	0,390
Otros	0,041	0,081	0,609
Resultado			
Apelación concedida	0,033	0,093	0,723
Casación de oficio	-0,080	0,181	0,657
Casación concedida	-0,608	0,299	0,042 *
Casación rechazada	-0,288	0,110	0,009 **
Otros	0,230	0,672	0,733

Significancia: 0 '***', 0.001 '**', 0.01 '*', 0.05 '.', 0.1 ' '

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Gonzalo, 2008: "Crímenes internacionales y la imprescriptibilidad de la acción penal y civil: referencia al caso chileno", *Ius et Praxis*, núm.14, vol. 2, pp. 147-207, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122008000200006>.
- BAIRD, Vanessa y JACOBI, Tanja, 2009: "How the Dissent Becomes the Majority: Using Federalism to Transform Coalitions in the U.S. Supreme Court", *Duke Law Journal*, vol. 9, núm.2, pp. 183-238, <https://www.jstor.org/stable/20684804>.
- BENNETT, Robert W., 1991: "A Dissent on Dissent", *Judicature*, vol. 74, núm.5, pp. 255-260.
- BORDALÍ, Andrés, 2003: "Independencia y responsabilidad de los jueces", *Revista de Derecho*, volumen XIV, pp. 159-174.
- BRENNAN, William, 1986: "In Defense of Dissents", *The Hastings Law Journal*, vol. 37, pp. 427-438.
- BURBANK, Stephen B. y FRIEDMAN, Barry, 2002: *Judicial Independence at the Crossroads: An Interdisciplinary Approach*, California, SAGE Publications, Inc., DOI: <http://dx.doi.org/10.4135/9781452229577>
- CARMODY, M.F., 2018: *Human Rights, Transitional Justice, and the Reconstruction of Political Order in Latin America*, Palgrave, MacMillan, DOI: <https://doi.org/10.1007/978-3-319-78393-2>.
- CAROCCA, Alex, 1998: "La Corte Suprema y sus competencias en Chile. Reflexiones sobre las funciones de la Corte Suprema", *Ius et Praxis*, vol. 4, núm. 1, pp. 189-220.
- CARRUBBA, Clifford J., GABEL, Matthew y HANKLA, Charles, 2008: "Judicial Behavior Under Political Constraints: Evidence from the European Court of Justice", *American Political Science Review*, vol. 102, núm. 4, pp. 435-452, DOI: <https://doi.org/10.1017/S0003055408080350>.
- CASSESE, Sabino, 2009: "Lezione sulla cosiddetta opinione dissenziente", *Quaderni di diritto costituzionale*, núm.4, pp. 973-983, DOI: <https://doi.org/10.1439/30880>.
- CHILTON, Adam y LEVY, Marin, 2015: "Challenging the randomness of panel assignment in the Federal Courts of Appeals", *Cornell Law Review*, vol. 101, núm.1, pp. 1-52, https://scholarship.law.duke.edu/faculty_scholarship/3386.
- COLLINS, Cath, 2010a: "Human Rights Trials in Chile During and After the 'Pinochet Years'", *International Journal of Transitional Justice*, vol. 4, núm.1, pp. 67-86, DOI: <https://doi.org/10.1093/ijtj/ijp023>.
- COLLINS, Cath, 2010b: *Post-transitional Justice: Human Rights Trials in Chile and El Salvador*, Pennsylvania, The Pennsylvania State University Press.
- CORDERO, Luis, 2017: "De Marín a Pierry: 20 años en el desarrollo de la Responsabilidad del Estado en la Corte Suprema", en Juan Carlos Ferrada, Jorge Bermúdez y Osvaldo Urrutia (eds.), *Doctrina y Enseñanza del Derecho Administrativo Chileno: Estudios en homenaje a Pedro Pierry Arrau*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 393-412.
- CORLEY, Pamela, STEIGERWALT, Amy y WARD, Artemus, 2013: *The Puzzle of Unanimity: Consensus on the United States Supreme Court*, Stanford, Stanford University Press, DOI: <https://doi.org/10.11126/stanford/9780804784726.001.0001>.
- CORREA, Jorge, 1999: "Cenicienta se queda en la fiesta. El Poder Judicial en la década de los 90", en Paul W. Drake e Iván Jaksic, *El modelo chileno: democracia y desarrollo en los noventas*, Santiago, LOM, pp. 281-315.
- CORTEZ SALINAS, Josafat, 2020: "¿Qué es la Decisión Judicial? Notas sobre los estudios judiciales en América Latina", *Latin American Law Review*, núm.4, pp. 129-145, DOI: <https://doi.org/10.29263/lar04.2020.06>.
- COUSO, Javier, 2003: "The politics of Judicial Review in Chile in the Era of Democratic Transition, 1990-2002", *Democratization*, vol. 10, núm.4, pp. 70-91, DOI: <https://doi.org/10.1080/13510340312331294037>.

- COUSO, Javier, 2005: "The Judicialization in Chilean Politics. The Rights Revolution that Never Was", en Rachel Sieder, Line Schojolden y Alan Angell (eds.), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, Palgrave Macmillan, pp. 105-129, DOI: https://doi.org/10.1007/978-1-137-10887-6_5.
- COUSO, Javier y HILBINK, Lisa 2011: "From quietism to incipient activism", en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, New York, Cambridge University Press, pp. 99-127, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520.005>.
- COUSO, Javier, HUNEEUS, Alexandra y SIEDER, Rachel, 2010: *Cultures of Legality. Judicialization and Political Activism in Latin America*, Cambridge, Cambridge University Press, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511730269>.
- DELGADO, Juan Pablo, 2018: "Principales hitos jurisprudenciales en causas DDHH en Chile 1990-2018", en http://www.derechoshumanos.udp.cl/derechoshumanos/images/Chile_hitos_jurisprudenciales_en_ddhh_ESP_v5jul2018_3.pdf [15 marzo de 2020].
- DOUGLAS, William O., 1948: "The Dissent: A Safeguard of Democracy", *Journal of the American Judicature Society*, vol. 32, pp. 104-107.
- EPSTEIN, Lee, 2016: "Some Thoughts on the Study of Judicial Behavior", *William & Mary Law Review*, vol. 57, núm.6, pp. 2017-2073, <https://scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol57/iss6/3>.
- EPSTEIN, Lee y KNIGHT, Jack, 1998: *The Choices Justices Make*, Washington, DC, CQ Press.
- EPSTEIN, Lee, LANDES, William M. y POSNER, Richard A., 2011: "Why (and When) Judges Dissent: A Theoretical and Empirical Analysis", *Journal of Legal Analysis*, vol. 3, núm. 1, pp. 101-137, DOI: <https://doi.org/10.1093/jla/3.1.101>.
- EPSTEIN, Lee, LANDES, William M. y POSNER, Richard A., 2013: *The Behavior of Federal Judges. A Theoretical and Empirical Analysis of rational choice*, Harvard, Harvard University Press, DOI: <https://doi.org/10.4159/harvard.9780674067325>.
- EVANS, Evan A., 1938: "The Dissenting Opinion. Its use and abuse", *Missouri Law Review*, vol. 3, pp. 120-142.
- EZQUIAGA, Francisco, 1990: *El voto particular*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FEDDERSEN, M., 2010: "La prescripción de las acciones reparatorias en la jurisprudencia de la Corte Suprema", en https://www.icso.cl/images/Papers/prescripcion_ensayo.pdf [20 de enero de 2020].
- FERNÁNDEZ, Karinna, 2010: "Breve análisis de la jurisprudencia chilena en relación a las graves violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura militar", *Revista de Estudios Constitucionales*, año 8, núm. 1, pp. 467-488, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002010000100018>.
- GARCÍA, José Francisco y VERDUGO, Sergio, 2013: *Activismo Judicial en Chile: ¿Hacia el gobierno de los jueces?*, Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo.
- GINSBURG, Tom y MOUSTAFA, Tamir (eds.), 2008: *Rule by Law: The Politics of Courts in Authoritarian Regimes*, New York, Cambridge University Press, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511814822>.
- GONZÁLEZ-OCANTOS, Ezequiel, 2020: *The Politics of Transitional Justice in Latin America: Power, Norms, and Capacity Building*, Cambridge, Cambridge University Press, DOI: <https://doi.org/10.1017/9781108869973>.
- HELMKE, Gretchen, 2005: *Courts Under Constraints: Judges, Generals, and Presidents in Argentina*, Cambridge, Cambridge University Press, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511510144>.
- HELMKE, Gretchen y RÍOS-FIGUEROA, Julio (eds.), 2011: *Courts in Latin America*, New York, Cambridge University Press, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520>.
- HERNANDO, Andrés y SIERRA, Lucas, 2019: "El nombramiento de ministros a la Corte Suprema: Caracterización de una práctica (1990-2019)", en https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190118/20190118132757/pder501_lsierra_ahernando.pdf [20 de enero de 2020].

- HETTINGER, Virginia A., LINDQUIST, Stefanie A. y MARTINEK, Wendy L., 2004: "Comparing Attitudinal and Strategic Accounts of Dissenting Behavior on the U.S. Courts of Appeals", *American Journal of Political Science*, vol. 48, núm. 1, pp. 123-137, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.0092-5853.2004.00060.x>.
- HILBINK, Lisa, 2003: "An Exception to Chilean Exceptionalism?", en Susan E. Eckstein y Timothy P. Wickham-Crowley (eds.), *What Justice? Whose Justice?: Fighting for Fairness in Latin America*, Berkeley, University of California Press, pp. 64-97, DOI: <https://doi.org/10.1525/california/9780520237445.003.0003>.
- HILBINK, Lisa, 2007: *Judges Beyond Politics in Democracy and Dictatorship*, Cambridge, Cambridge University Press, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511511509>.
- HILBINK, Lisa y COUSO, Javier, 2011: "From Quietism to Incipient Activism: The Ideological and Institutional Roots of Rights Adjudication in Chile", en Gretchen Helmke y Julio Ríos-Figueroa (eds.), *Courts in Latin America*, New York, Cambridge University Press, pp. 99-127, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511976520.005>.
- HUNEEUS, Alexandra, 2010: "Judging With a Guilty Conscience: The Chilean Judiciary's Human Rights Turn", *Law and Social Inquiry*, vol. 35, pp. 99-135, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1747-4469.2009.011179.x>.
- JACOBI, Tanja, 2009: "Competing Models of Judicial Coalition Formation and Case Outcome Determination", *Journal of Legal Analysis* vol. 1, núm. 2, pp. 411-458, DOI: <https://doi.org/10.1093/jla/1.2.411>.
- KAPISZEWSKI, Diana, 2011: "Tactical Balancing: High Court Decision Making on Politically Crucial Cases", *Law & Society Review*, vol. 45, núm. 2, 2011, pp. 471-506, DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1540-5893.2011.00437.x>.
- KAPISZEWSKI, Diana y TAYLOR, Matthew M., 2008: "Doing Courts Justice? Studying Judicial Politics in Latin America", *Perspectives on Politics*, vol. 6, núm. 4, pp. 741-767, <https://www.jstor.org/stable/20446826>.
- KELEMEN, Katalin, 2017: *Judicial dissent in European constitutional courts: A Comparative and Legal Perspective*, Nueva York, Routledge, DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315590769>.
- KORNHAUSER, Lewis A. y SAGER, Lawrence G., 1986: "Unpacking the Court", *Yale Law Journal* vol. 96, núm. 1, pp. 82-116.
- KORNHAUSER, Lewis A. y SAGER, Lawrence G. 1993: "The One and the Many: Adjudication in Collegial Courts", *California Law Review*, vol. 81, núm. 1, pp. 1-59.
- LEFSTIN, Jeffrey, 2007: "The Measure of the Doubt: Dissent, Indeterminacy, and Interpretation at the Federal Circuit", *Hastings Law Journal*, vol. 58, pp. 1025-1094, https://repository.uchastings.edu/faculty_scholarship/364.
- LYNCH, Andrew, 2004: "Is Judicial Dissent Constitutionally Protected?", *Macquarie Law Journal*, vol. 4, pp. 81-104.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2010: *Terror, pena y amnistía. El derecho penal ante el terrorismo de Estado*, Santiago, Flandes Indiano.
- NADLEMANN, Kurt H., 1959: "The Judicial Dissent. Publication v. Secrecy", *The American Journal of Comparative Law*, vol. 8, pp. 413-432.
- PARDOW, Diego, 2015: "El desempeño en juicio de la FNE ¿Es realmente un mejor litigante que los demandantes privados?", *Revista de derecho (Coquimbo)*. vol. 22, Nº 2, pp. 419-451, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532015000200014>.
- PARDOW, Diego y CARBONELL, Flavia, 2018: "Buscando al juez mediano: estudio sobre a la formación de coaliciones en la Tercera Sala de la Corte Suprema", *Revista de Ciencia Política*, vol. 38, núm. 3, pp. 485-505, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-090X2018000300485>.

- PASQUINO, Pasquale, 2015: "E pluribus unum: Disclosed and undisclosed vote in Constitutional/Supreme Courts", en Jon Elster (ed.), *Secrecy and Publicity in Votes and Debates*, Nueva York, Cambridge University Press, pp. 196-208, DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9781316015360.010>.
- PETERSON, Steven A., 1981: "Dissent in American Courts", *The Journal of Politics*, vol. 43, núm. 2, pp. 412-434.
- PHILIPS, Susan, 1998: *Ideology in the language of judges: How judges practice law, politics, and courtroom control*, New York, Oxford University Press.
- POSNER, Richard A., 1993: "What do Judges and Justices Maximize? (The Same Thing Everybody Else)", *Supreme Court Economic Review*, vol. 3, pp. 1-41.
- POUND, Roscoe, 1953: "Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent", *American Bar Association Journal*, vol. 39, pp. 794-797.
- PRITCHETT, C. Herman, 1941: "Divisions of Opinion Among Justices of the US Supreme Court, 1939-1941", *The American Political Science Review*, vol. 35, pp. 890-898.
- PRITCHETT, C. Herman, 1948: *The Roosevelt Court. A study in judicial politics and values 1937-1947*, New Orleans y Louisiana, Quid Pro Quo Books.
- RANKIN, Micah B., 2013: "Mapping Judicial Independence: Toward a Comparative Taxonomy", *Global Journal of Comparative Law*, vol. 2, núm. 1, pp. 1-26, DOI: <https://doi.org/10.1163/2211906X-00201001>.
- RIEGO, Cristián, y LILLO, Ricardo, 2015: "¿Qué se ha dicho sobre el funcionamiento de la justicia civil en Chile?: Aportes para la reforma", *Revista chilena de derecho privado*, vol. 25, pp. 9-54, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722015000200001>.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio, 2015: "Judicial Institutions", en Jennifer Gandhi y Rubén Ruiz-Rufino (eds.), *Routledge Handbook of Comparative Political Institutions*, New York, Routledge, pp. 195-208, DOI: 10.4324/9781315731377.ch14.
- RÍOS-FIGUEROA, Julio y TAYLOR, Matthew 2006: "Institutional Determinants of the Judicialisation of Policy in Brazil and Mexico", *Journal of Latin American Studies*, vol. 38, núm.4, pp. 739-766, DOI: <https://doi.org/10.1017/S0022216X06001593>.
- ROHDE, David W., 1972: "Policy Goals and Opinion Coalitions in the Supreme Court", *Midwest Journal of Political Science*, vol. 16, núm. 2, pp. 208-224.
- SCALIA, Antonin, 1994: "The Dissenting Opinion", *Journal of Supreme Court History*, vol. 19, pp. 33-44.
- SKAAR, Elin, GARCÍA-GODOS, Jemima y COLLINS, Cath (eds.), 2016: *Transitional Justice in Latin America. The Uneven Road from Impunity towards Accountability*, New York, Routledge, DOI: <https://doi.org/10.4324/9781315722856>.
- TIEDE, Lisa, 2016: "The Political Determinants of Judicial Dissent: Evidence from the Chilean Constitutional Tribunal", *European Political Science Review*, vol. 8, núm. 3: pp. 377-403, DOI: <https://doi.org/10.1017/S1755773915000090>.
- VERDUGO, Sergio, 2011: "Aportes del modelo de disidencias judiciales al sistema político. Pluralismo judicial y debate democrático", *Revista de Derecho (Coquimbo)*, vol. 18, núm. 2, pp. 217-272, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532011000200009>.
- VERDUGO, Sergio y OTTONE, Carla 2012: "Revisitando el debate sobre los abogados integrantes y la independencia del poder judicial", *Actualidad Jurídica*, vol. 27, pp. 199-219.
- VIVANCO, Ángela, 2010: "Justicia constitucional, libre elección en materia de salud y normativa sobre Isapres: un comentario a la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37, núm. 1, pp. 141-162, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372010000100007>.
- WALKER, Lee, 2018: "Courts and decision making in developing democracies", en Robert Howard y Kirk Randazzo (eds.), *Routledge Handbook of Judicial Behavior*, New York, Routledge, DOI: <http://dx.doi.org/10.4324/9781315691527-24>.

WERNECK ARGUELHES, Diego y SÜSSEKIND, Evandro Proença, 2018: "Building judicial power in Latin America: Opposition strategies and the lessons of the brazilian case", *Revista Uruguaya de Ciencia Política*, vol. 27, núm. 1, pp. 175-196, DOI: <http://dx.doi.org/10.26851/rucp.27.8>.

Normas jurídicas citadas

LEY 18603, publicada el 23 de marzo de 1987.

CÓDIGO Orgánico de Tribunales, publicado el 9 de julio de 1943.

CÓDIGO de Procedimiento Civil, publicado el 30 de agosto de 1902.

CÓDIGO Civil, publicado el 14 de diciembre de 1855.

CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969.
Publicada en Chile el 5 de enero de 1991.

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema, 25.3.2008, rol 743-2007

CORTE Suprema, 25.9.2008, rol 4662-2007

CORTE Suprema, 15.10.2008, rol 4723-2007

CORTE Suprema, 28.10.2008, rol 2152-2007

CORTE Suprema, 13.1.2009, rol 2797-2007

CORTE Suprema, 14.1.2009, rol 3540-2007

CORTE Suprema, 30.3.2009, rol 4292-2007

CORTE Suprema, 20.4.2009, rol 4163-2007

CORTE Suprema, 06.5.2009, rol 3220-2007

CORTE Suprema, 26.5.2009, rol 4794-2007

CORTE Suprema, 26.5.2009, rol 4847-2007

CORTE Suprema, 01.6.2009, rol 5234-2007

CORTE Suprema, 10.6.2009, rol 4771-2007

CORTE Suprema, 10.6.2009, rol 4774-2007

CORTE Suprema, 10.6.2009, rol 5243-2007

CORTE Suprema, 27.8.2009, rol 5600-2007

CORTE Suprema, 31.8.2009, rol 1510-2008

CORTE Suprema, 14.10.2009, rol 5570-2007

CORTE Suprema, 28.10.2009, rol 1597-2008

CORTE Suprema, 05.4.2010, rol 3078-2008

CORTE Suprema, 14.4.2011, rol 123-2009

CORTE Suprema, 06.6.2012, rol 8593-2009

CORTE Suprema, 11.7.2012, rol 8962-2009

CORTE Suprema, 07.12.2012, rol 12357-2011

CORTE Suprema, 21.1.2013, rol 10655-2011

CORTE Suprema, 30.1.2013, rol 4742-2012

CORTE Suprema, 18.7.2013, rol 64-2009

CORTE Suprema, 18.7.2013, rol 519-2013

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, 29.11.2018, Serie C No. 372

Algunas consideraciones acerca de las decisiones del final de la vida en Chile, a propósito del proyecto de ley sobre muerte digna y cuidados paliativos

*Gabriel Muñoz Cordal**

RESUMEN

Este trabajo pretende revisar los escenarios acerca de decisiones del final de la vida, teniendo en consideración la legislación chilena y el proyecto de ley sobre muerte digna. En pacientes competentes, se avanzaría en el reconocimiento de la autonomía personal, no obstante ciertos ajustes parecen necesarios para dotar de mayor coherencia a la regulación y facilitar la expresión de valores y preferencias. Respecto de personas incompetentes, la regulación parece insuficiente para clarificar los criterios necesarios para estas decisiones, por lo que ciertas consideraciones pueden ser adecuadas para favorecer la voluntad anticipada y el bienestar del paciente.

Autonomía; decisiones finales de la vida; mejores intereses

Some reflections on end-of-life decisions in Chile, regarding the bill on dignified death and palliative care

ABSTRACT

The aim of this article is to analyse the end-of-life decisions scenarios, in view of Chilean legislation and the bill on dignified death. For competent patients, the bill makes progress in recognising autonomy, although adjustments still seem necessary for the bill to have coherence with the rest of end-of-life regulation and to facilitate the expression of values and preferences. As for incompetent patients, the bill does not clarify the necessary criteria for these decisions, so some considerations may be adequate to favour advance directives and the well-being of patients.

Autonomy; end-of-life decisions; best interests

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. LLM Medical Law & Ethics, The University of Edinburgh, Escocia. ORCID: 0000-0001-7578-5736. Correo electrónico: gmunozcordal@gmail.com

Artículo recibido el 12.10.2020 y aceptado para su publicación el 16.8.2021.

I. INTRODUCCIÓN

Las decisiones pertinentes al final de la vida se han mantenido como uno de los asuntos más discutidos en el derecho y la ética médica¹. Respecto de pacientes competentes, la controversia ha tratado acerca del reconocimiento de más autonomía, que abarca desde los rechazos de tratamientos hasta la posibilidad de solicitar asistencia para morir. En pacientes incompetentes, las argumentaciones indagan en la aplicación de criterios para el manejo clínico al final de la vida. Todas estas decisiones se dan en un contexto de constantes avances científicos y tecnológicos en materia médica, a lo que se suma el creciente interés público en la protección de los derechos e intereses de personas y grupos vulnerables².

Si bien muchas de estas consideraciones han servido de base para cambios legislativos o jurisprudenciales alrededor del mundo, en Chile el consenso se ha situado más bien en los estadios más conservadores de esta discusión. La jurisprudencia se mostró cautelosa en ampliar la autonomía al momento de discutir el rechazo de tratamientos por parte de adultos competentes³, lo que se reflejó en el debate del proyecto de ley concerniente a derechos y deberes de los pacientes para demarcar ciertos límites en su ejercicio⁴. Es en este contexto en que diversos proyectos de ley pertinentes a muerte asistida fueron presentados, proyectos que, en su mayoría, han sido refundidos en uno solo denominado “sobre muerte digna y cuidados paliativos”⁵, en adelante “el Proyecto”⁶. Esta propuesta refleja la búsqueda de un consenso en el respeto a la voluntad de los pacientes⁷, que se expresa no solo en el derecho a solicitar asistencia para morir sino en aspectos sustanciales de las decisiones del final de la vida. Este trabajo propone revisar esos escenarios.

El documento se estructura en dos secciones que siguen el esquema de la discusión en materias de decisiones de personas competentes y criterios en caso de incompetencia, antecedidas por un marco de referencia. Se puede concluir que el Proyecto implicaría un avance en el reconocimiento de la autonomía en personas competentes, no obstante ciertos ajustes parecen necesarios para otorgar mayor coherencia a la regulación y facilitar la expresión de valores y preferencias. En personas incompetentes, ni la legislación ni el Proyecto contribuyen a clarificar los criterios necesarios en estas decisiones, por lo que ciertas consideraciones pueden resultar pertinentes para favorecer la voluntad anticipada y el bienestar del paciente.

¹ HERRING, 2016, p. 492.

² BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 90.

³ ZÚÑIGA, 2008, p. 127; LEIVA, 2013, p. 543.

⁴ Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pp. 182-183.

⁵ Boletines 7.736-11, 9.644-11, 11.577-11 y 11.745-11.

⁶ Las menciones al Proyecto en este artículo se refieren al Oficio 16469 de 20 de abril de 2021 de la Cámara de Diputados.

⁷ De las preguntas necesarias para un cambio de consenso, véase BASCUÑÁN, 2016.

II. MARCO DE REFERENCIA

Entre los elementos esenciales del derecho y la ética médica se encuentra el reconocimiento de la autonomía personal⁸, definida como la capacidad de pensar, decidir y actuar sobre la base de tal pensamiento y decisión, de forma libre e independiente⁹, y protegida por medio del principio de respeto a la autonomía¹⁰. Este principio ha contribuido a varios cambios en la relación médico-paciente, entre los que se encuentra el desarrollo del concepto del consentimiento informado¹¹ o decisión informada¹², cuya validez se sostiene en tres componentes principales: información, voluntariedad y competencia¹³. El modelo deliberativo de esta interacción se impone como un promotor de la autonomía, permitiendo la persecución de valores y preferencias del paciente, mediante el diálogo¹⁴. La estructura del consentimiento informado posibilita que el respeto a la autonomía no se transforme en una deferencia irreflexiva a cualquier elección. En efecto, la competencia se determina en función de si las personas son capaces, cognitiva, psicológica y legalmente, de tomar decisiones adecuadas¹⁵, donde los profesionales tienen, dentro de ciertos límites, el poder *de facto* para restringir estas decisiones sobre la base de evaluaciones de capacidad o incapacidad limitadas¹⁶. Esto refleja las complejidades en este ámbito y cómo el profesional puede mediar en los criterios para su ejercicio¹⁷, reconociéndose procedimientos mediante pruebas y controles apropiados¹⁸. En este sentido, la distinción fundamental se encuentra en personas competentes e incompetentes, cuyo criterio diferenciador apunta a la madurez y posibilidad de discernimiento para sostener una decisión concreta y hacerse cargo de sus consecuencias, criterio más amplio y dinámico que la mera capacidad legal¹⁹.

El punto de partida de las decisiones corresponde al juicio del médico que indica o no un determinado tratamiento de acuerdo con la *lex artis*²⁰. El paciente competente podrá aceptar o rechazar un tratamiento indicado, como una primera defensa en el respeto de

⁸ HOPE *et al.*, 2008, p. 40.

⁹ RAZ, 1979, p. 369.

¹⁰ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 101.

¹¹ HOPE *et al.*, 2008, p. 69.

¹² KOTTOW, 2004, p. 565.

¹³ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 67.

¹⁴ EMANUEL y EMANUEL, 1992, pp. 2221-2226.

¹⁵ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 114.

¹⁶ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 115.

¹⁷ MASON y LAURIE, 2019, p. 76.

¹⁸ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 156.

¹⁹ TERRIBAS, 2012, p. 205.

²⁰ Es importante distinguir este conjunto de decisiones de aquellas en que el médico se enfrenta a la imposibilidad de cumplir con el deber de proporcionar asistencia sanitaria, que depende de diversos factores (conocimientos científicos, estado del sistema sanitario, utilización óptima de recursos escasos, priorización, etc.).

su autonomía²¹ e integridad corporal²², lo que determina un primer grupo de decisiones que pueden tener incidencia en el fin de su vida, como rechazar una medida de soporte vital o aceptar un tratamiento contra el dolor. También se encuentra la posibilidad de que el paciente pueda solicitar asistencia para morir, en caso de que el ordenamiento jurídico lo permita, escenario que requiere ciertas precisiones²³. En general, se distingue entre no realizar tratamientos bajo ciertas circunstancias y la intervención deliberada para poner fin a la vida del paciente²⁴, donde el consenso actual tolera la primera situación –denominada eutanasia pasiva²⁵–, en que no iniciar o retirar un tratamiento se funda en la decisión autónoma de la persona o porque no existen beneficios para el paciente cuando puede o no decidir por sí mismo²⁶. La segunda situación –eutanasia activa– es la que suscita mayor debate, sobre todo desde un punto de vista penal²⁷. Sus presupuestos consideran la decisión del paciente competente que padece una enfermedad incurable, cuyos efectos están asociados a un sufrimiento insoportable²⁸. La actuación deliberada del médico, justificada en la petición expresa y seria del paciente, induce la muerte por medio de actos directos²⁹ y en interés del destinatario³⁰. El suicidio asistido, bajo presupuestos similares, considera que el paciente causa su propia muerte, pero alguien más (un médico) ha cooperado facilitando los medios para ese objetivo³¹. Ambas prácticas quedan comprendidas bajo la denominada muerte asistida³², cuyos presupuestos coinciden con el análisis que se ha hecho de los ordenamientos que las han regulado³³: (i) enfermedad incurable, (ii) sufrimiento duradero, insoportable e irreversible, (iii) decisión libre, seria, expresa, actual o anticipada del paciente competente, (iv) opinión médica favorable, y (v) control de la decisión³⁴.

En relación con la indicación o no de un tratamiento según la *lex artis* respecto de un paciente incompetente, el juicio del médico estará sujeto a ciertos esquemas. Un

²¹ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 176.

²² HOPE *et al.*, 2008, p. 41.

²³ JACKSON, 2016, p. 914.

²⁴ Definición de eutanasia según Diccionario RAE.

²⁵ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 568.

²⁶ Estas situaciones se han denominado “limitación del esfuerzo terapéutico” (LET), que a su vez descansa en criterios como desproporción o futilidad, este último ampliamente desarrollado en el ámbito anglosajón. Para un concepto de “adecuación del esfuerzo terapéutico” (AEP) y la incorporación de aspectos técnicos y valorativos, véase HERNANDO *et al.*, 2012, p. 398.

²⁷ MAYER, 2011, p. 394.

²⁸ ASTETE y BECA, 2012, p. 386

²⁹ LEIVA, 2013, p. 517.

³⁰ CALSAMIGLIA, 1999, p. 160.

³¹ Institut Borja de Bioètica, 2005, p. 3.

³² JACKSON, 2016, p. 914.

³³ Algunos países solo han legalizado formalmente la eutanasia (Bélgica), mientras que otros lugares solo han legalizado, específicamente o *de facto*, el suicidio asistido (estados de Oregón, Washington, Vermont y Suiza). En los Países Bajos, Luxemburgo y, en la práctica, Bélgica, ambos métodos son legales, pero la eutanasia es más común, en JACKSON, 2016, p. 983.

³⁴ CARRASCO y CRISPI, 2015, p. 323.

esquema refiere a decisiones sustentadas en un plan de manejo que sirve a los mejores intereses del paciente (*best interests test*) dependiendo de su situación clínica, en que el bienestar de la persona en su sentido más amplio debe ser la consideración primordial³⁵, esquema que se sustenta en los principios de beneficencia y no maleficencia³⁶. Otro enfoque dispone que los tratamientos siguen un juicio hipotético que pregunta cómo habría decidido el paciente de ser competente (*substituted judgement test*), de acuerdo con sus valores o preferencias³⁷. También se reconoce la posibilidad de que un tercero pueda tomar decisiones sustituyendo completamente al paciente (por ejemplo, mandatario expresamente facultado) o que la voluntad del paciente sea respetada siguiendo instrucciones precisas otorgadas formalmente cuando era competente, mediante directivas anticipadas³⁸. Algunos de los puntos más debatidos se refieren tanto a la manera en que estos criterios interactúan con terceros y sus preferencias individuales (aspecto particularmente presente en caso de representantes legales, como los padres respecto de sus hijos menores)³⁹ como a la definición precisa de sus contenidos y ponderación en un caso particular⁴⁰. En estas decisiones, el paciente incompetente se sitúa en un contexto de posibilidad creciente para mantenerse vivo en condiciones adversas, en que la muerte puede emerger como una posibilidad cubierta por el respeto de su autonomía o como una opción terapéutica deseable o incluso como una buena práctica médica⁴¹. Esto ha abierto la posibilidad de discutir las decisiones médicas, mediante el reconocimiento de voluntades anticipadas y del desarrollo de los conceptos de proporcionalidad, futilidad y tratamientos no productivos, para evaluar la calidad de vida del paciente, cuyo aspecto subjetivo⁴² implica dificultades y contradicciones⁴³.

III. PACIENTE COMPETENTE

1. *Rechazar un tratamiento*

Un adulto competente puede rechazar cualquier tratamiento, incluso si su ausencia implica un riesgo relevante para su vida⁴⁴. Este rechazo puede referirse tanto a no iniciar

³⁵ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 164.

³⁶ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, pp. 159 y 228.

³⁷ HOPE *et al.*, 2008, p. 82.

³⁸ HOPE *et al.*, 2008, p. 84.

³⁹ KLUGE, 2009, p. 282.

⁴⁰ TERRIBAS, 2012, p. 211.

⁴¹ MASON y LAURIE, 2019, p. 620.

⁴² ASTETE y BECA, 2012, p. 389.

⁴³ MASON y LAURIE, 2019, p. 522.

⁴⁴ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 176. Pueden concurrir circunstancias externas, como una necesidad de salud pública, que hagan obligatorio un tratamiento, tal como se reconoce en la normativa.

como a retirar un tratamiento, en todo o parte⁴⁵, sin que tampoco pueda considerarse un intento de suicidio⁴⁶. En este ámbito, la Ley 20.584 establece límites: el rechazo no debe implicar (i) acelerar artificialmente la muerte, (ii) prácticas eutanásicas o (iii) el auxilio al suicidio (artículo 14). Se incluye una consideración para el denominado estado de salud terminal: pacientes pueden aceptar o denegar tratamientos que prolonguen artificialmente su vida⁴⁷, sin perjuicio de mantener las medidas de soporte ordinario (artículo 16). El profesional deberá solicitar la opinión al comité de ética cuando la decisión del paciente lo expone a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados, mientras que la opinión será opcional en caso de rechazo de tratamientos sin ese riesgo (artículo 17).

Estos límites fueron establecidos claramente con el propósito de descartar cualquier concurrencia con algún escenario de muerte asistida⁴⁸, lo que requiere precisiones. Se cuestiona la efectividad del primer límite debido a la duda en los casos en que el rechazo pudiera tener como objetivo acelerar artificialmente la muerte, más allá del desarrollo de la enfermedad⁴⁹. En términos penales, se debe tener presente que, pese a que podría haber una suspensión de medios (desconectar, interrumpir, etc.), el cese de la actividad se valora jurídica y globalmente como una omisión⁵⁰, la que al sustentarse en la voluntad del paciente no sería punible⁵¹. En cuanto al estado terminal, la normativa reconoce el rechazo en una situación extrema, reafirmando los límites señalados⁵², y establece la indisponibilidad de las medidas ordinarias, en oposición a las extraordinarias⁵³. Las críticas apuntan tanto al efecto restrictivo en el ejercicio de la autonomía como al uso de una categoría que ha comenzado a ser abandonada⁵⁴. Además, si las medidas de soporte

⁴⁵ JACKSON, 2016, p. 912; ZÚÑIGA, 2008, p. 130.

⁴⁶ HOPE *et al.*, 2008, p. 181.

⁴⁷ El DS 31, de 2012, de Salud, considera la prolongación de la vida en forma artificial, como aquella “que dilate o extienda un proceso de muerte clínicamente evidente”.

⁴⁸ ZÚÑIGA, 2008, p. 118.

⁴⁹ Boletín 7.736-11 (Primer Informe Comisión 13 de septiembre de 2019, opinión de M. Kottow, p. 9).

⁵⁰ LEIVA, 2013, p. 516.

⁵¹ MAYER, 2011, p. 290-391; HOPE *et al.*, 2008, p. 182; BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, pp. 159-160. Por otra parte, la persistencia del médico importaría el denominado tratamiento terapéutico no consentido, como intervenciones que afectan la integridad corporal sin relación con la *lex artis* (lesiones corporales punibles), y en caso de que las intervenciones sean beneficiosas, se protege el consentimiento sin apelar a la *lex artis*, en BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, p. 11.

⁵² Si bien la normativa legal no define “estado terminal” (no obstante lo hacía el proyecto: “precario estado de salud, producto de una lesión corporal o una enfermedad grave e incurable, y que los tratamientos que se le pueden ofrecer solo tendrían por efecto retardar innecesariamente la muerte”), el debate parlamentario tuvo presente que se refería a situaciones de extrema precariedad con proximidad de la muerte, en que la persona puede rechazar tratamientos extraordinarios, evitando el encarnizamiento terapéutico, en Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pp. 26 y 136. Por su parte, el DS 38, de 2012, de Salud, define estado de salud terminal: “derivado de una enfermedad progresiva e irreversible sin remisión con tratamiento estándar”.

⁵³ Resulta interesante notar que en el debate parlamentario se mencionó como ejemplo a favor de esta indisponibilidad el caso Schiavo, no obstante se refiere a una persona en estado vegetativo persistente, en Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pp. 594-596.

⁵⁴ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, pp. 162-163; Brock, 2009, p. 267.

vital corresponden a un tratamiento que, en efecto, implican una prolongación artificial de la vida, la pregunta es cómo se concilia esta situación con el precepto⁵⁵. Nótese que esta limitación es solo para el estado terminal.

El Proyecto sustituye la frase final del artículo 14 inciso 1° (“con las limitaciones...”) por “si cumple con los requisitos que establece esta ley” y elimina los límites mencionados. Suprime la frase final del artículo 16 inciso 1°, no obstante mantiene la primera parte de dicho inciso. La eliminación de los límites aludidos resulta necesaria, tanto para la conformidad del precepto con el ejercicio de la autonomía como para el establecimiento de la asistencia para morir. No obstante, si el nuevo consenso apunta a reconocer el consentimiento para aceptar esta asistencia, la restricción respecto de indisponibilidad de las medidas de soporte del artículo 16 resulta excesiva, por lo que también debiera suprimirse⁵⁶. Igualmente, la consideración al estado terminal en este escenario debería ser revisada. Además, correspondería acotar la opinión del comité de ética solo en aquellos casos en que existan dudas por la competencia, permitiendo distinguir entre un rechazo fundado en la decisión autónoma del paciente y las decisiones médicas de tratamientos fútiles, desproporcionados o no productivos⁵⁷.

2. *Aceptar el tratamiento del dolor*

Un primer escenario se refiere a medicamentos que, si bien alivian el dolor, tendrían un efecto adicional de aceleramiento del proceso de muerte en pacientes con un estado de salud terminal –bajo la denominación de la Ley 20.584– o no, en que el manejo del dolor resulta indispensable⁵⁸. Como es un tratamiento aceptado por el paciente, no aplicarían los límites de los artículos 14 y 16. Se ha estimado que como no es el objetivo acelerar la muerte, sino disminuir el dolor, el uso de estos medicamentos es lícito, argumento que ha encontrado un apoyo en la doctrina del doble efecto, según esto, si un acto tiene dos consecuencias inevitables, una buena y otra mala, el acto puede ser moralmente aceptable en ciertas circunstancias⁵⁹. Esta doctrina enfatiza la opción necesaria por el menor de dos males⁶⁰, además de la relevancia moral de la distinción entre efectos intentados pero queridos como fin o como medio y efectos colaterales previstos⁶¹. El médico que

⁵⁵ Boletín 7.736-11 (Primer Informe Comisión 13 de septiembre de 2019, opinión de M. Kottow, p. 9).

⁵⁶ LEIVA destaca precisamente el caso de retiro de soporte ordinario como una posible infracción de ley, en LEIVA, 2013, p. 554.

⁵⁷ BASCUÑÁN y BOFILL proponen agregar al artículo 16: “El profesional podrá omitir o interrumpir el tratamiento en caso de una muerte inminente, si conforme al conocimiento médico ya no es indicado el comienzo o continuación de medidas que conservan la vida en consideración al estado de sufrimiento de la persona y la falta de perspectivas del tratamiento, evitando así la prolongación de su agonía”, en BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, p. 7.

⁵⁸ MASON y LAURIE, 2019, p. 631.

⁵⁹ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 571.

⁶⁰ MAYER, 2011, pp. 389-390.

⁶¹ MIRANDA, 2012, p. 265. Para una revisión de las críticas a esta doctrina, véase Figueroa, 2011, pp. 656-658.

prescribe un medicamento con un “doble efecto” puede no tener la intención de causar la muerte, pero tiene conocimiento suficiente que acelerará ese desenlace o causará un daño relevante, por lo que la pretendida diferenciación se torna artificial⁶². Además, se señala que esta doctrina no sería aplicable, ya que estos medicamentos, correctamente utilizados, no acelerarían la muerte y serían una mala opción como sedantes⁶³. Esto es importante en el sentido de la similitud de escenarios con la muerte asistida y una posible ausencia de control en torno a dosis apropiadas, por lo que se requeriría una consideración adicional. En pacientes con una muerte cercana, el enfoque se centra en la calidad del proceso de muerte, por lo que consentir en el tratamiento del dolor no parece presentar mayores inconvenientes, tolerando incluso el efecto adicional mencionado⁶⁴. En pacientes en que esa cercanía no se aprecia, reconocer su consentimiento en este escenario apunta más a una evaluación de su calidad de vida, como parte del ejercicio de su autonomía, lo que resultaría compatible con el Proyecto. Parece adecuado incorporar una regulación que reconozca lo anterior, no solo para pacientes con una muerte cercana (o estado de salud terminal)⁶⁵.

Otro escenario corresponde a la denominada sedación terminal o sedación continua profunda, definida como la administración de un medicamento sedante con el fin de aliviar el dolor disminuyendo la consciencia al final de la vida⁶⁶. El paciente, cuya muerte es inminente o que se encuentra muriendo con dolor, decide no experimentar conscientemente la muerte⁶⁷, decisión que no parece presentar inconvenientes. En pacientes cuya muerte no es inminente (sedación terminal temprana), en cambio, las dudas se vinculan con una posible similitud con escenarios de muerte asistida, especialmente cuando a la sedación le siguen medidas como el retiro de soporte vital que pudieran acelerar el proceso de muerte⁶⁸. Considerando el Proyecto, el retiro de soporte vital previamente consentido por el paciente podría aceptarse como una práctica regulada⁶⁹.

El Proyecto incorpora un derecho a recibir los cuidados paliativos tendientes a disminuir el dolor, en pacientes que se encuentren en un estado terminal o con dolor

⁶² ZÚÑIGA, 2008, pp. 125-126.

⁶³ REGNARD, 2007; SYKES y THORNS, 2003.

⁶⁴ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 572.

⁶⁵ BASCUÑÁN y BOFILL proponen incorporar al artículo 16: “Contando con el consentimiento expreso de la persona, su apoderado o representante legal, o con una declaración escrita y eficaz de su voluntad para el caso de su incapacidad de prestar consentimiento, o pudiendo presumirse fundadamente el consentimiento de la persona incapaz, el profesional podrá adoptar medidas paliativas médicamente indicadas aun cuando con ello acelere el acaecimiento de la muerte como efecto colateral, siempre que ese efecto no sea evitable de otro modo disponible ni sea perseguido como fin de la acción o como medio para aliviar el sufrimiento”, en BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, p. 8.

⁶⁶ MASON y LAURIE, 2019, p. 633.

⁶⁷ GÓMEZ y OJEDA, 2012, p. 469.

⁶⁸ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 572.

⁶⁹ HOLM, 2013, p. 239.

severo no oncológico. Esto permite avanzar en la discusión del derecho a no padecer dolor y a poder encontrarse inconsciente en escenarios relacionados con el fin de la vida⁷⁰.

3. *Aceptar asistencia para morir*

La normativa no autoriza esta asistencia, práctica que es punible como homicidio o como ayuda al suicidio⁷¹. El Proyecto propone incorporarla a la Ley 20.584, conceptualizándola como “la administración, por parte de un profesional de la salud, de una sustancia a una persona que la haya requerido y que cause su muerte, siempre indicada por orden médica y supervisada por un médico cirujano”, junto a “prescripción y dispensación, por parte de un médico, de una sustancia a una persona que la haya requerido, de manera que esta se la pueda autoadministrar causando su propia muerte, siempre bajo supervisión médica en el momento de dicha administración”⁷². Este derecho se reserva “solamente aquel que ha sido diagnosticado de un problema de salud grave e irremediable”, entendiéndose por tal: (1) enfermedad terminal, definida como “enfermedad incurable, irreversible y progresiva, sin posibilidades de respuesta a los tratamientos curativos y con un pronóstico de vida limitado”, o (2) copulativamente: (a) enfermedad o dolencia seria e incurable, (b) disminución avanzada e irreversible de capacidades, y (c) sufrimientos físicos persistentes e intolerables y que no pueden ser aliviados en condiciones que considere aceptables. Además, la persona debe (i) haber sido diagnosticada por dos médicos especialistas en la enfermedad o dolencia, (ii) ser mayor de 18 años, (iii) encontrarse consciente al momento de la solicitud, (iv) contar con la certificación de un médico psiquiatra que señale que, en el momento de la solicitud, el requirente se encuentra en pleno uso de sus facultades mentales y no sufre enfermedades de salud mental que afecten su voluntad, y (v) manifestar su voluntad de manera expresa, razonada, reiterada, inequívoca y libre de cualquier presión externa. El médico iniciará con el paciente un “proceso deliberativo sobre diagnósticos, posibilidades terapéuticas, resultados esperables y posibles cuidados paliativos, asegurándose de que comprende la información que se le facilita”, y debe “asegurarse que otro médico haya dado su opinión por escrito, confirmando que la persona reúne todos los requisitos establecidos” además de “manifestar por escrito la circunstancia de haber alcanzado el convencimiento respecto a la evaluación”. El médico debe dar al paciente “la oportunidad de retirar su solicitud y asegurarse de que da su consentimiento expreso para recibirla”. Se consagra el derecho a que los medios destinados a causar la muerte estén reconocidos por la ciencia médica como eficaces para causarla de manera rápida, con el menor sufrimiento posible, tanto físico como psíquico, priorizando la dignidad del paciente. La opinión del comité de ética es solo eventual, a solicitud del médico. No obstante, este comité llevará un

⁷⁰ SAVULESCU y RADCLIFFE-RICHARDS, 2019.

⁷¹ LEIVA, 2013, p. 512.

⁷² El Proyecto propone modificar el Código Penal en el sentido que lo dispuesto en los artículos 391 y 393 “no es aplicable”, al médico ni al profesional de salud que practica la asistencia para morir “cumpliendo con los requisitos, formas y procedimientos previstos en la ley 20.584”.

registro de los procedimientos y verificará posteriormente si las condiciones fueron respetadas, pudiendo remitir los antecedentes al Ministerio Público. Se establece que tanto el médico requerido como el personal que desarrolle funciones en el procedimiento puedan manifestar su objeción de conciencia, debiendo el establecimiento reasignar de inmediato otro profesional no objetante⁷³.

En cuanto al padecimiento, la propuesta incorpora y define a la enfermedad terminal bajo el elemento característico de la cercanía a la muerte. Este elemento no se reconoce como uno indispensable en este tipo de regulaciones⁷⁴, además que su uso y terminología médica siguen siendo debatidas⁷⁵. La progresividad, irreversibilidad e incurabilidad se asocian más con la disminución de capacidades, en un sentido de deterioro relevante de la autonomía, avanzando hacia un concepto amplio de enfermedad terminal como un cálculo entre el valor de la vida y el daño a la dignidad que se traduce en la incapacidad para organizar un plan de vida futuro⁷⁶, siendo la muerte cercana un elemento secundario. Este enfoque podría abordar adecuadamente las dificultades en las evaluaciones del sufrimiento en el sentido de que no se constituya en un mecanismo que limite la autonomía⁷⁷ que el Proyecto promueve. Respecto de la decisión del paciente y la opinión médica favorable, el proceso deliberativo y la concordancia de médicos independientes constituyen los mecanismos determinantes para el resguardo de los elementos esenciales del consentimiento⁷⁸. Si bien el objetivo es evitar que las decisiones se vean influenciadas por factores internos o externos, como ocurre con la coexistencia de enfermedades psiquiátricas, presiones de familiares, malas comprensiones del medio⁷⁹ o situaciones de abuso o de abandono⁸⁰, circunstancias que pueden presentarse especialmente en personas mayores⁸¹, lo relevante es considerar que se trata de mecanismos igualmente válidos y necesarios para el ejercicio de la autonomía en toda clase de tratamientos y decisiones relacionadas con el fin de la vida. Este proceso deliberativo debería ser entendido en el marco de una valoración en igualdad de condiciones y no como una forma de erosión de la autonomía⁸². Desde el punto de vista penal, debido a que la legislación no regula el homicidio consentido ni a requerimiento, este sería un paso importante en afirmar la

⁷³ El Proyecto establece que las instituciones privadas de salud que consideren la existencia de una profunda colisión entre sus valores o ideario, que se encuentren previamente definidos, con la asistencia para morir, podrán exceptuarse del cumplimiento de la ley, mediante una definición adoptada de manera fundamentada por el órgano superior directivo.

⁷⁴ MAYER, 2011, p. 394.

⁷⁵ Boletín 7.736-11 (Primer Informe Comisión 13 de septiembre de 2019, opinión de M. Kottow, p. 9).

⁷⁶ CALSAMIGLIA, 1999, pp. 161-175.

⁷⁷ LUNA, 2008, p. 204.

⁷⁸ MAYER, 2011, p. 393.

⁷⁹ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, pp. 183-184.

⁸⁰ Institut Borja de Bioètica, 2005, p. 4.

⁸¹ MASON y LAURIE, 2019, p. 441.

⁸² KOTTOW, 2005, p. 205.

relevancia del consentimiento⁸³, central para cancelar la antinormatividad de la eutanasia, como un acto de disposición expreso y serio⁸⁴. En el auxilio al suicidio, se excluiría la punibilidad de la actuación del profesional⁸⁵. En materia de control, la opinión eventual del comité de ética contrasta con la opinión obligatoria que contempla la normativa para pacientes competentes cuyas decisiones los exponen “a graves daños a su salud o a riesgo de morir”, por lo que se requiere de una revisión de esta participación para la coherencia de la regulación. Además, la revisión previa del comité de ética puede considerarse como un elemento integral de la validación del proceso que muchas legislaciones establecen⁸⁶. Respecto de la objeción de conciencia, su ejercicio sigue siendo controvertido en materia sanitaria⁸⁷, incluso con deberes de referir⁸⁸, tanto por constituirse en un obstáculo injustificado al acceso a prestaciones legítimas (y un derecho para los pacientes) como una injerencia improcedente de valores del prestador en la práctica médica⁸⁹. Si se promueve que un paciente rechace un tratamiento vital que su médico cree debiera aplicarse porque va en línea con sus principios, no parece consistente promover, igualmente, que un médico pueda rechazar practicar la asistencia para morir del mismo paciente porque cree que es inmoral. El rol del médico si bien es deliberante desde un punto de vista clínico, no lo es desde uno moral, y por ello su argumento pragmático no puede prosperar normativamente. Respecto de los medios destinados a causar la muerte, el Proyecto explicita la necesidad de la búsqueda de un óptimo que considere la rapidez y el menor sufrimiento posible, lo que implicaría, entre otros, definir un marco legal y ético, mediante estándares adecuados, y contar con profesionales calificados en esta área⁹⁰.

4. *Menores maduros*

La creciente independencia de un menor, a medida que se convierte en su propia persona autónoma, tensiona las consideraciones entre bienestar y autonomía⁹¹. La normativa no establece una categoría especial en esta materia, reafirmando el consentimiento

⁸³ Se ha discutido la posibilidad de introducir el principio *volenti non fit iniuria*, el homicidio piadoso, la muerte a requerimiento (por acción médica) y la omisión consentida del impedimento de la muerte de otra persona, véase BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, p. 13; MAYER, 2011, p. 404; BASCUÑÁN, 2018, pp. 57-58.

⁸⁴ MAYER, 2011, p. 396; LEIVA, 2013, p. 518.

⁸⁵ BASCUÑÁN y BOFILL proponen introducir una regla de exclusión de la ilicitud de la omisión de evitación del suicidio responsable, como una priorización de la autodeterminación del suicida respecto de cualquier deber de garante de su vida y salud, en BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, p. 12.

⁸⁶ Institut Borja de Bioètica, 2005, p. 5.

⁸⁷ SEPPER, 2013.

⁸⁸ SAVULESCU y SCHUKLENK, 2017, p. 168. Bascuñán propone introducir una regulación específica: “No actúa ilícitamente el que, sin ser profesional de la salud legalmente calificado, da muerte a otro en los casos antedichos y cumpliendo con las mismas condiciones, cuando el profesional requerido se negare a hacerlo, y 1° omitiere derivar a la persona requirente a un profesional [...], o bien, 2° el profesional al que se derivó el caso también se negare a ello”, en BASCUÑÁN, 2018, pp. 57-58.

⁸⁹ DONNELLY y MURRAY, 2016, p. 25.

⁹⁰ SINMYEE *et al.*, 2019, p. 635.

⁹¹ MASON y LAURIE, 2019, p. 337.

por representación de los padres o del representante legal del niño, niña y adolescente, incluso competente, sin perjuicio que puede participar de las decisiones considerando su edad, madurez, etc. (artículos 10, 14 y 17 Ley 20.584)⁹². Por su parte, el Proyecto no incluye a los menores en la asistencia para morir, no obstante la propuesta original los consideraba⁹³. Esto puede ser relevante en el sentido de discutir la importancia de evaluar la madurez del niño, niña y adolescente en la participación de los asuntos que les conciernen⁹⁴, reconociéndoles mayor autonomía, así como el grado de participación de los representantes legales junto con una eventual convalidación ética o judicial⁹⁵. En el derecho inglés, por ejemplo, se considera competente a un menor de 16 años para aceptar tratamientos, siempre que entienda la naturaleza de su condición médica, el tratamiento y sus efectos, los asuntos morales y familiares involucrados, además que tenga experiencia de vida y pueda sopesar la información para alcanzar la decisión; no obstante, el menor de 18 años no puede rechazar tratamientos, a menos que exista acuerdo de los padres y, eventualmente, de un tribunal⁹⁶. Esto refleja las diferentes posiciones en este escenario. Por una parte, el menor tendría más facilidades en comprender los efectos de aceptar un tratamiento que su rechazo, que implicaría, por ejemplo, poner en riesgo su vida⁹⁷. Por otra, si el menor entiende lo que el tratamiento implica, también comprende su eventual ausencia y, por tanto, puede tomar una decisión informada⁹⁸. Tanto rechazar como aceptar tratamientos pueden ser situaciones que inciden en los escenarios del fin de la vida, por lo que mantener una posición *a priori* a favor de solo aceptar puede no ser consistente. Debido al respeto de la capacidad progresiva de los menores como sujetos de derecho (Convención sobre los derechos del Niño), reflejado en los antecedentes y preceptos de la Ley 20.584⁹⁹, se ha sugerido explicitar la presunción de su competencia

⁹² La Ley 21.331, 2021, estableció que todo niño, niña y adolescente tiene derecho a recibir información acerca de su enfermedad y la forma en que se realizará su tratamiento, adaptada a su edad, desarrollo mental y estado afectivo y psicológico. Asimismo, dispuso que sin perjuicio de las facultades de los padres o del representante legal para otorgar el consentimiento en materia de salud en representación de los menores de edad competentes, todo niño, niña y adolescente tiene derecho a ser oído respecto de los tratamientos que se le aplican y a optar entre las alternativas que estos otorguen, según la situación lo permita, tomando en consideración su edad, madurez, desarrollo mental y su estado afectivo y psicológico.

⁹³ El Proyecto contemplaba que respecto de pacientes entre los 16 y 18 años, el médico “tendrá la obligación de informar a sus representantes legales, pero la solicitud tomará su curso prescindiendo de cualquier consentimiento ajeno a la voluntad del mismo paciente”. Entre los 14 y 16 años, debía “contar con la autorización de su representante legal o de sus representantes legales, si tuviere más de uno. A falta de autorización [...] el paciente podrá solicitar la intervención del juez”.

⁹⁴ ESPARZA, 2019, pp. 32-33; BECA y LEIVA, 2014, p. 611.

⁹⁵ Por ejemplo, artículos 2, Ley 20.418, 2010 y 119 Código Sanitario, modificado por Ley 20.030, 2017.

⁹⁶ GOOLD y HERRING, 2018, p. 47. Si bien la denominada competencia *Gillick* fue establecida a propósito de la entrega de anticonceptivos a menores sin el consentimiento de los padres, sus elementos han sido considerados relacionados con el consentimiento para tratamientos médicos en su conjunto, configurándose en un hito en materia de competencia y menores maduros.

⁹⁷ GILMORE y HERRING, 2011.

⁹⁸ CAVE y WALLBANK, 2012.

⁹⁹ PARRA y RAVETLLAT, 2019, pp. 238-239.

desde los 14 años para aceptar o rechazar tratamientos, imponiendo al personal médico la carga de probar lo contrario¹⁰⁰.

5. *Voluntades anticipadas*

Sin perjuicio que la normativa reconoce la existencia de voluntades anticipadas de acuerdo con la Ley 21.331¹⁰¹, no se ha regulado legalmente su contenido. Por su parte, el Proyecto las define como actos “por el cual una persona capaz y mayor de edad, expresa su decisión futura de recibir asistencia médica para morir, cuando padeciendo de un problema de salud grave e irremediable [...] se viere impedido de invocar su derecho por encontrarse en un estado de inconsciencia o de privación de facultades mentales, ambos de carácter irreversible”, lo que deberá ser certificado médicamente. Se podrá designar una o varias personas de confianza, mayores de edad, clasificadas por orden de preferencia y prelación, “para que manifiesten al médico la voluntad del paciente”, las que no podrán tener un interés patrimonial en su muerte. Estas directivas deberán cumplir con las formalidades, habilidades y procedimientos que la ley establece para el otorgamiento de testamentos solemnes abiertos o cerrados, e incorporarse en el Registro Nacional de Testamentos, lo que puede resultar adecuado para evitar problemas en la informalidad¹⁰². Sin embargo, la mera incorporación al Registro puede no ser suficiente para asegurar su disponibilidad, en que el uso de medios adicionales de acceso controlado, rápido y fácil parece más apropiado¹⁰³. En cuanto al contenido, los ordenamientos que reconocen estas voluntades admiten que estas se puedan utilizar en diversas hipótesis para iniciar o rechazar tratamientos específicos en ciertas circunstancias futuras¹⁰⁴, por lo que puede ser oportuno que el Proyecto las considere no solo para recibir asistencia para morir. En ese sentido, expandir su uso generalmente enfrenta dos críticas. La primera se refiere a que ampliar las hipótesis implicaría que pacientes no solo podrían rechazar tratamientos, sino que demandarían tratamientos específicos o todos los medios necesarios. La segunda dice relación con problemas de indeterminación que podrían tener las voluntades al momento de no iniciar o retirar un tratamiento.

¹⁰⁰ PARRA y RAVETLLAT, 2019, pp. 238-239. Bascuñán y Bofill recomiendan incorporar a la Ley 20.584: “Las personas mayores de catorce y menores de dieciocho años no son incapaces por esa razón para efectos de esta ley y expresarán su voluntad personalmente. Sin perjuicio de ello, sus padres o representantes legales deberán ser también informados por el profesional, a menos que el menor se opusiere. La oposición del menor no obstará al deber del profesional de informar a las personas señaladas en caso de que el rechazo del tratamiento por parte del menor implicare grave riesgo para su vida o su salud [...]”, en BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, pp. 6-7.

¹⁰¹ Su artículo 4 dispone “Los equipos de salud promoverán el resguardo de la voluntad y preferencias de la persona. Para tal efecto, dispondrán la utilización de declaraciones de voluntad anticipadas [...] con el objetivo de hacer primar la voluntad y preferencias de la persona en el evento de afecciones futuras y graves a su capacidad mental, que impidan manifestar consentimiento”.

¹⁰² MASON y LAURIE, 2019, p. 82.

¹⁰³ TERRIBAS, 2012, p. 218.

¹⁰⁴ HOPE *et al.*, 2008, p. 83.

Para superar estas dificultades resulta clave comprender a estas declaraciones como una expresión de la autonomía en donde es el propio paciente quien toma decisiones¹⁰⁵, lo que implica que no podría demandar medios no indicados conforme con la *lex artis*, pero sí aceptar o rechazar tratamientos. En efecto, a estas declaraciones no se les reconocen más posibilidades que las que tendría la voluntad de la persona cuando era competente. Respecto de la indeterminación, parece adecuado que la persona pueda declarar tanto las circunstancias como los tratamientos precisos, junto con sus valores, deseos o preferencias en términos amplios¹⁰⁶. Enseguida, en caso de ambigüedad o duda, se sugiere que instancias éticas o judiciales puedan resolverlas¹⁰⁷, estableciendo el equilibrio entre la declaración y los mejores intereses del paciente que asomarían, precisamente, cuando no se aprecia tal voluntad¹⁰⁸. Respecto de la designación de una persona de confianza, su rol se podría considerar como sustituto del paciente o como un auxiliar para aclarar sus valores, preferencias, etc., por lo que parece recomendable que su participación sea definida en la propuesta legislativa.

IV. PACIENTE INCOMPETENTE

1. *No iniciar o retirar tratamientos*

La normativa establece que si a juicio del médico, la condición del paciente no le permita recibir la información directamente o padezca de dificultades de entendimiento o se encuentre con alteración de conciencia, esta será dada “a su representante legal o, en su defecto, a la persona bajo cuyo cuidado se encuentre”, y, si el paciente se encuentra “en incapacidad de manifestar su voluntad y no es posible obtenerla de su representante legal por no existir o no ser habido”, “se adoptarán las medidas apropiadas en orden a garantizar la protección de su vida” (artículos 10 y 15 Ley 20.584)¹⁰⁹. En situaciones de riesgo vital o secuela funcional grave de no mediar atención médica inmediata o imposterizable, la normativa prescribe que se prescindirá de manifestación de voluntad

¹⁰⁵ CAPRON, 2009, p. 301.

¹⁰⁶ CAPRON, 2009, p. 303; BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 189.

¹⁰⁷ HERRING, 2016, p. 521.

¹⁰⁸ El proyecto que dio origen a la Ley 20.584 proponía, solo para la persona con un estado de salud terminal, que pudiera “manifestar anticipadamente su voluntad de someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”, y establecía que en tal declaración “no se podrán incorporar decisiones o mandatos contrarios al ordenamiento jurídico vigente o propio del arte médico. En caso de duda, su aplicación concreta deberá ser revisada por el comité de ética”, en Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, pp. 26-27.

¹⁰⁹ El proyecto señalaba: “En estos casos se deberá tomar las medidas apropiadas sobre la base de lo que se conoce y de lo que es posible presumir acerca de la voluntad de la persona”, en Biblioteca del Congreso Nacional, 2012, p. 25. Bascuñán y Bofill proponen una nueva letra c): “Cuando la persona se encuentra en incapacidad de manifestar su voluntad, no fuere habida alguna de las personas señaladas en el inciso segundo del artículo 10 ni existieren otros antecedentes fidedignos que permitieren presumir su voluntad. En estos casos se adoptará los tratamientos indicados para cuidar su salud y procurarle bienestar”, en BASCUÑÁN y BOFILL, 2018, p. 5.

cuando “el paciente no se encuentre en condiciones de expresar su voluntad ni sea posible obtener el consentimiento de su representante legal, de su apoderado o de la persona a cuyo cuidado se encuentre” (artículo 15). El profesional debe solicitar la opinión del comité de ética cuando “estime que la decisión manifestada por [los] representantes legales expone [al paciente] a graves daños a su salud o a riesgo de morir, que serían evitables prudencialmente siguiendo los tratamientos indicados”, siendo optativa “si la insistencia en la indicación de los tratamientos o la limitación del esfuerzo terapéutico son rechazadas [...] por sus representantes legales”. La opinión del comité de ética “deberá tener en cuenta especialmente el interés superior [del menor]” en su caso. El paciente o cualquiera a su nombre podrán, si no se conformaren con la opinión del comité, solicitar a la Corte de Apelaciones la revisión del caso y la adopción de las medidas que estime necesarias (artículo 17). El Proyecto no propone cambios en este ámbito.

Parece ineludible uniformar las menciones del representante legal, apoderado y la persona a cuyo cuidado se encuentre el paciente, especificándose tanto quiénes se considerarán para efectos de esta última categoría como un orden de prelación (por ejemplo, artículo 16) en eventuales desacuerdos. Resulta pertinente aclarar los alcances de la participación del tercero y del consentimiento por representación, especialmente si debiera ajustarse a algún criterio, como la búsqueda de la voluntad hipotética del paciente o sus mejores intereses. Esta duda persiste incluso cuando se reconoce la denominada voluntad por sustitución, a modo de apoderado expresamente designado¹¹⁰. La figura del apoderado supone que un tercero tome decisiones como si fuera el propio paciente, por lo que su reconocimiento implica una expresión del ejercicio de su autonomía que debería ser resguardada mediante ciertas formalidades¹¹¹. Así, solo se debería reconocer una participación de este tipo si el paciente ha designado expresamente a un tercero con facultades explícitas bajo un esquema que suponga la protección de su autonomía (por ejemplo, cuando era competente, que el tercero no tenga conflictos de interés, etc.)¹¹². A causa de que la legislación y la doctrina reconocen determinados principios en función de la protección de personas vulnerables o que requieren de protección especial¹¹³, parece razonable que el rol de la voluntad del representante o apoderado pueda entenderse como una participación cuya finalidad sea la aplicación de criterios protectores¹¹⁴. El predominio del criterio en un juicio hipotético puede quedar condicionado a la existencia de voluntades anticipadas que dieran cuenta de valores, deseos o preferencias, cuya problemática probatoria suele presentar inconvenientes¹¹⁵. El criterio de los mejores intereses parece constituirse como un esquema residual adecuado en función de reconocer el ejercicio de la autonomía del paciente en la medida que sea

¹¹⁰ HOPE *et al.*, 2008, p. 82.

¹¹¹ TERRIBAS, 2012, p. 212.

¹¹² BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, pp. 190-191.

¹¹³ Por ejemplo, el principio de respeto por las personas con discapacidad psíquica o intelectual, en Leiva, 2013, p. 530. En el caso de menores, artículo 222 del Código Civil.

¹¹⁴ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 127.

¹¹⁵ HOPE *et al.*, 2008, p. 85; KOTTOW, 2005, p. 205.

razonable y posible¹¹⁶, criterio especialmente dirigido al médico tratante y que pueda ser revisado ética y judicialmente en caso de discrepancia¹¹⁷. Igualmente, reconocer un grado de participación del paciente en la toma de decisiones parece ineludible¹¹⁸.

Considerando lo anterior, la normativa podría explicitar que el manejo del paciente incompetente se hará de acuerdo con lo señalado en sus voluntades anticipadas, y en su ausencia o en lo que no sean aplicables, de acuerdo con sus mejores intereses, considerando su participación en cuanto sea posible. En caso de que exista un representante legal, apoderado o persona a cuyo cuidado se encuentre el paciente, el consentimiento se prestará para procurar el respeto de su voluntad anticipada y, en ausencia de esta voluntad, los mejores intereses, reconociendo igualmente la participación del paciente en el proceso. Ante una discrepancia entre el médico y el representante, apoderado o persona a cuyo cuidado se encuentre el paciente, tanto en la aceptación como en el rechazo de tratamientos que impliquen graves daños a su salud o riesgo de morir, el profesional debería solicitar la opinión al comité de ética, para velar por la observación efectiva de la voluntad anticipada o los mejores intereses, según corresponda. La intervención de los tribunales solo parece necesaria en caso de que la discrepancia persista. En ausencia de representante legal, apoderado o persona a cuyo cuidado se encuentre el paciente, deberían adoptarse las medidas apropiadas en función de sus mejores intereses. La importancia de esta propuesta puede ser analizada a partir de los escenarios de no inicio o retiro de tratamientos, entendidos como intervenciones toleradas por la autonomía (anticipada) y, en su defecto, como intervenciones justificadas (iniciadas o continuadas) en los mejores intereses del paciente, lo que determina su licitud. En ocasiones la respuesta podrá estar dada por la futilidad, que distingue generalmente entre el efecto del tratamiento, centrado en las alteraciones funcionales, y su beneficio, que envuelve un juicio de valor¹¹⁹. La alimentación e hidratación artificiales y la ventilación mecánica producen un efecto: proporcionan alimento, agua y permiten la oxigenación. ¿Cuál es el beneficio? El juicio normativo de los mejores intereses persigue un equilibrio cuidadoso entre la calidad de vida y los derechos e intereses del individuo en dignidad y autonomía¹²⁰. Los desafíos radican en que este equilibrio se alcance sin influencias determinantes de intereses de terceros y sin que se propenda a un desarrollo expansionista de la discreción clínica¹²¹. En el caso de personas con desórdenes de consciencia, desde el estado vegetativo persistente hasta los estados mínimamente conscientes, predominan por lo general las consideraciones al cumplimiento de planes de vida¹²², a diferencia de lo que ocurre con

¹¹⁶ ASTETE y BECA, 2012, p. 387.

¹¹⁷ HERRING, 2016, p. 219.

¹¹⁸ Se persigue ampliar la competencia de personas con enfermedad o trastorno mental o discapacidad psíquica o intelectual y aumentar su participación en caso de incompetencia (Ley 21.030, 2017, en concordancia con Ley 20.422, 2010, y Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, y Ley 21.331, 2021).

¹¹⁹ MASON y LAURIE, 2019, p. 521.

¹²⁰ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 593.

¹²¹ MASON y LAURIE, 2019, p. 559.

¹²² HOPE *et al.*, 2008, p. 35.

recién nacidos y menores inmaduros afectados gravemente, en que prevalece una noción ligada a la intolerabilidad de tratamientos y sus consecuencias futuras¹²³. Estos últimos parecen ser los casos en que se aprecian con mayor claridad los desafíos. Los padres se encontrarían en la mejor posición para evaluar los intereses de sus hijos, sin embargo, no pueden contradecir estos intereses. La limitación de tratamientos (por ejemplo, por motivos religiosos) o intentar medidas desproporcionadas¹²⁴ que pueden incluso producir un daño sustancial al menor¹²⁵ encuentran un límite en las evaluaciones de sus intereses.

En casos de urgencia vital o riesgo de secuela funcional grave, podrían considerarse dos situaciones. Primero, explicitar aquella circunstancia en que sea posible conocer la voluntad del paciente cuando era competente, debiendo respetarse dicha manifestación. Esto ocurre con las denominadas órdenes de no reanimación cardiopulmonar (*DNACPR*) emanadas de la voluntad del paciente que algunos ordenamientos reconocen. Segundo, en caso de que no sea posible conocer la voluntad del paciente, debería aclararse la participación que le cabe al representante, apoderado o persona a cuyo cuidado se encuentra. Si es para reafirmar la voluntad no explicitada del paciente, no parece adecuado —ni creíble— que el médico se limite a no iniciar un tratamiento solo porque el representante lo sugiere, a menos que conste efectivamente que esa era su voluntad, como ocurriría, volviendo al primer caso, con una manifestación anticipada. La normativa podría prescindir de la mención al tercero, estableciendo directamente que se adoptarán las acciones que sean necesarias para superar el cuadro de urgencia y lograr la estabilización. Si bien en estos casos debe primar la presunción del interés del paciente en sanarse y sobrevivir¹²⁶, existen situaciones en que la mera vitalidad debería ser contrastada razonablemente con los mejores intereses¹²⁷. En el mismo escenario de la reanimación cardiopulmonar, por ejemplo, y en ausencia de una *DNACPR*, puede resultar apropiada una evaluación médica de futilidad, como se reconoce explícitamente en guías clínicas del Reino Unido¹²⁸.

2. *Aliviar el dolor*

En el escenario acerca de medicamentos que tendrían un efecto adicional de aceleramiento del proceso de muerte, si el paciente pudo consentir cuando era competente, la discusión se remite a lo indicado en el apartado respectivo, en especial, al alcance de ese consentimiento (como ocurriría si, posteriormente, pareciera que no resulta indicado continuar con ese tratamiento). Si no hubiera podido consentir previamente, y considerando el análisis del numeral anterior, el tratamiento del dolor puede parecer justificado

¹²³ HOPE *et al.*, 2008, p. 183.

¹²⁴ KOTTOW, 2005, p. 211.

¹²⁵ WILKINSON y SAVULESCU, 2018.

¹²⁶ BASCUÑÁN y BOFILL, p. 2.

¹²⁷ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 169; LUNA, 2008, p. 211.

¹²⁸ BRAZIER y CAVE, 2016, p. 607.

en los mejores intereses¹²⁹. Esto implica un juicio de valor en la calidad de vida, en donde la cercanía de la muerte puede ser un elemento determinante para equilibrar el resultado de la decisión y el papel de la teoría del doble efecto puede resultar más intenso¹³⁰. En la sedación terminal o sedación continua profunda, esta puede acomodarse en el análisis de los mejores intereses, como el alivio de las molestias y la angustia¹³¹, aunque las dificultades surgen cuando este tratamiento se aplica junto con otras medidas, como el uso de medicamentos con el aludido efecto adicional, el retiro posterior del soporte vital o en caso de pacientes cuya muerte no es cercana¹³².

V. CONCLUSIONES

La revisión de los escenarios respecto de decisiones del final de la vida bajo la legislación, y las eventuales modificaciones del Proyecto, muestra una ampliación en el ejercicio de la autonomía personal, no obstante determinados ajustes parecen necesarios. En pacientes competentes, incluyendo a los denominados menores maduros, los ajustes expuestos apuntan a establecer una coherencia entre estas decisiones y el respeto de su autonomía, posibilitando los espacios adecuados para la formación y expresión de valores y preferencias.

En personas incompetentes, la normativa parece no ser lo suficientemente clara en facilitar tanto la expresión anticipada de la autonomía, promovida por la propuesta legislativa, como en explicitar la búsqueda y protección del bienestar del paciente en estas decisiones. En ese sentido, puede ser pertinente evaluar el establecimiento de un esquema que reconozca a la autonomía dentro de formas adecuadas y posibles, junto con la protección de los mejores intereses del paciente como un espacio de discusión y resolución de eventuales conflictos.

BIBLIOGRAFÍA

- ASTETE, Carmen, y BECA, Juan Pablo, 2012: "Decisiones al final de la vida", en Carmen Astete y Juan Pablo Beca (editores), *Bioética Clínica*, Santiago, Mediterráneo, pp. 382-396.
- BASCUÑÁN, Antonio, 2016: "Desarrollos recientes en la jurisprudencia sobre el derecho a morir", *Revista Médica de Chile*, 144, 4.
- BASCUÑÁN, Antonio, 2018: "Minuta para el análisis de los títulos I y II del Libro Segundo: delitos contra la vida y la salud, delitos contra la libertad (arts. 203 a 256 ap 2015)". Disponible en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Bascu%C3%B1%C3%A1n-Antonio-Delitos-contra-la-vida-y-salud-y-delitos-contra-la-libertad.pdf>.(Fecha de consulta: 11.08.2020)

¹²⁹ TABOADA, 2014, p. 233.

¹³⁰ MASON y LAURIE, 2019, p. 631.

¹³¹ JACKSON y KEOWN, 2014, p. 17.

¹³² BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2009, p. 168.

- BASCUÑÁN, Antonio y BOFILL, Jorge, 2018: "Propuesta alternativa sobre regulación del consentimiento del ofendido, la autonomía del paciente, el tratamiento terapéutico no consentido, el respeto a la voluntad del suicida y la eutanasia activa directa". Disponible en <https://www.minjusticia.gob.cl/media/2018/10/Bascu%C3%B1an-Antonio-Bofill-Jorge-Propuesta-alternativa-consentimiento-y-eutanasia.pdf> (Fecha de consulta: 11.08.2020)
- BECA, Juan Pablo y LEIVA, Alejandro, 2014: "¿Podría ser aceptable la eutanasia infantil?", *Revista Chilena de Pediatría*, 85, 5.
- BEAUCHAMP, Tom, y CHILDRESS, James, 2009: *Principles of Biomedical Ethics*, NY, Oxford University Press.
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional, 2012: *Historia de la Ley 20.584*. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/4579/> (Fecha de consulta: 11.08.2020)
- BRAZIER, Margaret, y CAVE, Emma, 2016: *Medicine, Patients and the Law*, Manchester, Manchester University Press.
- BROCK, Dan, 2009: "Medical Decisions at the End of Life", en Helga Kuhse y Peter Singer (editores), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell Publishing, pp. 263-273.
- CALSAMIGLIA, Albert, 1999: "Sobre la eutanasia", en Rodolfo Vásquez (compilador), *Bioética y derecho*, México, FCE, pp. 151-175.
- CAPRON, Alexander Morgan, 2009: "Advance Directives", en Helga Kuhse y Peter Singer (editores), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell Publishing, pp. 299-311.
- CARRASCO, Víctor Hugo y CRISPI, Francisca, 2015: "Eutanasia activa, una mirada a la situación internacional", *Revista Hospital Clínico Universidad de Chile*, 26.
- CAVE, Emma y WALLBANK, Julie, 2012: "Minors' capacity to refuse treatment: a reply to Gilmore and Herring", *Medical Law Review*, 20, Summer.
- DONNELLY, Mary y MURRAY, Claire, 2016: *Ethical and Legal Debates in Irish Healthcare: Confronting complexities*, Manchester: Manchester University Press.
- EMANUEL, Ezekiel y EMANUEL, Linda, 1992: "Four models of the physician-patient relationship", *Journal of the American Medical Association*, 267.
- ESPARZA, Estefanía, 2019: "Disposición del derecho a la vida de los menores de edad: una necesaria discusión sobre eutanasia y suicidio asistido en Chile", *Acta Bioethica*, 24, 1.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2011: "Matar, dejar morir y eutanasia en el proyecto de ley sobre derechos de las personas y en la doctrina chilena", *Revista Médica de Chile*, 139, 5.
- GÓMEZ, Marcos y OJEDA, Manuel, 2012: "Sedación paliativa", en Carmen Astete y Juan Pablo Beca (editores), *Bioética Clínica*, Santiago, Mediterráneo, pp. 458-470.
- GOOLD, Imogen y HERRING, Jonathan, 2018: *Great Debates in Medical Law and Ethics*, Londres, Macmillan.
- GILMORE, Stephen y HERRING, Jonathan, 2011: "'No' is the hardest word: consent and children's autonomy", *Child and Family Law Quarterly*, 23, 1.
- HERNANDO, Pablo, DIESTRE, Germán y BAIGORR, Francisco, 2012, "De la limitación del esfuerzo terapéutico a la adecuación del esfuerzo terapéutico", en Carmen Astete y Juan Pablo Beca (editores), *Bioética Clínica*, Santiago, Mediterráneo, pp. 397-405.
- HERRING, Jonathan, 2016: *Medical Law and Ethics*, Glasgow, Oxford University Press.
- HOLM, Søren, 2013, "Terminal sedation and euthanasia: the virtue in calling a spade what it is", en Sigrid Sterckx, et al. (editores), *Continuous Sedation at the End of Life*, United Kingdom, Cambridge University Press, pp. 228-239.
- HOPE, Tony, Savulescu, Julian y Hendrick, Judith, 2008: *Medical Ethics and Law*, Edinburgh, Churchill Livingstone.
- INSTITUT Borja de Bioètica, 2005: *Hacia una posible despenalización de la eutanasia*, Barcelona, enero-marzo, 39.

- JACKSON, Emily, 2016: *Medical Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford, Oxford University Press.
- JACKSON, Emily y KEOWN, John, 2014: *Debating Euthanasia*, Portland, Hart Publishing.
- KLUGE, Eike-Henner, 2009: "Severely Disabled Newborns", en Helga Kuhse y Peter Singer (editores), *A Companion to Bioethics*, Oxford, Blackwell Publishing, pp. 274-285.
- KOTTOW, Miguel, 2004: "The battering of informed consent", *J Med Ethics*, 30.
- KOTTOW, Miguel, 2005: *Introducción a la bioética*, Santiago, Mediterráneo.
- LEIVA, Alejandro, 2013: "La regulación de la eutanasia, según la ley 20.584 sobre derechos del paciente", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLI, 2 Semestre.
- LUNA, Florencia, 2008: "Problemas al final de la vida: el suicidio asistido", en Florencia Luna y Arleen L. F. Salles (editores), en *Bioética: nuevas reflexiones sobre debates clásicos*, Buenos Aires, FCE, pp. 197-219.
- MASON, Kenyon y LAURIE, Graeme, 2019: *Law and Medical Ethics*, Glasgow, Oxford University Press.
- MAYER, Laura, 2011: "Autonomía del paciente y responsabilidad penal médica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXXVII, 2 Semestre.
- MIRANDA, Alejandro, 2012: "Eutanasia, suicidio asistido y principio del doble efecto. Réplica al profesor Rodolfo Figueroa", *Revista Médica de Chile*, 140, 2.
- PARRA, Darío y RAVETLLAT, Isaac, 2019: "El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud", *Revista Ius et Praxis (Talca)*, 25, 3.
- RAZ, Joseph, 1979: *The Authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford, Oxford University Press.
- REGNARD, Claud, 2007: "Double effect is a myth leading a double life", *British Medical Journal*, Vol. 334, 7591, Mar. 3.
- SAVULESCU, Julian y RADCLIFFE-Richards, Janet, 2019: "A right to be unconscious", *Anaesthesia*, 74, 5.
- SAVULESCU, Julian y SCHUKLENK, Udo, 2017: "Doctors have no right to refuse medical assistance in dying, abortion or contraception", *Bioethics*, 31, 3.
- SEPPER, Elizabeth, 2013: "Not Only the Doctor's Dilemma: The Complexity of Conscience in Medicine", *4 Faulkner Law Review*, 385.
- SINMYEE, Smruti, et al., 2019: "Legal and ethical implications of defining an optimum means of achieving unconsciousness in assisted dying", *Anaesthesia*, 74, 5.
- SYKES, Nigel y THORNS, Andrew, 2003: "The use of opioids and sedatives at the end of life", *The Lancet*, May, 4.
- TABOADA, Paulina, 2014: "Sedación paliativa (Parte II). Cuestiones Éticas y Principios Morales", *Acta Bioethica*, 20, 2.
- TERRIBAS, Núria, 2012: "Toma de decisiones en el paciente incompetente", en Carmen Astete y Juan Pablo Beca (editores), *Bioética Clínica*, Santiago, Mediterráneo, pp. 205-219.
- WILKINSON, Dominic y SAVULESCU, Julian, 2018: "Alfie Evans and Charlie Gard-should the law change?", *BMJ*, 361.
- ZÚÑIGA, Alejandra, 2008: "Derechos del paciente y eutanasia en Chile", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 21, 2.

Normas jurídicas citadas

- LEY 21.331, del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, publicada el 11 de mayo de 2021.
- LEY 21.030, regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo, publicada el 23 de septiembre de 2017.

- LEY 20.584, regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, publicada el 24 de abril de 2012.
- LEY 20.422, establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.
- LEY 20.418, fija normas sobre información, orientación y prestaciones en materia de regulación de la fertilidad, publicada el 28 de febrero de 2010.
- CÓDIGO Civil.
- CÓDIGO Penal.
- CONVENCIÓN sobre los derechos de las personas con discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006. Publicada en Chile el 17 de septiembre de 2008.
- CONVENCIÓN sobre los derechos del niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Publicada en Chile el 27 de septiembre de 1990.
- DS 31, de 2012, de Salud, publicado el 26 de noviembre de 2012.
- DS 38, de 2012, de Salud, publicado el 26 de diciembre de 2012.
- PROYECTO de ley sobre derecho a optar voluntariamente para recibir asistencia médica con el objeto de acelerar la muerte en caso de enfermedad terminal e incurable, Boletín 7.736-11.
- PROYECTO de ley que modifica diversos cuerpos legales con el objeto de permitir la eutanasia, haciendo efectiva la autonomía de las personas en caso de enfermedades terminales, Boletín 9.644-11.
- PROYECTO de ley que modifica la Ley 20.584, que Regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención en salud, con el objeto de permitir la muerte digna o eutanasia, Boletín 11.577-11.
- PROYECTO de ley que establece el derecho a la eutanasia, regula las condiciones para su ejercicio, y modifica en conformidad a ello el Código Penal, Boletín 11.745-11.

La voluntad común como límite de la buena fe en la integración del contrato

*Adrián Schopf Olea**

RESUMEN

Este trabajo explora los límites de la buena fe en la integración de los contratos. Se sostiene que esos límites son una consecuencia de la naturaleza de la operación de integración contractual, la que tiene por objeto imputar un término implícito al contrato para suplir sus vacíos u omisiones necesitados de reglamentación. En razón de esa naturaleza de la operación de integración contractual, la buena fe no puede ser nunca la fuente de las obligaciones principales del contrato, sino solo de obligaciones secundarias u otros efectos jurídicos accesorios, todos los cuales no pueden nunca alterar el sentido y función del contrato, ni contravenir las estipulaciones expresas de los contratantes. Ello significa que los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe para integrar las lagunas del contrato se encuentran subordinados a la voluntad común de los contratantes, por lo que son fundamentalmente disponibles. En consecuencia, si bien la buena fe como principio regulador del contrato es esencialmente indisponible, de ello deben distinguirse los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de ella para integrar el contrato, los que son modulables y renunciables por los contratantes, de conformidad con sus particulares intereses comprometidos en el intercambio contractual.

Buena fe; términos implícitos; límites de la integración contractual

The common intent as a limit of good faith in the construction of implied terms in contracts

ABSTRACT

This article explores the limits of good faith in the construction of implied terms in contracts. It is contended that these limits are inherent to the construction of implied terms, whose function is to fill up gaps in the contract. Accordingly, good faith can never be the source of the main contractual obligations, but only of secondary or ancillary obligations, which can never alter the

* Licenciado de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Ludwig-Maximilians- Universität München, Alemania. Profesor de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez. ORCID: 0000-0002-6116-4450. Correo electrónico: adrian.schopf@uai.cl

Este trabajo es parte del proyecto Fondecyt de Iniciación N°11160785, titulado "La buena fe contractual como potestad delegada dirigida".

Trabajo recibido el 8.4.2021 y aceptado para su publicación el 6.12.21.

function of the contract as a whole or contradict any express term of the contract. This means that whereas good faith, as a general regulatory contractual principle is in itself non waivable, the implied terms extracted with its help can be determined and altered by agreement of the parties, in line with their particular interests involved in the contractual bargain.

Good faith; implied terms; limits in the construction of implied terms

I. INTRODUCCIÓN

En el derecho chileno, al igual que en la mayoría de los ordenamientos jurídicos comparados, la buena fe contractual ha adquirido una relevancia creciente en la ordenación de la relación jurídica de derecho privado, incluida especialmente la relación contractual. En gran medida ello se debe a que en un determinado estadio de su desarrollo todo ordenamiento jurídico se encuentra en la necesidad de superar la aplicación estricta y puramente formal de la ley, complementándola con una aplicación más flexible y funcional del derecho, que le permita considerar adecuadamente todas las circunstancias particulares del caso concreto sometido a evaluación, resolviéndolo de conformidad con el sentido práctico y función de las instituciones jurídicas¹. Ello se puede observar contemporáneamente en el derecho privado chileno, incluido especialmente el derecho de contratos².

Pero la mayor preponderancia de la buena fe en la ordenación de la relación contractual no implica solamente ventajas, sino que conlleva también el riesgo de dinamitar los acuerdos contractuales y la distribución de riesgos dispuesta por los contratantes, siendo una potencial fuente de inseguridad jurídica. En la práctica contractual es relativamente frecuente que con fundamento en la buena fe uno de los contratantes pretenda desconocer lo pactado y los riesgos asumidos en virtud del contrato, invocando para esos efectos genéricamente los deberes de lealtad, honestidad y colaboración que subyacen a la buena fe contractual. La buena fe es alegada por una parte para reescribir el contrato, usualmente cuando alguno de sus riesgos o efectos económicos adversos se han materializado o amenazan con producir pérdidas financieras. Invocaciones de esa especie muestran que la buena fe contractual puede ser una espada de doble filo, la que puede contribuir a refinar el derecho de contratos, pero también mellarlo. Por eso, una tarea fundamental de la dogmática jurídica consiste en definir los contornos y, especialmente, los límites de la buena fe contractual en la regulación del contrato³.

¹ Así, SCHERMAIER, 2000, pp. 63-66, con referencias históricas y comparadas.

² De la creciente relevancia de la buena fe en la aplicación del derecho privado chileno, incluido el derecho de contratos, véase las revisiones y sistematizaciones jurisprudenciales de SAN MARTÍN, 2015, pp. 157 ss. y CORRAL, 2006, pp. 187 ss. Para la relevancia de la buena fe en la doctrina chilena reciente, entre otros, SCHOPF, 2018, pp. 109 ss.; DE LA MAZA, 2014, pp. 201 ss.; BOETSCH, 2011, pp. 93 ss.

³ CORRAL, 2020, pp. 111 ss.; SCHOPF, 2018, pp. 128-131; DE LA MAZA, 2014, pp. 219 ss., de los beneficios y, especialmente, los riesgos de la buena fe en la ordenación del contrato.

Con ese objeto en el derecho chileno se ha ido consolidando paulatinamente la distinción entre las diferentes funciones de la buena fe contractual, como una forma de manejar y controlar su aplicación. Dentro de esas funciones suele distinguirse entre una función de interpretación, de integración, de limitación y de corrección de la buena fe contractual. Cada una de esas funciones configura una tarea diferente, con presupuestos de aplicación y efectos jurídicos también diferentes. Por eso, una vez distinguidas las distintas funciones de la buena fe, una cuestión fundamental para su aplicación controlada consiste en trazar los contornos de cada una de ellas, lo que implica definir con la mayor precisión posible sus diferentes requisitos, efectos y límites en la ordenación de la relación contractual⁴.

A la luz de las premisas indicadas, este trabajo explora los límites de la buena fe en una de sus funciones específicas: la integración del contrato. El planteamiento central es que todos los límites de la buena fe en la integración contractual emanan de la naturaleza de esa función, la que tiene por objeto imputar un término implícito y complementario al contrato para suplir sus vacíos u omisiones constitutivos de lagunas contractuales. Por eso, la buena fe solamente puede ser fuente de obligaciones secundarias u otros efectos jurídicos accesorios o conexos, los que resultan siempre funcionales a las obligaciones principales del negocio, consentidas por los contratantes. Por el contrario, la buena fe no puede ser nunca la fuente de las obligaciones principales que definen la naturaleza del negocio, no puede alterar su sentido práctico o función, y no puede tampoco ser la fuente de deberes de conducta u otros efectos jurídicos accesorios que contravengan las estipulaciones expresas de los contratantes, ya que esas estipulaciones configuran el límite que define el exacto perímetro de toda laguna contractual.

De lo indicado se sigue que los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe para complementar el contrato resultan funcionales y se encuentran siempre subordinados a la voluntad común de los contratantes, la que configura la principal limitación de toda integración contractual. Por eso, todos los términos o elementos implícitos que integran el contrato con fundamento en la buena fe se encuentran en general a disposición de la voluntad de los contratantes, los que pueden modularlos anticipadamente mediante pactos expresos. Ello no significa que la buena fe contractual como principio regulador del contrato sea también disponible, tratándose inequívocamente de una norma de orden público. En consecuencia, resulta necesario distinguir entre la buena fe como principio regulador del derecho de contratos, la que resulta indisponible, y los deberes de conducta y demás efectos derivados de la misma para integrar el contrato, los que son por regla general disponibles y modulables por

⁴ CAMPOS, 2021, pp. 108 ss.; EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ, 2013, pp. 184-194; BOETSCH, 2011, pp. 155 ss., para las funciones de la buena fe contractual en el derecho chileno. De la recepción de la doctrina de las diferentes funciones de la buena fe en la jurisprudencia, Corte Suprema, 22.5.2019, rol 38.506-2017, c. 26; Corte de Apelaciones de Iquique, 28.5.2012, rol 650-2011, c. 7. Para un desarrollo pormenorizado de esta doctrina, la que tiene su origen en el derecho alemán, LOOSCHELDERS y OLZEN, 2015, Nrs. 171-209; y, tempranamente, WIEACKER, 1956, pp. 20 ss.

los contratantes, de acuerdo con sus particulares intereses comprometidos en el intercambio contractual.

Para el desarrollo del planteamiento indicado, en este texto se revisan sucesivamente la función de integración de la buena fe contractual, los límites de la función de integración de la buena fe contractual y lo disponible e indisponible de la buena fe en la integración de los contratos. Finalmente, se exponen las conclusiones del trabajo.

II. LA FUNCIÓN DE INTEGRACIÓN DE LA BUENA FE CONTRACTUAL

De acuerdo con su reconocimiento en el artículo 1546 del Código Civil, la tarea más elemental de la buena fe contractual es su función de integración del contrato. La integración contractual tiene por objeto imputar un término implícito al contrato para suplir sus vacíos u omisiones que configuran lagunas contractuales. En virtud de la función de integración contractual la buena fe es el soporte institucional y la fuente de una cantidad potencialmente indefinida de deberes secundarios de conducta y otros efectos jurídicos accesorios que se incorporan al contrato, suplementando sus vacíos u omisiones necesitados de reglamentación⁵. De conformidad al sentido y tenor literal del referido artículo 1546, el contenido sustantivo de los términos o elementos implícitos que se integran al contrato en virtud de la buena fe contractual puede ser definido por la ley, por la costumbre o en concreto por el juez en atención a la naturaleza de la obligación contratada⁶.

El presupuesto de la integración contractual con fundamento en la buena fe puede ser tenido por la existencia de un contrato válido, el que contiene lagunas contractuales⁷. Por tanto, los contratantes tienen que haber celebrado un contrato eficaz, lo que significa que tienen que haber consentido a lo menos en los elementos esenciales del negocio, que son los que definen la naturaleza del intercambio contractual y determinan los fines e intereses económicos perseguidos por las partes mediante su suscripción. En conjunto con la existencia de un contrato válido, la integración contractual tiene por presupuesto la existencia de un vacío u omisión en ese contrato que configura una laguna contractual. El vacío en el contrato configura una laguna contractual cuando existe una omisión en el acuerdo de las partes, la que resulta contraria a la planificación contractual convenida.

⁵ Entre otros, sobre la función de integración de la buena fe contractual en el derecho chileno, SCHOPF, 2021, pp. 68 ss.; CAMPOS, 2021, pp. 111 ss.; ALCALDE y BOETSCH, 2021, pp. 750 ss.; DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 183 ss.; ELORRIAGA, 2018a, pp. 72 ss.; TAPIA, 2015, p. 539; EYZAGUIRRE y RODRÍGUEZ, 2013, pp. 184-188; BOETSCH, 2011, pp. 115-119; GUZMÁN, 2002, pp. 12 y 14.

⁶ SCHOPF, 2021, pp. 69 ss.; SCHOPF, 2018, pp. 125-126; LYON, 2017, pp. 39 ss.

⁷ SCHOPF, 2021, pp. 56 ss.; TAPIA, 2015, pp. 541-543; DOMÍNGUEZ, 2011, pp. 256-257, para los presupuestos de la integración contractual en el derecho chileno. En el derecho comparado, en general, sobre la integración del contrato, véase, para el derecho español, DÍEZ y GUTIÉRREZ, 2020, Nrs. 135-340, pp. 1117-1243; para el derecho alemán, NEUNER, 2020, § 35 Nrs. 58-62, 67-71, pp. 420-421, 422-424; para el derecho italiano, BIANCA, 2007, pp. 520-542; y, para el derecho inglés, LEWISON, 2020, Nrs. 6.01-6.179, pp. 325-406.

Un vacío u omisión puede tenerse por contrario a la planificación contractual convenida cuando resulta “necesario” suplementarlo, para que el contrato pueda cumplir razonablemente con su sentido práctico y finalidad económica, respondiendo satisfactoriamente a las legítimas expectativas de las partes acerca de la economía de lo pactado⁸. Como resulta relativamente evidente, la determinación de cuándo efectivamente existe una genuina laguna en el contrato es un problema de interpretación contractual, mientras que su suplementación es un problema de integración del contrato, a la luz del estándar del contratante leal y honesto que subyace a la buena fe⁹.

En presencia de una genuina laguna en la planificación convencional, la integración del contrato con fundamento en la buena fe presupone siempre atender a la naturaleza del contrato, según se desprende del artículo 1546 del Código Civil¹⁰. La naturaleza del contrato permite definir el tipo contractual y seleccionar o precisar los diferentes deberes de conducta y demás efectos jurídicos accesorios que se integran implícitamente al contrato en virtud de la buena fe, para que este puede cumplir razonablemente con su sentido práctico y finalidad económica. A pesar de su relevancia, la naturaleza del contrato es un concepto legal que no se encuentra definido por la ley, pudiendo entenderse que el mismo hace fundamentalmente referencia a la operación económica que subyace al negocio. Ello implica asumir que el contrato está fundamentalmente constituido por un específico programa contractual orientado a la satisfacción de determinados fines e intereses económicos, que son, en definitiva, los perseguidos por los contratantes mediante la suscripción de la convención. Por lo mismo, la naturaleza del contrato permite determinar no solamente el tipo contractual, sino también incorporar la función económica o el fin del contrato como criterios centrales en la integración del programa contractual con fundamento en la buena fe¹¹.

La consideración fundamental que subyace a la función económica y el fin del contrato como criterios centrales de integración contractual con fundamento en la buena fe es que los contratos constituyen un medio o instrumento que el derecho pone a disposición de las personas particulares para que estas den forma jurídica a sus diferentes

⁸ Para la noción de laguna contractual en el derecho chileno, SCHOPF, 2021, pp. 61-62. En el derecho comparado, véase, para el derecho español, CARRASCO, 2021, N° 11/3, p. 535; y, para el derecho alemán, NEUNER, 2020, § 35 Nrs. 58-60, pp. 420-421; BUSCHE, 2018, Nrs. 38-40.

⁹ Sobre la delimitación entre interpretación e integración contractual, SCHOPF, 2021, pp. 63-64; LYON, 2017, p. 405; DOMÍNGUEZ, 2010, p. 255. Para los problemas de esa delimitación, Díez y GUTIÉRREZ, 2020, Nrs. 135-181, pp. 1117-1158.

¹⁰ Véase, LYON, 2017, pp. 69 ss., quien con buenos argumentos sostiene que al emplear el artículo 1546 la expresión “naturaleza de la obligación” se refiere en realidad a la naturaleza de la relación obligatoria considerada en su conjunto, lo que es lo mismo que la “naturaleza del contrato”.

¹¹ Respecto de la naturaleza del contrato en nuestro derecho, LYON, 1997, pp. 68-76; en un sentido similar, aunque limitado a la naturaleza del contrato como elemento de interpretación contractual, RUBIO, 2020, pp. 665 ss.; ELORRIAGA, 2018b, pp. 423-424. En un sentido restringido a la naturaleza de la obligación, pero equivalente en sus resultados, GUZMÁN, 2002, p. 17, sostiene en un influyente texto que cuando el artículo 1546 discurre sobre la naturaleza de la obligación, lo hace “para expresar la idea de que a partir del ser, estructura u organización de cada obligación puede derivarse algo no declarado, pero que resulta necesario para la total satisfacción de la prestación obligacional de que se trata”.

relaciones de intercambio y cooperación, orientadas a la satisfacción de determinados fines e intereses económicos¹². Esa concepción del contrato tiene por consecuencia que pueda asumirse como premisa fundamental que todos los términos o elementos que configuran el programa contractual están funcionalmente orientados a la satisfacción de esos fines e intereses. Por eso, en presencia de una genuina laguna en ese programa, la integración del contrato con fundamento en la buena fe implica siempre la imputación de un término o elemento implícito que sea coherente con el programa contractual convenido y que resulte funcional a los intereses que este pretende satisfacer, considerando el sentido práctico y fin económico del negocio.

Al amparo de la función económica o fin del negocio como criterios centrales de integración del contrato con soporte en la buena fe, un razonamiento jurídico fundamental para complementar el acuerdo es que, más allá de lo expresado por las partes, el deudor tiene un conjunto de deberes u obligaciones secundarias, conexas o accesorias orientadas a realizar todo lo razonablemente exigible para satisfacer los fines e intereses cautelados y perseguidos por el contrato, debiendo, a su vez, deudor y acreedor abstenerse de realizar todo lo que ponga en peligro la efectiva satisfacción de esos fines o intereses¹³. Lo anterior, de una manera que resulte consistente con los derechos y obligaciones de las partes, así como con sus respectivas esferas de control y riesgos, definidos según el sentido práctico del contrato.

En concordancia con lo señalado, se ha fallado por nuestros tribunales superiores de justicia que quien vende un vehículo motorizado tiene junto con la tradición y entrega del mismo, el deber accesorio de efectuar todos los trámites que sean necesarios para que resulte posible la efectiva inscripción del vehículo en el registro correspondiente¹⁴; que quien arrienda un inmueble para fines comerciales, cuya renta se calcula considerando un porcentaje de las ventas netas mensuales, tiene la obligación conexas implícita de entregar al arrendador toda la información de sus ventas a objeto de hacer efectivo el cálculo de las referidas rentas de arrendamiento¹⁵; que quien contrae la obligación de construir una casa destinada a vivienda tiene el deber secundario o conexo de efectuar las instalaciones eléctricas y tramitar las regularizaciones administrativas necesarias para que la casa resulte habitable¹⁶; y que quien presta servicios de corretaje de propiedades tiene el deber complementario al cumplimiento de su encargo de comunicar a su cliente la existencia de una oferta por un menor precio, cuando esta satisface eficazmente sus necesidades¹⁷.

En el marco de la función económica o fin del negocio como criterios centrales de integración contractual con fundamento en la buena fe pueden resultar relevantes

¹² ALCALDE, 2008, pp. 342 ss.; VIDAL, 2000, pp. 209-2010. Para la operación económica como noción fundamental en la comprensión del contrato, GABRIELLI, 2020, pp. 49 ss.

¹³ SCHOPF, 2018, p. 119; ELORRIAGA, 2018a, p. 70; ALCALDE, 2018, p. 336; LYON, 2017, pp. 39-40.

¹⁴ Corte Suprema, 6.10.2015, rol 975-2015; Corte Suprema, 2.9.2014, rol 14.243-2013.

¹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 8.4.2016, rol 13.163-2015.

¹⁶ Corte Suprema, 16.4.2014, rol 6.840-2002.

¹⁷ Corte Suprema, 27.1.2014, rol 20-2013.

también otras consideraciones que configuran el contexto fáctico y legal en que tiene lugar el contrato. Se trata de consideraciones que permiten precisar en concreto lo que una parte contratante puede esperar razonablemente de la otra más allá de lo declarado en la promesa contractual, considerando la específica operación económica que subyace a la convención. Dentro de esas consideraciones o criterios pueden incluirse, entre otros, la posición relativa de las partes, su nivel de sofisticación o especialidad, la posibilidad de negociación de las cláusulas del contrato, la duración del negocio, su carácter fiduciario o el nivel de detalles de la regulación convencional adoptada.

En todos los casos, los términos o elementos implícitos que se imputa al contrato deben satisfacer determinadas condiciones de incorporación a la convención para poder suplir sus lagunas. Esas condiciones se refieren fundamentalmente a su coherencia con el programa contractual acordado, así como a su adecuación para el razonable cumplimiento del fin del contrato, tal como este se encuentra concebido por los contratantes. En la definición de esas condiciones de incorporación a la convención de cualesquiera términos o elementos implícitos adquieren particular relevancia los límites de la función de integración de la buena fe contractual. Ello porque esos límites dan cuenta de hasta dónde puede fundamentarse legítimamente la incorporación de un deber de conducta o efecto jurídico específico al contrato con soporte en la función de integración de la buena fe contractual, sin desconocerlo o desnaturalizarlo. El traspaso de los límites de la integración contractual constituye de esta manera la más pura realización de los riesgos antes indicados, vinculados al desconocimiento y reescrituración del contrato por el juez, so pretexto de aplicar la buena fe contractual. Por ello, precisamente, resulta fundamental definir con exactitud los límites de la buena fe en la integración del contrato.

III. LOS LÍMITES DE LA BUENA FE EN LA INTEGRACIÓN CONTRACTUAL

La suplementación contractual y la consecuente configuración de los términos implícitos del contrato con fundamento en la buena fe tienen una serie de límites específicos, todos estos emanan de la propia naturaleza de la función de integración contractual, consistente precisamente en “complementar” con términos implícitos el acuerdo válidamente adoptado, para que este pueda cumplir razonablemente con su sentido práctico y finalidad económica. Los límites resultan válidos y rigen en iguales términos para la integración de los términos o elementos implícitos que tienen su origen en la ley, en la costumbre o en su configuración concreta por el juez, no pudiendo advertirse razón alguna que justifique un tratamiento diferenciado en función de la fuente de determinación del deber de conducta o efecto jurídico específico que se agrega al contrato en virtud de la buena fe contractual.

1. *Los elementos esenciales y obligaciones principales del contrato*

En atención a la función de complementación de la buena fe, un primer límite de la integración contractual consiste en que esta no puede ser nunca la fuente de los

elementos esenciales y las obligaciones principales del contrato, que son los que configuran la naturaleza del negocio¹⁸. Los elementos esenciales y las obligaciones principales del contrato tienen que ser necesariamente consentidos y fundarse en la voluntad común de los contratantes, por muy básica y elemental que esta sea. Ello se debe a que esos elementos esenciales y obligaciones principales son los que definen la operación económica que subyace a la convención y los fines e intereses económicos perseguidos por las partes mediante su suscripción, cuestión que queda necesariamente entregada a la autodeterminación individual¹⁹. En principio, el derecho objetivo no puede nunca mediante la buena fe subrogarse en esa voluntad común y definir la operación económica y los fines e intereses perseguidos por las partes mediante la contratación, lo que supondría una completa disolución de toda autodeterminación individual en la institución contractual²⁰. En ese sentido, por ejemplo, la buena fe contractual no puede ser nunca la fuente de determinación de la cosa vendida y del precio pagado por ella en la compraventa o del contenido del encargo en el contrato de mandato, lo que debe ser necesariamente determinado y consentido por ambos contratantes, fundándose en su intención común, por muy elemental y básica que esta sea. Por eso, así como se ha señalado entre nosotros, si bien es correcto que el acuerdo explícito de las partes es la más de las veces modesto²¹, también es correcto que el mismo resulta todas las veces por completo insustituible y esencial, al ser la fuente de definición de la naturaleza del negocio y, por lo mismo, de los fines e intereses perseguidos por los contratantes mediante la convención²². Por eso, una falta completitud de los elementos esenciales plantea un problema de existencia o validez del contrato, pero no uno de integración contractual.

En consecuencia, los términos que se incorporan al contrato como elementos implícitos en virtud de la integración contractual con fundamento en la buena fe son necesariamente obligaciones secundarias o conexas u otra especie de efectos jurídicos complementarios (derecho potestativos, obligaciones de seguridad, plazos, cargas, etc.), todos estos son siempre funcionales y sirven a la protección, satisfacción y cumplimiento de los fines e intereses económicos definidos por los propios contratantes al consentir en los elementos esenciales y obligaciones principales del acuerdo por ellos válidamente adoptado²³.

¹⁸ Así, en el derecho alemán, con referencia explícita a que la buena fe no puede fundar nunca las obligaciones principales del negocio, LOOSCHELDERS, 2018, § 4 N° 19, p. 33.

¹⁹ Para los elementos esenciales del contrato en el derecho chileno, entre otros, DOMÍNGUEZ, 2020, pp. 43-44; CORRAL, 2018, p. 512. De los elementos esenciales como los elementos que definen la naturaleza del contrato, los que en nuestra tradición jurídica son concebidos como una expresión de la autodeterminación individual, por lo que tienen que ser necesariamente consentidos por los contratantes, ZIMMERMANN, 1996, p. 234; COING, 1996, t. I, p. 520; GORDLEY, 1991, p. 61, todos con referencias históricas.

²⁰ Véase SCHAPP, 1986, pp. 50-51.

²¹ DE LA MAZA y VIDAL, 2018, p. 184.

²² BARROS, 2020, p. 41.

²³ ELORRIAGA, 2018a, pp. 72 y 74; PRADO, 2015, pp. 154 ss. para el derecho chileno; en sentido análogo, para el derecho español, DÍEZ y GUTIÉRREZ, 2020, N° 307, pp. 1225-1226.

2. *La función económica y el sentido del contrato*

En razón de esa misma naturaleza complementaria y accesoria, los términos o elementos implícitos que se incorporan al contrato en virtud de la buena fe no pueden tampoco nunca modificar el tipo contractual o alterar la función económica y sentido del negocio, tal como este fue concebido por la voluntad común de las partes, produciendo su desnaturalización. La elección de un tipo de negocio para la consecución de determinados fines e intereses es algo que queda necesariamente reservado a la autoterminación individual de los contratantes, de manera que en virtud de la buena fe no pueden integrarse al contrato términos o elementos implícitos que modifiquen el tipo contractual convenido o alteren el sentido práctico y función del negocio, transformando el diseño contractual adoptado por las partes. Por eso, el término o elemento implícito que se integra al contrato debe ser siempre coherente y funcional al sentido y fin del tipo contractual convenido.

Así, por ejemplo, en un contrato de ingeniería, diseño y construcción a suma alzada (contrato EPC), en virtud de la buena fe no puede integrarse al contrato un término o elemento implícito que ponga sobre el mandante todo o parte de los riesgos de diseño o los riesgos de variación de los costos directos o gastos generales de la obra, ya que ello supondría una desnaturalización del sentido y función económica del contrato, tal como este fue concebido, diseñado y consentido por los contratantes²⁴.

3. *Los términos y estipulaciones expresas válidamente consentidas por las partes*

De modo análogo, también en razón de la función de complementación de la integración contractual, el contenido de todos los términos o estipulaciones explícitas válidamente consentidas por las partes configura un límite a toda integración contractual admisible. Ello, aunque esas estipulaciones se refieran a aspectos laterales o accidentales del negocio. El límite se manifiesta en que los elementos implícitos que se incorporan al contrato en virtud de la operación de integración contractual con fundamento en la buena fe bajo ninguna circunstancia pueden sustituir, resultar incoherentes o contravenir el contenido de los términos o elementos explícitos válidamente estipulados por los contratantes. En particular, los elementos que se incorporan al contrato en virtud de la función de integración de la buena fe contractual no pueden servir nunca de antecedente para corregir, rectificar o modificar los derechos, obligaciones, distribución de riesgos, asignación de cargas y, en general, el contenido de las estipulaciones contractuales válidamente acordadas por los contratantes, modificando lo libremente convenido en beneficio de una parte y en perjuicio de la otra. Los jueces no tienen el poder ni la facultad de alterar a su solo arbitrio los términos y estipulaciones válidamente adoptadas por los contratantes. Por eso, no resulta posible imputar un término implícito al contrato si el mismo resulta inconsistente o contradictorio con las términos expresas válidamente

²⁴ Véase CARRASCO 2021, N° 11/4, pp. 536.

acordados. Los términos convenidos por los contratantes son un filtro y, en definitiva, un límite a toda integración contractual admisible, no pudiendo esos términos ser en principio desconocidos por el juez²⁵. Por lo mismo, la buena fe contractual no puede servir nunca de justificación para vaciar de contenido el contrato, reescribir lo expresamente estipulado por las partes o alterar en algún sentido lo válidamente pactado²⁶.

La configuración de lo expresamente pactado por los contratantes como límite a toda integración contractual admisible con fundamento en la buena fe ha sido reconocido explícitamente por nuestra jurisprudencia. En dos sentencias particularmente elocuentes la Corte Suprema ha declarado en este sentido que “el artículo 1545 del Código Civil dispone, como es sabido, que todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por consentimiento mutuo o por causas legales, de lo que se sigue que si, como se indicó, las partes previeron y acordaron soberanamente que se produciría un determinado efecto en una también determinada circunstancia, nadie, ni aun el juez, puede contradecir esa manifestación de voluntad conjunta”²⁷; y que el artículo 1546 del Código Civil, “si bien sirve como herramienta integradora del contrato, por sí misma no es adecuada para dejar sin efecto cláusulas que libre y voluntariamente acordaron los contratantes”²⁸.

La restricción señalada es una consecuencia del presupuesto más elemental de la integración contractual, cual es la existencia de un contrato válidamente suscrito que contiene una laguna que debe ser colmada, siendo su límite más inmediato el lugar exacto donde esa laguna termina, el que está precisamente constituido por los términos y estipulaciones válidamente acordados por los contratantes²⁹. Por lo mismo, la función de integración de la buena fe contractual debe ser claramente distinguida de su función de corrección, la que se vincula con una operación jurídica que se sujeta a criterios por completo diferentes y significativamente más estrictos, siendo su ámbito de aplicación mucho más problemático y, en todo evento, por completo excepcional en el derecho de contratos. Ello al presuponer la función de corrección una verdadera ruptura o quiebre del contrato, por circunstancias extraordinarias e imprevistas, que alteran radicalmente las bases del negocio y lo hacen económicamente insostenible o privan de toda racionalidad económica y comercial³⁰.

²⁵ Así, CARRASCO 2021, Nrs. 11/4 y 11/7, pp. 536 y 539.

²⁶ ELORRIAGA, 2018a, p. 88-89; ALCALDE, 2018, pp. 338; JOHOW, 2005, 222; en el derecho comparado, en un sentido análogo, para el derecho español, SALVADOR y GARCÍA-MICÓ, 2020, pp. 30, 33-35, 47 y 51; para el derecho alemán, LARENZ y WOLF, 1997, § 28 Nrs. 115-117, pp. 565-566; FLUME, 1979, pp. 326-328; y, para el derecho europeo en general, KÖTZ, 2015, p. 153. Aunque sin referencia a la buena fe, consideraciones análogas rigen en la configuración judicial de los términos implícitos del contrato en el derecho inglés. Al respecto, LEWISON, 2020, Nº 6.107, p. 374; TREITEL y PEEL, 2020, Nº 6-063, pp. 262-263.

²⁷ Corte Suprema, 9.12.2008, rol 6.341-2007, c. 4.

²⁸ Corte Suprema, 7.11.2016, rol 52.838-2016, c. 9.

²⁹ Véase, en un sentido similar, TAPIA, 2015, pp. 543-544.

³⁰ SALVADOR y GARCÍA-MICÓ, 2020, pp. 30, 33, 35, 47 y 51. Véase, asimismo, MEDICUS y LORENZ, 2021, § 14, Nº 15, p. 57, quienes destacan el carácter altamente problemático de la función de corrección de la buena fe contractual, así como la necesidad de proceder con el máximo cuidado en su tratamiento.

IV. LO DISPONIBLE Y LO INDISPONIBLE DE LA BUENA FE EN LA INTEGRACIÓN DE LOS CONTRATOS

La revisión de los diferentes límites de la buena fe en la integración contractual da cuenta de que los mismos resultan todos en última instancia reconducibles a la voluntad común de los contratantes, la que constituye la principal restricción en la configuración de todos los términos o elementos implícitos del contrato. Los términos o elementos implícitos que se integran al contrato en virtud de la buena fe contractual son siempre funcionales y se encuentran siempre todos subordinados a la voluntad común de los contratantes, la que delimita negativamente sus contornos y condiciona su contenido. Ello da cuenta de que los deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se derivan de la buena fe contractual para incorporarse a la convención se encuentran en general a disposición de los contratantes³¹. Por eso, dentro de los límites generales de la autonomía privada, todos los términos o elementos implícitos que con fundamento en la buena fe integran el contrato pueden ser anticipadamente renunciados, modificados o modulados por los contratantes mediante pactos o estipulaciones especiales que se ajustan a sus particulares intereses contractuales³². En ese sentido, por ejemplo, nada se opone, en principio, a que los contratantes anticipadamente renuncien o supriman la obligación de no competir en la venta de una empresa, modifiquen el alcance de los deberes de información en un contrato de construcción o modulen las condiciones de ejercicio del derecho a poner término a un contrato indefinido de suministro o de distribución, todo ello, a falta de una cláusula especial, se rige por los términos implícitos que se integran al contrato con fundamento en la buena fe contractual. En otras palabras, los contratantes pueden adelantarse a la función de integración de la buena fe contractual acerca de un asunto específico, adoptando una estipulación especial a su respecto y evitando de ese modo la configuración de una laguna en el contrato necesitada de suplementación o integración contractual³³.

En términos generales, lo indicado significa que los deberes de conducta y de demás efectos jurídicos que se derivan de la buena fe para integrar el contrato son fundamentalmente modulables y disponibles por las partes, configurando en su conjunto derecho dispositivo. El derecho contractual dispositivo no se restringe en este sentido solamente

Del carácter por completo excepcional de la corrección del contrato con fundamento en la buena fe, se ha fallado por nuestros tribunales que, "cabe preguntarse por los casos en que nuestro legislador permite corregir el contrato en razón de la buena fe, cuestión que desde ya, cabe advertir como excepcional, pues, en principio debe regir la autonomía de la voluntad o autonomía privada, consagrada en el artículo 1545 del Código Civil", Séptimo Juzgado Civil de Santiago, 30.3.2017, rol 20.628-2014, confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 4.1.2018, rol 5.637-2017 (recurso de apelación) y Corte Suprema, 6.12.2019, rol 6.431-2018 (casación en el fondo).

³¹ Así, en el derecho español, SALVADOR y GARCÍA-MICÓ, 2020, p. 42.

³² De los límites a la autonomía privada en el derecho chileno, en general, DOMÍNGUEZ, 2020, pp. 48, 236-237, 289; CORRAL, 2018, pp. 498 ss. De la relación en ese contexto entre la ley, el orden público y las buenas costumbres, SCHOPF, 2017, pp. 581 ss.

³³ Para este punto, aunque con diferencias, véase CARRASCO, 2021, N° 11/29, pp. 554-555.

a la legislación dispositiva, sino que está compuesto también por la costumbre contractual y las reglas definidas por los jueces cuando desarrollan la buena fe para integrar los negocios jurídicos. Por eso, en presencia de un contrato eficaz y válidamente acordado, lo ordenado por la buena fe como contenido positivo y efecto de ese contrato se subordina en principio siempre a lo válidamente acordado por las partes como contenido de esa misma relación obligatoria de origen convencional³⁴.

La disponibilidad señalada no significa que la buena fe contractual sea en sí misma también de naturaleza dispositiva. En conjunto con el principio de la autonomía privada la buena fe se encuentra en las bases más elementales del derecho de contratos, de manera que negar su vigencia como principio ordenador de la relación contractual implica negar la estructura de valores más básica y elemental sobre las cuales se construye la institución del contrato. En este sentido, si las partes pudieran disponer o renunciar genéricamente a la buena fe contractual, ello equivaldría a una autorización general para actuar de una manera desleal y deshonesto en el desarrollo y ejecución de la relación contractual, lo que no solo resulta incompatible con la idea misma de contrato como institución fundada en la confianza, sino que colisiona también con la función normativa más elemental que el contrato desempeña en el marco del ordenamiento jurídico y económico, permitiendo la configuración libre y espontánea de relaciones de intercambio y cooperación fundadas en la iniciativa individual³⁵. Por lo mismo, parece inequívoco que el principio de buena fe contractual constituye una norma de orden público que no se encuentra a disposición de las partes contratantes, las que no pueden renunciar genéricamente a la misma como principio ordenador de la relación obligatoria. La estipulación que así lo hace debe tenerse por viciada, al resultar contraria a las condiciones más elementales de posibilidad del contrato, expresadas en las nociones de orden público y buenas costumbres (Código Civil, artículos 1461, 1467 y 1682)³⁶. La Corte Suprema ha ratificado lo

³⁴ Con fundamento en el tenor literal del texto del artículo 1546, la Corte Suprema ha reconocido la señalada primacía de los términos explícitos sobre los términos implícitos del contrato -los que llama tácitos- declarando respecto de esa primacía que, “la cuestión la resuelve expresamente el artículo 1546 del Código Civil al disponer que en las convenciones prima la ley del contrato, esto es, sus cláusulas escritas, lo que en ellas se expresa”, ya que, “al emplear dicho artículo la conjunción adversativa sino precedida del modo adverbial no solo establece una forma de construcción de la oración que denota adición de otro u otros miembros a la cláusula, cabe decir se agregan a las cláusulas escritas las cosas tácitas que por su naturaleza pertenecen al contrato dándoles a aquellas el carácter de principales” (Corte Suprema, 13.8.1956, RDJ, t. 53, sec. 1ª, p. 165).

³⁵ BARROS, 2020, p. 39; y, SCHOPF, 2018, pp. 117-121, con referencia a LARENZ, 1979, pp. 80-87, para la confianza como valor constitutivo del derecho de contratos que subyace a la buena fe contractual. Para la protección de la confianza como principio autónomo y más general que la buena fe en el derecho de contratos, LÓPEZ, 2019, pp. 128 ss.

³⁶ ALCALDE y BOETSCH, 2021, pp. 752-754; ELORRIAGA, 2018a, pp. 71 y 88; BOETSCH, 2011, p. 96-98; FUEYO, 1990, p. 185, para la buena fe como norma general de orden público. De la nulidad del pacto que excluye con alcance general la buena fe contractual, SCHOPF, 2017, p. 577. En el derecho comparado, acerca de la indisponibilidad general del principio de buena fe contractual, entre otros, en el derecho español, SALVADOR y GARCÍA-MICÓ, 2020, pp. 37-38; en el derecho francés, FABRE-MAGNAN, 2019, N° 131, p. 109; en el derecho alemán, SCHUBERT, 2019, N° 92; LOOSCHELDERS y OLZEN, 2015, Nrs. 107-108; y, en el derecho italiano, BIANCA, 2007, pp. 522-523.

indicado, declarando expresamente que el artículo 1546 “es una norma imperativa que ordena que los contratos se ejecuten de buena fe”³⁷.

Pero de la indisponibilidad general de la buena fe contractual como principio regulador del contrato puede y debe distinguirse la disponibilidad de los específicos deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se derivan de su desarrollo, especificación y concreción, cuando esta tiene por función la integración del contrato. Ello puede justificarse considerando que en virtud de esa función de integración contractual la buena fe sirve fundamentalmente de soporte a diversos términos o elementos que se incorporan implícitamente a un contrato válidamente suscrito para suplir coherentemente sus lagunas, cuyo origen se encuentra en la existencia de aspectos laterales del negocio que no fueron regulados por los acuerdos de los contratantes, pero que pudieron haberlo sido de haber estos adoptado una estipulación contractual específica a su respecto. Por definición, por tanto, se trata de aspectos laterales referidos al contenido y a los efectos del contrato válidamente adoptado, que se encuentran dentro de la esfera de disposición y modulación de los contratantes.

En consecuencia, puede sostenerse que la buena fe contractual como principio general del derecho de contratos resulta en sí misma indisponible al formar parte de las bases y condiciones más elementales de la institución del contrato. Pero los deberes de conductas y demás efectos jurídicos que se derivan de la buena fe para complementar e integrar las lagunas del contrato pueden ser anticipadamente renunciados, modificados o modulados por el acuerdo de los contratantes, según sus particulares intereses contractuales³⁸.

En todo evento, de manera excepcional el legislador puede ordenar que todos los deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se incorporan al contrato en virtud de un desarrollo, especificación y concreción de la buena fe contractual resulten indisponibles, cuando existen razones especiales y calificadas que así lo justifiquen. Ese es paradigmáticamente el caso en el derecho de consumidores, en que por razones vinculadas a la posición asimétrica de las partes y la necesidad de protección del contratante débil el derecho dispositivo derivado de la buena fe contractual es en su conjunto y en bloque transformado en derecho indisponible o de orden público³⁹. Ello bajo la condición de que la renuncia, sustitución o modificación perjudique al contratante débil, provocando un desequilibrio importante en los derechos y obligaciones de las partes derivadas del contrato (Ley N° 19.496, artículo 16 letra g). En ese caso, mediante una sola “norma de conversión general” el legislador transforma en bloque el derecho contractual dispositivo

³⁷ Corte Suprema, 22.5.2019, rol 38.506-2017, c. 27.

³⁸ De la distinción entre la indisponibilidad general de la buena fe como principio del derecho de contratos, y la pregunta por disponibilidad de los específicos deberes de conducta y demás efectos jurídicos que de ella se derivan, dependiendo del círculo de funciones que esta desempeña, en el derecho alemán, SCHUBERT, 2019, N° 92; LOOSCHELDERS y OLZEN, 2015, Nrs. 107-109; y, especialmente, TEICHMANN, 1990, Nrs. 107-112.

³⁹ Para esta idea, referida a la transformación en bloque del derecho dispositivo en derecho imperativo o de orden público, CARRASCO, 2021, N° 11/34, p. 559.

en derecho contractual indisponible o de orden público, con fundamento en la necesidad de proteger al contratante débil. Por eso, de pactarse una estipulación en que se renuncian, reemplazan o modifican los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe contractual y cumplirse con las otras condiciones previstas en la ley, la cláusula se tiene por ineficaz, al resultar contraria al artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496⁴⁰. Con esa conversión general parece ser la función misma de la buena fe contractual la que es transformada, para pasar a formar parte de una norma de orden público que desempeña una función de una injerencia mucho más radical en la autonomía de las partes, que controla la validez de los pactos que pueden adoptarse válidamente en la contratación en el derecho de consumidores⁴¹.

Sin embargo, excluidos esos supuestos y ámbitos especiales, en nuestro derecho de contratos la buena fe no desempeña en general una función de control de validez de las cláusulas que pueden legítimamente estipular los contratantes. Por eso, por regla general, las estipulaciones en que los contratantes renuncian, modifican o modulan anticipadamente los deberes de conducta y demás efectos jurídicos específicos derivados de la buena fe contractual para integrar el contrato son esencialmente válidos y eficaces, teniendo los términos o elementos explícitos fundados en la voluntad de común primacía sobre los términos o elementos implícitos que se integran al contrato en virtud de la buena fe. Dentro de los márgenes que definen su validez, la voluntad común de los contratantes tiene preferencia sobre la buena fe en la definición del contenido positivo y los efectos del contrato. Ello explica que la voluntad común de los contratantes constituya el límite más inmediato de toda operación de integración contractual con fundamento en la buena fe, la que está siempre dirigida a suplir y complementar coherentemente las lagunas del contrato válidamente suscrito, pero no a reescribirlo o desnaturalizarlo.

V. CONCLUSIONES

La buena fe contractual ha adquirido una importancia creciente en el derecho chileno, permitiendo una aplicación más flexible y funcional del derecho de contratos, que permite considerar adecuadamente todas las circunstancias particulares del caso concreto sometido a evaluación. Pero la mayor preponderancia de la buena fe en la regulación del contrato genera también el riesgo de dinamitar los acuerdos contractuales, siendo una potencial fuente de inseguridad jurídica. Por lo mismo, una tarea fundamental de la dogmática jurídica consiste en definir los contornos de la buena fe contractual, para controlar y manejar su aplicación. Con ese objeto se ha ido consolidando paulatinamente

⁴⁰ Del artículo 16 letra g) de la Ley N° 19.496, BARRIENTOS, 2019, pp. 136 ss.; MOMBERG, 2013, pp. 9-27; MOMBERG y PIZARRO, 2013, pp. 340-351; DE LA MAZA, 2004, pp. 35 ss.

⁴¹ Para la protección del contratante débil como consideración fundamental para configurar normas de orden público en el derecho privado, así como su desarrollo y expansión en el derecho contemporáneo, véase, en el derecho chileno, ISLER, 2019, pp. 67-70, 89 ss.; TAPIA, 2005, pp. 235 ss.; y, en el derecho comparado, GRIGOLEIT, 2012, pp. 1127 y 1129 ss.; KÖRTZ, 2012, Nrs. 39-47, pp. 20-24.

la distinción entre las diferentes funciones de la buena fe contractual, las que tienen presupuestos de aplicación, efectos jurídicos y límites también diferentes.

Dentro de las diferentes funciones de la buena fe contractual, aquella que puede tenerse por su tarea más originaria y elemental es la función de integración del contrato. En virtud de esa función la buena fe es el antecedente de una cantidad potencialmente indefinida de deberes secundarios de conducta y otros efectos jurídicos accesorios o conexos, todos estos se imputan al contrato para suplementar sus lagunas. Los criterios centrales que rigen la integración contractual con fundamento en la buena fe pueden tenerse por la función económica y el fin del contrato. En virtud de esos criterios, puede asumirse que más allá de lo expresamente declarado por las partes, el deudor tiene un conjunto de deberes secundarios o conexos orientados a realizar todo lo razonablemente exigible para satisfacer los fines e intereses cautelados y perseguidos por el contrato, debiendo, a su vez, acreedor y deudor abstenerse de realizar todo lo que ponga en peligro la efectiva realización de esos fines o intereses. Ello de una manera que resulte consistente con la esfera de acción y riesgo propia de cada parte, definida según el sentido práctico del contrato. En conjunto con la función económica o fin del contrato pueden resultar relevantes también otros criterios o consideraciones, todos estos configuran el contexto fáctico y legal en que tiene lugar el contrato, los que determinan lo que un contratante puede esperar razonablemente del otro más allá de lo expresamente declarado en la promesa contractual.

En todos los casos, los términos implícitos que se integran al contrato en virtud de la buena fe deben satisfacer un conjunto de condiciones de incorporación a la convención, referidos fundamentalmente a su coherencia con el programa contractual convenido y a su adecuación para el razonable cumplimiento del fin del contrato, tal como este se encuentra definido por las partes. En la definición de esas condiciones adquieren particular relevancia los límites de la función de integración de la buena fe contractual, los que dan cuenta de hasta dónde puede atribuirse un término implícito al contrato con fundamento en la buena fe, sin generarse los riesgos antes indicados, referidos al desconocimiento y desnaturalización del contrato. Por lo mismo, el traspaso de esos límites tiene precisamente por efecto desconocer o desnaturalizar el contrato, con el consecuente riesgo de afectación de la seguridad del tráfico jurídico. Ello da cuenta de la relevancia de definir con exactitud los límites de la buena fe en la integración contractual.

En general, todos los límites de la función de integración de la buena fe emanan de la propia naturaleza de esa función, la que tiene por objeto complementar el acuerdo de los contratantes, suplementando sus lagunas. Por lo mismo, la buena fe no puede ser nunca la fuente de los elementos esenciales u obligaciones principales del contrato, que son los que definen la naturaleza del intercambio contractual y los fines e intereses perseguidos por los contratantes mediante su suscripción. Los elementos esenciales y obligaciones principales del contrato tienen que fundarse necesariamente en la voluntad común de los contratantes, por muy básica y elemental que esta sea. Una falta de completitud referida a los elementos esenciales y las obligaciones principales plantea un problema de existencia o validez del contrato, pero no uno de integración contractual. En consecuencia, los términos que se incorporan al contrato en virtud de la buena fe

contractual solo pueden ser obligaciones conexas, secundarias o accesorias u otra especie de efectos jurídicos complementarios, todos estos son siempre funcionales y sirven a la satisfacción y cumplimiento de los fines e intereses perseguidos por los contratantes. De igual manera, los deberes secundarios de conducta y demás efectos jurídicos accesorios que se integran al contrato en virtud de la buena fe no pueden nunca modificar, alterar o sustituir el tipo y la función económica del contrato, tal como este se encuentra definido por los contratantes, ya que ello supondría una completa desnaturalización del contrato, invadiéndose la esfera de autodeterminación individual reservada a las partes en la contratación. Por último, también en razón de su naturaleza complementaria destinada a suplir lagunas contractuales, los términos implícitos que se integran al contrato en virtud de la buena fe no pueden nunca contravenir el contenido de cualesquiera términos o elementos explícitos válidamente acordados por los contratantes, corrigiendo o rectificando los derechos, obligaciones, distribución de riesgos y, en general, lo libremente acordado por las partes. Ello porque los términos o elementos consentidos por las partes delimitan el exacto perímetro de toda laguna contractual, la que precisamente es suplementada con fundamento en la buena fe. De esta manera, en la definición del contenido del contrato la voluntad común de los contratantes tiene primacía sobre la buena fe contractual, constituyendo el límite más inmediato a toda integración contractual admisible.

La primacía de la voluntad común de los contratantes en la definición del contenido del negocio da cuenta de que los deberes de conducta y demás efectos jurídicos derivados de la buena fe contractual para integrar los contratos se encuentran en general a disposición de los contratantes, pudiendo ser anticipadamente renunciados, reemplazados o modulados por las partes de conformidad con sus particulares intereses comprometidos en el intercambio contractual. Por lo mismo, los deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se derivan de la buena fe para integrar los contratos configuran por regla general derecho contractual dispositivo. Lo indicado no implica bajo ninguna circunstancia que la buena fe contractual, como principio regulador del contrato, sea también disponible. Por el contrario, la buena fe constituye uno de los principios más elementales sobre los cuales se construye la institución del contrato, tratándose inequívocamente de una norma de orden público que no se encuentra a disposición de los contratantes. Pero de esa indisponibilidad general de la buena fe contractual puede y debe distinguirse la disponibilidad de los específicos deberes de conducta y demás efectos jurídicos que se derivan de su desarrollo y concreción, cuando la misma tiene por función integrar el contrato. Ello se funda en que en su función de integración la buena fe es fuente y soporte jurídico de un conjunto de términos o elementos implícitos que se imputan al contrato para suplir sus lagunas, esto es, para colmar vacíos u omisiones referidos a aspectos laterales del negocio que pudieron haber sido regulados convencionalmente por las partes, pero que no lo fueron, siendo necesaria su suplementación para que el contrato pueda cumplir razonablemente con su sentido práctico y finalidad económica. Se trata así, por definición, de aspectos que se encuentran dentro del ámbito de disposición de la autonomía privada de las partes.

De manera excepcional, el legislador puede ordenar que todo el derecho dispositivo derivado de la buena fe contractual sea indisponible, cumplidos determinados requisitos, si existen razones especiales y calificadas que así lo justifican, como sucede paradigmáticamente en el derecho de consumo. Con ello parece ser la función misma de la buena fe contractual la que es transformada, pasando a formar parte de una norma de orden público que controla el contenido de los contratos en el derecho de consumidores.

Sin embargo, excluidos esos supuestos y ámbitos especiales, la buena fe no desempeña en general una función de control de validez de los pactos que pueden estipular válidamente los contratantes, sino que primordialmente una función de integración de lagunas contractuales, destinada a suplementar y complementar el contrato, cuyo límite más inmediato se encuentra, precisamente, en la voluntad común de los contratantes válidamente declarada. La efectiva observancia de ese límite evita que mediante la buena fe se reescriba y desnaturalice el contrato. Así la buena fe se transforma en un instrumento que efectivamente contribuye a refinar el derecho de contratos, pero no a dinamitarlo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Enrique, 2018: *La Responsabilidad Contractual*, Santiago, Ediciones UC.
- ALCALDE, Enrique y BOETSCH, Cristián, 2021: *Teoría General del Contrato*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ALCALDE, Jaime, 2008: “La causa de la relación obligatoria”, en Alejandro Guzmán (editor), *Estudios de Derecho Civil III*, Santiago, Legal Publishing, pp. 339-394.
- BARRIENTOS, Francisca, 2019, *Lecciones de Derecho del Consumidor*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARROS, Enrique, 2020: “Aspectos fundamentales del actual desarrollo interno del derecho de contratos. Crítica al modelo económico neoclásico del contrato”, en Rodrigo Barría, Alfredo Ferrante, Lilian C. San Martín (editores), *Presente y Futuro el Derecho Contractual*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 29-42.
- BOETSCH, Cristián, 2011: *La Buena Fe Contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BUSCHE, Jan, 2018: “§ 157 Auslegung von Verträgen”, en *Münchener Kommentar zum BGB* (8ª edición), München, C. H. Beck.
- CAMPOS, Sebastián, 2021: “Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 37, pp. 105-159.
- CARRASCO, Ángel, 2021: *Derecho de Contratos* (3ª edición), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters - Aranzadi.
- COING, Helmut, 1996: *Derecho Privado Europeo*, Tomo I, Madrid, Fundación Cultural del Notariado.
- CORRAL, Hernán, 2006: “La aplicación jurisprudencial de la buena fe objetiva en el ordenamiento jurídico chileno”, en *Temas de Contratos*, Tomo III, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 187-226.
- CORRAL, Hernán, 2018: *Curso de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán, 2020: “El principio de buena fe en el derecho civil. Riquezas y miserias”, en Jaime Arancibia (editor), *La Buena Fe en el Derecho*. Valencia, Tirant Lo Blanch, pp. 107-124.
- DE LA MAZA, Iñigo, 2004, “El control de las cláusulas abusivas y la letra g”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 3, pp. 35-68.

- DE LA MAZA, Íñigo, 2014: “La buena fe como dispositivo de ponderación”, en Íñigo de la Maza, Antonio Morales y Álvaro Vidal, *Estudios de Derecho de Contratos*, Santiago, Legal Publishing - Thomson Reuters, pp. 201-228.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, 2018: *Cuestiones de Derecho de Contratos*, Santiago, Thomson Reuters.
- DÍEZ, Helena y GUTIÉRREZ, Pilar, 2020: “Interpretación e integración del contrato”, en Rodrigo Bercovitz (director), *Tratado de Contratos* (3ª edición), Tomo I, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 985-1252.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, 2010: “Aspectos de la integración del contrato”, en Gonzalo Figueroa, Enrique Barros y Mauricio Tapia (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, Abeledo Perrot - Legal Publishing, pp. 251-262.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, 2020, *Teoría General del Negocio Jurídico* (3ª edición), Valparaíso, Prolibros.
- ELORRIAGA, Fabián, 2018a: “Manifestaciones y límites de la buena fe objetiva en la ejecución de los contratos. Criterios jurídicos para la resolución de situaciones contractuales difusas”, *Revista de Ciencias Jurídicas*, Nº 73, pp. 63-94.
- ELORRIAGA, Fabián, 2018b: “Las reglas sobre interpretación de los contratos en los códigos civiles de Chile y España”, en Álvaro Vidal (director), *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 407-444.
- EYZAGUIRRE, Cristóbal y RODRÍGUEZ, Javier, 2013: “Expansión y límites de la buena fe objetiva – A propósito del proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 21, pp. 137-215.
- FABRE -MAGNAN, Muriel, 2019: *Droit des obligations. 1- Contrat et engagement unilatéral* (5ª edición), Paris, PUF.
- FLUME, Werner, 1979: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts. Das Rechtsgeschäft* (3ª edición), Berlin - Heidelberg - New York, Springer Verlag.
- FUEYO, Fernando, 1990: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GABRIELLI, Enrico, 2020: *El Contrato. Del Tipo Contractual a la Operación Económica*, Santiago, Ediciones Olejnik.
- GORDLEY, James, 1991: *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Oxford, Clarendon Press.
- GRIGOLEIT, Hans Christoph, 2012: “Mandatory Law (Fundamental Regulatory Principles)”, en Jürgen Basedow, Klaus J. Hopt, Reinhard Zimmermann y Andreas Stier (editores), *The Max Planck Encyclopedia of European Private Law*, Volumen II, Oxford, Oxford University Press, pp. 1121-1131.
- GUZMÁN, Alejandro, 2002: “La buena fe en el Código Civil de Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 29, Nº 1, pp. 11-23.
- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del Consumo. Nociones Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- KÖTZ, Hein, 2012: *Vertragsrecht* (2ª edición), Tübingen, Mohr Siebeck.
- KÖTZ, Hein, 2015: *Europäisches Vertragsrecht* (2ª edición), Tübingen, Mohr Siebeck.
- JOHOW SANTORO, Christian, 2005: “La interpretación del contrato y la buena fe”, en Juan Andrés Varas y Susan Turner (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil*, Santiago, Legal Publishing, pp. 213-233.
- LARENZ, Karl, 1979: *Richtiges Recht*, München, C. H. Beck.
- LARENZ, Karl y WOLF, Manfred, 1997: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (8ª edición), München, C. H. Beck.
- LEWISON, Kim, 2020: *The Interpretation of Contracts* (7ª edición), London, Sweet & Maxwell - Thomson Reuters.
- LÓPEZ, Patricia, 2019: “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el *iter* contractual: una

- aproximación desde la doctrina y la jurisprudencia chilenas”, *Revista de Derecho Privado (Universidad del Externado de Colombia)*, N° 36, pp. 127-168.
- LOOSCHELDERS, Dirk, 2018: *Schuldrecht. Allgemeiner Teil* (16ª edición), München, Franz Vahlen Verlag.
- LOOSCHELDERS, Dirk y OLZEN, Dirk, 2015: “§ 242 Leistung nach Treu und Glauben”, en *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Berlin, Sellier - de Gruyter, pp. 339-735
- LYON, Alberto, 2017: *Integración, Interpretación y Cumplimiento de Contratos*, Santiago, Ediciones UC.
- MEDICUS, Dieter y LORENZ, Stephan, 2021: *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil* (22ª edición), München, C. H. Beck.
- MOMBERG, Rodrigo, 2013: “El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial del contrato”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVI, N° 1, pp. 9-27.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos, 2013: “Artículo 16 g)”, en Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores), *La Protección de los Derechos de los Consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 340-351.
- NEUNER, Jörg, 2020: *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (12ª edición), München, C.H. Beck.
- PRADO, Pamela, 2015: *La Colaboración del Acreedor en los Contratos Civiles*, Santiago, Thomson Reuters.
- RUBIO, Francisco, 2020: “Una aproximación histórico dogmática al artículo 1563, inciso primero. La naturaleza del contrato como elemento de interpretación en el Código Civil chileno”, en Fabián Elorriaga (editor), *Estudios de Derecho Civil XV*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 665-683.
- SALVADOR CODERCH, Pablo y GARCÍA-MICÓ, Tomás Gabriel, 2020: “Concepción contextual de la buena fe contractual”, *InDret*, N° 1/2020.
- SAN MARTÍN, Lilian, 2015: *La Buena fe en la Jurisprudencia*, Santiago, Thomson Reuters.
- SCHAPP, Jan, 1986: *Grundfragen der Rechtsgeschäftslehre*, Tübingen, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).
- SCHERMAIER, Martin Josef, 2000: “*Bona fides in Roman contract law*”, en Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker (editores), *Good Faith in European Contract Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 63-92.
- SCHOPF, Adrián, 2017: “Las buenas costumbres en el derecho privado”, en Adrián Schopf y Juan Carlos Marín (editores), *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 521-586.
- SCHOPF, Adrián, 2018: “La buena fe contractual como norma jurídica”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31, pp. 109-153.
- SCHOPF, Adrián, 2021: “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 N° 3, pp. 55-78.
- SCHUBERT, Claudia, 2019: “§ 242 Leistung nach Treu und Glauben”, en *Münchener Kommentar zum BGB* (8ª edición), München, C. H. Beck.
- TAPIA, Mauricio, 2005: *Código Civi. 1855-2005. Evolución y Perspectivas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- TAPIA, Liat, 2015: “La buena fe como mecanismo de integración eficiente”, en Álvaro Vidal, Gonzalo Severin y Cláudia Mejías (editores), *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago, Thomson Reuters.
- TECIHMANN, Arndt, 1990: “§ 242. Treu und Glauben”, en *Soergel. Bürgerliches Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen* (12ª edición), Stuttgart - Berlin - Köln, Verlag W. Kohlhammer, pp. 9-167.
- TREITEL, Guenter y PEEL, Edwin, 2020: *The Law of Contract* (15ª edición), London, Thomson Reuters - Sweet & Maxwell.
- VIDAL, Álvaro, 2000: “La construcción de la regla contractual en el derecho civil de los contratos”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, N° 21, pp. 209-227.

WIEACKER, Franz, 1956: *Zur rechtstheoretischen Präzisierung des § 242 BGB*, Tübingen, Verlag J. C. B. Mohr (Paul Siebeck).

ZIMMERMANN, Reinhard, 1996: *The Law of Obligations*, Oxford, Oxford University Press.

Normativa citada

CÓDIGO Civil

LEY N° 19.496 (07/03/1997), Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores, publicada el 7 de marzo de 1997.

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema, sentencia de 13 de agosto de 1956, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 53, sec. 1ª, p. 165.

CORTE Suprema, sentencia de 9 de diciembre de 2008, rol 6.341-2007.

CORTE de Apelaciones de Iquique, sentencia de 28 de mayo de 2012, rol 650-2011.

CORTE Suprema, sentencia de 27 de enero de 2014, rol 20-2013.

CORTE Suprema, sentencia de 16 de abril de 2014, rol 6.840-2002.

CORTE Suprema, sentencia de 2 de septiembre de 2014, rol 14.243-2013.

CORTE Suprema, sentencia de 6 de octubre de 2015, rol 975-2015.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 8 de abril de 2016, rol 13.163-2015.

CORTE Suprema, sentencia de 7 de noviembre de 2016, rol 52.838-2016.

SÉPTIMO JUZGADO CIVIL de Santiago, sentencia de 30 de marzo de 2017, rol 20.628-2014, confirmada por CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 4 de enero de 2018, rol 5.637-2017 (recurso de apelación) y por CORTE Suprema, sentencia de 6 de diciembre de 2019, rol 6.431-2018 (casación en el fondo).

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

El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas

*Julio Alvear Téllez**
*Francisca Barrientos Camus***
*Jaime Alcalde Silva****

RESUMEN

En Chile, el abuso de la libertad de empresa se ha hecho sentir con especial gravedad en los contratos por adhesión. Este trabajo estudia los alcances del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa en la materia, partiendo de la doctrina del abuso de los derechos fundamentales. En tal perspectiva, las cláusulas abusivas se configuran como resultado del ejercicio abusivo de la facultad de contratación/negociación del empresario. Se trata de injustos premeditados que materializan diversas estrategias de negocios y que, al insertarse en las condiciones generales de contratación, afectan con carácter sistémico a un número importante de consumidores. Se ofrecen seis casos ejemplares discutidos judicialmente que ilustran esta tesis, los cuales son de especial utilidad para el análisis de los problemas que la libertad de empresa presenta al país, de cara al actual proceso constituyente.

Libertad de empresa; cláusulas abusivas; contratos de adhesión;
abuso de los derechos fundamentales

*Abuse of freedom of enterprise in pre-formulated standard contract:
a new approach to the analysis of unfair terms*

ABSTRACT

In Chile, the abuse of the freedom of enterprise has been felt with gravity in standard contracts. In the framework of the doctrine of the abuse of fundamental rights, this work studies the scope of

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2749-6072>. Correo electrónico: jalvear@udd.cl.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes, Chile. Doctora en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7343-5481>. Correo electrónico: fbarrientos@uahurtado.cl

*** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor de Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4732-5585>. Correo electrónico: jalcald@uc.cl

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N°1191017.

Trabajo recibido el 20.10.2021 y aceptado para publicación el 10.3.2022.

the illegitimate exercise of this freedom. In such a perspective, the unfair terms are configured because of the abusive exercise of the contracting / negotiating power of the business owner. These are premeditated unfair actions that materialize through various business strategies and that, when inserted into the general contracting conditions, affect a significant number of consumers in a systemic manner. Six leading cases are offered to illustrate this thesis, which are especially useful for the analysis of the problems that freedom of enterprise presents to the country, in view of the current constitutional process.

Freedom of enterprise; unfair terms; pre-formulated standard contract;
abuse of fundamental rights

I. ANTECEDENTES

En Chile no se conocen estudios que examinen las cláusulas abusivas de los contratos por adhesión como una manifestación específica del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa. La problemática de estas cláusulas ha sido analizada solo desde el ángulo del derecho contractual del consumo¹ o en el marco general del derecho privado². La cuestión resulta de particular interés, porque el país se encuentra inmerso en un proceso constituyente que reconfigurará el reconocimiento de los derechos y garantías fundamentales.

Si se analiza el proceso formativo de las leyes que protegen al consumidor, se puede observar cómo las cláusulas abusivas se presentan, de modo recurrente, como un problema de abuso de la libertad de empresa³. Con el “abuso” se alude, en general, a las vulneraciones que sufre el consumidor como consecuencia del ejercicio ilegítimo por parte del empresario proveedor de algunas de las facultades que derivan de la libertad económica, de la que goza constitucionalmente para el desarrollo de su actividad. Habitualmente,

¹ En torno a la tipología general de las cláusulas abusivas en Chile, véase VELOSO, 1996, pp. 444-453; TAPIA y VALDIVIA, 2002, pp. 79-126; PIZARRO, 2012, pp. 149-170; DE LA MAZA, 2012, pp. 1-46; MOMBERG, 2013, pp. 9-27; PIZARRO y PETIT, 2013, pp. 305-311; MORALES, 2018, pp. 23-52; CAMPOS, 2019, pp. 37-105 y 217-319; BARRIENTOS, 2019, pp. 107-156.

² MORALES *ET AL.*, 2020; MENDOZA y MORALES, 2020, pp. 207-216. Y desde un punto de vista más general, LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, pp. 188-194.

³ El término “abuso” para referirse al ejercicio ilegítimo de la libertad económica (abuso del proveedor empresario, agente del mercado, comerciante, etc.) es utilizado, de forma nominal o por equivalencia, en múltiples ocasiones en la historia de las leyes referidas a la protección del consumidor. En concreto, setenta y cuatro veces en el proceso formativo de la Ley 19.496, de 1997; ochenta y una veces en la Ley 19.659, de 1999; once veces en la Ley 19.761, de 2001; cincuenta y una veces en la Ley 19.955, de 2004; trece veces en la Ley 20.416, de 2010; dos veces en la Ley 20.543, de 2011; cuarenta y cinco veces en la Ley 20.555, de 2011; ochenta y cinco veces en la Ley 20.715, de 2013; dos veces en la Ley 20.756, de 2014; cinco veces en la Ley 20.855, de 2015; ciento cuarenta veces en la Ley 20.967, de 2016; ciento cincuenta y dos veces en la Ley 21.081, de 2018. En la tramitación de la Ley 20.945, de 2016, se utiliza sesenta y ocho veces el término “abuso” para atribuirlo al empresariado, y ciento cuarenta y tres veces se vincula la infracción anticompetitiva al perjuicio al consumidor.

se trata de infracciones notables por su sistematicidad, su gravedad o la cantidad actual o potencial de afectados⁴.

Pero no es solo por conveniencia terminológica que hemos de referirnos al “abuso” de la libertad de empresa. La noción misma otorga una perspectiva más amplia de análisis para el fenómeno de las cláusulas abusivas. Particularmente, cuando bajo el amparo de la libertad económica, el empresario establece condiciones generales de contratación lesivas que pueden afectar a decenas y, a veces, a centenas de miles de personas, en condiciones irritantes de asimetría. En tales situaciones, los alcances de la figura del abuso de la libertad de empresa pueden ser de gran utilidad para un análisis comprensivo del fenómeno. También sirve este parámetro para analizar aquellos casos en que se ejecuta cualquier hecho, acto o convención que impida, restrinja o entorpezca la libre competencia⁵, así como “toda conducta contraria a la buena fe o a las buenas costumbres que, por medio ilegítimos, persiga desviar clientela de un agente del mercado”⁶. Sin embargo, el análisis que aquí se propone queda reducido a las cláusulas abusivas en el ámbito de los contratos de adhesión.

Para delimitar el problema, estudiaremos, en primer lugar, en qué consiste el “abuso de los derechos fundamentales” y cuáles son sus antecedentes dentro de la categoría más general del “abuso del derecho”. En segundo término, se analizará el abuso de la libertad de empresa considerado en sí mismo y en su relación con las cláusulas abusivas. Finalmente, se ilustrará la conexión entre abuso de la libertad de empresa y cláusulas abusivas en seis casos ejemplares de la jurisprudencia chilena.

II. EL ABUSO DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

1. *El “abuso del derecho”*

La doctrina general del abuso del derecho permite asumir la premisa de que cualquier derecho subjetivo, tenga o no reconocimiento constitucional, es susceptible de un ejercicio legítimo como de otro ilegítimo, conforme se adecúe o no a su finalidad social y al ordenamiento jurídico. Pero la trayectoria conceptual de esta figura no ha sido fácil.

⁴ Se alude al abuso de la libertad de empresa en el Mensaje de la Ley 19.496, de 1997, p. 5; Ley 19.955, de 2004, p. 5; Ley 20.715, de 2013, p. 7; Ley 20.945, de 2016, p. 3; y Ley 21.081, de 2018, p. 4. También en las mociones parlamentarias de la Ley 19.659, de 1999, p. 4 y Ley 20.715, de 2013, p. 4, y en la exposición de motivos de la Ley 21.945, de 2016, pp. 3 y 12.

⁵ Art. 3° del DFL 1, de 2005.

⁶ Art. 3° de la Ley 20.169.

La doctrina se formula en la jurisprudencia europea⁷ como reacción al individualismo jurídico y a su concepción de los derechos subjetivos desgajados del interés social⁸. Para algunos autores, encuentra sus primeras noticias en la historia jurídica premoderna⁹.

Es conocida la disputa, tanto en la doctrina civil francesa como chilena, respecto de su existencia y configuración. En Francia se cuestionó el “abuso” como categoría dogmática (¿puede el ejercicio de un derecho llegar a ser “ilegítimo?”) y como designación (*abus des droits, usage abusif des droits*), de acuerdo con la objeción clásica de Marcel Planiol (1853-1931)¹⁰. Sin embargo, este jurista nunca negó la necesidad de resolver la tensión entre utilidad individual e interés social en el ejercicio del derecho subjetivo. En esta línea se propusieron otras categorías para afrontar el problema, como las del acto ilícito, los límites del derecho, el conflicto jurídico, etcétera.

También es conocida la defensa que hace Louis Josserand (1868-1941) tanto del nombre como del concepto de “abuso”, en atención a la finalidad social del derecho¹¹. Con el tiempo se ofrecieron diversos criterios para expresar esa finalidad, como el destino económico y social de la norma, el equilibrio entre el interés individual y el social, la presencia de *animus nocendi*, la ausencia de interés legítimo, la inmoralidad del acto, etc.¹²

Estas discusiones han impedido alcanzar una caracterización común. En Chile se ha considerado el “abuso” desde distintas perspectivas: como un principio general que permite controlar los límites del ejercicio de un derecho subjetivo¹³; como un límite interno de estos y un correctivo de su ejercicio excesivo o anormal¹⁴; o como una forma de ejercicio arbitrario o irracional del derecho¹⁵. También, y de modo más específico, el “abuso” es entendido como una figura que refiere al acto ilícito¹⁶, a la responsabilidad extracontractual¹⁷ o, marginalmente, al abuso circunstancial¹⁸. Alejandro Guzmán Brito, siguiendo a Juan Antonio Martínez, glosa nueve criterios distintos para identificar cuándo existe “abuso”¹⁹; Enrique Barros ofrece seis situaciones típicas en el ámbito del derecho privado²⁰; Álvaro Ortúzar proyecta la figura a seis situaciones de abuso de

⁷ La figura del abuso se debe primariamente a la elaboración de la jurisprudencia francesa (ROTONDI, 1979, p. 135 y LEONFANTI, 1946, p. 16). Lo constata el propio JOSSERAND, 1939, p. 7.

⁸ ROVIRA, 1983, pp. 90-98 y 111-112; HERNÁNDEZ, 2000, pp. 177-179.

⁹ ELSENER, 2004, pp. 9-230.

¹⁰ PLANIOL, 1950, pp. 281-292.

¹¹ JOSSERAND, 1946, pp. 312 y 413. El jurista francés clasifica las críticas a la doctrina del abuso en de fondo y de forma (pp. 329-347).

¹² ROVIRA, 1983, pp. 121-132; HERNÁNDEZ, 2000, pp. 174-198; ORTÚZAR, 2003, pp. 51-58.

¹³ FUEYO, 1990, p. 298.

¹⁴ BARROS, 2020, pp. 666-672.

¹⁵ ORTÚZAR, 2003, p. 236.

¹⁶ ALESSANDRI, 1943, p. 161.

¹⁷ ABELIUK, 1993, pp. 186-188.

¹⁸ RODRÍGUEZ, 2004, pp. 85-95.

¹⁹ GUZMÁN, 2003, p. 315.

²⁰ BARROS, 2020, pp. 676-691.

poder público²¹. Ante la disparidad de criterios, Guzmán Brito acaba afirmando que el abuso del derecho no tiene fundamento científico suficiente, porque, a lo sumo, remite a otras instituciones como la *aemulatio* medieval²².

Entre todas estas variaciones, hay, sin embargo, un elemento útil: la capacidad descriptiva para connotar la superposición ilegítima del interés individual sobre el interés social en el ejercicio de un derecho subjetivo. De ahí la nueva recepción que la categoría ha tenido en la teoría general de los contratos de consumo²³ o, más ampliamente, en la teoría general del derecho²⁴.

En Chile, hay pocos aportes que relacionen de modo explícito la figura del abuso del derecho con las cláusulas abusivas de los contratos de consumo²⁵. Sin embargo, se destaca que el fenómeno de la abusividad, en concreto el término unilateral, ha sido abordado mediante el recurso a la buena fe, explicado como contrario a un *fraus*, permitiendo la interposición dentro del juicio de la *exceptio doli* (en términos amplios), lo que permitiría al consumidor hacer frente al comportamiento abusivo del proveedor derivado del ejercicio de la cláusula cuestionada²⁶. También la buena fe del artículo 16, letra g) de la Ley 19.496²⁷ ha sido vinculada con la causa como función socioeconómica del contrato (art. 1467 del Código Civil), para atraer hacia él todo lo que razonablemente aparece como bueno y equitativo²⁸. Por nuestra parte, habría que considerar la superposición del interés individual sobre el interés social como elemento distintivo de la figura del abuso en la materia. Es precisamente esa superposición la que provoca el uso desmedido de la facultad contractual de una de las partes, generando el desequilibrio significativo entre los derechos y obligaciones que genera el contrato. Con las cláusulas abusivas el predisponente modula la configuración de derechos contractuales en su favor, concretando diversas formas de injusticia conmutativa, cuya tipología queda abierta, de un modo indeterminable, al ingenio de quien las diseña²⁹. De ahí que, con independencia del control que se ejerce sobre las cláusulas abusivas por medio del expediente de la nulidad

²¹ ORTÚZAR, 2003, pp. 109-235.

²² GUZMÁN, 2003, pp. 316-322.

²³ KARIMI, 2001, pp. 105-371.

²⁴ Véase ATIENZA, 2000, pp. 55-58, y JOVANÉ, 2011, pp. 57-78, sobre los actos antinormativos.

²⁵ Véase, por ejemplo, CASTILLO, 2014, pp. 281-294; BARAONA, 2015, pp. 105-133; LÓPEZ y ELORRIAGA, 2017, pp. 188-194; CAMPOS, 2021, p. 132 y ss.

²⁶ AEDO, 2021, pp. 208 y ss; y AEDO, 2019, pp. 84-85.

²⁷ Tiene texto refundido en el DFL 3, de 2019.

²⁸ CARVAJAL, 2012, pp. 444 y 447, y BARAONA, 2021, pp. 433-438.

²⁹ Esa "imaginación" ilícita intenta ser capturada por la Ley 19.496, de 1997, al prever diversas situaciones contractuales típicas que vulneran las "normas de equidad" [art. 16, letras a) a f)], y al consagrar la figura general del art. 16, letra g), fundada en la ausencia de buena fe y en el "desequilibrio importante", lo que exige atender a la finalidad del contrato y a las disposiciones especiales o generales que lo rigen. De esta última norma, véase MOMBERG y PIZARRO, 2013, pp. 340-351; MORALES y VELOSO, 2019, pp. 152-155. Un esfuerzo por tipificar las formas casi infinitas de abuso (facultades unilaterales de modificación, facultades unilaterales de interpretación, etc.) en MATO, 2017, pp. 160-279. De desequilibrio y justicia conmutativa, MOMBERG, 2013, pp. 16-19, y ALVEAR, 2017, pp. 210-218. Para el "abuso del derecho" en el ámbito del consumo, ISLER, 2019, pp. 259-291.

contractual prevista en el art. 16 de la citada ley, siempre se deba “rellenar de contenido [el contrato] para lograr el efectivo desarrollo y realización de esa misma planificación, de conformidad a su sentido práctico y finalidad económica”³⁰.

2. El “abuso de los derechos fundamentales”

La superposición del interés individual sobre el interés social se expresa en otra figura: la del “abuso de los derechos fundamentales”. Pese a que también es objeto de controversia, ella ha sido recogida por el derecho comunitario europeo, lo que permite clarificar sus contornos dogmáticos, al menos como punto de partida de un desarrollo científico.

El art. 17 de la Convención Europea de Derechos Humanos (CEDH) y el art. 54 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE) consagran el abuso de los derechos fundamentales como una proyección del art. 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y del art. 5.1 tanto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos como del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. En todos estos casos, se reconoce el principio de que los derechos fundamentales no pueden ser legítimamente invocados para socavar su propia eficacia³¹. Por ello se prohíbe el ejercicio de los derechos “tendientes a la destrucción de los derechos o libertades reconocidos” (*visant à la destruction des droits ou libertés reconnus*)³².

Distinta es la situación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), que solo contempla como forma de abuso la usura y “cualquier otra forma de explotación del hombre por el hombre” (art. 21). En el ámbito de las Constituciones nacionales, hay textos que consagran explícitamente la figura del abuso, incluso como cláusula general sin cualificación específica, como el art. 95.1 de la Constitución de Colombia, o el art. 103.5 de la Constitución de Perú. En el caso chileno, el texto constitucional de 1980 no consagra el abuso de los derechos fundamentales.

La doctrina nacional solo se ha pronunciado de un modo excepcional respecto de la cuestión. Álvaro Ortúzar sustenta la tesis de que la prohibición del abuso es un principio general del derecho constitucional, por lo que aplica a los derechos fundamentales. El abuso equivaldría al “ejercicio excesivo o injusto, caprichoso o arbitrario de un derecho”, que “amenaza, perturba o priva, el legítimo ejercicio del derecho del otro”³³. La tesis gira en torno a dos premisas: la idea de abuso como exceso del derecho subjetivo (tomada del derecho civil) y la idea de que la Constitución chilena, al resguardar los derechos

³⁰ SCHOPF, 2021, pp. 60-61.

³¹ LE MIRE, 1999, pp. 757-772; TRIANTAFYLLOU, 2002, pp. 611-663; LUCARELLI, 2002, pp. 451-458; DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 160-163; LÓPEZ ESCUDERO, 2008, pp. 870-879; MONEREO, 2012, pp. 1423-1431.

³² En la doctrina comunitaria, diversos autores, con distintos matices, han ido más allá de los textos y han propuesto un principio general de interdicción del abuso del derecho; pero este se utiliza, con preferencia, para el control del uso desmedido de facultades en el ámbito administrativo. Véase, por ejemplo, BROWN, pp. 511-525; WAELBROECK, pp. 595-616; SIMON y RIGAUX, 2004, pp. 557-585; IONESCU, 2008, pp. 23-423.

³³ ORTÚZAR, 2003, p. 235.

fundamentales, impone específicas cláusulas de limitación que deben respetarse³⁴. El “abuso de los derechos fundamentales” sería la herramienta que permitiría controlar que el ejercicio de tales derechos no vulnere las limitaciones y obligaciones que le son congénitos y que comprimen su contenido objetivo³⁵.

En un sentido general, Verdugo o Cea también hablan del “abuso”³⁶, mientras que Aldunate alude a la figura solo por referencia³⁷, aunque estudia la “tipicidad iusfundamental” como presupuesto que permite reconocer cuándo nos encontramos frente al ejercicio regular (o no) de un derecho fundamental³⁸.

Desde el ángulo opuesto, Humberto Nogueira considera inaceptable la categoría del abuso de los derechos fundamentales: sería un concepto en sí mismo contradictorio, peligroso para el contenido esencial, y no aceptado por la Constitución como límite general de los derechos³⁹.

3. *La delimitación doctrinaria del “abuso de los derechos fundamentales”*

La categoría del “abuso” aplicada a los derechos fundamentales no es un mero trasplante de la doctrina civil de *l’abus de droit*. La figura debe contar, como nota Rovira, con un diseño autónomo, atendida las características específicas de los derechos fundamentales⁴⁰. Estas características condicionan y modulan cualquier función que se le pueda asignar a la figura del abuso:

- (a) En primer lugar, los derechos fundamentales no son separables de su función histórica de límite frente al poder político. En este ámbito, solo muy excepcionalmente se admite la invocación del abuso del derecho. Es el caso del art. 18 de la Ley Fundamental de Bonn, que impide que se utilicen ciertas libertades para “combatir el régimen fundamental de libertad y democracia” (*zum Kampfe gegen die freiheitliche demokratische Grundordnung*). Pero, por regla general, el criterio del abuso de los derechos fundamentales encontraría su aplicación solo en las

³⁴ ORTÚZAR, 2003, pp. 185-200. Para las cláusulas de limitación y sus diversas interpretaciones, véase ALDUNATE, 2008, pp. 232-256, y NOGUEIRA, 2008, pp. 95-140.

³⁵ Para esta última idea, véase CEA, 1988, pp. 223-224.

³⁶ VERDUGO, 2003, pp. 9-15; CEA, 2003, pp. 395-408.

³⁷ ALDUNATE, 2008, p. 252.

³⁸ ALDUNATE, 2008, pp. 133-145.

³⁹ NOGUEIRA, 2008, p. 113.

⁴⁰ Para ROVIRA, 1983, pp. 188-189, ya existen en el ámbito de los derechos fundamentales los límites ordinarios de cada derecho que sancionan los supuestos abusivos, por lo que no es necesario un límite especial en la materia. MEDINA GUERRERO, 1996, pp. 79-82, observa que los tribunales constitucionales apelan al “abuso” para controlar todo proceder contrario a la buena fe, al deber de lealtad o a una regla de general observancia en el tráfico jurídico. Pero, por consiguiente, tampoco sería necesaria una figura especial con dicha designación. Para otros autores, sí sería conveniente contar con un límite general así denominado para controlar situaciones concretas de abuso. Véase GÓMEZ TORRES, 1979, pp. 301-332; CASTÁN TOBEÑAS, 1992, pp. 20-25; MADIOT, 1976, pp. 120-122. Sin embargo, esta parece una discusión más acerca del nombre que de la figura.

relaciones entre particulares. En nuestro medio, si bien se ha problematizado el alcance de la doctrina de la “horizontalidad”⁴¹, la realidad a la que ella apunta tiene amplia vigencia en nuestro sistema, y puede ilustrarse su aplicabilidad con el recurso de protección, cuando el agravio es producido por un particular contra otro particular⁴², o incluso, y excepcionalmente, por el beneficiario del mismo derecho⁴³. Lo mismo dígase del amparo económico, cuando se admite que el infractor no solo sea un órgano del Estado sino también un particular⁴⁴.

- (b) En segundo lugar, el abuso debiera ser comprendido en función de la unidad del sistema de derechos fundamentales. La figura serviría para controlar, según los casos, que el ejercicio de cada derecho específico no vulnere la dimensión objetiva del resto de los derechos fundamentales. Sería un “correctivo” que busca dar plena garantía al ejercicio de todos los derechos⁴⁵.
- (c) En tercer lugar, hay que destacar que los derechos fundamentales refieren primariamente a dimensiones del propio sujeto, y solo, consecutivamente, a objetos distintos de él⁴⁶. De ahí que, en el caso de las “libertades”, sea necesario diferenciar entre la libertad iusfundamental en sí misma considerada, con su núcleo intangible de protección que refiere al propio sujeto, y los derechos-facultades que derivan de dicha libertad, que aluden a objetos distintos⁴⁷. Dentro de esa esfera de protección no cabe el abuso, pues se prescinde del uso concreto que pueda hacer el individuo de sus posibilidades de actuación: él las autodetermina como quiera (*agere licere*). En cambio, en las facultades derivadas de la libertad iusfundamental se garantiza una posición activa específica, una posibilidad de acción delimitada, expresada en poderes o potestades. En el ejercicio de estas facultades o poderes específicos, el titular puede ir más allá de la función o finalidad concreta⁴⁸. Recién aquí nos encontramos con la posibilidad de aplicar la figura del abuso por extralimitación del fin.
- (d) El “tipo iusfundamental”⁴⁹ designa el contenido y objeto del respectivo derecho fundamental⁵⁰. Constituye, si se quiere, la “esencia” del derecho, como la concibe

⁴¹ ALDUNATE, 2008, pp. 211-214 y PIZARRO, 1998, pp. 7-21.

⁴² SOTO KLOSS, 1982, pp. 311-318; PEÑA, 2014, pp. 45-46; NAVARRO, 2018, pp. 59-70; PINOCHET, 2016, pp. 37, 129-131; y HENRÍQUEZ, 2018, pp. 29-30.

⁴³ BRONFMAN, MARTÍNEZ y NÚÑEZ, 2012, p. 467.

⁴⁴ NOGUEIRA, 2020, p. 57, y PONCE DE LEÓN, 2014, pp. 101-110. Para la discusión doctrinaria y la evolución de la jurisprudencia, ALVEAR (2017), pp. 73-88, y GUERRERO, 2020, pp. 441-446.

⁴⁵ MONEREO, 2012, p. 1430.

⁴⁶ ALDUNATE, 2008, pp. 21-22.

⁴⁷ GROSSI, 1991, pp. 167-177; Díez-PICAZO, 2008, pp. 42-46 y 115-121; RODRÍGUEZ ZAPATA, 2011, pp. 382 y 389-393; FERRAJOLI, 2009, pp. 291-292.

⁴⁸ MONEREO, 2012, pp. 1428-1429, refiere a la finalidad o función típica; FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2013, p. 704, menciona la función social y económica y el principio de buena fe.

⁴⁹ ALDUNATE, 2008, pp. 140-145.

⁵⁰ RUBIO LORENTE, 1998, pp. 1329-1343; Díez-PICAZO, 2008, pp. 115-121; BASTIDA, 2012, pp. 103-119.

el Tribunal Constitucional chileno⁵¹. El “tipo iusfundamental” nos permite identificar las facultades específicas que derivan de un derecho fundamental⁵². En este punto, la doctrina chilena ha avanzado mucho en algunos derechos (*vr. gr.* la propiedad), pero en otros, como la libertad de empresa, la identificación de sus facultades ha sido obra reciente. Es importante tener en cuenta las peculiaridades de cada facultad iusfundamental para los efectos de la eventual aplicación de la figura del abuso.

- (f) Por último, el abuso del derecho no debe confundirse con el conflicto entre derechos, y que exige una ponderación entre aquellos en pugna⁵³. Como sugirió Ortúzar⁵⁴, el abuso, a diferencia de la colisión, sirve no para dar preeminencia a un derecho sobre otro, sino para hacer cesar la utilización desviada de uno de ellos. Por medio de él se busca inhibir el ejercicio injusto de un derecho, no sacrificar el derecho de otro.

El abuso de un derecho fundamental es, por tanto, una forma de ejercicio ilegítimo de algunas de sus facultades derivadas. Se produce cuando su titular las ejerce de forma contraria a su finalidad sociojurídica⁵⁵. Hay espacio para el abuso en la medida en que la correlación entre ejercicio de una facultad específica y su ámbito de protección iusfundamental no es simétrico. Con el abuso, el titular de la facultad hace un uso anormal de ella y excede el ámbito iusfundamental protegido⁵⁶.

III. EL ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

La libertad de empresa es un derecho fundamental en el actual orden constitucional chileno⁵⁷. Viene reconocida en la Constitución Política en el artículo 19 N° 21.

El término “abuso” connota que junto con el ejercicio legítimo de la libertad de empresa existe una tendencia del titular a excederse de los límites, a exorbitar el objeto

⁵¹ NAVARRO y CARMONA, 2015, pp. 249-350.

⁵² DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 119-120; CIDONCHA, 2006, p. 181.

⁵³ LARENZ, 2001, pp. 400-409.

⁵⁴ ORTÚZAR, 2003, pp. 345-346.

⁵⁵ MONEREO, 2012, p. 1428 y 1431, denota que el abuso tiene operatividad como concepto válvula, para situaciones de ejercicio anormal. Otros vinculan la figura a esquemas de lealtad, buena fe, o límite interno subjetivo. FERNÁNDEZ SESSAREGO, 2013, pp. 239-240; PECES-BARBA, 2004, pp. 323-326; DÍEZ PICAZO, 2008, pp. 160-161.

⁵⁶ El Tribunal Constitucional chileno se ha referido en más de una ocasión al “ejercicio abusivo” de ciertas libertades iusfundamentales, reconociendo esta categoría en materia de libertad de expresión (Tribunal Constitucional, sentencia de 2 de junio de 2010, rol 567, cons. 36) y libertad de enseñanza (Tribunal Constitucional, sentencia de 1 de marzo de 2015, rol 2787, cons. 8° de la prevención de cinco ministros).

⁵⁷ Un análisis de la doctrina chilena acerca de la libertad económica como derecho fundamental, en ALVEAR, 2017, pp. 21-66. La discusión respecto del estatuto de derecho fundamental en GUERRERO, 2020, pp. 193-211 y VIERA, 2020, pp. 678-680.

de algunas de sus facultades. El fenómeno sugiere varias explicaciones. Una primera, de carácter subjetivo. En una economía individualista, los titulares tienden a satisfacer el interés particular inmediato, postergando en cuanto posible el interés social implicado en el derecho (la sujeción a “las normas legales” en los términos del art. 19 n°21 de la Constitución). Una segunda explicación, de carácter estructural. La libertad de empresa no es solo un derecho de autonomía o de defensa ante las interferencias ilegítimas del Estado o de particulares. Tiene un contenido relacional bastante nítido: es una libertad *para* el mercado; ahí encuentra su sentido jurídico y económico definitivo⁵⁸. El empresario abusa de su libertad cuando la ejerce sin esa necesaria ordenación, no sometándose íntegramente a las normas que disciplinan el mercado (derecho de la libre competencia; derecho del consumidor; etc.). La libertad de empresa es un derecho que no puede desgajarse de su finalización objetiva en el mercado, en donde la legislación armoniza o debiera armonizar el interés individual del empresario con el interés general representado por todos los derechos que concurren en el proceso productivo⁵⁹.

La figura del “abuso” de la libertad de empresa nos permite mirar el problema del ejercicio ilegítimo del derecho no solo como una lesión a los derechos de un sujeto particular (tercero empresario, consumidor, etc.), sino como una infracción al funcionamiento del mercado, capaz de afectar la justicia o juridicidad del orden económico en su conjunto. Son los intereses sociales que sostienen al mercado y la conjugación de los derechos en juego los que son vulnerados. Una libertad económica que establece cláusulas abusivas es capaz de provocar tales efectos viciosos expansivos⁶⁰. De ahí la importancia de estudiar el fenómeno desde la perspectiva que proponemos.

Al respecto, hay que destacar que la libertad de empresa contiene diversas libertades. Con una tipificación ya clásica, Ossenbühl distingue entre (a) libertad de emprender; (b) libertad de organización empresarial; y (c) libertad de actividad en el mercado⁶¹. Ariño las acuña como (i) libertad de creación de empresas y de acceso al mercado; (ii) libertad de organización, con sus libertades derivadas; y (iii) libertad de ejercicio de la actividad empresarial⁶².

De cada una de estas libertades se deducen facultades específicas que sería largo estudiarlas acá⁶³. *Vr. gr.*, de la libre actividad en el mercado –(c) y (iii)– se origina la libertad de oferta, de precios, de contratación, etc. La función sociojurídica de cada

⁵⁸ La tesis del mercado como objeto mediato de la libertad de empresa en GARCÍA VICTORIA, 2008, pp. 144-147 y CIDONCHA, 2006, pp. 139-150, entre otros. En Chile, ALVEAR, 2017, pp. 59-60 y NOGUEIRA, 2020, pp. 29-30.

⁵⁹ El mercado como ámbito de derechos concurrentes en ALVEAR, 2017, pp. 197-206.

⁶⁰ Del control de las cláusulas abusivas y el desarrollo del mercado, PAZOS, 2017, pp. 144-152. Las implicancias mutuas de la libertad económica, la libre competencia y el derecho del consumidor en ARROYO, 2013, pp. 31-43. Sobre libertad económica y exigencias del Estado Social, VIERA, 2010, pp. 197-224.

⁶¹ OSSENBUHL, “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, pp. 21-36. En términos similares, MERCADO, 2012, pp. 380 y 387-391 y CIDONCHA, 2006, pp. 267-270.

⁶² ARIÑO, 2004, pp. 296-304.

⁶³ Véase NOGUEIRA, 2020, pp. 27-30; ALVEAR, 2017, pp. 58-60 y NAVARRO, 2016, pp. 45-46.

facultad es delimitada por la ley, atendida su finalidad típica⁶⁴ y las características de la actividad económica en la que opera⁶⁵.

De todas las facultades que integran la libertad de empresa, es la facultad de negociación/contratación la que se vincula directamente con las cláusulas abusivas. Ossenbühl la define como la libertad del empresario de “formalizar contratos con una contraparte de su elección fundada en el mutuo acuerdo”⁶⁶.

La facultad de contratación opera en el mercado y utiliza sus instrumentos jurídicos, entre ellos, el contrato por adhesión. El empresario proveedor, en los términos del art 1º, N° 2 del DFL 3, de 2021, es quien fija su contenido, para ello debe ajustarse particularmente a las “normas de equidad” establecidas en el párrafo 4º de su título II⁶⁷.

El empresario mira el contrato por adhesión como un instrumento que le permite comercializar sus bienes y servicios en el mercado de forma masiva, reduciendo sus costos de transacción mediante un clausulado estandarizado y predispuesto⁶⁸. Pero, además, el contrato responde, de ordinario, a estrategias de negocios, diseñadas para incidir en un sector de relaciones o en una categoría de consumidores, con la subsecuente maximización de utilidades, según los casos. Dicha estrategia⁶⁹ se relaciona con la propia identidad corporativa (el llamado “perfil de la entidad”⁷⁰), y también con el ejercicio de la regla de la razonabilidad por parte de los órganos ejecutivos y de gestión⁷¹.

En este contexto, el abuso de la libertad de empresa es una forma de ejercicio ilegítimo del derecho que se produce cuando el empresario-proveedor contraría la función sociojurídica de la facultad de contratación (intercambio de bienes y servicios en condiciones justas de equivalencia en el marco de un mercado suficiente y libre), estableciendo condiciones generales de contratación lesivas para el consumidor y que afectan

⁶⁴ RENGIFO, 2004, pp. 27-32; SIMON y RIGAUX, 2004, p. 1430. Estos autores proponen la figura del abuso precisamente como garantía para el ejercicio adecuado del poder que concede cada facultad.

⁶⁵ ARIÑO, 2004, pp. 294-296; CIDONCHA, 2006, pp. 140-144.

⁶⁶ OSSENBÜHL, 1991, p. 36. Para este autor, la facultad de negociación/contratación deriva directamente de la “libertad de actividad en el mercado” de la que goza todo empresario. Véase también la noción de GUZMÁN, 2001, p. 254.

⁶⁷ La condición de consumidor puede corresponder tanto a las personas naturales o jurídicas indicadas en el art. 1º, N° 1 del DFL N° 3, de 2021), como a las pequeñas y medianas empresas que reciben las actividades de producción, fabricación, importación, construcción, distribución o comercialización de bienes o de prestación de servicios por parte de una persona natural o jurídica (art. 1º, N° 2 del DFL N° 3, de 2019, y art. novena, N° 1 de la Ley 20.416). El abuso de la libertad de empresa se puede dar incluso en relaciones contractuales entre empresas.

⁶⁸ SCHOPF, 2021, pp. 59-61.

⁶⁹ Una definición en CHANDLER, 1962, p. 13.

⁷⁰ La Norma de Carácter General N° 461, de 2021, de la Comisión para el Mercado Financiero, señala que las sociedades cotizadas deben hacer público su perfil mediante la indicación de “la misión, visión y el propósito de la entidad, además de sus valores y principios corporativos”.

⁷¹ Acerca de la recepción de la buena fe en la gestión de una sociedad, véase HERNANDO, 2016, y DÍAZ y MANTEROLA, 2020.

el principio de igualdad conmutativa⁷². Este se expresa positivamente en el principio de igualdad contractual recogido en el párrafo 4° del DFL N° 3 de 2021 (arts. 16, 16 B, y 17, letras A a M)⁷³. Es este principio el que el empresario-proveedor contraviene muy especialmente⁷⁴.

Pero hay que avanzar en el análisis. Debemos fijarnos que dicha contravención es, a su vez, resultado de una estrategia lesiva de negocios. Estrategia que no supone una infracción aleatoria, puramente ocasional o fáctica, sino un injusto premeditado, cristalizado en condiciones generales de contratación para proveer de bienes y servicios al mercado, las que por su propia naturaleza tiene un carácter sistémico⁷⁵. En muchas ocasiones, incluso, la imposición de cláusulas abusivas afecta potencialmente a un número indeterminado de personas. De ahí el papel que desempeñan las tutelas difusas o colectivas, en la que no podemos entrar en este momento, o el control preventivo, que proviene de la revisión y autorización de las cláusulas de los contratos por adhesión por parte de un órgano administrativo en ejecución de sus facultades legales (art. 16, letra g del DFL 3, de 2019).

El ángulo de la libertad de empresa agrava, por tanto, las vulneraciones al consumidor. Las convierte en una estrategia de negocios⁷⁶, con lo que se vulnera el funcionamiento

⁷² El desequilibrio de la cláusula abusiva se puede producir en el ámbito económico (el sacrificio exigido al consumidor no es conmutativo con el sacrificio del predisponente) o en el jurídico (renuncia o restricción de derechos, ampliación de los derechos del predisponente, etc.). Cfr. VALICENTI, 2016, pp. 54-55.

⁷³ Hay cierto consenso en la doctrina en que el art. 16, letra g) admite mejoras de redacción (por ejemplo, DE LA MAZA, 2014, pp. 333-350, y MOMBERG, 2013, pp. 9-27). Y es que, en rigor, el principio de igualdad contractual exige un más eficaz "cotejo de equilibrio" entre los derechos y obligaciones de ambas partes. Más aún, dicho cotejo debiera medir la distribución de derechos y obligaciones, riesgos y garantías establecidas en el concreto contrato que se ha celebrado y su comparación con el modelo contractual previsto en la legislación dispositiva. En este sentido, son significativos los aportes de la doctrina argentina respecto de la llamada "desnaturalización de las obligaciones" (VALICENTI, 2016, pp. 54-55). De la "desnaturalización de las obligaciones" como criterio para calificar las cláusulas abusivas y medir el "desequilibrio", véase LORENZETTI, 1994, pp. 171-173. Respecto del modelo de razonabilidad contractual establecido por el legislador, véase DÍEZ-PICAZO, 1996, p. 379.

⁷⁴ Además de las normas de justicia conmutativa, el derecho del consumo contiene exigencias de justicia general, como los deberes que se imponen al empresario en razón del interés social, superando los marcos de la relación contractual. Un ejemplo característico son las normas infraccionales (GUERRERO, 2008, pp. 433-453; BARRIENTOS y CONTARDO, 2013, pp. 556-582). Eventualmente, una cláusula abusiva también podría lesionar algún derecho fundamental del consumidor (que, en nuestra mirada, no es parte esencial del abuso, sino efecto accidental): sería el caso de una cláusula abusiva que implicara, por ejemplo, una discriminación arbitraria.

⁷⁵ El derecho chileno del consumo no tiene una regulación de las condiciones generales de contratación como existe en otros países. Esto no significa que el DFL 3, de 2021, no contenga disposiciones que permiten controlar, incluso en abstracto, los términos y condiciones generales previstos por los proveedores para la contratación masiva con consumidores. Sin embargo, y como explica CARVAJAL, 2021, la sanción de nulidad que prevé el art. 16 del DFL N° 3, de 2021, respecto de las cláusulas abusivas, queda restringido al ámbito de los contratos de adhesión.

⁷⁶ De la posible indagación de las estrategias de negocios, véase el art. 58, letra d) del DFL 3, de 2021.

del mercado y su disciplina, como ya apuntamos. Particularmente cuando los ilícitos se vuelven notables por su gravedad, su sistematicidad y por la cantidad de afectados⁷⁷.

En la medida en que la cláusula abusiva es resultado del abuso de la libertad de empresa cabría pensar en su admisibilidad como causal de amparo económico, especialmente cuando es acompañada con aquellas notas de gravedad, sistematicidad y cantidad de afectados. Recordemos que la protección del consumidor es un elemento de la regulación positiva y esencial del mercado⁷⁸, elemento de su ordenación económica. Dejamos esta cuestión abierta, para un futuro análisis más detenido.

En el apartado siguiente describiremos algunos supuestos de abuso de la libertad de empresa, en seis casos que es posible denominar de “ejemplares”. Han sido seleccionados con los criterios metodológicos recién mencionados: gravedad (impacto causado, afectación sustancial al mercado y a los consumidores, importancia de hacer cesar la conducta, señal ofrecida al sistema con la interposición judicial del SERNAC, etc.), sistematicidad (frecuencia, período de tiempo de la conducta ilícita) y cantidad de afectados. En cada situación se muestra la particular estrategia de negocios que la empresa quiso llevar adelante.

IV. EL ABUSO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA EN SEIS CASOS EJEMPLARES

- 1) *Caso “La Polar”*. Este es un caso paradigmático en materia de consumo⁷⁹. La Polar (cuyo giro comprendía comercio minorista, crédito y seguros) aplicó una estrategia de negocios financieros dirigida a entregar tarjetas de crédito a amas de casa que no contaban con las suficientes fuentes de ingreso, con el objeto de mantenerlas cautivas. Entre 2006 y 2008 La Polar “normalizó” su cartera de clientes morosos mediante una repactación unilateral de los créditos otorgados, con el fin de considerar a sus deudores como clientes al día (sin morosidad), exigiendo montos excesivos en razón de la deuda y de sus intereses. Las repactaciones unilaterales alcanzaron a 599.802 clientes⁸⁰. La empresa defendió su actuar invocando la facultad que le entregaba una estipulación contenida en el contrato por adhesión. El 2012, el 1° Juzgado Civil de Santiago acogió el acuerdo conciliatorio suscrito entre las partes del proceso, en virtud de ello quedaba sin efecto la cláusula abusiva y, entre otras cosas, se disponía (i) la eliminación de todos los cargos desde la primera repactación unilateral; (ii) la restitución del 100% de los montos pagados

⁷⁷ En este sentido, se pueden justificar las agravantes de la responsabilidad infraccional introducidas por la Ley 21.081, donde se incluyen la reincidencia; el haber causado un daño patrimonial grave a los consumidores; la afectación a la integridad física o psíquica de los consumidores o, en forma grave, su dignidad (art. 24 inciso 5°, letras a), b) y c) de la Ley N° 19.496).

⁷⁸ Por todos, OROZCO y MORENO, 2012, pp. 1087-1088.

⁷⁹ Por todos, GASPAR, 2012, pp. 227-238.

⁸⁰ COMISIÓN INVESTIGADORA CASO LA POLAR, 2011, pp. 1-4. Un análisis jurídico del caso La Polar en sus diferentes aristas, en *Gaceta Jurídica*, 2011, pp. 1-90, y GASPAR, 2012, pp. 227-238.

en exceso por los clientes; (iii) un plan compensatorio de 326.308.813.400 CLP para los clientes afectados⁸¹. Aquí se reúnen todos los criterios relacionados con el abuso de la libertad de empresa, vale decir, gravedad (cláusula prerredactada por la parte fuerte del contrato), cantidad de afectados y sistematicidad (opera durante un largo período).

- 2) *Caso “Cencosud”*. Quizá este represente el caso más importante en materia de acciones colectivas resuelto en Chile. En marzo de 2013, la empresa Cencosud aumentó en 530 CLP el costo del servicio de administración mensual de su tarjeta de crédito (de 460 CLP a 990 CLP), respecto de los consumidores que presentaban un promedio de compras inferior a 50.000 CLP mensuales, invocando una cláusula del contrato y del Reglamento que, a su juicio, lo permitía. La Corte Suprema, confirmando el fallo de primera instancia, declaró abusiva la modificación unilateral, fundado en la idea de abuso de poder en la contratación por ausencia de negociación. Además de declarar ineficaz la cláusula en entredicho, el máximo tribunal condenó a indemnizar y restituir a los tarjetahabientes los dineros cobrados en exceso, más reajustes e intereses⁸². Con esta decisión quedó claro el abuso de la libertad económica, al intentar tensionar el legítimo rédito empresarial a costa de un número considerable de consumidores.
- 3) *Caso “Banco de Chile”*. Este caso es conocido como una continuación de la tendencia precedente. Da cuenta de hechos análogos, con similares fundamentos jurídicos. En el acuerdo conciliatorio suscrito entre el SERNAC y el Banco de Chile⁸³ se reconoció el cobro excesivo de comisiones de sobregiro que pugnaban con los límites establecidos en la tasa de interés máximo convencional. Cuando los clientes hacían uso de la “Línea de Sobregiro Pactado”, se les cobraba copulativamente un interés, una comisión semestral y otra comisión mensual. La institución financiera se comprometió a compensar tanto a los cuentacorrentistas como a los exclientes, con la suma de 19.311.337.406 CLP, monto que benefició a los afectados por el período comprendido entre el 1 de marzo de 2009 y el 31 de agosto de 2016.
- 4) *Caso “Gimnasios”*. Es otra variante desde el punto de vista del mercado afectado (gimnasios). Aquí se constató la injusticia irritante de algunos cambios unilaterales impuestos por la empresa Gimnasios Pacific Fitness, que afectaron a cientos de consumidores. La Corte Suprema declaró ineficaces por abusivas, entre otras, las cláusulas: (i) que negaban la restitución de los dineros pagados por los usuarios cuando no se había prestado el servicio; (ii) que permitían exonerarse de la aclaración del pago o de la información de morosidades, y (iii) que reservaban el derecho de abrir los casilleros de los clientes después del cierre del establecimiento⁸⁴.

⁸¹ 1º Juzgado de Policía Local de Santiago, acuerdo conciliatorio, 10 de diciembre de 2012.

⁸² Corte Suprema, sentencia de 24 de abril de 2013. Un análisis en CORRAL, 2013, pp. 221-226. Del cambio unilateral de las condiciones pactadas, CONTARDO, 2013, pp. 203-237.

⁸³ 12º Juzgado Civil de Santiago, acuerdo conciliatorio, 14 de junio de 2008.

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de mayo de 2015.

También se cumplen aquí los caracteres de gravedad, sistematicidad y cantidad de afectados que configuran el fenómeno de abuso de la libertad de empresa.

- 5) *Caso "Ticketmaster"*. En este caso, el SERNAC dedujo una acción difusa de cesación e ineficacia, para amparar los intereses de consumidores indeterminados, en contra de una empresa productora de eventos que incluía dentro de los términos y condiciones de su página web ciertas cláusulas abusivas, tales como el derecho de cambiar en cualquier momento el contrato, la renuncia a la responsabilidad por el uso del sitio, la no reventa para uso comercial, la cesión de datos personales y otras exenciones de responsabilidad⁸⁵. Es nítido el abuso de la libertad de la empresa productora, quien, aprovechándose de la ausencia de negociación con los clientes que compraban sus entradas para los distintos eventos organizados, introdujo las cláusulas cuestionadas.
- 6) *Caso "VTR"*. Aquí se da cuenta de otra figura interesante, como es el ofrecimiento, en las condiciones generales de contratación, de un determinado servicio, para con posterioridad prestar otro de inferior calidad. En medio de la pandemia causada por el COVID-19, el SERNAC presentó (julio de 2020) una demanda colectiva contra la empresa de telefonía, televisión e Internet VTR⁸⁶, por infracción de la Ley de protección de los derechos de los consumidores. Entre otras normas, se denuncian infringidos el art. 12 (no cumplir con la prestación del servicio contratado, en los términos suscritos), el art. 25 (suspender, paralizar o no prestar, sin justificación, el servicio previamente contratado), y los arts. 28, letra d) y 33, inciso primero (inducir a error y engaño a los consumidores acerca de las características relevantes del servicio de conexión a Internet contratado). El caso sigue abierto y habrá que esperar la sentencia respectiva para formular un análisis definitivo. Sin perjuicio de ello, la Subsecretaría de Telecomunicaciones ya había formulado cargos en contra de la empresa: VTR manejaría una alta Tasa de Agregación o Sobreventa, tanto nacional como internacional, a la vez que no ofrece información sobre los valores reales de dicha tasa. Esto significa que otorga *velocidades reales mucho más bajas que las contratadas por sus clientes* (de acuerdo con sus distintos planes)⁸⁷.

Según se puede observar, en los seis casos precedentes el abuso de la libertad de empresa adquiere su propio dinamismo a la hora de utilizar el contrato como instrumento jurídico que materializa y proyecta una estrategia de negocios lesiva para los derechos del consumidor.

⁸⁵ Corte Suprema, sentencia de 7 de julio de 2016.

⁸⁶ 14° Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 24 de julio de 2020.

⁸⁷ SUBSECRETARÍA DE TELECOMUNICACIONES, Ord. 5297/DJ-3 N° 158, 2020, p. 2.

V. CONCLUSIONES

1. El enfoque de las cláusulas abusivas desde la libertad de empresa permite analizarlas como infracciones no puramente aleatorias, ocasionales, momentáneas o fácticas, sino más bien como injustos premeditados que habitualmente responden a estrategias de negocios por parte del empresario, las cuales, por su propia naturaleza, afectan con carácter general y sistémico a un número importante de consumidores.
2. De ahí la necesidad de diseñar un marco teórico respecto de la materia que permita una delimitación científica adecuada de la libertad de empresa, para discernir en qué condiciones se puede producir un ejercicio abusivo con tales resultados.
3. La figura del abuso del derecho proviene del derecho privado y ha sido sometida a amplia discusión a lo largo de su historia. Sin embargo, hay un núcleo doctrinario que trasciende la controversia: la capacidad descriptiva que tiene dicha categoría para connotar la superposición ilegítima del interés individual sobre el interés social en el ejercicio de un derecho subjetivo.
4. En el ámbito de los derechos fundamentales también se ha discutido la pertinencia del “abuso”. A cualquier evento, la figura debe contar con un diseño autónomo, atendida las características específicas de estos derechos. En lo esencial, sigue connotando aquella superposición ilegítima entre el interés individual y el interés social.
5. La figura del abuso solo admite ser proyectada a los derechos fundamentales –en particular a las libertades– si se siguen los siguientes criterios: (a) las libertades fundamentales no son separables de su función histórica de protección frente al poder político; (b) el “abuso” debe aplicarse a las facultades o poderes específicos que derivan de la libertad iusfundamental, y no a su núcleo intangible en sí mismo considerado; (c) en materia económica, se ha de preservar el contenido esencial de cada una de las facultades derivadas, pero, a la vez, atender al cumplimiento de su función sociojurídica, para los efectos de una aplicación viable y práctica de la figura del abuso; (e) no debe confundirse el “abuso” con el “conflicto” o “colisión” entre dos derechos.
6. Las facultades que derivan de la libertad de empresa admiten tipologías distintas, pero, en definitiva, todas se integran en análogas funciones. En el ámbito de los contratos por adhesión debemos hablar, propiamente, no del abuso de la libertad económica en sí misma considerada, sino del abuso de una de sus facultades derivadas: la libertad de contratación.
7. Las cláusulas abusivas deben ser analizadas también desde la perspectiva del ejercicio ilegítimo de la facultad de contratación del empresario-proveedor. Por medio de ella, el empresario prerredacta los términos del clausulado, abusando de su poder de contratación, de suerte que utiliza el contrato por adhesión como un instrumento jurídico que materializa sus estrategias lesivas de negocios, afectando el principio de igualdad conmutativa respecto del consumidor.

8. En la materia, , el “abuso” del empresario equivale a un ejercicio ilegítimo de su facultad de contratación, que tiene efectos en el funcionamiento del mercado, vulnerando los bienes jurídicos y los intereses sociales que le sirven de fundamento. El titular desborda el ámbito de protección constitucional, utilizando el contrato como instrumento y estrategia de negocios para satisfacción de su exclusivo interés, posponiendo y vulnerando el derecho de los consumidores y la disciplina del mercado.
9. El presente estudio culmina con el análisis de seis casos ejemplares (“La Polar”, “Cencosud”, “Banco de Chile”, “Gimnasios”, “Ticketmaster” y “VTR”), donde se puede observar de qué manera la tipología del abuso de la libertad de empresa permite enfocar el fenómeno de las cláusulas abusivas desde la perspectiva que formulamos.
10. Sería conveniente incorporar a un eventual nuevo texto constitucional el vínculo entre libertad de empresa y un elevado nivel de protección del consumidor. La perspectiva de abuso aquí expuesta aconseja la inclusión.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, 1993: *Las obligaciones*, tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI, Arturo, 1943: *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil chileno*, Santiago: Imprenta Universitaria.
- ALDUNATE, Eduardo, 2008: *Derechos fundamentales*, Santiago: Legal Publishing.
- AEDO, Cristián, 2021: “Facultad unilateral de terminar el contrato y cláusulas abusivas”, en Íñigo DE LA MAZA y Juan Ignacio CONTARDO (dirs.), Patricia LÓPEZ y Hernán CORTÉZ (coords.) Boris LOAYZA y Raimundo NORAMBUENA (eds.) *Estudios del derecho del consumidor II*, Santiago: Editorial Rubicón, pp. 193-218.
- AEDO, Cristián, 2019: “Facultad unilateral de terminar el contrato y buena fe contractual” *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 33, pp. 73-96.
- ARROYO, Alicia, 2013: “Consumidores y normativa protectora de la libre competencia”, en Manuel VÁZQUEZ PENA (Dir.), *El derecho de la libre competencia como instrumento económico a favor de las empresas y los consumidores*, Valencia: Tirant Lo Blanch, pp. 31-54.
- ATIENZA, Manuel, 2000: *Ilícitos atípicos*, Madrid: Trotta.
- ALVEAR, Julio, 2017: *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor. Un panorama crítico. Una visión integral*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARIÑO, Gaspar, 2004: *Principios de derecho público económico*, Lima: Ara Editores.
- BARAONA, Jorge, 2015: “La integración e intervención administrativa del contrato: la lucha contra las cláusulas abusivas”, *Actualidad Jurídica*, N° 32.
- BARAONA, Jorge, 2021: “La interpretación de los contratos de consumo sujetos a la Ley 19.496”, en Mario CORREA, Patricio CARVAJAL y Felipe WIDOW (eds.), *Las razones del Derecho. Estudios en honor de José Joaquín Ugarte Godoy*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 409-451.
- BARRIENTOS, Francisca y CONTARDO, Juan Ignacio, 2013: “Comentarios al artículo 23 inciso primero”, en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (coordinadores), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 556-582.
- BARRIENTOS, Francisca, 2019: *Lecciones de derecho del consumidor*, Santiago: Thomson Reuters.

- BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual* (2ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BASTIDA, Francisco *et al.*, 2012: *Teoría de los derechos fundamentales en la Constitución española de 1978*, Madrid: Tecnos.
- BRONFMAN, Alan, MARTÍNEZ, José Ignacio, y NÚÑEZ, Manuel, 2012: *Constitución política comentada. Parte dogmática. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Abeledo Perrot.
- BROWN, Neville, 1994: "Is There a General Principle of Abuse of Rights in European Community Law", en AA.VV., *Essays in Honour of H. G. Schemers. Institutional dynamics of European Integration*, tomo II, London: Nijhoff, pp. 511-525.
- CAMPOS, Sebastián, 2019: *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusiva*, Santiago: Thomson Reuters.
- CAMPOS, Sebastián, 2020: "Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la Ley Nº 19.496, con especial referencia a su artículo 16, letra g). Bases para una diferenciación entre el control de contenido y el de sorpresividad", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47, Nº 3.
- CAMPOS, Sebastián, 2021: "Función suplementaria de la buena fe contractual y deberes de conducta derivados. Un análisis a la luz del moderno derecho de contratos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 37, pp. 105-159.
- CARVAJAL, Patricio, 2012, "Tipicidad contractual y derecho de los consumidores, artículo 16, letra g) de la Ley Nº 19.496", en Fabián ELORRIAGA (coord.), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago: Thomson Reuters/Abeledo Perrot, pp. 441-448.
- CARVAJAL, Patricio, 2021: "El contrato de adhesión como ámbito de aplicación de las normas sobre cláusulas abusivas en el derecho del consumo", en Mario CORREA, Patricio CARVAJAL y Felipe WIDOW (eds.), *Las razones del Derecho. Estudios en honor de José Joaquín Ugarte Godoy*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 501-518.
- CASTÁN TOBEÑAS, José, 1992: *Los derechos del hombre*, Madrid: Reus.
- CASTILLO, Ximena, 2014: "Los textos asimétricos y el control de abusividad", en Francisca BARRIENTOS (coordinadora), *Condiciones generales de contratación y cláusulas abusivas*, Santiago: Ediciones UDP, pp. 281-294.
- CIDONCHA, Antonio, 2006: *La libertad de empresa*, Cizur: Civitas.
- CEA, José Luis, 2003: "Misión cautelar de la justicia constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 20, Nº 2-3, pp. 395-408.
- CEA, José Luis, 1998: *Tratado de la Constitución de 1980*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CHANDLER, Alfred, 1962: *Strategy and Structure: Chapters in the History of Industrial Enterprise*, New York: Doubleday.
- COMISIÓN INVESTIGADORA CASO LA POLAR, 2011: *Informe 13 al 19 de julio de 2011*, Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional.
- CONTARDO, Juan Ignacio, 2013: "Comentario de sentencia SERNAC con Cencosud", *Derecho Público Iberoamericano*, Nº 3.
- CORRAL, Hernán, 2013: "Notas sobre el caso "SERNAC con Cencosud". Valor del silencio y prescripción de acción de nulidad de cláusulas abusivas", *Revista de Derecho de la Escuela de Posgrado*, Nº 3.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2012: "Contratos por adhesión y cláusulas abusivas ¿Por qué el Estado y no solamente el mercado?", en Francisca BARRIENTOS (coordinadora), *Consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 1-46.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2014: "Pero ¿qué es lo que esperabas? Contratos por adhesión y expectativas razonables", en Susan TURNER y Juan Andrés VARAS (eds.), *Estudios de Derecho Civil IX*, Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters, pp. 333-350.
- DÍAZ, Juan Ignacio y MANTEROLA, Pablo, 2020: "Buena fe e interés social: una aproximación a los límites de la actuación del controlador en la junta de accionistas de una sociedad", en

- Jaime ARANCIA MATTAR (ed.), *La buena fe en el derecho. Estudios en homenaje a los treinta años de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Chile)*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 227-250.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1996: *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Teoría del contrato*, Madrid: Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis María, 2008: *Sistema de derechos fundamentales*, Cizur Menor: Thomson/Civitas.
- ELSENER, Ursula, 2004, *Les racines romanistes de l'interdiction de l'abus de droit*, Bruselas: Bruylant.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, 2013: "Abuso del derecho (art. 103 Constitución)", en Walter GUTIÉRREZ (coordinador), *La Constitución comentada*, tomo II, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 191-252.
- FERRAJOLI, Luigi, 2009: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid: Trotta.
- FUEYO LANERY, Fernando, 1990: *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GACETA JURÍDICA, 2011: *Análisis doctrinario y jurisprudencial del caso La Polar*, Santiago: Legal Publishing, edición especial.
- GARCÍA VICTORIA, Ignacio, 2008: *La libertad de empresa: ¿un terrible derecho?*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GASPAR, José Antonio, 2012: "Deber de diligencia y cuidado de los directores de sociedades anónimas", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 19, pp. 227-238
- GÓMEZ, Carmelo, 1979: "El abuso de los derechos fundamentales", en Antonio PÉREZ LUÑO (coordinador), *Los derechos humanos: significación, estatuto jurídico y sistema* Sevilla: Universidad de Sevilla, pp. 301-332.
- GROSSI, Pierfrancesco, 1991: *I diritti di liberta ad uso de lezioni* (2ª edición), Torino: Giapichelli.
- GUERRERO, José Luis, 2008: "La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor", en Alejandro GUZMÁN (coord.), *Colección de estudios de derecho civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 433-453.
- GUERRERO, José Luis, 2020: *La Constitución económica chilena. Bases para el cambio* (2ª edición), Santiago: DER.
- GUZMÁN, Alejandro, 2003: "Comentario crítico" en Álvaro ORTÚZAR, *El abuso del Derecho ante la Constitución*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, Santiago, pp. 313-322.
- GUZMÁN, Alejandro, 2001: *El derecho privado constitucional de Chile*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- HENRÍQUEZ, Miriam, 2018: *Acción de Protección*, Santiago: DER.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2000: *Derecho subjetivo y derechos humanos. Doctrina solidarista*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HERNANDO, Luis, 2016: "La buena fe en el marco de los deberes de los administradores de las sociedades de capital: viejos hechos, nuevas implicaciones", *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXIX, 2016, fasc. IV, pp. 1385-1426.
- JOSSERAND, Louis, 1939: *De l'esprit des droits et de leur relativité: théorie dite de l'abus des droits* (2ª edición), París: Dalloz.
- IONESCU, Nicoleta, 2008: *L'abus de droit en Droit communautaire*, Université de Toulouse-Universidad Autónoma de Barcelona, 2008.
- JOVANÉ, Jaime, 2011: *El abuso del derecho: teoría de los actos antinormativos*, Panamá: Portobelo.
- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- KARIMI, Abbas, 2001: *Les clauses abusives et la théorie de l'abus du droit*, París: LGDJ.
- LARENZ, Karl, 2001: *Metodología de la Ciencia del Derecho* (2ª edición), Barcelona, Ariel.
- LENAERTS, Annekatrien, 2010: "The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights", *European Review of Private Law*, vol. 18, N° 6.

- LE MIRE, Pierre, 1999: "Article 17", en Louis PETTITI *et al.* (coords.), *La Convention européenne des droits de l'homme* (2ª edición), París: Economica.
- LEONFANTI, María, 1946: *Abuso del derecho*, Buenos Aires: Valerio Abeledo.
- LÓPEZ ESCUDERO, Manuel, 2008: "Comentario al artículo 54 de la Carta", en Araceli MANGAS (coord.), *La Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea. Comentario artículo por artículo*, Bilbao: Fundación BBVA, pp. 870-879.
- LÓPEZ, Jorge y ELORRIAGA, Fabián, 2017: *Los contratos. Parte general* (6ª edición), Santiago: Thomson Reuters.
- LORENZETTI, Ricardo, 1994: "Tratamiento de las cláusulas abusivas en la Ley de defensa del consumidor", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, Nº 5.
- LUCARELLI, Alberto, 2002: "Art. 54", en Raffaele BIFULCO (coord.), *L'Europa dei diritti. Commento alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea*, Boloña: Il Mulino, pp. 451-459.
- MADIOT, Yves, 1976: *Droits de l'homme et libertés publiques*, París: Masson.
- MATO, María Natalia, 2017: *Cláusulas abusivas y empresario adherente*, Madrid: Boletín Oficial del Estado.
- MEDINA, Manuel, 1996: *La vinculación negativa del legislador a los derechos fundamentales*, Madrid: McGraw-Hill.
- MENDOZA, Pamela y MORALES, María Elisa, 2020: "Notas sobre el control de cláusulas abusivas entre empresarios. Una síntesis del modelo alemán", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 34.
- MERCADO, Pedro, 2012, "Art. 16. Libertad de empresa", en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO, *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 380-391.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos, 2013: "Comentario al artículo 16, letra g)", en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (coords.), *La protección de los derechos del consumidor*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 340-351.
- MOMBERG, Rodrigo, 2013: "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXVI, Nº 1.
- MONEREO, José Luis, 2012, "Artículo 54. Prohibición del abuso del derecho", en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO (coordinadores), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 1421-1444.
- MORALES, María Elisa, 2018: *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago: DER.
- MORALES, María Elisa y VELOSO, Franco, 2019: "Cláusulas abusivas en la Ley Nº 19.496. Ley, doctrina, jurisprudencia", en María Elisa MORALES y Pamela MENDOZA (coords.), *Derecho del consumo*, Santiago: DER.
- MORALES, María Elisa *et al.*, 2020: "Cláusulas abusivas entre empresas. Evolución en los principales sistemas de Derecho comparado", *Universitas*, vol. 69. Disponible en <http://doi.org/10.11144/Javierana.vj69.cae> (fecha de consulta: 5 de enero de 2021).
- NARANJO, Rafael, 2000: *Los límites de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares: la buena fe*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid: 2000.
- NAVARRO, Enrique y CARMONA, Carlos, 2015: *Recopilación de jurisprudencia del Tribunal Constitucional (1981-2015)*, Santiago: Cuadernos del Tribunal Constitucional.
- NAVARRO, Enrique, 2016: *La Constitución económica chilena ante los tribunales de justicia*, Santiago: Ediciones UFT.
- NAVARRO, Enrique, 2018: *Las acciones constitucionales económicas ante los Tribunales de Justicia*, Santiago: Ediciones UFT.
- NOGUEIRA, Humberto, 2018: *Derechos fundamentales y garantías constitucionales* (2ª edición), tomo I, Santiago: Librotecnia
- NOGUEIRA, Humberto, 2020: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales*, Tomo IV, Santiago: Librotecnia. - OROZCO, Guillermo y MORENO, Miguel Angel, 2012: "Protección

- de los consumidores”, en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO (coords.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares, pp. 1077-1095.
- ORTÚZAR, Álvaro, 2003: *El abuso del derecho ante la Constitución*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- OSSENBÜHL, Fritz, 1991: “Las libertades del empresario según la Ley Fundamental de Bonn”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 32, pp. 9-44.
- PAZOS, Ricardo, 2017: *El Control de las Cláusulas Abusivas en los Contratos con Consumidores*, Cizur Menor: Thomson-Reuters / Aranzadi.
- PECES-BARBA, Gregorio, 2004: *Lecciones de derechos fundamentales*, Madrid: Dykinson.
- PEÑA, Marisol, 2014: “La Acción de Protección”, en María Pía SILVA y Miriam HENRÍQUEZ (Coords.), *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, Santiago: Thomson-Reuters, pp. 31-60.
- PINOCHET, Ruperto, 2019: “La razonabilidad como criterio de control del contenido en los actos predispuestos”, en Manuel BARRÍA (coord.), *Estudios de Derecho privado en homenaje al Profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 495-514.
- PINOCHET, Francisco, 2016: *El Recurso de Protección*, Santiago: El Jurista.
- PIZARRO, Carlos, 2012: “El fracaso de un sistema. Análisis empírico y dogmático del control de cláusulas abusivas en contratos de adhesión”, en Francisca BARRIENTOS (coordinadora), *Consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 149-170.
- PIZARRO, Carlos, 1998: “Los derechos fundamentales y los contratos. Una mirada a la *Drittwirkung*”, *Gaceta Jurídica*, N° 221, pp. 7-21.
- PIZARRO, Carlos y PETIT, Jean, 2013: “Comentario al artículo 16 A”, en Íñigo DE LA MAZA y Carlos PIZARRO (coords.), *La protección de los derechos del consumidor*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 305-311.
- PLANIOL, Marcel, 1950: *Traité élémentaire de droit civil* (5ª edición), tomo II, París: Pichon et Buran.
- PONCE DE LEÓN, Sandra, 2014: “Acción de Amparo Económico”, en María Pía SILVA y Miriam HENRÍQUEZ (Coords.), *Acciones Protectoras de Derechos Fundamentales*, Santiago: Thomson-Reuters, pp. 97-126.
- RAYMOND, Guy, 2004: “Solidarisme contractuel en droit de la consommation”, en Luc GRYNBAUM y Marc NICOD (coords.), *Le solidarisme contractuel*, París: Economica, pp. 107-124.
- RENGIFO, Ernesto, 2004: *Del abuso del derecho al abuso de la posición dominante*, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- RODRÍGUEZ, Pablo, 2004: *El abuso del derecho y el abuso circunstancial*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ ZAPATA, Jorge, 2011: *Teoría y práctica del derecho constitucional* (2ª edición), Madrid: Tecnos.
- ROTONDI, Mario, 1979: *L'abuso di diritto*, Padova: CEDAM.
- ROVIRA, Antonio, 1983: *El abuso de los derechos fundamentales*, Barcelona: Península.
- RUBIO, Francisco, 1998: “La configuración de los derechos fundamentales en España” en AA.VV., *Liber amicorum Héctor Fix-Zamudio*, tomo II, San José de Costa Rica: Secretaría CIDH, pp. 1329-1343.
- SCHOPF, Adrián, 2021: “El lugar de la buena fe en la integración de los contratos en el Código Civil chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48, N° 3, pp. 55-78.
- SOTO, Eduardo, 1982: *Recurso de protección. Orígenes. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SIMON, Denys y RIGAUX, Anne, 2004: “La technique de consécration d'un nouveau principe général du droit communautaire: l'exemple de l'abus de droit”, en Marc BLANQUET (coord.), *Mélanges en hommages à Guy Isaac*, Toulouse: Presses de l'Université de Sciences Sociales de Toulouse, pp. 557-585.

- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, 2002: *Contrato por adhesión. Ley Nº 19.496*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TRIANAFYLLOU, Dimitris, 2002: “L’interdiction des abus de droit en tant que principe général du droit communautaire», *Cahiers de Droit Européen*, vol. 38, Nº 5-6.
- VELOSO, Paulina, 1996: “Cláusulas abusivas”, en *Instituciones modernas de Derecho civil: Homenaje al profesor Fernando Fueyo Laneri*, Santiago: Conosur, pp. 444-453.
- WAELEBROECK, Michel, 2003: “La notion d’abus de droit dans l’ordre juridique communautaire”, en INSTITUT D’ÉTUDES EUROPÉENNES, *Mélanges en hommages à J. V. Louis*, tomo I, Bruselas, Université Libre de Bruxelles, pp. 595-616.
- VALICENTI, Ezequiel, 2016: “Cláusulas abusivas y desnaturalización de las obligaciones”, *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros*, Nº 5.
- VERDUGO, Mario, 2003: “Prólogo”, en Álvaro ORTÚZAR (coord.), *El abuso del derecho ante la Constitución*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, pp. 9-15.
- VIERA, Cristián, 2010: “La libertad de empresa y algunos de los límites del Estado social”, en RJUAM, Nº 21, 2010-I, pp. 197-224.
- VIERA, Cristián, 2020: “Libertad económica”, en Pablo CONTRERAS y Constanza SALGADO (eds.), *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 675-702.

Jurisprudencia citada

- 12º JUZGADO Civil de Santiago, acuerdo conciliatorio de fecha 14 de junio de 2008, Rol C-10.051-2014 (SERNAC con Banco de Chile).
- 1º JUZGADO de Policía Local, acuerdo conciliatorio de fecha 10 de diciembre del 2012, rol C-12.105-2011 (SERNAC con La Polar).
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de abril de 2013, rol 12.355-2011 (SERNAC con Cencosud).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11 de mayo de 2015, rol 1693-2015 (SERNAC con Gimnasios Pacific Fitness Chile).
- CORTE Suprema, sentencia de 7 de julio de 2016, rol 1533-2015 (SERNAC con Ticketmaster).
- 14º JUZGADO Civil de Santiago, demanda colectiva de 24 de julio de 2020, Rol C-11.252-2020 (SERNAC con VTR).

Normas citadas

- COMISIÓN para el Mercado Financiero, Norma de Carácter General Nº 461, que modifica la estructura y contenido de la memoria anual de los emisores de valores y modifica y deroga normas que indica. Publicada el 12 de noviembre de 2021.
- DFL 1, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del DL Nº 211, de 1973. Publicado el 7 de marzo de 2005.
- DFL 3, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.496. Publicado el 31 de mayo de 2021.
- LEY 19.496. Publicada el 7 de marzo de 1997.
- LEY 19.659. Publicada el 27 de diciembre de 1999.
- LEY 19.761. Publicada el 8 de noviembre de 2001.
- LEY 19.955. Publicada el 14 de julio de 2004.
- LEY 20.169. Publicada el 16 de febrero de 2007.
- LEY 20.416. Publicada el 3 de febrero de 2010.
- LEY 20.543. Publicada el 21 de octubre de 2011.

LEY 20.555. Publicada el 5 de diciembre de 2011.

LEY 20.715. Publicada el 13 de diciembre de 2013.

LEY 20.756. Publicada el 9 de junio de 2014.

LEY 20.855. Publicada el 25 de septiembre de 2015.

LEY 20.945. Publicada el 30 de agosto de 2016.

LEY 20.967. Publicada el 17 de noviembre de 2016.

LEY 21.081. Publicada el 13 de septiembre de 2018.

SUBSECRETARÍA de Telecomunicaciones, Ord. 5297/DJ-3 N° 158. Publicada el 17 de abril del 2020.

La obligación internacional de evaluación de los impactos ambientales transfronterizos y su aplicación en Chile

*Dominique Hervé Espejo**
*Dusanka Inostroza Skaric***

RESUMEN

En el derecho internacional, la obligación de realizar una evaluación de impacto ambiental transfronteriza (EIAT) es considerada una obligación general consuetudinaria, que constituye una consecuencia jurídica y material de la regla de no causar daños a otros Estados, la que, a su vez, es una expresión del principio de debida diligencia. Esta obligación resulta vinculante para todos los Estados, incluido Chile. Sin embargo, en nuestro país no existe una regulación sustantiva acerca de este tema y el único avance es la dictación de un Instructivo por parte de la autoridad ambiental. Por lo anterior, este artículo tiene por objetivo analizar la forma en que se ha tratado la EIAT en nuestro país de acuerdo con la jurisprudencia y doctrina internacional sosteniendo que ha sido insuficiente, tanto para dar cumplimiento a la obligación internacional existente, como para permitir una regulación interna adecuada de la EIAT.

Evaluación de impacto ambiental transfronterizo; regla de no causar daño;
deber de debida diligencia

Transboundary Environmental Impact Assessment in Chile

ABSTRACT

In international law, the obligation to carry out a transboundary environmental impact assessment (TEIA) is considered a general customary obligation, which constitutes a legal and material consequence of the no harm rule to other States, which is an expression of the principle of due diligence. This obligation is binding on all States, including Chile. However, in our country there is no substantive regulation on this issue and the only progress is an instruction by the environmental authority. Therefore, this article aims to analyze the way in which the

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho ambiental (LLM), University College London, Inglaterra. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora Asociada de la Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3239-6236>. Correo electrónico: dominique.herve@udp.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Regulatorio, Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3447-8921>. Correo electrónico: du.inostroza@gmail.com

Trabajo recibido el 28.10.2020 y aceptado para publicación el 27.9.2021.

TEIA has been treated in our country in accordance with decisions of international tribunals and legal doctrine, concluding that it does not fulfill the international obligation, nor does it allow an adequate domestic regulation of TEIA.

Transboundary Environmental Impact Assessment; No harm rule;
standard of due diligence

INTRODUCCIÓN

La evaluación de impacto ambiental es un instrumento que ha sido reconocido en el derecho ambiental nacional desde sus comienzos. En efecto, se trata de uno de los principales instrumentos de gestión ambiental incorporado por la Ley de Bases Generales del Medio Ambiente (LBGMA)¹. Así, desde la dictación del primer reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA) en 1997, buena parte de la política pública y derecho ambiental nacional se ha desarrollado en el contexto de este instrumento, al punto que se ha llegado a sostener que la gestión ambiental nacional ha “seiaizado” el derecho ambiental de manera excesiva².

Sin embargo, su alcance y aplicación se ha limitado al ámbito doméstico, es decir, exclusivamente a los impactos ambientales que se pueden producir dentro del territorio del país. Llama la atención la escasa discusión nacional acerca de una realidad que cada día se hace más evidente, en gran medida gracias al reclamo de las comunidades que se ubican en zonas fronterizas y pueden advertir los efectos ambientales adversos de actividades ubicadas en suelo extranjero³.

La legislación ambiental nacional no contempla a nivel legal ni reglamentario normas que permitan cumplir cabalmente con la obligación consuetudinaria de evaluar los efectos adversos significativos transfronterizos de los proyectos de inversión o actividades que se emplacen en territorio nacional, ni tampoco es posible advertir un diálogo con nuestros vecinos que se preocupe de estos problemas de forma institucionalizada. No existe en Chile una ley que cree un procedimiento para estos casos ni tampoco ha sido incorporada referencia alguna a esta situación en las diversas modificaciones a la LBGMA ni en los sucesivos reglamentos del SEIA⁴. Lo anterior es preocupante si consideramos que, desde 1997 a la fecha, existen más de 1500 proyectos de inversión en los sectores productivos de minería, infraestructura y pesca y acuicultura, evaluados ambientalmente

¹ Ley N°19.300, de 1994.

² En este sentido, ver LEIVA 2015, pp. 85-96; BERMÚDEZ 2013, pp. 421-447 y SIERRA 2008, pp. 57-102.

³ Es importante destacar lo señalado por la Directora de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites (DIFROL) Ximena Fuentes Torrijo, el 27 de junio de 2018, en la sesión de la Comisión de Medio Ambiente del Colegio de Abogados y la Asociación Chilena de Derecho Ambiental respecto de este tema, recalando la importancia del cumplimiento de las obligaciones internacionales por parte de Chile, evitando de esta forma la posibilidad de incurrir en responsabilidad internacional.

⁴ El actual reglamento es el D.S. N° 40/2012, del Ministerio del Medio Ambiente (RSEIA).

en el SEIA⁵, que se encuentran emplazados en zonas fronterizas, criterio que, según veremos, ha sido tenido en cuenta en la única regulación nacional existente a la fecha.

Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia nacional, si bien han abordado el tema de los movimientos transfronterizos de contaminantes –a partir de la suscripción de Chile al Convenio de Basilea sobre el Control de los Movimientos Transfronterizos de los Desechos Peligrosos y su Eliminación⁶–, no han destacado la necesidad de contar con un mecanismo que permita al SEIA incorporar la variable transfronteriza. Es importante subrayar que tampoco es posible advertir en los derechos domésticos de la región, normas que permitan cumplir con esta obligación⁷, como sí ocurre, por ejemplo, en el contexto del derecho europeo.

El desarrollo más adelantado hasta la fecha corresponde al de la Comisión Económica para Europa de las Naciones Unidas (CEPE), que reguló la materia mediante el Convenio sobre la evaluación del impacto ambiental en un contexto transfronterizo –Convenio de Espoo–, de 1991, que comenzó a regir en 1997, el que ha sido ratificado por 45 Estados⁸.

En nuestro país, en cambio, el único avance concreto ha sido la dictación del instructivo de la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA) N° 181.275/18, de 31 de agosto de 2018 (en adelante “el instructivo” u “Ord N° 181.275/18”), en donde si bien se establece un procedimiento para la evaluación del impacto ambiental de los proyectos que se emplacen en zonas fronterizas, o en caso que, encontrándose fuera de dichas zonas, sus áreas de influencia se extiendan a estas⁹, no se profundiza en aspectos de fondo acerca de la EIAT.

Con estos antecedentes, en el presente artículo se sostiene que el actual instructivo aplicable a la EIAT es insuficiente tanto para cumplir con la obligación internacional de Chile de evaluar los impactos ambientales transfronterizos de las actividades realizadas en su territorio como para permitir una regulación interna adecuada de la EIAT.

Para ello, se seguirá la siguiente estructura: (i) se expondrá el concepto de EIAT, luego (ii) se analizará el origen de la obligación internacional de los Estados de conducir

⁵ En cuanto a la metodología utilizada para obtener estos datos se debe indicar que se realizó un cruce entre las comunas totalmente fronterizas identificadas por DIFROL en <https://ugit0.maps.arcgis.com/apps/MapJournal/index.html?appid=d0805478909041ff87aff24ef6be4dcc> y los proyectos ingresados al SEIA y aprobados en dichas comunas, que se encuentran en <https://seia.sea.gob.cl/busqueda/buscarProyecto.php>, desde 1997 a la fecha, y luego se redujo a los sectores productivos de minería, infraestructura y pesca y acuicultura.

⁶ El Convenio fue promulgado mediante D.S. N° 685, de 1992, del Ministerio de Relaciones Exteriores.

⁷ Un caso excepcional es el de Perú, pues a partir de lo dispuesto en el artículo 28.1 letra g) del Decreto Supremo 040-2014-EM, Reglamento de Protección y Gestión Ambiental para las Actividades de Explotación, Beneficio, Labor General, Transporte y Almacenamiento Minero, aquellos proyectos que involucran tales actividades requieren de la evaluación y previa aprobación de Términos de Referencia Específicos, cuando sus componentes y/o actividades se localicen en ecosistemas frágiles o áreas vulnerables declaradas por autoridad competente y se encuentren ubicadas dentro de los 50 km de la frontera.

⁸ El listado de dichos Estados se encuentra en: <https://treaties.un.org/doc/Publication/MTDSG/Volume%20II/Chapter%20XXVII/XXVII-4.en.pdf>

⁹ El texto íntegro del instructivo se encuentra en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2018/09/05/ordinario_ndeg_181275_de_fecha_31_de_agosto_2018.pdf

una EIAT, y (iii) se determinará su sentido y alcance, lo que nos permitirá (iv) contrastar lo anterior con lo dispuesto en el Ord. D.E. N° 181.275/18 y (v) analizar cuáles son los problemas e insuficiencias del instructivo. Por último, (vi) concluir con algunas observaciones y recomendaciones.

I. ACERCA DEL CONCEPTO DE LA EIAT

A modo de contexto, es preciso señalar que si bien hasta el momento no existe una definición de la EIAT que se encuentre consagrada en los instrumentos del Derecho Internacional del Medio Ambiente¹⁰, la doctrina internacional ha avanzado en su conceptualización, tal como pasamos a revisar a continuación.

En este sentido, Kees Bastmeijer y Timo Koivurova han entendido y definido la EIAT de la siguiente forma:

“La evaluación de impacto ambiental (EIA) es un instrumento de política ambiental que se considera como una herramienta necesaria para entregar el debido lugar que le corresponde al medio ambiente en el proceso de toma de decisiones, a través de información de calidad. Así, quienes deben desarrollar ese rol adoptarán sus decisiones con un especial énfasis en la minimización de los impactos ambientales, mejorando la planificación de las actividades a desarrollar y protegiendo el medio ambiente. La evaluación de impactos ambientales transfronterizos se asocia generalmente a la EIA entre Estados territoriales [sin embargo también implica] la evaluación de los posibles impactos ambientales por actividades en el medio ambiente de otro Estado o en áreas que se encuentran fuera de la jurisdicción nacional del mismo”¹¹.

Basados en lo anterior, estos autores plantean la existencia de tres dimensiones de la EIAT¹². La primera de ellas dice relación con la evaluación ambiental transfronteriza entre Estados, cuyo énfasis se encuentra en que el Estado de origen deberá realizar una evaluación de impacto ambiental transfronterizo con la finalidad de prevenir la posible generación de impactos negativos al medio ambiente de otros Estados. Una segunda dimensión respecto de la evaluación ambiental transfronteriza que aplica a actividades desarrolladas en espacios internacionales y compartidos entre Estados, como es el caso de mares cerrados o interiores o semicerrados —el océano Ártico, el mar Muerto, el mar

¹⁰ DALFUME, 2018, p. 23.

¹¹ BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, p. 1. Traducción propia de la definición en inglés *Environmental Impact Assessment (EIA) is an environmental policy instrument that “is considered a necessary tool in order to give the environment its proper place in the decision-making process by improving the quality of information to decision makers, so that environmentally sensitive decisions can be made paying careful attention to minimizing impacts, improving the planning of activities and protecting the environment”*. TEAI is generally associated with EIA between territorial states (...) evaluate possible impacts by humans' activities on another state's environment or the environment of areas beyond a state's national jurisdiction.

¹² Ver BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, pp. 8-23.

Caspio, el mar de Aral, el mar Mediterráneo—, recursos hídricos compartidos, etc. Y por último, la dimensión asociada a la evaluación ambiental transfronteriza y las instituciones internacionales de financiamiento, que se vincula con la estrecha relación entre el desarrollo económico y los problemas ambientales, en donde los bancos de desarrollo fomentan la implementación de políticas medioambientales, acuerdos internacionales en esta materia, fondos sustentables o productos especiales, que permiten el incremento de la responsabilidad social empresarial de los proponentes de los proyectos, entre otros.

Además, Sandra Dalfiume ha definido la EIAT como “un proceso de toma de decisiones llevado a cabo por los Estados para evaluar, de manera científica y con la participación de los ciudadanos, los impactos que se podrían producir sobre su medio ambiente y el de otros Estados a causa del desarrollo de una determinada actividad, con la finalidad de identificar las medidas para prevenir, reducir y controlar dichos impactos”¹³.

A partir de lo anterior, podemos definir la EIAT como aquel procedimiento que es desarrollado por un Estado o varios Estados, en caso que compartan áreas que no se encuentran sometidas en totalidad a la jurisdicción de uno en particular, cuyo objetivo es evaluar ambientalmente los posibles impactos ambientales que se pudieran generar en otro Estado, por la ejecución de un proyecto o actividad ubicado en su zona fronteriza o, no encontrándose dentro de esta, pudiera ser afectada en virtud del área de influencia de este.

Dicho procedimiento podrá formar parte de la evaluación de impactos ambientales interna que posean los Estados o constar en un instrumento vinculante distinto y deberá contar con etapas que aseguren la participación pública, ya sea del posible Estado afectado, de organizaciones internacionales sin fines de lucro, miembros de la comunidad científica, etc., y su finalidad consistirá, para el caso de que efectivamente se generen impactos ambientales transfronterizos, en la adopción de las medidas que se estimen pertinentes —de acuerdo con dicho procedimiento— con la finalidad de prevenir, controlar o minimizar dichos impactos.

II. ORIGEN DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE LOS ESTADOS DE CONDUCIR UNA EIAT

En doctrina es posible distinguir al menos dos posturas acerca del origen de la obligación de realizar una EIAT. Por una parte, aquellos que sostienen que esta obligación constituye una consecuencia jurídica y material de la regla de no dañar a otros Estados —expresión, a su turno, del principio de debida diligencia— y, por otra, los que estiman que podría desprenderse del principio de derecho internacional de no discriminación¹⁴.

¹³ DALFIUME, 2018, p. 25

¹⁴ Dicho principio ha sido desarrollado por la OCDE en el Título A.3.a) de la Recomendación para la implementación del régimen de acceso igualitario y de no discriminación con relación a la contaminación transfronteriza, elaborado el 17 de mayo de 1977. Al respecto ver: <https://legalinstruments.oecd.org/public/doc/17/17.en.pdf>

La primera de ellas se basa en lo dispuesto en los Principios Nº 21 y Nº 2 de las Declaraciones de Estocolmo sobre el Medio Humano y la de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo¹⁵, respectivamente, constituyendo actualmente la doctrina mayoritaria¹⁶.

Es admisible resaltar que ambas Declaraciones, cuyos antecedentes pueden ya detectarse en el laudo arbitral del Tribunal Arbitral del caso *Trail Smelter* en 1941¹⁷ así como en la sentencia de la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso del Canal de Corfú en 1949¹⁸, han permitido el establecimiento de estándares de protección del medio ambiente para los Estados y, por consiguiente, la elaboración de diversas obligaciones internacionales que posteriormente han sido cristalizadas en tratados internacionales¹⁹.

Lo anterior, también ha sido reconocido en el párrafo 29 de la Opinión Consultiva de la CIJ acerca de la legalidad de la amenaza o el empleo de armas nucleares, de 19 de julio de 1996:

“(…) La existencia de la obligación general de que los Estados velen porque las actividades realizadas dentro de su jurisdicción o bajo su control no dañen el medio ambiente de otros Estados o zonas que estén fuera de su jurisdicción nacional forma parte ya del corpus de normas internacionales en materia de medio ambiente”²⁰.

La segunda postura fue expuesta en su oportunidad por John H. Knox –siguiendo a Thomas Merrill²¹ y a Daniel Bodansky²²–, quien afirmaba que, si bien la regla de no causar daño representa el ideal colectivo de la comunidad internacional como parte del derecho internacional consuetudinario, no refleja realmente la práctica de los Estados en

¹⁵ El Principio Nº 21 de la Declaración de Estocolmo reconoce el derecho soberano de los Estados para aprovechar sus propios recursos naturales en aplicación de su propia política ambiental y la obligación de asegurarse de que las actividades que se lleven a cabo dentro de su jurisdicción o bajo su control no perjudiquen al medio de otros Estados o de zonas situadas fuera de toda jurisdicción nacional. Por su parte, el Principio Nº 2 de la Declaración de Río si bien reitera casi de forma idéntica lo establecido en el Principio 21 de Estocolmo, reconoce que este aprovechamiento soberano también deberá realizarse conforme las políticas de desarrollo de los Estados. Ver FUENTES, 2000, p. 57.

¹⁶ Al respecto, BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, p. 3; DALFUME, 2018, p. 34, VICENTE, 2014, p. 63, OKOWA, 2000, p. 75 y CASSAR, 2003, p. 9

¹⁷ En la sentencia arbitral en caso *Canadá vs. Estados Unidos* de 11 de marzo de 1941, por la operación de una fundición de zinc y plomo, se dispuso que “Bajo los principios del derecho internacional, y de la ley de los Estados Unidos, ningún Estado tiene el derecho a usar o permitir el uso de su territorio de tal manera que se cause daño por los humos en el mismo, en el territorio de otro Estado o a las personas que se encuentren en su interior, cuando se trate de serias consecuencias y el daño esté establecido por evidencia clara y convincente”.

¹⁸ En efecto, en el párrafo 22 de la sentencia de la CIJ entre Gran Bretaña del Reino Unido e Irlanda del Norte *vs. Irlanda*, se indicó que “todo Estado tiene la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea ocupado para actos que vulneren los derechos de otros Estados”.

¹⁹ Al respecto, DUPUY, 1990, p. 422.

²⁰ En este sentido, ver Opinión Consultiva A/51/218 19 de julio de 1996, párrafo 29 en: <https://www.icj-cij.org/files/advisory-opinions/advisory-opinions-1996-es.pdf>

²¹ MERRILL, 1997, pp. 931- 1019.

²² BODANSKY, 1995, pp. 105-119.

esta materia, constituyendo el denominado sistema de mitos del derecho internacional del medio ambiente²³.

En este sentido, Knox²⁴ sostiene que la interpretación del Principio N° 21 de la Declaración de Estocolmo adolecería de problemas de compatibilidad entre los derechos y obligaciones reconocidos en esta y de interpretación de los conceptos de daño significativo o sustancial, y de debida diligencia, los cuales no han sido definidos por un ente internacional; así, la obligación de realizar EIAT emanaría del principio de no discriminación, es decir, que los Estados deberán aplicar las mismas normativas ambientales internas de protección por potenciales impactos ambientales en otros Estados como si dicho impacto se estuviera generando en su territorio²⁵. De esta forma, constituirá un estándar preferible para resolver los conflictos de contaminación transfronteriza a nivel internacional, evitando posiciones extremas en las negociaciones entre los Estados y aumentando el acceso a la información entre ellos.

III. SENTIDO Y ALCANCE DE LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE CONDUCIR UNA EIAT

Habiendo dilucidado que la EIAT es en la actualidad una obligación consuetudinaria y por tanto aplicable y exigible a todos los Estados, es pertinente continuar con el análisis acerca del contenido y alcance de esta disposición internacional para luego revisar su aplicación a nivel doméstico.

En primer lugar, debe estudiarse desde la jurisprudencia²⁶ qué existe en este ámbito, pues esta ha reflejado y acreditado la práctica internacional que permitió a las instancias jurisdiccionales respectivas afirmar la existencia de la obligación general –es decir, aplicable a todos los países– de conducir una EIAT, cuando corresponda.

En esta línea, debemos comenzar citando la jurisprudencia de la CIJ, en particular la sentencia de 20 de abril de 2010, mediante esta se resolvió la demanda presentada por Argentina en contra de Uruguay por otorgamiento de certificados para el inicio de operaciones de dos Plantas de Celulosa en el río Uruguay²⁷, sin haber realizado los procedimientos de consulta con la Comisión Administradora del Río Uruguay y con Argentina, en la que se indicó:

²³ KNOX, 2002, pp. 291-296 y BODANSKY, 1995, p. 116.

²⁴ *Ibíd.*

²⁵ Al respecto, MERRILL, 1997, p. 1008. Sin embargo, uno de los problemas de esta postura es que, si el derecho doméstico en cuestión no contempla norma alguna, no aplicaría el principio de reciprocidad, lo que atentaría contra el principio general de protección del medio ambiente más allá de la jurisdicción nacional de cada Estado.

²⁶ BASTMEIJER Y KOIVUROVA, 2008, pp. 5-7 y DALFUME, 2018, pp. 75-84.

²⁷ Ver PAYNE, 2011, pp. 94-101, LAZICÉ, 2010, pp. 1118-1180, BOYLE, 2011, pp. 227-231 y MCINTYRE, 2011, pp. 124-144.

“[...] que el principio de prevención, en tanto norma consuetudinaria, tiene sus orígenes en la diligencia debida que se requiere de un Estado en su territorio. Corresponde a “cada Estado la obligación de no permitir, teniendo conocimiento, que su territorio sea usado para actos contrarios a los derechos de otros Estados [...] Un Estado está así obligado a usar todos los medios a su alcance a fin de evitar que las actividades que se llevan a cabo en su territorio, o en cualquier área bajo su jurisdicción, causen un perjuicio sensible al medio ambiente del otro Estado. La Corte ha establecido que esta obligación “es ahora parte del corpus de derecho internacional relacionado con el medio ambiente [...]” (párrafo 101).

“[...] en años recientes una práctica ha ganado tanta aceptación entre los Estados que ella puede ser considerada actualmente como un requerimiento bajo el derecho internacional de realizar una evaluación de impacto ambiental donde exista un riesgo de que la actividad industrial propuesta pueda tener un impacto significativo adverso en un contexto transnacional, en particular, en un recurso compartido” (párrafo 204).

Asimismo, la Corte afirmó, en la misma sentencia, que:

“[...] los estudios de impacto ambiental que son necesarios para tomar una decisión sobre cualquier proyecto que podría causar un daño significativo transnacional a otro Estado, deberá ser notificado por la parte interesada a la otra parte [...]” (párrafo 119).

“[...] Consecuentemente, es la visión de la Corte que corresponde a cada Estado determinar en su legislación nacional o en el proceso de autorización para el proyecto, el contenido específico del estudio de impacto ambiental requerido en cada caso, teniendo en consideración la naturaleza y magnitud del desarrollo propuesto y su posible impacto adverso sobre el medio ambiente, además de la necesidad de ejercitar la debida diligencia durante la realización de ese estudio. La Corte también considera que un estudio de impacto ambiental debe ser realizado antes de la puesta en funcionamiento de un proyecto y si es necesario, a lo largo de la vida del proyecto debe llevarse a cabo un monitoreo continuo de sus efectos en el medio ambiente”²⁸ (párrafo 205).

De esta forma, si bien la obligación de realizar un EIAT constituye una obligación de mínimos –sin que se haya establecido en forma exacta en qué consistirá el procedimiento de evaluación, quién deberá realizarlo, cómo se llevará a cabo, pues ello deberá ser determinado por cada Estado según su legislación nacional o el procedimiento autorizador de proyectos que posea– la CIJ vincula esta obligación con el principio

²⁸ Además, en el párrafo 185 de dicha sentencia se indicó que “En el campo de la protección ambiental, la vigilancia y la prevención son requeridos en vista del carácter irreversible del daño al medio ambiente y de las limitaciones inherentes en el mismo mecanismo de cooperación de este tipo de daño (Proyecto Gabcíkovo-Nagymaros (Hungría/ Eslovaquia) Sentencia I.C.J. Reports 1997, p. 78, para 140.)”

general de los Estados de actuar con la debida diligencia durante la realización de este procedimiento, debiendo ello ser acreditado mediante acciones concretas, como, por ejemplo, la cooperación entre Estados de forma general, la entrega de información pertinente, la realización de procedimientos de notificación y de consulta entre Estados²⁹.

Por otra parte, la misma Corte, en la sentencia de 16 de diciembre de 2015, que resolvió las causas interpuestas en 2010 y en 2011, por Nicaragua y Costa Rica, respectivamente, dispuso en su párrafo 104 lo siguiente:

“[...] para cumplir su obligación de ejercer la debida diligencia en la prevención de un daño ambiental transfronterizo significativo, un Estado debe, antes de embarcarse en una actividad que tenga el potencial de afectar adversamente el medio ambiente de otro Estado, averiguar si existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, que activaría el requisito de llevar a cabo un estudio de impacto ambiental. La determinación del contenido del estudio de impacto ambiental debe realizarse a la luz de las circunstancias específicas de cada caso.

Si el estudio de impacto ambiental confirma que existe un riesgo de un daño transfronterizo significativo, el Estado que planea llevar a cabo la actividad debe, de conformidad con su obligación de debida diligencia, notificar y consultar en buena fe a los Estados potencialmente afectados, cuando esto sea necesario para determinar las medidas apropiadas para prevenir o mitigar ese riesgo”³⁰.

Asimismo, resulta pertinente tener en cuenta lo señalado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos respecto de Obligaciones Estatales en relación con el medio ambiente en el marco de la protección y garantía de los derechos a la vida y a la integridad personal en la Opinión Consultiva OC-23/17, de 15 de noviembre de 2017³¹.

En efecto, en 2016, Colombia solicitó la opinión de la Corte respecto de la forma en que se debían interpretar los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto de San José de Costa Rica, en dos ámbitos: (i) cuando existiere el riesgo de que la construcción y el uso de las nuevas grandes obras de infraestructura afectaren de forma grave el medio ambiente marino en la Región del Gran Caribe, teniendo en cuenta las normas ambientales consagradas en tratados y en el derecho internacional consuetudinario aplicable entre los Estados respectivos y, (b), también, que se pronunciara acerca de las obligaciones de los Estados que forman parte del Convenio para la Protección y el Desarrollo del Medio Marino en la Región del Gran Caribe y las respectivas obligaciones internacionales en materia de

²⁹ En este sentido, BRUNNÉE, 2018, pp. 151-175.

³⁰ Traducción del fallo de la Corte Internacional de Justicia en los casos *Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica c. Nicaragua)* y *Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua c. Costa Rica)* (Procedimientos acumulados) <https://www.icj-cij.org/files/case-related/150/150-20151216-JUD-01-00-EN.pdf>

³¹ Es posible acceder al texto íntegro de la Opinión Consultiva OC-23/17 en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_23_esp.pdf. Además, ver TANAKA, 2017, pp. 91-97

prevención, precaución, mitigación del daño y de cooperación entre los Estados que se pueden ver afectados, con relación a la construcción de grandes obras de infraestructura.

Dicha magistratura concluyó que:

“Con el propósito de respetar y garantizar los derechos a la vida e integridad de las personas bajo su jurisdicción, los Estados tienen la obligación de prevenir daños ambientales significativos, dentro o fuera de su territorio, para lo cual deben regular, supervisar y fiscalizar las actividades bajo su jurisdicción que puedan producir un daño significativo al medio ambiente; realizar estudios de impacto ambiental cuando exista riesgo de daño significativo al medio ambiente; establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales, y mitigar el daño ambiental significativo que hubiere producido, de conformidad con los párrafos 127 a 174 de esta Opinión” (párrafo 242 letra b).

Por tanto, si nos limitamos a lo afirmado por la jurisprudencia internacional, es posible señalar que el sentido y alcance de la obligación de conducir una EIAT, es el siguiente:

- La EIAT debe realizarse, idealmente y por razones obvias, antes de que el proyecto de inversión o actividad se lleve a cabo.
- El Estado que planea llevar a cabo la actividad debe, de conformidad con su obligación de debida diligencia, notificar y consultar en buena fe a los Estados potencialmente afectados, cuando esto sea necesario para determinar las medidas apropiadas para prevenir o mitigar ese riesgo.
- Toda EIAT debe llevarse a cabo cuando corresponda, esto es, cuando exista riesgo de impacto ambiental significativo más allá de los límites internacionales.
- La EIAT debe, en caso de que corresponda (lo que es muy probable en la mayoría de los casos), contener un plan de monitoreo a lo largo de la vida del proyecto.

Al margen del contenido antes señalado, es importante resaltar que, de conformidad con la jurisprudencia, la EIAT es en la actualidad una obligación procedimental de resorte de cada Estado, aunque lo anterior contiene, implícitamente, la aspiración que los Estados concluyan mediante acuerdos la forma de conducir una determinada EIAT.

Por su parte, este deber ha sido contemplado en diversos tratados internacionales con la finalidad de dar cumplimiento a la obligación de no causar daño al territorio de otro Estado o en zonas situadas fuera de cualquier jurisdicción nacional. Es el caso del Convenio de Espoo³², la Convención Relativa a los Humedales de Importancia

³² El artículo 2 N° 2 dispone que “Todas las Partes adoptarán las medidas legales, administrativas o de otra índole que sean necesarias para dar efecto al presente Convenio, incluidas, por lo que respecta a las actividades propuestas susceptibles de causar un impacto transfronterizo apreciable que se enumeran en el apéndice I, la institución de un procedimiento de evaluación del impacto medioambiental que permita la

Internacional Especialmente como Hábitat de Aves Acuáticas (Convención de Ramsar)³³, el Convenio sobre protección del medio marino de la zona del mar báltico³⁴ y últimamente, lo consagrado en los borradores de las negociaciones del acuerdo relativo a la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica marina de las zonas situadas fuera de la jurisdicción nacional (BBNJ), en el marco de la Convención de las Naciones Unidas sobre el Derecho del Mar³⁵.

En lo que incumbe a la doctrina sobre este tema, Óscar Schachter³⁶ y Xue Hanqin³⁷ han señalado que, para determinar la concurrencia de impactos transfronterizos, se debe tener presente:

- La relación física entre la actividad desarrollada y el impacto causado.
- El impacto causado haya sido generado por una actividad humana; es decir, se excluyen todos aquellos daños o impactos que se originen por causas naturales.
- El impacto causado debe ser significativo, para ello es necesario verificar las situaciones fácticas del caso en concreto.
- La existencia de efectos ambientales transfronterizos desde el Estado de origen a otro Estado.

De esta forma la doctrina³⁸ ha identificado los siguientes elementos como contenido de toda EIAT:

- Establecer, respecto de aquellos proyectos susceptibles de causar impactos ambientales transfronterizos, un procedimiento de EIAT de acuerdo con su legislación

participación pública y la preparación de la documentación para la evaluación del impacto medioambiental que se consigna en el apéndice II”.

³³ El artículo 5 indica lo siguiente “Las Partes Contratantes celebrarán consultas sobre el cumplimiento de las obligaciones que se deriven de la Convención, especialmente en el caso de un humedal que se extienda por los territorios de más de una Parte Contratante o de un sistema hidrológico compartido por varias de ellas. Al mismo tiempo, se esforzarán por coordinar y apoyar activamente las políticas y regulaciones actuales y futuras relativas a la conservación de los humedales y de su flora y fauna”.

³⁴ El artículo sobre Evaluación de impacto ambiental dispone lo siguiente “1. Siempre que el Derecho internacional o la normativa supranacional aplicable a una Parte contratante exija la evaluación de impacto ambiental de una actividad por ella propuesta que pueda tener un impacto adverso importante sobre el medio marino de la zona del mar Báltico, dicha Parte contratante informará de ello a la Comisión y a toda Parte contratante que pueda verse afectada por un impacto transfronterizo sobre la zona del mar Báltico. (...) 3. Si dos o más Partes contratantes comparten aguas transfronterizas en la cuenca hidrográfica del mar Báltico, cooperarán para que en la evaluación de impacto ambiental a que se refiere el apartado 1 del presente artículo se investiguen profundamente los impactos potenciales sobre el medio marino de la zona del mar Báltico. Esas Partes contratantes adoptarán conjuntamente las medidas adecuadas para prevenir y suprimir la contaminación, incluidos los efectos nocivos acumulados”.

³⁵ Es posible acceder al borrador suscrito por las delegaciones de los Estados participantes el 20 de febrero de 2020 en: https://www.un.org/bbnj/sites/www.un.org/bbnj/files/textual_proposals_compilation_article-by-article_-_15_april_2020.pdf

³⁶ SCHACHTER, 1991, pp. 366-368.

³⁷ HANQIN, 2003, pp. 4-16.

³⁸ Al respecto ver SCHRAGE, 2008 p. 235.

nacional que sea independiente o que forme parte de otros procesos autorizatorios, indicando su contenido.

- Este procedimiento de EIAT deberá tener en consideración: (i) la naturaleza; (ii) la magnitud; y (iii) el potencial impacto ambiental transfronterizo significativo del proyecto.
- Los Estados deberán ejercitar y acreditar la debida diligencia durante la realización de este procedimiento por medio de acciones concretas. Por ejemplo, mediante procedimientos de notificación y de consulta entre Estados, el análisis sustantivo de las observaciones del Estado receptor, etcétera.
- Los Estados deberán realizar el procedimiento de EIAT de forma previa a la ejecución del proyecto.
- Los Estados deberán realizar un monitoreo continuo de los efectos en el medio ambiente durante la operación del proyecto.
- Los Estados deberán adoptar las medidas que sean necesarias para prevenir o mitigar el riesgo de generar impactos ambientales transfronterizos a causa del proyecto. Asimismo, deberán establecer un plan de contingencia, a efecto de tener medidas de seguridad y procedimientos para minimizar la posibilidad de grandes accidentes ambientales.

IV. LA EXPERIENCIA CHILENA EN RELACIÓN CON LA OBLIGACIÓN DE CONDUCIR UNA EIAT

Como es de conocimiento público, Chile ha suscrito numerosos tratados internacionales, acerca de diversos aspectos de la protección del medio ambiente. Además, nuestro país ha reconocido la importancia y la aplicación de los principios contenidos en las Declaraciones de Estocolmo y de Río como directrices que deben ser cumplidas³⁹, dentro de estos, están precisamente los Principios N° 21 y N° 2, que constituyen el origen de la obligación internacional de realizar EIAT, según la doctrina comparada mayoritaria.

Reconocimiento que también ha sido consagrado en tratados bilaterales, como el caso del Tratado de Chile con Argentina sobre Medio Ambiente, el que contempló dentro de sus ámbitos de aplicación y para el caso de la protección de la atmósfera, la contaminación atmosférica transfronteriza. Asimismo, se indicó como acción coordinada o conjunta entre ambos Estados la realización de estudios de impacto ambiental, entre otras.

De esta forma, es posible sostener que la obligación internacional de realizar una EIAT es vinculante para Chile, pues corresponde a una obligación consuetudinaria que constituye una consecuencia jurídica y material de la regla de no dañar a otros Estados, la que es una expresión del principio de debida diligencia. Por lo que la falta de cumplimiento por nuestro país podría configurar una hipótesis de responsabilidad

³⁹ Por ejemplo, se ha señalado que la Corte Suprema reconoce y aplica las Declaraciones de Río y de Estocolmo. Ver: FEMENÍAS, 2016, p. 222. Se refiere a sentencia de la Excma. Corte Suprema, causa rol 7287 - 2009, de 30 de noviembre de 2009, caratulada "Linconao Huircapan, Francisca con Sociedad Palermo".

internacional. Sin embargo, en Chile actualmente no existe una normativa especial que cree un procedimiento de EIAT de forma independiente ni tampoco como parte del SEIA. Sin ahondar mayormente en las razones por las cuales no se contempla un marco regulatorio robusto en materia de EIAT, lo cierto es que el único instrumento aplicable lo constituye el Ord. D.E. N° 181.275/18.

Este instructivo se compone de tres partes. La primera dice relación con el contexto normativo internacional y nacional respecto de la obligación de prevención del daño ambiental transfronterizo. La segunda expone los conceptos de impacto ambiental transfronterizo y de zona fronteriza⁴⁰ haciendo una referencia a lo dispuesto en el artículo 4 del D.F.L N° 4, de 1967, e indicando que será DIFROL quien debe informar periódicamente al SEA el listado de dichas zonas; y, la tercera, establece un procedimiento para cuando existan proyectos o actividades que sean susceptibles de causar impactos ambientales ubicados en zonas fronterizas o en caso que, encontrándose fuera de dichas zonas, sus áreas de influencia se extiendan a estas.

El procedimiento contempla las siguientes etapas:

- i) Una vez admitido a trámite el Estudio de Impacto Ambiental (EIA) o la Declaración de Impacto Ambiental (DIA) en el SEIA, el SEA deberá determinar si el proyecto o actividad se emplaza en una zona fronteriza o si su área de influencia se encuentra dentro de esta. En caso de que ello sea efectivamente así, este Servicio deberá enviar todos los antecedentes del proyecto a DIFROL para que esta tome conocimiento.
- ii) El SEA junto con requerir los pronunciamientos indicados en los artículos 35 y 47 del RSEIA⁴¹, según corresponda, a los Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental (OAECA)⁴², también les solicitará que informen si el proyecto es susceptible de generar impactos ambientales en territorios jurisdiccionales de otros Estados.
- iii) Luego, el SEA solicitará al titular del proyecto o actividad que –en el marco del Informe Consolidado de Solicitud de Aclaraciones, Rectificaciones o Ampliaciones (ICSARA)– proponga mejoras en el diseño del proyecto y medidas o acciones de control de los impactos derivados de este, con el objeto de prevenir y evitar la generación de impactos ambientales transfronterizos. Esta información deberá ser presentada en la respectiva Adenda, en los plazos dispuestos en los artículos 38 y 50 del RSEIA, según corresponda.
- iv) El SEA derivará la Adenda a todos los OAECA y conjuntamente notificará a DIFROL de ello para su conocimiento.

⁴⁰ Las zonas fronterizas corresponden a aquellas áreas de territorio chileno que hayan sido declaradas mediante Decreto Supremo por el Presidente de la República como tales, a propuesta de la DIFROL.

⁴¹ Reglamento del SEIA, DS N°40, de 2012, del Ministerio del Medio Ambiente.

⁴² Los OAECA son aquellos órganos que cuentan con atribuciones en materia de permisos o pronunciamientos ambientales sectoriales respecto del proyecto o actividad en particular, según el artículo 24 del RSEIA.

- v) Luego de que los OAECA emitan sus pronunciamientos ya sea con observaciones o conformes, se dará paso a la elaboración del ICSARA Complementario o del Informe Consolidado de Evaluación, según corresponda, comunicándose dichos actos a la DIFROL.
- vi) La resolución de calificación ambiental del respectivo proyecto deberá ser comunicada tanto a los OAECA que participaron en la evaluación como a la DIFROL.

En consecuencia, el instructivo adopta el criterio que para la determinación del área de influencia de un proyecto no se deberán tomar en consideración los límites de la división política administrativa de nuestro país, reconociendo en consecuencia la susceptibilidad de que este pueda causar impactos ambientales fuera del territorio nacional y que, por esta razón, dicha evaluación deberá extenderse más allá de los límites fronterizos⁴³.

Además, la incorporación de DIFROL como parte de este procedimiento constituye un avance, pues permite que dicho servicio pueda participar en el SEIA de forma coordinada con el SEA, otorgando eficiencia y eficacia a la regulación.

De esta manera, mediante el instructivo se pueden evaluar –en el marco del SEIA– aquellos proyectos que sean susceptibles de generar impactos ambientales transfronterizos. Sin embargo, este instrumento es insuficiente a la luz de lo indicado respecto del sentido y alcance de la obligación internacional de realizar una evaluación de impacto ambiental transfronteriza; desde una perspectiva de técnica legislativa; y, por último, también a raíz de la indeterminación del rol de la autoridad competente en materias transfronterizas (DIFROL).

V. ANÁLISIS DE LOS PROBLEMAS E INSUFICIENCIAS DEL INSTRUCTIVO DEL SEA

Teniendo en cuenta lo anteriormente expuesto, es posible identificar la existencia de tres problemas o falencias respecto del instructivo, que dificultan o, derechamente, generan una situación de incumplimiento de las obligaciones internacionales en el caso de Chile. Estos son:

1. *En cuanto al contenido de la obligación internacional de realizar EIAT*

En primer lugar, no se incorporan los criterios de naturaleza, emplazamiento, magnitud del proyecto, para efectos de determinar la procedencia de la EIAT. Ejemplo de ello es que la significancia del impacto solamente se utiliza para efectos de definir lo que se entenderá por impacto ambiental transfronterizo, pero su análisis no se contempla dentro de dicha determinación.

⁴³ Este criterio se contempla en el Criterio 16 de la “Guía sobre el Área de Influencia en el SEIA” elaborada por el SEA y disponible en: https://www.sea.gob.cl/sites/default/files/imce/archivos/2017/05/03/guia_area_de_influencia_ajuste_10.pdf

Además, en el caso de que efectivamente un proyecto sea susceptible de generar impactos transfronterizos en otros Estados no existe la obligación de incorporar acciones de cooperación, entrega de información pertinente, procedimientos de notificación y de consulta entre Estados, procesos de participación ciudadana o el análisis sustantivo de las observaciones del Estado receptor. Exigencias que resultan ser fundamentales para efectos de lograr el objetivo del instrumento, esto es, evitar la generación de impactos ambientales transfronterizos.

Asimismo, no se contempla en dicho procedimiento la posibilidad de que se realicen, durante la operación del proyecto, monitoreos continuos de los efectos en el medio ambiente ni el establecimiento de planes de contingencia que permitan minimizar la posibilidad de grandes accidentes. Lo que afecta necesariamente el cumplimiento del Estado de Chile de la obligación internacional ya indicada.

En consecuencia, resulta necesario para efectos que nuestro país avance en el cumplimiento de la obligación internacional de realizar la EIAT que el procedimiento anteriormente descrito sea modificado mediante la incorporación al menos de los criterios de ubicación, naturaleza, tamaño, emplazamiento, magnitud o el potencial impacto ambiental transfronterizo significativo susceptible de ser ocasionado por los proyectos, para efectos de determinar la procedencia de la EIAT. Además, de monitoreos continuos durante la operación de estos.

2. *En cuanto a la naturaleza jurídica del instrumento*

En este sentido, la naturaleza jurídica de este instructivo corresponde a un acto administrativo dictado por el SEA, en virtud de lo dispuesto en el literal d) del artículo 81 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 110 del D.S. N° 40/2012 (RSEIA), el que reviste la forma de un oficio ordinario. Esto resulta relevante, pues al no encontrarse regulada la obligación de realizar EIAT en los cuerpos normativos ni reglamentarios, podría verse fácilmente modificada. Por lo que es necesario que dicha regulación al menos fuera traspasada al RSEIA, con la finalidad de aumentar la seguridad jurídica y la debida coordinación entre la Administración.

3. *En cuanto a la indeterminación del rol de DIFROL en el SEIA y, en específico, respecto de la evaluación de los impactos ambientales transfronterizos*

DIFROL tiene por objeto intervenir en aquellas materias que se refieren a los límites internacionales de Chile y a sus fronteras, debiendo centralizar, armonizar y promover la política que debe seguirse en las regiones fronterizas y en el territorio chileno antártico en relación con su desarrollo y progreso, entre otras. Para ello deberá ejecutar las actividades de coordinación respectivas con ministerios y servicios públicos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 5 y transitorio 2° de la Ley N° 16.592.

Las atribuciones de DIFROL están reguladas en los D.F.L N° 4, de 1967, N° 7, de 1968 y N° 83, de 1979, todos del Ministerio de Relaciones Exteriores. Dentro de estas se encuentra la de aprobar o autorizar en forma previa las decisiones o actos respecto de

las zonas fronterizas del país, bienes nacionales de uso público, fiscales, o que formen parte del patrimonio de dichas instituciones, que se encuentren situados total o parcialmente en zonas fronterizas del territorio nacional, tal como lo disponen los artículos 1, 2 y 5 de estos cuerpos normativos, respectivamente. Además, se indica que, sin tal aprobación, las decisiones carecerán de valor y, por esta razón, no podrán ser cumplidas.

Es así como, a partir de las propias atribuciones de DIFROL y de la legislación ambiental aplicable, es posible sostener que su intervención en el marco de la EIAT podría darse desde dos perspectivas: como parte de los Órganos de la Administración del Estado con competencia ambiental dentro del SEIA o como un servicio independiente cuyas facultades lo habilitan para autorizar proyectos en zonas fronterizas.

En el primer caso, al incluirse a DIFROL como parte de los OAECA, dicho servicio jugaría un rol fundamental en la evaluación ambiental de los proyectos que ingresan al SEIA. Toda vez que podría intervenir ya sea emitiendo un pronunciamiento u otorgando un permiso ambiental sectorial, en virtud de lo dispuesto en el artículo 24 del RSEIA.

Así, Jorge Bermúdez ha indicado que “En el caso de los pronunciamientos ambientales que no estén vinculados a un permiso específico, la autoridad ambiental con competencia material sobre el elemento ambiental, podrá pronunciarse e informar efectivamente sobre el impacto ambiental del proyecto, sin encontrarse atada a las exigencias de un permiso específico, sino si el proyecto evaluado se ajusta a las exigencias generales por las que debe velar (...) Sin embargo, solo podrá pronunciarse sobre el ámbito propio de su competencia (...)”⁴⁴.

En este sentido, DIFROL, en virtud del artículo 1 del D.F.L Nº 83, deberá intervenir en todas aquellas materias que se refieran a los límites internacionales de Chile y sus fronteras, siendo una consecuencia de ello el resguardo de la soberanía de nuestro país y, específicamente, la adopción de diversas actuaciones para evitar comprometer la responsabilidad internacional de Chile.

De esta forma, al existir recursos naturales en las zonas fronterizas, necesariamente DIFROL deberá participar en su protección y resguardo, pues constituyen una expresión de soberanía. De ahí se sigue que este servicio posea competencias en materia ambiental y que, por tal, resulte necesario incluirlo en la evaluación ambiental de proyectos que sean susceptibles de generar impactos ambientales transfronterizos en el marco del SEIA. De hecho, dentro de las funciones de DIFROL se encuentra la coordinación de la política exterior vecinal en relación con los recursos hídricos compartidos entre los Estados, de acuerdo con el inciso segundo del artículo 1 de su Estatuto Orgánico.

En consecuencia, la intervención de DIFROL en el marco del SEIA consistirá en la realización de observaciones respecto de la susceptibilidad de los proyectos de generar impactos ambientales transfronterizos que se emplacen en zonas fronterizas, las que posteriormente serían incorporadas en los respectivos ICSARAs y, en consecuencia, contestadas por los titulares ya sea descartando dichos impactos o incorporando las

⁴⁴ BERMÚDEZ, 2016, p. 279.

medidas necesarias para hacerse cargo de estos y en la emisión de su conformidad en el marco del SEIA y en forma previa a la ejecución del proyecto.

Lo anterior es sin perjuicio que, respecto de aquellos proyectos que no deban ingresar al SEIA, DIFROL también podrá pronunciarse respecto de la susceptibilidad de generar impactos ambientales transfronterizos en el marco de sus competencias⁴⁵.

En el segundo caso, esto es, la intervención de DIFROL como servicio independiente cuyas facultades lo habilitan para autorizar proyectos que se deseen ejecutar en zonas fronterizas, emana de las propias atribuciones entregadas por parte de los D.F.L N° 4, de 1967, N° 7, de 1968 y N° 83, de 1979, todos del Ministerio de Relaciones Exteriores.

Toda vez que los Órganos de la Administración del Estado, centralizados o descentralizados, empresas públicas y municipalidades deberán contar con la autorización o el permiso de DIFROL antes de emitir actos administrativos referidos a las zonas fronterizas o a los bienes nacionales de uso público o fiscales que se encuentren emplazados total o parcialmente en las zonas fronterizas del territorio nacional.

Es posible por último señalar, que la relevancia de la indeterminación del rol de DIFROL se puede ver reflejado en ciertos proyectos que actualmente están en evaluación ambiental en el SEIA, cuyos impactos podrían tener naturaleza transfronteriza.

Así, por ejemplo, en el caso del proyecto “Ampliación y Mejoramiento Aeródromo Balmaceda”, calificado de forma ambientalmente favorable mediante la Res. Ex. N° 089, de 30 de diciembre de 2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Región de Aysén, la DIFROL de 26 de septiembre de 2019 mediante el Oficio N° 1314, realizó las siguientes observaciones: (i) es necesario que se acredite que la pluma no tendrá un efecto adverso significativo en el medio ambiente o salud de la población más allá del límite internacional; y que (ii) se propongan las medidas operacionales pertinentes y el debido plan de seguimiento, para el caso que se concluya que existe un riesgo de impacto transfronterizo. Sin embargo, se puede constatar que dichas observaciones no fueron incorporadas en los ICSARA del proyecto y, en consecuencia, no fueron contestadas por el titular del proyecto.

Asimismo, en el caso del proyecto Los Bronces Integrado, cuyo titular es Anglo American Sur S.A., y que actualmente se encuentra en calificación en el SEIA, de 24 de enero de 2020, la Directora de DIFROL, mediante el RR.EE. (DIFROL) OF. N° 118, solicitó ser informada acerca del proyecto. Sin embargo, hasta la fecha, ello no ha ocurrido,

⁴⁵ Otro punto que resulta relevante indicar y que solamente esbozaremos en este artículo pues excede su objetivo, son los efectos de la sanción contemplada en el artículo 2 del D.F.L N° 4, esto es, que toda decisión administrativa en zonas fronterizas que no cuente con la autorización o aprobación por parte de DIFROL en forma previa a su ejecución, carecerá de valor y no podrá ser cumplida. En este sentido, es posible sostener que la falta de autorización o aprobación constituiría un vicio esencial y que, por ello, su sanción será la nulidad absoluta o de pleno derecho del acto, decisión o contrato de que se trate, sin posibilidad de convalidar dicho acto administrativo por la Administración. Toda vez que nos encontraríamos ante la causal de “los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición”, siguiendo a BERMÚDEZ, 2011, pp. 129-136 y ESTEVE, 2019, pp. 193-198.

así como es posible observar en el expediente electrónico de evaluación ambiental de dicho proyecto⁴⁶.

De esta forma, dicha indeterminación genera problemas en cuanto a la debida coordinación de los Órganos de la Administración del Estado, ya sea porque las observaciones de DIFROL no son consignadas en los respectivos ICSARA o debido al incumplimiento del procedimiento contemplado en el instructivo, al no ser comunicado el ingreso de proyectos susceptibles de generar impactos transfronterizos a DIFROL por parte del SEA.

VI. CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES

La obligación internacional de realizar EIAT es una obligación de naturaleza consuetudinaria que se desprende de la regla que exige a los Estados no causar daño más allá de sus límites internacionales y ambas forman parte del principio de la debida diligencia en materia internacional, cuyo sentido y alcance se ha ido determinando a la luz de la jurisprudencia y de la doctrina internacional.

Esta obligación internacional es vinculante para Chile y, por esta razón, su omisión podría generar una hipótesis de responsabilidad internacional para nuestro país. Razón por la que mediante la dictación del instructivo Ord. Nº 181.275/18 se generó un avance en esta materia, al regularse el procedimiento que se deberá seguir cuando un proyecto que sea sometido al SEIA sea susceptible de generar impactos ambientales transfronterizos.

En este sentido, el instructivo recoge la idea de que la determinación del área de influencia de los proyectos no deberá tomar en consideración los límites provinciales y comunales de la división política administrativa del espacio geográfico. Además, se establece una instancia para la incorporación de mejoras en el diseño del proyectos y medidas o acciones de control de los impactos derivados de estos, con el objeto de prevenir y evitar la generación de impactos ambientales transfronterizos, otorgando mayor seguridad jurídica tanto a los titulares de proyectos como al Estado, en cuanto al cumplimiento de sus obligaciones internacionales.

Sin embargo, al contrastar dicho instructivo con lo indicado por la jurisprudencia y doctrina internacional, es posible identificar varios problemas o insuficiencias que dificultan el cumplimiento de la obligación internacional por parte de Chile en esta materia.

En primer lugar, en cuanto al contenido de la obligación internacional de realizar EIAT, falta incorporar los criterios de ubicación, naturaleza, tamaño, emplazamiento, magnitud o el potencial impacto ambiental transfronterizo significativo susceptible de ser ocasionado por los proyectos, para efectos de determinar la procedencia de la EIAT. Además, de monitoreos continuos durante la operación de estos.

En segundo lugar, respecto de la naturaleza jurídica del instructivo, al corresponder a un acto administrativo dictado por el SEA, en virtud de lo dispuesto en el literal d)

⁴⁶ El expediente electrónico de evaluación ambiental de proyecto Los Bronces Integrado se encuentra disponible en: https://seia.sea.gob.cl/expediente/expedientesEvaluacion.php?modo=ficha&id_expediente=2143785006

del artículo 81 de la Ley N° 19.300 y en el artículo 110 del D.S. N° 40/2012, podría verse fácilmente modificado de acuerdo con la voluntad de la autoridad, afectando los principios de seguridad jurídica y de la debida coordinación entre los diferentes Órganos de la Administración del Estado.

Finalmente, en lo que dice relación con la indeterminación del rol que tendrá DIFROL en el marco del SEIA, esto es, si actuará en su calidad de OAECA o como ente autorizador en el marco de sus competencias. Sin embargo e independientemente de la postura que se adopte, resulta necesario robustecer la práctica entre el SEA y DIFROL, en virtud de lo establecido en los principios de coordinación, eficiencia y eficacia y de sus atribuciones.

En consecuencia, es un imperativo avanzar en la solución de estos problemas o deficiencias para efectos de dar cumplimiento a la obligación internacional de realizar EIAT por parte del Estado chileno y, también, para contar con una normativa interna adecuada para hacerse cargo de su cumplimiento.

BIBLIOGRAFÍA

Libros

- BASTMEIJER, Kees y KOIVUROVA, Timo 2008: *Theory and Practice of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Leiden Boston, Martinus Hijhoff Publishers.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2011: *Derecho Administrativo General* (2° Edición actualizada), Legal Publishing Chile.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2016: *Fundamentos de derecho ambiental* (2° Edición), Ediciones Universitarias de Valparaíso, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.
- DALFUME, Sandra, 2018: *Las evaluaciones de impacto ambiental transfronterizas en el Perú: una primera aproximación*, Perú, Universidad del Pacífico.
- ESTEVE Pardo, José, 2019: *Lecciones de Derecho Administrativo* (9° Edición), Madrid, Marcial Pons.
- SCHACHTER, Óscar, 1991: *International Law in Theory and Practice* (2° edición), Martinus Hijhoff Publishers.

Artículos de revista

- BOYLE, Alan 2011: "Developments in the international law of environmental impact assessments and their relation to the Espoo convention". *Review of European, Comparative & International Environmental Law*, volumen XX, N° 3.
- BRUNNÉE, Jutta 2018: "International Environmental Law and Community Interests: Procedural Aspects". *Oxford University Press*.
- CASSAR, Angela Z. y Bruch Carl E, 2003: "Transboundary Environmental Impact Assessment in International Watercourse Management", *New York University Environmental Law Journal*, volúmen XII.
- HANQIN, Xue, 2003: *Transboundary Damage in International Law*, Cambridge, Cambridge University Press.
- KNOX, John H, 2002: *The Myth and Reality of Transboundary Environmental Impact Assessment*, Cambridge, Cambridge University Press.

- LAZIĆ, Djurdja, 2010: "Pulp Mills on the River Uruguay (Arg. v. Uru.) (I.C.J.), Introductory Note by Djurdja Lazić", *International Legal Materials*, volumen XLIX, nº4, pp. 1118-1180, Cambridge University Press.
- MCINTYRE, Owen, 2011: *The World Court's ongoing contribution to international water law: The Pulp Mills Case between Argentina and Uruguay*. Water Alternatives, University College Cork, Ireland.
- MERRILL, Thomas, 1997: "Golden Rules for Transboundary Pollution", *Duke Law Journal*, volumen XLVI, nº5.
- OKOWA, Phoebe, 2000: *State Responsibility for Transboundary Air Pollution in International Law*, Oxford, Oxford University Press.
- PAYNE, Cymie R, 2011: "Pulp Mills on the River Uruguay (Argentina v. Uruguay)", *The American Journal of International Law*, volumen CV, nº1, Cambridge University Press.
- SCHACHTER, Óscar, 1991: *International Law in Theory and Practice* (2º edición), Martinus Hijhoff Publishers.
- SCHRAGE, Wiek & Nick Bonvoisin 2008: "Transboundary impact assessment: frameworks, experiences and challenges", *Impact Assessment and Project Appraisal*, volumen XLVI, nº4.
- TANAKA, Yoshifumi, 2017: "Case Note Costa Rica v. Nicaragua and Nicaragua v. Costa Rica: Some Reflections on the Obligation to Conduct an Environmental Impact Assessment". *Review of European Community & International Environmental Law*, volumen XXVI, nº1.

Documento en formato electrónico

- BERMÚDEZ, Jorge, 2013: "Fundamento y límites de la potestad sancionadora administrativa en materia ambiental", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XL, pp. 421 - 447. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rdpucv/n40/a13.pdf> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- BODANSKY, Daniel, 1995: "Customary (And Not So Customary) International Environmental Law". *Indiana Journal of Global Legal Studies*, volumen III, nº1. Disponible en: <https://www.repository.law.indiana.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1060&context=ijgls> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- DUPUY, Pierre-Marie, 1990: *Soft Law and the International Law of the Environment*. Michigan, Michigan Journal of International Law, volumen 12, nº2. Disponible en https://repository.law.umich.edu/mjil/vol12/iss2/4/?utm_source=repository.law.umich.edu%2Fmjil%2Fvol12%2Fiss2%2F4&utm_medium=PDF&utm_campaign=PDFCoverPages [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- FUENTES Torrijo, Ximena, 2015, La responsabilidad internacional por daño ambiental y los esfuerzos por alcanzar un desarrollo sustentable, *Revista de derecho ambiental*, Universidad de Chile nº2. Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDA/article/view/36483/38104> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- LEIVA, Felipe 2015: "Atribuciones de la Superintendencia del Medio Ambiente en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: Notas sobre el incumplimiento de las normas, condiciones y medidas de la resolución de calificación ambiental en el caso "Bocamina" en Temas de Actualidad: Diplomado en Medio Ambiente y Desarrollo Sustentable, Facultad de Derecho Pontificia Universidad Católica de Chile. Disponible en <http://derechoymedioambiente.uc.cl/investigacion-y-articulos/libros/33-diplomado-medioambiente-y-desarrollosustentable.html> [Fecha de consulta: 26.10.2020].
- SIERRA, Lucas, 2008: *Reforma De La Institucionalidad Ambiental: Problemas Y Oportunidades*, Centro de Estudios Públicos. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160304/asocfile/20160304094640/rev111_sierra_medioambiente.pdf

Tesis doctoral

- FEMENÍAS, Jorge, 2016: *El Régimen General de Responsabilidad por Daño Ambiental en la Ley N° 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente. Un análisis a la luz de los principios del Derecho Ambiental*, Tesis doctoral, Universidad de Valladolid y Pontificia Universidad Católica de Chile, disponible en <http://uvadoc.uva.es/handle/10324/18961>.
- VICENTE Dávila, Fernando, 2014: *Evaluación de Impacto Ambiental Transfronteriza entre España y Portugal*, Tesis Doctoral, Facultad de Ciencias Económicas e Empresarias, Universidad de Vigo.

Normas jurídicas citadas

- LEY N° 19.300, que aprueba Ley sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.
- D.S. N° 40, que aprueba el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013.
- DFL N° 83, fija el estatuto orgánico de la Dirección Nacional de Fronteras y Límites del Estado, publicado el 27 de marzo de 1979.
- DFL N° 4, que aprueba normas para la coordinación de las actividades de los Ministerios y Servicios Públicos con la Dirección de Fronteras y Límites del Estado, publicado el 10 de noviembre de 1967.
- LEY N° 16.592, que promulga Ley que crea Dirección de Fronteras y Límites del Estado, publicada el 21 de diciembre de 1966.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Arbitral, Caso Trail Smelter (Estados Unidos vs. Canadá), Sentencia arbitral de 11 de marzo de 1941.
- CORTE Internacional de Justicia, Caso Canal de Corfú (Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte contra Albania), sentencia de 9 de abril de 1949.
- CORTE Internacional de Justicia, Caso Plantas de Celulosa en el río Uruguay (Argentina contra Uruguay), sentencia de 20 de abril de 2010.
- CORTE Internacional de Justicia, Caso (Proyecto Gabčíkovo-Nagyymaros (Hungría contra Eslovaquia), sentencia de 25 de septiembre de 1997.
- CORTE Internacional de Justicia, Casos Ciertas actividades llevadas a cabo por Nicaragua en la zona fronteriza (Costa Rica contra Nicaragua) y Construcción de una carretera en Costa Rica a lo largo del río San Juan (Nicaragua contra Costa Rica), sentencia de 16 de diciembre de 2015.

La relevancia del encuadre para la articulación de transiciones legales

Ángeles Fernández Grossetête*
Matías Guiloff Titium**

RESUMEN

En este trabajo analizamos la articulación de transiciones legales y su relación con el encuadre de los costos y beneficios asociados a una modificación legal. Al efecto, describimos qué son las transiciones legales, explicamos qué entendemos por el encuadre de costos y beneficios, y cómo este incide en la adopción de las decisiones cruciales para articular una política transicional: la evaluación acerca de la pertinencia de mitigar o no los costos de una determinada reforma y la configuración específica del tipo de mecanismo apropiado para ello. Posteriormente, ilustramos esta incidencia mediante el análisis de un debate legislativo en un caso particular. Finalmente, debido a la indeterminación que observamos en el encuadre de costos y beneficios, sugerimos un criterio orientador necesario, pero insuficiente por sí solo para establecerlo: el cumplimiento de los objetivos de la reforma. En otras palabras, que la política transicional que se establezca no afecte la consecución de las finalidades de la modificación legal.

Transiciones legales; encuadre; objetivos de la reforma

The relevance of transactional frames for structuring legal transitions

ABSTRACT

This paper analyzes the relationship between the structuring of legal transitions and transactional frames. For these purposes, we describe what legal transitions are, explain the transactional frames for costs and benefits associated to a given legal change and illustrate how these frames hinge on the adoption of the two choices that are critical for structuring a transition policy: the

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile; Máster en Teoría Legal y Política, University College of London, Inglaterra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0794-1519>. Correo electrónico: angeles.fernandezg@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales, Chile. Máster en Derecho, Columbia University, Estados Unidos. Doctor en Derecho, University of Arizona, Estados Unidos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8622-1538>. Correo electrónico: matias.guiloff@udp.cl

Trabajo recibido el 4.3.2021 y aceptado para su publicación el 17.12.21.

assessment of whether or not transition mitigation or relief should be provided and the specific shape of the mechanism established for providing mitigation. Afterwards, we illustrate this incidence through the analysis of a case concerning a legislative debate. Lastly, given the indetermination we observe on the framing of costs and benefits, we suggest a guiding standard that is necessary, but insufficient on its own to establish the transactional frame: the fulfillment of the amendment's objectives. Put differently, that the chosen transitional policy does not affect the attainment of the goal of the legal change at issue.

Legal transitions; Transactional frame; objectives of legal change

I. INTRODUCCIÓN

Un importante desafío de las sociedades modernas es articular la tensión entre las expectativas individuales de estabilidad del orden legal y las colectivas de que este pueda ir ajustándose, en la medida que las circunstancias lo hagan necesario¹. Muchas veces esta tensión es administrada a nivel individual, mediante decisiones de adjudicación, que analizan si la afectación de estas expectativas se adecúa a algún parámetro jurídico determinado (por ejemplo, a un derecho fundamental o a una exigencia precisa, prevista en un cuerpo legal específico).

Decisiones como estas son adoptadas cotidianamente por órganos que cuentan con la potestad de dictar normas generales. Al adoptarlas, estos evalúan la procedencia de mitigar los efectos de modificaciones legales mediante la articulación de políticas de transición.

Hasta ahora, la literatura nacional pertinente a derecho público no ha abordado de manera directa el tema de las transiciones legales². Considerando el contexto actualmente existente en Chile, en donde existe un proceso constituyente en curso que probablemente va a determinar la necesidad de modificar varios cuerpos legales, parece aconsejable poder contar con orientaciones que permitan a los órganos que habrán de adoptar estos cambios resolver de mejor manera las discusiones que se generarán.

La literatura legal estadounidense acerca de transiciones legales proporciona algunos elementos en relación con las justificaciones para establecerlas y los tipos de mecanismos que se pueden utilizar para estos propósitos³. Sin embargo, al revisar en esta literatura las consideraciones que llevan el establecimiento de una política de transición, notamos la existencia de una elección, ya sea implícita o explícita, que es pasada por alto. En

¹ ROSE ACKERMAN, 1988, p. 1702; NONET y SELZNICK, 2008, p. 73.

² Esta se ha centrado más bien en analizar dogmáticamente una cuestión íntimamente vinculada, como es la determinación de si una ley es retroactiva, ver SILVA CIMMA, 1992, pp. 107-111, o bien en indagar si un determinado mecanismo utilizado para articular una transición resulta compatible con el derecho de propiedad privada u otro de índole económica, como se evidencia en la discusión relativa al instrumento del traslado de industria mal ubicada en materia urbanística, véase en general DELGADO, 2015; y FERMANDOIS, 2016.

³ Véase en general MICHELMAN, 1967; HOCHMAN, 1976; KAPLOW, 1986; SHAVIRO, 2001; EPSTEIN, 2003; NASH y REVESZ, 2007; TREBILCOCK, 2014. Pese a que es canadiense, se incluye en el listado a este último autor porque su trabajo dialoga directamente con la literatura estadounidense.

efecto, se da por establecida la existencia de la unidad de análisis que permite al órgano que está discutiendo el cambio evaluar sus costos y beneficios. Ello, para evaluar a su vez la procedencia de articular una transición mediante un mecanismo de mitigación, en el caso que un elenco de individuos se vea excesivamente afectado por dichos costos.

En consideración de lo anterior, en el presente trabajo buscamos dar cuenta de esta elección que el legislador o un órgano administrativo dotado de una potestad normativa correspondiente, en los hechos, realiza. Ello, para decidir si corresponde acompañar a una reforma de una transición y escoger el mecanismo apropiado para lograrla. Además, sugerimos que para adoptar esta decisión, el órgano correspondiente debe tener en consideración la compatibilidad de la unidad de análisis o encuadre utilizado con el cumplimiento de los objetivos de la reforma.

Para realizar lo anterior, partiremos describiendo las transiciones legales, poniendo especial énfasis en sus elementos centrales: un cambio legal y un mecanismo. Luego, explicaremos la problemática determinación del encuadre de costos y beneficios. Habiendo hecho lo anterior, describiremos la incidencia de este en la determinación de la política de transición que se adopte. Ilustraremos lo anterior mediante el análisis de un caso práctico, relativo al establecimiento de la transición en la Ley N° 20.980. Posteriormente, sugeriremos que el cumplimiento de los objetivos de la reforma sea un criterio imprescindible que oriente la determinación del encuadre.

Antes de continuar, es importante hacer una prevención. En la medida que inciden en posiciones de carácter patrimonial, muchos de los aspectos que abordamos se podrían analizar desde la perspectiva de las limitaciones a la propiedad privada. Sin embargo, considerando la abundante literatura respecto de ese tópico⁴ y la necesidad de dar cuenta de las múltiples alternativas de las que disponen los órganos que adoptan modificaciones legales, no nos referimos en mayor profundidad a esta materia. De esta manera, este trabajo procura aportar en la determinación de orientaciones para los operadores jurídicos que adoptan estas decisiones, y para que estas sean sostenibles en el tiempo.

II. LAS TRANSICIONES LEGALES

1. *Función y mecanismos para articularlas*

Mediante las transiciones legales el Estado aborda el problema de los cambios en el bienestar de las personas que se producen como consecuencia de la aprobación de una reforma legal⁵. Este se presenta porque dichos cambios pueden afectar a sujetos que han hecho inversiones personales, financieras o de otra índole, tomando en consideración la normativa reformada.

⁴ Véase en general ALDUNATE, 2006; CORDERO, 2006; FERNANDOIS, 2006; PONCE DE LEÓN, 2015; GUILOFF, 2018.

⁵ FRIED, 2003, p. 123.

Las repercusiones económicas adversas generadas por el establecimiento de un cambio legal se denominan costos transicionales⁶. De esta manera, al debatir el establecimiento de una modificación, un órgano deberá determinar cuál será la política de transición respectiva. Esta puede consistir en aliviar estos costos, o bien, en no hacerlo y utilizar la transición para distribuir de otra manera cargas y costos asociados al marco legal⁷. Si se opta por aliviarlos, estos costos pueden ser mitigados mediante mecanismos como compensaciones, la implementación gradual de la reforma o la continuidad de vigencia del régimen anterior para determinados actores, sea esta limitada o ilimitada.

Como se puede apreciar, los elementos centrales de una transición legal son: un cambio legal y un mecanismo escogido para mitigar sus efectos. Si bien los mecanismos para mitigar los costos de las modificaciones legales pueden adoptar una diversidad de formas específicas, existen dos grandes clases: financieros y temporales⁸.

En cuanto a los primeros, el más paradigmático es la compensación. Respecto de ella, la literatura enfatiza la necesidad que sea de un monto tal que permita al Estado visualizar los costos que genera la modificación legal⁹, pues, de lo contrario, se puede generar una distorsión en los incentivos de las personas frente a futuros cambios legales¹⁰.

La compensación no agota el elenco de los mecanismos financieros. También existen otros que cumplen una función análoga, como las becas y subsidios¹¹. Además, dentro de esta clase de mecanismos podemos considerar también exenciones tributarias, facilidades crediticias o programas de capacitación para quienes hayan perdido su trabajo debido a una reforma¹².

Un último aspecto a enfatizar aquí es que los mecanismos financieros son preferibles a los temporales. Ello, debido a que suelen permitir un mejor cumplimiento de los objetivos de la reforma. Esto es así porque, aun cuando ellos hacen más costosa la reforma a la que acceden, esta igualmente se implementa de inmediato, sin disminuir su ámbito de aplicación¹³.

Por su parte, los mecanismos temporales se sitúan dentro de un continuo que abarca desde la implementación gradual de una reforma, hasta la continuidad de vigencia del régimen legal previo para quienes se ven afectados por la modificación¹⁴. Estos suponen una importante ayuda para sus beneficiarios porque retrasan los gastos en los que de otra manera correspondería incurrir para cumplir con la reforma¹⁵.

⁶ TREBILCOCK, 2014, p. 9.

⁷ HUBER 2011, pp. 94 y 95.

⁸ HUBER, 2011, p. 95 y 96.

⁹ BLUME y RUBINFELD, 1984, pp. 88-90.

¹⁰ KAPLOW 1986, pp. 528-532; BELL, 2003, p. 35.

¹¹ HUBER, 2011, pp. 101 y 102.

¹² HUBER, 2011, p. 95; QUINN y TREBILCOCK 1982, p. 125.

¹³ KAPLOW, 2003, p. 187; TREBILCOCK, 2014, p. 37.

¹⁴ KAPLOW, 1986.

¹⁵ HUBER, 2011, p. 95.

En relación con la implementación gradual, hay varias alternativas para determinar la oportunidad en que el cambio legal entrará en vigencia¹⁶. La primera de ellas es establecer un cronograma, en que se señale con precisión el plazo en el que empezará a regir la nueva regulación¹⁷. Alternativamente, en vez de un plazo, se puede contemplar un evento desencadenante, cuyo acontecimiento determinará la entrada en vigencia de la modificación.

Es importante recalcar la importancia que reviste la elección de este suceso, pues se puede tratar de uno cuya ocurrencia dependa de una actuación del Estado¹⁸, o de uno que dependa exclusivamente de la voluntad del respectivo agente económico¹⁹. Cualquiera que sea el suceso que se establezca, y aunque parezca obvio, es fundamental para el cumplimiento de los objetivos de la reforma que este sea uno que efectivamente pueda verificarse. De lo contrario, este alivio temporal deviene en uno permanente.

Asimismo, tal como lo indica su nombre, la continuidad de vigencia es un mecanismo cuyo efecto es excluir de la aplicación de la modificación a algunas personas. Ellas se siguen rigiendo por las disposiciones anteriores. Desde la perspectiva del marco regulatorio, su establecimiento implica la coexistencia de dos regímenes: uno aplicable a los agentes que ya se encontraban realizando la respectiva actividad al momento de la reforma, y otro al que quedan sujetos quienes empiecen a desarrollarla con posterioridad a la modificación.

En principio, esta diferencia se justifica porque mediante ella se reconoce la distinta situación en que se pueden encontrar los agentes regulados frente a un cambio normativo²⁰. Sin embargo, y tal como sucede con la implementación gradual, es importante tener en cuenta que el establecimiento de este mecanismo reduce el ámbito de aplicación de la reforma a la que accede. Por ello es clave la manera precisa en que se articule la extensión temporal de la continuidad de vigencia. Mientras más se extienda en el tiempo

¹⁶ HUBER, 2011, pp. 96-101.

¹⁷ Tal como lo hace la Norma de Emisión para Termoeléctricas, que establece su aplicación inmediata para los proyectos que se evalúen ambientalmente después de su entrada en vigencia, y diferida para las fuentes existentes, considerando diversos plazos atendiendo al contaminante que se trate y a la calificación de la zona en que estas se encuentren ubicadas. Ver artículo 5 del Decreto Supremo 13, 2011, del Ministerio del Medio Ambiente.

¹⁸ Por ejemplo, esta situación ocurre con las industrias mal ubicadas, es decir, aquellas que, como consecuencia de la dictación o modificación del plan regulador, quedan ubicadas en un sector para el que se prevé un uso de suelo diverso del que efectúan. Al establecerse o modificarse el plan regulador, estas quedan congeladas o, dicho de otro modo, pese a que su uso de suelo resulta inconsistente con el previsto por este instrumento, se les permite seguir funcionando, sujetándose a determinadas exigencias. Sin embargo, esta continuidad de vigencia del uso de suelo anterior se mantiene en tanto la Municipalidad, previa emisión de informes por parte de las Secretarías Regionales Ministeriales de Salud y Vivienda, no ordene su traslado, estableciendo un plazo para tal efecto, ver artículo 62 del Decreto 458, 1976, Ley General de Urbanismo y Construcciones.

¹⁹ Como sucede, por ejemplo, con el sometimiento al sistema de evaluación de impacto ambiental de los proyectos que, a la fecha de la dictación de la Ley N° 19.300, 1994, sobre bases generales de Medio Ambiente, ya se encontraran en funcionamiento. Estos solo deben someterse a dicha evaluación en el evento que su titular decida realizar una modificación. Ver artículo 8 de la Ley N° 19.300.

²⁰ ROSE, 2000, pp. 21 y 22; SHAVELL, 2008, pp. 38 y 39.

o se configure de una manera que permita a las personas reguladas controlar su fecha de término, hay mayor riesgo para el cumplimiento de los objetivos de la reforma²¹.

Lo anterior nos muestra dos cosas. Por un lado, que los mecanismos temporales que se escojan son relevantes para el cumplimiento de los objetivos de la reforma. Por otro, que la distinción entre estos mecanismos temporales no es del todo nítida. Por ejemplo, un esquema de gradualidad sujeto a un evento desencadenante que depende exclusivamente de la voluntad del beneficiario de la transición, puede producir el mismo efecto que una continuidad de vigencia ilimitada o también limitada, pero dependiente del mismo tipo de evento.

Por último, es posible señalar que pueden combinarse mecanismos financieros con temporales para mitigar los costos transicionales²². Ello cuando el uso de solo uno de estos mecanismos no resulta suficiente para aliviar los costos que para ciertos agentes puede implicar la modificación. Así, se puede establecer la implementación gradual de una reforma y, junto con ello, establecer un mecanismo de asistencia financiera para adaptarse a la misma (como podría ser una facilidad de acceso al crédito, una exención tributaria o incluso otorgar financiamiento)²³.

2. *Determinación de los costos que conlleva el cambio*

Para que el Estado articule una política de transición se requiere, en primer lugar, determinar cuáles son los costos y beneficios derivados del cambio legal. En caso que, al realizar esta evaluación, concluya que corresponde mitigar los costos, la determinación de costos y beneficios también incide en la elección y configuración del mecanismo que se establezca. Este proceso de determinación de costos y beneficios se ha denominado “encuadre” (*transactional frame*)²⁴.

Para aproximarnos a este problema partamos de la premisa que, en el derecho público, el Estado y la ciudadanía están involucrados en una relación continua y permanente a lo largo de la historia. Ello, a diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, donde las partes se involucran en relaciones cuyos límites temporales son determinados o determinables (por ejemplo, un accidente automovilístico o una negligencia médica)²⁵.

Lo anterior tiene consecuencias para establecer la distribución de efectos patrimoniales tanto de las interacciones entre privados como de aquellas entre estos y el Estado. Tratándose de las primeras, regidas por el derecho privado, la unidad de análisis se define

²¹ REVESZ y WESTFAHL KONG, 2011, p. 1627.

²² HUBER 2011, pp. 103 y 104.

²³ Esto se hizo, por ejemplo, en la Ley Nº 20.845, 2015, de Inclusión Escolar, para facilitar la adaptación de los sostenedores a la exigencia de ser dueños de los inmuebles donde se preste el servicio educacional. Con esa finalidad, el legislador distinguió entre los sostenedores que desearan seguir realizando la actividad bajo las nuevas reglas y aquellos que no, otorgándoles a los primeros un plazo para adquirir el inmueble y el aval del Estado para facilitarles el financiamiento de esta compra. Por su parte, y respecto de los segundos, les facilitó la venta de sus inmuebles, otorgando el aval del Estado a las operaciones de compraventa respectivas.

²⁴ Ver, en general, LEVINSON, 2002.

²⁵ Ver, en general, LEVINSON, 2002.

sobre la base de la interacción que ha generado precisamente el daño (por ejemplo, un choque)²⁶. Por lo anterior, los costos que han de determinarse para poder establecer el daño son acotados (se consideran únicamente los derivados de esta colisión).

En cambio, en el derecho público, las fronteras de una transacción no son obvias²⁷. Considérese, por ejemplo, el daño patrimonial al expropiar una casa. Para evaluar el monto del daño, ¿basta con considerar el actual valor de mercado de esta o, considerando la incidencia que ha tenido la construcción de una estación de metro a pocas cuadras, se requiere descontar la parte que se ha generado por esta inversión pública? Como se puede apreciar, ya que la determinación de la unidad de análisis no es obvia, el órgano estatal que va a realizar la intervención cuenta con un gran margen para computar y ponderar costos y beneficios²⁸.

Pero ¿cuáles son los criterios para llevar a cabo esta determinación de costos y beneficios? Si consideramos la relación continua y permanente entre el Estado y las personas, ¿cómo realizar un corte razonable en esta, “encuadrando” determinados costos y beneficios y dejando otros fuera del marco de evaluación? ¿Es necesario que costos y beneficios surjan del mismo cuerpo normativo? ¿Qué tipo de costos y beneficios se pueden incluir (directos o indirectos, los que favorecen únicamente al afectado o a él en tanto miembro de una comunidad beneficiada, etc.)?²⁹

Preguntas como estas son las que el órgano que esté debatiendo la aprobación de un cambio legal deberá responder para determinar una política de transición. Para contestarlas, debe considerar que el encuadre puede variar significativamente en función de las consideraciones temporales, de ámbito o acumulaciones “intragrupa” que se utilicen en cada caso³⁰. A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, al aplicar la lógica transaccional a una transición legal, siempre está la opción de acumular costos y beneficios en el transcurso del tiempo, del respectivo ámbito regulatorio o del grupo al que pertenecen los afectados, pues no es posible enfocarse en interacciones individuales y diferenciadas³¹.

No es claro si los costos y beneficios deben provenir de un mismo cuerpo normativo, del conjunto de leyes que rigen una determinada actividad económica o, al menos, de un área de la economía en específico. Asimismo, tampoco existe certeza acerca del tiempo que es admisible considerar en búsqueda de los costos y beneficios que se deben evaluar. Similarmente, la posibilidad de acumular cargas o beneficios a nivel grupal cambia la unidad de análisis del bienestar de un individuo, al de la sociedad como un todo³². Todo lo anterior permite una expansión del encuadre de costos y beneficios en distintos ámbitos, temporalidades y respecto de diversos individuos o grupos.

²⁶ LEVINSON, 2002, p. 1332.

²⁷ LEVINSON, 2002, p. 1320.

²⁸ LEVINSON, 2002, p. 1337.

²⁹ PONCE DE LEÓN, 2015, p. 11.

³⁰ LEVINSON, 2002, p. 1341.

³¹ LEVINSON, 2002, p. 1333.

³² LEVINSON, 2002, pp. 1371-1374.

En las transacciones de derecho público, la literatura ha señalado que los daños y beneficios pueden ser agregados en la medida que estén relacionados de alguna forma intuitiva, ya sea temporalmente, según la materia o procedimentalmente³³. Pero, de manera inversa, también es posible que se determine un encuadre de costos y beneficios utilizando como unidad de análisis solo los que deriven del texto legal objeto de la reforma, considerando solo el menoscabo que esta modificación le causa al afectado. Vemos que el órgano respectivo goza de amplia libertad al momento de escoger cuál es la unidad de análisis aplicable³⁴. Por lo mismo, urge definir ciertas orientaciones para realizar estos “encuadres”.

El problema es más complejo si se considera la influencia que ejerce sobre este proceso de encuadre, la manera en que estos costos se presenten por los afectados, tanto al legislador o al órgano administrativo que esté debatiendo la modificación, como a la opinión pública³⁵. Habitualmente, los afectados por un cambio no solo plantearán el valor exacto de la pérdida que les irroga la eventual aprobación de la modificación, sino que también, la presentarán de una manera precisa, por ejemplo, catalogándola como una expropiación³⁶. Al tratarse de un daño en el ámbito del derecho público, este planteamiento supone un encuadre preciso de ciertos costos, dejando fuera otros beneficios o ventajas que el Estado pudo haber otorgado a los afectados en el pasado. En otras palabras, lo que cierta literatura denomina “efectos de encuadre” o *framing effects*³⁷.

Basado en lo anterior, el legislador debe decidir acerca de la pertinencia de mitigar los costos. Respecto de dicha determinación, existen dos grandes polos teóricos en la literatura respecto de transiciones legales. Por una parte, están quienes, asignándole

³³ LEVINSON, 2002, p. 1373.

³⁴ LEVINSON, 2002, p. 1375.

³⁵ La forma en que se presenten los costos de una modificación ante la opinión pública reviste importancia porque, planteando la afectación de valores normativos (tales como la igualdad y la justicia), los grupos de interés que pueden sufrir pérdidas como consecuencia de la reforma, pueden apelar al apoyo de otras personas o grupos de interés que compartan estos valores, ver TREBILCOCK, 2014, p. 7.

³⁶ Si bien en este trabajo hablamos en general de la relación entre el Estado y ciudadanía, es posible señalar que una alegación como esta también podría ser formulada por personas que tienen la calidad de inversionistas extranjeros. Lo anterior se debe a que, tal como su nombre lo indica, aquello que los tratados de inversión extranjera protegen frente a expropiaciones son inversiones. No obstante, es discutible si dicha calidad les otorga una protección adicional a la que se le otorga a los inversionistas nacionales mediante la garantía de la expropiación. De partida, no resulta tan evidente que mediante estas se proteja algo distinto de la propiedad privada, ya que “los tratados de inversión extranjera no establecen un concepto autónomo de inversiones, esto es, una noción internacional de derechos e intereses sustantivos que no dependa en un sentido amplio de las reglas de propiedad domésticas”, ver MONTT, 2009, p. 248 (traducción propia). Fuera de ello, aunque dichas inversiones también cuentan con otra protección adicional, como lo es la garantía de trato justo y equitativo por parte de los Estados, respecto de la relación de esta con las transiciones legales, se ha indicado que, por regla general, ella no ampara las expectativas de los inversionistas, a menos que se traten de cambios continuos, durante un período prolongado, o bien de modificaciones estructurales a las reglas de un sector completo, sin que se establezca un período de transición, ver MONTT, 2009, p. 362.

³⁷ Para el planteamiento de este problema en términos generales, véase TVERSKY y KAHNEMANN, 1981; y THALER, 1999. Una aplicación de este para efectos de la elección de instrumentos en materia de regulación ambiental, en NASH, 2006.

preponderancia al riesgo económico que traen aparejadas las modificaciones legales, abogan por la mitigación de sus costos. Fundamentan su posición en la premisa que las personas adoptan sus decisiones de inversión y estructuran sus negocios teniendo la expectativa de que el marco legal se mantendrá estable³⁸. Por ello, cuando sus predicciones no se cumplen, corresponde que el Estado mitigue de alguna manera sus pérdidas. A esta postura se la denomina la “perspectiva antigua” de las transiciones legales³⁹.

Por otro lado, asignándole un mayor peso a los incentivos, la “perspectiva nueva” acerca de las transiciones legales sostiene que estos costos no deben ser mitigados. Este planteamiento se basa en la premisa que cualquier intervención del Estado para mitigar esas pérdidas afecta el incentivo de anticipar las modificaciones legales y puede llevar a las personas a adoptar decisiones de inversión subóptimas⁴⁰. Desde esta perspectiva, los riesgos económicos generados por el Estado equivalen a los que emanan del mercado⁴¹. Consecuentemente, tal como sucede con los costos generados por el mercado, aquellos que el Estado ocasiona no deben ser mitigados⁴². De lo contrario, si las personas saben de antemano que sus pérdidas serán mitigadas, pueden decidir realizar inversiones ineficientes, por ejemplo, construir un proyecto inmobiliario en un terreno que va a ser expropiado⁴³.

Junto con estos polos existe una postura pragmática, que sitúa el fundamento de las transiciones en consideraciones de viabilidad política. Asumiendo que, si no se establece una transición, las personas afectadas por el cambio en discusión harán todo lo posible para impedir su aprobación⁴⁴, esta postura enfatiza que el establecimiento de mecanismos que mitiguen los costos transicionales facilita el establecimiento de cambios que pueden ser deseables para la sociedad⁴⁵. Si la decisión de no contemplar

³⁸ Por sí sola, y a falta de otras consideraciones específicas que respalden, como podría ser, por ejemplo, un compromiso de mantener el marco normativo inalterado por un período o un acto administrativo que exija la realización de inversiones precisas, se ha señalado que esta expectativa adolece de circularidad, ver KAPLOW, 1986, pp. 522 y 523, DAGAN, 2004, pp. 1168 y 1169.

³⁹ Véase en general MICHELMAN, 1967; HOCHMAN, 1976; y EPSTEIN, 2003.

⁴⁰ Véase en general GRAETZ, 1977; KAPLOW, 1986; y SHAVIRO, 2001. De acuerdo con trabajos más recientes de la literatura pertinente a transiciones legales, incluso si uno acepta estas problemáticas premisas, mitigar los costos transicionales es necesario también para otorgar incentivos adecuados en ciertos casos (LOGUE, 1996, pp. 1138-1143; NASH y REVESZ, 2007, pp. 1727 y 1728; y SHAVELL, 2008, p. 38). Adicionalmente, se ha señalado que los mecanismos de mitigación de costos no solo deben apuntar a los incentivos, sino que a amparar determinados estilos de vida y la cohesión de una comunidad, frente a la alteración que podría suponer la necesidad de cumplir con un cambio legal súbito y abrupto, NASH, 2008, pp. 833 y 834.

⁴¹ KAPLOW, 1986, p. 520. Las premisas de la nueva perspectiva también son bastante rebatibles. Por lo pronto, dar por establecida la similitud de los riesgos creados por el mercado y por el Estado, desconoce que los últimos se pueden determinar de manera deliberada y sistemática en ciertos individuos, MICHELMAN, 1967, p. 1217.

⁴² Sin embargo, como lo evidencian los rescates gubernamentales a los bancos durante las crisis financieras, el Estado también interviene para mitigar riesgos generados por el mercado, ver NASH, 2008, p. 833.

⁴³ Ejemplo tomado de BLUME y RUBINFELD, 1984, pp. 587 y 588.

⁴⁴ LEVMORE, 1999, p. 1665.

⁴⁵ TREBILCOCK 2014, p. 7.

mecanismos transicionales termina generando la perpetuación del *statu quo*, puede ser un peor escenario que una reforma que sí contemplase una transición⁴⁶.

Estas justificaciones teóricas también dan lugar a efectos de encuadre que inciden en la decisión relativa a la pertinencia de articular una política de transición. Ello, en el sentido que los costos de un cambio legal podrán considerarse admisibles o inadmisibles, dependiendo de cómo sean presentados tanto a los agentes afectados como a la sociedad en general. Por ejemplo, si se entiende que no es razonable asumir que una ley o política pública es eterna⁴⁷, y que el riesgo de afectación patrimonial por una modificación del marco legal no es muy distinto al que se puede generar por un cambio en las condiciones de los mercados⁴⁸, se va a ser menos proclive a establecer una mitigación. Por el contrario, si se siguen las prescripciones de la perspectiva antigua o por la influencia de la postura pragmática, se considerará pertinente otorgarla.

En el evento que se decida articular una política de transición, se hace necesario establecer un tipo de mecanismo descrito en la sección anterior para llevarla a cabo y otorgarle una configuración específica. Este mecanismo debe ser uno apropiado para mitigar los costos ocasionados por la modificación. Debido a que en la determinación de dichos costos incide el encuadre, podemos decir que este también influye en la selección del tipo de mecanismo y en la conformación de su configuración específica (por ejemplo, los períodos que se establecerán, si se opta por la implementación gradual de la modificación, o el elenco de beneficiarios).

De esta manera, como se ha descrito, el encuadre ejerce influencia en la articulación de una política de transición. Incide en todos los pasos que se dan para articularla: la determinación de los costos de la reforma; la decisión de mitigarlos; la selección del tipo de mecanismo a utilizar para estos propósitos y la configuración específica de este último.

III. EL CASO DE LA LEY N° 20.980, QUE PERMITE LA TRANSFORMACIÓN DE LOS INSTITUTOS PROFESIONALES Y CENTROS DE FORMACIÓN TÉCNICA EN PERSONAS JURÍDICAS SIN FINES DE LUCRO

Para ilustrar la incidencia del encuadre en el establecimiento de una política de transición, revisemos el caso de la Ley N° 20.980, publicada el 19 de enero de 2017, que permitió la transformación de los Institutos Profesionales (IP) y Centros de Formación Técnica (CFT) en personas jurídicas sin fines de lucro. Ello, para que aquellos IP y CFT que así lo decidieran, pudieran acceder a la gratuidad de la educación terciaria⁴⁹. Primero,

⁴⁶ TREBILCOCK 2014, p. 7.

⁴⁷ KAPLOW, p. 522; WYMAN, 2017, p. 94.

⁴⁸ KAPLOW, p. 520.

⁴⁹ La política de gratuidad comenzó a implementarse mediante glosa presupuestaria y la Ley N° 20.890, 2015 que modifica la Ley N° 20.882, de presupuestos del sector público del 2016, también denominada "Ley Corta de Gratuidad". Dicha ley, fruto de un acuerdo político entre la oposición y el oficialismo de entonces, solo incluyó a las universidades, dejando fuera a los IP y CFT, cuyos estudiantes se financiaban mediante becas. Ahora

revisamos la historia legislativa en lo relevante para este trabajo. Luego, revisamos cómo el encuadre de costos y beneficios influye en la determinación de la política de transición y de sus especificidades.

En diciembre de 2015, el Ejecutivo presentó un proyecto de ley para permitir la transformación de IP y CFT en personas jurídicas sin fines de lucro. Este consistía en una indicación sustitutiva de dos mociones refundidas que ya existían en el Senado⁵⁰. El objetivo del proyecto era crear procedimientos voluntarios para que aquellos CFT e IP que quisieran modificar su naturaleza jurídica (que para ese entonces eran 31 de las 38 instituciones acreditadas) pudieran hacerlo. De esta forma, podrían pasar de sociedades comerciales a personas jurídicas sin fines de lucro, conservando su reconocimiento oficial, autonomía y acreditación vigente, y así podrían acceder a la gratuidad. En septiembre del 2016, el Ejecutivo presentó un paquete de indicaciones, modificando la iniciativa. ¿Qué cambió? Entre otras cosas, la transición regulatoria.

El primer proyecto enviado por el Ejecutivo no contemplaba ningún tipo de transición para lo que estaba regulando. Esto no tardó en encender las alarmas en el mundo técnico profesional. Así, el presidente del Consejo Nacional de Instituciones Privadas de Formación Superior (CONIFOS A.G.), señaló que los procedimientos de transformación regulados en el proyecto de ley constituían, “en la práctica, una expropiación efectuada sin aplicación de las garantías previstas en el art. 19 N° 24, de la Constitución Política de la República”⁵¹. Ello, debido a que los procedimientos permitían traspasar los derechos y obligaciones del respectivo IP o CFT, incluyendo los patrimoniales, a la corporación o fundación sin fines de lucro.

También se reclamaba que se podría afectar derechos de terceros, ya que los contratos con la sociedad organizadora pasarían a la nueva corporación o fundación, la que no tendría relación de propiedad entre los socios controladores y la entidad. Por ejemplo, si el aval de los créditos en la relación con el sistema financiero eran los actuales socios, el cambio de naturaleza jurídica los perjudicaba⁵². Esto mismo podía afectar la acreditación institucional, pues las IES no contarían con el respaldo financiero de los socios, lo que era revisado en el proceso de acreditación⁵³.

bien, a pesar que dicha ley no consideraba a los IP y CFT, lo cierto es que el requisito para acceder a la gratuidad que exigía estar constituida como persona jurídica sin fines de lucro y no contar con controladores lucrativos, excluía de todos modos a la gran mayoría de dichas instituciones. Para ese entonces, de las 38 instituciones técnico-profesionales acreditadas (19 CFT y 19 IP), solo 7 estaban constituidas como personas jurídicas sin fines de lucro (3 CFT y 4 IP). Los restantes 31 habían manifestado su intención de transformarse en entidades sin fines de lucro (Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 8).

Debido a lo anterior, el Ejecutivo, en el marco de la discusión de la Ley de Presupuestos y de esta la “Ley Corta”, se comprometió a enviar un proyecto que permitiera a los IP y CFT acreditados convertirse en personas jurídicas sin fines de lucro, manteniendo su reconocimiento oficial, autonomía y acreditación. Este proyecto se convirtió en la Ley N° 20.980, 2017 que analizamos en este apartado.

⁵⁰ Mociones de los H. senadores Lagos, Montes y Zaldívar (Boletín N° 10.261-04) y de los H. senadores Quintana y Letelier (Boletín N° 10.302-04).

⁵¹ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵² Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵³ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 13.

Este argumento es interesante pues vemos que amplía el encuadre para la determinación del elenco de afectados. De acuerdo con este, el cambio no solo afectaría a los socios controladores de las IES, sino que también a sus contrapartes contractuales. Considerar que estas últimas también se ven afectadas por el cambio, tiene el efecto de aumentar los costos del mismo. Si esto es así, se hace necesario articular el mecanismo de transición de una manera que también pueda hacerse cargo de esta pérdida. Por lo demás, esta manera de presentar los costos, indicando que ellos también afectan a terceros, también puede parecer sensata desde la perspectiva de las nociones de justicia y equidad de la comunidad⁵⁴.

Otro argumento que se reclamaba era la diferencia de criterio respecto de la transición contemplada para las corporaciones educacionales regidas por la Ley N° 20.845, de inclusión escolar. Se alegaba que no se consideraba ninguno de los mecanismos de garantía, gradualidad y compensación que contempló dicha normativa, lo que resultaba “un trato discriminatorio”⁵⁵. No se mencionaba, claro, que este procedimiento era voluntario, a diferencia de la Ley de Inclusión, que obligaba a los sostenedores a convertirse en personas jurídicas sin fines de lucro para continuar recibiendo la subvención. En el caso de los CFT e IP, ellos seguían recibiendo becas.

Tal como sucede con los términos “expropiación” y “afectación de derechos de terceros”, “trato discriminatorio” también es uno que puede resonar bien con nociones de justicia y equidad de la opinión pública. No obstante, vemos el carácter meramente retórico de esta presentación, debido al carácter voluntario de los cambios.

Por su parte, el Consejo de Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica Acreditados, VERTEBRAL, planteó que, ya que la Reforma a la Educación Superior aun no ingresaba a tramitación en esa fecha, no se conocían las condiciones a las que estarían obligadas las IES convertidas en sin fines de lucro⁵⁶. Es importante señalar que las posturas anteriores contrastaban con las manifestadas por miembros del CUECH y el CRUCH, quienes se mostraron alineados con el proyecto de ley⁵⁷.

Los párrafos anteriores muestran cómo hay distintas formas de encuadrar los costos asociados al cambio legal. Varios de ellos son comúnmente utilizados en el debate político y legislativo, particularmente aquellos desde una perspectiva expropiatoria. En este caso, si bien eran debatibles jurídicamente, y no compartidos por todos los actores, hicieron eco en otros directores y dueños de CFT e IP.

En relación con estos, y respecto del supuesto “carácter expropiatorio” de los procedimientos de transformación, es posible hacer algunas precisiones. Es correcto que, por la transformación de las entidades en personas jurídicas sin fines de lucro, las acciones de los socios en la sociedad organizadora desaparecen y, en su reemplazo, los socios adoptan la calidad de “miembros” de la corporación. Y si bien los miembros de

⁵⁴ NASH, 2009, p. 834.

⁵⁵ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵⁶ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, p. 12.

⁵⁷ Primer Informe de la Comisión de Educación y Cultura del Senado, 2016, pp. 11 y 13.

una corporación no son titulares de derechos de propiedad en el patrimonio de la persona jurídica, es común la práctica de traspaso a título oneroso de la calidad de miembro o asociado a terceros, o que se disuelva la corporación recuperando parte del patrimonio aportado, o la venta de la institución como un todo⁵⁸. Por tanto, la pérdida patrimonial en caso de transformación no necesariamente significa la pérdida del patrimonio que se aporta a la corporación. Más bien, se trata de una pérdida de liquidez de la inversión y una pérdida de utilidades futuras.

Sin perjuicio de posibles consideraciones de orden constitucional, pues la regulación de la expropiación solo cubre el daño emergente, quedando excluida la indemnización por el lucro cesante o las expectativas de ganancias, lo anterior es interesante desde otra perspectiva. Tal como lo ha descrito la literatura, la pérdida de oportunidades de ganancias futuras (que sí se daría en este caso) no parece ser un encuadre convocante⁵⁹. Las personas tienden a tener mayor apego a las pérdidas directas para sus bolsillos que a la pérdida de oportunidad de ganancias prospectivas. Ello no solo incide en la fuerza de movilización de los afectados por una regulación, sino que también resuena en la opinión pública, en el sentido que será más fácil presentar una determinada compensación como justa cuando se trata de personas que perdieron su inversión o sufrieron un daño patrimonial, a diferencia de cuando pierden oportunidades de ganar en el futuro⁶⁰. Tal parece ser el caso aquí, donde dicho argumento ni aparece en el debate.

No obstante, hubo una creciente presión del sector. Esta redundó en la creación de una mesa técnica entre el Ministerio de Educación y distintas asociaciones de IP y CFT⁶¹. En esta mesa, los directores de los CFT e IP empezaron a plantear la necesidad de un “mecanismo de convergencia para la dotación patrimonial de la nueva entidad”⁶². Ellos proponían, entre otras cosas, la creación de un “pasivo subordinado”⁶³.

Este consistía en que el aporte de activos (inmuebles, infraestructura, equipos, etc.) a la nueva corporación o fundación, se haría mediante una deuda subordinada a favor de los propietarios de la sociedad original. De esta forma, los socios de las entidades organizadoras de los IP y CFT convertirían sus derechos patrimoniales en un crédito contra la nueva entidad sin fines de lucro transformada. Es decir, un pasivo no exigible, que se pagaría a los socios de acuerdo con los resultados que tuviere la corporación nueva. Estos serían limitados al patrimonio actual, con condiciones previamente definidas de interés y prelación⁶⁴.

⁵⁸ De hecho, así ocurrió con la venta de la Universidad Pérez Rosales a INACAP. El traspaso se realizó jurídicamente mediante una modificación de los estatutos de la corporación, donde se reemplazaron la totalidad de los miembros por sociedades del Holding INACAP. Así consta en Sesión Extraordinaria de Directorio de la Corporación Universidad Tecnológica Vicente Pérez Rosales, reducida a escritura pública de 19 de agosto de 2005, suscrita en la Notaría Pública de Santiago de don René Benavente Cash.

⁵⁹ TREBILCOCK, 2014, pp. 26 y 27.

⁶⁰ TREBILCOCK, 2014, pp. 26 y 27.

⁶¹ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

⁶² Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

⁶³ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

⁶⁴ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 10-14.

Pero una figura como el pasivo subordinado era contradictorio con el corazón de la política de gratuidad. El requisito de contar con naturaleza jurídica sin fines de lucro para optar al financiamiento de la gratuidad tiene como objetivo que los recursos públicos sean reinvertidos en las IES, no retirados por los dueños de los CFT e IP. Si parte de los recursos públicos aportados a las instituciones por gratuidad se destinan al pago de un pasivo subordinado destinado a compensar la supuesta expropiación, eventual afectación de derechos de terceros y presunto trato discriminatorio, se desvirtúa completamente el objetivo de política pública.

Ello, lamentablemente, puede ocurrir al establecer mecanismos de transición. A nuestro juicio, y como analizamos en detalle en la próxima sección, el cumplimiento de los objetivos de la regulación es uno de los criterios fundamentales que debe guiar la elección de una política transicional.

Afortunadamente en este caso, la propuesta de pasivo subordinado no prosperó. El Ejecutivo, en cambio, ofreció una transitoriedad consistente en importantes beneficios tributarios para los dueños de los CFT e IP que hicieran aportes o donaciones a las nuevas corporaciones o fundaciones constituidas para ser sus continuadoras académicas. Estos beneficios consistían en que las donaciones y aportes realizados se considerarían gastos necesarios para producir la renta⁶⁵. A su vez, las donaciones quedarían exentas del trámite de insinuación, del impuesto a las donaciones y del impuesto al valor agregado⁶⁶. Estos beneficios, que se denominaron “neutralidad tributaria”⁶⁷, aplicarían para los aportes y donaciones efectuados dentro del plazo de un año de publicada la ley. A causa de la insistencia de los grupos de interesados respecto de la insuficiencia de la medida, se amplió la ventana de beneficios tributarios por dos años.

Este caso muestra lo relevante de enmarcar el problema en términos que resuenen con los afectados, los legisladores y la opinión pública en general. Vemos cómo la forma de encuadrar costos y beneficios termina influyendo en la política transicional y en las especificidades del mecanismo escogido. En este caso, por ejemplo, si bien no se logró el pasivo subordinado que algunas partes pedían, plantear los costos en términos de expropiación, afectación de terceros, y trato discriminatorio permitió movilizar a los actores interesados y crear presión política para que el regulador tomara ciertas medidas. Entre ellas, la creación de una mesa técnica con todos los actores, y finalmente, una política transicional nueva: una compensación por la vía de exenciones tributarias.

La incidencia del encuadre en la articulación de la política de transición, releva la necesidad de contar con un criterio que permita orientar la determinación del mismo. Siguiendo a Levinson⁶⁸, una alternativa para ello es desarrollar objetivos que permitan redirigir el foco hacia problemas sociales más amplios, relacionados con el proceso político, resultados distributivos o la estructura de las instituciones. Como argumentaremos

⁶⁵ Lo que implica que no serían considerados como gastos rechazados, los que pagan un impuesto de un 40% sobre el aporte.

⁶⁶ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 6.

⁶⁷ Segundo Informe de la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, 2016, p. 7.

⁶⁸ LEVINSON, 2002, pp. 1383 y 1384.

a continuación, considerando la finalidad de las transiciones legales, un criterio determinante –aunque insuficiente por sí solo–, es que el encuadre dé preponderancia al cumplimiento de los objetivos de la reforma.

IV. EL CUMPLIMIENTO DE LOS OBJETIVOS DE LA REFORMA COMO CRITERIO ORIENTADOR EN LA ARTICULACIÓN DE UNA POLÍTICA DE TRANSICIÓN

Los costos de una reforma dependen, entre otras cosas, del encuadre que se utilice para establecerlos. Hemos indicado que no existen reglas claras para su determinación, lo que es preocupante pues otorga amplia discrecionalidad en la determinación del impacto de un cambio legal al órgano que está debatiendo su introducción⁶⁹. Asimismo, y vinculado con lo anterior, la manera en que se presentan los impactos de la reforma, lleva a establecer o descartar la procedencia de mecanismos para hacerse cargo de estos.

Siguiendo a Levinson⁷⁰, estos criterios debieran relacionarse con la finalidad de las instituciones para cuya aplicación es necesario determinar la ecuación de costos y beneficios. Debido a que la función de una transición legal es hacer viable el establecimiento de cambios por medio de mecanismos que mitiguen sus impactos⁷¹, consideramos que un criterio primordial a utilizar para estos propósitos es el cumplimiento de los objetivos de la reforma en cuestión. Teniendo estos en vista, es posible evaluar la procedencia de agregar ciertos costos o de considerar beneficios que lleven a disminuir los primeros.

Para ilustrar lo anterior, volvamos al caso anterior. Asumamos que el encuadre de costos comprende la totalidad de la pérdida de liquidez, más las expectativas de ganancias futuras que sufren los socios controladores y la afectación de sus contrapartes contractuales. Consiguientemente, es posible establecer un mecanismo de mitigación que sea idóneo para morigerar un impacto de tal magnitud. Tomando en cuenta la cantidad de afectados por la reforma, el costo de compensar a cada uno de estos haría inviable su introducción. Ante esta situación, una alternativa, aparentemente menos costosa, sería permitir la continuidad de vigencia del régimen anteriormente existente para todos estos. Pero, de adoptarse este curso de acción, la reforma también perdería todo sentido porque permitiría que los recursos públicos de la gratuidad pudieran ser retirados por los controladores de las IES, siendo la situación precisa que se pretendía modificar. En otras palabras, el medio a utilizar para lograr un determinado fin (el mecanismo para mitigar los costos de la transición), acabaría teniendo preponderancia sobre este último (la aprobación de un cambio que aumente el bienestar general).

Como muestra este ejemplo, desde la perspectiva de las transiciones legales, no todas las potenciales alternativas son aceptables: lo son tan solo aquellas que no resultan disfuncionales para el cumplimiento de los objetivos de la reforma. Aunque en la

⁶⁹ LEVINSON, 2002, p. 1375.

⁷⁰ LEVINSON, 2002, pp. 1383 y 1384.

⁷¹ TREBILCOCK, 2014, p. 7.

discusión de la Ley Nº 20.980 el legislador fue consciente de este límite, es importante destacar que muchas veces este puede ser difícil de advertir. Habiendo instalado en el debate una determinada percepción de los impactos de un cambio legal que resuene en la opinión pública, se pueden perder de vista las repercusiones que las distintas políticas de transición tienen para el cumplimiento de los objetivos de la reforma.

En resumen, tanto para decidir si procede o no establecer una transición, como para determinar el mecanismo apropiado para llevarla a cabo, opera un encuadre de costos y beneficios del cambio. Sostenemos que, por la apertura de criterios para realizar este encuadre, un elemento orientador debe ser su compatibilidad con el cumplimiento de los objetivos de la reforma. En otras palabras, la política transicional debe cuidar no ser contradictoria con los objetivos que se procuran satisfacer mediante el respectivo cambio legal.

Esta preponderancia del cumplimiento de los objetivos de la regulación para la adopción del encuadre parece justificada si se considera la relevancia de estos en diversos aspectos de las transiciones legales. Como ya se ha indicado, al momento de evaluar la idoneidad de los diversos mecanismos, existe consenso en que, en la medida que no supongan un desembolso que haga inviable la reforma, los mecanismos financieros son siempre preferibles a los temporales porque no reducen el cumplimiento de los objetivos de la reforma, como lo hacen los segundos⁷².

En el mismo sentido, y en lo relativo a la oportunidad en que se determine el mecanismo de transición, es admisible tener presente que, para establecer el mecanismo óptimo, la literatura recomienda hacerlo al mismo tiempo de determinar sus objetivos⁷³. Es decir, en el diseño de la reforma, y no en la mitad del debate, como suele ser el caso. La razón de ello no es otra que el impacto que este mecanismo puede tener en el cumplimiento de los objetivos de la reforma.

Por último, este criterio también es recomendable desde la perspectiva de la legitimidad del sistema legal. Como enfatizan Nonet y Selznick⁷⁴, es importante que las decisiones de los operadores legales sean responsivas o sensibles a la evolución de las necesidades de la ciudadanía. En esa misma lógica, asignarle un rol preponderante al cumplimiento de los objetivos de una determinada reforma es una opción que justamente aumenta la posibilidad que estas decisiones respondan a dichas necesidades.

V. CONCLUSIONES

En este artículo hemos analizado la articulación de una transición legal y su relación con el encuadre de costos y beneficios asociados a un cambio. Si bien las transiciones legales han suscitado una amplia discusión en la doctrina estadounidense, hasta el momento no se ha observado un desarrollo análogo en el Derecho chileno. A su vez, nos

⁷² KAPLOW, 2003, p. 187; TREBILCOCK, 2014, p. 37.

⁷³ REVESZ y WESTFAHL KONG, 2011, pp. 1615-1621.

⁷⁴ NONET y SELZNICK, 2008, p. 77.

parece pertinente abordar esta materia considerando el contexto actual, debido a las modificaciones legales que se harán necesarias como consecuencia del proceso constituyente en curso en Chile.

Al efecto, hemos explicado en qué consisten las transiciones legales, resaltando que sus elementos centrales son un cambio legal y un mecanismo para mitigar sus impactos. Respecto de los mecanismos, hemos distinguido dos tipos, los financieros y temporales. Enfatizamos la íntima vinculación que existe entre los costos que se asocien a la reforma y el mecanismo escogido, el que debe ser idóneo precisamente para mitigarlos. Por otro lado, hemos enfatizado la incidencia que la manera precisa en que se articulen las transiciones puede tener sobre el cumplimiento de los objetivos del cambio legal en cuestión.

Esto nos ha llevado a analizar a base de qué unidad de análisis se determinan los costos y beneficios de una modificación legal. Examinada la literatura, planteamos que el órgano que se encuentra evaluando la pertinencia de establecer una transición o de determinar un mecanismo para articularla, posee un amplio margen para realizar el encuadre o configurar esta unidad (por medio del ámbito material, temporal o los diversos elencos de individuos susceptibles de ser afectados).

Asimismo, hemos visto que los costos y beneficios de la reforma pueden ser presentados de distintas maneras por los afectados, con diferente resonancia tanto en los órganos responsables de establecer la transición como en la opinión pública. Hemos recalado cómo la manera de presentar los impactos de una reforma (señalando, por ejemplo, que es expropiatoria o que afecta derechos de terceros) puede perfilar la decisión de otorgar transición y, especialmente, la del mecanismo apropiado para este propósito.

Todo lo anterior incide en el encuadre que el mencionado órgano realice para justificar la necesidad de establecer una transición mediante un mecanismo preciso. Hemos intentado ilustrar este análisis utilizando como ejemplo el debate legislativo de la transición de la Ley N° 20.980. Este nos muestra distintos costos para distintos actores, producto de procesos de encuadre que consideran elencos de afectados diferentes, o que entienden los costos como constitutivos de expropiación o discriminación. Asimismo, nos muestra cómo estos distintos encuadres devienen en mecanismos de transición diferentes.

Considerando la indeterminación que observamos respecto de la adopción del encuadre, hemos argumentado que las decisiones que finalmente se adopten sobre la política de transición deben ser compatibles con el cumplimiento de los objetivos de la reforma. O por lo menos, no deben contradecir o negar sus fines. La formulación de este criterio es coherente con lo planteado en la literatura respecto de la función de las transiciones legales. Adicionalmente, este criterio finalista también resulta pertinente desde la perspectiva de la legitimidad del sistema legal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDUNATE, Eduardo, 2006: "Limitación y Expropiación: Scilla y Caribdis de la dogmática constitucional de la propiedad", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 33, N° 2, pp. 285-303. Disponible en: <https://www.scielo.cl/pdf/rchilder/v33n2/art05.pdf>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].

- BELL, Abraham, 2003: "Not just compensation", *Journal of Contemporary Legal Issues*, volumen 13, Nº 1.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2017: *Historia de la Ley Nº 20.980. Primer Informe de la comisión de educación y cultura*.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2017: *Historia de la Ley Nº 20.980. Segundo Informe de la Comisión de Hacienda*.
- BLUME, Lawrence y RUBINFELD, Daniel, 1984: "The Taking of Land: When Should Compensation be Paid?", *Quarterly Journal of Economics*, volumen 99, Nº 1.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2006: "La dogmática constitucional de la propiedad en el Derecho Chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Austral*, volumen 19, Nº 1, pp. 125-148. Disponible en: <http://revistas.uach.cl/pdf/revider/v19n1/art06.pdf>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].
- DAGAN, Hanoch, 2004: "Restitution and slavery: on incomplete commodification, intergenerational justice, and legal transitions", *Boston University Law Review*, volumen 84, Nº 5.
- DELGADO, Verónica, 2015: "La orden de 'trasladar' o 'retirar' una industria por razones ambientales en la ley y jurisprudencia chilenas", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, volumen 22, Nº 1, pp. 481-506. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/1837/1463>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].
- EPSTEIN, Richard, 2003: "Beware of Legal Transitions: A Presumptive Vote for the Reliance Interest", *Journal of Contemporary Legal Issues*, volumen 13, Nº 1, pp. 69-92. Disponible en: https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2395&context=journal_articles. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- FERMANDOIS, Arturo, 2006: *Derecho Constitucional Económico. Regulación, tributos y propiedad*, Santiago: Ediciones UC.
- FERMANDOIS, Arturo y ZEPEDA, Cristóbal, 2016: "Curtidos Bas y expropiación regulatoria: elevando el estándar constitucional para cargas gravosas a la propiedad", en Arturo Fermandois y Sebastián Soto (Editores), *Sentencias Destacadas 2015*, Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, pp. 263-291.
- FRIED, Barbara, 2003: "Ex ante/Ex post", *Journal of Contemporary Legal Issues*, volumen 13, Nº 1.
- GRAETZ, Michael, 1977: "Legal Transitions: The Case of Retroactivity in Income Tax Revision", *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 126, Nº 1.
- GUILOFF, Matías, 2018: "La expropiación regulatoria: Una doctrina impertinente para controlar la imposición de límites al derecho de propiedad privada en la Constitución chilena", *Revista Ius et Praxis*, volumen 24, Nº 2, pp. 621-648. Disponible en: <http://www.revistaiepraxis.cl/index.php/iepraxis/article/view/1161/576>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- HOCHMAN, Harold, 1974: "Rule Change and Transitional Equity", en Harold Hochman y David G. Peterson (Editores), *Redistribution through public choice*, New York: Columbia University Press, pp. 136-161.
- HUBER, Bruce, 2011: "Transition Policy in Environmental Law", *Harvard Environmental Law Review*, 35, Nº 1.
- KAHNEMAN, Daniel y TVERSKY, Amos, 1984: "Choices, Values, and Frames", *American Psychologist*, volumen 39, Nº 4.
- KAPLOW, Louis, 1986: "An Economic analysis of legal transitions", *Harvard Law Review*, volumen 99, Nº 3.
- KAPLOW, Louis, 2003: "Transition Policy: A Conceptual Framework", *Journey of Contemporary Legal Issues*, volumen 3, Nº 1.

- LEVINSON, Darryl, 2002: "Framing Transactions in Constitutional Law", *Yale Law Journal*, volumen 111, N° 6, pp. 1311-1390. Disponible en: <https://digitalcommons.law.yale.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=4586&context=yjl>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- LEVMORE, Saul, 1999: "Changes, anticipations, reparations", *Columbia Law Review*, volumen 99, N° 7.
- LOGUE, Kyle, 1996: "Tax Transitions, Opportunistic Retroactivity, and the Benefits of Government Precommitment", *Michigan Law Review*, volumen 94, N° 6.
- MICHELMAN, Frank, 1967: "Property, Utility and Fairness: Comments on the Ethical Foundations of Just Compensation Law", *Harvard Law Review*, volumen 80, N° 6.
- MONTT, Santiago, 2009: *State Liability in Investment Treaty Arbitration*, Portland, Estados Unidos: Hart Publishing.
- NASH, Jonathan, 2006: "Framing Effects and Regulatory Choice", *Notre Dame Law Review*, volumen 82, N° 1, pp. 314-372. Disponible en: <https://scholarship.law.nd.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1288&context=ndlr&httpsredir=1&referer=>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- NASH, Jonathan y REVESZ, Richard, 2007: "Grandfathering and Environmental Regulation: The Law and Economics of New Source Review", *Northwestern University Law Review*, volumen 101, N° 4.
- NASH, Jonathan, 2009: "Allocation and Uncertainty: Strategic Responses to Environmental Grandfathering", *Ecology Law Quarterly*, volumen 36, N° 4, pp. 809-850. Disponible en: <https://lawcat.berkeley.edu/record/1122392>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- NONET, Philippe y SELZNICK, Phillip, 2008: *Law & Society in Transition. Towards Responsive Law* (4° edición), New Brunswick: Transaction Publishers.
- PONCE DE LEÓN, Viviana, 2015: "La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N° 3, pp. 843-871. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v42n3/art05.pdf>. [Fecha de consulta: 9.9.2021].
- QUINN, John y TREBILCOCK, Michael, 1982: "Compensation, Transition Costs, and Regulatory Change", *The University of Toronto Law Journal*, volumen 32, N° 2.
- REVESZ, Richard y WESTFAHL KONG, Allison, 2011: "Regulatory Change and Optimal Transition Relief", *Northwestern University Law Review*, volumen 105, N° 4, 1582-1634. Disponible en: <https://scholarlycommons.law.northwestern.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1146&context=nulr>. [Fecha de consulta: 7.9.2021].
- ROSE, Carol, 2000: "Property and Expropriation: Themes and variations in American Law", *Utah Law Review*, N° 1.
- ROSE-ACKERMAN, Susan, 1988: "Against Ad Hocery", *Columbia Law Review*, volumen 88.
- SHAVELL, Steven, 2008: "On Optimal Legal Change, Past Behavior, and Grandfathering", *Journal of Legal Studies*, volumen 37, N° 1.
- SHAVIRO, Daniel, 2001: *When the rules change: An Economic and Political Analysis of Transition Relief and Retroactivity*, Chicago: University of Chicago Press.
- SILVA CIMMA, Enrique, 1992: *Derecho administrativo chileno y comparado: Introducción y fuentes*, Santiago: Editorial Jurídica.
- THALER, Richard, 1999: "Mental Accounting Matters", *Journal of Behavioral Decision Making*, volumen 12, N° 3.
- TREBILCOCK, Michael, 2014: *Dealing with Losers: The Political Economy of Policy Transitions*, New York: Oxford University Press.
- WYMAN, Katrina, 2017: "Taxi Regulation in the Age of Uber", *New York University Journal of Legislation and Public Policy*, volumen 2, N° 1.

Normas jurídicas citadas

- DECRETO 458 del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones, publicada el 13 de abril de 1976.
- LEY Nº 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.
- DECRETO Supremo 13 del Ministerio del Medio Ambiente, Establece Norma de Emisión para Centrales termoeléctricas, publicado el 23 de junio de 2011.
- DECRETO Supremo 38 del Ministerio del Medio Ambiente, Aprueba Reglamento para la dicitación de Normas de calidad Ambiental y de Emisión, publicado el 22 de julio de 2013.
- LEY Nº 20.845, De inclusión escolar que regula la admisión de estudiantes, elimina el financiamiento compartido y prohíbe el lucro en establecimientos educacionales que reciben aportes del Estado, publicada el 8 de junio de 2015.
- LEY Nº 20.890, Modifica la Ley Nº 20.882, de presupuestos del sector público del año 2016, publicada el 26 de diciembre de 2015.
- LEY Nº 20.980, Permite la transformación de los Institutos Profesionales y Centros de Formación Técnica en personas jurídicas sin fines de lucro, publicada el 19 de enero de 2017.
- LEY Nº 21.052, Modifica diversos cuerpos legales para facilitar el funcionamiento del sistema escolar, publicada el 28 de diciembre de 2017.
- LEY Nº 21.104, Modifica la Ley Nº 20.845, de inclusión escolar, en cuanto a la entrada en funcionamiento del sistema de admisión único para la región que indica, publicada el 6 de agosto de 2018.
- LEY Nº 21.152, Mejora el ingreso de docentes directivos al sistema de desarrollo profesional docente, modifica diversos cuerpos legales y establece los beneficios que indica, publicada el 25 de abril de 2019.
- PROYECTO de Ley que permite la transformación de los institutos profesionales y centros de formación técnica en personas jurídicas de aquellas regidas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, Boletín Nº 10.261-04.
- PROYECTO de ley que permite la transformación de los institutos profesionales y centros de formación técnica, en corporaciones reguladas por el Título XXXIII del Libro I del Código Civil, Boletín Nº 10.302-04.

La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema

Rodrigo Parra Salamanca*
José Guillermo Alveal Leiva**

RESUMEN

El estándar de cuidado aplicable a la responsabilidad del Estado en las actuaciones de Gendarmería de Chile, en la jurisprudencia de la Corte Suprema, no ha sido objeto de estudio detallado a la fecha. En el presente trabajo se revisará la jurisprudencia del máximo tribunal dictada en esta materia durante los últimos diez años. Para ello se clasificarán las sentencias según el sujeto que ha padecido el daño por el actuar de Gendarmería de Chile. Este análisis será realizado bajo la óptica de una tensión fundamental en la responsabilidad del Estado por falta de servicio: la pugna entre deberes generales y deberes concretos de responsabilidad.

Responsabilidad del Estado; Gendarmería de Chile; Deberes de cuidado

The construction of the standard in the Estate liability of Gendarmería by the jurisprudence of the Supreme Court

ABSTRACT

The standard of duty of care applicable to the State's liability for acts of Gendarmería de Chile (Chilean Prison Service) in the jurisprudence of the Supreme Court has not been subject of study to date. The present investigation reviews the decisions of the Supreme Court issued in this matter during the last ten years. For this purpose, the Supreme Court decisions will be classified in accordance to the party that has been subject to damage due to acts of Gendarmería de Chile. This analysis will consider a fundamental tension in State liability: the contest between general and specific duties of care.

Estate liability; Gendarmería de Chile; Duty of care

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7937-5718> . Correo electrónico: rparra.sa@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3962-7084> . Correo electrónico: jose.alveal@live.com

Los autores agradecen los valiosos comentarios de Alfredo Ferrante y Gustavo Poblete Espíndola al borrador de este trabajo.

Artículo recibido el 29.4.2021 y aceptado para su publicación el 25.8.2021.

I. INTRODUCCIÓN

La responsabilidad del Estado por las actuaciones de Gendarmería de Chile¹, a pesar de ser un tópico de regularidad en los pronunciamientos de la Corte Suprema², no ha sido abordado ni sistematizado en toda su extensión por parte de la doctrina³.

De allí que el objetivo de esta investigación sea el de sistematizar la jurisprudencia acerca de la responsabilidad del Estado por actuaciones de Gendarmería de Chile en el periodo comprendido entre el 2010 y 2020. Debido a la complejidad y extensión de los problemas contenidos en tales fallos, nos detendremos en uno de ellos: la determinación del estándar aplicable a la falta de servicio por las actuaciones de Gendarmería.

Previo a la sistematización, se efectuará una breve exposición del concepto de falta de servicio en la doctrina nacional y de cómo la existencia de deberes concretos o específicos influye de manera directa en la determinación de la responsabilidad estatal. Luego, nos detendremos en la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema, procurando, con un afán metodológico, dividir las sentencias en grupos atendiendo a quién ha padecido el daño. Es importante hacer presente que, especialmente tratándose de los daños sufridos por los reclusos, utilizaremos la distinción entre deberes de custodia y resguardo que ha construido la doctrina para estos efectos⁴.

Hacia el final del trabajo y en las conclusiones, se ofrecerán los lineamientos generales respecto del estándar de cuidado aplicable a cada grupo de casos según la jurisprudencia analizada.

II. LA RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR FALTA DE SERVICIO Y LA INFLUENCIA DE LOS DEBERES GENÉRICOS O CONCRETOS EN SU DETERMINACIÓN

La responsabilidad constituye un principio general del derecho⁵. Así se manifiesta también en las actuaciones lesivas del Estado, que constituye un género comprensivo de varias otras facetas⁶, siendo especialmente atingente para este trabajo la responsabilidad del Estado administrador, cuyo criterio de atribución de responsabilidad descansa esencialmente en la noción de falta de servicio⁷. Esta clase de responsabilidad encuentra sustento normativo especialmente en lo dispuesto en el artículo 38 inciso segundo de la Constitución Política de la República, y en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado. Lo

¹ En adelante “Gendarmería de Chile” o simplemente “Gendarmería”.

² En adelante indistintamente “Corte Suprema”, el “Máximo Tribunal” o simplemente “La Corte”.

³ Entre los pocos trabajos que han analizado en forma sucinta la responsabilidad del Estado por actuaciones de Gendarmería véase BAHAMONDE y MICHELL, 2018, p. 160; e INDA y VALLADARES, 2013.

⁴ POBLETE, 2019, pp. 27-28.

⁵ DUCCI, 2002, pp. 33-38.

⁶ CORRAL, 2011, pp. 298 y ss.

⁷ Para otros criterios de atribución de responsabilidad estatal véase BARROS, 2020, p. 508 y ss.

anterior, sin perjuicio de la legislación especial que rige al órgano respectivo, en este caso Gendarmería, que se analizará más adelante.

En lo que a la falta de servicio se refiere, se ha sostenido que constituye un factor de atribución de responsabilidad estatal⁸, caracterizado porque el servicio no actúa debiendo hacerlo, actúa mal o tardíamente⁹. Compartimos la opinión autorizada que sostiene que la falta de servicio cumpliría una función análoga a la culpa del derecho privado, por cuanto supone una valoración objetiva de la conducta desplegada por la administración con aquella que le era exigible o esperable, valoración que permitiría calificar de defectuosa o no, la conducta desplegada por el respectivo servicio¹⁰. En esta valoración, que si bien es efectuada en abstracto¹¹, debe destacarse el hecho que la configuración de aquello que le resultaba exigible al servicio, va de la mano con determinar el o los deberes aplicables a la administración¹². En la apreciación de tales deberes, es posible observar que aquellos pueden tener una doble naturaleza: normas abstractas, del tipo fines o funciones del servicio; o normas que contienen específicos deberes para el órgano. La existencia de estos dos tipos de deberes genera dos clases de tensiones: una de orden teórico y que trasciende a la responsabilidad estatal, y otra propia de este tipo de responsabilidad.

Primero, y a nivel teórico, el centro de la problemática entre optar por uno u otro mecanismo para determinar el estándar de actuación, reposa en la tensión existente entre la incertidumbre que revisten los deberes genéricos y la infrainclusión de los deberes concretos¹³. Parte importante de la solución para armonizarlos, especialmente los de carácter genérico, es la racionalización de la jurisprudencia que atribuye responsabilidad amparada en aquellos; de allí precisamente la relevancia de esta investigación. Acerca de este último punto, es posible mencionar que el factor de imputación de falta de servicio desde la teoría del derecho es también una invitación a ello, por tratarse de un concepto jurídico indeterminado¹⁴ o cláusula general, que requiere ser colmado de contenido.

Segundo, una aproximación rápida a la responsabilidad estatal debiera hacer primar los deberes específicos por la aplicación del principio de legalidad; lo que, sin embargo, no resulta omnicompreensivo de la jurisprudencia existente. Expone correctamente lo indicado Cordero, quien precisa que la convivencia entre ambos tipos de deberes¹⁵ se vuelve especialmente áspera por dos elementos: el principio de legalidad que establece

⁸ Se discute por parte de la doctrina su carácter subjetivo u objetivo. Para una tesis que aboga por una responsabilidad objetiva u objetivada véase ROMÁN, 2012.

⁹ Confirma lo indicado Cordero, quien precisa que aquella ha sido la recepción conceptual de la falta de servicio en la jurisprudencia de la Corte Suprema. CORDERO, 2017, pp. 74-75.

¹⁰ BARROS, 2020, pp. 501-509.

¹¹ PIZARRO, 2013, pp. 221 y ss.

¹² En tal sentido se ha indicado que la falta de servicio supone acreditar en el caso concreto la falta o infracción del servicio público a sus deberes jurídicos ordinarios. Véase FERRADA, 2020, p. 387.

¹³ Explicando tal punto PAPAYANNIS, 2020, p. 12.

¹⁴ Explicando el punto AGÜERO *et al.*, 2020, p. 176.

¹⁵ CORDERO, 2017, pp. 95-96.

la regla de competencia del órgano y que hace primar en primer término los deberes concretos, y la afectación de derechos de los administrados que puede suponer la actuación administrativa, y que tensiona tal primacía de los deberes concretos¹⁶. No obstante, y como se verá, en la determinación del estándar de actuación aplicable a Gendarmería, son utilizados ambos tipos de deberes por parte de la jurisprudencia.

Toda la discusión reseñada adquiere mayor fuerza en atención a las fuentes de las cuales emana la responsabilidad estatal, las que son altamente genéricas. Junto con ello, se requiere acudir a las reglas específicas que regulan las competencias y el actuar del órgano involucrado. Tratándose del marco normativo por actuaciones de Gendarmería, se produce una interesante conjugación entre normas que contienen deberes altamente genéricos –del orden de finalidades y funciones del servicio– y normas que regulan situaciones específicas, del régimen de funcionamiento de los centros penitenciarios o del actuar funcionario dentro de tales recintos¹⁷.

Así, el Decreto Ley N° 2.859 que fija la Ley Orgánica de Gendarmería¹⁸ establece en su artículo 1 la finalidad de aquel servicio público, indicando que aquel “tiene por finalidad atender, vigilar y contribuir a la reinserción social de las personas que por resolución de autoridades competentes, fueren detenidas o privadas de libertad y cumplir las demás funciones que le señale la ley”. Misma idea es contenida en el artículo 1 del Decreto 557, de 20 de diciembre de 2011, que contiene el Reglamento Orgánico de Gendarmería. Por su parte, el artículo 3 la LOC Gendarmería concretiza los fines específicos de aquella. Como se expondrá al analizar la jurisprudencia, estas reglas constituyen una pieza fundamental en donde la judicatura ha construido un estándar exigible a Gendarmería, que adelantamos, reconstruyen en mayor parte a partir de normas generales.

Por su parte, el Decreto 518 del 21 de agosto de 1998 contiene el Reglamento de Establecimientos Penitenciarios¹⁹ encargado de regular a los establecimientos carcelarios, y especialmente su régimen. Por último, resulta relevante mencionar el Decreto con Fuerza de Ley N° 1791, de 4 de septiembre de 1980, que contiene el estatuto del personal perteneciente a Gendarmería. Estos instrumentos son los cuerpos normativos que cuentan con deberes concretos aplicables a este servicio público.

Finalmente, teniendo presente la especial vinculación a que hace referencia el artículo 2 del Reglamento²⁰, un aspecto a tener en cuenta para la construcción del estándar son los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, especialmente los referidos a la

¹⁶ CORDERO, 2020, p. 140.

¹⁷ Precisa POBLETE que los enunciados de responsabilidad aplicables a Gendarmería serían siempre de carácter prospectivo, esto es, permiten avizorar una responsabilidad por la infracción a dichos deberes. Agregamos por nuestra parte que aquello es sin perjuicio del carácter concreto o abstracto del deber. POBLETE, 2019, pp. 25-26.

¹⁸ En adelante “LOC Gendarmería”.

¹⁹ En adelante el “Reglamento”.

²⁰ Explicando correctamente dicha especial vinculación y su relación con los derechos humanos de los reclusos véase POBLETE, 2017, pp. 112-113. En el ámbito del derecho español y denominándolo como una especial relación de sujeción véase NISTAL, 2016, p. 21.

actividad carcelaria; los que aportan con deberes abstractos para imputar responsabilidad estatal. Es importante destacar que, precisamente amparada en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la doctrina distingue entre dos tipos de deberes para con los reclusos: deberes de custodia y de resguardo²¹. Los primeros guardan relación con el deber de velar por el cumplimiento efectivo de la pena, concretizándose en la atención y vigilancia de las personas. Los segundos, dicen relación con el deber de garantizar el ejercicio de los derechos y libertades que no han sido restringidos por la privación de libertad; estando por esta razón, directamente vinculados con el fin de resocialización de los reclusos²². Ambos tipos de deberes serán referidos al revisar las sentencias respecto de los daños sufridos por los reclusos privados de libertad.

En síntesis, la configuración de la responsabilidad del Estado por actuaciones de Gendarmería supone revisar cómo se utilizan estos deberes genéricos y concretos. Precisamente acerca de ello versará la segunda parte de este trabajo.

III. LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE SUPREMA ANTE LA FALTA DE SERVICIO DE GENDARMERÍA

Como se aventuró, la jurisprudencia emanada de la Corte Suprema referida a responsabilidad del Estado por actuaciones de Gendarmería es susceptible de ser dividida de diversas formas, optándose en este trabajo por categorizarla en atención al sujeto que sufre el daño²³. Atendido este criterio, será dividida en: daños sufridos por reclusos que están bajo la custodia de Gendarmería de Chile (1), daños sufridos por terceros que no están bajo su custodia (2) y, finalmente, daños sufridos por funcionarios de Gendarmería (3)²⁴.

1. *Daños sufridos por reclusos que están bajo la custodia de Gendarmería de Chile*

El primer grupo comprende aquellos sujetos que se encuentran en la especial vinculación que indica el artículo 2 del Reglamento, siendo el conjunto de casos que agrupan el mayor número de pronunciamientos por parte de la Corte Suprema. Atendida esta “especial sujeción”, en este grupo de casos resulta aplicable la distinción entre deberes de custodia y de resguardo ya referida.

Este primer conjunto de sentencias admite subclasificarse en dos tipos de casos: daños a reclusos por riñas, incendios o por las condiciones carcelarias (a), y casos originados por prestaciones de salud defectuosas (b). Como se podrá apreciar más adelante, la distinción no es odiosa, ya que en la construcción del estándar del primer subgrupo

²¹ POBLETE, 2019, pp. 27-28.

²² POBLETE, 2019, pp. 27-28.

²³ Esta categorización presupone la existencia de todos los restantes elementos de la responsabilidad del Estado.

²⁴ Una similar categorización, aunque mezclando diversos sujetos dañados con diversas hipótesis de hechos causantes de la responsabilidad, puede verse en NISTAL, 2016.

la Corte utiliza solo normas que contienen deberes generales de actuación, a diferencia de los casos de prestaciones sanitarias defectuosas, donde existe una conjugación de deberes generales y concretos.

- a) Riñas, incendios y condiciones carcelarias. La construcción del estándar de responsabilidad en virtud de normas con deberes generales

La discusión pertinente a la forma de conjugar deberes generales y concretos ha sido explícitamente abordada en este primer grupo de casos, existiendo varias sentencias que se pronuncian al respecto, señalando que el hecho de existir un Reglamento que contiene deberes concretos, no impide que el juzgador pueda configurar la responsabilidad del Estado ante la infracción de normas que contengan principios y/o objetivos de la administración carcelaria. Por otro parte, y a pesar de la utilización ambivalente de los conceptos, este primer subgrupo es el ámbito propio del deber de custodia. Es decir, deberes de Gendarmería relacionados con el mantenimiento de la convivencia pacífica y ordenada de reclusos, así como del mantenimiento óptimo de la infraestructura carcelaria.

Clarificador de la conjugación entre deberes concretos y abstractos resulta lo fallado en *Rebolledo con Fisco*²⁵, donde la discusión versó acerca de la responsabilidad de Gendarmería ante el fallecimiento de un interno en una riña. En el voto en contra de la ministra Rosa Egnem y del abogado integrante Carlos Pizarro, se expresó que:

“la responsabilidad por falta de servicio puede desencadenarse por una infracción específica, pero también por una discordancia entre el comportamiento de la administración y aquella conducta que le era exigible en atención a las circunstancias del caso. En otros términos, la falta de servicio puede estar tipificada o no, y en el segundo caso corresponde a la judicatura determinar cuál es el modelo de conducta que le resulta exigible, en este caso a Gendarmería”²⁶.

Mismo razonamiento es posible encontrar en otro caso de riña. Así, en *Gallardo con Fisco*²⁷, nuevamente un voto en contra de la ministra Egnem clarificó que la responsa-

²⁵ Corte Suprema, 30.09.2015, rol 32.188-2014. Las disidencias de los ministros estuvieron por acoger el recurso de casación en la forma, y dictar sentencia de reemplazo acogiendo la pretensión.

²⁶ Corte Suprema, 30.09.2015, rol 32.188-2014.

²⁷ Corte Suprema, 11.12.2017, rol 4.746-2017. En dicho fallo expresó también la disidencia que “de aceptarse la necesidad de que la falta de servicio deba justificarse en una infracción definida a un deber de seguridad tipificado en normas legales o reglamentarias, deviene una diferencia odiosa entre la responsabilidad civil de las personas jurídicas de derecho privado y aquellas del ámbito público, ya que las primeras no solo quedan sometidas a la responsabilidad por contravención de singulares deberes de conductas, sino que también por lesión al principio que si se causa un daño a otro con culpa o dolo se contrae la obligación de reparación, mientras que los servicios públicos solo responderían en el evento de atropellos tipificados, limitándose su responsabilidad a la culpa infraccional”.

bilidad del Estado puede prescindir de imputaciones basadas en infracciones normativas concretas, racionio que se ha repetido en fallos recientes²⁸.

Como se observa, fue en los casos de riñas donde emergió explícitamente la discusión acerca de la construcción del estándar. Pese a ello, a excepción de uno, en todos estos casos la pretensión indemnizatoria fue rechazada, inclinándose la Corte en sostener que, del análisis de la actuación concreta de Gendarmería en contraposición al estándar de cuidado exigido, se concluye que se cumplió con lo exigible según los recursos disponibles de la institución.

Lo anterior es patente en el caso caratulado Olmedo y otros con Fisco²⁹, donde se recurrió al concepto de servicio público normal, para construir el estándar aplicable y juzgar con ello la concreta imputación. Rechazando el recurso de casación en el fondo, la Corte Suprema resolvió que Gendarmería habría echado mano de:

“todos sus recursos materiales y humanos con que contaba, los que puso al servicio, entre otros, del deber de cuidado que le asiste respecto de los internos puestos a su disposición, de modo que no puede sostenerse razonablemente que debía ir más allá de lo que efectivamente realizó, hasta el punto de evitar absolutamente los hechos que derivaron en la muerte de Olmedo Olmedo, pues ello rebasa largamente las obligaciones que han sido impuestas por el ordenamiento”³⁰.

Agregando que incluso aquello “excede no solo lo que es racional sino que, incluso, financieramente posible para un Estado en cualquier parte del mundo”³¹. Es decir, en tal razonamiento el máximo tribunal ponderó la realidad concreta de Gendarmería, para estimar que no existió vulneración alguna al estándar de cuidado exigible; tesis mayoritaria de la Corte que construyen esencialmente a partir del concepto de servicio público normal.

En contraposición a este razonamiento, se han ido perfilando varios votos en contra desde el 2015 hasta la actualidad, cuestionado el hecho que lo exigible a Gendarmería esté delimitado por sus recursos humanos o económicos. Nuevamente ejemplificador resulta el citado caso Rebolledo y otros con Fisco³², donde se concluye en el voto minoritario que la sola existencia de armas en posesión de los reclusos, en el caso concreto

²⁸ Así en Toledo con Fisco, Corte Suprema, 5.05.2020, rol 23.091-2019; y Tapia con Fisco, Corte Suprema, 13.05.2020, rol 10.368-2019.

²⁹ Corte Suprema, 14.09.2015, rol 6.530-2015.

³⁰ Corte Suprema, 14.09.2015, rol 6.530-2015.

³¹ Corte Suprema, 14.09.2015, rol 6.530-2015. En el mismo sentido Bravo con Fisco, Corte Suprema, 11.08.2015, rol 8.383-2015; Rebolledo y otros con Fisco, Corte Suprema, 30.09.2015, rol 32.118-2014 y Venegas y otros con Fisco, Corte Suprema, 3.10.2016, rol 27.612-2016. Sin embargo, y como se indicó, en este último caso la ministra Egnem y el abogado integrante Pizarro estuvieron por acoger el recurso de casación en el fondo y anular la sentencia de segunda instancia. Interesante también es el caso Cárdenas y otros Fisco que posee igual razonamiento, pero de los ministros Muñoz y Vivanco. Corte Suprema, 30.11.2020, rol 33.831-2019.

³² Corte Suprema, 30.09.2015, rol 32.118-2014.

un listón de madera con un cuchillo amarrado en su extremidad, y que dieron muerte a otro interno, devela un incumplimiento del estándar exigible. En efecto, indican los disidentes que tal institución “en el marco del deber de seguridad, debe evitar la confección y uso de ese tipo de armas, y su mera existencia refleja que no se tomaron las medidas de seguridad suficientes que eviten que los internos puedan causarse daños entre sí”³³. Si se observa, concluyen que la existencia de armas, incluso fabricadas por los propios reclusos, constituye una infracción al deber de custodia que les asiste, el que implícitamente reconstruido, no es otra cosa que la configuración de una falta de servicio a partir de un deber general. Es admisible anotar que, como se expone, en los casos de incendio, el razonamiento es bastante similar, pero contradictoriamente a lo ocurrido en riñas, es usado con el objeto de condenar al Fisco.

Un elemento interesante de análisis es la presencia y el rol de las cámaras de videovigilancia. Ello porque el único fallo de la materia a la fecha en que la Corte ha condenado al Fisco, contrario a los vistos hasta ahora en que las pretensiones indemnizatorias resultaban rechazadas, es el caso Sepúlveda y otros con Fisco³⁴. Tal caso versó sobre una riña producida en uno de los comedores del Centro de Cumplimiento Penitenciario del Biobío donde resultó fallecido un interno, siendo este elemento (las cámaras) lo que determinó que se rechazara el recurso de casación y que en definitiva se confirmase la sentencia condenatoria. En efecto, indicó la Corte Suprema que la falta de servicio se manifestó en que Gendarmería “en lugar de cumplir sus deberes, decidió excluir esa zona de su vigilancia, con lo que introdujo una indebida limitación al cumplimiento de la obligación de seguridad en comento”³⁵. De allí, que si existe un sistema de videovigilancia, constituye falta de servicio que aquel no haya cubierto la zona donde ocurrió la riña, en condiciones que los demás sectores potencialmente peligrosos sí contaban con ellas. Aun así, dicha construcción no ha resultado constante, ya que en Toledo y otros con Fisco³⁶ se desestimó que la ausencia de un sistema de videovigilancia constituyera falta de servicio, estando limitada tal exigencia solo para reclusos de alto compromiso delictual; provocando incertidumbre respecto del rol de las cámaras de videovigilancia en la forma en que se configura la falta de servicio.

³³ Corte Suprema, 30.09.2015, rol 32.118-2014. Utilizando el mismo razonamiento, pero también solo en votos minoritarios, principalmente de la ministra Egnem, puede verse Venegas y otros con Fisco, Corte Suprema, 3.10.2016, rol 27.612-2016 (voto en contra de la ministra Egnem y el abogado integrante Rodríguez); Gallardo con Fisco, Corte Suprema, 11.12.2017, rol 4.746-2017 (voto en contra de la ministra Egnem); Tapia con Fisco, Corte Suprema, 13.05.2020, rol 10.368-2019 (voto en contra del ministro Muñoz) y Cárdenas y otros Fisco, Corte Suprema, 30.11.2020, rol 33.831-2019 (voto en contra del ministro Muñoz y ministra Vivanco).

³⁴ Corte Suprema, 25.02.2019, rol 55-2018.

³⁵ Corte Suprema, 25.02.2019, rol 55-2018. No obstante, es importante indicar que en dicho fallo la ministra Vivanco en su disidencia expresó que “la inexistencia de un sistema de cámaras de vigilancia o circuito cerrado de televisión en un recinto penitenciario determinado, donde tan solo dos años más tarde tal mecanismo fue instalado, lleva a esta disidente a concluir que, al momento de los hechos, existía una necesidad insatisfecha directamente relacionada con el deber de seguridad”.

³⁶ Corte Suprema, 5.05.2020, rol 23.091-2019.

Por último, se señala que en los casos de riña la jurisprudencia mayoritaria, limitando los contornos de aquello exigible al Fisco, ha precisado en forma reiterada que el hecho del tercero excluye la responsabilidad de Gendarmería³⁷. La única excepción lo constituye el ya mencionado caso Gallardo con Fisco³⁸, donde el voto en contra de la ministra Egnem precisó que no concurrían los requisitos del hecho del tercero como elemento que interrumpe el nexo causal, toda vez que el tercero no era extraño a Gendarmería (se trataba de otro interno de la misma cárcel) y el hecho no era imprevisible ya que “de haberse adoptado las providencias de seguridad que eran exigibles, no habría sido posible a ese tercero conservar el arma blanca con la que dio muerte a la víctima directa, o, a lo menos, se hubiera brindado a la víctima la chance, o la posibilidad de mantener a resguardo su vida”³⁹.

Respecto de los casos de incendio, solo existe un pronunciamiento en el período analizado. Tal corresponde a un incendio ocurrido en el Centro de Cumplimiento Penitenciario de Valparaíso en el 2004 en una celda de aislamiento, y que terminó con la muerte de un recluso. De forma similar a los casos de riñas, la sentencia condenatoria construyó la falta de servicio solo en virtud de deberes generales que debía satisfacer Gendarmería. En efecto, la sentencia cita los ya mencionados artículos 1 y 3 de la LOC Gendarmería, así como los artículos 1 y 6 del Reglamento, y termina concluyendo en Cuneo y otros con Fisco⁴⁰ que: “el reproche efectuado a Gendarmería de Chile, que dice relación con permitir que se ingresen al interior de un recinto –que debe ser por su naturaleza altamente vigilado– elementos con los que se inicia el fuego, configura claramente la falta de servicio que da origen a la responsabilidad del Estado”⁴¹. Tal como se adelantó, en contraposición a los casos de riñas y salvo la excepción anotada, en esta sentencia la Corte Suprema utiliza como argumento para condenar el hecho que la mera existencia de objetos prohibidos en las celdas o en el recinto penal constituye una infracción al deber de custodia de Gendarmería, y por esta razón, debe ser calificado como falta de servicio.

³⁷ Ejemplificador es el caso Oyarzo con Fisco, donde se falló que “solo como consecuencia de la ejecución de la acción ilícita de parte de Humberto Oliva Aros se produjeron las lesiones que ocasionaron la muerte de Anselmo Oyarzo Tornel, sin que a este respecto se haya establecido la intervención en el curso causal de alguna conducta reprochable de Gendarmería de Chile”. Corte Suprema, 18.05.2012, rol 11.914-2011. Solo a modo de ejemplo, en el mismo sentido Corte Suprema, 6.10.2014, rol 23.877-2014; Corte Suprema, 11.12.2017, rol 4.746-2017 y Corte Suprema, 25.03.2019, rol 31.776-2018.

³⁸ Corte Suprema, 11.12.2017, rol 4.746-2017.

³⁹ Corte Suprema, 11.12.2017, rol 4.746-2017. Resulta interesante también el voto en contra de la ministra Egnem, porque deja entrever que el hecho de no haber sido identificado el agresor en el caso *sub lite*, da cuenta también del incumplimiento de un estándar de cuidado exigible a Gendarmería de Chile.

⁴⁰ Corte Suprema, 9.08.2012, rol 574-2010.

⁴¹ Corte Suprema, 9.08.2012, rol 574-2010. Sin perjuicio de no ser una sentencia emitida por la Corte Suprema, el 7° Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-8.082-2011, del 14.11.2020, también acogió una demanda por falta de servicio ante el incendio ocurrido el 8 de diciembre de 2010 en el Centro de Detención Preventiva de San Miguel.

Finalmente, respecto de las condiciones carcelarias podemos citar a Del Solar y otros con Fisco⁴², caso que versó acerca del fallecimiento de un interno por contagio de virus Hanta. En la construcción del estándar, la Corte Suprema estimó infringidos dos deberes de Gendarmería: velar por el estado de los recintos penitenciarios, y el deber de vigilar y velar por la integridad de las personas privadas de libertad. Nuevamente, la Corte concretiza la falta de servicio, valiéndose de la infracción de deberes generales exigibles a Gendarmería relacionados con el deber de custodia.

En síntesis, la construcción del estándar de cuidado por la Corte Suprema en casos de riñas, incendios y por el mal estado de los recintos carcelarios, se realiza bajo el amparo de deberes generales, en los que destacan esencialmente el deber custodia, denominado también como deber seguridad por parte de la jurisprudencia; con las decisiones contradictorias ya apuntadas en los casos de riñas e incendios.

b) Prestaciones sanitarias defectuosas. Una mixtura entre aplicación de deberes generales y concretos

El Reglamento, además de consagrar que la administración penitenciaria debe velar por la “integridad y salud de los internos”⁴³, contiene un apartado especialmente referido a la “atención médica de los internos”⁴⁴. En dicha sección se regula la existencia de unidades médicas en los centros penitenciarios y las causales, forma de autorización y extensión temporal en que se puede y debe llevar a cabo la internación de los penados en centros de salud externos. Es decir, tal cuerpo normativo contempla una regulación concreta de las prestaciones médicas que deben recibir los internos, siendo a la vez una manifestación clara de los denominados deberes de resguardo orientados a propiciar un trato digno dentro de los recintos penitenciarios⁴⁵.

En la jurisprudencia analizada es posible encontrar tres fallos, todos con sentencia condenatoria al Fisco, y que versan acerca de responsabilidad derivada de negligentes prestaciones de salud a los reclusos⁴⁶. En dos de ellos, la construcción del estándar exigible a Gendarmería se realizó solo en virtud de las normas generales ya referidas, y en el tercero, la atribución de responsabilidad se cimentó por medio de las normas contenidas

⁴² Corte Suprema, 13.05.2013, rol 9.369-2011. Cabe indicar que, a pesar de exceder los contornos de esta investigación, existe otro fallo sobre un contagio de virus Hanta, aunque en un recinto concesionado. Tal caso, y luego que el tribunal de primera instancia acogiera la demanda condenando a la Sociedad Concesionaria y al Fisco, siendo confirmado aquel fallo por la Corte de Apelaciones de Concepción solo en lo relativo a la condena a la Sociedad Concesionaria, finalmente terminó por conciliación ante la Corte Suprema. La sentencia de segunda instancia corresponde a Corte de Apelaciones de Concepción, 1.12.2016, rol 526-2016.

⁴³ Artículo 6 del Reglamento.

⁴⁴ Artículos 34 y ss. del Reglamento.

⁴⁵ POBLETE, 2019, p. 28.

⁴⁶ Respecto de prestaciones sanitarias defectuosas en contextos de cárceles concesionadas, existe un caso fallado por la Corte Suprema, donde finalmente se rechazó la demanda interpuesta contra la Sociedad Concesionaria y el Fisco. Véase Velásquez con Sociedad Concesionaria de Infraestructura Penitenciaria y otro, Corte Suprema, 21.08.2018, causa rol 40.020-2017.

en el Reglamento pertinente a prestaciones de salud a los reclusos. Además, en dos de los tres casos comentados se construyó la atribución de responsabilidad basándose, en parte, en la ausencia o ilegibilidad de los registros médicos por parte de Gendarmería.

Así, en Herrera y otros con Fisco⁴⁷ se atribuyó responsabilidad al Estado por el retraso injustificado en las prestaciones médicas recibidas por parte de un interno. El caso versa de un recluso que en enero de 2001 fue diagnosticado con un tumor en su pierna izquierda por parte del mismo centro médico del penal. En atención a que se debía extirpar quirúrgicamente el tumor, fue derivado hacia un centro de salud externo. Sin embargo, la derivación ocurrió cuatro meses después, esto es en mayo, realizándose los exámenes en octubre y siendo entregados por parte de Gendarmería al médico tratante en enero de 2002. Ante la demora en la gestión de la biopsia por parte del centro penal, finalmente el tumor derivó en la necesidad de amputar la pierna izquierda del recluso, amputación que tuvo lugar recién en abril de 2003. Finalmente, y luego de recibida la causa a prueba, se produjo el fallecimiento del demandante en atención a la metástasis derivada de aquel tumor.

Para la Corte Suprema tales hechos dan cuenta de la existencia de falta de servicio, originada en la obligación de velar por la integridad física de los internos, y que se concretiza en la necesidad de actuar con la debida prontitud en las prestaciones sanitarias. De no producirse, y como se manifestó en forma evidente en el caso narrado, existe falta de servicio, infringiéndose en forma patente el deber de resguardo. Recalca además la sentencia que lo indicado no depende del “mayor o menor presupuesto con que cuenta la institución, sino únicamente con una conducta negligente por parte de sus funcionarios y alejada de las obligaciones legales y reglamentarias que le asisten”⁴⁸.

Recientemente en Rojas con Fisco⁴⁹ la Corte acudió a deberes concretos contenidos en el Reglamento para construir el estándar infringido. En dicho caso la demanda se originó a causa que un interno fue derivado al Hospital Penitenciario por las fracturas expuestas que tenía en sus piernas al momento de su detención y formalización. Una vez otorgada el alta médica, fue recluido en cumplimiento de la medida cautelar de prisión preventiva además de prescribirse la realización de curaciones diarias en sus heridas. Sin embargo, aproximadamente 20 días después, debió ser trasladado de urgencia a un hospital externo, constatándose el mal estado de dichas heridas. Tras ello, y siendo incurables las lesiones de una pierna, se procedió a la amputación de parte de ella.

Para imputar responsabilidad, la Corte Suprema, luego de citar las normas de la LOC Gendarmería y del Reglamento que regulan lineamientos generales, analiza con detenimiento las normas contenidas en el ya mencionado párrafo 2º del Título Tercero del Reglamento, el que regula las atenciones médicas que deben recibir los reclusos. Basado en ello, concluye el tribunal que el estándar de conducta exigible a Gendarmería, conforme se desprende de la *lex artis* médica “consistía en que este debía recibir curaciones

⁴⁷ Corte Suprema, 28.12.2012, rol 2.618-2012.

⁴⁸ Corte Suprema, 28.12.2012, rol 2.618-2012.

⁴⁹ Corte Suprema, 2.03.2020, rol 15.067-2019.

diarias a sus heridas, atendida la naturaleza y magnitud de las mismas, más aún si se tiene presente el medio en el cual se encontraba habitando”⁵⁰. De gran relevancia en este tipo de casos es el hecho que el máximo tribunal para imputar responsabilidad, evidencia la obligación de Gendarmería de contar con los registros médicos que permitieran dar cuenta del cumplimiento de las curaciones que debía recibir el interno. Al constatar la ausencia de tales registros, la ilegibilidad o su falta de correlación, el tribunal invirtió la carga de la prueba, y presumió que, al no existir tales registros, las curaciones no se realizaron en la forma prescrita⁵¹. Es decir, construyó otro estándar aplicable a Gendarmería: contar con registros legibles, completos y correlativos de las prestaciones médicas; manifestación concreta de la obligación de Gendarmería de entregar un trato digno a los reclusos según el deber de resguardo.

Finalmente, en *García y otros con Fisco*⁵², fallo reciente al igual que el anterior, la Corte construye el estándar usando normas generales. En el caso, una mujer ingresó a cumplir la medida cautelar de prisión preventiva en el Centro de Orientación Femenina de San Joaquín, con un embarazo de alto riesgo debido a su condición de diabética y también por el alto percentil de peso que registraba su bebé. Una vez ingresada al centro penitenciario, fue destinada a un lugar especialmente habilitado para mujeres embarazadas. Sin embargo, Gendarmería no le suministró debidamente las dosis de insulina que requería, ni tampoco se le otorgó una alimentación adecuada a su estado de salud. Sumado a lo anterior, y a causa de la medida cautelar decretada, la demandante no pudo asistir a un parto por cesárea que tenía programado. Tras insistir reiteradamente, con casi 35 semanas de embarazo, fue derivada a un hospital externo, siendo programado otro procedimiento por cesárea. Sin embargo, el día anterior a ello, fuertes dolores lumbares la aquejaron y derivaron en definitiva que al día siguiente en que estaba programada la intervención, se constatará la muerte en el útero de su hijo, en atención al exceso del tamaño del feto⁵³; habiendo transcurrido más de dos meses desde su efectiva internación en el centro penitenciario.

En este caso, además de la construcción de la falta de servicio en virtud de normas generales, la Corte Suprema reitera la obligación de Gendarmería de contar con registros de las prestaciones médicas. En esa dirección, nuevamente se altera el *onus probandi*,

⁵⁰ Corte Suprema, 2.03.2020, rol 15.067-2019.

⁵¹ En tal sentido indicó la Corte Suprema lo siguiente: “Si bien la falta de servicio corresponde acreditarla al demandante, la ausencia de fichas clínicas o la deficiencia de las mismas, alteran la carga de la prueba, pudiendo presumirse válidamente que al no consignarse la realización de las curaciones prescritas, ellas no fueron realizadas o al menos no lo fueron con la periodicidad indicada”, Corte Suprema, 2.03.2020, rol 15.067-2019.

⁵² Corte Suprema, 19.06.2020, rol 384-2019.

⁵³ Un elemento relevante, pero que excede los contornos de este estudio, es la discusión respecto del vínculo de causalidad entre el actuar de Gendarmería y el fallecimiento del feto. De hecho, este es un punto abordado directamente por la sentencia, indicando que la irregularidad en las prestaciones médicas por parte de Gendarmería, si bien no constituyen la causa precisa de la muerte intrauterina del hijo de la demandante, no “puede sino ser calificada como un factor determinante del resultado dañoso, pues redundan en que el niño no nació vivo”, Corte Suprema, 19.06.2020, rol 384-2019.

indicando que recaía sobre Gendarmería la prueba que había suministrado las dosis de insulina y el régimen alimenticio que resultaba necesario⁵⁴. Novedoso también de la sentencia en comento, y de gran relevancia, es el hecho que extiende los deberes de Gendarmería “al niño que está por nacer y que se desarrolla en el vientre de la mujer privada de libertad”⁵⁵. Además, el caso presenta una disidencia de la ministra Sandoval, quien estuvo por rechazar el recurso interpuesto, y por tanto, confirmar la sentencia que había rechazado la pretensión indemnizatoria. Para fundamentar su posición, la ministra acude a la carencias materiales y humanas en que se desarrolla la actividad penitenciaria en nuestro país, para concluir que, dentro de ello, Gendarmería de Chile sí habría cumplido con el estándar de conducta exigible⁵⁶, razonamiento muy similar al que predomina en las sentencias de riñas.

Podemos concluir respecto de los casos de prestaciones médicas defectuosas que el estándar se construye en una mixtura entre la infracción tanto de deberes generales y de disposiciones normativas con deberes concretos contenidos esencialmente en el Reglamento. En cuanto a la falta de servicio y los deberes generales, se concluye que el deber de protección a la integridad física se extiende al niño que está por nacer, que las prestaciones médicas deben realizarse en tiempo oportuno, y que Gendarmería tiene la obligación de llevar un registro legible y detallado de las prestaciones médicas realizadas; cuya ausencia altera el *onus probandi* en perjuicio del Fisco. Como se aprecia, todos aquellos estándares son ejemplos relevantes acerca de la amplitud del deber de resguardo que recae sobre Gendarmería.

2. *Daños sufridos por terceros que no se encuentran bajo custodia de Gendarmería de Chile*

La segunda categoría de sentencias analizadas, con un número de fallos menor al grupo anterior, dan cuenta de los daños sufridos por terceros que no se encuentran bajo custodia de Gendarmería, pero que el origen del daño puede atribuirse a una actuación de los propios funcionarios, o bien, a los reclusos que se encontraban bajo su cuidado. Es decir, ya no estamos bajo la órbita de la distinción entre deberes de custodia y resguardo, sino que del deber general de no dañar a terceros.

En Rivera y otros con Fisco⁵⁷, referido a los daños que ocasionó un interno a una mujer mediante la comisión de un delito de violación mientras hacía uso de su permiso

⁵⁴ En tal dirección indica la Corte Suprema lo siguiente: “El historial de enfermería de la actora, correspondiente a los dos últimos meses de un embarazo de alto riesgo, de una paciente insulino-dependiente, se expresa en no más de dos planas de anotaciones, el descuido queda a la vista”, Corte Suprema, 19.06.2020, rol 384-2019.

⁵⁵ Corte Suprema, 19.06.2020, rol 384-2019.

⁵⁶ En lo medular expresa lo siguiente: “es un hecho insoslayable, que las Unidades Penales del país están dotadas únicamente de enfermerías, en que la atención médica es ocasional y/o escasa, que debe acudir a los Hospitales del sector con las dificultades del traslado que ello significa por las condiciones materiales y humanas en que se desarrolla la vida penitenciaria, con las carencias de todos conocidas”, Corte Suprema, 19.06.2020, rol 384-2019 (voto en contra de la Ministra Sandoval).

⁵⁷ Corte Suprema, 31.05.2016, rol 18.300-2016.

dominical⁵⁸, la Corte Suprema, rechazando la casación en el fondo, declaró que en el otorgamiento del permiso dominical al recluso se había dado cumplimiento a todas las exigencias legales y reglamentarias por parte de Gendarmería, de manera que “el accionar de la Administración fue diligente, adecuado y procedente en relación con las valoraciones efectuadas al recluso con antelación”⁵⁹. Es decir, se razonó sobre la base del cumplimiento de lo exigido en los artículos 96 y ss. del Reglamento, y en especial el artículo 103 relativo a la salida dominical, siendo a su juicio el actuar de Gendarmería ajustado a derecho.

Otro caso relevante se produjo en la cárcel de Chillán respecto de los daños a las viviendas aledañas al recinto penitenciario luego de fugarse del penal los reclusos a causa del terremoto ocurrido el 27 de febrero de 2010. Nuevamente la Corte Suprema acudió a un deber de actuación concreto contenido en la regulación de la actividad carcelaria para fundar la imputación. En efecto, en Quijada y otros con Fisco⁶⁰ se falló que constituye una obligación de Gendarmería, según el artículo 6 Nº 14 de la LOC Gendarmería, “administrar los bienes y recursos de la institución, velando por su buen uso y su conservación, de acuerdo a las normas legales que rigen la materia”⁶¹. De esta manera, la Corte razonó que si el derrumbe de un muro medianero fue por su mal estado, permitiendo la fuga de los internos, quienes incendiaron y destruyeron casas aledañas al recinto penal, existe responsabilidad del Estado por parte de Gendarmería. Valga nuevamente la prevención que a pesar de tratarse del deber de custodia para con los internos, el caso versaba sobre daños sufridos por terceros.

Por su parte, en el caso Fuentealba con Fisco⁶² se intentó atribuir responsabilidad del Estado por los daños generados por un recluso mientras se encontraba sujeto a la medida cautelar de arresto domiciliario total. Rechazando la imputación, y aludiendo al artículo 24 de la Ley Nº 18.216, falló la Corte Suprema que, ante el quebrantamiento de una medida cautelar, solo resultaba exigible a Gendarmería el dar aviso de ello ante el Juzgado de Garantía. De esta manera “no es deber de Gendarmería impedir al autor de los daños conducir el automóvil que los causó, puesto que, como se dijo, lo exigido a la institución es que, en caso de constatar un quebrantamiento de pena o medida cautelar, debe informar ese hecho al juzgado de garantía competente para que sea este el que decida acerca de las medidas a adoptar”⁶³.

⁵⁸ La discusión sobre la responsabilidad del Estado ante daños sufridos por terceros ocasionados por actuaciones de reclusos que gozaban de algún beneficio penitenciario ha adquirido notoria relevancia en el último tiempo, dando lugar incluso a una acusación constitucional contra una ministra de la Corte de Apelaciones de Valparaíso.

⁵⁹ Corte Suprema, 31.05.2016, rol 18.300-2016.

⁶⁰ Corte Suprema, 5.09.2017, rol 76.461-2016. En el mismo sentido, y también referida a la fuga de internos de la cárcel de Chillán a raíz del terremoto del 2010, véase Tapia con Fisco, Corte Suprema, 21.11.2017, rol 76.472-2016.

⁶¹ Corte Suprema, 5.09.2017, rol 76.461-2016.

⁶² Corte Suprema, 18.03.2020, rol 29.886-2019.

⁶³ Corte Suprema, 18.03.2020, rol 29.886-2019.

Finalmente, resta referirse al único caso donde la imputación de responsabilidad a Gendarmería en razón de daños sufridos por terceros ante actuaciones de los propios internos se analizó en términos de deberes generales y abstractos. En Corral y otros con Fisco⁶⁴, ante los daños ocasionados por la fuga de un grupo de reclusos desde un Juzgado de Garantía y que ocasionó daños en el inmueble donde se parapetaron, se estimó que el deber de custodia de Gendarmería para con los reos, se extiende también a que la institución debe procurar evitar que aquellos ocasionen daños a terceros. Es decir, el máximo tribunal amplió el ámbito de acción del deber de custodia, propio de la especial vinculación con los reclusos, a los daños sufridos por terceros. No obstante, finalmente la Corte Suprema acogió el recurso de casación en la forma y dictó sentencia de reemplazo, rechazando la demanda, toda vez que la fuga de los internos se “verificó por el inusitado arrojamiento y violencia empleada por los evadidos en contra del personal de Gendarmería, cuyos funcionarios fueron reducidos a golpes y bajo amenaza de perder su vida”⁶⁵. De esta manera, y como expresa la prevención del abogado integrante Jean Pierre Matus, “la falta de servicio imputada a Gendarmería de Chile sería que sus funcionarios no emplearon violencia más que inusual para repeler el ataque de los fugados, al punto de dar su vida en ello”⁶⁶, lo que no resultaba exigible; razonamiento que descansa en la ya aludida noción de servicio público normal.

De este grupo de casos, existe solo un fallo donde se condenó al Fisco. En Consalud con Gendarmería de Chile⁶⁷, un joven fue víctima de un disparo al aire efectuado por un funcionario que se desplazaba en un vehículo institucional, que efectuó tras ser abordado por sujetos que se manifestaban en la vía pública. Especial interés reviste este caso, ya que la Corte Suprema hizo referencia explícita y condenó valiéndose del deber generalísimo que le asistiría a Gendarmería de actuar en condiciones de no generar daño a terceros, concretizado en haberse hecho uso del arma de servicio por parte del funcionario con impericia e imprudencia. De esta manera calificó tal actuación como una falta personal que, con ocasión del servicio, compromete también la responsabilidad de Gendarmería; acogiendo la casación en la forma, dictando sentencia de reemplazo y en definitiva, acogiendo la pretensión indemnizatoria.

En síntesis, respecto de los daños causados a terceros existe un predominio en fundar la falta de servicio usando deberes concretos establecidos por el legislador, sin perjuicio

⁶⁴ Corte Suprema, 26.01.2016, rol 3.442-2015.

⁶⁵ Corte Suprema, 26.01.2016, rol 3.442-2015.

⁶⁶ Corte Suprema, 26.01.2016, rol 3.442-2015.

⁶⁷ Corte Suprema, 25.06.2018, rol 35.228-2017. Es importante destacar que en cuanto al uso del arma la sentencia indicó lo siguiente: “normativamente se ha reglado el uso del arma, debiendo siempre hacerlo de forma racional, adecuada y ponderada, considerando las circunstancias de tiempo y lugar, como, según se indicó, examinando la posibilidad que se pueda ocasionar daños y sufrimientos innecesarios a otras personas, las que debe evitar, permiten establecer que el funcionario estatal procedió con impericia, al no estar capacitado; imprudencia, al no examinar con detención las consecuencias de su actuar en el centro de la ciudad, entre edificios de carácter residencial y a una hora de plena actividad; sin observar la reglamentación pertinente, y no pudiendo menos que advertir las posibles consecuencias perjudiciales y dañinas respecto de terceros de un actuar que no fuera prudente, racional, ponderado y adecuado que le era exigible”.

de existir también referencias al deber generalísimo de no provocar daños a terceros. Esto se aprecia respecto de la revisión de salidas dominicales, la mantención de la infraestructura de los recintos, y en la vigilancia del cumplimiento de medidas cautelares. De especial interés es el fallo en que la Corte, a modo de *obiter dictum*, amplía el deber de custodia propio de la relación pública carcelaria a los daños sufridos por terceros.

3. *Daños sufridos por funcionarios de Gendarmería de Chile*

El ámbito propio de este grupo final de casos, son los deberes de la administración para con sus propios funcionarios y el respeto a los principios de la potestad disciplinaria. Es decir, son casos donde las víctimas del daño lo constituyen los funcionarios de Gendarmería, sea por acciones llevadas a cabo por otros funcionarios o por la propia institución.

Respecto de lo primero, la jurisprudencia ha atribuido responsabilidad al Estado siempre que un gendarme ha sido herido mediante un arma de fuego percutada por otro, estimando que existe la infracción a un deber genérico de velar por la seguridad interior de los funcionarios. Así aparece claramente en Jiménez y otros con Fisco⁶⁸ y en Chamorro y otros con Fisco⁶⁹, ambos casos del 2011 y que revelan una manipulación imprudente por funcionarios de sus armas de servicio. Tales acciones, estima la Corte, constituyen faltas personales, pero vinculadas al servicio; símil razonamiento contenido en el caso del disparo al aire de un funcionario de Gendarmería.

En segundo lugar, existen casos en que se le atribuye responsabilidad directamente al actuar de la institución tras el ejercicio ilícito de la potestad disciplinaria. En Ojeda con Fisco⁷⁰ se buscó imputar responsabilidad a Gendarmería, a raíz de la tramitación de un sumario injustificado por la desviación de recursos públicos, en contra de una persona distinta a quien había cometido el hecho ilícito. Así, la Corte determinó la infracción al estándar general de Gendarmería consistente en ejercer correctamente la potestad disciplinaria. Concretizando aquello, indica el fallo que se infringió tal deber al aplicar “sin fundamento la medida de suspensión preventiva de funciones por casi un mes y la falta de cumplimiento de los plazos legales que reglan la duración de los sumarios, manteniendo en suspenso la precaria situación del sumariado más allá de los mismos”⁷¹. Es decir, cuestiones propias de la infracción de los deberes generales de legalidad y proporcionalidad de la potestad disciplinaria⁷².

Por último, es posible encontrar una sentencia por el actuar de Gendarmería a raíz de la herida y posterior muerte de un funcionario por armas en mal estado. En este caso

⁶⁸ Corte Suprema, 21.06.2011, rol 1.881-2009.

⁶⁹ Corte Suprema, 25.05.2011, rol 2.474-2011.

⁷⁰ Corte Suprema, 09.12.2013, rol 3.865-2013.

⁷¹ Corte Suprema, 9.12.2013, rol 3.865-2013. Sin embargo, la jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado ante sumarios disciplinarios que causen daño dista bastante de ser unánime, así se queda de manifiesto en Vivar con Fisco, Corte Suprema, 27.2.2018, rol 21.793-2017.

⁷² Respecto de dichos principios de la potestad disciplinaria véase PALLAVICINI, 2021, p. 163 y ss.

se construyó la imputación en virtud de la infracción al deber de custodia y vigilancia de los funcionarios, que se concretiza en la necesidad de proporcionar armas aptas y en buen estado de conservación y funcionamiento. En *Aguilera y otros con Fisco*⁷³ ante el fallecimiento de un funcionario por su propia arma de servicio y tras la acreditación que aquella tenía 25 años de uso, sumado a defectos en su funcionamiento y operatividad, se estableció que existía responsabilidad del Estado. Valga advertir que acá tal deber de custodia no se corresponde tampoco con los que emanan de la especial relación que tiene Gendarmería con los reclusos.

Como se pudo apreciar, en todos los casos relativos a daños sufridos por funcionarios de Gendarmería la atribución de responsabilidad, y por tanto, el juzgamiento de la conducta desplegada por el Fisco, se llevó a cabo en virtud de deberes generales tales como el deber de velar por la seguridad interior de los funcionarios, su custodia y vigilancia; o bien, por el correcto ejercicio de la potestad disciplinaria, resultando en general condenado el Fisco. Todos deberes abstractos, que además de ser ajenos a los mencionados deberes de custodia y resguardo propios de la relación carcelaria, no encuentran un fundamento explícito y directo en alguno de los cuerpos legales que regulan la institución, sino que en sus normas generales que contienen fines y funciones.

IV. CONCLUSIONES

De la jurisprudencia analizada se extraen las siguientes conclusiones:

1. Las sentencias expresan con claridad la distinción entre deberes generales y concretos de responsabilidad, lo que es fomentado por la abstracción que reviste la LOC Gendarmería, y en especial su artículo tercero. Salta a la vista también la dispersión de criterios usados por la Corte Suprema para atribuir responsabilidad. Con todo, la Corte se inclina mayormente en rechazar la mayoría de las pretensiones indemnizatorias.
2. Tratándose de daños sufridos por internos en los casos de riñas, incendios y daños causados por la infraestructura carcelaria, es decir el ámbito propio del deber de custodia, todas las sentencias construyeron el estándar valiéndose de deberes generales. En todos los casos de riñas se rechazó la pretensión, a excepción de uno en el año 2019 que atribuyó responsabilidad basado en la ausencia de cámaras de seguridad. Sin embargo, tal criterio no puede estimarse uniforme a la fecha. Por su parte, en los casos de incendio y de condiciones carcelarias, las sentencias han sido condenatorias valiéndose para ello de deberes generales. Cabe destacar que el argumento minoritario en los casos de riñas, es el mayoritario en el único caso de incendio existente en el período analizado en la Corte Suprema. Respecto a prestaciones médicas, y por ende, el ámbito del deber de resguardo, además de la

⁷³ Corte Suprema, 13.05.2019, rol 4.094-2019.

aplicación del Reglamento caracterizado por contener deberes concretos, se han identificado tres factores que conducen a la responsabilidad estatal: Las prestaciones médicas tardías; la ausencia, ilegibilidad o falta de correlatividad de los registros médicos y la ausencia de resguardo al niño o niña que está por nacer, a quienes le es extensivo también el deber de custodia. En todos estos casos las sentencias fueron condenatorias.

3. En las sentencias sobre daños sufridos por terceros, ámbito ajeno a los deberes de custodia y resguardo, gran parte de la discusión se construyó ante la infracción de deberes concretos. En esa línea, se rechazaron las pretensiones indemnizatorias ante delitos cometidos por internos ejerciendo permiso dominical, así como privados de libertad por medidas cautelares. Al contrario, se estimó que si existía falta de servicio ante los daños generados por internos que se fugaron ante la caída de un muro medianero y que destruyeron casas aledañas. Por otro lado, existe solo un fallo donde se atribuyó responsabilidad del Estado ante actuaciones de los propios gendarmes, consistente en los daños generados por un disparo al aire, donde se calificó tal hecho como un actuar funcionario con impericia e imprudencia que infringió un deber generalísimo de no dañar a terceros.
4. Sobre los daños sufridos por los propios funcionarios se ha imputado responsabilidad ante disparos de un gendarme a otro, fundado en un deber general de velar por la seguridad de los funcionarios. En cuanto a los daños generados por la propia institución se han definido dos precisos estándares por la Corte en virtud de deberes generales: El deber de ejercer correctamente la potestad disciplinaria y el de proporcionar armas aptas y en buen estado de funcionamiento a sus funcionarios. Todas aquellas imputaciones terminaron finalmente en condena del Fisco.
5. Finalmente, cabe indicar que los instrumentos internacionales existentes sobre la actividad carcelaria son escasamente utilizados en la jurisprudencia analizada. Así, solo en los votos minoritarios de las sentencias de los casos Toledo y otros con Fisco⁷⁴ y Cárdenas y otros con Fisco⁷⁵, se cita la Resolución 1/08 sobre Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas⁷⁶. Ello da cuenta de un déficit en la jurisprudencia de la Corte, teniendo presente la especial vinculación de los reclusos con el Estado a que hace referencia el artículo 2 del Reglamento; y el hecho de que los conceptos de deber de custodia y de resguardo han sido construidos precisamente en base a instrumentos internacionales.

⁷⁴ Corte Suprema, 5.05.2020, rol 23.091-2019.

⁷⁵ Corte Suprema, 30.11.2020, rol 33.831-2019.

⁷⁶ Documento aprobado por la Comisión Interamericana en su 131º periodo de sesiones, mediante Resolución No. 1/08, de fecha 13 de marzo de 2008.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÜERO, C., SANDOVAL, S. y ZAMBRANO, J., 2020: "La falta de servicio en la ley 19.996 (GES)", *Revista Ius et Praxis*, año 26, número 1.
- BAHAMONDE MEDINA, Francisco Javier y MICHELL AMIOT, Phillip, 2018: Responsabilidad del Estado por falta de servicio en hechos cometidos por funcionarios de las fuerzas armadas, las policías y gendarmería: criterios jurisprudenciales recientes. Memoria presentada a la Facultad de Derecho de la Universidad Finis Terrae, para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas. Disponible en <http://repositorio.uft.cl/bitstream/handle/20.500.12254/1495/BAHAMONDEMICHELL%202019.pdf?sequence=1&isAllowed=y>.
- BARROS BOURIE, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*. (2° edición), Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CORDERO VEGA, Luis, 2017: *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*, Santiago: Der Ediciones.
- CORDERO VEGA, Luis, 2020: *El derecho administrativo chileno. Crónicas desde la jurisprudencia*, Santiago: Der Ediciones.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2011: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DUCCI CLARO, Carlos, 2002: *Derecho Civil parte general*. (4° edición) Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, 2020: "La responsabilidad patrimonial del Estado de Chile: Una revisión panorámica después de casi veinte años de jurisprudencia de la Corte Suprema", *Revista de Administración Pública*, número 211.
- INDA TOLEDO, Maximiliano y VALLADARES LJUBETIC, Pablo, 2013: Recopilación de fallos de responsabilidad del Estado administrador. Período 2000-2010, Memoria de Grado para la obtención del título de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales Facultad de Derecho Universidad de Chile. Disponible en http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/113165/de-inda_m.pdf?sequence=1&isAllowed=y.
- NISTAL BURÓN, Javier, 2016: *La responsabilidad patrimonial de la administración penitenciaria. Conforme a la nueva normativa de la Ley 40/2015, de 1 de octubre*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2013: "Los desafíos del control de convencionalidad del corpus iuris interamericano para los tribunales nacionales", *Revista de Derecho Público*, número 76.
- PALLAVICINI MAGNÈRE, Julio, 2021: *Una revisión epistemológica de la responsabilidad disciplinaria*, Santiago: Tirant Lo Blanch.
- PAPAYANNIS, Diego, 2020: "Razonabilidad e incertidumbre en los estándares de diligencia", *Réplica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, volumen n°1.
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2012: "Falta de Servicio. Apreciación in abstracto. Técnica exigible, Jurisprudencia Comentada", *Revista Chilena de Derecho Privado*, número 20.
- POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo, 2017: "Reflexiones sobre el deber de cuidado en contextos carcelarios", Núñez, José Ignacio (Dir.): Temas misceláneos y actas del Primer Encuentro de Investigadores Jóvenes en Derecho Público y Teoría del Derecho, *Cuadernos de Derecho Público*, Ediciones Universidad Finis Terrae.
- POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo, 2019: "Bases conceptuales para resarcir los daños causados por la Administración Penitenciaria", Valenzuela, Jonatan (Dir.): Desafíos globales para la democracia, Editorial Tirant Lo Blanch.
- ROMÁN CORDERO, Cristian, 2012: "Responsabilidad Patrimonial de la Administración por Falta de Servicio (= responsabilidad objetivada)", *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, número 1.

Normas jurídicas citadas

- DECRETO Ley 2.859, Ministerio de Justicia, que Fija Ley orgánica de Gendarmería de Chile, publicada con fecha 15 de septiembre de 1979.
- CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile.
- LEY Nº 18.216, que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad, publicada con fecha 14 de mayo de 1983.
- DECRETO 25, Ministerio de Justicia, Aprueba Reglamento del personal de Gendarmería de Chile, publicado con fecha 18 de mayo de 1983.
- LEY Nº 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado, publicada con fecha 5 de diciembre de 1986.
- DECRETO 518, Ministerio de Justicia, Aprueba Reglamento de Establecimientos Penitenciarios, publicado con fecha 21 de agosto de 1998.
- RESOLUCIÓN 1/08. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas. Organización de los Estados Americanos, de fecha 13 de marzo de 2008.
- DECRETO 557, Ministerio de Justicia, Aprueba Reglamento Orgánico de Gendarmería de Chile, publicado con fecha 20 de diciembre de 2011.

Jurisprudencia citada

- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 25 de mayo de 2011, rol 2.474-2011.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 21 de junio de 2011, rol 1.881-2009.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 18 de mayo de 2012, rol 11.914-2011.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 9 de agosto de 2012, rol 574-2010.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 28 de diciembre de 2012, rol 2.618-2012.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 13 de mayo de 2013, rol 9.369-2011.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 9 de diciembre de 2013, rol 3.865-2013.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 6 de octubre de 2014, rol 23.877-2014.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 11 de agosto de 2015, rol 8.383-2015.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 14 de septiembre de 2015, rol 6.530-2015.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 30 de septiembre de 2015, rol 32.188-2014.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 26 de enero de 2016, rol 3.442-2015.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 31 de mayo de 2016, rol 18.300-2016.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 3 de octubre de 2016, rol 27.612-2016.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 526-2016.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 5 de septiembre de 2017, rol 76.461-2016.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 21 de noviembre de 2017, rol 76.472-2016.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 11 de diciembre de 2017, rol 4.746-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 27 de febrero de 2018, rol 21.793-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 25 de junio de 2018, rol 35.228-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 21 de agosto de 2018, rol 40.020-2017.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 25 de febrero de 2019, rol 55-2018.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 25 de marzo de 2019, rol 31.776-2018.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 13 de mayo de 2019, rol 4.094-2019.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 2 de marzo de 2020, rol 15.067-2019.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 18 de marzo de 2020, rol 29.886-2019.
- CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 5 de mayo de 2020, rol 23.091-2019.

CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 13 de mayo de 2020, rol 10.368-2019.

CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 19 de junio de 2020, rol 384-2019.

SÉPTIMO JUZGADO CIVIL DE SANTIAGO, sentencia de 14 de noviembre de 2020, rol C-8082-2011.

CORTE SUPREMA DE CHILE, sentencia de 30 de noviembre de 2020, rol 33.831-2019.

El caso de la “Ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada

Luis Villavicencio Miranda*
Yanira Zúñiga Añazco**

RESUMEN

En este trabajo revisamos críticamente la sentencia del Tribunal Constitucional que se pronunció acerca de la controversia originada por el caso de la Ley Pascua. A propósito de este caso, proponemos un abordaje de estas controversias de tipo contextual basado en una combinación de diversos enfoques, teóricos y dogmáticos, como método alternativo a las propuestas que asumen la incommensurabilidad de las tradiciones culturales o de los paradigmas de respeto de la diversidad cultural y de la protección de los derechos de las mujeres. Creemos que un abordaje contextual evita las soluciones relativistas o la priorización incondicionada de un paradigma en relación con el otro y, al mismo tiempo, enriquece el arsenal conceptual favoreciendo una mejor comprensión política, jurisdiccional y constitucional de los intereses en juego en estos casos en que las mujeres son una minoría al interior de minorías culturales.

Igualdad; género; diversidad cultural; Pueblo Rapa Nui; Tribunal Constitucional

The Pascua Law Case. Beyond an all-or-nothing approach

ABSTRACT

In this paper we critically review the Constitutional Court's ruling on the controversy originated by the Pascua Law case. We propose a combination of diverse theoretical and legal approaches to examine these cultural controversies. By enriching the conceptualization, a better political, jurisdictional and constitutional understanding of the case of women as a minority within minorities is favored.

Equality; Gender; Cultural Diversity; Rapa Nui People; Constitutional Court

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Director del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Facultad de Derecho, Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3115-3312>. Correo electrónico: luis.villavicencio@uv.cl

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctora en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesora de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile e investigadora del Núcleo DesDeh de la Universidad Austral de Chile y del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal de la Universidad de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0589-3552>. Correo electrónico: yzuniga@uach.cl

Este trabajo se enmarca en el Proyecto FONDECYT Regular N° 1180676, cuyo investigador responsable es Luis Villavicencio y coinvestigadora Yanira Zúñiga.

Artículo recibido el 30.4.2021 y aceptado para su publicación el 25.8.2021.

INTRODUCCIÓN

En junio de 2020 el Juzgado Mixto de Rapa Nui-Isla de Pascua presentó ante el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) un requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 16.441 (o Ley Pascua), en el marco de un proceso penal por delito de violación iniciado a raíz de la denuncia de una turista en contra de un hombre Rapa Nui. Estas disposiciones generan en la práctica una aminoración automática del umbral punitivo previsto en el Código Penal para el delito de violación (el que se rebaja en un grado) y un régimen comparativamente más favorable en la ejecución de la pena privativa de libertad, habilitando su cumplimiento fuera del recinto carcelario.

A juicio del tribunal requirente estas reglas contravienen las normas constitucionales que prohíben la discriminación arbitraria (19 n°2) y, además, obligaciones internacionales. En particular, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer que reconoce y ampara específicamente los derechos de las mujeres a no sufrir violencia y establece obligaciones estatales de prevención, investigación y castigo de esta¹.

La tensión entre igualdad de género e igualdad cultural no es nueva en los debates filosóficos y constitucionales. Desde el ángulo de la filosofía jurídica, esta tensión es evocada unas veces como parte de las controversias entre universalismo y relativismo cultural, otras (las menos) en el marco del desencuentro entre posiciones del feminismo, por un lado, y del multiculturalismo, por el otro. En términos de los estudios dogmáticos, dicho asunto ha concitado creciente interés debido a la expansión de los estatutos de protección de los derechos de las mujeres frente a la violencia de género; y, paralelamente, la positivación de reglas de reconocimiento de la diversidad cultural, algunas de las cuales configuran también normas *iusfundamentales*.

En este trabajo revisamos críticamente la solución suministrada por el TC a la controversia originada por el caso de la Ley Pascua y proponemos un ensamblaje de distintos enfoques, teóricos y dogmáticos, para abordar este tipo de asuntos, en el entendido de que tal método permite enriquecer el arsenal conceptual para enfrentar política y jurisdiccionalmente estos conflictos, al mismo tiempo que favorece una mejor comprensión de las cuestiones relativas a la igualdad constitucional que subyacen a ellos.

Este trabajo se divide en cuatro partes. En la primera (I) examinamos el conflicto constitucional desde la perspectiva de los intervinientes vinculados a la cultura Rapa Nui. En la segunda parte (II) analizamos críticamente los presupuestos de análisis y conclusiones de la argumentación del TC y mostramos sus puntos ciegos, debilidades e inconsistencias. En la última parte (III) ofrecemos y defendemos una propuesta teórica que consideramos tiene mejores rendimientos para aproximarse y resolver este tipo de controversias. Finalmente cerramos el trabajo (IV) con algunas conclusiones.

¹ Esta considera a la violencia como un atentado a los derechos humanos de las mujeres y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, y exige que los Estados actúen con debida diligencia en su prevención, investigación y sanción.

I. EL CONFLICTO CONSTITUCIONAL Y SUS LECTURAS

El requerimiento presentado ante el TC versa acerca de los artículos 13 y 14 de la Ley N° 16.441 o *Ley Pascua*. Estas normas disponen:

Artículo 13°. En los delitos contemplados en los Títulos VII y IX del Libro Segundo del Código Penal, cometidos por naturales de la Isla y en el territorio de ella, se impondrá la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el delito de que sean responsables.

Artículo 14°. En aquellos casos en que el Tribunal deba aplicar penas de presidio, reclusión o prisión podrá disponer que hasta dos tercios de ellas puedan cumplirse fuera del establecimiento carcelario, fijando en la sentencia las condiciones de trabajo y residencia que deba llevar el condenado y el tiempo por el cual se concede este beneficio, el que podrá suspenderse o revocarse por el Juez, de oficio o a petición de parte, por medio de una resolución fundada, que se apoye en el incumplimiento de las condiciones impuestas.

La controversia fue planteada por el tribunal requirente como una afectación multidimensional de la igualdad que transgrede varias disposiciones internacionales. Así, el tribunal sostuvo que los beneficios en favor de los naturales de Rapa Nui que esas normas dispensan una diferenciación arbitraria respecto de otras personas condenadas por los mismos delitos y generan, además, una desprotección de las mujeres víctimas pertenecientes a la cultura Rapa Nui en relación con otras mujeres. En su escrito el tribunal argumentó que lo anterior infringiría tanto normas constitucionales como disposiciones de tratados internacionales ratificados por Chile que reconocen y amparan la igualdad ante la ley de las mujeres. Adujo también que dicha rebaja punitiva transgrede el art. 7 letra b) de la Convención de Belém do Pará, el que establece que los Estados deben actuar con la debida diligencia para prevenir, investigar y sancionar la violencia contra las mujeres. Y postuló, apoyándose especialmente en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que la pena “pretende satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia y con ello obtener su justo derecho al castigo del autor” (c. 15°) siendo parte de un derecho genérico de la víctima a un justo y racional resarcimiento, exento de arbitrariedades. Según el requirente tal derecho sería vulnerado por la Ley Pascua, puesto que esta no satisface el estándar constitucional de razonabilidad en la diferenciación cuya carga de motivación es exigente debido al establecimiento sobreviniente de normas internacionales que proscriben toda clase de discriminaciones de género. Concluye que la mencionada rebaja punitiva no debiese ser aplicada por haber operado una derogación tácita tras la suscripción de los mencionados instrumentos internacionales².

² Si bien conforme con lo que sostiene parte de la doctrina y la jurisprudencia nacionales la declaración de derogación tácita podría ser declarada por el juez de fondo, al parecer el tribunal requirente optó por someter el asunto a la decisión del TC porque consideró que dicha declaración podría afectar o limitar los derechos de pueblos originarios —en especial, las normas de aplicación de penas contenidas en el Convenio

Durante la tramitación del requerimiento de inaplicabilidad de la Ley Pascua se presentaron varios *amicus curiae* con opiniones de terceros, pertenecientes a la sociedad civil. Resulta de interés reseñar dos de ellos, provenientes de organizaciones adscritas a la cultura *Rapa Nui*, los que formulan interpretaciones divergentes acerca del sentido y alcance de la Ley Pascua y respecto de la manera constitucionalmente adecuada de resolver este conflicto. El primero de estos escritos fue presentado por MAROA, una organización civil de mujeres que promueve la identidad, pertenencia y participación en la comunidad de Rapa Nui, en conjunto con la Corporación Colectiva-Justicia en Derechos Humanos³. El segundo provino del Consejo de Ancianos Rapa Nui-Mau Hatu, un órgano ancestral integrado por representantes de las familias del Pueblo Rapa Nui, que ejerce una autoridad tradicional, reconocida por la ley. Mientras el *amicus curiae* de Maroa-Colectiva sostiene que las normas de la Ley Pascua impugnadas son inconstitucionales porque lesionan el derecho de las mujeres a no sufrir violencia y no afectan derechos culturales (no habría tradición cultural diversa que proteger respecto del delito de violación), su homólogo del Consejo de Ancianos, en cambio, defiende la constitucionalidad de dichas normas priorizando la necesidad de proteger los valores culturales y negando la existencia de una afectación a la igualdad de género⁴.

Ambas presentaciones coinciden en que la Ley N° 16.441 –promulgada en 1966 y que creó el departamento de Isla de Pascua– estuvo inspirada por una voluntad del Estado chileno de resarcir el abandono al que había sido sometido este territorio y su gente, otorgando un régimen administrativo y judicial especial, incluyendo las normas penales objeto de controversia. Difieren, en cambio, acerca de la interpretación de la finalidad y justificación de las normas impugnadas. Maroa-Colectiva argumenta que ellas obedecen a un patrón cultural colonialista y patriarcal, que naturaliza la violencia de género mediante la concesión de beneficios a los autores de delitos sexuales y niega la existencia de una costumbre Rapa Nui que justifique tal diferenciación. En contraste, el Consejo de Ancianos postula que la Ley Pascua reconoce motivaciones culturales propias de la etnia Rapa Nui, las que inciden en la configuración de estos delitos; y las ampara para evitar la asimilación cultural. De acuerdo con la tesis de este órgano ancestral, la cosmovisión cultural Rapa Nui respecto de la sexualidad y el erotismo se aparta de la moral sexual cristiana (dominante en la legislación chilena de la época) y concibe el ejercicio de la sexualidad como algo natural, igualitario y libre, sin más límites que los impuestos por la costumbre. El uso de la fuerza en las relaciones sexuales no estaría completamente prohibido en la cultura Rapa Nui, existiendo ciertas formas de violencia toleradas (la denominada “fuerza grata”) para vencer la oposición del otro al acto sexual⁵.

169 de la OIT– y el llamado principio *pro reo*. Así, el requerimiento sostiene que es más conveniente que sea “la Justicia Constitucional [quien] dirima entre estos preceptos y los valores y principios que inundan nuestro orden jurídico” (c. 22°).

³ El objetivo de esta corporación es la defensa, el asesoramiento y la información en materia de derechos humanos.

⁴ Tribunal Constitucional, 29.1.2021 rol 8792-20, p. 686.

⁵ Tribunal Constitucional, 29.1.2021 rol 8792-20, p. 699.

En opinión del Consejo de Ancianos, lejos de constituir una afectación de los derechos de las mujeres, las normas cuestionadas por el requerimiento reconocen una concepción y práctica de la sexualidad basadas en la diversidad cultural, cuya preservación el pueblo Rapa Nui tiene derecho a reclamar de conformidad con el Convenio 169 de la OIT⁶.

Estas dos interpretaciones del problema constitucional concreto llevan a conclusiones distintas: si no hay costumbre indígena –como sostiene Maroa-Colectiva– entonces, la diferencia de regímenes normativos respecto del delito de violación deviene inmotivada y arbitraria. Es decir, no existiría, por consiguiente, un conflicto entre derechos de género y derechos culturales (o entre igualdad de género e igualdad cultural). En cambio, si existe tal costumbre –como argumenta el Consejo de Ancianos– entonces, la diferencia en el reproche penal descansaría sobre una diferencia cultural, en principio, amparada normativamente; de suerte que el conflicto entre derechos culturales y derechos de género resurgiría y debería ser resuelto priorizando alguno de ellos.

No cabe duda de que esta última aproximación tiende a ser más incómoda que la primera. Como observa Okin, las tensiones entre los objetivos políticos y jurídicos promovidos por el feminismo y por el multiculturalismo, habitualmente no son abiertamente reconocidas en los debates políticos y jurídicos⁷. El repentino cambio de posición del Consejo de Ancianos en medio de la tramitación del requerimiento contra la Ley Pascua parece ilustrar esta incomodidad. Presumiblemente, debido a la repercusión pública de los argumentos contenidos en el escrito de *amicus curiae*⁸, este órgano se vio forzado a presentar un nuevo escrito (un “téngase presente”) en el que se desdijo completamente del alegato que reivindicaba una práctica cultural de tolerancia hacia la violencia sexual⁹. En este escrito posterior reconoció, además, la existencia de una controversia al interior de la comunidad Rapa Nui, en relación con el impacto de los beneficios contemplados por dicha ley en las altas tasas de violencia intrafamiliar y delitos sexuales que registra la isla¹⁰. Sin embargo, reitera ahí la necesidad de que la vigencia de las normas impugnadas fuera resuelta por el pueblo Rapa Nui, de manera autónoma, con respeto de su

⁶ Tribunal Constitucional, 29.1.2021 rol 8792-20, p. 698.

⁷ OKIN, 1998, pp. 661-684.

⁸ La prensa local reportó que, al conocerse en el territorio Rapa Nui estos argumentos, se produjo una manifestación de protesta espontánea entre las mujeres de la isla. Véase *El Correo del Moai*, edición del 14.08.2020, disponible en <https://www.elcorreodelmoai.com/?p=1910>.

⁹ En particular, se desdijo de las afirmaciones que sugerían una aceptación cultural de la violencia de género (por ejemplo, su calificación como “fuerza grata”) y que podían interpretarse como una relativización de la indemnidad sexual de niños, niñas y adolescentes. Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, pp. 1008-1009).

¹⁰ En su escrito de contestación, el Ministerio de la Mujer y Equidad de Género aportó datos de contexto que permiten situar políticamente esta discusión. De acuerdo con cifras oficiales, los delitos de violencia intrafamiliar, en el 2018, en Rapa Nui, registraron una tasa de 4,37 veces superior a la tasa nacional. En respuesta a lo anterior, las acciones de protesta de las mujeres Rapa Nui para lograr la derogación de estas normas se han multiplicado. Ellas aducen que la baja penalidad asociada a la violencia sexual y el beneficio especial relacionado con el régimen de cumplimiento de las penas produce en las víctimas de la violencia de género desamparo, revictimización, vulneración y aumenta las posibilidades de reincidencia.

cultura y tradición, mediante el mecanismo de la consulta indígena y de conformidad con el Convenio 169 de la OIT¹¹.

El TC optó por una lectura de la controversia que disuelve completamente el conflicto entre derechos culturales y derechos de género. Si bien llega a la misma conclusión sugerida en el escrito de Maroa-Colectiva, lo hace utilizando otras coordenadas de análisis, menos sensibles al reconocimiento de la diversidad cultural. En efecto, en su sentencia (Rol 8792-2020) descartó que los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua recojan una costumbre indígena, tanto respecto del momento en que se promulgó dicha ley como en la actualidad, y concluyó que el trato más favorable ahí previsto es un privilegio, carente de toda justificación, contrario a la cláusula general de igualdad del art. 19 n°2 y a la cláusula de “igual protección de los derechos” contemplada en el art. 19 n°3¹².

Para justificar dicha conclusión, la sentencia argumenta que, si bien el legislador puede fijar discrecionalmente el espectro punitivo, la rebaja de la pena asignada a un delito no puede atender “a las condiciones particulares del partícipe de un delito salvo en los casos de inimputabilidad”, porque “el Derecho Penal es un derecho que realiza valoraciones sobre actos u omisiones y no sobre personas”; y una finalidad es constitucionalmente legítima únicamente cuando se refiere a la valoración de los delitos y sus consecuencias¹³.

II. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA SENTENCIA DEL TC

Toda solución a un problema jurídico queda predeterminada por los presupuestos y categorías conceptuales utilizados para abordarlo. Este caso no escapa a esa regla. Pero debido a que las interpretaciones constitucionales tienen un efecto de irradiación en todo el sistema jurídico, aunque “muchos caminos puedan llevar a Roma”, hay unos que son preferibles a otros. Algunos enriquecen la teoría y la dogmática constitucional, mientras otros, aun siendo satisfactorios para un conflicto concreto, pueden terminar por empobrecer o encoger la dogmática constitucional. Creemos que el camino que la sentencia bosqueja es problemático desde varias perspectivas.

En primer lugar, si bien la sentencia reconoce, en teoría, el valor del pluralismo cultural concluye que no hay una costumbre indígena que amparar. El TC presenta dos tipos de argumentos para sostener esta tesis. El primero postula que, tanto la historia de la referida ley como la opinión de la autoridad tradicional Rapa Nui, descartan la existencia de una tolerancia cultural frente a la violencia sexual. El segundo, en cambio, sugiere que conductas contrarias a ciertas concepciones presuntamente universales o lesivas de las/los integrantes de esas comunidades culturales no podrían configurar, por

¹¹ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, p. 1011.

¹² Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c°. 64

¹³ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c°. 38.

ese solo hecho, una práctica cultural¹⁴ En particular, refiriéndose al escrito de *amicus* del Consejo de Ancianos, advierte que “no es posible reivindicar la violencia y depredación sexual como parte de la costumbre, tradición o cultura del pueblo rapanui” porque “una dimensión cultural de esa naturaleza repugna contra (sic) su propio pueblo”¹⁵.

En este y en otros pasajes de la sentencia¹⁶, el TC no solo descarta la existencia de un conflicto puntual entre las tradiciones culturales del pueblo Rapa Nui y los derechos de las mujeres, sino que tiende a rechazar la posibilidad de este conflicto con carácter general. Confunde, de esta manera, el plano normativo con el plano fáctico.

En los hechos, estos conflictos son frecuentes y representan un verdadero dilema para un constitucionalismo comprometido simultáneamente con los derechos de las mujeres y con el respeto de la diversidad cultural. A lo largo de la historia, las concepciones y prácticas culturales han sido vectores de la desigualdad de género. La cultura es parte de las lógicas de la discriminación y se intersecta con el género para producir la extrema vulnerabilidad de ciertas mujeres ante la violencia¹⁷. El reconocimiento de la diversidad cultural puede tanto reforzar patrones culturales de subalternidad femenina como permitir que la vulnerabilidad de las mujeres emerja en su diversidad fáctica¹⁸.

El vínculo entre cultura y género es pendular y hay buenas razones para apreciarlo con extrema cautela. Sendos ensayos de Susan M. Okin (“Feminism and Multiculturalism: Some Tensions” y “Is Multiculturalism Bad for Women?”), publicados a fines de la década de los 90, desencadenaron un intenso debate respecto de las negativas repercusiones en la agenda de género del reconocimiento de derechos a minorías culturales. En contra de lo afirmado por el TC, Okin sostiene que hay un vínculo histórico, intrincado y funcional entre cultura y dominación patriarcal, susceptible de observarse en las culturas conquistadoras y colonizadas, hegemónicas y minoritarias. Para Okin, las políticas de reconocimiento de derechos en favor de minorías culturales son eminentemente peligrosas porque exponen a las mujeres a fenómenos de subordinación y violencia, especialmente en la esfera privada¹⁹. Esta conclusión ha sido objeto de importantes matizaciones al

¹⁴ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c° 55..

¹⁵ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c° 64.

¹⁶ Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, c°55: “La defensa del particularismo de la cultura [...] supone discernir que tal defensa singular respeta condiciones y valoraciones universales sobre las cuales se asienta la vida colectiva en democracia. Por lo mismo, una agresión sexual como la violación, no solo no es parte de una costumbre indígena, sino que repudia el núcleo de la dignidad humana, los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales reconocidos y vigentes en Chile, de un modo tal que no admiten particularidad alguna. [...] No hay antecedente alguno que permita concebir que la violencia sexual hace parte de una determinada cultura. Justamente, hechos que dividen y son repudiables debilitan la tradición. No es posible pensar que esta violencia se inspira en alguna superioridad de género o raza”.

¹⁷ CRENSHAW, 1991, pp. 1241-1299.

¹⁸ La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha sido sensible al enfoque interseccional en los casos de violencia sufrida por mujeres indígenas. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.08.2010, caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México; y 30.08.2010, caso Fernández Ortega y otros *vs.* México.

¹⁹ OKIN, 1998 pp. 661-684.

interior del feminismo²⁰, sobre todo en el pensamiento feminista latinoamericano, de fuerte inspiración decolonial. Pero, en tanto señal de alerta, sigue estando plenamente vigente.

Creemos que la estrategia argumental del TC no logra capturar la complejidad y los matices de este tipo de controversias, ni tampoco las interfaces entre los sistemas culturales y de género, aun cuando concordamos con que la solución adecuada es la inaplicabilidad en el caso concreto de las disposiciones impugnadas de la Ley Pascua. En su argumentación se observa una gran dificultad para reconstruir satisfactoriamente los principios y lógicas normativas subyacentes a las desigualdades culturales y las desigualdades de género, no solo en sus relaciones recíprocas sino también consideradas la una por separado de la otra.

Especialmente desafortunada es el abordaje del estatuto constitucional de la diversidad cultural. Este último termina jibarizado, vaciado de contenido, pese a que la sentencia defiende reiteradamente la necesidad de reconocer y valorar dicha diversidad.

Una de las hebras argumentales fundamentales de la defectuosa reconstrucción del estatus de la diversidad cultural que hace la sentencia se relaciona con sus implicancias penales. El TC postula que la diversidad cultural es una condición inherente a quien comete una conducta ilícita, un rasgo personal, en general ajeno al derecho penal, en lugar de un fenómeno colectivo de relevancia constitucional.

Para afirmar lo anterior la sentencia revisa la legislación vigente e identifica un listado de finalidades consideradas, *ex ante*, legítimas. Tal estrategia adolece de un grave defecto: recorta el espectro de legitimidad de la ley penal, excluyendo el derecho constitucional y, en especial, los tratados internacionales²¹. También reduce el arco de posibilidades jurídicas. No solo rechaza que la diversidad cultural pudiera considerarse un fin constitucionalmente legítimo sino también que ella pudiera favorecer, eventualmente, a las mujeres. Es importante aclarar que, aunque hay muchos casos en los que puede haber tensión o conflicto entre el respeto de la diversidad cultural y la igualdad de género, no hay incompatibilidad lógica en afirmar, con carácter general, la legitimidad de una diferenciación punitiva basada en razones culturales y declarar, en concreto, que su aplicación puede lesionar los derechos de las mujeres a no sufrir violencia. Recordemos

²⁰ Siguiendo a FRASER (2000), podemos identificar dos dificultades que generan las demandas culturales: el problema del desplazamiento y el problema de la cosificación. Conforme con el primero, los planteamientos a favor del reconocimiento podrían postergar las luchas a favor de la redistribución. De acuerdo con el segundo, se produce una reificación de la identidad cultural que puede servir para justificar la violación de derechos básicos en nombre de categorías identitarias petrificadas. En esas circunstancias no debe sorprendernos la postura de Okin (véase también BARRY, 2002). Estas reacciones son comprensibles, pero erróneas por dos razones: primero, las políticas de la diferencia pueden representar respuestas genuinamente emancipatorias frente a graves injusticias estructurales; y, segundo, la cultura constituye un terreno de lucha legítimo que visibiliza aquellas formas de injusticia que no podemos ver bajo las categorías tradicionales, apareciendo en muchas ocasiones conectadas implícitamente con desigualdades económicas. En otras palabras, defender la conexión entre la idea de identidad y las políticas de la diferencia o reconocimiento no implica confundirlas con las políticas de la identidad esencialistas (SQUIRES, 2002: 114-132).

²¹ Fernández observa que existe una tendencia irreflexiva a proceder de esta manera en la práctica constitucional chilena. FERNÁNDEZ CRUZ, 2015, pp. 51-99.

que la determinación de la legitimidad de los fines perseguidos por una ley es una cuestión previa al examen de proporcionalidad. Mientras que la primera declaración se formula en un plano general y abstracto y, por tanto, no prejuzga el resultado del juicio de inaplicabilidad, el examen de proporcionalidad se interroga concretamente en los vínculos entre los medios elegidos por el legislador y un determinado fin, sirviéndose de los distintos subjuicios de la proporcionalidad (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto)²². Sin embargo, la sentencia se decanta por una interpretación que no distingue estos diferentes niveles de análisis.

Ella vuelva la espalda, además, a algunas de las preguntas que la doctrina penal contemporánea viene planteando como reacción al avance del paradigma de reconocimiento de la diversidad cultural. Entre estas preguntas se pueden mencionar: "si resulta válido o no mantener una especie de presunción de igualdad entre los valores de diversas culturas; si corresponde que una sociedad realice un juicio de legitimidad respecto de los comportamientos de otras culturas minoritarias"²³, o si, aceptada la existencia de un principio de igualdad de todas las culturas, ¿este exigiría adecuar el significado y contenido de los derechos y garantías fundamentales como referente universal, a la específica cultura del sujeto que comete la conducta, incluyendo la concepción del injusto y la aplicación de la pena?²⁴

El paradigma de reconocimiento de la diversidad cultural hunde sus raíces en el derecho internacional de los derechos humanos y, por tanto, forma parte del bloque de constitucionalidad. En efecto, el art. 27 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos regula una dimensión individual de este derecho al establecer que "en los Estados en los que hay minorías étnicas, religiosas o lingüísticas, a las personas que pertenecen a estas minorías no debe negárseles el derecho de disfrutar, en comunidad con los otros miembros de su grupo, de su cultura, de profesar y de practicar su religión, de utilizar su lengua". Por su parte, el art. 5 del Convenio 169 de la OIT²⁵ consagra otra dimensión colectiva. Esta última protege la posibilidad de que cada comunidad preserve sus expresiones culturales identitarias, que abarcan modos de vida, usos tradicionales, creencias, estructuras institucionales, costumbres, sistemas jurídicos y modos de impartir justicia²⁶. La sentencia del TC, en cambio, omite toda consideración referente a estos desarrollos normativos, los que resultan eclipsados por las normas legales provocando la distorsión que ya comentamos.

²² FERNÁNDEZ CRUZ, 2015, pp. 51-99.

²³ CARNEVALI, 2007, pp. 1-28.

²⁴ SANZ MULAS, 2018, p. 81.

²⁵ Ese artículo señala que: a) deberán reconocerse y protegerse los valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios de dichos pueblos y deberá tomarse debidamente en consideración la índole de los problemas que se les plantean tanto colectiva como individualmente; y b) deberá respetarse la integridad de los valores, prácticas e instituciones de esos pueblos.

²⁶ La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reafirmado doble vez definiéndolo el derecho a la identidad cultural como "un derecho fundamental y de naturaleza colectiva de las comunidades indígenas, que debe ser respetado en una sociedad multicultural, pluralista y democrática". Corte Interamericana de Derechos Humanos, 27.06.2012, Caso Pueblo Indígena *Sarayaku* vs. Ecuador, cs° 213 y 217.

También resultan trastocadas las coordenadas del examen constitucional de la igualdad/diferencia. Este es presentado por la sentencia como un caso fácil, en lugar de un ejemplo paradigmático de caso difícil. Como es bien sabido, la aplicación constitucional de las cláusulas de igualdad no consiste en una operación de subsunción (o, al menos, no consiste solo en eso). Según Prieto Sanchís, estas cláusulas contienen dos mandatos contradictorios (tratar igual aquello que es igual y tratar de manera diferente lo que es diferente) cuya textura es abierta, de manera que siempre es posible aportar razones en apoyo de uno u otro mandato²⁷. Todas esas razones deben ser ponderadas por la justicia constitucional. No obstante, la sentencia no se hace cargo de las razones que remiten al derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, al Convenio 169 para evaluar la justificación de tal diferenciación.

Tal omisión es grave considerando que el Consejo de Ancianos mantuvo, a lo largo del procedimiento, una postura a favor de esta interpretación. Recordemos que rechazó en su segundo escrito que hubiera una tolerancia cultural a la violencia sexual, pero sostuvo invariablemente una tesis compuesta por tres eslabones: a) la aplicación de la justicia (en particular de la ley penal), debe considerar las costumbres y el derecho consuetudinario del pueblo Rapa Nui en cumplimiento de lo dispuesto por el Convenio 169; b) los artículos 13 y 14 de la Ley Pascua concretan ese mandato de pluralismo jurídico; y c) si bien dichas normas pueden expresar una interpretación “externa y anacrónica”, su revisión debe efectuarse, mediante el mecanismo de la consulta, al interior del pueblo Rapa Nui, quien sería soberano en la determinación de sus prácticas culturales y derecho consuetudinario²⁸.

Recapitulando, la sentencia pone una gran sombra de duda respecto del alcance de la valoración constitucional de la diversidad cultural en Chile. Algunas de sus premisas centrales –la idea de que el derecho penal es impermeable a las cualidades personales²⁹ y que el respeto de la diversidad cultural no contradice nunca las lógicas universalistas que subyacen a los derechos– son más cercanas a un modelo asimilacionista que a un

²⁷ PRIETO SANCHÍS, 2008, p. 42. Incluso si se considera que ambos mandatos son complementarios en lugar de contradictorios, como lo entiende la doctrina mayoritaria chilena, el juicio de igualdad sigue siendo un caso difícil desde el punto de vista de su solución.

²⁸ El siguiente extracto es ilustrativo de esta postura: “Nuestra postura como Consejo de Ancianos, es que este debate se debe dar al interior del pueblo Rapa Nui, de manera autónoma, con pleno reconocimiento y protección a nuestros valores y prácticas sociales, culturales, religiosos y espirituales propios y respetando la integridad de los valores, prácticas e instituciones de nuestro pueblo Rapa Nui (Convenio 169 de la OIT artículo 5 letras a y b), y respetando nuestros derechos a controlar, en la medida de lo posible, nuestro propio desarrollo económico, social y cultural (Convenio 169 de la OIT artículo 7°)”. Tribunal Constitucional, 29.1.2021, rol 8792-20, p. 1011.

²⁹ En la argumentación del TC el reconocimiento de la diversidad cultural en materia penal resulta reducido a las disposiciones de la Ley n° 20.253 y, en particular, a su art. 54 que prevé la posibilidad de invocar costumbre indígena ante los tribunales de fondo. Sin embargo, mirada bien, esa regla procesal no subvierte las categorías universales de la teoría del delito, más bien, las presupone. La introducción del factor cultural que ella facilita se hace mediante el recurso a las causales de justificación o de exculpación generales, las que actúan como atenuantes o condicionando la determinación de la pena. Se trata, por tanto, de una regla procesal que se muestra aparentemente sensible a la diversidad étnico-cultural, pero que, por consiguiente, no desafía una concepción liberal tradicional del injusto y de la pena.

modelo multiculturalista fuerte o pluralista. El modelo asimilacionista se caracteriza por priorizar una justicia “ciega” centrada en los hechos y no en las personas. De ahí que la introducción del elemento cultural es vista como un germen de disrupción y una afectación de la igualdad³⁰. Un modelo intercultural o pluralista, en contraste, asume la igualdad de las culturas y reconoce la posibilidad de una tensión entre los valores universalistas que informan los derechos humanos y el respeto de la diversidad cultural³¹.

Una posible hipótesis explicativa de este paradójico resultado remite a la influencia de los contextos institucionales en las interpretaciones jurídicas. El carácter unitario del Estado tiende a afianzar una (falsa) concepción homogénea y centralizadora del derecho, reacia a reconocer y valorar la diversidad de las prácticas normativas. Boaventura de Sousa Santos subraya, a propósito de la justicia indígena, que el pluralismo jurídico —es decir, la existencia de más de un sistema jurídico en el mismo espacio geopolítico de un Estado— ha sido una constante histórica en Latinoamérica debido a su pasado colonial. Sin embargo, la concepción unificadora, hasta ahora dominante, ha propiciado una simbolización degradada de ese pluralismo cultural. Lo ha tratado como una excepción, una excentricidad o una concesión graciosa. Por consiguiente, la emergencia en el constitucionalismo latinoamericano reciente del modelo de Estado plurinacional ofrece una diferencia institucional cualitativa, cuyos rendimientos, políticos y jurídicos, son manifiestos. En palabras del sociólogo de Coímbra, el nuevo Estado plurinacional, instalado en Bolivia y Ecuador, y su componente intercultural “no exige simplemente un reconocimiento de la diversidad, sino más bien la celebración de la diversidad cultural y el enriquecimiento recíproco entre las varias culturas en presencia”³².

Sin embargo, es importante hacer presente que la defensa de posiciones uniformadoras a nivel cultural no es una consecuencia lógica de una forma contingente de organización estatal; es una posición ideológica que se rebela ante un constitucionalismo contemporáneo, de más en más pluralista y poroso. Basta observar que los mismos gobiernos que defienden la diversidad cultural como una cualidad distintiva de la soberanía estatal frente a la globalización de los derechos culturales, internamente aplastan la rica variedad de culturas que coexisten en los territorios nacionales³³.

³⁰ SANZ MULAS, 2018, p. 43

³¹ Como explica la Corte Constitucional de Colombia, mientras los derechos *se fundamentan en normas transculturales, pretendidamente universales, que permitirían afianzar una base firme para la convivencia y la paz entre las naciones, el respeto de la diversidad supone la aceptación de cosmovisiones y de estándares valorativos diversos y hasta contrarios a los valores de una ética universal*, 30.05.1994, rol T-254/94.

³² SANTOS, 2012, p. 20

³³ SANTOS, 2009, p. 300. Como nos recuerda Bonilla (2006, pp. 80-108), el lenguaje hegemónico del constitucionalismo moderno ignora, excluye y suprime la diferencia cultural de diversas formas: a) cuando define al soberano como una comunidad de individuos homogéneos que mediante un acto voluntario y racional crean una Constitución; b) cuando se sostiene sobre la ficción de que las Constituciones se crean en momentos fundacionales y que estas son una condición previa para la democracia, pero no son parte de ella; c) cuando defiende que las instituciones políticas y jurídicas características de las Constituciones posrevolucionarias son expresión de un estadio superior de progreso social, económico y cultural; y d) cuando asocia artificialmente una nación con un solo Estado que, además, posee una sola autoridad central y uniforme, garantía de estabilidad política y orden interno. Véase, además, Tully, 1995, pp. 58-98.

Llegados a este punto conviene hacerse cargo de una cuestión que hemos venido posponiendo y que atraviesa la controversia constitucional examinada. ¿Es correcto suponer –como lo hace el TC– que necesariamente hay una contradicción entre los derechos *culturales* y *los derechos de género*?

Conviene partir destacando que los artículos impugnados de la Ley Pascua reenvían, entre otros delitos, a las figuras contempladas en el título VII del libro II del Código Penal, referido a los “crímenes y delitos contra el orden de las familias, contra la moralidad pública y contra la integridad sexual”. Es decir, abarcan figuras tales como la sodomía consentida, el aborto y el abandono de menores. Presentado esto, podríamos preguntarnos si es posible concebir hipótesis de derechos de género que resulten fortalecidos en su protección al considerar el factor cultural.

En sus dos presentaciones, el Consejo de Ancianos evocó explícitamente esta posibilidad respecto de las relaciones homosexuales consentidas. Este órgano afirmó que dichas prácticas no son objeto de reproche social en la tradición cultural polinésica mientras que sí lo son en la legislación penal chilena, la que sanciona las relaciones homosexuales masculinas consentidas entre mayores de edad y adolescentes con capacidad de consentimiento (art. 365 del Código Penal). Como es sabido, en su STC Rol 1683-10, el TC formuló varias consideraciones relativas al bien jurídico protegido en este injusto que parten del supuesto de que la práctica de la sodomía, independientemente de si media o no consentimiento, afecta la indemnidad y el desarrollo sexual de los varones adolescentes. No cabe duda de que tal visión estereotipada descansa en una concepción cultural de la sexualidad que ha predominado en Occidente desde el siglo XVIII. Suponiendo que lo que afirma el Consejo de Ancianos es cierto, es decir, que en la tradición polinésica no existe un reproche social a dichas prácticas, entonces, la pregunta acerca de la legitimidad de la atenuación de la punición que contempla la Ley Pascua para este delito resurge. Sin embargo, como hemos visto, el TC descartó tajantemente esta posibilidad. La rigidez de esta solución y sus efectos negativos en los derechos de la población homosexual masculina, permiten observar que el rechazo categórico de la relevancia penal de los derechos culturales en la determinación legal del umbral punitivo no es una afirmación neutra; antes bien es una afirmación ideológica que alienta la falsa creencia de que la ley penal chilena no tiene cultura.

Por último, es importante recalcar que la diversidad cultural no implica necesariamente una amenaza para los derechos de las mujeres y, sin su adecuada consideración, lo habitual es que los derechos de las mujeres pertenecientes a culturas minoritarias se fragilicen. De hecho, la omisión de la diversidad cultural puede tener efectos muy nocivos para las mujeres en los juicios penales. Ejemplo de lo anterior es el caso de Gabriela Blas, una mujer aymara que fue condenada a 12 años de privación de libertad por delito de abandono de menores con resultado de muerte, a raíz de que su hijo, de tres años, quien la acompañaba durante una faena de pastoreo, desapareció y fue encontrado muerto³⁴. En los dos juicios a los que ella fue sometida, los tribunales desecharon reiteradamente

³⁴ Dicho caso fue denunciado al Sistema Interamericano de Derechos Humanos y se zanjó mediante una solución amistosa ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en 2016.

las defensas basadas en la diversidad cultural que apuntaban al temprano involucramiento de los niños/as aymara en estas labores, realizadas en solitario por sus madres, en medio del altiplano, en condiciones de aislamiento y gran precariedad. Si bien el caso de Gabriela Blas corresponde a una hipótesis de *cultural defence* (una defensa en juicio penal fundada en motivos culturales), y no es un supuesto de reducción automática de la pena, la cuestión subyacente a ambos casos es la misma: la hipervaloración de un tipo de comportamiento en las culturas dominantes (un estándar cultural de maternidad, en el caso de Gabriela Blas) puede terminar por perjudicar a las mujeres pertenecientes a culturas minoritarias.

En síntesis, el respeto de la diversidad cultural puede poner en jaque los derechos de las mujeres, pero también es fundamental para la adecuada protección de sus derechos. En consecuencia, el acercamiento constitucional a estas cuestiones no puede configurarse mediante un enfoque de todo o nada. En la siguiente sección presentamos las bases conceptuales para una propuesta de abordaje.

III. EL TRASFONDO CONCEPTUAL DEL CONFLICTO Y UNA POSIBLE SOLUCIÓN TEÓRICA

La cultura juega un rol central en la construcción de la identidad y en nuestra concepción respecto de la naturaleza humana y de los derechos³⁵. Las sociedades y los individuos que las componen tienen diversas visiones acerca del sujeto, de suerte que el debate pertinente a la identidad humana constituye parte relevante de la historia del pensamiento moral. Asumimos cierta noción de la identidad humana cuando hablamos de derechos humanos, trato inhumano, humanidad, dignidad y naturaleza humana. Nuestras vidas son modeladas por incontables influencias sociales y construimos nuestra identidad personal reflexivamente, en relación con ellas. Nuestra identidad social preconfigura la identidad personal de múltiples formas. Al identificarnos con nuestros roles y relaciones sociales, estos se convierten en parte de nosotros. Así, nuestro sentido de identidad personal se expande hasta abarcar ambas dimensiones, vertebrándonos por medio de ellas. A su turno, al definirnos a nosotros y a los otros como seres humanos, nos autopercebimos, a la vez, como personas únicas, portadoras de identidades sociales singulares y, además, como una clase particular de agentes que comparten una humanidad común.

En la actualidad no se pone en duda que la cultura juega un papel central en la construcción de la propia identidad. Las personas demandan respeto hacia su cultura y las comunidades culturales, particularmente cuando son minoritarias y se ven amenazadas por la cultura hegemónica, reclaman protección para sí, por la vía de derechos colectivos. Este escenario plantea un desafío jurídico especialmente complejo: cómo articular la conexión entre la cultura y la agencia individual de modo tal que superemos

³⁵ PAREKH, 2008, pp. 8-31.

la dicotomía entre una aplicación universal de reglas insensibles a las diferencias y un esencialismo cultural relativista que opera como justificación de actos que nos repugnan.

La controversia referente a la Ley Pascua se sitúa en el centro de este problema al orbitar alrededor de la protección de los derechos de las mujeres Rapa Nui. Dichas mujeres son, al mismo tiempo, un grupo vulnerable por referencia a la cultura mayoritaria y un grupo potencialmente oprimido al quedar expuestas a situaciones de violencia normalizadas por razones culturales. Jurídicamente hablando, el desafío de estos casos radica en ofrecer mecanismos que permitan, por una parte, respetar la construcción de la propia identidad por referencia a horizontes identitarios y, por otra, aseguren la debida protección de grupos vulnerables para que el derecho a disentir dentro de la propia cultura esté canalizado institucionalmente de forma satisfactoria.

Una propuesta para abordar este problema consiste en la construcción de un modelo jurisdiccional culturalmente pluralista. Esta vía se hace cargo del primer aspecto que nos preocupa: el reconocimiento de la diferencia cultural y el derecho de las minorías nacionales a darse para sí su propio sistema jurídico o, al menos, introducir excepciones legales culturalmente justificadas. Pero, ese es solo la mitad del desafío. ¿Se puede atenuar la responsabilidad penal por razones culturales? ¿Se puede justificar la violencia sexual contra la mujer por medio de una jurisdicción intercultural? ¿Cómo debería implementarse una jurisdicción culturalmente pluralista para respetar la libre determinación de los pueblos indígenas, pero blindar a sus miembros más débiles de vulneraciones amparadas por la élite local? Cada una de estas preguntas envuelven cuestiones problemáticas que deben encararse apropiadamente.

La noción de ciudadanía edificada al interior de las democracias constitucionales liberales no es capaz de articular una respuesta satisfactoria para estas preguntas. Como una amplia literatura feminista³⁶ y multiculturalista³⁷ muestra, la concepción liberal de la ciudadanía estigmatiza a los grupos que no calzan en ella³⁸. Los derechos ideados para ese ciudadano que comparte ciertas propiedades abstractamente iguales no se acomodan a las necesidades de grupos diferenciados, pues demandan algo más que las tradicionales políticas redistributivas del Estado democrático de derecho³⁹.

Desde un punto de vista teórico, y tal como plantea Deveaux⁴⁰, los teóricos liberales se enfrentan a una disyuntiva compleja: mantener un modelo centrado en derechos individuales abstractos refractario a las diferencias culturales o reconocer la relevancia política de ciertas demandas de reconocimiento, minando, en parte, el modelo de los derechos. El tema que revisamos en este artículo se inserta en el corazón de esta encrucijada, pero agrega un elemento adicional, que la torna aún más difícil: reenvía a las

³⁶ SÁNCHEZ, 2002, p. 359.

³⁷ KYMLICKA, 2007, pp. 61-86; PAREKH, 2002, pp. 133-150; DE LUCAS, 2001, pp. 61-102; y BANTING y KYMLICKA, 2006, p. 9.

³⁸ SONG, 2007, p. 68; DELANTY, 2010; JACKSON, 2005; MODOOD, 2007; ZÚÑIGA, 2009 y 2010.

³⁹ KYMLICKA, 2002, pp. 327-376. Véase también FRASER, 2000, pp. 107-120; DELANTY, 2010, p. 59 y MODOOD, 2007, pp. 68-70.

⁴⁰ DEVEAUX, 2000, pp. 16-26; y 2006, pp. 54-88.

diferencias en el seno de los propios grupos minoritarios, es decir, a las dificultades que padecen las minorías al interior de las propias minorías.

Para ajustar el foco de análisis a la textura compleja de estas discusiones se ha debido avanzar a una comprensión más compleja de la cultura⁴¹ y de las prácticas culturales como espacios de disputa entre los miembros más vulnerables de las comunidades y los que controlan el poder al interior de estas⁴². El examen de las demandas de grupos culturales minoritarios, sobre todo tratándose de prácticas que refuerzan tradiciones que, a la luz de las normas del Estado democrático constitucional, pueden calificarse como discriminatorias⁴³, se vuelve crucial.

En casos como el de la Ley Pascua se requiere buscar un mecanismo de conciliación entre la vigencia de los derechos de las mujeres, como minoría al interior de las mismas minorías, que contribuya a superar la rigidez de las soluciones binarias⁴⁴. La clave es no dar cabida, *ex ante*, a los prejuicios de una cultura por sobre otra para argumentar, sin más, la subordinación categorial de todas las mujeres⁴⁵. En esa línea, un discurso feminista que, sin negar la importancia de la cultura, reconozca e identifique las condiciones particulares de subordinación femenina al interior de cada contexto cultural; y avance en la reivindicación de derechos de género estratégicos para una transformación *desde adentro*, parece ser una necesidad impostergable.

La propuesta para resolver problemas como el suscitado por la Ley Pascua, de acuerdo con estas coordenadas conceptuales, pasa por combinar tres propuestas teóricas moduladas entre sí: el modelo de las jurisdicciones multiculturales, las propuestas de liberativas culturalmente sensibles y una perspectiva *interseccional*.

El modelo de las *jurisdicciones multiculturales*, propuesto por Ayelet Shachar⁴⁶, parte de lo que la filósofa denomina la paradoja de la *vulnerabilidad multicultural*, esto es, la justificada reticencia feminista liberal ante la potencial opresión que, en nombre de los derechos de grupo, pueden sufrir las mujeres cuando los esfuerzos bien intencionados dirigidos a mejorar la autonomía de esos grupos y respetar la diversidad cultural pueden hacer más gravoso revertir las desigualdades de género o, incluso, profundizar la subordinación⁴⁷. La aspiración fundamental del modelo es lograr dejar atrás la paradoja logrando proteger a los grupos vulnerables por medio del entrecruzamiento de las jurisdicciones estatales y comunitarias desde una concepción dinámica de las culturas. Así

⁴¹ DEVEAUX, 2006, p. 1-22. El concepto sofisticado de cultura al que aludimos se compone de 4 elementos: a) la idea de la cultura como proceso (PHILLIPS, 2007b, pp. 15-29); b) el choque cultural como una distribución desigual del poder; c) el proceso de significación radica en los agentes, no en la cultura (DHAMOON, 2007, pp. 30-49); y d) las culturas tienen potestades normativas (SHACHAR, 2001, p. 2).

⁴² BENHABIB, 2002, p. 4 y PAREKH, 2006, pp. 336-338. Cfr. EINSENBURG Y SPINNER-HALEV, 2005).

⁴³ VILLAVICENCIO, 2014.

⁴⁴ En otra parte hemos analizado el caso de los acuerdos reparatorios aceptados en casos de violencia leve y no reiterada contra la mujer en comunidades mapuches (véase VILLAVICENCIO, 2018, pp. 105-121). También es un buen ejemplo el caso de Gabriela Blas (véase VILLAVICENCIO, 2017, pp. 355-387).

⁴⁵ SANDOVAL Y UNDURRAGA, 2012, p. 32.

⁴⁶ Cfr. VILLAVICENCIO, 2014.

⁴⁷ SHACHAR, 2001, pp. 4-10.

podrían justificarse las acomodaciones de la jurisdicción estatal que mejoran la posición de los grupos subordinados, mientras se amparan las diferencias culturales, generando condiciones para el cambio interno de la cultura y no agudizando su oposición hacia la comunidad dominante. Se institucionaliza una regla de no monopolio jurisdiccional y se asegura la elección individual, caso a caso, de la ley aplicable. De modo que, por ejemplo, una mujer indígena tendrá asegurado jurisdiccionalmente sus derechos individuales cuando escoja someterse a la jurisdicción estatal en vez de la costumbre indígena que, en su opinión, la discrimine. La idea es equilibrar, por un lado, el reconocimiento de la autonomía normativa cultural y, por otro, la operatividad de los mecanismos protectores de los derechos fundamentales básicos⁴⁸.

Dos críticas se ciernen sobre el modelo de Shachar. En primer lugar, podemos llegar a confundir la comprensión estratégica de cuestiones morales con aquello que por principio consideramos justo⁴⁹. Y, en segundo lugar, los procedimientos necesarios para institucionalizar la jurisdicción multicultural a veces corren el riesgo de provocar un derecho estamental, socavando la igualdad ante la ley⁵⁰. Si no se especifica la capacidad de los principios constitucionales para prevalecer en algún momento, es posible que no estemos resolviendo la paradoja de la vulnerabilidad multicultural, sino permitiendo su recirculación por el sistema jurídico⁵¹.

Las *propuestas deliberativas culturalmente sensibles*, por su parte, buscan revitalizar un diálogo intercultural que permita, desde una visión no reduccionista de la cultura⁵², la comparecencia de todos los grupos en igualdad de condiciones dialógicas en la esfera pública. Una cultura, desde su interior, nunca aparece como un todo homogéneo⁵³. Luego, no puede ser petrificada a costa de la autonomía de algunos de sus miembros impidiendo que estos cuestionen su pertenencia a la cultura. La cultura dejaría de ser, como nos asegura Parekh⁵⁴, permeable externamente, haciendo vano todo cuestionamiento respecto del modo en que debemos tratar a las minorías al interior de las minorías. Para esta clase de *propuestas deliberativas* no basta el derecho de salida, ya que traslada el peso del conflicto al individuo. Si la identidad cultural de verdad interesa a los sujetos, es muy probable que decidan permanecer en sus grupos desafiando a las élites locales⁵⁵. De este modo, la democracia deliberativa emerge como el modelo más adecuado para responder a nuestro desafío, caracterizándose por dos elementos claves: a) un marcado

⁴⁸ SHACHAR, 2001, p. 117 y PÉREZ DE LA FUENTE, 2004, pp. 423-425.

⁴⁹ Cfr. KUKATHAS, 2012, pp. 53-55.

⁵⁰ BENHABIB, 2002, p. 128.

⁵¹ BARRY, 2002, pp. 38-50.

⁵² Debe superarse una *sociología reduccionista de la cultura* fundada en premisas epistémicas falsas: a) afirmar que las culturas son claramente delineables; b) creer que es posible una descripción no controvertida de la cultura; y c) considerar que aun cuando las culturas y los grupos no se corresponden entre sí, esto no implica problemas para la política. BENHABIB, 2002, p. 4.

⁵³ BENHABIB, 2002, p. 4-5.

⁵⁴ PAREKH, 2006, pp. 295-338.

⁵⁵ PHILLIPS, 2007a, pp. 151-157 y SHACHAR, 2001, pp. 40-42.

énfasis en la esfera pública que es el lugar donde deben situarse las disputas culturales y donde ocurren las transformaciones políticas; y b) una defensa de la apertura de la agenda del debate público difuminando la distinción entre lo público y lo privado, entre lo que es de todos y lo que es solo propio de mi cultura⁵⁶.

Las *propuestas deliberativas culturalmente sensibles* parecen ser las más potentes, pero también presentan dificultades. Las más relevantes son las que se deducen de las objeciones generales que se hacen al modelo deliberativo: ¿quién ha de participar en la deliberación? ¿Quién se incluye, a quién se silencia y quién habla por quién? ¿Qué normas son supuestas por el esquema deliberativo y si son estas genuinamente compartidas o son excluyentes? ¿Cómo se conduce la deliberación? ¿Qué tipo de resultado debe ser el esperado?⁵⁷ Pero, más allá de las tensiones generales que afectan a estas propuestas, se mantiene la ambigüedad que aflige a propuestas como las de Parekh: esperar a que el debate fluya para que se haga más amigable no es algo que los grupos oprimidos podrían estar dispuestos a aceptar⁵⁸.

Tanto la tesis de las jurisdicciones multiculturales como las propuestas deliberativas han de ser moduladas con la perspectiva *interseccional*. La interseccionalidad⁵⁹ es un enfoque crítico que permite comprender la identidad de las personas en contextos diversos y a partir de las conexiones entre las estructuras de género, etnia y clase social, y la manera cómo la intersección de estas puede producir contextos complejos de desigualdades que pueden, a su vez, ser analizados en términos de poder por medio de distintos niveles⁶⁰. Para Anzaldúa, la etnia, la clase social y el género contribuyen en la manera como nos percibimos y cómo somos percibidos, jugando un papel constitutivo en la tarea de emprender la construcción de las identidades. De la lectura de Anzaldúa se desprende una crítica a las condiciones opresivas (para las mujeres) inherentes a los distintos sistemas culturales dominados por una supremacía de lo masculino. Estas condiciones son difíciles de separar en la medida que se constituyen como experiencias simultáneas de opresión: no podemos criticar el racismo, sin hacer referencia al sexismo y al clasismo, y viceversa⁶¹.

La *interseccionalidad* es, entonces, una alternativa a la política de la identidad que permite considerar las diferencias intragrupalas subvirtiéndolas separaciones entre género, etnia y clase social como elementos disyuntivos. Al hablar de diversidad cultural se busca resaltar la necesidad de entenderla a partir de su carácter constitutivamente interseccional. Como tal, la diversidad cultural constituye un fenómeno formado por distintas condiciones que la modelan conjuntamente de una forma que no puede ser

⁵⁶ BENHABIB, 2002, pp. 106-114 y DEVEAUX, 2000, pp. 138-179.

⁵⁷ DEVEAUX, 2005, pp. 344 y 345.

⁵⁸ DEVEAUX, 2005, pp. 360-361.

⁵⁹ Hemos revisado la idea de interseccionalidad en otro trabajo. Lo que se presenta aquí se basa en el artículo GARCÍA Y VILLAVICENCIO, 2016.

⁶⁰ ANTHIAS y YUVAL-DAVIS, 1992; ANTHIAS, 1998; ANDERSEN, 2006; McCall, 2005; y WINKER Y DEGELE, 2009.

⁶¹ ANZALDÚA, 1987.

definida *a priori*, poniendo de relieve su origen complejo y su interconexión con distintas condiciones de identificación y discriminación social. Esta postura se sustenta en el principio de que ninguna cultura debería ser reivindicada sin haber hecho conciencia de aquellos aspectos sexistas, racistas y clasistas que la constituyen.

Expuesto este modelo trifronte, quisiéramos ahora volver sobre el caso. Para hacerlo adecuadamente, nos parece útil hacer una distinción entre el reconocimiento del derecho propio de primer nivel, es decir, aquel que se verifica ante la justicia estatal; y el de segundo nivel, esto es, aquel que se cristaliza en una jurisdicción indígena propia⁶². Las normas que nos ocupan se enmarcan en el primer nivel, o sea, se trata de casos en que los órganos jurisdiccionales, para aplicar la legislación nacional a los pueblos indígenas, “deberán tomar debidamente en consideración sus costumbres o su derecho consuetudinario” (artículo 8 del Convenio 169) y sus “características económicas, sociales y culturales” (Artículo 10 del Convenio 169) reconocidas en los artículos 13 y 14 de la Ley Nº 16.441.

Hay en el caso que nos ocupa varios puntos problemáticos que nos demandan una perspectiva más dinámica que permita superar la lógica unidimensional del discurso de los derechos humanos y la tirantez no resuelta en el Convenio 169 entre el derecho propio y la promesa expansiva de los derechos fundamentales. En primer lugar, desde la esfera de los derechos humanos encontramos el derecho de todas las mujeres a no sufrir violencia de ninguna especie. La potencia transcultural de este derecho es indudable, por mucho que pueda ser modulada en cada situación concreta por razones culturales, religiosas o de otra índole. En segundo lugar, concurre la obligación de respetar los sistemas jurídicos de los pueblos indígenas con el fin de neutralizar el *asimilacionismo* característico del derecho estatal y reconocer, en cambio, la existencia de regímenes jurídicos pluralistas⁶³. En tercer lugar, se presenta la remisión a los derechos fundamentales por el propio Convenio 169 como límite a la aplicación del derecho propio. En cuarto lugar, observamos la clase social como un aspecto importante en el modo en que se evalúa un caso. Y, finalmente, el género aparece como relevante, sobre todo por la naturalización de la violencia contra las mujeres. ¿Habrà algún modo satisfactorio de administrar estas tensiones?

El dilema que tenemos entre manos se puede resumir en el choque entre la interdicción de la violencia entendida transcultural o culturalmente situada y cómo esa definición supone consecuencias normativas. Los factores que entran en juego son: la etnia, el género, la clase social, la pretensión hegemónica del discurso de los derechos humanos y la pluralidad de sistemas normativos. El planteamiento que se propone descansa –como ya se dijo– en la interseccionalidad y un modelo de jurisdicciones multiculturales deliberativamente situado.

El factor etnia ocupa un lugar importante en este asunto como consta de los discursos recogidos en el proceso. Aunque la opinión de las mujeres Rapa Nui (expresada en el *amicus curiae* presentado por Maroa) y la posición definitiva del Consejo de Ancianos,

⁶² MELIN *et al.*, 2016, pp. 71-86.

⁶³ AYLWIN *et al.*, 2013, pp. 416-417.

no difieren respecto del hecho de que la cosmovisión Rapa Nui no valida la violencia de género, las mujeres Rapa Nui no parecen estar conformes ni con la justicia estatal ni con la justicia propia. Reclaman la necesidad de un diálogo desde la propia identidad que las constituye doblemente como mujeres e indígenas. Se reconocen a sí mismas como un grupo triplemente vulnerable por razones étnicas, de género y sociales. En nuestra opinión, resulta clara la necesidad de avanzar hacia el reconocimiento de una jurisdicción pluralista indígena de segundo nivel de carácter voluntaria para la mujer, en el marco de una interpretación interseccional del derecho propio sustentada en una distribución transcultural de las condiciones que aseguran la participación en las decisiones colectivas. Chile debería avanzar “hacia una justicia más respetuosa de los sistemas sancionatorios propios de los pueblos indígenas. Cuestión que no sería incompatible con el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, ya que –debido a que ninguna cultura es estática– estos derechos pueden perfectamente formar parte, ser interpretados a la luz de su cosmovisión y llegar a ser una realidad dentro de sus propios métodos de resolución de conflictos”⁶⁴.

IV. CONCLUSIONES

Atendido el estado actual de reconocimiento y protección de la diversidad cultural en el derecho internacional de los derechos humanos, es innegable que este tiene relevancia para el sistema chileno, incluyendo la ley penal. No obstante, los eventuales conflictos con otros derechos o bienes jurídicos deben ser resueltos recurriendo a un examen de ponderación. La armonización de la diversidad cultural con los derechos de las mujeres no es sencilla, pero su abordaje no puede consistir en un enfoque de todo o nada, en la que de entrada se supedita la una a la otra o viceversa. Proponemos que un correcto abordaje de estas cuestiones requiere:

1. Conceptualmente, una visión que pueda hacerse cargo de la paradoja de la vulnerabilidad cultural alcanzando un equilibrio triple: a) el reconocimiento de las potestades normativas de las comunidades indígenas; b) el reconocimiento de una jurisdicción multicultural que permita escoger caso a caso la legislación aplicable; y c) la distribución para todas y todos de los derechos básicos liberales que salvaguarden la deliberación⁶⁵. Cumplidas las condiciones anteriores, podemos esperar que los individuos que pertenecen a la comunidad dominante y la minoritaria se conciban como agentes morales cuya identidad tiene una afiliación plural permitiendo que tanto el grupo dominante como los grupos minoritarios se influyan recíprocamente⁶⁶. Es indispensable que las demandas interculturales

⁶⁴ VILLEGAS Y MELLA, 2017, p. 163.

⁶⁵ Cfr. VILLAVICENCIO, 2014.

⁶⁶ Cfr. SHACHAR, 2001, p. 118.

liberen su potencial conflictivo en la esfera civil pública mediante el diálogo y la negociación⁶⁷.

2. Tratar a las mujeres con igual consideración y respeto, lo que excluye soluciones del tipo *todo o nada*. Debemos transitar desde posturas que esencializan las culturas a una propuesta que comience por dejar de hablar en nombre de las mujeres. La posible vulneración de sus derechos no reposa, necesariamente, en la cultura en que se insertan, sino habitualmente en los agentes –hombres– que lideran esos grupos y que aseguran representarlas para, en realidad, mantener el control. El control también puede provenir de los Estados y los organismos internacionales que, aun bien inspirados, se enfocan en concederles derechos heterónomamente.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDERSEN, Margaret, 2006: "Race, gender, and Class Stereotypes: New Perspectives on Ideology and Inequality", *Revista Norteamérica*, volumen 1, Nº 1, pp. 69-91.
- ANTHIAS, Floya y YUVAL-DAVIS, Nira, 1992: *Racialized Boundaries: Race, Nation, Gender, Colour and Class and the Anti-Racist Struggle*, Londres: Routledge.
- ANTHIAS, Floya, 1998: "Rethinking Social Divisions: Some Notes towards a Theoretical Framework", *Sociological Review*, 46, 3, pp. 505-535.
- ANZALDÚA, Gloria, 1987: *Borderlands / La Frontera: The New Mestiza*, San Francisco: Aunt Lute Books.
- AYLWIN, José, MEZA-LOPEHANDÍA Matías y YÁÑEZ, Nancy, 2013: *Los pueblos indígenas y el derecho*, Santiago: LOM.
- BANTING, Keith y KYMLICKA, Will, ed. *Multiculturalism and the Welfare State: Recognition and Redistribution in Contemporary Democracies*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- BARRY, Bryan. *Culture and Equality. An Egalitarian Critique of Multiculturalism*, Cambridge-Massachusetts: Harvard University Press, 2002.
- BENHABIB, Seyla, 2002: *The Claims of Culture. Equality and Diversity in the Global Era*, Princeton: Princeton University Press.
- BONILLA, Daniel, 2006: *La constitución multicultural*, Bogotá: Siglo del Hombre Editores.
- CARNEVALI, Raúl, 2007: "El multiculturalismo: un desafío para el Derecho penal moderno", *Revista de Política Criminal*, Nº 3, A6, pp. 1-28.
- CRENSHAW, Kimberle, 1991: "Mapping the Margins: Intersectionality, Identity Politics, and Violence against Women of Color", *Stanford Law Review*, volumen 43, nº 6, pp. 1241-1299.
- DE LUCAS, Javier, 2001: "La(s) sociedad(es) multicultural(es) y los conflictos políticos y jurídicos", *Cuadernos de derecho judicial*, volumen 6, pp. 59-102.
- DELANTY, Gerard, 2010: *Community* (2ª edición), Abingdon: Routledge.
- DEVEAUX, Monique, 2000: *Cultural Pluralism and Dilemmas of Justice*, Nueva York: Cornell University Press.
- DEVEAUX, Monique, 2005: "A Deliberative Approach to conflicts of culture", en Avigail Einsenber y Jeff Spinner-Halev (editores), *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 340-362.

⁶⁷ BENHABIB, 2002, p. 115.

- DEVEAUX, Monique, 2006: *Gender and Justice in Multicultural Liberal States*, Oxford: Oxford University Press.
- DHAMOON, Rita, 2007: "The politics of Cultural Contestation", en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (editoras), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Londres-Nueva York, Routledge, pp. 54-95
- EINSENBURG, Avigail y SPINNER-HALEV, Jeff (editores), 2005: *Minorities within Minorities. Equality, Rights and Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FERNÁNDEZ Cruz, Ángel, 2015: El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿La legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, volumen 17, N° 1, pp. 51-99. Disponible en: <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2062> [Fecha de consulta: 28.4.2021].
- FRASER, Nancy, 2000: "Rethinking Recognition", *New Left Review*, N° 3, pp. 107-120.
- GARCÍA, Sabina y VILLAVICENCIO, Luis, 2016: "Alcances y límites del multiculturalismo liberal desde un enfoque de género interseccional", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, volumen 23, N° 72, pp. 13-38.
- JACKSON, Jeniffer, 2005: *Minority Rights*, Cambridge: Polity Press.
- KUKATHAS, Chandran, 2012: "Exit, freedom and gender", en Dagmar Borchers y Annamari Vitikainen (editores), *On Exit: Interdisciplinary Perspectives on the Right of Exit in Liberal Multicultural Societies*, Berlín: Walter de Gruyter, pp. 56-34.
- KYMLICKA, Will, 2002: *Contemporary Political Philosophy. An Introduction* (2ª edición), Oxford: Oxford University Press.
- KYMLICKA, Will, 2007: *Multicultural Odysseys. Navigating the New International Politics of Diversity*, Oxford: Oxford University Press.
- MCCALL, Leslie, 2005: "The Complexity of Intersectionality", *Signs: Journal of Women in Culture and Society*, volumen 30, N° 3, pp. 1771-1800.
- MELIN, M., COLIQUEO, P., CURIHUINCA, E., y ROYO, M., 2016: *Azmapu: una aproximación al sistema normativo mapuche desde el Rakizum y el derecho propio*, Temuco: Instituto Nacional de Derechos Humanos.
- MODOOD, Tariq, 2007: *Multiculturalism. A Civic Idea*, Cambridge: Polity Press.
- OKIN, Susan, 1998: "Feminism and Multiculturalism: Some Tensions", *Ethics*, volumen 108, N° 4, pp. 661-684.
- PAREKH, Bhikhu, 2002: "Barry and the dangers of liberalism", en Paul Kelly (editor), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Cambridge: Polity Press, pp. 133-150.
- PAREKH, Bhikhu, 2006: *Rethinking Multiculturalism. Cultural Diversity and Political Theory* (2ª edición), Londres: Palgrave Macmillan.
- PAREKH, Bhikhu, 2008: *A New Politics of Identity. Political Principles for an Interdependent World*, Londres: Palgrave MacMillan.
- PÉREZ DE LA FUENTE, Oscar, 2004: "Indígenas y derechos colectivos: ¿es el multiculturalismo malo para las mujeres?", *Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 13, pp. 399-430.
- PHILLIPS, Anne, 2007a: *Multiculturalism without Culture*, Princeton: Princeton University Press.
- PHILLIPS, Anne, 2007b: "What is 'culture'?", en Barbara Arneil, Monique Deveaux, Rita Dhamoon y Avigail Eisenberg (editores), *Sexual, Justice/Cultural Justice. Critical perspectives in political theories and practice*, Londres: Routledge, pp. 15-29.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2008: "El juicio de ponderación constitucional", en Miguel Carbonell (Ed.) *El principio de proporcionalidad y la interpretación constitucional*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos Ecuador, pp. 85-124.

- SÁNCHEZ, Cristina, 2002: "Feminismo y ciudadanía", en Elías Díaz y José Luis Colomer (editores), *Estado, justicia, derechos*, Madrid: Alianza, pp. 347-370.
- SANZ MULAS, Nieves, 2018: *Delitos culturalmente motivados*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- SANDOVAL, Marcela y UNDURRAGA, Verónica, 2012: "Mujeres y ciudadanía: revisiones conceptuales y estrategias políticas. ¿Qué significa ser ciudadana hoy en América Latina?", *Iniciativa Latinoamericana para el avance de los derechos humanos de las mujeres II. Mujeres, Ciudadanía y Multiculturalismo*, Santiago: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, 2012: "Cuando los excluidos tienen derecho: justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad", en Boaventura de Sousa Santos y José Exeni Rodríguez. *Justicia indígena, plurinacionalidad e interculturalidad en Bolivia*. vol. 27, La Paz: Abya-Yala / Fundación Rosa Luxemburgo, pp. 11-48.
- SANTOS, Boaventura de Sousa Santos, 2009: *Sociología jurídica crítica. Para un nuevo sentido común en el Derecho*, Madrid: Trotta.
- SHACHAR, Ayalet, 2001: *Multicultural Jurisdictions. Cultural Differences and Women's Rights*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SONG, Sarah, 2007: *Justice, Gender, and the Politics of Multiculturalism*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SQUIRES, Judith, 2006: "Culture, Equality and Diversity", en Paul Kelly (editor), *Multiculturalism Reconsidered. Culture and Equality and its Critics*, Cambridge, Polity Press, pp. 114-132.
- TULLY, James, 1995: *Strange Multiplicity: Constitutionalism in the Age of Diversity*, Cambridge: Cambridge University Press.
- VILLAVICENCIO, Luis, 2014: "Minorías étnico-culturales y derechos de las mujeres", *Revista de Ciencia Política (Santiago)*, volumen 34, Nº 3, pp. 605-621.
- VILLAVICENCIO, Luis, 2017: "Interculturalidad, derechos de la infancia y Constitución", en Anuar Quesille (editor), *Constitución política e infancia: Una mirada desde los derechos de los niños, niñas y adolescentes en Chile*, Santiago, UNICEF, pp. 355-387
- VILLAVICENCIO, Luis, 2018: "Toward a Multicultural Jurisdiction in Chile: The Case of Mapuche Women", en Pablo Marshall (editor), *Citizenship and Disadvantaged Groups in Chile*, Londres: Lexington, pp. 105-121.
- VILLEGAS, Myrna y MELLA, Eduardo, 2017: *Cuando la costumbre se vuelve ley: la cuestión penal y la pervivencia de los sistemas sancionatorios indígenas en Chile*, Santiago: LOM.
- WINKER, Gabriele y DEGELE, Nina, 2009: *Intersektionalität: Zur Analyse sozialer Ungleichheiten*, Bielefeld: Transcript Verlag.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2009: "La 'generización' de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXII, Nº 2, pp. 39-64.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2010: "Ciudadanía y género. Representaciones y conceptualizaciones en el pensamiento moderno y contemporáneo", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, volumen 17, Nº 2, pp. 133-163.

Jurisprudencia citada

- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución de 31 de agosto de 2010, en Caso Rosendo Cantú y otra *vs.* México, Serie C No216.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución de 30 de agosto de 2010, en Caso Fernández Ortega y otros *vs.* México, Serie C No 215.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, resolución de 27 de junio de 2012, en Caso Pueblo Indígena Sarayaku *vs.* Ecuador.

CORTE CONSTITUCIONAL COLOMBIANA, resolución de 30 de mayo de 1994, sentencia No. T-254/94.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, resolución de 29 de enero de 2010, rol 8792-20.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, resolución de 4 de enero de 2011, rol 1683-10.

Análisis de la expulsión de los extranjeros en Chile desde 2012 a 2020

Martina Cociña Cholaky*

RESUMEN

Bajo el marco de la “crimigración” se examina la expulsión de extranjeros en Chile, tanto como sanción administrativa y pena judicial, desde el 2012 hasta la actualidad, delineando el derrotero que ha seguido el esquema sancionatorio. Se indaga cómo esta medida ha evolucionado según el tipo de expulsión, su concreción, las nacionalidades y el territorio en que se concentran. Examinado los datos, se observa que en Chile las deportaciones han aumentado en los últimos años, especialmente las que operan como sustitución de pena, así se constata un giro en la política, caracterizado por la preponderancia de las expulsiones judiciales, las que cuentan con un alto nivel de concreción en comparación con las administrativas. Mientras las deportaciones administrativas materializadas disminuyen desde el 2018, las órdenes de expulsión administrativas se incrementan considerablemente. Este bajo nivel de ejecución, junto con la fuerte alza de las denuncias por ingreso clandestino, produce un aumento considerable de los sujetos expulsables, imponiendo una gobernanza que más que expulsar, precariza los flujos migratorios.

Expulsión; inmigración; Chile

Analysis of the expulsion of foreigners in Chile from 2012 to 2020

ABSTRACT

Under the framework of criminalization, the expulsion of foreigners in Chile is examined, both as an administrative sanction and judicial penalty, from 2012 to the present, outlining the course that the sanctioning scheme has followed. It is investigated how this measure has evolved according to the type of expulsion, its specificity, the nationalities and the territory in which they are concentrated. Examining the data, it is observed that in Chile deportations have increased in recent years, especially those that operate as a substitution of punishment, thus a shift in politics is verified, characterized by the preponderance of judicial expulsions, which have a high level of specificity compared to the administrative ones. While materialized administrative deportations have decreased since 2018, administrative expulsion orders have increased considerably, this low level of execution, together with the sharp rise in complaints for clandestine entry, produces a considerable increase in expellable subjects, imposing a governance that is more What to expel makes migratory flows more precarious.

Expulsion; immigration; Chile

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Máster en Criminología, Política Criminal y Sociología Jurídico Penal y Doctora en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona, España. Investigadora posdoctoral, Universidad de O'Higgins, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9239-1373>. Correo electrónico: martinacoci@gmail.com

Artículo recibido el 3.3.2021 y aceptado para su publicación el 28.9.2021.

I. INTRODUCCIÓN

Chile históricamente ha recibido inmigración internacional de personas, la que ha experimentado un importante incremento en las últimas dos décadas, pasando de constituir el 1,2% de la población en 2002 a alcanzar el 7,8% en 2019, según estimación del Departamento de Extranjería y Migración (DEM) y el Instituto Nacional de Estadísticas (INE), porcentaje que se traduce en 1.492.522 personas¹. Esta relevante alza en los flujos se concentra en los últimos años, pues como registra el censo del 2017 los inmigrantes eran 746.465², es decir, en dos años (de 2017 a 2019) su número se incrementa en 100%.

La eclosión migratoria que se ha producido en Chile es esencial a la hora de evaluar la política de expulsiones de extranjeros adoptada desde el 2012 a la actualidad, y asimismo la especificación territorial es medular al examinar las deportaciones, ya que el nivel de deportación varía según el territorio, de allí que el elemento espacial junto con la diferenciación entre los colectivos sea fundamental al explorar la gobernanza migratoria. Al respecto, aunque las principales comunidades de inmigrantes han variado en los últimos años, siguen siendo, en su mayoría, intrarregionales (31% de Venezuela, 16% de Perú, 13% de Haití, 11% de Colombia y 8% de Bolivia³). Los migrantes no se asientan de igual modo en Chile, sino que en términos absolutos la “Región Metropolitana concentra la mayoría de la población extranjera residente en el país, con alrededor del 60%”⁴, no obstante, representan el 11% de su población regional, mientras que, en el norte, los extranjeros constituyen el 19% en la Región de Tarapacá y 15% en la Región de Antofagasta, por el contrario, en el centro-sur de Chile (de la Región de Ñuble a la Región de Los Ríos) no superan el 2%⁵.

Para analizar el derrotero seguido por el sistema de deportación de extranjeros en Chile, en primer lugar, se expone la regulación migratoria y las modificaciones normativas más relevantes, luego se configura el marco analítico en el que se desarrolla esta sanción, para en tercer lugar, examinar los tipos de expulsiones reconocidas en la normativa, dando cuenta de su consagración legal. Establecido lo anterior, se analiza empíricamente la evolución del sistema de deportación en Chile desde el 2012 (año en que se introduce en el sistema punitivo la expulsión como pena sustitutiva a la privación de libertad), especificando por tipo de deportación, grado de cumplimiento, territorio y nacionalidad.

¹ INE y DEM, 2020, p. 18.

² INE, 2018, p. 17.

³ INE y DEM, 2020, p. 3

⁴ *Ibid.*

⁵ Cálculo efectuado considerando datos de INE, 2019 e INE y DEM, 2020.

II. METODOLOGÍA

Para desarrollar la investigación se ha empleado la metodología de la reflexión crítica, la que conlleva analizar bibliografía, normativas, políticas, estadísticas, iniciativas legales y otros documentos. Esta metodología no necesariamente implica “investigar con otros sujetos, o si lo hace, es probable que no más se estudien una pequeña parte de los sujetos y que la mayoría del trabajo de investigación consista en el análisis de textos y otros documentos”⁶. En este caso, se revisó la regulación vigente y publicada, la literatura especializada, los informes publicados referentes a la materia y seminarios efectuados al respecto.

Lo anterior se complementó con un análisis estadístico descriptivo de fuentes secundarias: de expulsiones administrativas y judiciales dictadas y ejecutadas desde el 2012 hasta la actualidad, y de denuncias por ingreso clandestino, distinguiendo por nacionalidad. Esta información de carácter cuantitativo se corresponde con bases de datos de la Policía de Investigaciones (PDI) y del Poder Judicial, obtenida mediante solicitudes de acceso a la información pública conforme a la Ley de Transparencia 20.285⁷.

Para complementar el análisis se efectuaron entrevistas semiestructuradas a informantes claves, los que fueron seleccionados por su conocimiento y experticia en la temática (tres académicos, tres jueces de la República, dos defensores públicos, un fiscal y un ministro de un tribunal superior de justicia). Las entrevistas se realizaron vía telemática en noviembre de 2020, siguiendo los protocolos y resguardos éticos correspondientes. Los nombres de los entrevistados se han anonimizado con el objeto de resguardar la confidencialidad que exige la ética de investigación en Ciencias Sociales, de allí que se alude al cargo para entender el lugar de enunciación del informante.

III. MARCO NORMATIVO MIGRATORIO

Aunque Chile ha experimentado un considerable crecimiento de los flujos de personas, el marco regulatorio no ha sufrido mayores modificaciones hasta el 20 de abril de 2021, fecha en que se publicó la Ley 21.325 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. La “Ley de migración y extranjería” entrará en vigor una vez publicado su reglamento, por tanto, aún sigue vigente el Decreto Ley 1.094 de 1975 del Ministerio del Interior (DL 1094), el que se derogará cuando entre en vigor la nueva normativa, según establece su artículo 175.

El DL 1094 ha sido criticado por su anacronismo, por estar imbuido de la Doctrina de la Seguridad Nacional, contar con un amplio margen de discrecionalidad y por su

⁶ HUDSON, 2011, p. 330.

⁷ Solicitudes a PDI: AD010T0011223 de octubre 2020 y AD010T0011863 de 8 de febrero de 2021; y derivación al Poder Judicial por ordinario N° 834 de la PDI.

carácter restrictivo: principalmente regula el ingreso y egreso de extranjeros, norma su acceso al mercado laboral y administra sanciones⁸.

El 20 de mayo de 2013 se inicia un “Proyecto de Ley de Migración y Extranjería” (Boletín N° 089-361), por mensaje del Presidente de la República, en que se señaló: “Dificultad para la expulsión: Pese a la lógica de seguridad nacional imperante, expulsar a un extranjero puede ser una empresa difícil, incluso aunque la culpabilidad del mismo esté debidamente probada, o si se constató que ingresó en forma clandestina (...) Un régimen abierto a las oportunidades de la migración solo cobra sentido si es posible expulsar, en forma expedita, a quienes se haya acreditado que atenten contra el bien común”⁹. De este modo, reconociendo la dinámica de seguridad, el Mandatario planteó que es esencial efectuar la rápida deportación de extranjeros que quebranten el bien común. Esta narrativa que enfatiza la amenaza que podrían implicar ciertos flujos de personas se utilizó para afirmar que una de las deficiencias de la actual normativa estaría dada por la dificultad de expulsión, ello a pesar de que investigaciones acerca de la materia dan cuenta que “muy probablemente, Chile tiene el modelo de deportación más consolidado y de mayor alcance de Sudamérica”¹⁰.

El proyecto presentado por el presidente Piñera y cuya tramitación ha concluido por la publicación de la Ley 21.325, adolecía de falencias, referidas en gran medida a su razonamiento securitario¹¹, en este sentido, “compiten las visiones que resaltan la dimensión de seguridad nacional frente a la de derechos, énfasis que se quiere verter en el proyecto de ley de migración”¹². Por lo que a fines de 2020 se dedujo un requerimiento de inconstitucionalidad, el que se fundamentó en que dicha iniciativa institucionalizaba la excepcionalidad, lesionaba estándares constitucionales e internacionales, erigiéndose en contradicción con la protección de los derechos de los migrantes, en especial considerando que la Constitución no hace diferencias entre extranjeros y nacionales. Sin embargo, las normas impugnadas fueron parcialmente acogidas¹³; específicamente, en materia de expulsión se dictaminó que “el afectado podrá ser privado de libertad únicamente para hacer efectiva la expulsión por un plazo máximo de cuarenta y ocho horas” (artículo 134 de la Ley 21.325).

La Ley de migración y extranjería, a diferencia del marco normativo vigente, explícitamente estipula que “la migración irregular no es constitutiva de delito” (artículo 9), lo que implica un cambio sustancial en torno a consagrar la no criminalización de los flujos irregulares. La Ley 21.235 en su VIII Título regula de manera extensa el sistema de deportación chileno (noción, procedencia, revocación, suspensión y ejecución), reconociendo la expulsión, como una “medida impuesta por la autoridad competente consistente en decretar la salida forzada del país del extranjero” (artículo 126) configurando amplias

⁸ Véase STEFONI, 2011, LAGOS y ROJAS, 2014, QUINTEROS, 2016, STANG, 2016 y THAYER, 2017.

⁹ Mensaje, p. 6, Disponible en <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmid=>

¹⁰ Brandariz, Dufraix y Quinteros, 2018, p. 753.

¹¹ Véase OLEA, 2013 y pronunciamiento de 18 organizaciones. Disponible en <https://www.probono.cl/wp-content/uploads/2019/04/detalle-propuestas.pdf>

¹² OYARZÚN, ARANDA y GISSI, 2021, p. 93

¹³ Tribunal Constitucional, 29.1.21, rol 9930-20.

facultades para su dictación (artículos 127 y 128) y criterios que deben considerar el Servicio Nacional de Migraciones (artículo 129), asimismo explicita la prohibición de expulsiones colectivas (artículo 130) y la reconducción o devolución inmediata sin control judicial (artículo 131). Esto último posibilitaría lo que se ha denominado “deportaciones en caliente”¹⁴, una medida criticada debido a que da “lugar a violaciones de los derechos humanos incompatibles con las obligaciones que incumben a los Estados en virtud del derecho internacional de los derechos humanos”¹⁵.

A pesar de sus diferencias, tanto la normativa vigente como la nueva ley, instituyen la expulsión de extranjeros como sanción en caso de contravención normativa, estableciendo un amplio catálogo de procedencia, configurando en términos regulatorios un potente dispositivo que se despliega en un sistema de control administrativo y punitivo sobre la población migrante, tal como se desarrollará a continuación.

IV. MARCO TEÓRICO

Crimigration es un concepto acuñado por Stumpf en el 2006¹⁶ para describir la asociación del derecho penal y el control migratorio; aunando los términos criminalización y migración explica cómo en el contexto estadounidense se fusiona el derecho punitivo y migratorio, elaborando políticas que vinculan el control de fronteras con el sistema punitivo, asimilando las sanciones de extranjería a las penales. Bajo esta perspectiva, se crean e imponen regulaciones que “refuerzan la deportabilidad de personas extranjeras que cometen delitos, como asimismo la puesta en marcha de políticas que vinculan estrechamente el control de fronteras con el sistema penal”¹⁷. De este modo, el derecho penal es instrumentalizado para efectos de control migratorio¹⁸.

A la luz de la “crimigración”, la doctrina ha analizado si el sistema de deportación chileno se atiene a este paradigma¹⁹, concluyendo que la consolidación de las expulsiones judiciales frente a las deportaciones administrativas no solo daría cuenta de la obsolescencia del DL 1094, sino de que Chile se inserta dentro de los países que se atienen a la política de la “crimigración”. Una dinámica que produce la criminalización de las infracciones administrativas, sancionando penalmente faltas como el ingreso clandestino y promoviendo una política de expulsiones como respuesta a la contravención migratoria. Bajo esta perspectiva, “el lente puesto en la “ilegalidad” y la “irregularidad” legítima, y justifica la incorporación de las migraciones como una cuestión de seguridad”²⁰.

¹⁴ Véase seminario “Expulsiones colectivas: situación en Chile y estándares internacionales migración”. Disponible en <https://www.youtube.com/watch?v=hL5t-wldk8Q>.

¹⁵ GONZÁLEZ, Felipe, 2021: “Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (A/HRC/47/30)”. Disponible en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_47_30_S.pdf

¹⁶ Véase STUMPF, 2006.

¹⁷ BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018, p. 741.

¹⁸ Véase DE GIORGI, 2012, QUINTEROS, 2016 y BRANDARIZ y FERNÁNDEZ BESSA, 2017.

¹⁹ Véase QUINTEROS, 2016, BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018 y SILVA, 2020.

²⁰ MAGLIANO y CLAVIJO, 2011, p. 157.

La irregularidad actuaría como indicador de la peligrosidad social del sujeto, así, la mera presencia de extranjeros en dicha situación se configuraría como una amenaza, siendo que como afirma Campesi, la “irregularidad no es sino la divergencia entre la autorización del Estado para atravesar la frontera y la presencia de un individuo en el territorio en ausencia de un título de legitimación. Se trata, en consecuencia, de una violación de las normas que disciplinan el acceso al territorio del Estado; una típica infracción sin víctimas que ha sido progresivamente elevada al rango de amenaza a la seguridad”²¹. De esta forma “partiendo de la variable fundamental de la carencia de ciudadanía, se introducen elementos que construyen una imagen social no ya de alteridad, sino de potencial ilegalidad permanente”²²; así, se produce una tensión irresoluble, entre el ejercicio de control y vigilancia sobre quienes se desplazan: “‘crimigración’, deportabilidad, expulsión, racialización, irregularidad”²³. En efecto, los extranjeros son definidos en términos de seguridad y orden, y la migración irregular se “criminaliza de tal manera que los discursos de poder lo posicionan en un mismo nivel que el contrabando y narcotráfico por el hecho de considerarlas como transgresiones a la soberanía”²⁴. Este enfoque se visualiza especialmente en el último tiempo en Chile, en declaraciones de autoridades que sustentándose en la ecuación irregularidad-criminalidad subrayan la deportación como único camino, por ejemplo, el ministro de Relaciones Exteriores, en septiembre de 2020 afirmó que “las personas que están ingresando clandestinamente al país están cometiendo un delito, y, en consecuencia, lo que correspondería es que hubiera procedimientos expeditos para expulsar a dichas personas del país”²⁵. Relato que es coincidente con los dichos proferidos un mes después por el entonces ministro del Interior, quien aseguró que “la inmigración clandestina y quienes vienen a cometer delitos y crímenes a nuestro país es absolutamente rechazable y condenable”, agregando que “condenamos el ingreso clandestino, condenamos con mucha fuerza a los extranjeros que delinquen en nuestro país, ambos van a ser expulsados, y vamos a trabajar en esa línea”²⁶. En este punto cabría evaluar si los discursos de la Administración se atienen a una retórica de criminalización de la migración que emplea la deportación como medio, hay investigaciones que apuntan en este sentido²⁷, pero indagar aquello requiere un desarrollo que rebasa los límites de este trabajo.

²¹ CAMPESI, 2012, p. 7.

²² BRANDARIZ y FERNÁNDEZ-BESSA 2008, p. 6.

²³ DOMENECH, GIL y TORRANO 2016, p. 3.

²⁴ ITURRA, 2018, p. 381.

²⁵ Véase “Gobierno anuncia mayor control de fronteras ante aumento de migrantes ilegales al país”. Disponible en <https://www.goretarapaca.gov.cl/gobierno-anuncia-mayor-control-de-fronteras-ante-aumento-de-migrantes-ilegales-al-pais/>

²⁶ Véase “56 extranjeros son expulsados del país por diversos delitos”. Disponible en <https://www.subinterior.gob.cl/noticias/2020/10/14/56-extranjeros-son-expulsados-del-pais-por-diversos-delitos/>

²⁷ Véase BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018, específicamente el examen que realizan de la funcionalidad de la expulsión en Chile, en términos simbólicos.

V. EXPULSIÓN DE EXTRANJEROS EN CHILE

El sistema de deportación chileno es mixto, es decir, opera tanto como medida administrativa y como sanción penal.

1. *Expulsión administrativa*

Es la sanción más gravosa que puede imponer la autoridad administrativa frente a alguna infracción como mantenerse en Chile no contando con la autorización requerida, ejercer una actividad laboral sin poseer el permiso necesario, tener la visa vencida, incurrir en fraude al celebrar un contrato de trabajo, entre otros. El DL 1094 estipula que la expulsión procede en diferentes supuestos (artículos 62, 67, 70 a 72 y 154); en efecto, las deportaciones dictadas por el Ministerio del Interior se justifican por un amplio catálogo de motivos que van desde exceder del plazo de turismo hasta quienes fomenten doctrinas que tiendan a destruir o alterar por la violencia, el orden social del país o su sistema de gobierno.

Al extranjero se le debe notificar la resolución, para que pueda presentar sus reparos; si estos no son acogidos, la PDI lo debe detener y, en 24 horas debiese estar rumbo a su nación de origen. La normativa no establece una instancia de audiencia previa donde el afectado pueda ser oído, además si bien es posible impugnar la expulsión emanada del Ministerio del Interior mediante el recurso de reclamación ante la Corte Suprema, este se debe interponer dentro de 24 horas; un plazo excesivamente breve, por lo mismo, tal como sostuvo uno de los defensores entrevistados, “casi no se usa, y una de las pocas veces que se utilizó se rechazó por extemporáneo”. De ahí que el derecho de acceder a la justicia se encuentra disminuido, ya que únicamente se puede recurrir del decreto de expulsión mediante un recurso de única instancia ante el máximo tribunal. Tampoco es posible rendir prueba testimonial y durante su tramitación el afectado podrá permanecer privado de libertad, lo que no es decretado por un juzgado, sino por la autoridad administrativa.

Se ha criticado esta sanción por su discrecionalidad, por su plazo indefinido (fija una prohibición perpetua de ingreso) y por las irregularidades que se han denunciado²⁸; en este sentido, “además de la falta de regulación, se infringen varias garantías mínimas del debido proceso como son la defensa técnica especializada, la provisión de intérpretes y traductores y la información sobre el aviso consular, entre otras”²⁹; así revela la “inexistencia absoluta del reconocimiento de los estándares internacionales en materia de debido proceso”, y acusa que en la potestad de expulsión “existe una evidente contradicción, pues donde la administración del Estado aplica una sanción de las de mayor gravedad se le entrega también la más alta discrecionalidad”³⁰. Las instancias

²⁸ ANDRADE, 2020, p. 100.

²⁹ LAWSON y RODRÍGUEZ, 2016, p. 224.

³⁰ *Ibid.*, 2016, p. 237.

internacionales han recomendado al Estado adecuar sus prácticas al debido proceso, lo que se ha visualizado en distintos informes³¹. No obstante, como asevera Quinteros, la manera en que el Estado chileno controla la entrada y la permanencia de los foráneos, cada vez más se asemeja al proceso punitivo, aunque sin los estándares legales de este, como la presunción de inocencia y el debido proceso³², de ahí que sean dispositivos que tiendan a converger, como se constata bajo el paradigma de la “crimigración”.

2. *Expulsión judicial*

En el ámbito judicial la normativa establece que procede la expulsión por: delitos migratorios específicos de la ley migratoria (DL 1094), delito de usura (artículo 472 del Código Penal) y como pena alternativa (Ley 18.216). El DL 1094 en sus artículos 68 y 69 consagra delitos especiales por ingreso o egreso irregular o fraudulento (como es usar documentos falsos o adulterados, entrar por lugares no habilitados o burlando el control), a los que les asigna pena de presidio con expulsión como accesoria, la que debe proceder una vez cumplida la condena. A pesar de constituir una normativa administrativa, se establecen infracciones punitivas, las que deben ser conocidas y juzgadas en sede penal, produciéndose un “fraude de etiquetas”, que según la doctrina “no tiene más sentido que el de facilitar al poder ejecutivo el gobierno de los flujos migratorios”³³.

Los delitos del DL 1094 requieren la interposición de querrela por parte de la Intendencia Regional, la que se desiste en la totalidad de los casos³⁴. “Esto apareja dos consecuencias, una es la extinción de la responsabilidad penal del inmigrante, y la otra es que habilita a la administración a dictar el decreto de expulsión”³⁵. Entonces lo que termina ocurriendo es la expulsión por vía administrativa (artículos 15 y 17 del DL 1094), ya que no se requiere probar el ingreso irregular. Los posibles motivos para adoptar esta estrategia son: “menor complejidad argumentativa y probatoria del proceso sancionatorio de expulsión respecto del proceso penal, los menores costos de transacción y la mayor previsibilidad de expulsar a extranjeros por vía administrativa. Estos elementos (...) son típicos del giro gerencial en la política de migración”³⁶.

El artículo 78 del DL 1094 reconoce al Ministerio del Interior como titular exclusivo de la acción, así que, si se desiste, se extingue la acción penal, lo que ha sido crucial en términos jurisprudenciales para el delito de ingreso clandestino, pues la Corte Suprema ha dictaminado que se requiere una investigación penal previa al decreto de

³¹ Véase el Informe de la Organización de la ONU sobre protección de los trabajadores migrantes del 2011, las Observaciones finales sobre el Sexto Informe Periódico de la ONU del 2014 y las “Observaciones Finales sobre el Segundo Informe Periódico de Chile” de 20 de abril de 2021. Disponible https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/SessionDetails1.aspx?SessionID=1381&Lang=en

³² QUINTEROS, 2016, p. 108.

³³ BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018, p. 742

³⁴ Véase BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018, p. 762.

³⁵ CRUZ, 2018, p. 11.

³⁶ ANDRADE, 2020, p. 103.

expulsión³⁷, por lo que si se desiste luego no cabe la expulsión por vía administrativa. Atendido a este parámetro fijado por el máximo tribunal y a la complejidad de acreditar estos delitos (uno de los defensores públicos entrevistados afirmó que “es muy difícil probar los artículos 68 y 69”), la expulsión judicial solo se aplica en el supuesto de pena sustitutiva, que es la que se analizará.

La Ley N° 20.603 de 27 de junio del 2012 que “Modifica la Ley N° 18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad”, instituyó la expulsión como pena sustitutiva (artículo 34), la que procede cuando un extranjero se encuentra condenado a una pena igual o inferior a cinco años de presidio o reclusión menor en su grado máximo y no reside de manera legal en Chile. Puede ser decretada por el juez de oficio o a petición de parte, y una vez expulsado el foráneo tiene la prohibición de ingresar a Chile en diez años; por lo que el extrañamiento, más que la expulsión del territorio se configura como el verdadero castigo.

Como plantea Godoy “el sistema chileno de ejecución de penas que contempla penas sustitutivas destinadas a beneficiar a quienes se encuentren privados de libertad, a efectos de contribuir a su reinserción social. La Ley N° 20.603 vino a reformar el régimen general con el objetivo de disminuir el nivel de hacinamiento”³⁸. Si bien la expulsión penal se incorporó para disminuir el alto nivel de hacinamiento carcelario y descongestionar las prisiones, conviene comprobar si dicha finalidad se cumple o significa solo un aumento de la red punitiva, sin injerencia en el aparato penitenciario. En el marco de la discusión legislativa se “aseguró que esta medida no contribuirá a disminuir el hacinamiento carcelario y que, ya que podrá imponerse para delitos cuya pena no exceda los cinco años, no será aplicable, por ejemplo, al tráfico de drogas, que es uno de los ilícitos que cometen con más frecuencia extranjeros en la zona norte del país”³⁹. Asimismo, en el debate legislativo, el entonces ministro de Justicia planteó que atendido a que “el costo que implica mantener a una persona privada de libertad es bastante alto, se hace necesario adoptar medidas para enfrentar este factor, que contribuye al hacinamiento carcelario”⁴⁰. Con esta finalidad, a fines del 2012 Chile inició “un plan específico de repatriación de extranjeros o vaciado de cárceles (...) por el cual abandonaron el país alrededor de un millar de reclusos procedentes, mayoritariamente, de Perú y Bolivia”⁴¹.

Con esta sanción al foráneo se le deporta sin la posibilidad de retornar por un plazo único y total que en ciertos casos será mayor a la pena privativa de libertad sustituida, por lo que como advierte la doctrina, el principio de proporcionalidad se vería vulnerado⁴². Asimismo, se le ha criticado “el dolor que se inflige a una persona que es colocada en la frontera por el hecho de ser extranjero y haber cometido un delito, parece ser demasiado fuerte y carece de sentido político criminal, toda vez que la expulsión se

³⁷ CRUZ, 2018, p. 6.

³⁸ GODOY, 2016, p. 29.

³⁹ Historia de la ley 20.603, p. 88.

⁴⁰ Ibid, p. 79.

⁴¹ NORAMBUENA, 2013, p. 162.

⁴² SALINERO, 2011, p. 121.

aplicará tanto al extranjero que se encuentra en Chile como al burrero que transporta droga y para este último constituirá un verdadero premio”⁴³. Por consiguiente, si bien en ciertas circunstancias la expulsión puede resultar beneficiosa para el extranjero, en el caso que se encuentre vinculado a Chile (por ejemplo: por haber construido una familia o por contar con un trabajo) puede ser perjudicial, ya que tal vez prefiera cumplir su condena en el país, tal como afirmó Ignacio Barrientos, defensor regional de Antofagasta:

Hay mucha variedad, hay personas que efectivamente están residiendo en Chile irregularmente y se les aplica esta sanción y se van felices porque recuperan su libertad, pero hay otras personas cuya residencia irregular se produce porque perdieron la visa, porque se les venció la visa y nunca la tramitaron, esas personas tienen arraigo en Chile y la expulsión no solo supone un término del proyecto migratorio, sino que la desvinculación con su familia (...) En esos casos una persona prefiere que se le aplique una pena efectiva que incluso ser expulsado⁴⁴.

Ambos defensores públicos coincidieron en que, si el extranjero no quiere ser expulsado, la Defensoría Penal Pública (Defensoría) solicita que se le aplique otra pena sustitutiva, como la libertad vigilada intensiva. Por tanto, para su procedencia se consideran los antecedentes particulares.

En el Tribunal Constitucional, al efectuarse el control de constitucionalidad del proyecto de ley que modificó la Ley Nº 18.216, los ministros Vodanovic, Viera-Gallo y García hicieron la siguiente prevención interpretativa: es deber de los órganos del Estado respetar y promover las garantías fundamentales que emanan de la naturaleza humana, reconocidas en la Constitución y en los tratados internacionales vigentes en Chile. “En particular, este mandato es más exigente en aquellos casos de una potencial mayor vulnerabilidad, como es la situación de los extranjeros sin residencia legal y asociados a conductas delictivas”⁴⁵. Por lo que estimaron que se debe resguardar que los foráneos cuenten con una audiencia para precisar la determinación de la pena, puedan apelar a esta decisión y se encuentran sometidos al estándar de derechos humanos⁴⁶.

Cuando la expulsión se decreta por una autoridad judicial, se debe “tener la certeza de que existe una sentencia ejecutoriada que dispone la expulsión del territorio nacional de un extranjero. Una vez con eso, el Ministerio del Interior coordina con Gendarmería la fecha de retiro del recinto penal del extranjero condenado”⁴⁷. No obstante, la Defensoría ha constatado que en algunas circunstancias las expulsiones se estaban decretando solo con la formalización del proceso penal, vulnerando así el principio de presunción de

⁴³ Historia de la Ley Nº 20.603, p. 88.

⁴⁴ Véase “Defensa de personas migrantes y extranjeras en pandemia” emitida el 30 de julio de 2020, en el marco del programa Defensoría abierta *live*. Disponible en <https://it-it.facebook.com/dppcl/videos/defensoria-abierta-live/306561324030693/>

⁴⁵ Tribunal Constitucional, 5.12.2012, rol 2230-2012.

⁴⁶ *Ibid.*

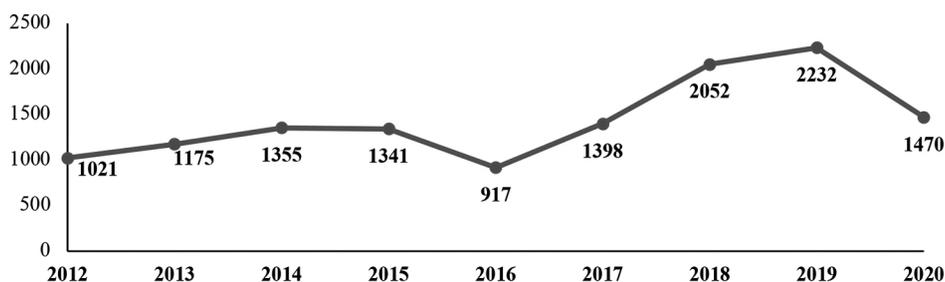
⁴⁷ Véase “Chile expulsa a más de 1.000 extranjeros por año”. Disponible en <https://www.latercera.com/noticia/chile-expulsa-a-mas-de-1000-extranjeros-por-ano/>

inocencia, en tanto se expulsa a una persona sin haber sido condenada o incluso habiéndose acogido a salidas alternativas⁴⁸. Ello se producía, según uno de los defensores públicos entrevistados pues “la regulación al ser anterior a la reforma procesal penal se refería al autoprocuremento, el que se asimilaba con la formalización”; lo que ya no acontecería.

3. Evolución de las expulsiones de extranjeros en Chile

Es medular comprender que Chile, “[e]s un país que históricamente ha sido expulsor, y que hoy también es receptor, pero que no ha dejado de ser expulsor”⁴⁹. En esta nación las deportaciones han aumentado en el tiempo; así, por ejemplo, en el 2014 se deportaron a 1.355 personas, 33% más que el 2012, de todos modos, los expulsados en 2014 representaron solo el 0,2% de los más de 477.000 foráneos que residían en Chile. Es importante resaltar que, si bien las expulsiones han aumentado en el tiempo, se han atendido a un ritmo de crecimiento que no ha experimentado grandes diferencias, salvo en ciertos períodos tal como se observa a continuación:

Expulsiones de extranjeros realizadas desde el 2012 al 2020



Fuente: elaboración propia a base de información remitida por PDI ante solicitud de información AD010T0011863 de 8 de febrero de 2021.

Como se visualiza, desde el 2012 el incremento de las expulsiones ha sido relativamente constante, salvo los años 2015 y 2020 en que se observa un declive. El descenso del 2020 puede ser concordante con la imposición de mayores restricciones a los desplazamientos producto de la pandemia, lo que también ha incidido en las deportaciones.

En el período analizado el sistema de deportación nacional no se ha incrementado sustancialmente ni el alza que ha tenido se corresponde con el ritmo de crecimiento que ha experimentado la población migrante en Chile, la que desde el 2012 se ha

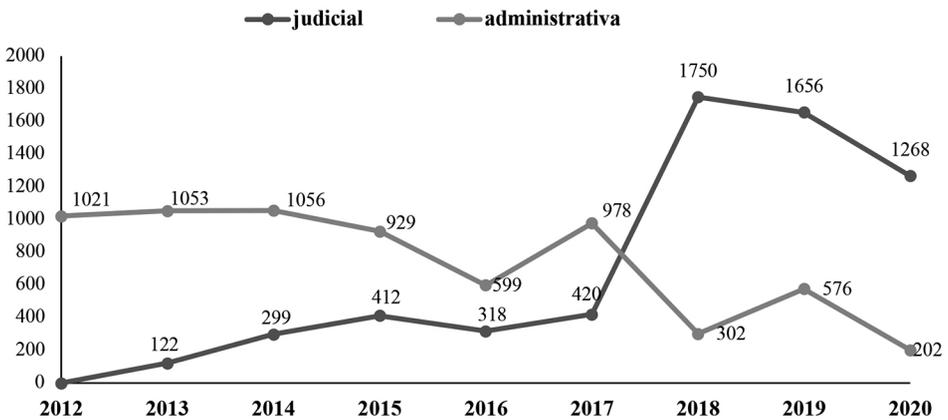
⁴⁸ Véase “Minuta sobre la situación de los migrantes ante la justicia Penal” de la Defensoría Penal Pública del 13.8.14. Disponible en https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf

⁴⁹ SALCEDO, 2011, p. 37.

cuadruplicado en términos relativos (pasando de 1-2% el 2012 a 7,8% el 2019), un alza sustancial que no es coincidente con el incremento que ha tenido la expulsión (que a lo más ha duplicado su número: de 1021 expulsados el año 2012 a 2232 deportados el año 2019). Por tanto, desde el 2012 el sistema de deportación chileno no se ha acentuado en concordancia con la eclosión de los flujos.

Si se especifica por tipo de expulsión, es importante tener presente que mientras las expulsiones administrativas disminuyen en el tiempo, las judiciales aumentan, en especial en los últimos años, así como se ilustra:

Expulsiones judiciales y administrativas desde 2012 al 2020



Fuente: elaboración propia a base de información remitida por la PDI ante solicitud de información AD010T0011863 de 8 de febrero de 2021.

Como expone el gráfico, desde el 2014 las expulsiones administrativas decaen, mientras que las judiciales se incrementan, lo que se agudiza considerablemente el 2018, año en que las deportaciones administrativas disminuyeron tres veces y las judiciales se cuadruplicaron. En el 2019 la preponderancia de las penales se mantiene, casi triplicando las administrativas y el 2020 se mantiene la preeminencia de las judiciales, que representaron el 86% de la totalidad de las deportaciones. En efecto, si al 2012 el 100% de las expulsiones eran administrativas, seis años después solo representaban el 15%, pues en 2018 el 85% correspondían a penas sustitutivas, proporción que continúa en la actualidad, de ahí que la doctrina plantee que la “obsolescencia del DL 1094 resulta particularmente evidente”⁵⁰.

Es admisible reflexionar por qué se produce este giro en el sistema de deportación que se evidencia desde el 2018. Precisamente el diferencial en el grado de cumplimiento

⁵⁰ BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018, p. 762.

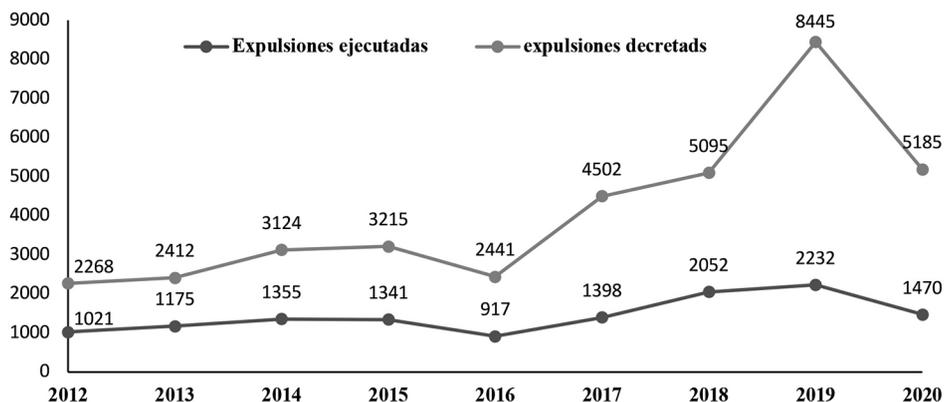
entre las deportaciones penales y administrativas explica en gran medida este cambio, tal como se analizará a continuación.

a) Expulsiones decretadas versus ejecutadas

Según se informa, las estadísticas del DEM indican que el 2012 se firmaron 2.620 decretos de expulsión administrativas, el año siguiente disminuyeron a 2.492 y el 2014 aumentaron, alcanzando las 3.167 resoluciones⁵¹. Cerca de la mitad de estos decretos se materializan, esta baja cifra se explica, según el Subsecretario del Interior, por la dificultad que tienen los funcionarios de la PDI de ubicar a los extranjeros y notificarlos, por la complejidad de coordinar con los países de origen, por los costos que implican los vuelos, entre otros⁵².

El Estado chileno “generalmente no se hace cargo de ejecutar la expulsión, una vez que esta es dictada por la Intendencia regional respectiva o por el ministro del Interior y notificada a la persona afectada, pues le resulta muy oneroso materializarla”⁵³. En efecto, una cifra relevante de las expulsiones decretadas no se ejecuta, cerca del 40% se han concretado, salvo el 2016 que el nivel de efectividad bajó a 30%⁵⁴, como se ilustra:

Totalidad de expulsiones decretadas versus ejecutadas del 2010 al 2020



Fuente: elaboración propia a base de datos remitidos por PDI ante solicitud de información AD010T0011863 de 8 de febrero de 2021 y cifras del “Anuario 2020: Migración en Chile”⁵⁵.

⁵¹ Véase “Chile expulsa a más de 1.000 extranjeros por año”. Disponible en <https://www.latercera.com/noticia/chile-expulsa-a-mas-de-1000-extranjeros-por-ano/>

⁵² Véase “Hay más de 33 mil expulsiones pendientes de extranjeros infractores de ley: De ellos, 13 mil cometieron delitos”. Disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/10/1026345/expulsiones-extranjeros-delitos-ley.html>

⁵³ LAGOS y ROJAS, 2014, p. 350.

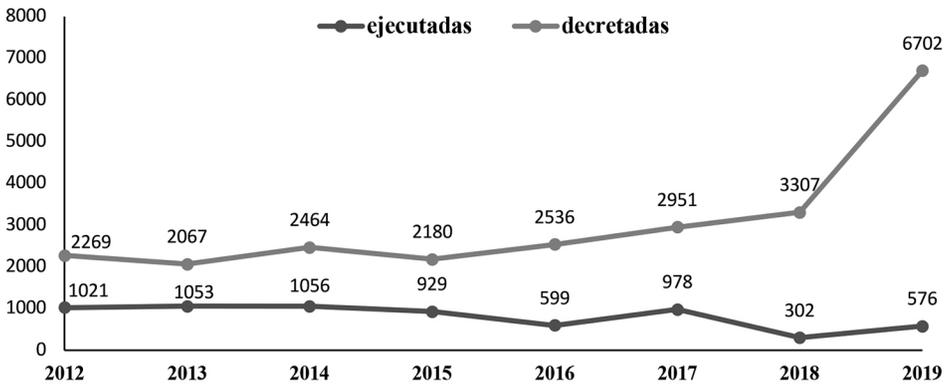
⁵⁴ BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018, p. 753.

⁵⁵ Servicio Jesuita migrante, 2020, p. 12.

Esta brecha en la ejecución procede principalmente respecto de las órdenes de expulsión emanadas por el Ministerio del Interior y las expulsiones administrativas, las que superarían las 20.000 órdenes pendientes entre 2010 y 2019⁵⁶.

Este alto número de órdenes por cumplir se podría explicar por el importante aumento en las expulsiones administrativas decretadas en 2019, que respecto del año anterior se incrementó en 100%, siendo once veces más que las deportaciones administrativas ejecutadas, tal como se visualiza:

Expulsiones administrativas ejecutadas versus decretadas de 2012-2019



Fuente: elaboración propia a base de datos remitidos por PDI ante solicitud de información AD010T0011223 de octubre 2020 y de Dufraix, Ramos y Quinteros, 2020, p. 186.

Como se desprende del gráfico, del 2012 al 2015 el cumplimiento de las expulsiones administrativas ronda el 50% de efectividad; en 2016 su grado de materialización baja a 23%, el 2017 se sitúa en 33%, porcentaje que desciende tres veces al siguiente año, en que la efectividad es mínima (9% el 2019) y se mantiene en ese bajo porcentaje el 2020.

Esta ineficiencia en la ejecución de las expulsiones administrativas, se debería, entre otros factores, a que las denuncias por ingresos clandestinos experimentan un importante ascenso, en especial respecto del colectivo venezolano, lo que se debe examinar considerando otras medidas adoptadas en el ámbito migratorio, porque en este plano, en abril de 2018, el presidente Sebastián Piñera comunicó varias medidas, tales como: la imposición de visas consulares (a haitianos y venezolanos), la eliminación de la visa por motivos laborales, la realización de un proceso de regularización, el establecimiento de un plan humanitario de regreso ordenado al país de origen de ciudadanos extranjeros,

⁵⁶ Véase ponencia de Quinteros en "Estado, migración y expulsión: criminología desde la frontera". Disponible en: https://www.youtube.com/watch?v=gpY4_uVbU0M

entre otros⁵⁷. Estas políticas más que facilitar la integración, han dificultado el ingreso y la permanencia regular de ciertos colectivos como los haitianos y venezolanos, precarizando determinadas travesías migratorias, de allí que la literatura especializada ha advertido que las visas consulares y el proceso de regularización “han producido un efecto significativo en el aumento de expulsiones administrativas sin ejecutar”⁵⁸; y, el plan de retorno humanitario “es, en realidad, una forma encubierta de deportación que, aunque voluntaria, es masiva y selectiva. Sus efectos son semejantes al de los regímenes de expulsión contemplados en la legislación chilena”⁵⁹.

Atendido a lo anterior, al explorar cómo el sistema de deportación nacional se despliega no se debe olvidar la política migratoria que se ha implementado y cómo esta incide en la regularidad/irregularidad de los desplazamientos. En este sentido, Rodrigo Ubilla, en febrero de 2019, como Ministro del Interior subrogante, declaró que:

Creemos que tenemos que focalizarnos en ciertos grupos. Hoy estamos con las expulsiones judiciales al día, lo que quiere decir que ya sacamos todo el stock de órdenes de expulsión que no se habían ejecutado (...) Lo que hoy tenemos es que el balance corresponde en 85% a expulsiones judiciales y 15% a las expulsiones administrativas. Y lo que queremos es que esa relación cambie y sea al menos 50/50. Porque lo que se va a generar hoy a partir del fin del proceso de regularización es que personas que sin tener órdenes de expulsiones judiciales tienen faltas migratorias que ameritan su expulsión⁶⁰.

Con el objeto de conocer el total de deportaciones pendientes, en junio de 2021 el Subsecretario del Interior, mediante oficio, solicitó a las Intendencias dichos datos, y según se ha informado, hay más de 33.000 expulsiones pendientes de extranjeros, de las que 13.000 serían judiciales⁶¹.

Considerando la brecha entre expulsiones decretadas y ejecutadas, se vislumbra lo que Génova ha denominado deportabilidad, esto es, la posibilidad de ser detenido, internado y expulsado⁶². En similar sentido, Terray plantea que más allá de expulsar a quienes se desplazan lo que se pretende es “aterrorizar o aterrar expulsando a algunos, aunque no expulsarlos a todos a la vez”⁶³. Dicho concepto cobra fuerza en el escenario nacional, en tanto independiente de que la deportación se ejecute, a quien se le notifica, vive en un estado de

⁵⁷ Disponible en https://cdn.digital.gob.cl/filer_public/b0/09/b0099d94-2ac5-44b9-9421-5f8f37cf4fc5/nueva_ley_de_migracion.pdf [Fecha de consulta: 14/7/21].

⁵⁸ DUFRAIX, RAMOS y QUINTEROS, 2020 p. 190.

⁵⁹ ANDRADE, 2020, p. 109.

⁶⁰ Véase “Hay 12 mil personas que no cumplen los requisitos y el desafío ahora es iniciar su proceso de expulsión”. Disponible en <http://www.economiaynegocios.cl/noticias/noticias.asp?id=543474>

⁶¹ Véase “Hay más de 33 mil expulsiones pendientes de extranjeros infractores de ley: De ellos, 13 mil cometieron delitos”. Disponible en <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/10/1026345/expulsiones-extranjeros-delitos-ley.html>

⁶² DE GENOVA, 2002, p. 419.

⁶³ TERRAY, 2008, p. 103.

precariedad, en la medida que en cualquier momento puede ser deportado del país en que está residiendo, en donde puede haber creado vínculos, tener un empleo o haber formado una familia, desarrollando su proyecto de vida. El que exista un decreto de expulsión pendiente configura una situación de precariedad que afecta al migrante, conformando una importante categoría de sujetos expulsables. Como apuntan estudios en la materia, dicha “categoría generada por la acción inconsistente de los dispositivos estatales, sobre las trayectorias migratorias, afecta selectivamente a los distintos colectivos nacionales”⁶⁴.

Ahora, si se analizan las expulsiones penales, otro es el panorama, ya que su nivel de materialización sería muy alto, lo que se explica pues en este tipo de deportaciones “la efectividad está prácticamente garantizada, particularmente debido a que más del 99% de este grupo de personas se encontraba en prisión preventiva al momento de su expulsión (Defensoría Penal Pública, 2020)”⁶⁵.

Expulsiones de extranjeros como pena sustitutiva dictadas y ejecutadas del 2013 al 2019

Año	Poder Judicial		PDI ejecutadas	Diferencia entre cifras
	Dictadas	Ejecutadas		
2013	345	344	122	222
2014	661	660	299	361
2015	1031	1026	412	614
2016	905	895	318	577
2017	1551	1543	420	1123
2018	1788	1783	1750	33
2019	1764	1761	1656	105

Fuente: elaboración propia a base de datos entregados por PDI ante solicitud de información AD010T0011223 de octubre 2020 y por el Poder Judicial en Oficio 17DDI N° 5532 de 24 de noviembre de 2020.

Como se explicita en la tabla anterior los datos entregados por la PDI y el Poder Judicial no coinciden. Ninguno de los informantes claves entrevistados se explica la diferencia, y la mayoría tiende a darle mayor credibilidad al Poder Judicial, pues consideran

⁶⁴ Universidad Católica Silva Henríquez, 2021, p. 5.

⁶⁵ DUFRAIX, RAMOS y QUINTEROS, 2020, p. 185.

que no puede haber una diferencia tan grande entre las expulsiones penales decretadas y ejecutadas, ya que por regla general los extranjeros están privados de libertad, lo que facilita la deportación. Quienes les otorgan más certeza a la PDI esgrimen que, al ser el órgano a cargo de efectuar las expulsiones, es quien debe conocerlas mejor, y se basan en que el Poder Judicial no controla el cumplimiento de la pena, por lo que esos datos debiesen recibirlos de la PDI.

Dentro de las posibles respuestas es admisible considerar que podrían existir errores de conteo, que se emplean distintos criterios para contabilizarlas, que las deportaciones que se decretan en un año no necesariamente se ejecutan ese año, y que desde el 2013 empezó la práctica de sustitución del procedimiento de expulsión penal por el administrativo respecto de ingresos clandestinos, lo que, como se señaló, fue frenado por la Corte Suprema en 2016, lo que pudo haber provocado diferencias en el conteo.

No se dispone de suficiente información para descartar o admitir alguna de las hipótesis, lo que es claro es que las expulsiones penales se han incrementado en los últimos años, y su nivel de cumplimiento es mucho más elevado que las administrativas, tal como reconoce el Ministerio del Interior, al informar que durante el 2020 “han sido expulsados 1.122 extranjeros, tanto por vía aérea como por operativos terrestres que se desarrollan de manera periódica en las regiones del norte del país y que han permitido la expulsión de alrededor de 600 personas desde julio pasado a la fecha [octubre 2020], completando prácticamente el 100% de las expulsiones judiciales que estaban pendientes por el cierre de fronteras”⁶⁶.

Este incremento también se debe evaluar considerando que la crisis del COVID-19 ha tenido una repercusión sin precedentes en los flujos migratorios, especialmente en países que han impuesto restricciones más estrictas o extensas al ingreso, como Chile⁶⁷. En este país el 18 de marzo de 2020 se decretó el estado de excepción constitucional de catástrofe, por calamidad pública⁶⁸, lo que conllevó el cierre de las fronteras para no residentes y extranjeros. “A pesar del cierre de la frontera, los movimientos irregulares a pequeña escala han continuado”⁶⁹, de ahí que “se modificó la manera de migrar hacia una más precaria y vulnerable: así solo entre enero 2018 y enero 2021 se dan más de 35.400 ingresos por paso no habilitado”⁷⁰. Esto es acorde con las cifras remitidas por la PDI que señalan que el 2020 se duplicaron los extranjeros denunciados por infracción

⁶⁶ Véase “56 extranjeros son expulsados del país por diversos delitos”. Disponible en <https://www.interior.gob.cl/noticias/2020/10/14/56-extranjeros-son-expulsados-del-pais-por-diversos-delitos/>

⁶⁷ OECD, 2019, International Migration Outlook 2020. *The largest drops in issuances were observed in countries which imposed the strictest and/or the longest entry restrictions. In Chile, Greece, Japan, Korea and the United States, numbers of issuances were less than half in the first semester 2020 compared to 2019.* Disponible en https://www.oecd-ilibrary.org/sites/ec98f531-en/1/3/4/6/index.html?itemId=/content/publication/ec98f531-en&_cs_p_=6cecdc0fb3b3828a41a7f738372ed214&itemIGO=oecd&itemContentType=book

⁶⁸ Véase decreto supremo N° 104 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública. Disponible en <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1143580>

⁶⁹ RV4: RMRP 2020. Plan de respuesta para refugiados y migrantes 2020, p. 30. Disponible en <https://reliefweb.int/report/colombia/rmrp-2020-plan-de-respuesta-para-refugiados-y-migrantes-de-venezuela-enero-diciembre>

⁷⁰ Servicio Jesuita Migrante, 2021, p. 5.

al artículo 69 de la ley de extranjería, llegando a las 16.848 denuncias. Este vertiginoso aumento se explica, entre otros motivos, por la grave crisis que vive Venezuela, que ha sido denominada por la Organización para las migraciones como la “mayor crisis de desplazamiento interno en la historia reciente de ese continente”⁷¹; a este éxodo masivo de más de 5 millones y medio de venezolanos⁷² se le debe adicionar la imposición de visas (responsabilidad democrática el 2018 y de turismo el 2019), en especial su bajo nivel de concesión, su extensa tramitación y a que la visa de turismo se ha pausado en pandemia⁷³.

b) Concentración espacial de las expulsiones y por nacionalidad

En cuanto a la concentración territorial, las expulsiones se agrupan en el norte de Chile, como exponen estudios en la materia: “la zona norte concentra el 78% de los decretos administrativos y el 67,7% del total de expulsiones ejecutadas”⁷⁴. En efecto, en este espacio el esquema sancionatorio de deportación se hace sumamente visible. Ello podría encontrar explicación en que históricamente ha contado con un porcentaje de flujos de personas mucho más elevado que la media nacional (19% en Tarapacá versus 7,8% en Chile). Una área caracterizada por movilidades circulares entre individuos que más que identificarse con los lindes configurados en la construcción del Estado-nación, responden a una comunidad andina⁷⁵. Esta especificidad territorial, junto con la condensación de las expulsiones en ciertas nacionalidades, encuentra su explicación en que los colectivos de Bolivia, Perú y Colombia son los más predominantes en el norte, los que sumados en Arica y Parinacota alcanzan el 80% del total de migrantes de dicha Región, el 77% en Tarapacá, el 81% en Antofagasta y el 63% en Atacama, según estimación del INE-DEM para el 2019.

Esta especificación territorial también fue considerada en el momento de tramitación legislativa de la pena sustitutiva, en que el entonces ministro de Justicia aseveró que:

Se pretende abordar un problema que se presenta sobre todo en las regiones de Arica y Parinacota, de Tarapacá y de Antofagasta, en cuyas poblaciones penitenciarias hay altas tasas de extranjeros. Así, por ejemplo, en la Región de Tarapacá, hay cárceles donde el 40% de los reclusos son extranjeros, fundamentalmente peruanos y bolivianos, y los tratados sobre traslado de condenados, al menos en lo que respecta a Bolivia, no se aplican porque los nacionales de ese país no desean ser llevados a cárceles que están en peores condiciones que las chilenas⁷⁶.

⁷¹ Véase Crisis de Refugiados y Migrantes Venezolano. Disponible en <https://www.iom.int/es/crisis-de-refugiados-y-migrantes-venezolanos>

⁷² *Ibid.*

⁷³ COCIÑA y ANDRADE, 2021.

⁷⁴ DUFRAIX, RAMOS y QUINTEROS, 2020, p. 187.

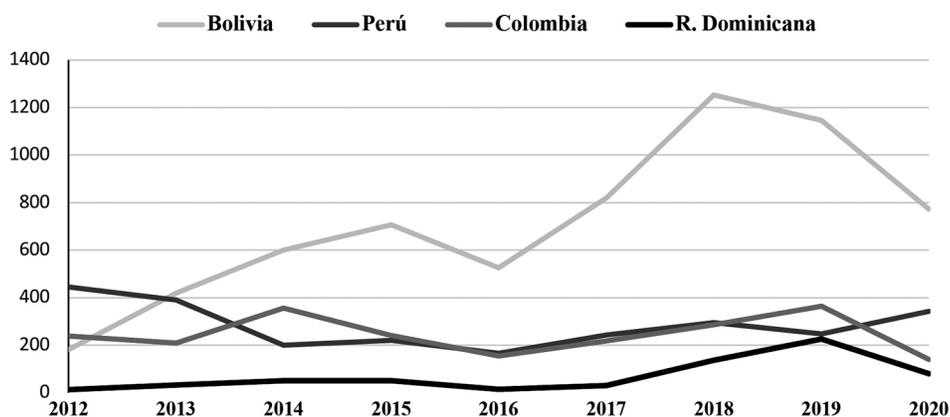
⁷⁵ COCIÑA, 2018b, p. 54.

⁷⁶ Historia de la ley 20. 603, p. 55.

Además, la cercanía de la frontera incide facilitando las expulsiones de bolivianos, quienes a pocas horas de transporte por tierra están en el paso fronterizo de Colchane, a diferencia de otros extranjeros que requieren ser embarcados por aire, con el alto costo que ello implica. Asimismo, hay que considerar el “Convenio fronterizo de libre tránsito” suscrito con Bolivia y Perú, que facilita la circulación de sus nacionales, otorgándoles siete días para transitar libremente en Chile, sin necesidad de otro documento adicional. Según uno de los defensores entrevistados, dicha circunstancia incide en que “son más susceptibles de ser ‘elegidos’ en la frontera para ‘pasar droga’ a Chile”. De ahí que la literatura especializada se refiera a la selectividad de esta medida, en tanto recae fuertemente en ciertos colectivos⁷⁷. Tanto una de las juezas como el ministro de la Corte entrevistados, coincidieron en que esta expulsión se aplica preferentemente a bolivianos y peruanos, por ejemplo, a mujeres que hacen de “burreras” y traen consigo ovoides. Lo que sería interesante indagar para determinar cuánto incide el género, la etnia y la nacionalidad en las expulsiones de extranjeros y respecto de qué delitos se aplica en su mayoría; como plantearon ambos defensores públicos entrevistados la expulsión como pena sustitutiva procede mayoritariamente por contrabando o tráfico de drogas, lo que resultaría coincidente con los últimos disponibles que informan que de las 13.000 expulsiones judiciales pendientes en la actualidad, más de 9.0000 se relacionarían con la Ley de drogas⁷⁸.

Ahora, si se desglosa las expulsiones por nacionalidad se puede advertir que, en todos los años examinados, salvo el 2012, la comunidad boliviana es la más expulsada (concentra la mitad del total de expulsiones realizadas en el período de 2012 al 2020), luego viene la nacionalidad peruana, seguida muy de cerca por la colombiana, y más abajo la dominicana, tal como se ilustra a continuación:

Nacionalidades más expulsadas del 2012 al 2020



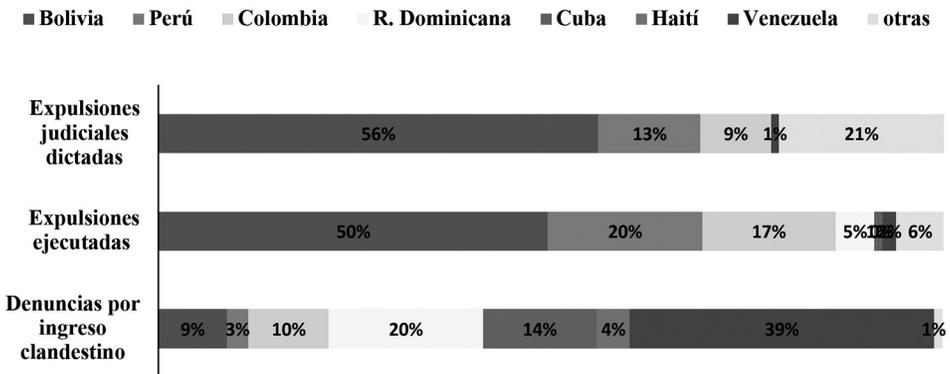
Fuente: elaboración propia a base de información entregada por la PDI ante solicitud de información AD010T0011863.

⁷⁷ Véase BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018.

⁷⁸ <https://www.emol.com/noticias/Nacional/2021/07/10/1026345/expulsiones-extranjeros-delitos-ley.html>

Como se observa, las expulsiones se concentran en extranjeros provenientes de la zona andina y de Colombia; a lo que hay que adicionarle los venezolanos, que el 2019 ocuparon el quinto lugar (con 112 expulsados) y el 2020 subió un puesto (con 97 deportados). A nivel porcentual, de la totalidad de expulsiones los bolivianos y peruanos representan el 70% y si se agregan los colombianos se corresponden con el 87%, es decir, en tres colectivos se concentra la mayoría de las deportaciones ejecutadas. Dichas nacionalidades se corresponden con las comunidades de extranjeros que presentan mayor porcentaje de expulsiones judiciales dictadas, acorde al planteamiento de la “crimigración”, esto es que se prioriza la expulsión penal como respuesta prioritaria a la delincuencia de extranjeros.

Porcentaje de expulsiones ejecutadas, expulsiones judiciales dictadas y denuncias por ingreso clandestino por nacionalidad, desde el 2012 al 2020



Fuente: elaboración propia a base de datos remitidos por el Poder Judicial en Oficio 17DDI N° 5532 de 24 de noviembre de 2020 y por la PDI ante solicitud de información AD010T0011863.

Por el contrario, como muestra el gráfico anterior, las nacionalidades que tienen mayor porcentaje de expulsiones judiciales dictadas (Bolivia, Perú y Colombia) no se corresponden con las comunidades que tienen más denuncias por ingreso clandestino, esto es Venezuela, República Dominicana y Cuba, a quienes se les exige mayores requerimientos para entrar al territorio⁷⁹. Como expone el gráfico, mientras un tercio de las denuncias recaen en venezolanos, estos apenas representan el 2% de las expulsiones totales; a la inversa, los bolivianos, constituyendo la mitad del total de las deportaciones del 2012-20, no alcanzan ni una décima parte de las denuncias. También los peruanos y colombianos son porcentualmente más expulsados que denunciados por ingreso

⁷⁹ Según el artículo 45 del DL 1094 la regla general para ingresar a Chile por turismo es el pasaporte, pero a estas nacionalidades se les exige visa consular.

clandestino. Por el contrario, las nacionalidades cubana y haitiana estarían subrepresentadas en las deportaciones.

Los motivos de lo anterior pueden ser múltiples, ya sea por la cercanía geográfica de Bolivia y Perú que facilita las deportaciones de dichos extranjeros, como el que las denuncias por ingreso clandestino se concentran en comunidades a las que se le ha impuesto visa consular como Venezuela y República Dominicana, y a quienes ya contaban como Cuba.

La indagación de las razones requiere una mayor profundización, pero lo que es manifiesto, es que “la política de expulsiones está dissociada de la situación de irregularidad en el ingreso”⁸⁰; lo que podría deberse al bajo nivel de concreción de las expulsiones administrativas y a que, desde el 2018 se observa un giro en la política de deportación, correspondiendo su mayoría a judiciales, las que cuentan con un alto grado de eficacia en su ejecución. Al respecto, analizando el sistema de deportación chileno, Brandariz, Dufraix y Quinteros sostienen que “remite más bien a una lógica eficientista. Se ejecutan las expulsiones hasta donde es posible, se intenta priorizar las deportaciones judiciales –por su mayor sentido en términos de peligrosidad/alteridad–, y esta preferencia se orienta a una finalidad utilitarista penitenciaria que responde a una expectativa costo-beneficio”⁸¹. Lo que sería consistente con el gerencialismo que se está imponiendo en el ámbito migratorio, que prioriza las deportaciones que sean más eficientes⁸².

VI. CONCLUSIONES

La movilidad humana en Chile constituye un fenómeno sociocultural creciente desde los años noventa, a pesar de que su magnitud se ha incrementado con fuerza en los últimos años, este crecimiento no ha ido en conjunto con una normativa que lo aborde desde un enfoque de derechos humanos, sino más bien se ha privilegiado una perspectiva centrada en el orden y la seguridad⁸³, que vincula movilidad humana con amenaza. En este marco se han instituido ciertos dispositivos y estrategias que controlan a la población migrante, entre las que destacan las expulsiones, ya sea las estatuidas por vía administrativa o como pena sustitutiva.

Mientras la expulsión administrativa se configura como la sanción más gravosa que puede imponer la autoridad administrativa en un proceso discrecional y sin mayores garantías, la deportación penal se ha conceptualizado como una renuncia al *ius puniendi* para el extranjero sin residencia legal, criticándose por realizar un tratamiento diferenciado respecto de quien tiene residencia regular. En este sentido, “la utilización del

⁸⁰ Universidad Católica Silva Henríquez, 2021, p. 1.

⁸¹ BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, p. 2018, p. 762-767.

⁸² Véase BRANDARIZ, DUFRAIX y QUINTEROS, 2018,

⁸³ Véase STANG, 2016 y DUFRAIX, RAMOS y QUINTEROS, 2021.

derecho punitivo como herramienta de gestión de la inmigración implica la negación de la política como institución capaz de administrar las garantías de los extranjeros”⁸⁴.

Una vez que los movimientos de personas son concebidos como una amenaza, las respuestas se atenderán a prevenir y reprimir ese riesgo, de esta forma la gobernanza se reduce a hacerse cargo de los desplazamientos en términos de orden público. Como apunta Ceriani, este mecanismo demuestra la “prevalencia de una respuesta simple, limitada y usualmente ineficaz –la expulsión– ante un fenómeno complejo y multidimensional como la inmigración”⁸⁵, así desde el paradigma de la “crimigración” se incentiva la deportabilidad del extranjero, que junto con una semántica de peligrosidad instituye el binomio migración irregular-criminalidad.

Amparándose en esta perspectiva que aúna el control migratorio con el derecho punitivo, ambas expulsiones convergen en la premisa de la exclusión, de que el extranjero ante todo hay que apartarlo, tanto deportándolo frente a alguna infracción administrativa o concediéndole una alternativa al cumplimiento de la condena privado de libertad. Si bien la deportación judicial se estipula como un beneficio, en tanto el foráneo se libera de la reclusión, no hay una apuesta en torno a su integración en la sociedad, a comprenderlo como uno más en la comunidad. Por lo mismo, la literatura advierte que “[s]u justificación estaría en un enfoque reduccionista de la migración y del retorno, la que obedece a una lógica del apartamiento, contraria a la hospitalidad entendida como un derecho al trato entre seres humanos”⁸⁶.

De este modo el Estado de Chile desarrolla mecanismos de control sustentados en dispositivos administrativos y punitivos para abordar la movilidad humana, que se aplican en determinadas nacionalidades que no se corresponden con las que presentan mayores denuncias por ingreso clandestino, sino que coinciden con las comunidades sobre las que se ha dictado mayores expulsiones penales, en este sentido, el tratamiento de la movilidad humana responde a una dinámica que prioriza la eficiencia, así se constata que el sistema de deportación chileno ha experimentado una transformación relevante desde el año 2018 en adelante, que se explica por la consolidación de expulsiones penales frente a las administrativas, por su alto grado de concreción. La brecha de deportabilidad es manifiesta especialmente en las administrativas, ineficiencia en su materialización que se acentúa los últimos años y que aumenta la producción de sujetos expulsables. Dicho giro en el sistema de deportación no necesariamente importa un ejercicio efectivo de la contención de peligrosidad de las personas extranjeras, sino más bien facilita la dinámica de control sobre ciertos flujos de personas, apostando por la criminalización de la irregularidad migratoria como respuesta y por la expulsabilidad, precarizando de este modo los desplazamientos de personas.

⁸⁴ COCIÑA, 2018a, p. 52.

⁸⁵ CERIANI, 2011, p. 80.

⁸⁶ ANDRADE, 2000, p. 111.

BIBLIOGRAFÍA

- ANDRADE, Marcos, 2020: "Programas de Retorno Voluntario. El caso chileno", *Estudios de Derecho*, volumen 77, N° 169, pp. 87-117.
- BRANDARIZ, José; DUFRAIX, Roberto y QUINTEROS, Daniel, 2018: "La expulsión judicial en el sistema penal chileno: ¿Hacia un modelo de Crimmigration?", *Política Criminal*, volumen 13, N° 26, pp. 739-770.
- BRANDARIZ, José y FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina, 2008: "La construcción de los migrantes como categoría de riesgo: fundamento, funcionalidad y consecuencias para el sistema penal español", en Manuel Cancio Meliá. (editor), *Política criminal en vanguardia: Inmigración clandestina, terrorismo, criminalidad organizada*, Navarra, Thomson Civitas, pp. 143-196.
- BRANDARIZ, José y FERNÁNDEZ-BESSA, Cristina, 2017: "La 'crimigración' en el contexto español: el creciente protagonismo de lo punitivo en el control migratorio", en López, Ana y Godenau, Dirk (coordinadores), *Estados de contención, estados de detención. El control de la inmigración irregular en España*, Barcelona, Anthropos, pp. 119 - 143
- CAMPESI, Giuseppe, 2012: "Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea", *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 3, pp. 1-17.
- CERIANI, Pablo, 2011: "Luces y sombras de la legislación migratoria latinoamericana", *Revista Nueva Sociedad*, N° 233, pp. 68-86.
- COCIÑA, Martina, 2018a: "El racismo y la inmigración en el pensamiento criminológico", *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 14, pp. 36-54.
- COCIÑA, Martina, 2018b: "Las fronteras ante la inmigración", *Socializar conocimientos. Revista de libre acceso editada por REDinche*, volumen 1, N° 1, pp. 54-67.
- COCIÑA, Martina & ANDRADE, Marcos, 2021: "Humanitarian Crisis in Northern Chile: Militarisation and Expulsion of Migrants". Disponible en <https://www.law.ox.ac.uk/research-subject-groups/centre-criminology/centreborder-criminologies/blog/2021/04/humanitarian>
- CRUZ, Juan, 2018: "¿Cómo aplica la Corte Suprema la legislación migratoria?" (Serie Informe Justicia), Instituto Libertad y Desarrollo. Disponible en <https://lyd.org/wp-content/uploads/2018/08/sij-18-como-aplica-la-corte-suprema-la-legislacion-migratoria-agosto2018.pdf>
- DE Genova, Nicolás, 2002: "Migrant "illegality" and deportability in everyday life", *Annual Review of Anthropology*, volumen 31, N° 1, pp. 419-447.
- DE Giorgi, Alessandro, 2012: "Control de la inmigración, post-fordismo y menor elegibilidad: una crítica materialista de la criminalización de la inmigración en Europa", *Revista Crítica Penal y Poder*, N° 2, pp. 139-162.
- DOMENECH, Eduardo, GIL, Sandra y TORRANO, Andrea, 2016: "Editorial. Astrolabio Nueva Época N° 17. Pasado y presente de las políticas y prácticas de control y vigilancia de la migración en Sudamérica", *Astrolabio*, N° 17, pp. 1-5.
- DUFRAIX, Roberto, RAMOS, Romina y QUINTEROS, Daniel, 2020: "Ordenar la casa: securitización y producción de irregularidad en el norte de Chile", *Sociologías*, volumen 22, N° 55, pp. 172-196.
- GODOY, Alejandra, 2016: "Ley N° 20.603 Sobre penas sustitutivas y mixtas: revisión crítica de la historia de la ley y del acuerdo político legislativo que le dio origen", *Revista Derecho y Justicia*, N° 6, pp. 29-69.
- GONZÁLEZ, Felipe, 2021: "Informe del Relator Especial sobre los derechos humanos de los migrantes (A/HRC/47/30)". Disponible en https://reliefweb.int/sites/reliefweb.int/files/resources/A_HRC_47_30_S.pdf
- HUDSON, Barbara, 2011: "Critical reflection as research methodology", en Pamela Davies, Peter Francis y Victor Jupp (editores), *Doing criminological research*, Londres, Sage.

- INE, 2018: Características de la inmigración internacional en Chile, Censo 2017. Disponible en <https://www.censo2017.cl/descargas/inmigracion/181123-documento-migracion.pdf>
- INE, 2019: Estimaciones y proyecciones de la población de Chile 2002-2035. Síntesis de resultados. Disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/proyecciones-de-poblacion/publicaciones-y-anuarios/base-2017/ine_estimaciones-y-proyecciones-2002-2035_base-2017_reg_área_síntesis.pdf?sfvrsn=aueb88e7_5
- INE y DEM, 2020: Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 31 de diciembre 2019 Informe técnico: desagregación regional y comunal. Disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/media/2020/06/estimación-población-extranjera-en-chile-2019-regiones-y-comunas-metodología.pdf>
- ITURRA, Luis, 2018: “El cuerpo otro y los otros espacios. El discurso soberano en los agentes estatales de seguridad sobre la inmigración”, en Marcela Tapia y Nanette Liberona (editoras), *El afán de cruzar las fronteras. Enfoques transdisciplinarios sobre migraciones y movilidad en Sudamérica y Chile*, Santiago, RIL editores - Universidad Arturo Prat, pp. 365-383.
- LAGOS, Víctor y ROJAS, Óscar, 2014: “Derechos de los migrantes y refugiados” en Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2014*, pp. 333-376.
- LAWSON, Delfina y RODRÍGUEZ, Macarena, 2016: “El debido proceso en los procedimientos de expulsión administrativa de inmigrantes: situación actual y alternativas”, en Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2016*, pp. 2017- 238.
- MAGLIANO, María y CLAVIJO, Janneth, 2011: “La trata de personas en la agenda política sudamericana sobre migraciones: La securitización del debate migratorio”, *Análisis Político*, N° 71, pp. 149-163.
- NORAMBUENA, Carmen, 2013: “Amenazas sin fronteras: nuevas periferias en la circulación de personas”, *Cuadernos de historia*, N° 39, pp. 147-168.
- OLEA, Helena, 2013: “Derechos humanos de los migrantes y refugiados. Análisis del proyecto de ley de migración y extranjería”, en Universidad Diego Portales, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile 2013*, pp. 123-162.
- OYARZÚN, Lorena, ARANDA, Gilberto y GISSI, Nicolás, 2021: “Migración Internacional y Política Migratoria en Chile: tensiones entre la soberanía estatal y las ciudadanías emergentes”, *Colombia Internacional*, N° 106, pp. 89-114.
- QUINTEROS, Daniel, 2016: “¿Nueva ‘crimigración’ o la vieja economía política del castigo? Dos aproximaciones criminológicas para entender el control punitivo de la migración en Chile”, *Astrolabio*, n° 17, pp. 81-113.
- SALINERO, Sebastián, 2011: “La expulsión de extranjeros en derecho penal. Una realidad en España, una posibilidad en Chile”, *Política criminal*, volumen 6, N° 11, pp. 106-141.
- STANG, Fernanda, 2016: “De la doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014”, *Polis, Revista Latinoamericana*, volumen 15, N° 44, pp. 83-107.
- SERVICIO Jesuita Migrante, 2021: “Migración en Chile. Anuario 2020. Medidas migratorias, vulnerabilidad y oportunidades en un año de pandemia”, Santiago. Disponible en <https://www.migracionenchile.cl/publicaciones>
- SILVA, Abril, 2020: *La expulsión judicial y las consecuencias de su incumplimiento en el ámbito de la ejecución penal. Una mirada desde el derecho internacional de los derechos humanos*. Memoria para optar al grado de Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales.
- STEFONI, Carolina, 2011: “Ley y política migratoria en Chile. La ambivalencia en la comprensión del migrante”, en Bela Feldman, Liliana Rivera, Carolina Stefoni, y Marta Martínez (Compiladora.), *La construcción social del sujeto migrante en América Latina prácticas, representaciones y categorías*, Quito, FLACSO, pp. 79-110.

- STUMPF, Juliet, 2006: "The Crimmigration crisis: Immigrants, crime, and sovereign power", *American University Law Review*, volumen 56, n° 2, pp. 367-419.
- TERRAY, Emmanuel, 2008: "Inmigración en la UE. La política que se proclama no coincide en absoluto con la política que se aplica. La política aplicada no pretende expulsar a la gente, sino aterrorizarla", *Viento Sur*, N° 98, pp. 100 - 108.
- THAYER, Eduardo, 2017. *Normativa comparada en Argentina, Canadá y Chile. Sistema de visados como condicionantes del acceso a derechos de los migrantes*, Santiago. DEM Investiga.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 5 de diciembre de 2012, rol 2230-2012.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de enero de 2021, rol 9930-20.
- UNIVERSIDAD Católica Silva Henríquez, 2021: 5° Boletín sobre políticas migratorias. Disponible en <https://anillosmigraciones.cl/boletin-n-5-del-observatorio-de-politicas-migratorias/>

Un análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmigración irregular por ingresos clandestinos

*Jacqueline Hellman Moreno**

RESUMEN

Los movimientos migratorios en Europa han alcanzado en este nuevo siglo cifras muy altas que han venido acompañadas de la implementación de controvertidas medidas estatales. Ello, como es lógico, ha provocado la apertura de numerosos procesos judiciales ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Consecuentemente, analizaremos el fallo N.D. y N.T. c. España conforme al cual concluiremos que el citado órgano judicial ha iniciado un giro regresivo en materia de derechos de las personas migrantes, distanciándose de lo dispuesto con anterioridad en el asunto Hirsi Jamaa y otros c. Italia. En este contexto, se traerá a colación el caso S.S. y otros c. Italia, porque nos permitirá anticipar las principales consideraciones en torno al futuro fallo. Asimismo, debe indicarse que a la luz de parte de los hechos que rodean a este último asunto pondremos de relieve la posibilidad de sostener la responsabilidad internacional pertinente; esta no es una cuestión baladí, ya que podría revertir el cambio de rumbo recientemente emprendido.

Movimientos migratorios; Tribunal Europeo de los Derechos Humanos; responsabilidad internacional de los Estados

An analysis of the recent jurisprudence of the European Court of Human Rights on irregular migratory movements due to clandestine entries

ABSTRACT

In Europe, migratory movements have reached, in this new century, very high figures that have led to the implementation of controversial State measures. This, of course, has entailed the opening of many legal proceedings before the European Court of Human Rights. Consequently, we will analyze the sentence N.D. and N.T. v. Spain according to which we will conclude that the aforementioned judicial body has begun a regressive turn in the matter of the rights of

* Licenciada y Doctorada en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora de Derecho, Universidad Europea de Madrid, España. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2327-6010>. Correo electrónico: jackiehellman@gmail.com

Trabajo recibido el 10.3.2021 y aceptado para su publicación el 16.8.2021.

migrants, distancing itself from the provisions previously made in the case Hirsi Jamaa et al. v. Italy. In this context, the case S.S. and others v. Italy will be brought, since it will allow us to anticipate the main considerations regarding the future ruling. Likewise, it should be indicated that in light of part of the facts surrounding this last matter, we will highlight the possibility of sustaining the pertinent international responsibility; this is not a trivial question as it could reverse the change of the course recently undertaken.

Migratory movements; European Court of Human Rights;
international responsibility of States

I. INTRODUCCIÓN

Es evidente que los movimientos migratorios no pueden considerarse un fenómeno exclusivo del presente y pasado siglo. De hecho, desde tiempos inmemoriales se han producido desplazamientos motivados por un sinnúmero de diversas y variadas razones¹. En lo que a este siglo se refiere, debemos traer a colación los preocupantes datos que distintas organizaciones están arrojando en torno a los movimientos migratorios acaecidos en estos últimos años, los que vienen motivados en muchos casos por las guerras, así como por las persecuciones. En este sentido, la Agencia de la Organización de las Naciones Unidas para los Refugiados puso de relieve que fueron más de setenta millones las personas que tuvieron que desplazarse obligatoriamente de sus hogares en el 2018². Consecuentemente, los desplazamientos humanos constituyen hoy todo un desafío para el conjunto de la comunidad internacional³. A raíz de este complejo y delicado contexto, se incentivó, hace poco, la adopción del Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular en virtud de que se pretendía fundamentalmente reforzar los derechos de los migrantes, así como fomentar la cooperación internacional. Sin embargo, esta herramienta, cuyo contenido no es de obligado cumplimiento, ha sido incapaz de hacer frente a los retos que el comentado fenómeno genera⁴.

Al hilo de lo expuesto, debemos hacer hincapié en la compleja situación que afronta el continente europeo, el que se ha visto seriamente azotado por la llegada masiva de personas procedentes de terceros países. En este punto de nuestra explicación debemos indicar que el número total de migrantes que accedieron a la Unión Europea disminuyó durante el 2020 debido al impacto que tuvo la pandemia de la Covid-19⁵. Sin embargo, aunque los desplazamientos migratorios decrecieron, es importante destacar que estos

¹ HELLMAN MORENO, 2019, páginas 612 y siguientes.

² Información disponible a continuación: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2018/06/Informe-CEAR-2018.pdf>

³ ARANGO, 2003, página 5.

⁴ BUFALINI, 2019, página 24.

⁵ En este contexto, se debe señalar que, en los primeros diez meses del 2020, se presentaron 390.000 solicitudes de asilo en el marco de los distintos Estados que conforman la Unión Europea; se trata de 33% menos si lo comparamos con los datos recopilados durante la misma franja temporal del 2019. Información disponible a continuación: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_232

han sido una constante desde el inicio de este nuevo siglo en donde se han alcanzado cifras récord en determinados momentos. A estos efectos, cobra especial interés el 2015⁶.

A la luz de lo dispuesto en el párrafo anterior y con el propósito de comprender en mejor medida los asuntos judiciales que serán posteriormente analizados, debemos mencionar las implicaciones que tienen dos de las rutas principales de acceso a Europa. Así pues, por un lado, debemos incidir en los movimientos migratorios que se producen por el mar Mediterráneo para llegar –fundamentalmente– a Grecia e Italia⁷; en este sentido, hay que subrayar que estos conllevan recorridos extremadamente peligrosos en los que organizaciones no gubernamentales suelen realizar operaciones de salvamento para rescatar a los migrantes de los peligros que este tipo de travesías siempre entrañan⁸. Por otro lado, debe mencionarse el acceso a Europa por tierra mediante los enclaves españoles localizados en África. Esta manera de adentrarse a suelo europeo es la elegida por muchos migrantes a pesar de que, *inter alia*, la Comisión Española de Ayuda al Refugiado, así como el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de Naciones Unidas y el Consejo de Europa hayan denunciado la práctica sistemática de devoluciones ilegales realizada por las autoridades españolas⁹.

Ante esta complicada coyuntura, algunos Estados miembros han optado por implementar medidas contrarias a los objetivos y valores esenciales de la citada organización¹⁰. Todo ello ha llevado a las instituciones europeas a proponer de manera asidua y constante medidas ideadas con el propósito de hacer frente a los problemas de diversa índole que, en este marco, indudablemente se generan¹¹. A modo de ejemplo, es importante mencionar el Nuevo Pacto sobre Migración y Asilo, adoptado recientemente por la Comisión

⁶ En el 2015, más de un millón y medio de personas llegaron a suelo europeo. Los hechos que motivaron un aumento de los movimientos migratorios en aquel momento se encuentran relacionados indudablemente con el recrudecimiento de la guerra civil que comenzó en Siria en el 2011. Evidentemente, personas procedentes de otros lugares conflictivos, como Irak o Afganistán, no hicieron sino aumentar la lista de personas desplazadas.

⁷ Evidentemente, existen otras rutas marítimas utilizadas por los migrantes. Es posible mencionar, por ejemplo, la importancia que está tomando la vía marítima, por donde los migrantes alcanzan suelo canario. De hecho, esta se está convirtiendo en la principal vía de acceso para llegar a Europa. Información disponible a continuación: https://www.cear.es/wp-content/uploads/2021/04/Informe-CEAR_CANARIAS.pdf

⁸ HELLMAN MORENO, 2020, página 814 y siguientes.

⁹ Información disponible a continuación: <https://www.cear.es/wp-content/uploads/2017/02/Informe-rutas-migratorias.pdf>

¹⁰ En este contexto, debe subrayarse que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia del 6 de septiembre de 2017, tuvo oportunidad de analizar controvertidas medidas internas implementadas por algunos Estados europeos. Del pertinente examen judicial, el citado órgano concluyó que estas efectivamente no eran compatibles con las premisas esenciales de los principales tratados europeos. HELLMAN MORENO, 2017, página 8.

¹¹ De acuerdo con lo mencionado en el cuerpo principal del texto, la mayoría de las estrategias articuladas por las instituciones europeas han consistido en promover un mayor control de las fronteras exteriores, ajustar el Sistema Europeo de Asilo sobre la base del principio de igualdad, así como fomentar la solidaridad entre los Estados europeos.

Europea, el que ha sido duramente criticado por Human Rights Watch al concluir que se trata de un documento poco novedoso que socava los derechos de los migrantes¹².

Siendo conscientes de la grave situación esbozada en los párrafos anteriores, hay que dejar claro que uno de nuestros objetivos consiste en determinar la postura que mantiene en este ámbito el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante: TEDH). A estos efectos, entendemos que es vital analizar la sentencia emitida en febrero del 2020 con motivo del asunto *N.D y N.T c. España*. Además, con la idea de ofrecer un mayor grado de exhaustividad, acudiremos a una decisión judicial anterior particularmente relevante en esta misma materia. Nos estamos refiriendo al célebre asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, el que presenta similitudes con el caso previamente mencionado¹³. Así, seremos capaces de atisbar la aproximación que mantiene el citado tribunal en este ámbito y, consecuentemente, determinaremos la evolución (o involución) acaecida en lo que a protección de los derechos de migrantes se refiere.

Habiendo aclarado uno de los objetos principales de nuestra investigación, hemos de indicar que nuestro análisis no termina aquí. Somos conscientes de la importancia de alguna de las incógnitas suscitadas en torno a la sentencia emitida hace más de un año por el TEDH. Concretamente, este no se pronuncia acerca del modo de proceder de España consistente en informar a las autoridades extranjeras del avistamiento de migrantes que “amenazan” con acceder a territorio español. En nuestra opinión, este particular *modus operandi* podría tener un fuerte impacto si una situación similar fuera examinada con rigor por el tribunal de Estrasburgo en la medida en que podría implicar la responsabilidad internacional del Estado en cuestión. Así, resulta de interés analizar el todavía irresuelto caso *S.S. y otros c. Italia*, ya que los demandantes denuncian una práctica implementada por el país transalpino muy similar a la aplicada por España en la frontera con Marruecos. Dicho lo anterior, veamos –en un primer momento– la postura que actualmente mantiene el TEDH en torno a los actuales desplazamientos migratorios.

II. LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS MIGRANTES EN EL ASUNTO *HIRSI JAMAA Y OTROS C. ITALIA*

La sentencia emitida el 23 de febrero del 2012 por el TEDH con motivo del asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia* debe traerse a colación en la medida en que hace importantes valoraciones en torno a los movimientos migratorios y a las obligaciones que asumen los Estados europeos cuando suscriben regulación supranacional en el ámbito de los derechos humanos¹⁴. Además, conviene recordar que la denuncia interpuesta giró en

¹² Información disponible a continuación: <https://www.hrw.org/world-report/2021/country-chapters/european-union>

¹³ GIUFFRÉ, 2012, página 729.

¹⁴ Este caso nace como consecuencia de una demanda interpuesta el 26 de mayo de 2009 por once ciudadanos somalíes y trece ciudadanos eritreos contra la República italiana. Estos zarparon en barco desde Libia con el objetivo de llegar a suelo europeo. No obstante, el 6 de mayo de 2009 y a 35 millas náuticas del

torno al precepto legal tercero del Convenio Europeo de Derechos Humanos (de ahora en adelante: CEDH) y al cuarto del Protocolo número 4. Consecuentemente, en un primer momento, el citado órgano judicial se propuso escudriñar si verdaderamente Italia había ignorado o no el referido artículo 3 y, para ello, entendió que era fundamental dilucidar si había “(...) motivos serios y fehacientes para creer que los interesados corrían un riesgo real de ser sometidos a tortura o tratos inhumanos o degradantes una vez entregados a Libia”¹⁵. Con el objetivo de proporcionar una respuesta clara a este interrogante, el Tribunal decidió apoyarse en los informes elaborados por los órganos internacionales y organizaciones no gubernamentales en donde se ponía de relieve que el compromiso del Estado libio para con la regulación en materia de derechos humanos era nulo, al margen de que hubiera ratificado numerosa normativa internacional al respecto. Y, tras esta conclusión, plasmó una consideración de gran interés: “Italia tenía que haber examinado la situación que les depararía a los denunciantes una vez fueran devueltos a Libia aun cuando estos no hubieran solicitado la protección internacional pertinente (§ 133, página 31 y 32)”¹⁶. Por tanto, el TEDH dictaminó que el principio de no devolución –conocido en inglés como el *non-refoulement principle*¹⁷– debe de tomarse en consideración en las operaciones de salvamento marítimo efectuadas por Estados europeos, independientemente de si las personas interceptadas desean o no quedar protegidas por los derechos que la regulación supranacional confiere. A continuación, el citado órgano judicial trató de esclarecer (a lo largo del párrafo 147 y siguientes de su decisión judicial) si existió además un peligro añadido para los demandantes devueltos a Libia. En definitiva, consideró necesario examinar si el controvertido acto de devolución significaba, a su vez, una repatriación arbitraria a Eritrea y Somalia. Finalmente, concluyó que en ambos países existía un riesgo real de que se cometieran abusos calificables de tortura, por lo que, a juicio del TEDH, Italia vulneró el artículo 3 del CEDH.

Asimismo, el comentado Tribunal dio la razón a los demandantes cuando estos esgrimieron que su expulsión conllevó una vulneración del artículo 4 del protocolo número 4 del CEDH. En este contexto, es de interés recalcar que el TEDH se pronunció a favor de la aplicación del citado precepto legal aun cuando los hechos objeto de examen judicial tuvieron lugar en alta mar¹⁸. Es decir, que aunque el incidente en cuestión no se

sur de la isla de Lampedusa, los ocupantes de las tres embarcaciones fueron interceptados por las autoridades italianas. Prácticamente a continuación, fueron trasladados a Trípoli sin ser debidamente identificadas. Asimismo, debe indicarse que su llegada a Libia no estuvo exenta de polémica, porque dos de los individuos que conformaban el grupo murieron y no se pudo saber exactamente qué les había ocurrido.

¹⁵ DE CASTRO, 2013, página 1127.

¹⁶ ARLETTAZ confirma la postura que en este asunto suscribe el TEDH: “(...) los Estados tienen la obligación de obtener información sobre el trato al que se exponen los migrantes que esos Estados devuelven”. ARLETTAZ, 2013.

¹⁷ A raíz del referido caso, el ámbito de aplicación del citado principio se amplía de forma considerable. Así lo considera SEUNGHWAN cuando afirma lo siguiente: *The Hirsi case is scrutinized as a case that, more than any other, has expanded the scope of application of the non-refoulement obligation even to the high seas in the context of the developing concept of jurisdiction in the ECHR*. SEUNGHWAN, 2017, página 51.

¹⁸ NASCIBENE, 2012, página 4.

produjo en el territorio de un Estado parte del CEDH, aquel consideró que la obligación contenida en la norma anteriormente citada debía tomarse en consideración por medio de una interpretación funcional y teleológica de la misma. Todo ello legitimó la aplicación extraterritorial del comentado artículo 4¹⁹. Finalmente, una vez comprobado que Italia no había evaluado la situación particular de cada uno de los demandantes, el TEDH dictaminó –como dijimos– que dicho precepto legal había sido también ignorado²⁰.

Es evidente que esta sentencia suscitó un gran interés en la medida en que el TEDH confirió prioridad a los derechos de los migrantes sobre cualquier otra consideración. Como era de esperar, la algarabía suscitada en torno a este caso se mantuvo a lo largo de los años mediante otros muchos asuntos hasta que la Gran Sala del TEDH emitió, el 13 de febrero del 2020, una nueva decisión judicial en relación con el caso *N. D y N. T. c. España*. Asimismo, realizaremos, en el apartado siguiente, un análisis detallado del reciente pronunciamiento judicial.

III. EL CONSERVADOR VIRAJE DEL TEDH EN EL ASUNTO *N.D Y N.T. C. ESPAÑA*

En el caso *N.D. y N.T. c. España* los demandantes invocaron el artículo 3 y 13 del CEDH como consecuencia de su inmediata devolución a Marruecos, así como el artículo 4 del Protocolo número 4 al considerar que habían sido objeto de una expulsión colectiva²¹. El 3 de octubre del 2017, el Tribunal de Estrasburgo dictó una primera sentencia en donde estipuló que España había violado los preceptos legales señalados, salvo el ilícito relativo a torturas. Posteriormente, el gobierno español formuló una petición con el objetivo de que el asunto fuera examinado por la Gran Sala del TEDH. Finalmente, cinco jueces accedieron a ello. Así pues, la Gran Sala emitió, el 13 de febrero de 2020, una sentencia que puso fin a la controversia en cuestión, dictaminando –contra todo

¹⁹ Esta cuestión es particularmente interesante, porque es la primera vez que se condena a un Estado basado en el precepto legal mencionado a pesar de que los hechos objeto de análisis no tuvieron lugar en su propio territorio. Así lo confirma ARLETTAZ, “(...) el Tribunal, por primera vez, admitió que el artículo 4 del protocolo 4 se aplica incluso a las acciones de entrega de los extranjeros a un tercer Estado llevadas a cabo fuera del territorio nacional”. ARLETTAZ, 2013.

²⁰ Esta idea quedó ya reflejada en el asunto *Čonka v. Bélgica* (número 51564/99), donde se dispuso que es fundamental advertir la existencia de garantías que evidencien que las circunstancias personales de los involucrados se han tenido en cuenta de manera genuina e individual (§ 64). A raíz de todo ello, CHETAİL afirma lo siguiente: (...) *the individual situation of every asylum seeker must be assessed at each stage of the process: during the refugee status determination procedure, and then, following a refusal of asylum request, when the expulsion decision is ordered and carried out*. CHETAİL, 2014, página 61.

²¹ Este asunto surge el 13 de agosto del 2014 cuando dos migrantes (uno de Mali y otro de Costa de Marfil) tratan de acceder, junto con un grupo de personas subsaharianas, a España por el puesto fronterizo de Melilla, el que se compone de tres vallas. Ambos consiguieron alcanzar la tercera valla y, tras permanecer encaramados a la misma durante largas horas, las autoridades españolas lograron bajarles con la ayuda de escaleras desplegables. A continuación, fueron trasladados a Marruecos junto con setenta y cinco individuos más. En este contexto, es de interés mencionar que no aplicaron procedimientos de identificación alguno.

pronóstico²²— que el Estado español no había conculcado ninguno de los preceptos legales anteriormente referidos.

A raíz de este asunto, debe indicarse que el TEDH tuvo la oportunidad de pronunciarse por primera vez acerca de la aplicabilidad del artículo 4 del Protocolo número 4 en relación con el retorno inmediato y forzoso de extranjeros interceptados en la frontera terrestre de un Estado Parte. Teniendo en cuenta este dato, la Gran Sala vierte en un primer momento varias consideraciones con las que parece querer justificar el resultado final de su decisión; un resultado que a nuestro juicio condiciona de forma negativa las políticas migratorias de los Estados europeos de los próximos años. Asimismo, el citado órgano judicial, sabedor de todo lo anterior, hace hincapié en la siguiente idea: los países europeos en aras de proteger su territorio tienen la capacidad de desarrollar su propia política migratoria, siempre que se haga en consonancia con las obligaciones internacionales que han asumido. Y esta última aseveración debe conjugarse con otra premisa clave: los países que conforman la frontera exterior de la Unión Europea juegan un papel fundamental al tener que lidiar con desplazamientos migratorios recurrentes.

Tras esta especie de alegato inicial, la Gran Sala entró de lleno en el fondo del asunto y se planteó si efectivamente el artículo 4 del Protocolo número 4 era aplicable al caso²³. Para valorar el alcance aplicativo de la referida norma, el órgano judicial decidió tomar como referencia los informes elaborados por la Comisión de Derecho Internacional (de ahora en adelante: CDI), así como las declaraciones vertidas por uno de sus miembros, Maurice Kamto, y concluyó (en el párrafo 181 de la sentencia) que la no admisión de una persona al territorio de un Estado debía equipararse con su devolución. Consecuentemente, la Gran Sala dictaminó que los demandantes fueron efectivamente expulsados de España. Siguiendo la estela de casos anteriores, esta consideró —como ya fue plasmado en el asunto *Sharifi y otros c. Italia y Grecia*— que el comentado precepto no presentaba necesariamente una dimensión territorial.

Posteriormente, la Gran Sala tuvo que dar un paso más y plantearse si los solicitantes fueron objeto de una expulsión colectiva. En este peculiar contexto, se propuso averiguar no solo si estos fueron debidamente identificados por las autoridades españolas, sino que quiso determinar si tuvieron además posibilidad de reaccionar ante la decisión de su expulsión (así se puso de relieve en el párrafo 191 de la decisión judicial objeto de análisis). Apreciamos, en este punto, un razonamiento diferente respecto de lo estipulado en casos anteriores en donde se entendió vulnerado el citado artículo 4 al comprobar el TEDH que las expulsiones no eran el resultado de un examen razonable y objetivo de la

²² Mucha era la expectación generada en torno a la decisión final de este caso. De hecho, a la espera de que esta fuera emitida, SOLER GARCÍA, indicó lo siguiente: “cabe esperar que el pronunciamiento de la Gran Sala contribuya a consolidar la jurisprudencia relativa a la prohibición de las expulsiones colectivas en general, y más en concreto, en relación a [sic] las ‘devoluciones en caliente’ (...) Lo importante es que la Gran Sala reafirme que las actuaciones de las autoridades españolas en el triple vallado suponen una aplicación del criterio del control efectivo, lo que lleva consigo la aplicación del Convenio”. SOLER GARCÍA, 2018, página 149.

²³ En el párrafo 128 de la comentada sentencia se confirma que, en este caso, el artículo 3 del CEDH no es objeto de examen judicial.

situación particular en la que se encontraban los migrantes. De acuerdo con la jurisprudencia del momento, ello bastaba para determinar la ilegalidad de la conducta estatal. Así quedó dispuesto en, *inter alia*, los asuntos *Sultani c. Francia* y *Čonka c. Bélgica*²⁴. Cuesta, pues, trabajo comprender que se descartara de manera tan superficial la vulneración del comentado precepto legal en el caso que aquí nos ocupa debido a la ausencia del examen individual relativo a la situación de los demandantes. Conviene destacar que en el caso *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, la expulsión colectiva de los migrantes había tenido lugar tras considerar el TEDH que el personal militar italiano que los interceptó no era el competente para realizar la comentada valoración²⁵. Sorprende, por tanto, averiguar lo irrelevante que es esta cuestión en el recientemente resuelto proceso judicial, máxime tras la ingente cantidad de jurisprudencia emitida en este sentido.

Asimismo, la Gran Sala continuó su argumentación y añadió que, con motivo del asunto *Kblaifia y otros c. Italia*, era fundamental comprobar la verdadera razón que impidió a los solicitantes su entrada a España. En este contexto, el mencionado órgano judicial subrayó (en el párrafo 212) que, si bien los demandantes no fueron debidamente identificados, estos pudieron haberse acogido a los procedimientos de protección previstos tanto en la regulación doméstica española como en la normativa internacional. Ello representa un claro cambio de paradigma respecto de lo dictaminado en otros asuntos en la medida en que la máxima instancia judicial ubicada en Estrasburgo centró gran parte de su argumentación en afirmar que los demandantes no se plantearon la posibilidad de acceder a territorio español por medio de los cauces legalmente establecidos. Descartó, además, en el párrafo 218 y siguientes, el alegato plasmado por aquellos consistente en afirmar que para las personas procedentes del África subsahariana era imposible cruzar por el puesto fronterizo de Beni Enzar.

Producto de todo lo anterior, la Gran Sala sostuvo que la entrada irregular de los solicitantes eximía a España de toda responsabilidad. Este nuevo enfoque aleja al TEDH de las decisiones judiciales emitidas en el pasado. A este respecto, debemos subrayar la enorme distancia que existe entre este caso y, por ejemplo, el asunto *Georgia c. Rusia* en donde se indicó que el comentado artículo 4 podía tomarse en consideración independientemente de si los individuos en cuestión se encontraban o no en una situación de irregularidad. En definitiva, del proceso judicial mencionado se dedujo que era del todo irrelevante la conducta en la que aquellos hubieron incurrido. Sin embargo, ahora, para determinar la violación del comentado artículo es fundamental averiguar de qué modo actúan, en este caso, los solicitantes. Así pues, no parece que sea relevante analizar el

²⁴ Otra cuestión relacionada con la idea expuesta en el cuerpo principal del texto es la relativa a la existencia de decisiones similares que decretan la expulsión de individuos. En el caso *Andric c. Suecia*, el TEDH argumentó que ello no constituía una expulsión colectiva, siempre que la valoración y análisis de la situación hubiera sido realizada.

²⁵ De manera muy similar, en los asuntos *Shioshvili y otros c. Rusia* y *Berdzenisvili y otros c. Rusia*, el examen individual de los migrantes, así como el derecho de acceso a un recurso, fueron argumentos claves para el TEDH.

alcance de las actuaciones del Estado europeo en cuestión²⁶. A nuestro modo de ver, no tiene ningún sentido supeditar el cumplimiento de las obligaciones internacionales de un Estado a si la conducta de los demandantes es o no la adecuada. Sin duda, apreciamos diferencias argumentales claras respecto de lo dispuesto en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, así como en los otros casos surgidos en el intervalo de tiempo existente entre este (e incluso antes de que el mencionado caso fuera resuelto) y el que está siendo objeto de estudio.

Finalmente, la Gran Sala examinó si efectivamente el Estado demandado había vulnerado el artículo 13 del CEDH. Y, de forma muy similar a lo ya expuesto, indicó que fueron los solicitantes los que voluntariamente se habían colocado fuera de la legalidad al cruzar la frontera sin acogerse a los procedimientos legales pertinentes. Sin duda, los últimos párrafos de esta sentencia ponen de relieve que la prioridad de Europa es contener los movimientos migratorios, independientemente de que ello socave los derechos de los migrantes²⁷. Esta decisión judicial es, en nuestra opinión, una oportunidad perdida para reafirmar el contenido de otras decisiones judiciales vertidas en el pasado.

1. *Incógnitas sin despejar en el asunto N.D y N.T. c. España*

De acuerdo con lo expuesto en el apartado anterior, debemos indicar que la decisión judicial dictada en el 2020 ha causado no solo un innegable revuelo, sino que además ha generado numerosas incógnitas. Como ya fue apuntado previamente, una de ellas se encuentra relacionada con la alegación plasmada en su día acerca de la imposibilidad o dificultad para aquellas personas que proceden del África subsahariana de acercarse al puesto fronterizo de Beni Enzar²⁸. Esta espinosa cuestión ha llevado a algunos autores a afirmar que en el citado puesto fronterizo se impide el acceso de migrantes como consecuencia de su categorización racial²⁹. Ello, no obstante, parece no ser de mucho interés para la Gran Sala en la medida en que apenas le dedica atención; es más, afirma que los denunciantes pudieron haber accedido a territorio español mediante los cauces legalmente previstos si así lo hubieran querido³⁰.

²⁶ A este respecto, HAKIKI afirma lo siguiente: *notably it is neither "access to legal entry" nor "means of legal entry" which are considered, but a doubled up version of the two. This announces the diluted nature of the requirement.* HAKIKI, 2020.

²⁷ Como consecuencia de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, RAIMONDO proclama lo siguiente: *This decision sets a dangerous precedent in many respects. First, return decisions taken exclusively on the basis of irregular entry and in the absence of any consideration for the principle of non-refoulement or to the conditions in the country of return, are at variance with the non-penalisation principle embodied by Article 31 of the Refugee Convention* (RAIMONDO; 2020).

²⁸ *Vid. Supra.* Página 10.

²⁹ CARRERA; 2020; página 11.

³⁰ La opinión vertida por la Gran Sala no nos convence. Algo similar le ocurre a CARRERA cuando afirma lo siguiente: *First, the lack of available legal mechanisms for Sub-Saharan African nationals to enter regularly into Spanish territory; second, the disproportionate degree of force and violence used by Spanish authorities in the border fences; and third, the unsafety and racialized violence suffered by those expelled to Morocco* (CARRERA; 2020; 11). Estas aseveraciones tomadas de informes elaborados por, *inter alia*, la Agencia de las Naciones Unidas para

En cualquier caso, atendiendo al segundo objetivo del presente estudio, la cuestión que atrae poderosamente nuestra atención es la relativa al *modus operandi* del Estado español, el que fundamentalmente se limita a informar a las autoridades marroquíes de la existencia de movimientos en la valla de Melilla. En otras palabras, las autoridades competentes han decidido trasladar al país vecino gran parte de su responsabilidad a la hora de controlar a los migrantes en su intento de cruzar la frontera con el propósito, presumiblemente, de evitar un conflicto entre sus derechos y las obligaciones que asume España al suscribir el CEDH. En definitiva, todo apunta a que el citado país ha optado por no confrontar este tipo de controvertidas situaciones, debido a las implicaciones legales que en un momento dado pudieran surgir. No obstante, esta manera de proceder puede tener una gran repercusión a la luz de lo dispuesto en la regulación internacional.

Consecuentemente, debemos señalar la importancia del caso *S.S. y otros c. Italia* donde los demandantes afirman que el país transalpino ha optado por no actuar y, al mismo tiempo, informar a las autoridades libias de la existencia de embarcaciones que “amenazan” con llegar a su territorio. A raíz de todo ello, los denunciados han puesto de relieve que es posible sostener su responsabilidad internacional. Sin duda, hay evidentes similitudes en los argumentos vertidos por las partes demandantes en ambos casos. Veamos, por tanto, en el apartado siguiente, más detalles acerca del asunto que involucra de nuevo a Italia.

IV. UN ANÁLISIS DEL IRRESUELTO ASUNTO *S.S. Y OTROS C. ITALIA*

Como ya fue comentado en el punto anterior, resulta de interés focalizar nuestra atención en el caso *S.S. y otros c. Italia*. Los hechos que atañen a este asunto arrancan en el momento en el que un grupo de unas ciento cincuenta personas decide partir, el 6 de noviembre de 2017, en un buque desde Libia con el objetivo de alcanzar suelo europeo. Conscientes de la situación de peligro en la que se encontraba su bote durante la travesía, varios mensajes de socorro fueron enviados. Estos, conviene aclarar, fueron interceptados por tres embarcaciones: el *Sea Watch 3*, un buque militar francés y uno libio, el *Ras Jadir* (encargado de monitorizar la costa de su país). En este punto de la explicación, conviene indicar que el último de los navíos citado no quiso realmente promover maniobra de rescate alguna. Es más, como consecuencia de su negligente actuación, el resultado de la operación fue nefasto, porque hubo heridos e, incluso, muertos³¹. Y, para

el Refugiado muestran la violencia y el maltrato infligido por las autoridades españolas en la frontera con Marruecos. Ello nos hace dudar del argumento que plasma la Gran Sala cuando afirma que los demandantes debieron haberse acogido a los procedimientos legales de entrada.

³¹ Según las declaraciones de los diecisiete supervivientes, el *Ras Jadir* provocó un fuerte movimiento de agua que provocó la muerte de unas veinte personas. Además, dicha embarcación torpedeó, en buena medida, las operaciones de rescate que otros navíos estaban intentando llevar a cabo. Para ello, lanzó objetos y amenazó a los migrantes con cuerdas y armas. Asimismo, no entregó chalecos salvavidas a aquellas personas que se encontraban en el agua.

tener una adecuada composición de lugar acerca de lo que sucedió durante la referida operación de salvamento, es preciso indicar que hubo un helicóptero italiano que lo visualizó todo.

Al hilo de lo previamente expuesto hay que mencionar que los demandantes –quince de los cuales fueron rescatados por la embarcación *Sea Watch 3* y, posteriormente, trasladados a Italia– manifestaron que las autoridades transalpinas no ofrecieron la protección oportuna ante las lesivas actuaciones llevadas a cabo por el *Ras Jadir*. De hecho, una parte de la argumentación de los denunciados se articula sobre la siguiente idea: Italia fue quien informó a la Guardia Costera libia del avistamiento del bote cargado de migrantes con el propósito de que interviniera en la polémica operación de rescate³². Consecuentemente, estos consideran que Italia ha infringido el artículo 2 y 3 del CEDH, así como el artículo 4 del Protocolo número 4. Asimismo, seis solicitantes hacen hincapié en que los miembros que conformaban la tripulación de la embarcación libia infringió no solo malos tratos, sino que además profirió toda clase de amenazas como, por ejemplo, la de devolverlos a Libia a pesar de que ello pudiera acarrear un nuevo traslado a sus correspondientes lugares de origen³³.

No hay duda de que existen profundas similitudes entre este caso y el anterior que atañe a España en la medida en el que el modo de proceder de las autoridades correspondientes ha consistido en básicamente delegar parte de sus actuaciones en favor de un tercer Estado con el objetivo de contener recurrentes desplazamientos migratorios. Además, es evidente que hay una gran expectación en torno a este asunto, el que se encuentra pendiente de resolución. Quizá el TEDH decida desmarcarse de la resolución judicial emitida en el 2020 o, por el contrario, opte por mantener el cambio de rumbo recientemente emprendido. En cualquier caso, nuestra intención es determinar a continuación el camino que el citado órgano judicial debería tomar a la luz de lo dispuesto en los preceptos legales supranacionales.

1. ¿Es Italia internacionalmente responsable?

Centrándonos en el segundo objetivo del presente estudio, tenemos que focalizar nuestro análisis en determinar si Italia es responsable de los sucesos acontecidos en noviembre del 2017 de acuerdo con lo previsto por la normativa internacional. Para proporcionar una respuesta apropiada debemos, en un primer momento, prestar atención a la argumentación vertida por la parte demandante consistente en afirmar que el Estado transalpino se limitó a informar a la Guardia Costera libia del avistamiento de un buque en el que se encontraban los solicitantes. Esta forma de proceder encaja con la idea de que Italia, ante la posibilidad de vulnerar la regulación internacionalmente suscrita,

³² En este contexto, debe apuntarse que Italia donó cuatro embarcaciones a la Guardia Costera libia, una de las cuales era el *Ras Jadir*.

³³ De acuerdo con lo mencionado en el cuerpo principal del texto, debe indicarse que dos miembros del grupo en cuestión fueron trasladados a Nigeria. Ello, a tenor de los demandantes, implica la vulneración del artículo 3 y 4 del Protocolo número 4.

“transfirió” (o, al menos, eso pretendía) su responsabilidad a las autoridades libias con la intención de que fueran estas quienes lidiaran con la situación en cuestión³⁴. A raíz de esta alegación, nos surge el siguiente interrogante: ¿puede plantearse la responsabilidad internacional de Italia ante esta peculiar dejación de funciones?

De acuerdo con la cuestión planteada en el párrafo anterior, es fundamental traer a colación el primer artículo del Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos del 2002, el que dispone que la perpetración por parte de un Estado de un hecho internacionalmente ilícito genera la responsabilidad internacional pertinente. Antes de plasmar más ideas en torno a esta cuestión, conviene dejar claro que dicho instrumento no constituye un tratado internacional vinculante para los Estados. No obstante, debemos dejar a un lado la perspectiva clásica del Derecho Internacional donde la responsabilidad de un Estado surge cuando se incumplen obligaciones suscritas por medio de la articulación del consentimiento pertinente en la medida en que “(...) dicha concepción ha ido perdiendo legitimidad ante la conciencia de los Estados sobre la importancia de armonizar sus intereses comunes, siendo las Naciones Unidas el instrumento que refleja dicha actitud”³⁵. Esta idea la confirma CRAWFORD cuando aduce que una resolución por parte de la Asamblea General proporciona un mayor grado de credibilidad que la adopción de un tratado³⁶. Sobre esta controvertida cuestión, el mencionado autor afirma que: *the Vienna Convention on the Law of Treaties, which on almost every occasion where it has been applied by international courts has been applied as customary international law and not by reason of its being a treaty*³⁷. Todo parece indicar que la ausencia de un tratado no debe ser motivo suficiente para desacreditar la relevancia, en este caso, del texto adoptado en el 2002³⁸. No compartimos, pues, la posición doctrinal de aquellos autores que restan importancia a este por el mero hecho de que no ha culminado en la adopción de la correspondiente convención³⁹.

Continuando con nuestro análisis, debemos señalar que a tenor del documento en cuestión es fundamental advertir la comisión de un hecho contrario a la legalidad internacional. Asimismo, es preciso observar el cumplimiento de otros requisitos

³⁴ Se advierte al lector que el presente estudio no abarca un análisis detallado acerca de todas y cada una de las alegaciones plasmadas por los solicitantes. Nos ceñiremos, pues, a determinar únicamente si la actuación del Estado italiano descrita en el cuerpo principal del texto da lugar o no a la responsabilidad internacional correspondiente.

³⁵ CÁCEDA DÍAZ, 2008, página 260.

³⁶ CRAWFORD, 2002, página 889.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Según CARON, la existencia de un tratado podría tener efectos negativos dada la rigidez que esta figura jurídica conlleva. CARON, 2002, página 860. Además, según el mencionado autor: *The ILC articles represent (at best) a restatement of the customary international law of the secondary principles of state responsibility*. CARON, 2002, página 872. Asimismo: CRAWFORD, 2002, página 890. En cualquier caso, conviene señalar que el presente estudio no tiene por objeto procurar un análisis detallado acerca de esta cuestión. No obstante, entendemos que es de interés aclarar el impacto que los mencionados documentos tienen.

³⁹ Así quedó estipulado en la exposición de motivos del Proyecto de Artículos del 2002 donde se abogó por la adopción, a futuro, de una convención.

adicionales. En este sentido, el segundo precepto legal es particularmente interesante, porque señala los elementos que deben concurrir en una determinada situación para afirmar que estamos ante un acto internacionalmente ilícito: debe, por un lado, advertirse la existencia de un acto u omisión atribuible a un Estado de acuerdo con el Derecho Internacional y, por otro lado, que ello se traduzca en la violación de una obligación internacional⁴⁰.

Al hilo de lo expuesto, hay que recalcar que los demandantes consideran que Italia ha vulnerado los artículos 2 y 3 del CEDH, así como el artículo 4 del Protocolo número 4. Para concluir si efectivamente los indicados preceptos legales supranacionales han sido ignorados por el mencionado país es fundamental, desde nuestro punto de vista, analizar qué implicaciones tiene la no actuación del Estado italiano. En este punto de la explicación debemos recordar que Italia decidió no intervenir en la operación de rescate previamente descrita.

Asimismo, para saber con mayor certeza si Italia es o no responsable, resulta de interés examinar los Comentarios que vierte la CDI en torno al citado Proyecto de Artículos. Estos son de gran utilidad en la medida en que destacan que para advertir la existencia de una omisión ilícita es esencial averiguar si el Estado italiano sabía (o debía haber sabido) qué sucedería al decidir no intervenir en los hechos objeto de análisis⁴¹. Y, sin duda, a la luz del contenido de numerosa documentación es evidente que Italia era plenamente consciente (o debía haberlo sido) de los riesgos y las complicaciones que surgen cuando Libia se involucra de una situación que afecta, especialmente, a la interceptación de un buque cargado de migrantes⁴². De hecho, el país transalpino visualizó la operación desde el aire. Sin duda, este último dato ahonda en la idea de que Italia sabía no solo lo que podía pasar en el caso de que Libia lidiara con la operación de rescate, sino que *de facto* sabía lo que estaba ocurriendo al ser testigo desde el aire del *modus operandi* empleado por el Estado libio⁴³. Todo ello incide en la idea de que Italia habría vulnerado al menos el artículo 4 del Protocolo número 4, siendo del todo irrelevante que los hechos objeto de

⁴⁰ En torno a este artículo se ha generado cierta controversia en la medida en que algunos autores sostienen que debió haberse incluido el daño como un tercer elemento. ÁVALOS VÁZQUEZ, 2006, página 586.

⁴¹ Véase la página 35 de los Comentarios que vierte la CDI en torno al Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos.

⁴² De acuerdo con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, debemos indicar que de conformidad con las sentencias emitidas en el pasado por el propio TEDH, Libia no se ha implicado en los últimos años en la protección de los derechos humanos de los migrantes. El citado órgano judicial valiéndose de informes emitidos por órganos internacionales y organizaciones no gubernamentales, manifestó que "(...) el compromiso del Estado libio para con la regulación en materia de derechos humanos era nulo, al margen de que hubiera ratificado numerosa normativa internacional al respecto". HELLMAN MORENO, 2020, página 407. Así quedó reflejado en, por ejemplo, el comentado asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*.

⁴³ En este sentido, la CDI en sus Comentarios al Proyecto de Artículos del 2002 incide en el *caso relativo al personal diplomático y consular de los Estados Unidos en Teherán* que indica lo siguiente: (...) *the responsibility of the Islamic Republic of Iran was entailed by the "inaction" of its authorities which "failed to take appropriate steps", in circumstances where such steps were evidently called for* (página 35). Así, parece que podría argumentarse que Italia debió haber tomado las medidas pertinentes para evitar la situación que finalmente tuvo lugar en noviembre del 2017.

examen judicial tuvieran lugar en el mar. Así quedó claramente dispuesto en el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*. Se aprecia, por tanto, que la omisión atribuible al Estado italiano⁴⁴ conllevó la vulneración de normas internacionales (en este caso las suscritas en el CEDH)⁴⁵. Consecuentemente, parece que Italia cumple con los requisitos que menciona el artículo 2 del comentado Proyecto de Artículos.

Y, por si lo anterior no fuera poco relevante, es importante no perder de vista, a su vez, el contenido del artículo 16 insertado en el referido documento del 2002, el que establece que un Estado es responsable si presta ayuda o asistencia a otro en la perpetración de un acto ilegal. En este caso, debemos subrayar que Italia ha donado embarcaciones a Libia, permitiendo a las autoridades de dicho país participar en las consiguientes operaciones de rescate⁴⁶. Es más, debe indicarse que la asistencia de Italia a Libia no se circunscribe a lo anteriormente comentado, porque hay otras evidencias que apuntan a que el país italiano ha facilitado otro tipo de “ayuda”⁴⁷. Esta forma de proceder encaja con los Comentarios realizados por la propia CDI en la medida en que indican que la responsabilidad de un Estado podrá advertirse si, por ejemplo, proporciona la financiación pertinente o presta un servicio que conlleva la realización de una conducta delictiva por parte de ese otro Estado. Así pues, en el caso objeto de análisis, parece sencillo argumentar que la actuación del país italiano resulta clave a la hora de promover la desafortunada intervención de Libia en las operaciones de rescate que tienen lugar en el mar Mediterráneo.

En cualquier caso, tras una lectura en detalle de los citados Comentarios se advierte que son tres los elementos que deben darse para correctamente aplicar el referido artículo 16. Consecuentemente, en un primer momento, es fundamental apreciar que el país que asiste conoce las circunstancias que rodean al Estado asistido y, por tanto, es consciente del modo en el que va a emplear la ayuda recibida. Esta condición es fácilmente identificable en este caso, ya que hemos puesto de relieve que el Estado italiano sabía desde hace años que en Libia el cumplimiento de la normativa relativa a los derechos

⁴⁴ Conviene aclarar que de acuerdo con los Comentarios efectuados por la CDI al Proyecto de Artículos del 2002, la atribución de una conducta ilícita se atribuye a un Estado en términos generales: (...) *the reference to a State organ in article 4 is intended in the most general sense. It is not limited to the organs of the central government, to officials at a high level or to persons with responsibility for the external relations of the State. It extends to organs of government of what-ever kind or classification, exercising whatever functions, and at whatever level in the hierarchy, including those at provincial or even local level. No distinction is made for this purpose between legislative, executive or judicial organs* (página 40).

⁴⁵ A este respecto, el artículo 12 indica lo siguiente: “Hay violación de una obligación internacional por un Estado cuando un hecho de ese Estado no está en conformidad con lo que de él exige esa obligación, sea cual fuere el origen o la naturaleza de esa obligación”.

⁴⁶ En este sentido, debe traerse a colación lo dispuesto por el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa en su informe del 2019: (...) *it has been observed that Italy has provided important equipment, including several coast guard vessels, to enable the Libyan Coast Guard to operate more effectively at sea*. Documento disponible a continuación: <https://www.statewatch.org/media/documents/news/2019/nov/coe-party-iIntervention-SS-and-others-v-%20Italy.pdf>

⁴⁷ *Ibidem*. Párrafos 20 y siguientes.

humanos no constituía ni mucho menos una prioridad⁴⁸. Además, es crucial que dicha ayuda promueva la comisión de un acto ilegal. En este sentido, cobra interés el hecho de que, *inter alia*, Italia ha facilitado buques con capacidad para participar en controvertidas operaciones de rescate. Se aprecia, por tanto, un punto de unión claro entre la entrega de navíos y la utilización de estos para cometer actos delictivos. En cualquier caso, acerca de esta cuestión la CDI, en la página 66 de sus Comentarios, matiza lo siguiente: *There is no requirement that the aid or assistance should have been essential to the performance of the internationally wrongful act; it is sufficient if it contributed significantly to that act*. A la vista de lo dispuesto por esta y a la luz de las circunstancias que rodean al presente asunto, podemos decir que claramente la segunda condición se ve plenamente satisfecha. Y, por último, se le debería poder achacar al Estado que presta ayuda el incumplimiento de una obligación internacional en el supuesto de que hubiera decidido actuar del mismo modo que el Estado asistido. Es evidente que, si el Estado italiano hubiera replicado la conducta del Estado libio, se le habría atribuido la violación directa de las normas internacionales anteriormente señaladas. Consecuentemente, la norma objeto de análisis es perfectamente aplicable al caso⁴⁹.

Así pues, no cabe duda de que Italia es internacionalmente responsable de los ilícitos que tuvieron lugar en noviembre del 2017 en virtud de lo dispuesto en el Proyecto de Artículos del 2002, así como en relación con los Comentarios vertidos en torno a este⁵⁰. Habrá que estar, pues, pendiente de la resolución de este caso en la medida en que si el TEDH decide apoyarse en el contenido de los citados textos habrá posibilidad de revertir el rumbo ya iniciado con la sentencia *N.D. y N.T. c. España* donde los intereses de los Estados europeos constituyen la prioridad más absoluta. Si ello no sucediera, parece que será difícil modificar el camino recientemente emprendido por el citado órgano judicial.

⁴⁸ Así lo plasma también el Comisario para los Derechos Humanos del Consejo de Europa: *The Commissioner observes that there have been consistent reports, by UN bodies and NGOs, of the fact that migrants returned to Libya are routinely deprived of their liberty, arbitrarily and indefinitely, in Libya's detention centres, where they are subjected to torture or inhuman or degrading treatment, faced with other abuse, including rape, and sometimes sold into slavery. The Commissioner also notes that information about this situation in Libya has been widely available for a considerable period of time. Vid. Supra. Nota 56.*

⁴⁹ De acuerdo con lo expuesto en el cuerpo principal del texto, es importante traer a colación lo que indica la CDI en la página 66: *Under article 16, aid or assistance by the assisting State is not to be confused with the responsibility of the acting State. In such a case, the assisting State will only be responsible to the extent that its own conduct has caused or contributed to the internationally wrongful act. Thus, in cases where that internationally wrongful act would clearly have occurred in any event, the responsibility of the assisting State will not extend to compensating for the act itself.*

⁵⁰ En este contexto, conviene señalar de nuevo que ambos documentos no han dado lugar a la adopción del tratado correspondiente. No obstante, como ya se comentó, algunos autores entienden que el trabajo efectuado por la CDI es el resultado de un proceso consuetudinario que debe ser tomado en consideración por los Estados.

2. *¿Se puede establecer una analogía entre los asuntos N.D y N.T. c. España y S.S. y otros c. Italia?*

Hemos visto, en el apartado anterior, que a la luz de los hechos que conforman el caso *S.S. y otros c. Italia* y de acuerdo con el Proyecto de Artículos del 2002, el Estado italiano sería internacionalmente responsable. Asimismo, se nos plantea la siguiente cuestión: ¿podría establecerse una analogía entre este y el asunto *N. D y N. T. c. España*? O, dicho de otro modo, ¿se observan similitudes en la forma que tienen Italia y España de afrontar la llegada de migrantes que pudiera dar lugar a la responsabilidad internacional de este último? Sin duda, es interesante resolver esta incógnita porque, en el caso de apreciar contundentes paralelismos, podríamos sostener que la conducta de España debió haber sido examinada en su momento con mayor profundidad por parte del TEDH⁵¹.

Así pues, prestaremos a continuación especial atención a la argumentación que plasmaron los demandantes en el asunto *N. D y N. T. c. España* relativa al modo de proceder del Estado español que, desde su punto de vista, no fue el correcto. Concretamente, estos afirmaron que las autoridades españolas se limitaron a informar a las marroquíes de los movimientos que tenían lugar en la valla de Melilla con el objetivo de que fuera Marruecos quien se implicará y evitará la entrada de migrantes a territorio español. Seguramente España consideró que, al no intervenir, el CEDH no era objeto de aplicación. Independientemente de si esta cuestión es cierta o no, es evidente que las políticas domésticas del Estado italiano y del español son similares, porque en este desafiante ámbito han optado por “delegar” gran parte de sus funciones en favor de un tercer Estado que, positivamente para ellos, no se encuentra sometido al cumplimiento del citado Convenio.

En cualquier caso, debemos tomar de nuevo en consideración la aplicación del citado artículo 2 del Proyecto de Artículos del 2002, el que enumera las condiciones que deben darse para que un Estado sea responsable. En este contexto, es crucial subrayar que la posible violación de la normativa internacional atribuible al Estado español debe articularse sobre la base de una omisión. Y, llegados a este punto, es importante averiguar si esta presenta una naturaleza ilícita. Para determinar esta particular cuestión, es esencial examinar si España sabía (o debía haber sabido) lo que sucedería al no actuar y, por tanto, al no implicarse en los hechos que conforman el caso. En este sentido, resulta evidente que al impedir Marruecos el acceso de los solicitantes a territorio español se les denegaba la posibilidad de acogerse al sistema de protección internacional. Cabría, por tanto, argumentar que indirectamente España conculcó el artículo 4 del Protocolo número 4. Sin embargo, la Gran Sala descartó por completo esta aproximación. Es más, esta mantuvo que el incumplimiento del citado artículo y la consiguiente imposibilidad de solicitar asilo se plasmó por parte de los migrantes de manera tardía (desde el punto de vista procesal). Y, asimismo, subrayó en los párrafos 220 y 221 de su decisión que

⁵¹ La alegación plasmada en el cuerpo principal del texto pasó prácticamente inadvertida por el TEDH cuando examinó los hechos que rodearon al caso en cuestión.

estos no incidieron en la idea de que la responsabilidad de todo ello fuera atribuible al Estado español.

Respecto de lo anterior, debe indicarse que hay sectores doctrinales que no comparan la postura mantenida por el Tribunal de Estrasburgo⁵², independientemente de que en Marruecos la falta de compromiso para con la normativa internacional en materia de derechos humanos no es ni mucho menos comparable con la del Estado libio, el que se caracteriza por abiertamente despreocuparla⁵³. En definitiva, algunos autores van más allá y establecen una relación entre los dos casos aquí descritos. Así, MARKARD afirma que la responsabilidad de España podría observarse si el TEDH admitiera la jurisdicción del Estado italiano en el todavía irresuelto caso, debido a las similitudes existentes entre ambos asuntos⁵⁴. Consecuentemente, si el tribunal ubicado en Estrasburgo discurriera del modo indicado, se podría sostener un cambio de paradigma respecto de lo dispuesto en el caso *N. D y N. T. c. España*. Desde luego, si ello sucediera se pondría en tela de juicio el *modus operandi* actual empleado por la Guardia Civil en la valla de Melilla⁵⁵. En este sentido, debemos recalcar que la *praxis* del Estado español es sumamente controvertida, ya que en virtud de acontecimientos recientes acaecidos fundamentalmente en Ceuta es posible concluir que las autoridades españolas proceden a la expulsión prácticamente inmediata de personas migrantes que ingresan de forma irregular⁵⁶. No hay duda, pues, de la expectación que se está generando en torno al asunto que tiene como propósito enjuiciar la postura del Estado italiano ante los desplazamientos migratorios que tienen lugar cerca de su costa.

V. CONCLUSIONES

A la luz de lo explicado en apartados anteriores, resulta sencillo comprender el impacto que tuvo el asunto *Hirsi Jamaa y otros c. Italia*, así como aquellos otros que siguieron su estela. Es evidente que la sentencia dictada recientemente con motivo del asunto *N.D. y N.T. c. España* confirma muchas de las consideraciones vertidas en anteriores procesos judiciales. No obstante, queda claro que la mencionada decisión judicial ofrece

⁵² Además, las declaraciones vertidas por CARRERA cobran gran interés: *Whenever EU Member States expulsion policies fall within the scope of EU law, they are subject to portable responsibility and portable justice under the EU Charter of Fundamental Rights*. CARRERA, 2020, página 8.

⁵³ Ello nos lleva a pensar que los demás artículos esgrimidos por los solicitantes no serían aplicables.

⁵⁴ MARKARD, 2020.

⁵⁵ Siendo conscientes de lo expuesto en el cuerpo principal del texto, conviene subrayar que en este caso no es posible traer a colación el artículo 16 contenido en el Proyecto de Artículos del 2002 en la medida en que no hay pruebas de que España haya asistido a Marruecos en la perpetración de actos ilícitos mediante financiación o facilitación de algún tipo de soporte de carácter técnico, logístico, etc. Así pues, de acuerdo con las evidencias obtenidas hasta la fecha, parece que la relación de “colaboración” entre Italia y Libia no es comparable a la de España con Marruecos.

⁵⁶ Información disponible en: <https://elpais.com/espana/2021-05-18/el-gobierno-responde-a-la-crisis-migratoria-con-expulsiones-en-caliente-con-el-aval-del-constitucional.html>

una visión nueva en relación con las devoluciones de personas procedentes de terceros países. Desde nuestro punto de vista, el Tribunal de Estrasburgo se inclina ahora por proteger en términos prácticamente absolutos los intereses estatales. Consecuentemente, la Gran Sala se desmarca de decisiones judiciales pasadas al centrar gran parte de su argumentación en “reprochar” que la conducta de los demandantes no fue la adecuada y al incidir en la idea de que España habilitó los cauces oportunos de acceso a su territorio; todo ello le llevó a esta a dictaminar que dicho país no había vulnerado el CEDH. En nuestra opinión, ambos argumentos no solo son poco rigurosos y de dudosa credibilidad, sino que promueven *inter alia* un debate ético de envergadura⁵⁷.

Por tanto, tras el análisis de la sentencia emitida el pasado año, parece que los países europeos en su objetivo de controlar fronteras se encuentran capacitados para impedir la entrada de individuos procedentes de terceros países, aunque ello se haga en detrimento de la normativa supranacional. En definitiva, la gran expectativa que se había generado en torno a este asunto acerca de la posibilidad de que el órgano judicial europeo avalase con rotundidad y contundencia los derechos de los migrantes se vio seriamente truncada en febrero del 2020.

Siendo conscientes del complejo horizonte que tímidamente asoma, hay que traer a colación el enorme interés que está suscitando el todavía irresuelto caso *S.S. y otros c. Italia*. Como ya dijimos, si se admitiera la jurisdicción italiana, el TEDH tendría posibilidad de referirse a la política migratoria del Estado transalpino y dictaminar quizá su responsabilidad internacional. Ello, sin duda, podría extrapolarse a España debido a que el *modus operandi* de ambos países a la hora de contener flujos migratorios es muy similar.

En cualquier caso, no debemos olvidar una cuestión esencial: el marcado rumbo emprendido por el órgano judicial europeo en donde los derechos de los migrantes no constituyen su principal preocupación. Todo indica, pues, que debemos ser extremadamente cautos en torno a las valoraciones que a este respecto se puedan plasmar, ya que si el TEDH sigue decantándose por desatender los derechos de los migrantes, es posible que incida en argumentos no relacionados con los aquí expuestos, a pesar de que conforme con la regulación internacional a algunos países europeos se les puede atribuir, principalmente, omisiones ilícitas que redunden en su responsabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

ARLETTAZ, Fernando, 2013: “Expulsión colectiva de extranjeros en la jurisprudencia del TEDH: Comentario a *Hirsi Jamaa y otros v. Italia*”, *Observatorio PSyD*. Disponible en <http://catedrapsyd.unizar.es/observatorio-psyd/opina/expulsion-colectiva-de-extranjeros->

⁵⁷ En este sentido, cobra interés lo que plasmó, en su voto concurrente, el juez Pinto de Albuquerque en el caso *M.A. y otros c. Lituania: To allow people to be rejected at land borders and returned without assessing their individual claims amounts to treating them like animals. Migrants are not cattle that can be driven away like this.*

- en-la-jurisprudencia-del-tedh-comentario-a-hirsi-jamaa-y-otros-v-italia-gran-sala-req-27765-09-23-02-2012.html [Fecha de consulta: 16.3.21]
- ÁVALOS VÁZQUEZ, Jesús, 2006: "Responsabilidad del Estado por hecho internacionalmente ilícito del Estado. ¿Más de cuarenta años de labor de la Comisión de Derecho Internacional para nada?", *AMDI*, VI.
- ARANGO, Joaquín, 2003: "Inmigración y diversidad", *Revista de Occidente*, n° 268.
- BUFALINI, Alessandro, 2019: "The Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration: What is its contribution to International Migration Law?", *QUIL*. Disponible en <http://www.qil-qdi.org/the-global-compact-for-safe-orderly-and-regular-migration-what-is-its-contribution-to-international-migration-law/> [Fecha de consulta: 16.3.21]
- CÁCEDA DÍAZ, Joel, 2008: "La responsabilidad de los Estados: base para la defensa de los Derechos Humanos", *PUCP*, n° 61, pp. 249-272.
- CARON, David, 2002: "The ILC Articles on State responsibility: the paradoxical relationship between form and authority, pp. 857-873.
- CRAWFORD, James, 2002: "The ILC's Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts: A Retrospect", *The American Journal of International Law*, Vol. 96, n° 4, pp. 874-889.
- CARRERA, Sergio, 2020: "The Strasbourg Court Judgement N.D. and N.T. v Spain A Carte Blanche to Push Backs at EU External Borders?", *Robert Schuman Centre for Advanced Studies Working Papers*. Disponible en https://cadmus.eui.eu/bitstream/handle/1814/66629/RSCAS%202020_21.pdf?sequence=1&isAllowed=y [Fecha de consulta: 16.3.21]
- CHETAIL, Vincent, 2014: "Are Refugee Rights Human Rights? An Unorthodox Questioning of the Relations between Refugee Law and Human Rights Law", en Ruth Rubio-Marín (editor), *Human Rights and Immigration*, Reino Unido, Oxford University Press, pp. 19-72.
- DE CASTRO SANCHEZ, Claribel, 2012: "TEDH -sentencia de 23.02.2012 (Gran Sala), Hirsi Hamma e.a. c. Italia, 27765/09- <<Artículo 3 y 13 del CEDH; artículo 4 del protocolo n° 4 -tortura y tratos nhumanos y degradantes- derechos a un recurso efectivo -prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros>>", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 46.
- GIUFFRÉ, Mariagiulia, 2012: "Watered-down on the high seas: Hirsi Jamaa and others v. Italy", *The International and Comparative Law Quarterly*, Vol 61, n° 3.
- HELLMAN MORENO, Jacqueline, 2020: "El apuntalamiento de la obligación internacional de rescate tras los casos del Open Arms y Sea-Watch 3"; en Eva Hernández Martínez y otros (editores), *Derechos Humanos ante los nuevos desafíos de la globalización*, Madrid, Dykinson, pp. 814-833
- HELLMAN MORENO, Jacqueline, 2019: "El convenio sobre la inspección de los emigrantes a bordo de buques de 1926: el preludio de una preocupación actual", *Revista Internacional y Comparado de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, Vol. 7.
- HELLMAN MORENO, Jacqueline, 2017: "An approach towards the judgment rendered by the Court of Justice of the European Union on September 6, 2017 regarding the European Immigration Crisis", *Revista Derecho del Estado*, n° 46.
- MARKARD, Nora, 2020: "A hole of Unclear Dimensions: Reading ND and NT v. Spain", *EU Immigration and Asylum Law and Policy*. Disponible en <https://eumigrationlawblog.eu/a-hole-of-unclear-dimensions-reading-nd-and-nt-v-spain/> [Fecha de consulta: 16.3.21]
- NASCIMBENE, Bruno, 2012: "The "Push-back Policy" Struck Down Without Appeal? The European Court of Human Rights in *Hirsi Jamaa and Others v. Italy*", *Instituto Affari Internazionali*, n° 12.
- RODRÍGUEZ OSUNA, Jacinto, 1985: "Migraciones exteriores, transición demográfica y proceso de desarrollo", *REIS*, 32.
- SEUNGHWAN, Kim, 2017: "Non-Refoulement and Extraterritorial Jurisdiction: State Sovereignty and Migration Controls at Sea in the European Context", *Leiden Journal of International Law*, 30.

- SHAW, Malcolm, 2017: *International Law* (6ª edición), Reino Unido, Cambridge University Press.
- SOLER GARCÍA, Carolina, 2018: “La prohibición de las expulsiones colectivas de extranjeros en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: especial referencia al caso de España”, *Revista General de Derecho Europeo*, 45.

El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena

*Isaac Ravetllat Ballesté**

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es reflexionar acerca de la falta de regulación en Chile de un procedimiento de retorno asistido de niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares desde un enfoque de derechos humanos que respete las previsiones contenidas tanto en la Convención sobre los Derechos del Niño como en la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares. En ese sentido, la Ley N° 21.325, de Migración y Extranjería, a pesar de contener como uno de sus principios inspiradores el del interés superior del niño y de la niña, no parece, sin embargo, ser capaz de ofrecer respuestas claras y acordes con las verdaderas necesidades de estos niños, niñas y adolescentes, más aún tras la Sentencia del Tribunal Constitucional, de 29 de enero de 2021, que declaró la inconstitucionalidad del procedimiento de retorno asistido contenido en el artículo 132 de la referida norma.

Migración internacional; retorno asistido; derechos del niño y de la niña migrante; protección de la infancia

The assisted return procedure of unaccompanied and separated children in Chilean immigration regulations

ABSTRACT

The objective of this study is to reflect on the lack of regulation in Chile of an assisted return procedure of unaccompanied and separated children from their family references from a human rights approach that respects the provisions contained in both the Convention on the Rights of the Child and the Convention on the Protection of the Rights of All Migrant Workers and

* Licenciado en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Magíster y Doctor en Derecho de Familia e Infancia por la Universidad de Barcelona, España. Profesor Asociado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Director del Centro de Estudios sobre los Derechos de la Infancia y la Adolescencia de la Universidad de Talca. ORCID: 0000-0003-3857-8150. Correo electrónico: iravetllat@utalca.cl.

Artículo recibido el 24.4.2021 y aceptado para su publicación el 9.8.2021.

Members of Their Families. In this sense, the Law 21.325, of Migration and Foreigners, despite containing as one of its main principles that of the best interests of the child, does not seem, however, to be able to offer clear answers consistent with the true ones needs of these children and adolescents, even more so after the Constitutional Court Judgment of January 29, 2021, which declared the unconstitutionality of the assisted return procedure contained in article 132 of the aforementioned norm.

International migration; assisted return; migrant children's rights; child protection

INTRODUCCIÓN

La carencia histórica en Chile de un cuerpo normativo que venga a regular de manera integral y completa los derechos de la niñez y la adolescencia, que establezca una institucionalidad acorde con los estándares internacionales, y que asiente las bases delimitadoras de una clara política pública de infancia y adolescencia¹, adquiere especial relevancia al incidir sobre un colectivo de niños, niñas y adolescentes que se encuentran en una particular situación de vulnerabilidad: aquellos extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares. Efectivamente, el desconocimiento por parte de nuestras autoridades de la realidad vivida por estos niños, niñas y adolescentes que arriban solos a nuestras fronteras, la invisibilización de sus verdaderas motivaciones, experiencias y necesidades, así como la incapacidad de dar respuesta legal a su situación vital, denotan bien a las claras, una vez más, el déficit absoluto de un enfoque de niñez que coloque a las personas menores de edad, en este caso migrantes, en el epicentro del sistema².

La reciente promulgación de la Ley de Migración y Extranjería que, *a priori*, debiera estar llamada a poner fin a la endémica situación de discriminación interseccional que sufren estos niños, niñas y adolescentes —en adelante NNA—, por ser menores de edad, extranjeros, encontrarse en condición de irregularidad administrativa, y por si fuera poco solos, no parece estar a la altura de lo esperado³. Es por ello que la hipótesis que nos planteamos en este estudio es que la carencia de un procedimiento legal de retorno asistido en la mentada norma se vislumbra como una práctica contraria al principio rector del interés superior del niño y de la niña.

De este modo, la presente investigación en primer lugar, describe el ámbito de extensión del principio de no devolución cuando este afecta a NNA migrantes; en segundo término, examina el *modus operandi* existente en la actualidad para tratar de dar respuesta efectiva a la situación de estos NNA; y, finalmente, concluye con una aproximación crítica a la regulación del procedimiento de retorno asistido de NNA

¹ DUARTE, 2012, p. 103 y 110, considera que una explicación a esta falta de visibilidad de la niñez y la adolescencia se encuentra en el carácter adultocéntrico de las sociedades occidentales.

² COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, 2021, párr. 37.

³ CRENSHAW, 2012, pp. 87-122.

contenido originariamente en el artículo 132 de la Ley de Migración y Extranjería, antes de que dicho precepto fuera declarado contrario a la Constitución Política de la República por parte del Tribunal Constitucional, en sentencia de 29 de enero de 2021 (rol 9930-2020)⁴. Todo ello sin olvidar la importancia de examinar el procedimiento de retorno asistido como si de una medida de protección se tratara, y, precisamente desde ese mismo enfoque cuestionar la falta de concordancia normativa existente entre la Ley de Migración y Extranjería y el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia.

I. EL PRINCIPIO DE NO DEVOLUCIÓN

El principio de no devolución, que inicialmente fue pensado para las personas a las que se reconoce su estatuto de asilo o refugiado (artículo 33.1 de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951), ha ido, paulatinamente, ampliando su ámbito de extensión⁵. Sin ir más lejos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, tuvo la oportunidad de interpretar el artículo 22.8 del Pacto de San José de Costa Rica, alcanzando la siguiente conclusión:

“Es posible considerar que en el sistema interamericano está reconocido el derecho de cualquier persona extranjera, y no solamente a los asilados y refugiados, a la no devolución indebida cuando su vida, integridad y/o libertad estén en riesgo de violación, sin importar su estatuto legal o condición migratoria en el país en que se encuentre”⁶.

En suma, el principio de no devolución debe serle reconocido a todo sujeto extranjero, con independencia de su edad, y no únicamente a una categoría específica del mentado colectivo humano, como serían los requirentes de asilo o refugio.

Por tanto, si bien el principio de no devolución se dirige a proteger la vida y libertad de los perseguidos, tratándose de NNA, el objeto de esta prohibición —que es un derecho en sí mismo considerado— abarca no solo la protección del derecho intrínseco a la vida y la libertad, sino también la protección del derecho de las personas menores de edad a sobrevivir y a desarrollar sus capacidades evolutivas, y en consecuencia, el daño irreparable que pretende evitar incluye también la vulneración del conjunto de derechos

⁴ ÁLVAREZ, 2019, p. 304; YÁÑEZ, 2020, p. 27; CARRETTA y BARCIA, 2020, p. 145; y REY, 2008, p. 264.

⁵ Este principio de no devolución aparece reconocido expresamente en el ordenamiento jurídico chileno en el artículo 4 de la Ley 20.430, 2010, sobre protección de refugiados. Asimismo, y por lo que al ámbito internacional se refiere, se hace mención del mismo en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 (artículo 33), en la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (artículos 9, 10 y 22), y en la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 6, 22 y 37).

⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*, 2013, párr. 153.

que les son esenciales para su desarrollo integral, entre ellos el derecho a la identidad (artículo 8 CDN), el derecho a la salud (artículo 24 CDN), el derecho a la educación (artículos 28 y 29 CDN), el derecho a la integridad (artículo 19 CDN), el derecho a estar protegidos contra toda forma de explotación (artículos 32 y 34 CDN)⁷.

A mayor abundamiento, el Comité de los Derechos del Niño, en su Observación General Nº 6 (2005), estatuye que si no se cumplen los requisitos para obtener la condición de refugiado de acuerdo con lo estipulado en la Convención de 1951, “los NNA separados o no acompañados deben igualmente gozar de la protección complementaria disponible en la medida determinada por sus necesidades de atención”⁸. Tal circunstancia comporta, evidentemente, que ha de garantizárseles, en la máxima medida de lo posible, el disfrute de todos los derechos humanos reconocidos a cualquier NNA en el Estado de acogida.

En este sentido, y más allá de las previsiones comprendidas en la Ley de Migración y Extranjería⁹, entendemos del todo imprescindible la consagración en la normativa nacional del principio de no devolución de NNA, constatando expresamente que el mismo debe ser acogido como regla general y nunca como excepción. Además, debe dejarse bien a las claras que la mentada obligación de no devolución de NNA migrantes asumida por el Estado chileno aplica con independencia de los actores sociales a quienes se imputen las vulneraciones graves de los derechos de esos NNA –sean o no agentes estatales–, así como de la circunstancia que las amenazas o vulneraciones en cuestión sean premeditadas o consecuencia indirecta de la acción o inacción del Estado.

Ni qué decir cabe, que a la luz tanto de la CDN como de la Convención sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares deben quedar expresamente prohibidas las expulsiones colectivas de NNA y familias migrantes¹⁰.

II. MODELO ACTUAL DE ATENCIÓN Y PROTECCIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EXTRANJEROS NO ACOMPAÑADOS O SEPARADOS

1. *Ideas generales*

A pesar de existir –al menos teóricamente– diversas categorías de NNA no acompañados o separados, buena parte de ellos se encuentran circunscritos en uno de los tres grupos enunciados acto seguido: los solicitantes de protección internacional –incluidos

⁷ PANQUEVA, 2018, p. 40; ARLETTAZ, 2017, pp. 199-201.

⁸ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 77.

⁹ Sin ir más lejos, y a título meramente ejemplificativo, la Ley 21.325, 2021, en su artículo 4 comprende el principio del interés superior del niño, así como la imposibilidad de aplicar sanciones migratorias a NNA; de igual modo, en su artículo 41 prevé el permiso de residencia de NNA; y en su artículo 134 prohíbe la privación de libertad de NNA como medida aplicable para hacer efectiva una orden de expulsión.

¹⁰ En este mismo sentido se pronuncia el inciso segundo del artículo 4 de la Ley de Migración y Extranjería.

los requirentes del estatuto de refugiado—; aquellos que han sido víctimas de trata; y, por último, los inmigrantes en sentido amplio de la palabra, incluyendo dentro de esta última categoría aquellos que buscan la reunificación familiar u oportunidades de tipo económico o educacional. Es necesario subrayar, además, que estas categorías no deben ser consideradas como excluyentes entre sí, sino precisamente todo lo contrario, ya que es posible que exista cierta concurrencia y movilidad entre las mismas¹¹.

En este sentido, y en aras a ofrecer una respuesta integral a las necesidades específicas que presenta este colectivo de NNA, el sistema debe dotarse de un procedimiento claro y acorde con los estándares internacionales vigentes en la materia para hacer frente, en cada caso concreto, a los requerimientos de protección y a la búsqueda de soluciones duraderas, tomando siempre como eje transversal el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño y de la niña, así como los principios de no discriminación, supervivencia y desarrollo, participación y no devolución¹².

En línea con lo apuntado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, entiende que el concepto jurídico indeterminado del interés superior del niño y de la niña debiera convertirse en un criterio esencial a la hora de diseñar y aplicar las políticas públicas migratorias, así como un principio informador de toda toma de decisión administrativa o judicial relativa tanto a la entrada, permanencia o expulsión de una persona menor de edad, o de sus progenitores por condiciones vinculadas con su estatus migratorio. Lo afirmado va de la mano de la obligación del Estado de respetar el derecho de la persona menor de edad a ser escuchada y debidamente tenida en cuenta en todos los aspectos concernientes a los procedimientos migratorios¹³.

Apuntado lo anterior, y antes de principiar con el examen detallado del *iter* procedimental que se sigue desde el preciso instante en que una persona menor de edad extranjera no acompañada o separada es identificada en nuestras fronteras, no podemos dejar de subrayar, una vez más, por los efectos limitantes que ello conlleva, la falta endémica en Chile de una norma legal que venga a desarrollar de manera omnicomprensiva, transparente y exhaustiva estas cuestiones¹⁴.

En efecto, la mera existencia de la Circular N° 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, que informa de la política y procedimiento acerca de la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, extranjeros o chilenos que se encuentren en el exterior¹⁵, reafirma nuestra creencia de considerar que la práctica de desarrollar estas materias mediante diversas regulaciones de carácter administrativo, bajo la fórmula de resoluciones, circulares, decretos, convenios de colaboración y otros,

¹¹ GODOY, 2019, pp. 101-114.

¹² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017b, párr. 49 y COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS, 2017a, párr. 32.

¹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2014, párr. 70. En idéntico sentido se pronuncia el COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, 2021, párr. 32.

¹⁴ SOLER y MARTÍN, 2015, pp. 32-41.

¹⁵ Es posible señalar que según la Circular N° 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, p. 2, fija las competencias de la Unidad de Relaciones Internacionales de la Dirección Nacional del Sename.

implica dotar al sistema de un evidente grado de improvisación y heterogeneidad, a la par que evidencia que nos encontramos ante una regulación frágil, sin mecanismos adecuados de rendición de cuentas, ni de supervigilancia, donde el cumplimiento de su contenido queda atribuido, sin mayor control, a sus ejecutores, abriéndose en este sentido importantes espacios para la discrecionalidad¹⁶.

Ante tal tesitura, y en respuesta al deficiente marco normativo que envuelve este asunto, en la práctica se ha generado un particular *modus operandi* para aquellos casos en que las autoridades fronterizas chilenas detectan la presencia de una persona menor de edad no acompañada o separada ingresando al país por paso no habilitado¹⁷. En efecto, ante dichas circunstancias el NNA extranjero es derivado inmediatamente –por intermedio de los correspondientes partes policiales de carabineros o de la Policía de Investigaciones– al Tribunal de Familia competente, para que de este modo, si se estima oportuno, se dé inicio a la debida causa proteccional. Todo ello, en atención a las previsiones contenidas en la Ley Nº 19.968, de creación de los Tribunales de Familia –en adelante, Ley de Tribunales de Familia–, que atribuye a este órgano jurisdiccional la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de las personas menores de edad¹⁸.

En ningún caso, de manera previa a la determinación de su interés superior y a la evaluación de sus necesidades de protección por parte de las autoridades competentes –en nuestro caso, el Tribunal de Familia–, puede serles denegada la entrada ni ser devueltos “en caliente” o de manera sumaria desde el punto fronterizo en el que se encuentren. Tampoco pueden ser detenidos con base en la aplicación de políticas o prácticas migratorias (artículos 4 y 134 de la Ley Nº 21.325). Sin lugar a dudas, lo más importante en este momento inicial es la adecuada determinación de la identidad del NNA¹⁹ para facilitar así su correcta derivación, asegurando entonces su asistencia y atención inmediatas²⁰.

¹⁶ CEPEDA, 2019, pp. 120-122 y CARVACHO, 2020, p. 169.

¹⁷ Hacemos referencia únicamente a la entrada por paso no habilitado debido a que las fronteras del Estado chileno actualmente se encuentran cerradas por motivos de emergencia sanitaria. No obstante, caso de detectarse la presencia de un NNA no acompañado o separado de sus referentes familiares tratando de ingresar a territorio nacional por un paso habilitado, consideramos que la manera de proceder de las autoridades fronterizas debe ser exactamente la misma que la desarrollada en el presente estudio.

¹⁸ Es menester recordar que el artículo 8º. 7 de la Ley 19.968, 2004, establece con claridad la potestad de los juzgados de familia “en todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos respecto de los cuales se requiere adoptar una medida de protección”. LATHROP, 2014, p. 219 y ESTRADA, 2018, p. 8.

¹⁹ Respecto del derecho a la identidad de los NNA no acompañados o separados de sus referentes familiares, es interesante destacar el importante número de comunicaciones individuales suscitadas ante el Comité de los Derechos del Niño contra el Estado español, vinculadas, precisamente, con el procedimiento de determinación de la edad de esos NNA. Analizar en este sentido *S.M.A. vs. España* (CRC/C/85/D/40/2018), párr. 7.12 y 7.13; *M.B.S. vs. España* (CRC/C/85/D/26/2017), párr. 9.15 y 9.16; *M.B. vs. España* (CRC/C/85/D/28/2017), párr. 9.14 y 9.15; *M.A.B. vs. España* (CRC/C/83/D/24/2017), párr. 10.9 y 10.10; *M.T. vs. España* (CRC/C/82/D/17/2017), párr. 13.6 y 13.9; *R.K. vs. España* (CRC/C/82/D/27/2017), párr. 9.9 y 9.10; *A.L. vs. España* (CRC/C/81/D/16/2017), párr. 12.9 y 12.10; *J.A.B. vs. España* (CRC/C/81/D/22/2017), párr. 13.9 y 13.10; y *D.D.C. vs. España* (CRC/C/80/D/4/2016), párr. 14.7.

²⁰ SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAMME, 2010, p. 21. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4ccac66b2.html> (Consulta efectuada el 12 de diciembre de 2020). En idéntica línea se pronuncia la OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 1997, párr. 4.1.

Una vez remitido el expediente ante el Tribunal de Familia podemos encontrarnos ante dos posibles escenarios: que se trate de un NNA separado; o de un NNA no acompañado. En el primero de los casos, estamos ante una persona menor de edad separada de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes o adultos referentes. Por esta razón, puede tratarse de una persona menor de edad acompañada por otras personas significativas (un amigo de la familia, unos vecinos, unos parientes lejanos)²¹; mientras que en el segundo de los supuestos, nos encontramos ante un NNA separado de ambos progenitores y otros parientes y que, además, tampoco se halla al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad²². Ahondemos, pues, en cada una de estas categorías.

2. *Niños, niñas y adolescentes separados*

En referencia a los NNA separados, el órgano jurisdiccional, por regla general, suele adoptar una medida cautelar especial –de las recogidas en el artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia–, y concede el cuidado personal al adulto de referencia con el que la persona menor de edad cruzó la frontera. En otras palabras, no se deriva al NNA a un recurso residencial, sino que por el contrario, se lo mantiene, en la medida de lo posible, junto al adulto significativo con el que arribó al país. Lo anterior, por supuesto, salvo que se evidencie que tal medida no se condice con su interés superior, por considerar, por ejemplo, que su integridad física o psíquica corren algún riesgo, o por no quedar suficientemente acreditado el vínculo –afectivo, de confianza– que lo une con el mencionado adulto referente, o por constatarse signos de maltrato, negligencia o cualquier otro indicador que denote una situación de vulneración de derechos.

Acto seguido, y como consecuencia del estado de alarma sanitaria en el que vivimos, el NNA –separado– y el adulto o grupo de adultos que lo acompañan son derivados –al igual que cualquier otra persona que ingrese al país por paso no habilitado–, bajo la responsabilidad del Ministerio de Salud, a una residencia sanitaria para que procedan a realizar la cuarentena obligatoria de 14 días. Paralelamente, desde el Juzgado de Familia se inician las pesquisas necesarias para contactar con la familia del NNA –que por regla general ya se encuentra en territorio chileno–, para que, una vez superado el período de cuarentena, se persone en la residencia sanitaria y estén en condiciones de reunificarse con su hijo o hija. A partir de ese preciso instante, el sistema no prevé mecanismo oficial alguno que, de manera coordinada, garantice un acompañamiento, apoyo o asesoría al NNA en condición migratoria irregular y de su familia, con el objetivo de facilitar y agilizar la tramitación de la visa temporaria, la debida inscripción en un centro educativo, y la incorporación al sistema previsional de salud. A lo sumo, se les ofrece información

Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf> (Consulta efectuada el 11 de marzo de 2021).

²¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 8.

²² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 7.

genérica acerca de aquellas organizaciones de la sociedad civil que ofrecen este tipo de información y asistencia²³.

3. Niños, niñas y adolescentes no acompañados

En segundo lugar, si nos encontramos ante un NNA no acompañado, y atendida su evidente situación de vulnerabilidad, el Tribunal de Familia decreta una medida cautelar –artículo 71 de la Ley de Tribunales de Familia– e inicia los trámites para contactar con su familia –que no en pocas ocasiones se encuentra ya en Chile–. Únicamente, de no existir otra elección, como *ultima ratio*, se opta por el ingreso del NNA en una residencia del Servicio Nacional de Menores –sea un centro de administración directa o dependiente de un organismo colaborador acreditado–²⁴. En este último caso, también debe garantizarse que el NNA realice el correspondiente periodo de cuarentena, no en una residencia sanitaria sino en las propias dependencias que el centro residencial haya habilitado al efecto²⁵.

Dentro de los cinco días siguientes a decretada la medida cautelar, el Tribunal de Familia –en virtud de lo estipulado en el artículo 72 de la Ley de Tribunales de Familia– cita a una audiencia preparatoria y designa a un *curador ad litem* –Programa mi abogado– para que represente judicialmente al NNA. En este punto, y al tratarse de personas menores de edad extranjeras no acompañadas, según lo estipulado en la Circular Nº 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, el director o personal del centro residencial donde el NNA se encuentre residiendo debe instar a la Oficina Internacional del Servicio Nacional de Menores para que esta, de manera expedita, inicie las indagaciones precisas para contactar con los familiares del NNA, ya sea en territorio chileno, en el país de origen o en un tercer Estado. Ahora bien, no obstante lo indicado, debido a la demora y lentitud asociada a esta vía oficial de proceder, los Tribunales de Familia optan, en la práctica, por tratar de acceder ellos mismos directamente a dicha información, bien por medio del *curador ad litem* o de los responsables de la residencia donde el NNA se encuentra²⁶.

Asimismo, también se oficia por parte del Tribunal de Familia al Servicio de Registro Civil e Identificación para que provea al NNA extranjero en situación irregular y de vulnerabilidad –sujeto a una medida de protección– de una cédula de identidad provisoria, que le permita, de un lado, su identificación temporal hasta la obtención de

²³ BRAVO, SANTOS y DEL VALLE, 2015, p. 254.

²⁴ En virtud de la Ley 21.302, 2021, se crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia, que vendrá a sustituir al Servicio Nacional de Menores. Para un análisis inicial del citado texto legal véase VÁSQUEZ, 2021, pp. 8-25.

²⁵ Protocolo de actuación frente a la alerta sanitaria por coronavirus en organismos colaboradores residenciales y ambulatorios, de 14 de agosto de 2020, octava edición, del Departamento de Protección de Derechos del Servicio Nacional de Menores. Para su consulta, se encuentra disponible en: <https://www.sename.cl/web/wp-content/uploads/2020/08/Protocolo-Actuacion-COVID-19-Centros-Residenciales-OCAS-v8.pdf> (último acceso 11 de marzo 2021).

²⁶ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párrs. 84 y 85.

un permiso de residencia (la denominada visa de NNA)²⁷; y, de otro, que le facilite el acceso tanto al sistema educativo como a los servicios de salud. Ciertamente, en virtud de la Resolución Exenta N° 119, de 17 de abril de 2017, se estatuye cuál es el procedimiento especial a seguir para otorgar, siempre previa orden del Tribunal de Familia, una cédula de identidad provisoria en beneficio de estos NNA²⁸.

4. *Reunificación familiar y tramitación del permiso de residencia temporal para niños, niñas y adolescentes*

Sin detrimento de la tramitación y obtención de la cédula de identidad provisoria a la que hacíamos referencia en el apartado precedente, el Servicio Nacional de Menores –próximo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia–, mediante su Unidad de Relaciones Internacionales, debe, al menos en el papel, iniciar todas las diligencias necesarias para proceder a la reunificación familiar²⁹, así como contactar con el Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior –futuro Servicio Nacional de Migración y Extranjería– para gestionar la visa temporaria que venga a substituir al ya aludido documento de identificación provisorio³⁰.

Esta fase, que podríamos catalogar de investigación, tiene como finalidad última procurar los elementos de juicio suficientes para adoptar una decisión fundamentada respecto del futuro del NNA migrante no acompañado o separado, con el fin de diligenciar su retorno asistido al país de origen o a aquel donde se encuentren sus familiares o, en su defecto, facilitar su permanencia en territorio chileno, ya sea reunificándolo con sus parientes, si es que se encuentran en Chile, u otorgando su tutela al Estado. De acuerdo con el principio del interés superior del niño y de la niña, la devolución al país de origen, si se considerara esta la medida más oportuna, debe efectuarse bien mediante reunificación familiar, bien por medio de la puesta a disposición de la persona menor de edad ante los servicios sociales de su país de origen o residencia, siempre que, por supuesto, quede acreditado, que reúnen las condiciones mínimas para su debida atención y protección³¹.

En suma, una de las principales dificultades con las que cuenta esta etapa de investigación es la identificación de la persona menor de edad –recabar toda la información

²⁷ El órgano competente para tramitar este permiso de residencia de NNA es el Departamento de Migración y Extranjería (DEM), si bien con la promulgación y entrada en vigor de la Ley de Extranjería y Migración este será substituido por el Servicio Nacional de Migración y Extranjería.

²⁸ Resolución Exenta N° 119, de 17 de abril de 2017, que autoriza al Subdepartamento de Identificación, dependiente del Departamento Archivo General del Servicio, para otorgar número de Run a menores migrantes en situación irregular, previa orden de un Tribunal de Justicia. Para su consulta, se encuentra disponible en: http://www.srcei.cl/PortalOI/transparencia/marcoNormativo/Rex_N_119_2017.pdf (último acceso 21 de abril 2021).

²⁹ Circular N° 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, pp. 11-12.

³⁰ Para dar cumplimiento a este cometido que le es propio, el Sename celebró un Convenio de Colaboración con el Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior en el año 2010, que fue aprobado por Resolución Exenta N° 1.238, de 7 de abril de 2010.

³¹ CERIANI, GARCÍA y GÓMEZ, 2014, p. 22.

que sea posible— y la valoración de su situación real (presencia de algún adulto que pueda hacerse cargo de su cuidado, indagación del contexto familiar en origen y demás circunstancias personales y familiares que lo rodeen). Otro aspecto a resaltar, y que no puede pasar inadvertido, es la información que se les brinda a los NNA acerca de su situación y sus derechos. No solo en cuanto a su contenido, sino también respecto de los cambios que se van suscitando en la tramitación de su expediente y de cómo afectan a su vida las decisiones que se van adoptando. En otras palabras, los NNA no acompañados y separados deben ser oportunamente informados y consultados por el proceso de búsqueda de la familia y una vez iniciado, de su continua evolución. Sus opiniones y puntos de vista deben ser tomados en consideración durante el devenir de todo este proceso³².

En aquellos casos en que un NNA no cuente con documentos de su país de origen o visa de residencia en Chile, el centro residencial o programa del Servicio Nacional de Menores o de la red de instituciones colaboradoras al que haya sido derivado por parte del Tribunal de Familia debe, dentro de las 48 horas siguientes a su ingreso, informar del mismo a la Unidad de Relaciones Internacionales. Ello se realiza vía correo electrónico con copia al Departamento de Protección de Derechos y a la Dirección Regional correspondiente³³. Asimismo, dichas instituciones también ostentan la obligación de ingresar los antecedentes del NNA en la base de datos *Senainfo*, e iniciar —con el apoyo de la Unidad de Relaciones Internacionales— los trámites de solicitud de su permiso de residencia temporal.

Por su parte, la visa debe ser solicitada —a instancia de los organismos que están al cuidado del NNA— desde las Direcciones Regionales del Servicio Nacional de Menores, al Jefe del Departamento de Migración y Extranjería del Ministerio del Interior —adelante, DEM—, adjuntando la documentación requerida para este subtipo de visa temporaria, y explicitando, si se diere la circunstancia, las razones por las que algún documento de los exigidos no hubiera podido acompañarse³⁴. Añadir a ello, que la Ley de Migración y Extranjería recoge expresamente en su artículo 41 este tipo de permiso de residencia temporal, circunstancia esta que *a priori* nos parece positiva, pues legaliza —en el sentido de que se contiene en una norma con rango de ley—, un subtipo de visado de residencia temporal pensado para NNA, que hasta el momento únicamente encontraba su cabida en una disposición de carácter administrativo, con los riesgos que ello conlleva.

Asimismo, si el NNA se encuentra indocumentado deben tomarse las medidas necesarias para obtener el certificado de nacimiento, cédula de identidad o pasaporte, según corresponda. Para ello el centro o programa a cargo del NNA debe tomar contacto de manera inmediata con el Consulado del país de origen del NNA —siempre y cuando ello no sea contraproducente con su interés superior—, e instar para que se emitan sus documentos.

³² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 79-89; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017b, párr. 34; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑOS, 2017^a, párr. 33; y GREEVEN y VALENZUELA, 2019, p. 39.

³³ Circular Nº 4, de 2 de marzo de 2018, del Servicio Nacional de Menores, pp. 5-6.

³⁴ Circular Nº 16, de 26 de julio de 2017, del Departamento de Extranjería y Migración, que instruye acerca de visación temporaria para niños, niñas y adolescentes.

A mayor abundamiento, si el NNA ingresó al país de manera irregular por paso fronterizo no habilitado, es evidente que no podrá acompañar su solicitud de visado de la pertinente tarjeta de turismo, por carecer de ella. Por esta razón, en el oficio dirigido al DEM –futuro Servicio Nacional de Migración y Extranjería– debe indicarse expresamente que el NNA entró en Chile por paso fronterizo no habilitado. En este caso, además, al existir una infracción a la normativa migratoria, la decisión de conceder o no la visa, no la toma el Jefe/a del DEM, sino que le corresponde hacerlo al/la Subsecretario/a del Interior. Tal eventualidad provoca que el tiempo de tramitación se demore de manera exponencial, lo que entendemos no adecuado a los estándares internacionales de derechos humanos asumidos por el Estado chileno. Da la sensación que se prioriza la condición de migrante irregular de esa persona y no su estatuto de NNA.

Una vez notificado el otorgamiento de la correspondiente visa, corresponde al adulto a cargo del NNA o a los/as profesionales del centro o programa que se encuentre desarrollando la intervención –ambulatoria o residencial– realizar las gestiones oportunas para llevar a cabo el estampado de la visa del NNA –este trámite se realiza ante la Gobernación respectiva, o el DEM, en caso de residir en la Región Metropolitana–. Si la persona menor de edad no cuenta con pasaporte ni tiene posibilidades de acceder a uno, se deberá solicitar que la visa sea timbrada en un título de residencia.

Ya estampada la visa, debe acudirse, junto con el NNA, a la Policía de Investigaciones para realizar el correspondiente registro de la misma. De esta suerte, las visas se ingresan en el Registro General de Extranjeros, y la Policía de Investigaciones –al concluir este trámite– emite un certificado de anotación. Finalmente, con este documento, el adulto a cargo del NNA o el/la profesional del centro o programa debe concurrir, junto con él o ella, al servicio de Registro Civil e Identificación para obtener la cédula de identidad para extranjeros residentes.

Por último, apuntar que al tratarse de una visa de residencia temporal su duración es de un año, finalizado el cual se puede instar a una prórroga por idéntico periodo o solicitar la permanencia definitiva.

III. EL PROCEDIMIENTO DE RETORNO ASISTIDO DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES NO ACOMPAÑADOS O SEPARADOS EN LA LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA: EL POLÉMICO ARTÍCULO 132

1. *Una regulación oscilante a lo largo de su proceso de tramitación*

La regulación del procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados o separados de sus familiares en la Ley de Migración y Extranjería ha sido objeto de importantes oscilaciones y controversias a lo largo de todo su *iter legis* en sede parlamentaria, hasta el punto de ser considerado, finalmente, como contrario a las previsiones contenidas en la Constitución Política de la República por parte del propio Tribunal Constitucional³⁵.

³⁵ Tribunal Constitucional chileno, 29.01.2021, rol 9930-2020, considerando centésimo décimo.

De este modo, si bien es cierto que la versión original del precepto (que en su redacción primigenia correspondía al artículo 130 del entonces Proyecto de Ley³⁶) determinaba que cualquier decisión relativa a la devolución de una persona menor de edad a su Estado de origen o residencia debía basarse, necesariamente, en los requerimientos de su interés superior, no precisaba, sin embargo, ni el mecanismo ni la autoridad –administrativa o judicial– encargada de dar contenido al mentado concepto jurídico indeterminado. Es decir, no se explicitaba con claridad, como ya se encargó de constatar la Corte Suprema en su informe de 19 de mayo de 2020 (Oficio Nº 90-2020), si correspondía o no a los Tribunales de Familia dicha función, pues a tenor de lo estipulado en la Ley de Tribunales de Familia, se atribuye a estos órganos jurisdiccionales la protección del derecho a la libertad personal y seguridad individual de los NNA³⁷.

Como reacción a esas críticas, la Comisión de Hacienda de la Cámara alta aprobó una indicación que proponía una nueva redacción para el artículo objeto de nuestro análisis –el ya artículo 132– que otorgaba, ahora sí de manera explícita, a los Tribunales de Familia, a petición de la autoridad encargada de la protección de NNA, la competencia exclusiva para acordar las medidas de protección a las que debían quedar sujetos los NNA no acompañados o separados de sus familias, siempre, por supuesto, atendiendo a su interés superior y habiendo tomado en consideración su derecho a ser escuchados. En particular, correspondía a estos Tribunales, si se consideraba como la opción más atingente para dar respuesta al desarrollo y bienestar integral de esos NNA, la potestad para decretar la medida de retorno asistido, la que debía ser debidamente fundamentada, así como cabía su impugnación conforme con las previsiones recogidas en la normativa vigente aplicable a los procedimientos en que se adoptan medidas de protección respecto de cualquier NNA³⁸.

De igual modo, esa versión mejorada del artículo 132 emanada de la Comisión de Hacienda asignaba a la autoridad encargada de la protección de los NNA, mientras se mantuviera pendiente de resolución por parte del órgano jurisdiccional familiar la decisión de retorno o no del NNA no acompañado, la asunción de su cuidado y atención. Lo que implica no únicamente atender a todas sus necesidades –ya sean materiales o psicológicas– sino también mantenerlos informados de los derechos que les asisten y del estado de tramitación de su expediente de protección, al igual que iniciar inmediatamente las diligencias necesarias para que les sea concedido el correspondiente visado de residencia ante el Servicio Nacional de Migraciones –actual DEM–, así como también iniciar los trámites de obtención de los documentos de identidad del país de origen en caso de no contar con ellos.

Ahora bien, no obstante esa propuesta de nueva redacción del artículo 132 del proyecto de Ley de Migración y Extranjería, cuando su texto fue sometido a la definitiva votación del pleno de la Cámara, el mismo no se tomó en consideración y se optó,

³⁶ Proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín Nº 8970-06.

³⁷ Corte Suprema de Justicia, 19.05.2020, oficio 90-2020, de 19 de mayo de 2020, pp. 10-11.

³⁸ Corte Suprema de Justicia, 17.08.2020, oficio 149-2020, de 17 de agosto de 2020, pp. 9-10

concluyentemente, por la versión inicial del precepto; y, fue precisamente esa alternativa la declarada atentatoria contra la Constitución Política de la República por parte del Tribunal Constitucional.

Efectivamente, tal y como ha señalado el Tribunal Constitucional en su considerando centésimo quinto –Sentencia Rol 9930-2020, de 29 de enero de 2021–, el artículo 132 del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería “se aleja de la certeza jurídica mínima”, pues encomienda todo el procedimiento de retorno asistido a un reglamento, lo que “contribuye a una indeterminación que incrementa la vulnerabilidad sobre la situación de las personas menores de edad no acompañadas”. Asimismo, el precepto en cuestión tampoco resuelve de manera acertada una discordancia que pareciera darse en el seno del articulado de la Ley de Migración y Extranjería: por una parte, el mandato de no expulsión de estos NNA y, de otra, la previsión –e incluso el favorecimiento– de un tipo de retorno asistido hacia sus redes familiares, nacionales y afectivas. Bajo nuestro punto de vista, la única forma de superar esta dicotomía pasaría por regular un instrumento integral de asistencia, atención y protección de estos NNA como lo que realmente son: NNA gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, con independencia de su nacionalidad y estatuto migratorio.

Tal circunstancia, es decir que la Ley de Migración y Extranjería haya sido promulgada sin contener un procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados o separados de sus referentes familiares, pues el existente –artículo 132 del Proyecto de ley– no superó el filtro del Tribunal Constitucional, genera un riesgo evidente de vacío normativo. Lo afirmado, unido a la falta de articulación de la Ley N° 21.325 con el proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia –actualmente en tercer trámite constitucional ante la Comisión Mixta–, se nos antoja como una forma poco feliz de abordar esta situación de grave vulnerabilidad de los derechos de un grupo muy particular de NNA³⁹. Una vez más, da la sensación que tras enunciar grandilocuentemente el principio del interés superior del niño y de la niña como uno de los elementos rectores e inspiradores, en este caso de la Ley de Migración y Extranjería (artículo 4), el legislador, llegado el momento de darle contenido y especificarlo, no toma en debida consideración los estándares internacionales que informan dicha cuestión⁴⁰.

2. Elementos característicos de un procedimiento de retorno asistido de NNA no acompañados

De acuerdo con lo esgrimido *ut supra*, la medida de retorno asistido, a diferencia del enfoque ofrecido por la redacción final del artículo 132 de la Ley de Migración y Extranjería –aquella que dejara sin efecto el Tribunal Constitucional–, no debiera en ningún caso configurarse como una sanción migratoria, muy por el contrario debiera

³⁹ RAVETLLAT, 2020, pp. 293-324.

⁴⁰ En un sentido similar se pronunció la DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2021, p. 7, al entender que “el artículo 132 no respeta ni promueve el derecho fundamental de los NNA, de considerar de manera primordial su interés superior”.

ostentar la naturaleza jurídica propia de una medida de protección cuya finalidad no es otra que la de atender a una persona menor de edad que se encuentra en una situación de grave amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales.

Así, y como ya analizamos en el apartado segundo de este estudio, en nuestro ordenamiento jurídico corresponde a los Tribunales de Familia, de conformidad con lo estipulado en la Ley Nº 19.968, dictar las medidas de protección de NNA (artículo 8, Nº 7), al igual que también compete a estos órganos jurisdiccionales la eventualidad de autorizar la salida de un NNA del país, en los casos que corresponda de acuerdo con la ley (artículo 8, Nº 10)⁴¹. Además, tampoco puede obviarse que a lo largo de todo el procedimiento proteccional –por consiguiente también si se acuerda la medida de retorno asistido– deben respetarse las exigencias propias del debido proceso impuestas a nivel constitucional e internacional, así como asegurar la representación jurídica y, en caso de ser necesario, el acceso a intérprete a los NNA afectados⁴². Finalmente, también se reconoce la función de los tribunales de justicia a los efectos de control de la actividad administrativa, en nuestro caso del órgano competente en materia de infancia y adolescencia, que a partir de octubre de 2021 vendrá a ser el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia⁴³.

Delimitado el rol esencial a desempeñar por los Tribunales de Familia en el procedimiento de retorno asistido, se nos antoja imprescindible también la necesidad de concretar cuáles están llamadas a ser las tareas encomendadas a la autoridad encargada de la protección de los NNA durante la tramitación de esta medida protectora, para de este modo superar el actual estado de confusión y lentitud en buen número de sus intervenciones.

En dicho sentido, y a tenor del vacío normativo que nos deja la declaración de inconstitucionalidad del artículo 132 de la Ley de Migración y Extranjería, entendemos que el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y la Adolescencia debería promover, una vez identificada a la persona menor de edad extranjera no acompañada, la búsqueda de sus familiares adultos, tanto en el territorio nacional como en su país de origen o residencia, pudiendo a estos efectos coordinarse con la o las representaciones diplomáticas que presumiblemente ostenten información relevante al respecto. Decimos *pudiendo*, pues previamente habrá que ponderar el riesgo que ello implica para el NNA, atendiendo que podría ser sujeto de protección internacional. Lo anterior, y aunque no hay norma con rango legal que se pronuncie expresamente en tal sentido, debiera ser para dotar al Tribunal de Familia de los antecedentes necesarios para que este pueda, en su caso, acordar de manera fundamentada el retorno del NNA a su país de origen, o a aquel en que se encuentren sus familiares o, en su defecto, incluido cuando el NNA no cuenta con familiares ni referente alguno, decretar su permanencia en territorio chileno.

⁴¹ ASTUDILLO, 2020, pp. 397-407 y KLENNER, 2010, pp. 25-49.

⁴² DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2019, pp. 7-9.

⁴³ GREEVEN y VALENZUELA, 2019, p. 68.

Asimismo, la normativa actual tampoco se manifiesta en el sentido de estatuir que el retorno asistido debe efectuarse bien mediante la reunificación familiar, bien por medio de la puesta a disposición de la persona menor de edad, caso de existir y encontrarse en condiciones de garantizar su atención integral, ante los servicios sociales de protección a la infancia y la adolescencia del país de origen o de residencia⁴⁴. En ningún otro caso se nos vislumbra posible acordar el retorno asistido del NNA extranjero⁴⁵.

Vinculado con lo ya expuesto, y trayendo nuevamente a colación la versión del artículo 132 del Proyecto de Ley emanada de la Comisión de Hacienda, que recordémoslo habilitaba la opción de impugnar la resolución judicial que estableciese la medida de retorno asistido del NNA, remitiendo para ello a las disposiciones de la Ley de Tribunales de Familia, nos surge el interrogante de si debiera reconocerse a la persona menor de edad extranjera no acompañada, como así cae en otros ordenamientos jurídicos⁴⁶, legitimación activa para que sea ella, debidamente representada –de acuerdo con lo estipulado en el artículo 19 de la Ley de Tribunales de Familia–, la que lleve a cabo dicho acto de impugnación judicial. Una verdadera concreción del principio del interés superior del niño y de la niña debiera llevar a incorporar en nuestra regulación una indicación en que se manifieste de manera expresa que si una persona menor de edad presenta suficiente juicio y ha manifestado una voluntad contraria a la de quien ostenta su representación legal –en nuestro caso al tratarse de NNA sin referentes familiares, el órgano público encargado de su protección– debe inmediatamente acordarse la suspensión del curso del procedimiento de retorno asistido, hasta que el Tribunal de Familia nombre a un *curador ad litem* que defienda los intereses independientes y contradictorios de ese sujeto.

3. *Concordancia normativa entre las diversas disposiciones que afectan a los derechos de la infancia y la adolescencia migrante*

Finalmente, y una vez contemplado el procedimiento de retorno asistido como una medida de protección, debemos comprobar si existe una nítida y evidente coordinación entre la Ley de Migración y Extranjería y el Proyecto de Ley que viene a regular las garantías y la protección integral de los derechos de la infancia y la adolescencia (Boletín N° 10.315-18). En caso de no ser así, quedaría en evidencia, una vez más, la deficiente técnica legislativa empleada, y ello iría en detrimento del tan proclamado principio del interés superior del niño y de la niña⁴⁷.

⁴⁴ CERIANI, GARCÍA y GÓMEZ, 2014, p. 22.

⁴⁵ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005, párr. 84. También CERIANI, GARCÍA y GÓMEZ SALAS, 2014, p. 22.

⁴⁶ Sin ir más lejos en la normativa de extranjería española. Concretamente el inciso primero del artículo 193 del Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. En mayor profundidad RAVETLLAT, 2015, p. 32.

⁴⁷ ESTRADA, 2015, p. 162; CARRETTA y BARCIA, 2020, pp. 51-86.

Pues bien, llegados a este punto, y antes de proseguir con nuestro planteamiento, debemos recordar que en Chile se encuentra en estado de tramitación avanzado el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia. Esta norma, en lo que ahora nos atañe, en un intento de responder a las críticas vertidas acerca del vigente modelo judicializado de protección a la niñez y la adolescencia, apuesta por avanzar hacia un régimen que podría calificarse como de mixto o intermedio, por el hecho de conjugar dos niveles diferenciados de intervención: uno de carácter administrativo –ubicado en sede local– y otro de naturaleza judicial –asignado a los Tribunales de Familia⁴⁸–.

Este proceso de desjudicialización –o administrativización si se prefiere– de los escalones primarios del sistema público de protección a NNA, y por esta razón la consecuente potenciación del papel de las administraciones locales por medio de sus servicios sociales, parece revelarse, *a priori*, y siempre que estas entidades de base local cuenten con los recursos económicos y humanos suficientes, como la solución más ágil y eficaz para revitalizar el más que cuestionado modelo Sename de protección a la infancia y la adolescencia. Esta opción nos llevaría a evitar la necesidad de tener que acudir, en todo caso, a un procedimiento judicial excesivamente sobrecargado y que se muestra como claramente inoperativo en las situaciones no conflictivas que precisamente por no serlo enervan o hacen innecesaria la presencia de la citada autoridad.

En suma, un sistema mixto de protección que reserva para la autoridad administrativa (las Oficinas Locales de Niñez, en adelante OLN) la declaración de las situaciones de riesgo, amenaza o vulneración no grave de derechos, mediante el correspondiente procedimiento administrativo. De tal modo que las medidas de protección –administrativas– adoptadas por las OLN en ningún caso podrán significar la separación del NNA de su núcleo o contexto familiar, por el contrario, tal facultad sigue quedando exclusivamente reservada a la autoridad judicial para los casos de amenazas o vulneraciones graves de derechos a NNA⁴⁹.

Volviendo nuevamente a nuestro razonamiento, y aplicando la lógica que inspira el modelo proteccional mixto de la Ley de Garantías, es y será absolutamente imprescindible para que entre en funcionamiento la competencia especializada de carácter judicial, que se acredite que la persona menor de edad se halla, efectivamente, en una situación de grave amenaza o vulneración de sus derechos⁵⁰. De no ser así, serán las OLN las encargadas de asumir la protección administrativa especializada y evitar de este modo la sobrejudicialización del modelo; y es precisamente en este extremo que,

⁴⁸ RETAMAL, 2017, p. 52; LATHROP, 2014, pp. 207-208; y CARRETTA, 2014, pp. 481-495.

⁴⁹ RAVETLLAT, 2020, p. 315.

⁵⁰ Efectivamente, el Proyecto de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia entiende por vulneración grave de derechos o garantías de los niños, niñas y adolescentes la limitación o perjuicio severo de su desarrollo y bienestar, por cualquier circunstancia personal, familiar o social. De igual modo, el artículo 8 de la Ley 19.968, 2004, fija que corresponde a los Juzgados de Familia conocer y resolver (7) “todos los asuntos en que aparezcan niños, niñas o adolescentes gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos, respecto de los cuales se requiera adoptar una medida de protección”.

para alcanzar el mayor grado de armonización posible, sería deseable que el Proyecto de Ley Garantías al listar, de modo meramente ejemplificativo –*numerus apertus*–, cuáles se consideran, en cualquier caso, situaciones de amenaza o vulneración grave de derechos, incorporara –pues ahora no lo hace– la específica situación *de facto* en que se encuentran las personas menores de edad extranjeras no acompañadas o separadas de sus familiares. Tal circunstancia dotaría al sistema de una homogeneidad de la que actualmente carece por completo.

En igual medida, y para visibilizar como merece esta particular situación de vulnerabilidad, debiera contenerse en la Ley de Migración y Extranjería (artículo 1º dedicado a definiciones) una clara y expresa definición de la categoría de NNA extranjeros no acompañados y, acto seguido, hacer lo propio con la noción de NNA separados de sus familiares. Para resolver esta eventualidad proponemos tomar como referencia la conceptualización que de dichos términos ya efectuó el Comité de los Derechos del Niño en el 2005 en su Observación General n.º. 6, en virtud de la cual, en primer lugar, se entiende por niños y niñas no acompañados “aquellos que se encuentran separados de ambos progenitores y otros parientes y no se hallan al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad”⁵¹; y, en segundo término, por niños y niñas separados se comprende “aquellos que están separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de personas menores de edad acompañadas por otros miembros adultos de la familia”⁵².

IV. CONCLUSIONES

La manera de abordar las necesidades, tanto personales como legales, en que pueden encontrarse los NNA no acompañados o separados debe siempre realizarse desde un enfoque o perspectiva de derechos de la niñez y la adolescencia, pasando su estatus migratorio a ser valorado como un riesgo adicional a ser tomado en consideración. Las cuestiones y políticas migratorias no debieran, en ningún caso, ser utilizadas como herramientas o criterios válidos para determinar el rechazo de entrada o permanencia en el país de un NNA que arriba solo a nuestras fronteras.

En ese mismo orden de cosas, el Estado debe establecer legalmente un procedimiento de retorno asistido que asegure la protección del interés superior de NNA migrantes no acompañados, en conformidad con las recomendaciones del Comité de Derechos del Niño, así como disponer de los recursos requeridos para su implementación y garantizar la sensibilización de los actores institucionales que intervienen en ellos. La promulgación de la Ley N.º 21.325 carente de dicha previsión normativa, como consecuencia de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 29 de enero de 2021, preocupa tanto por el

⁵¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005) párr. 7.

⁵² COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2005) párr. 8.

vacío normativo que genera como por la invisibilidad endémica que la niñez migrante sigue manteniendo en nuestro ordenamiento jurídico.

Por último, sería importante que los diferentes cuerpos normativos que afectan el devenir diario de los NNA migrantes no acompañados o separados guardaran cierta coherencia y sistematicidad entre sí. En este sentido, defendemos la idea de considerar el procedimiento de retorno asistido de un NNA como una medida de protección acordada por un Tribunal de Familia únicamente para aquellos casos en que sea lo más adecuado de conformidad a su interés superior, respetando, claro está, todas las garantías jurisdiccionales y su derecho a ser escuchado.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ ESCUDERO, Rommy, 2019: "Vulnerabilidad de niños, niñas y adolescentes migrantes. El caso chileno", en Pontificia Universidad Católica del Perú (editora), *II Congreso Iberoamericano Interdisciplinario de la Familia e Infancia: violencia contra niños, niñas y adolescentes en colectivos vulnerables*, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 299-315.
- ARLETTAZ, Fernando, 2017: "Entre potestad soberana y derecho humano: la nacionalidad en el sistema americano", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX Nº 1, pp. 179-203.
- ASTUDILLO MEZA, Constanza, 2020: "Criterios jurisprudenciales en el derecho de familia chileno para fundamentar la autorización para salir del país de niños, niñas y adolescentes y su relación con el principio del interés superior de éstos y con la familia extendida", *Revista de Derecho Privado, Universidad Externado de Colombia*, Nº 39, pp. 397-407.
- BRAVO, Amaia; SANTOS, Irina; y DEL VALLE, Jorge, 2015: "Los derechos y garantías de los menores extranjeros no acompañados", en Vicente (coordinador), *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 251-270.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco y BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2020: *Convención de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes en el contexto judicial*, Santiago de Chile: Cuadernos Jurídicos de la Academia Judicial.
- CARRETTA MUÑOZ, Francesco, 2014: "La desformalización del proceso judicial de familia e infancia", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 42, pp. 481-495.
- CARVACHO, Pablo, 2020: *Estudio exploratorio de caracterización de niños, niñas y adolescentes migrantes de América Latina y el Caribe y sus familias en Chile*, Santiago de Chile: Centro de Estudios Justicia y Sociedad.
- CEPEDA VALDÉS, Sebastián, 2019: "¿Es posible la protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes migrantes en el marco de la regulación migratoria actual? Notas a propósito de la vulnerabilidad de la niñez migrante ante la jurisprudencia nacional de acciones de amparo del año 2019", *Señales*, Nº 21, pp. 116-129.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017a: *Observación general conjunta núm. 22, sobre los principios generales relativos a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional, de 16 de noviembre de 2017a*, Documento CRC/C/GC/22.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2017b: *Observación general conjunta núm. 23, sobre las obligaciones de los Estados relativas a los derechos humanos de los niños en el contexto de la migración internacional en los países de origen, tránsito, destino y retorno, de 16 de noviembre de 2017b*, Documento CRC/C/GC/23.

- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2015: *Observaciones finales. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado Chileno, 30 de octubre de 2015*, Documento CRC/C/CHL/CO/4-5.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2005: *Observación general núm. 6, relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, de 1 de septiembre de 2005*, Documento CRC/C/GC/6.
- COMITÉ DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS TRABAJADORES MIGRATORIOS Y DE SUS FAMILIARES, 2021: *Observaciones finales sobre el segundo informe periódico de Chile, de 20 de abril de 2021*, Documento CRC/C/CHL/CO/2.
- CRENSHAW, Kimberlé Williams, 2012: “Cartografiando los márgenes, interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color”, en Raquel Lucas Platero (coordinador), *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, Barcelona: Ediciones Bellaterra, pp. 87-122.
- DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2021: *Oficio n°. 27/2021, de 15 de enero de 2021, remite opinión técnica sobre el requerimiento de inconstitucionalidad presentado por un grupo de H. Diputados y Diputadas, respecto de los preceptos que indican del Proyecto de Ley de Migración y Extranjería*.
- DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2019: *Oficio n°. 127/2019, remite observaciones y recomendaciones institucionales relativas al Boletín 8970-06, Boletín 8970-06, Proyecto de Ley de Migración y Extranjería*.
- DUARTE QUAPPER, Claudio, 2012: “Sociedades adultocéntricas: sobre sus orígenes y reproducción”, *Última Década*, N° 36, pp. 99-125.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2021: *Ley N° 21.302. Crea el Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia y modifica normas legales que indica*, Santiago de Chile: Infajus Ediciones.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2018: “Análisis del itinerario procesal de la protección de derechos de niños y niñas”, *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 28, pp. 1-50.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2015: “Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas”, *Revista de Derecho – Escuela de Postgrado Universidad de Chile*, N° 8, pp. 155-184.
- GREEVEN BOBADILLA, Nel y VALENZUELA MUÑOZ, Verónica, 2019: *Manual para la intervención con niños, niñas y adolescentes en riesgo o vulnerados en sus derechos humanos*, Santiago de Chile: Academia Judicial de Chile.
- GODOY HENRÍQUEZ, Yasna, 2019: “El ejercicio de los derechos de niños, niñas y adolescentes irregulares en Chile” en Alexis Mondaca y Cristian (coordinadores), *Estudios de Derecho de Familia IV*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 101-114.
- KLENNER GUTIÉRREZ, Arturo, 2010: *Ingreso y salida de menores del país*, Santiago de Chile: Thomson Reuters.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, 2014: “La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp. 197-229.
- OFICINA DEL ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS REFUGIADOS, 1997: *Directrices sobre políticas y procedimientos relativos al tratamiento de niños no acompañados y separados solicitantes de asilo*. Disponible en: <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2008/6027.pdf> (Fecha de consulta: 12.04.2021).
- PANQUEVA OTÁROLA, Sonia, 2018: *Formas específicas de persecución infantil*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, 2020: “Ley de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y la adolescencia: el niño, niña y adolescente como epicentro del sistema”, *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, N° 248, pp. 293-324.
- RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, 2015: “La capacidad natural como criterio de determinación del derecho del niño a ser escuchado en los procesos matrimoniales”, *La Ley Derecho de Familia. Revista Jurídica sobre Familia y Menores*, N° 7, pp. 27- 41.

- RETAMAL RETAMAL, Alejandra, 2017: *Atención de la infancia vulnerable en Chile: diagnóstico sobre su institucionalidad y propuestas de mejoras*, Santiago de Chile: Cuadernos de Trabajo del Centro UC de la Familia, 1, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- REY MARTÍNEZ, Fernando, 2008: "La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 84, pp. 251-283.
- SEPARATED CHILDREN IN EUROPE PROGRAMME, 2010: *Programa de menores no acompañados y separados en Europa: Declaración de buenas prácticas*. Disponible en: <https://www.refworld.org/es/docid/4ccac66b2.html> (FECHA de consulta: 12.04.2021).
- SOLER SÁNCHEZ, Margarita y MARTÍN CUBAS, Joaquín, 2015: "Los derechos y garantías de los menores extranjeros no acompañados", en Vicente Cabedo (coordinador), *Menores no acompañados: los otros inmigrantes*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 23-51.
- YÁÑEZ ESPINOZA, Manuel, 2020: "Niñez y migración: Comentarios a la propuesta de reforma legal en Chile", *Revista sobre la Infancia y la Adolescencia*, N° 19, pp. 32-46.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 29 de enero de 2021, rol 9930-2020.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-21/14, Serie A N° 21, de 19 de agosto de 2014.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas, Serie C N° 272, de 25 de noviembre de 2013.

Dictámenes del Comité de los Derechos del Niño

- S.M.A vs. ESPAÑA, 2018: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/40/2018
- B.G. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/38/2017
- M.B. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/28/2017
- R.K. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/82/D/27/2017
- M.B.S. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/85/D/26/2017
- M.B.A. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/83/D/24/2017
- J.A.B. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/81/D/22/2017
- M.T. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/82/D/17/2017
- A.L. vs. ESPAÑA, 2017: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/81/D/16/2017
- D.D. vs. ESPAÑA, 2016: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/80/D/4/2016
- M.A.A. vs. ESPAÑA, 2015: Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/73/D/2/2015

Normas e instrumentos citados

- CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Publicada en Chile el 27 de septiembre de 1990.
- CONVENCIÓN sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, adoptada el 18 de diciembre de 1990. Publicada en Chile el 8 de junio de 2005.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile el 5 de enero de 1991.
- CONVENCIÓN sobre el Estatuto de los Refugiados, adoptada el 28 de julio de 1951. Publicada en Chile el 19 de julio de 1972.

CONSTITUCIÓN Política de la República, publicada el 11 de agosto de 1980.

LEY N° 21.325, de Migración y Extranjería, publicada el 20 de abril de 2021.

LEY N° 21.302, de creación del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, publicada el 5 de enero de 2021.

LEY N° 20.430, sobre protección de refugiados, publicada el 15 de abril de 2010.

LEY N° 19.968, de creación de los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004

CIRCULAR N° 4, del Servicio Nacional de Menores, que informa de la política y procedimiento sobre la gestión de casos de niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos, extranjeros o chilenos que se encuentren en el exterior, publicada el 2 de marzo de 2018.

CIRCULAR N° 16, del Departamento de Extranjería y Migración, que instruye sobre visación temporaria para niños, niñas y adolescentes, publicada el 26 de julio de 2017.

RESOLUCIÓN EXENTA N° 119, que autoriza al Subdepartamento de Identificación, dependiente del Departamento Archivo General del Servicio, para otorgar número de Run a menores migrantes en situación irregular, previa orden de un Tribunal de Justicia, publicada el 17 de abril de 2017.

CIRCULAR N° 30.722, del Departamento de Extranjería y Migración del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que elimina la aplicación de sanciones migratorias a niños, niñas y adolescentes, publicada el 10 de septiembre de 2014.

ESPAÑA, REAL DECRETO N° 577, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, publicado en España el 20 de abril de 2011.

PROYECTO de Ley de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Boletín 10315-18.

Análisis cualitativo de problemas relativos a confidencialidad de la declaración de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia

Francesco Carretta Muñoz*
Marcelo Barría Bahamondes**

RESUMEN

En este estudio se efectúa un examen acerca de la forma en que se ejecuta la declaración confidencial en la justicia de familia. Se sostiene que de la manera en que está concebida en la ley actualmente se generan graves inconvenientes. Estos problemas guardan relación primordialmente con el secreto en que estas audiencias permanecen indefinidamente, lo que a su vez impide fiscalizar aspectos que son importantes tanto para los derechos de los niños, niñas y adolescentes que intervienen en ellas, como de los demás intervinientes involucrados en los procesos en que la audiencia se gesta. Basado en esto, se sugieren algunos cambios legales a la luz de las reformas que respecto de esta cuestión hace algunos años se han llevado a cabo en la legislación italiana.

Proceso de familia; derecho a ser oído; audiencia confidencial

Findings from an empirical analysis on the problems of the confidentiality of the declaration of children in family justice.

ABSTRACT

In this study an examination is carried out on the way in which the confidential declaration is executed in family justice. It is argued that the way it is currently conceived in the law generates serious inconveniences. These problems are primarily related to the secrecy in which these hearings remain indefinitely, which in turn prevents the control of aspects that are important both for the rights of the children and adolescents who intervene in them, as well as the other parties involved

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor de Derecho Procesal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: 0000-0002-2552-8552. Correo electrónico: francesco.carretta@pucv.cl

** Licenciado en Antropología, mención Antropología Social, Universidad de Chile. Magíster en Ciencias Sociales, mención Sociología de la Modernización, Universidad de Chile. ORCID: 0000-0002-7447-0000. Correo electrónico: marcelo.barría.b@gmail.com

Este artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt regular Nº 11130404 del que Francesco Carretta es el investigador responsable.

Trabajo recibido el 24.8.2021 y aceptado para su publicación el 14.12.2021.

in the proceedings. Based on this, some legal changes are suggested in light of the reforms that have been carried out in Italian legislation on this issue a few years ago.

Family process; children's right to be heard; confidential hearing

I. INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la Convención de Derechos del Niño y la Ley N° 19.968 que crea los tribunales de familia (en adelante LTF), un niño, niña o adolescente (en adelante NNA) debe ser escuchado en todas las causas en que exista la posibilidad de resolver algún asunto que concierna a sus intereses. Es por esto que la problemática que origina este estudio posee una importancia cualitativa y cuantitativa de relevancia. Desde el primer punto de vista, recae sobre un derecho fundamental de la infancia, mientras que, desde el segundo, se proyectó hacia una gran parte de los asuntos que se ventilan habitualmente en la justicia de familia.

Por otra parte, el derecho de los niños, niñas y adolescentes a ser oídos es un tópico presente en varias competencias jurisdiccionales y, en cada una de ellas, posee varias aristas. Sin embargo, solo una de ellas de índole adjetivo que se produce en los tribunales de familia será abordada en esta investigación: los inconvenientes que reporta la confidencialidad de la audiencia en que se entrevista a los NNA en uso de su derecho a ser oído. Respecto de esta característica, es probable que el tratamiento legal y la práctica judicial en la justicia de familia chilena sea deficiente, en detrimento de la importancia de los derechos y valores que, para todos los intervinientes, conlleva su adecuado desarrollo¹.

Se sostendrá que la principal causa de los contrasentidos que se producen en la forma de llevar a cabo la audiencia se debe a un vacío legal en esta materia que debería ser cubierto por una norma que contenga la mayor cantidad de aspectos necesarios para garantizar adecuadamente el interés superior de los NNA y el derecho de defensa de las partes. Para ese fin, la experiencia italiana, similar a la chilena, podría servir de base.

II. MARCO TEÓRICO

La importancia de las declaraciones de los NNA en sede judicial familiar, aparte de su valor intrínseco en tanto se trata de una de las formas de ejercitar un derecho humano por un grupo de personas vulnerables, puede ser planteada, conforme con los fines de esta investigación, en el hecho de que lo expresado por un niño en la audiencia

¹ Algunos de los defectos enunciados en este estudio y otros relacionados a este tema fueron expuestos por Vargas y Correa, y posteriormente por García y Fuentes, hace algunos años. En él concluyen la necesidad de efectuar algunos cambios en el sistema que hasta hoy no se han producido. Aunque en este trabajo se parte de hipótesis y perspectivas distintas, valga este examen como una contribución actualizada de lo dicho por ellos en el punto en cuestión, con una base experimental. Véase: VARGAS y CORREA, 2011, pp. 177 y ss.; FUENTES y GARCÍA, 2015, pp. 55 y ss.

reservada tiene la capacidad de influir notoriamente en la valoración que el juez hace de la ocurrencia de los hechos.

Un paréntesis es importante. Si se tiene en cuenta lo dicho, el lector notará una fuerte vinculación de la declaración del niño a una prueba en sentido judicial de acuerdo con lo que tradicionalmente se entiende por esta. De acuerdo con Liebmann, un medio que sirve para el conocimiento de un hecho y por tanto para suministrar la demostración y formar la convicción de la verdad de aquel hecho en el juzgador². Lo que un NNA afirme en sede judicial, conforme con la tesis que sostenga quien plantea la controversia, puede encontrarse en desacuerdo con lo que afirma la otra parte del proceso. Esto, a su vez, puede estar sustentado por elementos probatorios relevantes en cantidad y calidad. No obstante, es factible que la declaración posea mayor envergadura que aquellos medios, de tal manera que en virtud de ella se dé mayor razón a lo que el NNA dijo, que a los hechos que puedan estimarse demostrados de acuerdo con dichas probanzas. Por ejemplo, en una audiencia confidencial un niño plantea que se siente mal con la relación directa y regular que ejerce su padre respecto de él. Esto es coincidente con aquello que esboza su representante que quiere suspender el régimen de visitas. Lo único con que cuenta la demandante es la declaración del niño. Su contraparte, cuenta con dos testigos imparciales y contestes que refieren lo contrario. También, con un peritaje que afirma que en nada daña al niño relacionarse con su padre. Si se analiza estructuralmente el caso veremos que existen cuatro elementos probatorios y tres medios de pruebas. Una declaración confesional, dos atestados testimoniales y una pericia. Aunque esta confesional, en su producción, no cumple los cánones típicos de la misma. Pero, para la mejor comprensión de lo que se quiere expresar, debe asimilarse a ella, pues comparativamente es el medio más parecido.

Luego, en un plano teórico difícilmente la confesional descrita podría producir por sí sola una convicción determinante para la resolución de la causa. Se contravendría una máxima de la experiencia. Es axiomático no considerar como verdadera aquella confesión que favorece las pretensiones de quien las afirma. Aunque en este caso en realidad favorece la postura de su representante legal que es quien promueve la acción. Con las prevenciones y matices que esto merece. Si aquello se confronta al material probatorio que respalda su antítesis, es decir, los testigos y el perito, el fundamento de la acción debería caer. Sin embargo, no es difícil suponer que, en un litigio de familia, pudiese pesar más lo señalado por el NNA, y, en consecuencia, favorecerse por el juez la tesis sostenida por la parte demandante.

Pero, acerca de este tópico téngase en cuenta dos cosas. Por una parte, que es bastante discutible, según varios autores, la identificación de lo que un niño diga en un tribunal en el ejercicio de sus derechos, con lo que se entiende por un elemento de prueba en el sentido recién anotado³. Por la otra, que su tratamiento supera con creces los fines de esta investigación.

² LIEBMAN, 2012, pp. 299-300

³ De ANGELIS, 2019, p. 89, 101; CARPONI y BELLUSSI, 2000, pp. 167-169; CHIARAVALLOTI y SPADARO, 2012, pp. 69-76; RUO, 2012, pp. 11-12.

Sin embargo, más allá de la digresión recién anotada, lo que se quiere poner de relieve aquí es que la fuerza e influencia de los dichos de un NNA para lo que se pueda decidir acerca de ellos, es una realidad que encuentra un sustento normativo en el artículo 3º de la Convención que enuncia que toda decisión que se deba tomar acerca de algún asunto que concierna a la infancia, una consideración primordial debe ser el interés superior del niño.

Ciertamente, como lo ha señalado el Comité de Ginebra, una de las formas más importantes de determinación de dicho interés es mediante el ejercicio del derecho del niño a ser oído (en adelante DNO). Es por esta razón que ha establecido a ambas directrices como dos pilares de la protección de la niñez⁴, a la vez que ha señalado que entre ellas existe un “vínculo indisoluble”⁵.

Esta ingente importancia, de acuerdo con los diversos puntos que serán tratados en esta pesquisa, al parecer no se avienen del todo con los múltiples aspectos que implica la reserva de las audiencias en que los NNA son llamados a exponer sus puntos de vista. Es conveniente hacer notar, para los objetivos que persigue este estudio, que el texto de la Convención no ha establecido la confidencialidad de la diligencia con el que un NNA es escuchado. El artículo 12 que se refiere al derecho del niño a ser oído, solo menciona las condiciones para valorar lo que un niño dice en relación con su edad y madurez. Luego, dentro las 5 medidas que el Comité de los Derechos del Niño establece en la observación general Nº 12 para garantizar el derecho, solo se sugiere la confidencialidad de la declaración, no se estima que sea una obligación, ni se fundamenta nada a este respecto⁶. Por cierto, con esto no se quiere decir que la confidencialidad de la declaración no sea importante para resguardar la intimidad de los niños, lo que se está afirmando es que esta cualidad debe matizarse con otros aspectos igualmente significativos para los NNA y demás intervinientes.

Las normas que deberían regular pormenorizadamente cómo el derecho debe ejecutarse dentro del ordenamiento jurídico chileno se encuentran en el artículo 15 y 16 de la LTF. La primera, que establece el principio de la publicidad, excepcionalmente y a petición de parte, menciona que en ciertos casos se puede optar por la reserva para proteger la privacidad de los intervinientes. Pero, es importante resaltar, que en tal caso debería dictarse una providencia que establece la causa que motiva la excepción. La segunda, se limita a expresar que la ley garantiza el derecho a ser oído de los NNA. Ambas, como se examinará a continuación, son completamente insuficientes para intentar contestar las interrogantes que surgen respecto de la forma como debe desarrollarse la audiencia reservada y todos los derechos que se cautelan por medio de su ejecución.

Es importante destacar que el proyecto de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez tampoco contiene una referencia pormenorizada de la audiencia confidencial para ante los tribunales de familia. En su artículo veintiocho en

⁴ Naciones Unidas, 2009, p. 5.

⁵ Naciones Unidas, 2013, p. 11.

⁶ Téngase en cuenta que el Comité de los Derechos del Niño es el organismo encargado de la interpretación auténtica de la Convención. Naciones Unidas, 2009, pp. 13-14.

que consigna al derecho del niño a ser escuchado, no menciona al trámite procesal de la audiencia reservada y solo dice en términos generales que “en el ejercicio del derecho se resguardarán las condiciones de discreción, intimidación (...)”, que es lo mismo a lo que se llega hoy por las normas de la Convención y la LTF recién anotadas, por lo que su promulgación en nada cambia los aspectos abordados en este estudio⁷.

III. METODOLOGÍA

El enfoque metodológico de la presente investigación, aparte de la que es propio de las disciplinas jurídicas⁸, se ha forjado sobre la base de un estudio de carácter cualitativo de tipo descriptivo y de orientación constructivista. Con esto se espera visualizar un horizonte de la praxis judicial respecto de las materias que serán abordadas. No espere el lector encontrar la búsqueda de un realismo empírico por medio de estas líneas, el objetivo es el propio de un enfoque cualitativo de acuerdo con lo dicho recién⁹. Por ello, no se tratará de ninguna manera de un estudio estadístico que busque revelar una realidad o generalizar la forma como piensan los jueces chilenos.

Por las características del estudio se eligió un tipo de muestra denominado “muestra de expertos”, ya que en este caso apunta a obtener la visión especializada de funcionarios públicos que ejercen la labor jurisdiccional, como es el caso de los jueces de familia, quienes conforman el sujeto de estudio primario en esta investigación. Este tipo de muestreo, a causa de su homogeneidad, permite centrarse aún más en el tema a investigar o resaltar situaciones, procesos o episodios dentro de un grupo social determinado¹⁰.

En cuanto a la locación, se ha procedido a una elección que solo ha tenido en cuenta la dispersión geográfica de cuatro regiones del país, de tal manera de no centralizar la muestra en una región determinada y determinar si los usos judiciales que difieren de un lugar a otro pueden tener algún grado de interferencia con las hipótesis planteadas. Desde ya puede decirse que este aspecto no ha tenido incidencia en la pesquisa de acuerdo con los hallazgos obtenidos.

Se fijó un punto de saturación a base de la información que pudiera suministrar un número no superior a 15 jueces. La consideración numérica se hizo basado en dos factores. El hecho de que se trata, como ya se dijo, de un análisis cualitativo que no busca certezas estadísticas, y, la dificultad de conseguir entrevistas con los miembros del Poder Judicial, según dio cuenta una pesquisa anterior en la que algunos magistrados mostraron ciertos recelos en dar a conocer sus opiniones, incluso algunos no aceptaron.

La recolección se hizo mediante entrevistas semiestructuradas, previa lectura y suscripción de un consentimiento informado que detalla de manera específica los objetivos

⁷ Véase Boletín 10.315-18.

⁸ El análisis sistemático, conceptual, crítico y comparado del derecho, con propuestas de solución. ALEXY, 1997, p. 241.

⁹ VALLES, 1999, p. 59.

¹⁰ HERNÁNDEZ *et al.*, 2010, p. 397.

de la investigación, a partir de una pauta con temas que fueron estandarizados de acuerdo con los siguientes tópicos expresados en la siguiente tabla:

<p>1. Comprensión y alcances del DNO</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Posición relativa del DNO respecto de otras normas o cuerpos jurídicos • Relación del DNO con la transparencia de los actos procesales • Posibilidad de mejora de las condiciones procesales específicas en este ámbito
<p>2. Concomitantes del DNO en la práctica judicial</p>	<ul style="list-style-type: none"> • Aplicación de la confidencialidad de la realización del DNO en el proceso de familia • Posibilidad de mejoras prácticas y materiales en el ejercicio del DNO • Posibilidad de mejoras en la legislación nacional

La reserva de los insumos de la investigación y en especial del material en que fueron consignadas las entrevistas ha sido asegurada, y cuenta con la aprobación y fiscalización del Comité de Bioética de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso.

IV. RESULTADOS

1. *Comprensión y alcances del DNO desde la perspectiva judicial*

a) Significado del DNO y las consecuencias de su realización en la entrevista reservada

En el marco de un juicio de familia, el hecho de que un juez decida escuchar la declaración reservada de un NNA *tendría un valor preponderante*¹¹ para los entrevistados, en cuanto esto se considera *de vital importancia, y el tema de mayor jerarquía respecto de la actuación de otros cuerpos legales o intervinientes*¹², ya que este hecho impacta en primer lugar en el reconocimiento del respeto por la dignidad humana por medio de la realización del DNO, bajo el entendido de que *aunque sea una persona en formación, por su edad, tiene que tomarse en cuenta su opinión*¹³; en segundo lugar, la realización de la entrevista reservada

¹¹ Entrevistado #3.

¹² Entrevistado #4.

¹³ Entrevistado #12.

constituye una forma de reconocer el derecho a la autonomía progresiva de la voluntad del niño, permitiendo materializar su derecho a ser adecuadamente informado acerca del proceso judicial que lo involucra.

De esta manera, el ejercicio eficaz del derecho del NNA a ser oído se torna aún más relevante debido a que involucra al curador *ad litem* y lo insta a desarrollar óptimamente su labor, ya que su obligación es estar informado de todo antecedente que pudiera ser útil para defender de mejor manera los intereses de su representado. En este sentido, se observa que el interés superior del niño está en general necesariamente asociado a la realización de la instancia de declaración reservada –a menos que alguna situación excepcional lo impida o esta atente contra su propio interés general– tal como apunta un magistrado: *el interés superior pasa por escuchar la postura del niño, pero el valor que uno asigna a esa postura está unida al resto de los antecedentes (del caso)*¹⁴.

b) Conflicto entre la realización del DNO y el derecho de las partes a la publicidad de los actos procesales

Dentro del contexto en que se da la declaración reservada del NNA, algunos entrevistados señalan que la publicidad de los actos judiciales se podría ver en cierto modo afectada por su carácter confidencial, vulnerándose en algún grado el derecho de defensa de las partes; sin embargo, otros magistrados afirman que por sobre cualquier derecho de las partes está el interés superior del menor –*el derecho absoluto del niño a ser escuchado en audiencia*¹⁵– el que se sustenta en un cambio del actual paradigma donde *la omisión de del ejercicio del derecho del NNA llevaría incluso a la invalidación de una sentencia*¹⁶, en un escenario donde *la voz del niño es una pieza importante del proceso judicial, a la cual las partes no tendrían acceso*¹⁷. En cualquiera de estos casos, el análisis de los datos indica que existe acuerdo entre los entrevistados respecto de que la realización de la audiencia reservada no solo implicaría el reconocimiento del interés superior del niño, sino que además de su calidad de sujeto de derecho, entendiéndose por tanto que –tal como señala uno de los jueces– *el derecho a ser oído es derecho preponderante (...) ante el tribunal*¹⁸.

De esta manera, se reconocería mayoritariamente la prevalencia del interés superior del niño y, por tanto, la inviolabilidad *a priori* de la confidencialidad de la declaración reservada; a esto habría que sumar que la toma de la declaración reservada, en opinión de los magistrados, permite al juez ampliar su perspectiva y alcanzar una visión más imparcial del asunto que debe tratar, pudiendo tener acceso a información que de otra forma no podría disponer; es así como *(la declaración reservada) afectaría formalmente en alguna medida la debida defensa, porque el niño aporta antecedentes que las partes, muchas veces*

¹⁴ Entrevistado #3.

¹⁵ Entrevistado #10.

¹⁶ Entrevistado #4.

¹⁷ Entrevistado #1.

¹⁸ Entrevistado #3.

*por sus propios intereses, no quieren hacer valer ante el tribunal*¹⁹. Adicionalmente, algunos entrevistados recalcan que no hay que olvidar que las partes están debidamente resguardadas, ya que ellos *tienen su abogado, tienen su forma de rendir la prueba, y si el niño tiene curador, también tendrá derecho a rendir su prueba. Son aspectos que el juez debe evaluar en forma tripartita y dándoles el mismo valor*²⁰.

- c) Impacto de la confidencialidad de la declaración reservada sobre el derecho de las partes a la publicidad de los actos procesales. Formas de superación de esta oposición desde la lógica judicial

La eventual oposición entre la necesaria confidencialidad de la declaración del NNA y el derecho de las partes a la publicidad de los actos procesales no sería tan obvia en realidad cuando se indaga en torno a la percepción de los magistrados —*aunque haya una duda permanente (de si afecta tales derechos)*, señala uno de ellos²¹— ya que independientemente del valor que posea la declaración del NNA para el juez, los entrevistados señalan que se ponderan también otros antecedentes que se integran al momento de apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana crítica, todo ello da a entender a las partes del proceso las razones de por qué el juez toma la decisión del caso; esto incluye lo manifestado por el niño en audiencia reservada, aunque sin explicitar lo expresado por el NNA, debido al carácter confidencial de la declaración.

Este punto tan controversial es iluminado por uno de los jueces entrevistados al señalar que es posible apoyar sin restricciones la confidencialidad de la declaración del NNA sin pasar a llevar necesariamente el derecho de las partes a la publicidad procesal, expresándose esto bajo la siguiente lógica jurídica: *Por ser menor de edad, al niño se le escucha en reserva, (sin embargo) la audiencia es reservada, no es secreta, por tanto yo como juez debo hacerme cargo del planteamiento del niño, sin revelar la integridad de la audiencia (...) esto significa que las partes igual tienen derecho a saber de alguna forma por qué se resuelve y en concreto qué es lo que dice el niño*²². Como resultado de esto, la forma de superar el antagonismo que surge del problema de la confidencialidad se materializaría entonces al momento de emitir sentencia, instancia en la que el magistrado deberá incorporar en su argumentación de manera no textual ni explícita los hechos, antecedentes o situaciones señaladas por el niño, ponderándolos con los demás antecedentes de la causa para poder llegar a una decisión final. Esta sería en concreto la forma en que para muchos jueces se superaría la contradicción entre el derecho a la confidencialidad de la declaración del NNA y el derecho a la debida publicidad de los actos procesales.

Complementando lo anterior, se observa consenso entre los jueces entrevistados respecto de que la mera declaración del NNA no es de ninguna forma un medio de

¹⁹ Entrevistado #7.

²⁰ Entrevistado #6.

²¹ Entrevistado #14.

²² Entrevistado #10.

prueba y es por esta razón –según lo que manifiestan– que no afectaría *a priori* el derecho a defensa de las partes, ya que la confidencialidad de lo declarado se impondría por sobre cualquier otro aspecto procesal en función del derecho del niño a ser oído y el resguardo de su interés superior. Esta firme convicción de la protección de la confidencialidad de lo declarado se grafica en la siguiente frase de uno de los entrevistados: *Por ningún motivo considero que para que la parte pueda ganar su juicio o hacer valer sus derechos tenga que conocer la declaración del niño, cuando es una circunstancia que está estrictamente reservada*²³.

Así, para los entrevistados la audiencia reservada no representaría en principio una amenaza rotunda o evidente para las partes, ya que se entiende que tal declaración no es vinculante, *no es una demanda o una alegación del niño propiamente tal como interviniente*²⁴, o como señala otro de los magistrados: *...hay que partir de la base que el niño debe ser oído, pero no necesariamente obedecido o acatado*²⁵. No obstante esto, algunos jueces manifiestan inquietud respecto de que en algunos casos sería imposible saber cuánto de la decisión judicial final proviene de lo dicho por el niño, y cuánto deriva del juicio propio que se ha creado el juez en virtud de las pruebas entregadas por los intervinientes. En estos casos, en opinión de algunos, todo dependería de la “técnica” que use el juez para consignar si es que la opinión del niño es un fundamento de su resolución; en ese sentido, los entrevistados señalan que hay que tener cuidado *si el juez no se hace cargo de expresar o explicar de qué forma (incorporó) esa percepción que obtuvo del niño, de sus opiniones (emitidas bajo declaración)*²⁶, ya que se hace difícil fundamentar la decisión tomada, y de cómo se llegó a una conclusión en la sentencia.

2. Particularidades y apreciaciones de lege ferenda acerca de la confidencialidad en la práctica judicial

a) La confidencialidad de la audiencia reservada y el interés superior del niño puestos en la balanza

La confidencialidad de la declaración del NNA desata varias interrogantes acerca de cuán adecuada es su realización en el marco de un juicio justo para todas las partes involucradas. Es así como en este ámbito de análisis encontramos interesantes matices que ofrecen distintas posibilidades para conciliar la necesidad de darle un trato adecuado a la declaración del niño y, por otro lado, a la necesidad de publicidad procesal, tal como señala uno de los magistrados: *...(he emitido) sentencias donde, solicitando una autorización al niño, y dependiendo de su edad, he transcrito parte de su declaración... omitiendo todo aquello que pudiera significar algún conflicto de lealtad para con él, o que él pudiera sentir que yo o el sistema que represento lo ha traicionado*²⁷. De esto es posible deducir entonces que existen

²³ Entrevistado #6.

²⁴ Entrevistado #5.

²⁵ Entrevistado #11.

²⁶ Entrevistado #12.

²⁷ Entrevistado #15.

espacios efectivos de maniobra a los que el juez puede recurrir, aplicando su mejor criterio en pos de una resolución más justa y equilibrada.

En este sentido, otro elemento interesante señalado por los entrevistados se relaciona con que la confidencialidad de la audiencia del NNA tiene la particularidad de que se torna absoluta respecto de las partes, pero no respecto de los jueces de tribunales superiores que podrían tener acceso a la información si se dan las circunstancias procesales –por ejemplo, mediante un recurso de apelación– verificando que la determinación que tomó el juez anterior fue adoptada justificadamente en función de tales antecedentes.

Es imprescindible insistir en que hay pleno acuerdo entre los entrevistados respecto de que el interés superior del niño siempre estaría por encima de cualquier otra consideración, y que en ese sentido, lo que se busca proteger –el bienestar del NNA por medio de la confidencialidad– toma una posición dominante en cuanto los magistrados perciben que el niño se encuentra en la mitad de un campo de batalla donde las partes buscan un veredicto por algo que le afectará directamente a él. De esta manera, es posible inferir que el eventual sesgo que pudiera producirse por la confidencialidad de la declaración pasa a un segundo plano al ponderarse el derecho que posee el niño en esta instancia.

Adicionalmente, es posible observar que algunos jueces hacen una distinción entre causas contenciosas y causas de vulneración de derecho cuando se trata de confidencialidad. En las causas contenciosas se daría un elemento que se escaparía a la norma legal –el efecto relativo de la sentencia– mencionándose situaciones concretas como por ejemplo *el tema del cuidado personal, donde encuentras que ambas partes tienen igualdad de competencia para cuidar al niño, y debes tomar una decisión que se plasmará en una sentencia que afectará a un tercero que no ha sido parte en el juicio*²⁸. En estos casos los entrevistados hacen las distinciones del caso, ya que el efecto de la sentencia se producirá en un tercero (el niño), el que, de no ser escuchado, sufriría una denegación de su legítimo derecho; es aquí donde la confidencialidad que se le otorga a la declaración del NNA toma una relevancia especial, ya que *es uno de los principios básicos... y es conveniente que cualquier juez que esté en este lugar y atendiendo la edad del niño, le explique esta situación, porque esto generará una mejor comunicación*²⁹.

b) Posibles modificaciones de la práctica judicial en el ámbito de la confidencialidad de la declaración del NNA.

En el marco de la discusión acerca de posibles mejoras de aspectos jurídicos que se podrían implementar para salvar la oposición entre el derecho del NNA a ser oído y el debido proceso para las partes, los magistrados mencionan la posibilidad hipotética de derribar en mayor o menor grado las estrictas barreras que le dan confidencialidad a la declaración del niño; sin embargo, luego de meditarlo unos segundos, para los entrevistados esta situación se torna muy improbable ya que se tiene aún muy presente

²⁸ Entrevistado #9.

²⁹ Entrevistado #9.

que —hace años— no existía esta limitante, por lo que los relatos que los niños entregaban al tribunal eran manipulados o usados de mala manera por los abogados litigantes, y precisamente lo que se busca con la audiencia reservada es lo opuesto, es decir, *dar mayores garantías a los niños y poder llegar más a ellos*³⁰.

Así, en opinión de los jueces, la posibilidad de otorgar algún grado de acceso libre de las partes a la declaración reservada es impensable por las razones antes expuestas, y en el mejor de los casos implicaría una dificultosa materialización, ya que si bien actualmente el ejercicio del derecho no se encuentra, por consiguiente, normado en la forma en que se ejerce —abriéndose la posibilidad de un protocolo regulador—, en la práctica (*esto se tornaría difícil por la cantidad de materias, factores de edad y madurez de los niños*)³¹, por lo que para los entrevistados cualquier intento poco exitoso de regular esto podría generar consecuencias gravosas en ellos, ya que estos seguirán vinculados a sus padres, pero en un contexto donde hubo un quebrantamiento evidente de lealtades.

No obstante lo anterior, la percepción de los jueces apunta a que el antagonismo antes mencionado entre los derechos del NNA y los de las partes podría hipotéticamente alcanzar un equilibrio (*si es que la ley aclarase, en términos del proceso, que deben vertirse ciertas cuestiones generales de lo que el niño dice en la audiencia*)³². Además, advierten que publicitar cuestiones generales tratadas con el NNA podría quizás llegar a ser beneficioso para las partes, porque se observa que actualmente un juez podría eventualmente *acomodar una decisión que él tiene de antemano, diciendo que se funda en lo que el niño dijo, y como la parte no tiene cómo corroborar lo que este dijo, no puede controvertir*³³. Se lograría entonces en la práctica que las partes pudieran tener una noción acerca de cuánto pesa la opinión del niño en la sentencia del magistrado, permitiendo así de paso que pueda ejercerse eventualmente el derecho a la impugnación de la sentencia por alguna de las partes.

En lo concreto, para buena parte de los magistrados ya existe una instancia donde efectivamente es posible obtener un mayor equilibrio de las garantías procesales, y es la que se concreta al momento en que el juez valora la prueba en la sentencia. Si bien la declaración del NNA no constituye un medio de prueba en sí mismo, en opinión de los entrevistados sirve de todas formas como base para justificar la decisión respecto del caso, teniendo como horizonte el interés superior del niño. Se configuraría entonces un espacio de equilibrio donde podría conciliarse la necesidad de mayor publicidad de los actos procesales para las partes, sin generar una transgresión traumática de la privacidad del relato del niño. Ahora bien, en el caso ficticio de que se pudiera ser totalmente transparente con lo declarado por el niño, algunos magistrados creen que igualmente no habría una real solución al problema sino que más bien se generarían más cuestionamientos desde las partes en litigio, ya que podrían impugnar la información recogida por el juez en la declaración, como señala un entrevistado: *Si nosotros permitiéramos el*

³⁰ Entrevistado #6.

³¹ Entrevistado #4.

³² Entrevistado #13.

³³ Entrevistado #13.

*acceso a los audios, yo siento que la discusión pasaría desde lo que opina el niño al “¿Usted le preguntó o no le preguntó esto?”, “¿Hizo esto o no hizo esto otro?” (...) y nos centraríamos en eso, que no es el tema (principal)*³⁴; de esta forma, no habría un real aporte al desarrollo del litigio, sin contar que se haría a costa de la violación flagrante de la confidencialidad de la declaración del NNA y todo lo que esto conlleva.

V. DISCUSIÓN

1. Respecto de los alcances de la confidencialidad de las entrevistas de los NNA, para todos los jueces entrevistados resultó indubitada la imposibilidad de dar a conocer los diversos aspectos que inciden en ella, como la forma en la que se llevó a cabo la entrevista y menos lo expresado en ella, manteniéndose así, *prima facie*, lo concluido por García y Fuentes en cuanto a que el trámite es una “caja oscura” a la que ningún interviniente tiene acceso³⁵. Esto se ve en parte corroborado por el razonamiento expuesto en 7 sentencias que, al momento de valorar los dichos mencionados por los NNA en la audiencia reservada, nada dicen acerca de los aspectos técnicos, jurídicos o fácticos que se examinaron en ella, ni siquiera en términos generales, y se limitan a exclamar una frase que puede redactarse de la siguiente manera: “Atendido el mérito de los antecedentes, teniendo presente que de lo expuesto por el niño en la audiencia confidencial (...)”³⁶.
2. Valga decir que las preguntas iniciales de esto –la confidencialidad de las entrevistas– se plantearon de modo abierto, para de alguna manera indagar la presencia patente del marco jurídico (ley, doctrina o jurisprudencia) en la conciencia de los entrevistados. Pues bien, no se divisó en ellos alguna duda en relación con esto, ni cotejo de la existencia de pautas legales que los haya hecho meditar en este punto de manera específica, más allá de la alusión a los principios generales que se analizan en la letra siguiente.

Esto hace sospechar la posible presencia de un sesgo cognitivo en esta materia que se ubica, siguiendo las investigaciones de Tversky y Kahneman, en el primer nivel automático o reactivo de pensamiento: no es correcto que lo que un niño diga en el contexto de un juicio que le pueda afectar, sea escuchado por otras personas³⁷. Desde luego que, en el segundo nivel del juicio que requiere un mayor grado de abstracción, conforme con la tesis de los autores citados, dicha afirmación puede

³⁴ Entrevistado #2.

³⁵ FUENTES y GARCÍA, 2015, p. 81.

³⁶ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 30. 7. 2018, rol 109-2018; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 27.7.2018, rol 865-2018; Corte de Apelaciones de San Miguel, 4.7.2018, rol 475-2018; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 1.7.2018, rol 216-2018; Corte de Apelaciones de Santiago, 29.5.2018, rol 3638-2017; Corte de Apelaciones de San Miguel, 1.2.2018, rol 917-2017; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14.10.2014, rol 585-2014.

³⁷ TVERSKY y KAHNEMAN, 1974, pp. 1124-1131.

ser o no ser efectiva, pero requiere matizarse con las demás condiciones que pretenden hacerse notar en este estudio.

3. Defender a ultranza no dar a conocer lo que un NNA dice en la audiencia confidencial, al no encontrar una explicación específica y clara al respecto, se canaliza por varios de los jueces examinados hacia los razonamientos esperados en la justicia de familia en casos como este³⁸. En efecto, el derecho del niño a ser oído y al mismo nivel el interés superior del niño son en ocasiones un catalizador que cubre, con su prestigio jurídico, la insuficiencia argumentativa que pueda generar la resolución de un caso que no posee un apoyo normativo concreto (VI 2. a).³⁹ Esta es precisamente una de las críticas a la excesiva amplitud o ambigüedad que generan conceptos jurídicos indeterminados como estos y en especial el interés superior del niño⁴⁰.

Ahora bien, si se estuviesen usando aquellas directrices para los fines interpretativos que tradicionalmente se les asigna para justificar⁴¹ el secreto sin control de lo que sucede en la referida audiencia, de todas maneras, podría estarse creando una paradoja porque, por una parte, se está favoreciendo el derecho de intimidad de los NNA y acto seguido vulnerando otros derechos del mismo sujeto de protección si no se toman en cuenta algunas de las deficiencias que pueden teñir la declaración⁴².

4. En este orden de ideas, si al NNA se le entrevista inadecuadamente podrían arrojarse resultados contradictorios para sus intereses, similar a lo que en medicina se suele llamar un “falso negativo”. Es decir, cuando la exploración física no detecta una alteración, pero en realidad hay una enfermedad en el paciente. Si no se advierte que la declaración del niño está corrompida, finalmente se daña aquello que se ha pretendido proteger, porque la solución del caso no estará en sintonía con aquello que el NNA necesita realmente. Aunque evitar que esto no ocurra el cien por ciento de las veces es imposible, el riesgo se optimiza si la entrevista no permanece en secreto ilimitadamente y se establecen los arbitrios necesarios

³⁸ Acerca de esto, el Comité de Ginebra ha dicho que la alocución, para no caer en un área arbitraria de actuación, no puede consignarse sola, sin alusión a otros derechos, para justificar decisiones. Naciones Unidas, 2013, pp. 9-12.

³⁹ JACKSON, 2002, p. 176.

⁴⁰ MNOOKIN, 2014, pp. 249 y ss.; FREEMAN, 2007, pp. 1-3; KHON, 2008, pp. 337 y ss.; ELSERT, 1987, pp. 11-28; HAFEN y HAFEN, 1996, pp. 449 y ss.

⁴¹ BELADIEZ, 2010, pp. 161-173; ALPA, 2006, pp. 17-18.

⁴² Por ejemplo, los dichos de un niño pueden estar fuertemente guiados por alguna persona, comúnmente alguno de sus progenitores o un miembro cercano de su familia. Cuestión que se conoce como síndrome de alienación parental, mediante la cual se inoculan mediante manipulación relatos en la siquis de los NNA de tal manera que terminan estos creyendo que son ciertas y verbalizándolas como tales. MATTEINI CHIARI, 2014, p. 35; MAIDA *et al.*, 2011, pp. 485-492; BAKER, 2005, pp. 1 y ss. Fenómeno relacionado con el hecho de que los niños también es posible que entreguen información falsa que pueden ser inducidas por las respuestas que los entrevistadores esperan recibir, sobre todo si las preguntas han sido sugestivas. AYDIN y CECI, 2009, p. 90; ANDREWS *et al.*, 2015, p. 1; POMODORO, *et al.*, 2013, p. 207; CECI y BRUCK 1993, pp. 403-439; DE CATALDO NEUBURGER, 2005, pp. 159-162.

para que la diligencia se controle por los intervinientes⁴³. Estas formas, si bien no apuntarán a saber lo que el NNA dijo detalladamente, al menos deberían dirigirse al conocimiento de los parámetros técnicos o protocolos tomados en cuenta por los entrevistadores, al momento de recabar sus opiniones⁴⁴.

5. Una segunda limitante, desde el punto de vista de los derechos que le asisten a las partes del pleito, si se tiene en cuenta que lo aseverado por los niños es uno de los principales elementos que el juez tomará para tomar su decisión y los intervinientes lo desconocen ¿cómo ejercen su derecho a recurrir si la sentencia les es adversa? Como lo ha constatado Contreras a partir de la sistematización de algunos fallos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una de las condiciones del derecho al recurso como uno de los elementos del debido proceso civil parte por una “revisión amplia y completa de los elementos de la decisión”⁴⁵. Esto implica un conocimiento completo del órgano revisor, y, se puede agregar que *sine qua non* previo por parte de los intervinientes. De lo contrario, ¿cómo pueden plantear observaciones sobre aquellos elementos y fundar sus impugnaciones? También, si se sigue a Bordalí, puede notarse en el defecto enunciado una infracción al derecho fundamental de defensa⁴⁶, y dentro de esta garantía, el deber de fundamentación de las sentencias que conlleva la posibilidad de que las partes conozcan los fundamentos de hecho de la resolución que les causa agravio⁴⁷. En términos concretos, piénsese en lo que ocurriría en un pleito civil si el juez dicta su fallo tomando como premisa fundamental el dictamen de peritos y a la parte perdedora se le impide saber que concluyeron estos. Sencillamente queda inerme. Desde luego que es sabido que las decisiones judiciales no se toman a base de un elemento, pero sin duda que, bajo las reglas de la sana crítica, de acuerdo con lo que ya fue expresado en el marco teórico de esta pesquisa, hay algunos que poseen una mayor magnitud para formar convicción en el sentenciador, como lo dicho por un niño o por un perito⁴⁸.
6. En este orden de ideas, si se observa la forma como los jueces de la muestra logran superar el antagonismo entre los factores descritos en los puntos anteriores –confidencialidad versus información– con interrogantes más cerradas a este respecto, sus respuestas, aunque dubitativas, se dirigen a encontrar una justificación en el

⁴³ BROWN *et al.*, 2013, p. 368; LAWSON *et al.*, 2018, p. 77

⁴⁴ Una de estas pautas es precisamente aquella consignada en el auto acordado N° 237-2014. En todo caso, aparte de no poseer obligatoriedad legal que construya su uso por parte de los magistrados, solo contiene una sugerencia acerca de las fases que debiese contener el trámite.

⁴⁵ CONTRERAS, 2017, p. 218.

⁴⁶ BORDALÍ, 2009, p. 266; GARCÍA y CONTRERAS, 2013, pp. 229 - 282.

⁴⁷ BORDALÍ, 2011, pp. 311 y ss.

⁴⁸ Esta aseveración se hace teniendo en cuenta que la sana crítica entre las complejidades que presenta se trata más de un asunto de argumentación racional de la forma cómo se dan por acreditados los hechos; que de la asignación de un valor concreto a los medios de pruebas que se presentan en un juicio. COLOMA, 2012, pp. 764-765.

entendimiento de que los intervinientes deben saber implícitamente lo dicho por los NNA entre las líneas de los argumentos de la sentencia (VII. c).

Esto no es del todo satisfactorio, porque abre paso al campo de la especulación que quiebra toda la certeza que se supone que debería imprimir la cosa juzgada que implica la dictación de la sentencia. Sin duda que el grado de subjetividad que las partes poseen acerca del acierto de sus alegaciones, sobre todo en causas de familia en las que se entrecruza la emocionalidad que conllevan este tipo de pleitos, de seguirse aquella postura, hacen prever que lo que el NNA dijo es muy cercano a lo que alguno de ellos sospecha. Es más, esto puede ser contraproducente a los intereses del niño, porque, bajo dicha premisa, debería suponerse que este exteriorizó algo contrario a aquel de sus padres por el que la sentencia fue adversa.

La persistencia de las dudas en torno a esto se agudiza en cuanto algunos magistrados se representan el riesgo de que el juez trate de acomodar su decisión a lo que el niño dijo, sin que sea posible de ninguna manera fiscalizar esto. Es por ello por lo que algunos matizan la problemática esbozando soluciones intermedias como consignar una parte de las entrevistas que entienden no vulneradoras al derecho de los NNA (VI 2. a); pero, es tan intenso el contrafuerte de la confidencialidad que tampoco se notan convencidos de esta solución y optan por plantear remedios por la vía legal, aunque sin precisar en qué consistirían (VI2. b).

VI. UN PUNTO DE COMPARACIÓN PROPOSITIVA: LA EXPERIENCIA ITALIANA

Resulta ilustrativo, para lo que se quiere expresar mediante este estudio lo que ha ocurrido en un sistema jurídico similar al chileno. En Italia, por equivalentes problemas a los que se puede estar enfrentando el ordenamiento nacional, y, sobre todo, por la carencia de fuentes normativas que regulan la materia y la consiguiente disparidad de criterios judiciales⁴⁹, se introdujeron en el Código Civil progresivamente varias reformas⁵⁰. De esta manera se incorporaron los artículos 336 *bis* y 337 *octies* que regula de manera general la escucha de los NNA, cuya última modificación comenzó a regir el 2014⁵¹. Esto ha implicado que, por una parte, la confidencialidad no queda entregada a las percepciones que respecto de ella tengan los encargados de llevar a cabo la diligencia, como pudiese estar ocurriendo en Chile y, por la otra, que actualmente se pueden notar los contornos adjetivos en los que se desarrolla el trámite. Así, se aprecia de manera más patente la función de transparencia y certeza que comúnmente se les asigna a las formas procesales⁵².

⁴⁹ RUO, 2012, p. 10

⁵⁰ MATTEINI CHIARI, 2014, p. 635.

⁵¹ ARDESI y LODA, 2015, p. 168-169; De ANGELIS, 2019, pp. 94-100.

⁵² LUISO, 2007, p. 400; COMOGLIO *et al.*, 2011, p. 320; TROLLER, 2009, pp. 217-222.

Lo primero en el actual marco legal es que existe un estatuto diferenciado para que el NNA sea oído según su edad. Si posee desde 12 años en adelante se presume que posee la madurez suficiente, por tanto, debe ser oído⁵³. Desde esa edad hacia abajo, el juez debe decidir si escucharlo o no y para ello debe indagar previamente su capacidad de discernimiento auxiliado por un especialista⁵⁴. Basados en esta nomenclatura algunos autores han estimado que mientras más cerca está de los 12 años, sobre todo a partir de los 8, mayor será la necesidad de escucharlo⁵⁵. No obstante, bajo el mencionado límite, siempre deberá justificarse la razón de por qué se estima que el NNA no posee la edad y madurez suficiente para ser oído⁵⁶. Esto no ocurre en Chile, donde la legislación no señala un límite etario para realizar la entrevista quedando por tanto entregado a los usos que cada juez o tribunal pueda implementar acerca de esto. Al respecto, los resultados de otra investigación arrojaron que algunos jueces chilenos se inclinan por no entrevistar a niños de edad inferior a los 5 años⁵⁷.

En cualquiera de las situaciones mencionadas, el juez puede decidir no escucharlo, pero en tal caso debe expresar los motivos que solo pueden ser dos. Uno, si estima que hacerlo contrasta con su interés superior y, dos, si el trámite, a la luz de los antecedentes, es manifiestamente superfluo⁵⁸. En Chile, de acuerdo con los resultados expuestos en los párrafos anteriores, se observa con preminencia por parte de algunos magistrados la utilización del principio general para justificar este tipo de decisiones. Pero en este caso se acude a la directriz plasmada en la Convención de una forma ambigua conforme con lo que fue planteado en la discusión (V. 3) .

Luego, en aquellos casos en que procede la audiencia a petición de parte o de oficio, está permitido bajo ciertas condiciones y previa autorización del juez que los padres, aun cuando sean parte del proceso, puedan ingresar a las audiencias⁵⁹. A ellos se suman el curador, los abogados de las partes y el Ministerio Fiscal. Referente a la participación de los progenitores, aun cuando la norma lo permite, la doctrina tiene ciertos recelos, por la posibilidad que se produzca alguna interferencia negativa para el NNA⁶⁰. No así los abogados defensores de las partes y el público ministerio, porque su presencia se estima como una garantía del principio de contradicción y de defensa que, en razón del debido proceso, debe guiar la consecución del juicio⁶¹. Eso sí, los abogados de las partes deben sujetarse a los protocolos que los colegios profesionales han dictado para este efecto que le impone deberes éticos sobre el particular⁶². En Chile, esto no parece

⁵³ LABRIOLA, 2018, p. 3.

⁵⁴ MATTEINI CHIARI, 2014, p. 652.

⁵⁵ NAPOLITANO y RUSSO, 2007, p. 45.

⁵⁶ DE ANGELIS, 2019, p. 106-209

⁵⁷ CARRETTA, 2018, p. 105.

⁵⁸ SANTINI *et al.*, 2015, p. 94.

⁵⁹ DE ANGELIS, 2019, p. 96; MATTEINI CHIARI, 2014, p. 661.

⁶⁰ MATTEINI CHIARI, 2014, p. 663.

⁶¹ DE ANGELIS, 2019, p. 105.

⁶² MATTEINI CHIARI, 2014, p. 661.

cercano a acontecer, tanto porque la ley no lo establece expresamente como también debido a que en la práctica judicial se ve lejana la posibilidad de abrir la audiencia a otros sujetos que no sean el juez, el consejero técnico y el curador *ad litem*.

Para salvaguardar la intimidad del NNA los oficios judiciales han implementado un dispositivo similar a las cámaras Gessel que se utilizan en los tribunales chilenos y han desarrollado protocolos para las entrevistas⁶³. El reproche que respecto de esto existe, que puede servir para el caso chileno si se pusiera la suficiente atención legislativa, es la proliferación de protocolos de escucha que cada tribunal ha implementado que, por una parte, son una expresión de usos dispares que ya se venían practicando, y, por la otra, que no son vinculantes y obligatorios⁶⁴.

Luego, *in situ*, previo a la audiencia, se les expone a los intervinientes los lineamientos de las consultas que se harán al NNA quienes, a su vez, pueden sugerir temas para preguntar. Luego, el juez informa al NNA la razón de su comparecencia al tribunal y los efectos de la audiencia. Luego se debe elaborar un informe del comportamiento del niño en dicha indagatoria o una grabación de audio y video de lo mismo. Posteriormente la escucha se efectúa de manera directa por el juez si se trata de un tribunal unipersonal o por el juez presidente, si es colegiado, como en el caso de las Cortes, o, en ambos casos, puede delegarse a un órgano técnico⁶⁵. Esto dependerá de la materia que se trate, ya que en aquellos casos en que la ley expresamente señala al juez, como en la adopción, solo puede ser directa, mientras que en los que se menciona que este puede ordenar la diligencia, como en los de separación, puede ser indirecta o de ambas formas, siendo la elección por parte del magistrado la regla general⁶⁶.

Se comprende por el ordenamiento italiano que escuchar al niño debe garantizarse, no tanto porque se le dé la oportunidad de plantear sus opiniones, sino por la forma como aquello que dice será luego valorado por el juez. Se entiende así al NNA como un partícipe o parte sustancial del proceso y no un mero espectador de él⁶⁷. Es así como la fundamentación por la que se tomará o no en cuenta lo dicho por el niño en la audiencia y los motivos por cómo esto se realiza es de suma importancia y es ampliamente analizado por los tribunales de casación⁶⁸. Lo mismo sucede si no se aprecian los motivos por los cuales, a partir de sus opiniones, se toma tal o cual decisión, recordando que la sola expresión del interés superior, sin señalar en forma pormenorizada en qué consiste para el caso en particular, es lo mismo que la ausencia de ellos⁶⁹.

⁶³ DE ANGELIS, 2019, pp. 111-113.

⁶⁴ RUO, 2012, pp. 17-18.

⁶⁵ PANUCCIO, 2018, pp. 165-166; MATTEINI CHIARI, 2014, pp. 659-660.

⁶⁶ NAPOLITANO y RUSSO, 2007, pp. 44-45

⁶⁷ LABRIOLA, 2018, p. 4; PANUCCIO, 2018, p. 166.

⁶⁸ SANTINI *et al.*, 2015, pp. 93-94.

⁶⁹ PANUCCIO, 2018, p. 166; ARDESI y LODA, 2015, p. 169; MATTEINI CHIARI, 2014, p. 652.

VII. CONCLUSIONES

Como se ha querido evidenciar en esta investigación, la confidencialidad de la audiencia de los NNA puede tratarse de una cuestión problemática en la justicia de familia, versus la importancia del derecho al que subyace dicho trámite. Un indicio de esto se refleja en lo manifestado por los jueces entrevistados que, luego de pasar la impresión inicial por la que parece en exceso disruptivo dar a conocer de alguna manera lo que un NNA dijo en la audiencia reservada, han mostrado varias vacilaciones al momento de ser consultados acerca de los diversos derechos y aspectos que puede transgredir dicha reserva. Uno de ellos, de especial relevancia, es la publicidad de los actos procesales que permite el conocimiento que las partes deben tener por los diversos elementos del proceso para poder efectuar observaciones respecto de ellos y basados en esto, recurrir de las resoluciones que los afecten.

Estas dudas pueden provenir de la falta de precisión que en esta materia entrega el precario marco jurídico que regula la cuestión en el ordenamiento jurídico nacional que no contienen las formas adjetivas para no solo llevar el trámite uniformemente por los tribunales, sino esencialmente resguardar adecuadamente los derechos de las partes y de los NNA. En realidad, se puede afirmar sin titubeos que hoy existe un vacío legislativo que, de llenarse apropiadamente, podría afianzar de mejor manera el interés superior de los NNA, evitando que este fuera teñido por factores nocivos, de un lado, y resguardando de un modo más conveniente el actual derecho de defensa de las partes, por el otro.

Para llenar aquella falta de ley, una reforma legislativa se puede esbozar a base de una estructura similar a la italiana. Quizá es impensable, por ahora, debido a la reticencia que esto produce, promover que los padres en conflicto ingresen a la audiencia en la que los NNA son escuchados, pero al menos, plantearse la posibilidad de que sus abogados, bajo ciertas condiciones éticas, ingresen a ella, no resulta desproporcionado. Sin perjuicio de la asistencia obligatoria del curador.

De acuerdo con lo analizado, también resulta conveniente una instancia previa a la audiencia en que se permita que las partes propongan una pauta de entrevista en coordinación con el consejero técnico y el juez, quienes pueden ejercer un filtro de aquellos planteamientos que no resulten convenientes a la luz de los derechos de los NNA y las circunstancias del caso.

En la audiencia, la pericia de los jueces y el órgano asesor de llevar a cabo una entrevista adecuada que no evite la cuestionabilidad y manipulación del relato de los NNA, dependerá primeramente de la capacitación de los operadores de la justicia de familia y en segundo lugar de la existencia de una pauta técnica uniforme de entrevistas. Referente a esto último, la experiencia de lo acontecido en Italia es un terreno ganado para estimar que un nuevo marco normativo podría contener la exigencia de la utilización de un protocolo uniforme cuyos detalles pueden ser delegados a un reglamento.

Finalmente, si hay un elemento que garantizará tanto el derecho de los NNA como el de las partes, será la necesaria fundamentación que los jueces deberán asumir sobre lo que el NNA dijo, bajo sanción de nulidad, si esto no acontece o se produce de manera deficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALPA, Guido, 2006: *I principi generali*, Milano: Giuffrè Editore,
- ALEXY, Robert, 1997: *Teoría de la argumentación jurídica*, Madrid: Centro de Estudios Políticos.
- ARDESI, Simona y LODA, Carla, 2015: *Il Curatore del Minore*, Milano: Giuffrè.
- ANDREWS, S., LAMB, M., & LYON, T., 2015: "The effects of question repetition on responses when prosecutors and defense attorneys question children alleging sexual abuse in court", *Law and Human Behavior*, volumen XXXIX, N° 6.
- AYDIN, Cagla y CECI, Stephen, 2009: "Evidentiality and suggestibility: A new research venue", *New Directions for Child and Adolescent Development*, n° 125.
- BELADIEZ Rojo, Margarita, 2010: *Los principios jurídicos* (segunda edición), Pamplona: Thomson Reuters.
- BAKER, Amy, 2005: "The cult of parenthood: a qualitative study of parental alienation", *Cultic Studies Review*, volumen IV, N° 1.
- BORDALÍ, Andrés, 2011: "Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho la tutela judicial", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXXVIII, N° 2.
- BORDALÍ, Andrés, 2009: "El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 33.
- BROWN, D. A., LAMB, M. E., LEWIS, C., PIPE, M., ORBACH y WOLFMAN, M., 2013: "The NICHD Investigative Interview Protocol: An analogue study", *Journal of Experimental Psychology: Applied*, volumen XIX, N° 4.
- CARPONI, Domenico y BELLUSSI, Germano, 2000: *L'esame orale del bambino nel processo*, Milano: Giuffrè Editore.
- CARRETTA, Francesco, 2018: "Algunas precisiones adjetivas sobre el derecho del niño a ser oído, a propósito de un estudio empírico", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, volumen LXXXVI, N° 243.
- CECI, Stephen y BRUCK, Maggie, 1993: "Suggestibility of the child witness: a historical review and synthesis", *Psychol Bull*, volumen III, N° 113.
- COLOMA, Rodrigo, 2012: "¿Realmente importa la sana crítica?", *Revista Chilena de Derecho*, volumen XXXIX, N° 3.
- COMOGLIO, L. P., FERRI, C. y TARUFFO, M., 2011: *Lezioni sul processo civile* (segunda edición): Bologna, Il Mulino Editoriale.
- CONTRERAS, Cristian, 2017: "El reconocimiento expreso del derecho al recurso en la carta fundamental: Una garantía básica del justiciable", en Gonzalo Aguilar Cavallo (editor), *Poder Judicial. Reforma Constitucional y Derechos Fundamentales*, Santiago, Librotecnia, pp. 209-223.
- CHIARAVALLOTI, Sonia y SPADARO, Giuseppe, 2012: *L'interesse del minore nella mediazione familiare*, Milano: Giuffrè Editore.
- DE Angelis, Claudio, 2019: *I Procedimenti Civili Minorili*, Milano: Giuffrè Editore.
- DE Cataldo Neuburger, Luisella, 2005: *La testimonianza del minore*, Milano: Cedam
- ELSERT, Jon, 1987: "Solomonic Judgments: Against the Best Interest of the Child", *The University of Chicago Law Review*, volumen LIV, N° 1.
- FREEMAN, Michael, 2007: *Article 3, The best interest of the child*: Leiden, Martinus Nijhoff Publishers.
- FUENTES, Claudio y GARCÍA, Ramón, 2015: "Entre la opacidad y la irreflexión: a propósito de la práctica de la audiencia reservada ante los tribunales de familia", *Revista de derecho de familia*, volumen III, N° 7.
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, 2013: "El derecho al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno", *Estudios Constitucionales*, volumen XI, N° 2.

- HAFEN, Bruce, y HAFEN, Jonathan, 1996: "Abandoning Children to Their Autonomy: The United Nations Convention on the Rights of the Child", *Harvard International Law*, volumen 37, Nº 2.
- HERNÁNDEZ, R., FERNÁNDEZ, C., BAPTISTA P., 2010: *Metodología de la Investigación* (quinta edición: México D.F., McGraw-Hill/Interamericana Editores.
- JACKSON, Emily, 2002: "Conception and the Irrelevance of the Welfare Principle", *The Modern Law Review*, volumen 65, Nº 2.
- KOHN, Lynne Marie, 2008: "Tracing the Foundations of the Best Interests of the Child Standard in American Jurisprudence", *Journal of Law and Family Studies*, volumen 10.
- LABRIOLA, Michela, 2018: "L'avvocato del minore", *Família*. Disponible en <https://www.rivista-família.it/2018/06/27/lavvocato-del-minore/> [Fecha de consulta: 11.8.2021].
- LAWSON, M., RODRIGUEZ-STEEN, L. y LONDON, K., 2018: "A systematic review of the reliability of children's event reports after discussing experiences with a naïve, knowledgeable, or misled parent", *Developmental Review*, Nº 49.
- LIEBMAN, Enrico, 2012: *Manuale di diritto processuale civile* (octava edición), Milano: Giuffrè Editore.
- MAIDA, A., HERSKOVIC, V. y PRADO, B., 2011: "Síndrome de alienación parental", *Revista chilena de pediatría*, volumen 82, Nº 6.
- MATTEINI Chiari, Sergio 2014: *Il Minore nel Processo*, Milano: Giuffrè Editore.
- MNOOKIN, Robert, 2004: "Child custody revisited", *Law and Contemporary Problems*, volumen 77, Nº 1.
- NACIONES Unidas, 2009: *Observación general Nº 12 (2009) El derecho del niño a ser escuchado*. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> [Fecha de consulta: 11.8.2021].
- NACIONES Unidas, 2013: *Observación general Nº 14 (2013) sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1)*. Disponible en <https://www.unicef.org/UNICEF-ObservacionesGeneralesDelComiteDeLosDerechosDelNino-WEB.pdf> [Fecha de consulta: 11.8.2021].
- NAPOLITANO, Lucio y RUSSO, Rita, 2007: "Ascolto del minore e provvedimenti relativi alla prole" (editores), en *Le prassi giudiziali nei procedimenti di separazione e divorzio*, Milano: Wolters Kluwer, pp. 44 y ss.
- PANUCCIO, Francesca, 2018: "Tutela del minore attraverso la costituzione italiana europea e le carte internazionali", en Albano, F., Cassano, G., Corder, P. y Oberto, G. (editores), *Le Tutele Nella Famiglia. Nuovi orientamenti legislativi e giurisprudenziali*, Milano: Giuffrè, pp. 157-176.
- POMODORO, L., GIANNINO, P. y AVALLONE, P., 2009: *Manuale di diritto de famiglia e dei minori*, Milano: Wolters Kluwer.
- RUO, Maria 2012: "L'ascolto del minore nei procedimenti civili. Riferimenti normativi e giurisprudenziali e prospettiva della difesa", en Aprile, Ercole y Conti, Roberto (editores), *L'ascolto dei minorenni in ambito giudiziario*, UNICEF, pp. 8-21.
- SANTINI, M., ROSSI, P. y VAGLIO, M., 2015: *I Diritti dei Minori. Rassegna di normativa e giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, Roma: NEU.
- TROLLER, Allois, 2009: *Dos fundamentos do formalismo processual civil*, Porto Alegre: Sergio Anotnio Fabris.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, 1974: "Judgment under Uncertainty: Heuristics and Biases in judgments reveal some heuristics of thinking under uncertainty", *Science*, volumen 185, Nº 4157.
- VALLES, Miguel, 1999: *Técnicas cualitativas de investigación social. Reflexión metodológica y práctica profesional*, España: Editorial Síntesis.
- VARGAS, Macarena y CORREA, Paula 2011: "La voz de los niños en la justicia de familia en Chile", *Ius et praxis*, volumen 17, Nº 1.

Normas jurídicas citadas

1. Normativa Nacional

ACTA N° 237-2014. Auto Acordado que regula la implementación de las salas Gesell.

PROYECTO de ley que establece un sistema de garantías de los derechos de la niñez, Boletín N° 10.315-18.

LEY 19.968, Crea los tribunales de familia, Publicada el 30 de agosto de 2004.

2. Normativa extranjera

CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Publicada en Chile el 27 de septiembre de 1990.

Jurisprudencia citada

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 30 de julio de 2018, rol 109-2018.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 27 de julio de 2018, rol 865-2018.

CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 4 de julio de 2018, rol 475-2018.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 1 de julio de 2018, rol 216-2018.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de mayo de 2018, rol 3638-2017.

CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 1 de febrero de 2018, rol 917-2017.

CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 14 de octubre de 2014, rol 585-2014.

DOI: 10.4067/S0718-09502022000100281

El principio de taxatividad en la jurisprudencia constitucional mexicana

*Roberto Carlos Fonseca Luján**

RESUMEN

El artículo presenta un análisis de la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana sobre el mandato de taxatividad o determinación de las leyes penales. El estudio muestra las etapas de evolución de esta doctrina, identificando sus criterios consolidados y su ambivalencia. Se concluye que el estado actual de la doctrina no permite prever con certeza las decisiones de este máximo tribunal al resolver reclamos de violación de la taxatividad.

Taxatividad; legalidad penal; determinación

Non-Vagueness Principle in Mexican Constitutional Case Law

ABSTRACT

The article presents an analysis of the Mexican Supreme Court of Justice's void-for-vagueness doctrine. The study shows the stages of evolution of this doctrine and identifies its consolidated criteria and its ambivalence. It is concluded that the current state of the doctrine does not allow foreseeing with certainty the highest court's decisions when resolving void-for-vagueness claims.

Void-for-vagueness; criminal statutes; definiteness

* Licenciado y Doctor en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. ORCID. <https://orcid.org/0000-0003-0076-9576>
Correo electrónico: rfonsecal@derecho.unam.mx
Artículo recibido el 29.9.2020 y aceptado para su publicación el 15.8.2021.

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo se ocupa de analizar la doctrina de la Suprema Corte de Justicia de la Nación [SCJN] mexicana referente al mandato de taxatividad o determinación de las leyes penales. Este estudio resulta relevante en el marco de la acelerada constitucionalización de la práctica del derecho penal que se ha vivido en México en la última década, luego de la reforma constitucional de 2011 que afianzó definitivamente la incorporación del derecho internacional de los derechos humanos al sistema jurídico nacional y generó obligaciones judiciales de control difuso de la constitucionalidad y la convencionalidad. En este marco, los debates acerca de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de los tipos penales tienden a ser frecuentes en el marco de esa práctica penal constitucionalizada¹, lo que hace necesario esclarecer los criterios que siguen los órganos de justicia constitucional al resolver al respecto. Aunque la jurisprudencia de la SCJN en este tema es conocida por la doctrina nacional², no se encuentran estudios pormenorizados de su evolución y contenido como el que aquí se propone.

El estudio ofrece en primer lugar una revisión general del marco conceptual respecto del principio de taxatividad. Se identifica que este mandato, derivado del principio ilustrado de legalidad penal, suele entenderse actualmente en tres sentidos: como una regla de uso del lenguaje dirigida al legislador, como una regla de decisión en las cuestiones penales sustantivas y como el contenido de un derecho humano.

Definido el concepto, en la segunda parte se ofrece el análisis de la jurisprudencia de la SCJN mexicana. Aquí se identifica una evolución en dos fases: a) etapa de reconocimiento del principio y b) etapa de desarrollo del principio. En esta evolución, la doctrina de la SCJN construye progresivamente una concepción gradual y flexible de la taxatividad, que en buena medida es aquiescente con el legislador, particularmente en lo relativo al problema de la utilización en las descripciones típicas de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de valoración judicial. Algunos fallos de años recientes muestran un giro en la aplicación de la doctrina en lo relativo a ese problema, lo que podría estar indicando el inicio de una tercera etapa.

Finalmente, se incluyen comentarios críticos y se concluye que la doctrina jurisprudencial es medianamente consistente; presenta ambivalencia y giros, aunque a la vez incluye elementos consolidados que pueden servir como base para prever hacia qué sentido se orientará la decisión judicial del máximo tribunal cuando se le presente un problema de taxatividad.

¹ Se mencionan dos muestras de este proceso. En el Semanario Judicial de la Federación, una búsqueda de la palabra taxatividad muestra un aumento en el uso de la expresión en la jurisprudencia en la época reciente. De 61 entradas arrojadas como resultado para todas las épocas y órganos disponibles, la gran mayoría (54) son de la Décima época (a partir de octubre de 2011). *Vid.* SCJN, 2020. Igualmente, se identifica que del 2013 a la fecha la Comisión Nacional de Derechos Humanos ha presentado 41 Acciones de inconstitucionalidad en las que se reclaman violaciones a los principios de taxatividad y exacta aplicación de la ley penal. De estas acciones, 5 se han presentado en lo que va del 2020 (estando en trámite), y 13 en el 2019 (la mayoría aún en trámite). *Vid.* CNDH, 2020. (Resultados de búsquedas actualizados al 20 de septiembre de 2020).

² Recientemente, *vid.* CARBONELL, 2019, pp. 12-18.

II. CONTENIDO ACTUAL DEL MANDATO DE TAXATIVIDAD

En la doctrina jurídica contemporánea se afirma de manera general que el mandato de taxatividad es un componente del principio de legalidad penal. Así, se establece que este principio comprende cuatro elementos básicos: reserva de ley escrita (*lex scripta*); taxatividad o mandato de determinación (*lex certa*); irretroactividad (*lex praevia*) y prohibición de analogía (*lex stricta*)³.

El componente de taxatividad dispone que las leyes penales deben formularse de manera completa, clara, precisa y exacta⁴. Se trata de un mandato dirigido al legislador; su contenido requiere que las leyes penales cumplan con esas cualidades textuales. En su aplicación práctica, este mandato recibe tres interpretaciones generales. Se le entiende como una regla de lenguaje; como una regla de decisión; y como un derecho fundamental o humano, según la doctrina que se menciona a continuación.

En primer lugar, entendido como regla del lenguaje, el principio de taxatividad se aplica como una norma relativa al uso de las palabras por el legislador. Así lo señala Ferrajoli, para quien consiste en una *regla semántica metalegal de formación de la lengua legal*⁵. Esta regla del lenguaje legal prohíbe al legislador penal incurrir en cualquier vicio asociado con la falta de claridad en el lenguaje, como pueden ser: indeterminación, ambigüedad, vaguedad, verborrea, contradicciones, redundancias, errores gramaticales u ortográficos, entre otros⁶. Debido a esto, los problemas de taxatividad se refieren en principio a problemas lingüísticos, susceptibles de resolverse mediante el empleo correcto y adecuado de la lengua escrita.

Además de la correcta técnica de redacción, necesaria para garantizar la eficacia comunicativa del mandato subyacente a la norma penal, la regla de lenguaje taxativo indica la disminución al mínimo del empleo de conceptos jurídicos vagos susceptibles de valoración. El empleo de estos conceptos valorativos en las descripciones de los tipos penales es un tema discutido; tanto se les rechaza por la doctrina más garantista⁷ como se reconoce que su uso es imposible de eliminar, debido a la complejidad de las conductas susceptibles de criminalización en las sociedades contemporáneas⁸.

Junto con esto, la exigencia de precisión se enfrenta al reconocimiento –común en la teoría del derecho después de la tesis de Hart de la “textura abierta”⁹– de la vague-

³ Entre otros *vid.* BACIGALUPO, 1999, pp. 44-45; HUERTA TOCILDO, 1993, p. 85; INZUNZA CÁZARES, 2009, pp. 65 y ss.; BUSTOS y HORMAZÁBAL, 1997, pp. 81-82; MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2010, pp. 103-108; ROXIN, 1997, pp. 137-141.

⁴ Según refiere Fernández, el Tribunal Constitucional español interpreta el mandato de determinación “como la necesidad de que las normas penales sean concretas, precisas, claras e inteligibles” (negritas en el original). FERNÁNDEZ, 2017, p. 660.

⁵ FERRAJOLI, 1995, p. 121.

⁶ Para la explicación de cada uno de estos vicios y errores, *vid.* MUÑOZ MACHADO, 2017, *passim*.

⁷ *cf.* FERRAJOLI, 1995, pp. 121 y ss.; ZAFFARONI *et al.*, 2002, pp. 116-117.

⁸ *cf.* GÓMEZ PAVÓN y BUSTOS RUBIO, 2014, p. 174; BACIGALUPO, 1999, p. 236; RUÍZ ROBLEDO, 2015, pp. 319-320.

⁹ HART, 1998, pp. 153, 155 y ss.

dad insuperable del lenguaje empleado en las leyes, incluidas las penales. Debido a este doble problema de complejidad-vaguedad, la taxatividad tiende a entenderse como una cuestión de grados¹⁰. Al no ser posible una máxima precisión y exactitud, la medida suficiente de precisión queda indicada por un “umbral de taxatividad”¹¹. Este umbral, determinado convencionalmente por los intervinientes en la práctica jurídica, señala el nivel mínimo de determinación lingüística y semántica que debe alcanzar el producto legislativo para considerarse admisible.

Por otra parte, la taxatividad se interpreta como regla de decisión; consiste en una norma relativa a la división del poder en el sistema jurídico-penal. De acuerdo con esto, el mandato se refiere a la decisión sustantiva en la criminalización primaria, que debe tomarse exclusivamente por el legislador. Este deber se fundamenta en el principio ilustrado de división de poderes, según esto, solo el legislativo puede decidir legítimamente qué conductas son delitos en determinada sociedad, al ser el representante de la voluntad popular. Dado esto, una norma indeterminada viola ese principio porque delega esa responsabilidad en los jueces o en la administración, lo que constituye una “deslegalización material encubierta”¹².

Esto no supone que los jueces sean puramente la “boca” de la ley¹³. La doctrina actual admite que los jueces siempre interpretan la ley penal. No obstante, esto no conduce al arbitrio. El mandato de taxatividad se refleja en un control de la discrecionalidad del juez de parte del legislador. La ley debe establecer un marco interpretativo delimitado, del que no puede salir el juzgador. Una norma incumple esta exigencia cuando ninguno de los métodos de interpretación admisibles jurídicamente permite establecer su contenido y alcance¹⁴. Un juez que decide con base en una norma así de indeterminada no está interpretando, sino creando arbitrariamente una norma para el caso individual. Acerca de este particular, la doctrina vincula este “principio democrático” y de “separación de poderes” con el deber de “precisión” de las normas penales; y la “aplicación igualitaria” de la ley penal con el deber de “concreción”¹⁵.

En tercer lugar, la taxatividad se interpreta como elemento del derecho humano a la legalidad reconocido en el derecho internacional de los derechos humanos. En el sistema interamericano de derechos humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 recoge el derecho en comento en el artículo 9. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reivindicado en su jurisprudencia una comprensión estricta del principio de legalidad y su componente de taxatividad heredera del pensamiento ilustrado; esta comprensión parece repudiar toda indeterminación legal que pueda favorecer el arbitrio judicial.

¹⁰ INZUNZA CÁZARES, 2009, pp. 103, 135.

¹¹ NAVARRO y MANRIQUE, 2005, pp. 822-823.

¹² GARCÍA ALBERO, 2008, p. 57.

¹³ *cfr.* ÁLVAREZ GARCÍA, 2009, p. 175; ANDRÉS IBÁÑEZ, 2007, p. 37.

¹⁴ MADRID CONESA, 1983, pp. 158-159, 164 *apud* NAVARRO y MANRIQUE, 2005, pp. 828 y 831.

¹⁵ FERNÁNDEZ, 2017, p. 661.

En los casos relativos a la determinación de la ley, la Corte Interamericana señala de manera rígida que “en la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos, que acoten claramente las conductas punibles”. En consecuencia, la Corte exige una “clara definición” del acto u omisión, delimitada y completa, al sostener que la formulación ambigua del tipo penal “genera dudas y abre el campo al arbitrio de la autoridad”, lo que se considera “particularmente indeseable”¹⁶. Incurren en ambigüedad las definiciones de delitos que “utilizan expresiones de alcance indeterminado en relación con las conductas típicas, los elementos con los cuales se realizan, los objetos o bienes contra los cuales van dirigidas, y los alcances que tienen sobre el conglomerado social”¹⁷.

Para el tribunal interamericano, la “conducta incriminada” ha de estar claramente “deslinda[da] de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales”. Hecha esta determinación completa por el legislador, la Corte opina que el aplicador judicial tiene un rol de ninguna manera creativo, pues solo le corresponde “atenerse estrictamente a lo dispuesto [en la norma] y observar la mayor rigurosidad en el adecuamiento de la conducta de la persona incriminada al tipo penal”¹⁸.

Es de interés añadir que en la jurisprudencia de la Corte Interamericana las exigencias de legalidad y taxatividad se extienden también a las normas de restricciones a derechos humanos. Por ejemplo, a propósito de la restricción del derecho a salir del país, se ha señalado que su regulación legal “debe carecer de ambigüedad de tal forma que no genere dudas en los encargados de aplicar la restricción permitiendo que actúen de manera arbitraria y discrecional realizando interpretaciones extensivas de la restricción”¹⁹.

III. DOCTRINA SOBRE EL MANDATO DE TAXATIVIDAD DE LA SCJN

En el sistema constitucional mexicano, el mandato de taxatividad encuentra acomodo en la garantía de exacta aplicación de la ley penal, prevista en el párrafo tercero del artículo 14 de la Constitución política mexicana²⁰. Con la apertura del sistema al derecho internacional de los derechos humanos, la fuente del mandato de taxatividad se enriquece, para incluir los documentos internacionales relativos como el artículo 11.2 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, el artículo 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y el artículo 9 de la Convención Americana

¹⁶ Corte IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, 30.05.1999, Serie C N° 52; GUZMÁN DALBORA, 2010, pp. 182.

¹⁷ Corte IDH, Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, 18.08.2000, Serie C N° 69, párrs. 155 y 157.

¹⁸ Corte IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, 25.11.2005, Serie C N° 137; Corte IDH, Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20.06.2002, Serie C N° 126; Corte IDH, Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, 25.11.2004, Serie C N° 119; OLÁSULO ALONSO, 2013, p. 32.

¹⁹ Corte IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 31.08.2004, Serie C N° 111, párr. 125.

²⁰ Textualmente, el precepto señala: “En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata”. Sobre el precepto *vid.* CARBONELL, 2019, pp. 3-27.

sobre Derechos Humanos que se incorporan al parámetro de regularidad constitucional o bloque constitucional.

La doctrina jurisprudencial del máximo tribunal mexicano respecto de la taxatividad se desarrolla con base en la constitución y, recientemente, en la Convención Americana. El estudio a profundidad de esta doctrina permite identificar una evolución en dos etapas: a) fase de reconocimiento del principio, y b) fase de desarrollo del principio.

1. *Reconocimiento del mandato de taxatividad en la jurisprudencia*

Propiamente, en esta primera etapa la doctrina de la SCJN no hace mención explícita del concepto taxatividad, pero sí de su contenido mínimo, que es el deber de determinación dirigido al legislador. El criterio inaugural al respecto data de 1995; previamente, se puede identificar la expresión de tesis afines, pero sin una expresión consistente del deber legislativo²¹. En el criterio de 1995, con base en una interpretación extensiva del texto del artículo 14 constitucional, el Tribunal Pleno²² declara que la garantía de “exacta aplicación de la ley en materia penal” obliga al órgano legislativo creador de la norma y no solo al órgano judicial aplicador. Según sugiere esta interpretación, para poder aplicarse de manera exacta, la propia ley penal debe ser exacta. Así, se sostiene que la ley “debe estar redactada [con] términos [...] claros, precisos y exactos”. Además de esta claridad y precisión en los conceptos y expresiones, el Pleno sostiene que el legislador debe dar normas completas, de modo que tanto las penas como las conductas típicas “incluy[an] todos sus elementos, características, condiciones, términos y plazos, cuando ello sea necesario para evitar confusiones en su aplicación o demérito en la defensa del procesado”. Por tanto, el propósito de esta exigencia de exactitud es asegurar la “certeza” en su aplicación²³.

Ahora bien, si se revisa el fondo del asunto que motivó el criterio de 1995, es interesante identificar que no se trata de un problema que hoy se asociaría con la taxatividad. La reforma legal que se tilda de inconstitucional y se discute por el Pleno en

²¹ Por ejemplo, en 1993 la Primera Sala discute un problema de “reenvío legislativo” o ley penal “en blanco”, pero parece entenderse como un problema de aplicación analógica de la ley. SCJN Primera Sala, 1a./J. 1/93, registro N° 206145.

²² La SCJN mexicana se integra por once ministros; resuelve asuntos funcionando como tribunal en Pleno o en dos Salas, cada una compuesta por cinco ministros. La división de competencias entre estas instancias se define a partir de lo dispuesto en la Constitución política, la legislación orgánica y los Acuerdos Generales que emite el propio Pleno de la SCJN. De manera muy general, la competencia originaria de la SCJN incluye los tres procedimientos de control de constitucionalidad concentrado del país: controversias constitucionales, acciones de inconstitucionalidad y recursos en el juicio de amparo. Al Pleno le corresponde conocer de los dos primeros procedimientos. Los recursos en el juicio de amparo suelen tramitarse en las Salas, salvo en asuntos de importancia y trascendencia excepcional que van al Pleno, por ejemplo, acerca de problemas de constitucionalidad de leyes sin precedentes. Tratándose de la emisión de jurisprudencia a partir de esos asuntos, se distingue entre tesis aisladas (criterios orientativos) y tesis de jurisprudencia que se hacen obligatorias por reiteración o resolución de contradicciones. Las tesis de la SCJN obligan a todos los órganos judiciales del país, federales y locales. Las tesis del Pleno obligan también a las Salas.

²³ SCJN Pleno, P. IX/95, registro N° 200381.

aquel momento suprime una regla de temporalidad para la imputación de un resultado homicida. Según esta regla de tradición decimonónica, una lesión se tendría como mortal solo si la muerte del sujeto pasivo ocurría dentro de los sesenta días posteriores a la lesión. El Pleno considera que suprimir esta regla de temporalidad significaba dejar incompleto el tipo penal²⁴. Como se aprecia, el objeto discutido en el fondo sugiere una “incomprensión”²⁵ sobre el significado del principio de taxatividad, al asociarlo con una regla típica de atribución de resultado.

El criterio del Pleno de 1995 y su exigencia dirigida al legislador de establecer leyes penales con todos sus elementos se invocan en 2001 por la Primera Sala para decretar la inconstitucionalidad de un precepto que no establece con todas sus palabras la pena aplicable al delito²⁶. La exacta formulación de la ley se entiende aquí, principalmente, como completitud de la redacción legislativa. Esta completitud de ninguna manera excluye la necesaria interpretación judicial. De esto último, la Primera Sala afirma en 2002 que, si bien el principio de legalidad obliga al poder legislativo a “describ[ir] con claridad y precisión el hecho”, esto “no excluye la labor del juzgador de interpretar la norma que va a aplicar”. Esta interpretación judicial se entiende como “determina[ci]ón del] significado con auxilio de los diversos métodos de interpretación del derecho”²⁷.

Este postulado de que la obligación de claridad, precisión y exactitud no conlleva que el legislador deba establecer los significados de los conceptos empleados, sino que eso es propio de la interpretación judicial, la expresa con rotundidad la Primera Sala al afirmar que “las leyes no son diccionarios”. En el criterio relativo se sostiene que, si bien “la claridad de las leyes constituye uno de los imperativos apremiantes y necesarios para evitar o disminuir su vaguedad, ambigüedad, confusión y contradicción”, de esto no se desprende que el poder legislativo deba “defin[ir] los vocablos o locuciones ahí utilizados”²⁸. Esto se extiende también a la materia penal; para este ámbito, “la inconstitucionalidad de un precepto no puede hacerse derivar de las locuciones en él utilizadas”; tratándose de palabras con significados generales y amplios, corresponde al juez, “en ejercicio del arbitrio judicial”, determinar si en el caso individual el hecho coincide con la descripción abstracta²⁹.

La posibilidad de establecer en las leyes conceptos susceptibles de definición judicial conduce a aceptar la inclusión de elementos normativos en esta primera etapa. Así,

²⁴ SCJN Pleno, P. VIII/95, registro N° 200383. En contra de este razonamiento, *vid.* Voto particular emitido por el señor Ministro Genaro David Góngora Pimentel, en el Amparo Directo en Revisión número 670/93, registro N° 872. Este criterio que exige la regla de temporalidad se abandona hasta 2013, *vid.* SCJN Pleno, P. XXIII/2013, registro N° 2003571.

²⁵ INZUNZA CÁZARES, 2009, p. 131.

²⁶ La porción normativa tildada de inconstitucional establecía textualmente una sanción “de dos a seis años”, sin especificar si se trataba de prisión o de otra clase de pena. SCJN Primera Sala, 1a. XLV/2001, registro N° 189467. El Pleno ratifica la decisión de inconstitucionalidad, tras un debate suscitado por la publicación de una “fe de erratas” gubernativa que precisa la omisión. SCJN Pleno, P./J. 25/2003, registro N° 183825.

²⁷ SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIII/2002, registro N° 185314.

²⁸ SCJN Primera Sala, 1a./J. 83/2004, registro N° 180326.

²⁹ SCJN Primera Sala, 1a. CLXII/2005, registro N° 176074.

en un caso en el que se discute la constitucionalidad de una expresión indeterminada (“en cualquier forma”), la Primera Sala sostiene que la inclusión de ese elemento que implica una “valoración objetiva” no atenta contra la regla de exacta aplicación de la ley. Simplemente, en ese caso, la Sala acepta que en la aplicación de la norma, además de la corroboración de aspectos descriptivos ha de incluirse “un juicio de valor por parte del Juez”³⁰. En sentido similar, se admite el empleo de adverbios indeterminados, como “inebidamente”, que a juicio de la Primera Sala no es “un concepto impreciso, oscuro o inexacto”, sino un término calificador de la conducta punible³¹.

Se puede considerar que esta fase de reconocimiento cierra con un criterio de la Primera Sala –reiterado entre 2003 y 2006– en el que se ratifica el deber del legislador de promulgar leyes claras, poniendo énfasis en los tres propósitos de este mandato: la aplicación de la ley “con estricta objetividad y justicia”; la prevención de una “actuación arbitraria del juzgador”; y la garantía de certidumbre jurídica para el gobernado³². Así, la claridad, precisión y exactitud de la ley tienen como propósito prevenir que el juez “incurra en confusión ante la indeterminación de los conceptos”, lo que puede ir “en demérito de la defensa del procesado”³³.

2. *Desarrollo del mandato de taxatividad en la jurisprudencia*

El término taxatividad se emplea por primera vez en la jurisprudencia en el 2006. Es un Tribunal Colegiado el que se encarga de introducir el término en un criterio en el que este principio se considera una “derivación” del principio constitucional de legalidad y de la tipicidad, según la entiende la dogmática jurídico-penal. Para este Tribunal, taxatividad es la “exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación”, lo que significa que “la descripción típica no debe ser vaga ni imprecisa, ni abierta o amplia al grado de permitir la arbitrariedad”³⁴.

La Primera Sala sigue este empleo del término a partir del 2008, cuando establece que “el principio de taxatividad [...] es corolario del diverso principio de legalidad”³⁵. Previamente, destaca un criterio de 2007, en el cual el órgano declara la inconstitucionalidad de un tipo penal por incluir la expresión indeterminada “precauciones necesarias”. En el criterio relativo se recalca que el propósito de la garantía constitucional en juego es “evitar el uso de conceptos ambiguos que generen un estado de incertidumbre jurídica en el gobernado y una actuación arbitraria del intérprete”. La Primera Sala introduce en su doctrina una consideración al tema de la vaguedad, al juzgar que el concepto en

³⁰ SCJN Primera Sala, 1a. CXXII/2005, registro Nº 177012.

³¹ SCJN Primera Sala, 1a. XXI/2005, registro Nº 179041.

³² SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIX/2005, registro Nº 177613; SCJN Primera Sala, 1a./J. 10/2006, registro Nº 175595.

³³ SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 268/2003, registro Nº 19377.

³⁴ SCJN Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, II.2o.P.187 P, registro Nº 175846.

³⁵ SCJN Primera Sala, 1a. XXVII/2008, registro Nº 170144.

discusión resulta “vago, extensional e intencionalmente” [sic]. La norma resulta inconstitucional porque no se encuentran en el “contexto normativo en que se presenta” elementos que permitan dotar de exactitud a la expresión; igualmente, porque no se contienen “parámetros objetivos” respecto de qué criterios o normas hacen que un objeto entre en la categoría de lo “necesario”. En suma, se decide la inconstitucionalidad porque la determinación de la expresión controvertida “queda sujeta a un juicio valorativo” de parte del juez, lo que genera “inseguridad jurídica”, al no estar definido su alcance³⁶.

En esta decisión, la Primera Sala muestra una comprensión más elaborada del mandato de determinación como regla de uso del lenguaje en la ley; matizando su criterio anterior de que las “leyes no son diccionarios”, determina que, cuando menos en materia penal, deben incluir términos delimitados. Así, en el estudio del caso se analizan los “vicios” que se encuentran en el tipo penal controvertido, como problemas de “ambigüedad terminológica” y de “vaguedad conceptual”. La Sala recalca que la garantía en juego exige que la ley penal sea “suficientemente clara y precisa”, de modo que cada conducta típica esté “suficientemente delimitada” y permita “englobar en ella todos los comportamientos de características esencialmente comunes”. Estos planteamientos se acompañan de un reiterado rechazo a la intervención discrecional del juez en la aplicación, que se aprecia como contraria a la seguridad jurídica. Para la Primera Sala, si el tipo no está delimitado “se corre un doble riesgo”: que el juez incluya o excluya discrecionalmente conductas, modificando la integración legislativa del tipo penal³⁷.

En este período, la naciente doctrina acerca de taxatividad permite declarar la inconstitucionalidad en 2008 —con un criterio reiterado entre 2004 y 2007— de un tipo penal “en blanco” o “de reenvío” que remite, para conocer la acción sancionada, a un reglamento de tránsito de carácter administrativo³⁸. En esta decisión la Sala se separa de decisiones precedentes, en las que se “permite entrever que sí sería constitucional una norma penal en blanco que remita a los reglamentos”. Con base en “nuevas reflexiones” se afirma la división de poderes y la facultad exclusiva del legislador para establecer los núcleos de los tipos penales, decretando así la inconstitucionalidad de la norma controvertida por violación de la “reserva absoluta de ley”³⁹.

De la mano de estas consideraciones, se precisa el contenido de la taxatividad a partir de sus fines en el sistema jurídico. Por un lado, aparece que el principio de “predeterminación normativa suficiente de los ilícitos y de sus penas” es un “requisito inherente” del “principio de reserva absoluta de ley”. Por otro lado, se sostiene que la taxatividad es “imprescindible” para alcanzar la “función motivadora” de las normas penales, dirigida a los ciudadanos. Para la Primera Sala, “el grado de determinación de la conducta típica” debe favorecer que los ciudadanos conozcan lo que está prohibido sin “tener que realizar labores de interpretación”. Así, se viola esta exigencia siempre

³⁶ SCJN Primera Sala, 1a./J. 109/2006, registro N° 173307.

³⁷ SCJN Primera Sala, Contradicción de tesis 123/2006-PS, registro N° 19956.

³⁸ SCJN Primera Sala, 1a./J. 5/2008, registro N° 170393.

³⁹ SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 703/2004, registro N° 20734.

que la norma no permite a los ciudadanos “programar su comportamiento” al “prever” las sanciones; igualmente, cuando “indu[ce] a errores o los favore[ce] con motivo de su deficitaria o atormentada formulación”⁴⁰.

Sin embargo, este rechazo a la interpretación en la aplicación no resulta consistente durante este período. Otras decisiones respaldan el empleo de conceptos indeterminados y elementos normativos en los tipos penales. Así, la Primera Sala afirma que los términos “evocaciones”, “espíritus”, “adivinations” o “curaciones” “no generan vaguedad conceptual o ambigüedad terminológica” porque se puede precisar su significado “mediante un conocimiento cultural”; de este modo, no dan lugar a “confusiones o imprecisiones a los gobernados”⁴¹. Igualmente, tratándose del elemento normativo “en veda” referido a especies naturales protegidas, se considera que si bien establece una remisión que “debe interpretarse con la ayuda de criterios ofrecidos por disciplinas no penales”, no es inconstitucional porque “no impide que sus destinatarios entiendan perfectamente” cuál es el núcleo de la prohibición⁴². De este modo, qué tanto puede una norma inducir o favorecer “errores” no parece depender estrictamente de cada uno de los vocablos empleados, sino de la lectura que permite la ley en su conjunto.

Por lo que hace a expresiones abiertas como “cualquier otro acto” y “tendiente a inducir a error”, la Primera sala concluye que su uso es constitucional porque el legislativo no está obligado a dar un “catálogo exhaustivo” de las conductas que actualizan un determinado tipo, ya que resulta “imposible agotar todas las variantes del actuar humano”. En esa medida, la interpretación judicial de esas expresiones no está constitucionalmente prohibida, cuando el resto de la norma penal “establece las herramientas necesarias para que el intérprete conozca claramente [...] lo que se pretende sancionar”⁴³.

La Primera Sala de la SCJN sistematiza sus postulados respecto de la taxatividad en una decisión de 2011, en la que se puede considerar que cristaliza su doctrina, luego reiterada⁴⁴. En la ejecutoria, tras insistir en que la taxatividad supone la “exigencia de un contenido concreto y unívoco en la labor de tipificación de la ley”, de modo que los textos han de “describ[ir] con suficiente precisión” tanto las conductas prohibidas como sus sanciones, con el propósito de salvaguardar la “certeza jurídica”, así como la “imparcialidad en la aplicación”, la Primera Sala insiste también en matizar que este mandato no obliga al legislativo a “definir cada vocablo o locución utilizada” en la redacción. Desarrollando esta idea, se afirma que “en la aplicación del principio de taxatividad es imprescindible atender al contexto en el cual se desenvuelven las normas así como sus posibles destinatarios”; es decir, la ley debe ser clara y precisa, pero esta claridad y precisión estará determinada en función de “quienes potencialmente pueden verse sujetos” a dicha ley⁴⁵.

⁴⁰ *Idem.*

⁴¹ SCJN Primera Sala, 1a. XCIX/2010, registro Nº 164052.

⁴² SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2012 (9a.), registro Nº 159912.

⁴³ SCJN Primera Sala, 1a. CCXXXV/2012 (10a.), registro Nº 2001920.

⁴⁴ SCJN Primera Sala, 1a./J. 54/2014 (10a.), registro Nº 2006867.

⁴⁵ SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 448/2010, registro Nº 23135.

El precepto controvertido en ese caso de 2011 es un “delito contra el honor militar”, cuya acción estaba descrita como “verter especies que puedan causar tibieza o desagrado en el servicio”. La argumentación de la Primera sala se dirige a sostener que esa expresión, así pueda resultar considerablemente oscura para un ciudadano cualquiera, es “fácilmente comprensible para un Oficial de las Fuerzas Armadas”, que es el sujeto activo especial destinatario de dicha prohibición⁴⁶. De esta argumentación se desprende que la exigencia de taxatividad ha de quedar determinada según el “destinatario de la norma”. Para la Primera Sala, es constitucional incluir en los tipos penales “conceptos jurídicos indeterminados, términos técnicos o vocablos propios de un sector o profesión”, siempre que sea posible establecer que los destinatarios tienen el “conocimiento específico” requerido para comprender los mandatos. De este modo, para el órgano judicial, no se puede exigir que “los tipos penales se configuren de tal manera que todos los gobernados tengan una comprensión absoluta de los mismos”, particularmente tratándose de tipos especiales como el discutido en este caso⁴⁷.

Este criterio de que la valoración de la taxatividad requiere tener en cuenta el contexto de la norma y sus destinatarios constituye la base de la doctrina en materia de taxatividad del máximo tribunal mexicano. Por lo que hace a las influencias de esta doctrina, desde la decisión de 2011 se hace una cita explícita a la doctrina española⁴⁸, lo que sugiere una influencia de los criterios del Tribunal constitucional español, órgano que desarrolla el contenido de la garantía de *lex certa* desde la SSTC 133/1987⁴⁹. Asimismo, en la mencionada decisión de 2011 se cita una sentencia de la Suprema Corte estadounidense⁵⁰. En general, la insistencia de la Primera Sala en que el mandato de determinación tiene el doble propósito de advertir a los ciudadanos de las conductas prohibidas, así como evitar la aplicación arbitraria de la ley, recuerda la doctrina de nulidad por vaguedad del tribunal estadounidense⁵¹, y la interpretación de la taxatividad como una regla de decisión vinculada al principio de división de poderes comentada párrafos arriba.

La argumentación desarrollada, como se ha sugerido, resulta aquiescente con el legislador en tanto busca acomodar la exigencia de determinación lingüística a la complejidad de las conductas susceptibles de criminalización. Esta aquiescencia se hace más clara en un criterio de 2013 —reiterado en sucesivas decisiones entre ese año y el 2016— en el que expresamente se señala que la exigencia de taxatividad “solo puede obligar al legislador penal a una determinación suficiente y no a la mayor precisión imaginable”.

⁴⁶ SCJN Primera Sala, 1a. CXCIII/2011 (9a.), registro N° 160722.

⁴⁷ SCJN Primera Sala, 1a. CXCII/2011 (9a.), registro N° 160794.

⁴⁸ En concreto: FERRERES COMELLA, 2002 *apud* SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 448/2010, registro N° 23135. La misma cita se repite en la mayoría de las decisiones posteriores sobre el tema.

⁴⁹ *Apud* RUIZ ROBLEDO, 2015, pp. 306, 317 y ss.

⁵⁰ En concreto, SCOTUS, Parker *vs.* Levy 417 U.S. 733 (1974).

⁵¹ En ese sentido, en SCOTUS, Kolender *vs.* Lawson, 461 U.S. 352, 357 (1983), se establece que: “La doctrina de nulidad por vaguedad requiere que un estatuto penal defina el delito con suficiente precisión para que la gente común pueda entender qué conducta está prohibida y de una manera que no fomenta la aplicación arbitraria y discriminatoria” (traducido por programa informático).

Por esto, el requerimiento de que las leyes sean claras y precisas se cumple de manera “gradual”. Aquí la Primera Sala admite la interpretación judicial, en tanto reconoce la necesidad de “una sana colaboración” entre el legislador y los jueces, de modo que en un marco de “flexibilidad de una disposición normativa”, por vía de la interpretación se llegue a “mejores determinaciones”. Esta colaboración, en el caso de las normas penales que incluyen “conceptos jurídicos” y “términos técnicos”, se plantea ya abiertamente como un “repart[o del] trabajo” entre legislador y jueces, correspondiéndole al primero realizar “una suficiente determinación” y a los segundos “una mayor concreción”⁵².

Por lo que hace al Pleno de la SCJN, el máximo órgano hace propia la doctrina de la Primera Sala en una decisión de 2013, si bien precisando que la taxatividad es “una exigencia de racionalidad lingüística”. Ya en detalle, el Pleno sostiene que “[l]a precisión de las disposiciones es una cuestión de grado”. Debido a esto, aparece como “lógicamente imposible” exigir “certeza absoluta” al legislador, de modo que el requerimiento es a lo sumo un “grado de imprecisión [...] razonable”, lo que se alcanza cuando el “precepto [es] lo suficientemente preciso como para declarar su validez”. Esto que parece un juego de palabras, entre “suficiente precisión” e “imprecisión razonable”, se traduce en que la línea de la taxatividad no está en forma alguna predeterminada; según el Pleno habrá precisión cuando el mensaje legislativo “cumpl[a] esencialmente su cometido”, estableciendo el “núcleo esencial de casos regulados por la norma”. Caso contrario es “la imprecisión excesiva o irrazonable”, que se presenta cuando la norma muestra “un grado de indeterminación tal que provo[ca] en los destinatarios confusión o incertidumbre”⁵³. Justo como la Primera Sala, el tribunal en Pleno cita directamente doctrina española como base de sus planteamientos acerca de la taxatividad⁵⁴.

3. *Aplicaciones recientes de la doctrina sobre el mandato de taxatividad*

En la aplicación de su doctrina consolidada de taxatividad, tanto la Primera Sala como el Pleno de la SCJN llevan a cabo un análisis que tiene en cuenta cuatro factores principales, además del texto legal: la “gramática”; el “contraste” del término en relación con otras expresiones legales contenidas en la misma norma o en otra; el “contexto” de desenvolvimiento de la norma; y “sus posibles destinatarios”. Con el análisis de estos elementos se intenta establecer “el grado de suficiencia en la claridad” de las expresiones empleadas por el legislador⁵⁵. En el análisis de casos de los últimos años, se puede identificar que el máximo tribunal se ocupa de resolver dos categorías de problemas relativos a la taxatividad: de completitud y de vaguedad. La aplicación de la doctrina parece estar dando un giro en el segundo tipo de problemas, particularmente en los

⁵² SCJN Primera Sala, 1a. CXCH/2013 (10a.), registro Nº 2003897; SCJN Primera Sala, 1a./J. 24/2016 (10a.), registro Nº 2011693.

⁵³ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2011, registro Nº 24667.

⁵⁴ En concreto FERRERES COMELLA, 2002, p. 120; MORESO, 2001, p. 527 *apud idem*.

⁵⁵ SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1111/2015, registro Nº 26302; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro Nº 25684.

casos donde se deja de lado la aquiescencia hacia el legislador que, como se ha sugerido, aparece de manera constante en el desarrollo de la doctrina.

La categoría de problemas de completitud se refiere a aquellos casos en los que se controvierten tipos penales por insuficiencia en la incorporación de la información necesaria para su aplicación. Se puede sugerir que estos son casos fáciles, con una manifiesta violación del mandato de taxatividad por una mala técnica legislativa. En estos casos, la aplicación de la doctrina del máximo tribunal es consistente. Como ejemplos en los años recientes, se tienen decisiones de inconstitucionalidad debido a imprecisiones o falta de información en el señalamiento de las sanciones aplicables⁵⁶; por la inclusión de cláusulas en blanco susceptibles de cierre administrativo⁵⁷; o aun por la presencia de cláusulas de reenvío a normas inexistentes⁵⁸.

La segunda categoría de problemas incluye los casos en los que se controvierten tipos penales por el empleo de conceptos indefinidos o indeterminados. En un primer subgrupo, se identifican decisiones de inconstitucionalidad por el empleo de términos no jurídicos aquejados de ambigüedad o vaguedad que podrían sustituirse por términos precisos, como las expresiones “cualquier otro material” o “lugar donde se le capture”⁵⁹. En esos casos, la falla en la taxatividad puede asociarse también con la mala técnica legislativa. En un segundo subgrupo, que se puede llamar de los casos difíciles, el objeto de controversia es el empleo de un concepto jurídico indeterminado, cuyo significado requiere ser establecido interpretativamente por el órgano judicial.

Ya se ha sugerido que la doctrina del máximo tribunal no rechaza el empleo de conceptos indeterminados o susceptibles de valoración, llamados elementos normativos por la doctrina. En esta línea, en los últimos años no se considera violación de la taxatividad el empleo de vocablos calificativos de la juridicidad o licitud, muy comunes en los tipos penales en México, como son “justo”, “injusto”, “indebidamente”, “ilícito”⁶⁰ o “prohibid[o] por la ley”⁶¹ que se entienden como cláusulas de reenvío a las leyes de la materia relativa a las actividades criminalizadas. Lo mismo en el caso de expresiones como “sin causa justificada o sin una orden de autoridad competente”⁶² o “fin ilícito”⁶³. El significado de estas expresiones no se considera absolutamente indeterminado, porque puede encontrarse por el órgano aplicador en el marco legislativo de las actividades

⁵⁶ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 61/2018, registro N° 29460; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 137/2017, registro N° 29424; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 88/2016, registro N° 29262.

⁵⁷ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 23/2017, registro N° 29355.

⁵⁸ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 105/2018, registro N° 29055; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 135/2015, registro N° 27760.

⁵⁹ SCJN Primera Sala, 1a. CCCLXXIII/2015 (10a.), registro N° 2010488; SCJN Pleno, P./J. 39/2015 (10a.), registro N° 2010087; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 18/2016, registro N° 28708.

⁶⁰ SCJN Primera Sala, 1a. CLVIII/2017 (10a.), registro N° 2015611.

⁶¹ SCJN Primera Sala, 1a. CCCV/2018 (10a.), registro N° 2018725.

⁶² SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2017 (10a.), registro N° 2013870.

⁶³ SCJN Primera Sala, 1a. CCLVIII/2018 (10a.), registro N° 2018557.

criminalizadas; precisamente, en un análisis de lo que el máximo tribunal denomina “el contexto en que se desenvuelve la norma”⁶⁴.

Tampoco se considera contrario a la taxatividad el empleo de términos con un significado jurídico propio, como son “violencia”⁶⁵, “discapacidad”⁶⁶, o los verbos “distraer”⁶⁷ o “inducir”⁶⁸. En el caso de este último término, para la Primera Sala el significado jurídico preciso de esta acción puede obtenerse mediante una “interpretación sistemática” del tipo penal, atendiendo al “contexto en que [el término] está utilizado o inserto en la norma”⁶⁹.

En una decisión del Pleno de la SCJN de 2015 se presenta un vaivén en esta doctrina respecto de la consideración de los elementos normativos, al declararse la inconstitucionalidad del tipo penal de “atentado contra la seguridad de la comunidad”⁷⁰. En principio, destaca que en esta decisión se enriquecen las fuentes del mandato de taxatividad, al mencionarse explícitamente el contenido del artículo 9 de la Convención Americana, así como la jurisprudencia relevante de la Corte Interamericana sobre el principio de legalidad penal. Es importante recordar que la doctrina del tribunal interamericano, al sostener que en “la elaboración de los tipos penales es preciso utilizar términos estrictos y unívocos”⁷¹, es considerada estricta en esta materia⁷². Asimismo, se incluye en esta decisión una cita doctrinal con un claro tinte de garantismo estricto, en donde el mandato de taxatividad se expresa en “dos directrices”: una exige “la reducción de vaguedad de los conceptos usados” en las descripciones típicas, y otra, “la preferencia por el uso descriptivo frente al uso de conceptos valorativos”⁷³.

El giro parece acentuarse en un grupo último de decisiones que declaran la inconstitucionalidad de tipos penales por el empleo de elementos normativos. Tratándose del delito de “calumnias”, el Pleno decide en un párrafo que la expresión “imputar falsamente” resulta violatoria del mandato de taxatividad porque los vocablos “no son claros”. Esta

⁶⁴ *Idem.*

⁶⁵ *Idem.*

⁶⁶ SCJN Primera Sala, 1a. CCXLIX/2018 (10a.), registro N° 2018867.

⁶⁷ SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1111/2015, registro N° 26302.

⁶⁸ SCJN Primera Sala, 1a. CCCVII/2015 (10a.), registro N° 2010219; SCJN Primera Sala, 1a. XCI/2013 (10a.), registro N° 2003253.

⁶⁹ *Idem.*

⁷⁰ SCJN Pleno, P./J. 39/2015 (10a.), registro N° 2010087.

⁷¹ En concreto: Corte IDH, Caso Castillo Petrucci y otros *vs.* Perú, 30.05.1999, Serie C N° 52; Corte IDH, Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20.06.2002, Serie C N° 126 *apud* SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro N° 25684.

⁷² *Vid.* GARCÍA RAMÍREZ y MORALES SÁNCHEZ, 2011, pp. 198 y 216; GUZMÁN DALBORA, 2010, pp. 180 y ss.; OLÁSALO ALONSO, 2013, pp. 32 y ss.

⁷³ MORESO, 2001, p. 527 *apud* SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro N° 25684. La cita que se hace en la ejecutoria del Pleno está descontextualizada; Moreso plantea estas dos exigencias como parte del entendimiento usual de la taxatividad, pero en sus argumentos sucesivos más bien se dedica a discutir la separación tajante entre conceptos de contenido descriptivo y valorativo. *Vid.* MORESO, 2001, pp. 530-532. Es más adecuado asociar esas exigencias de taxatividad con los postulados del garantismo penal de Ferrajoli. *Vid.* FERRAJOLI, 1995, pp. 121 y ss.

falta de claridad se da porque la norma “no precisa” cómo debe realizarse la imputación constitutiva de la conducta: si “ante alguna autoridad”, o “ante cualquier persona o en cualquier foro”, o si de forma “verbal o escrita”. Esta falta de detalles, “genera incertidumbre jurídica”, pues supone que el juez “determinará el contenido de esa expresión normativa”⁷⁴. Igualmente, en el caso del “delito de obtención de información de las acciones de las fuerzas armadas y los cuerpos de seguridad pública”⁷⁵, el tipo se declara inconstitucional por emplear la expresión “mediante vigilancia”, que se considera “ambigu[a] al no establecer elemento alguno que delimite o describa dicha acción”⁷⁶.

En estas decisiones no se apela a ninguna de las consideraciones constantes en la doctrina previa, como la tesis del reparto del trabajo entre legislador y juez tratándose de los elementos normativos de un tipo; el planteamiento de que el legislador no está obligado a definir cada término ni a dar catálogos exhaustivos de las conductas; o la tesis de la interpretación sistemática con base en el contexto de la disposición. En estas decisiones, la aplicación de la doctrina de taxatividad ya no resulta ser aquiescente con el legislador, sino estricta.

Esto último se intensifica en las sentencias del Pleno en la inconstitucionalidad del delito de “ultrajes a la autoridad”, falladas en 2016⁷⁷. En estos casos, tras citar exhaustivamente la doctrina consolidada del máximo tribunal respecto de la materia, con su ambivalencia incluida, se concluye que el tipo es inconstitucional porque resulta ser un enunciado “abierto” en un “grado” inadmisibles, al estar definida la conducta sancionable únicamente con el verbo “ultrajar” sin incluir ninguna otra precisión. Este carácter “abierto” permite la discrecionalidad, pues “en cada caso la autoridad ministerial o judicial” es quien “califica, según su arbitrio, las palabras, expresiones, gesticulaciones o hechos que actualizan un ultraje”. A juicio del Pleno, esto “genera incertidumbre y confusión” pues ante la falta de un patrón objetivo, la autoridad aplicadora ha de calificar los ultrajes solo “con la única referencia a la comprensión social y contextual de lo que constituye una ofensa que amerita el reproche penal”⁷⁸. Finalmente, el Pleno respalda su decisión mencionando cómo coincide con jurisprudencia de la Corte Interamericana relativa al delito de “injuria”⁷⁹.

De este modo, dando un giro en la aplicación de su doctrina en relación con elementos normativos hacia una posición estricta con el legislador, el Pleno decreta la inconstitucionalidad del tipo penal por el empleo de un elemento valorativo cultural

⁷⁴ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 115/2015, registro N° 28681; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 113/2015 y su acumulada 116/2015, registro N° 28368.

⁷⁵ Este tipo penal criminalizaba la conducta realizada por quienes vigilan en calles y puntos estratégicos de las localidades con el propósito de informar al crimen organizado sobre los movimientos de las fuerzas militares y policiales. Esta conducta se conoce en México como “halconear”.

⁷⁶ SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 9/2014, registro N° 25906.

⁷⁷ SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 2255/2015; SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 4436/2015.

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ En concreto: Corte IDH, Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, 20.11.2009, Serie C N° 207.

como es “ultraje”. Este es un concepto jurídico indeterminado que, precisamente por su naturaleza de elemento normativo del tipo, requiere ser interpretado en su alcance por el órgano judicial para ser aplicado al caso concreto. Es posible insistir en que esta necesaria interpretación en modo alguno se había entendido por la doctrina del tribunal –coincidiendo con la práctica penal tradicional– como sinónimo de arbitrariedad⁸⁰. La decisión del Pleno parece acercarse a la tesis doctrinal que, ante los problemas de indeterminación, distingue entre “núcleo de significación” y “campo de significación”, según el número de casos posibles que se subsumen en los conceptos de la norma de modo indudable (núcleo) o inseguro (campo). Cuando el campo de significación “solo puede determinarse a partir de juicios valorativos”, y además “ocupa la mayor parte de los posibles casos subsumibles”, cabría plantear la inconstitucionalidad de la norma penal⁸¹.

Es interesante añadir que en estos tres últimos casos comentados, el problema de constitucionalidad se refiere a conductas típicas que inciden en el campo de ejercicio de derechos fundamentales, particularmente en las libertades de información y de expresión. En la decisión relativa al delito de calumnias, el argumento de la violación de la taxatividad resulta accesorio; aparece subordinado a la valoración de proporcionalidad que se ofrece por el tribunal, al entender que la norma penal es una vía de restricción del ejercicio de derechos⁸². En el fallo relativo al ultraje no se desarrolla la potencial afectación a la libertad de expresión –al no haberse alegado por el particular recurrente–, pero es un conflicto constitucional que está presente e influye en la decisión⁸³.

Debido a esto último, no resulta claro si estos últimos fallos anuncian el inicio de una nueva etapa en la doctrina del máximo tribunal respecto de la taxatividad, en la que se juzgará negativamente la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados susceptibles de interpretación judicial. Es también plausible pensar que, al haberse tratado de fallos relativos a derechos fundamentales especialmente considerados por la SCJN (como la libertad de expresión), el argumento de la falta de taxatividad fue amoldado para poder decretar la inconstitucionalidad. Cuando menos, en fallos reiterados entre 2018 y 2019, la Primera Sala desestima el reclamo de inconstitucionalidad del delito de “desacato”⁸⁴, con base en la misma doctrina consolidada que aquí se ha analizado.

⁸⁰ Así también lo sugiere uno de los ministros en su voto disidente, *vid.* SCJN Pleno, Voto particular que formula el señor ministro Jorge Mario Pardo Rebolledo, en el Amparo Directo en Revisión 2255/2015.

⁸¹ *Vid.* NAVARRO, 2010, pp. 62 y ss. *apud* FERNÁNDEZ, 2017, p. 666. Se agradece a uno de los árbitros por indicar esta relación teórica.

⁸² SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 115/2015, registro N° 28681; SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 113/2015 y su acumulada 116/2015, registro N° 28368.

⁸³ Así lo sostienen dos ministros, al votar en el sentido que el precepto viola la libertad de expresión. *vid.* SCJN Pleno, Voto concurrente que formula el señor ministro Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena en relación con el Amparo Directo en Revisión 2255/2015.

⁸⁴ SCJN Primera Sala, 1a./J. 29/2019 (10a.), registro N° 2019625; SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4832/2018, registro N° 28457.

IV. CRÍTICA

En la evolución aquí descrita, aparece que la SCJN ha construido una doctrina ambivalente del principio de taxatividad, particularmente en lo relativo al problema de vaguedad provocado por la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados en los tipos. Esta ambivalencia se refiere a que en la doctrina actual coexisten postulados que permiten al Tribunal tomar decisiones opuestas respecto de la constitucionalidad del empleo de conceptos indeterminados. Por un lado, la doctrina incluye originalmente postulados aquiescentes con el legislador penal⁸⁵, según estos, las exigencias del mandato de certeza son flexibles y pueden cumplirse por el legislador de manera gradual. Por otro lado, la doctrina ha ido incorporando afirmaciones en donde las exigencias de univocidad y uso de lenguaje descriptivo no valorativo parecen obligar al legislador de manera inflexible.

Esta doctrina ambivalente permite al tribunal resolver los casos en uno u otro sentido, según la interpretación conceptual de la taxatividad que se quiera seguir, ya sea como un mandato flexible y gradual, o como un deber estricto de univocidad y objetividad de términos. Es criticable la falta de criterios adicionales que permitan identificar por qué una u otra visión teórico-conceptual acerca de la taxatividad debería prevalecer en cada caso, de modo que la decisión tomada no parezca estar basada en una simple selección de criterios *ad hoc*.

Por lo que hace a la aplicación reciente de la doctrina, es criticable que el estudio de taxatividad se confunda en alguna decisión con el análisis de proporcionalidad que se lleva a cabo para decretar la inconstitucionalidad de los tipos penales cuestionados. Se considera que son problemas diversos porque, tratándose del estudio de taxatividad, el juez constitucional no controla lo que el legislador decide legítimamente (racionalidad de la criminalización primaria), sino la manera cómo el legislador comunica su decisión (racionalidad comunicativa o lingüística). De esta manera, la doctrina de taxatividad del máximo tribunal requiere incorporar a su vez criterios que, al momento de controlar la constitucionalidad de un tipo penal, permitan distinguir con claridad las preguntas relativas al mandato de certeza, de las preguntas relativas al estudio de proporcionalidad.

V. CONCLUSIÓN

La doctrina construida por la SCJN respecto del principio de taxatividad en las últimas décadas presenta ambivalencia, lo que otorga un amplio margen de decisión al

⁸⁵ Sin ser el tema de este artículo, es posible distinguir esta "aquiescencia" de lo que en la doctrina acerca del control de constitucionalidad se denomina "deferencia" del juez constitucional hacia el legislador, por la prevalencia del "principio de la competencia decisoria del Legislador democráticamente legitimado". *Vid.* ALEXY, 2002, pp. 59-60. A propósito de la taxatividad, aquí se dice simplemente que el tribunal es "aquiescente" porque permite o autoriza el uso de términos indeterminados de parte del legislador penal, sin que esto tenga que ver directamente con la decisión sustantiva de la criminalización.

órgano para abordar los reclamos de inconstitucionalidad de tipos penales. Sin embargo, hay ciertos elementos consolidados en la doctrina, que pueden servir como base para prever hacia qué sentido se orientará una decisión judicial del máximo tribunal cuando se le presente un problema de taxatividad.

Para esto, es importante identificar en principio, de qué problema se trata, si de completitud o de vaguedad. Tratándose de problemas de completitud, cuando falta la información necesaria en el texto legal o esta información se encuentra en una fuente que no respeta la reserva de ley, es altamente probable que se decida la inconstitucionalidad. La doctrina de la SCJN en este ámbito resulta ser consistente.

En segundo lugar, tratándose de problemas de indeterminación o vaguedad de conceptos, la doctrina es ambivalente, según se ha propuesto. En general, ha habido aquiescencia hacia el legislador cuando emplea conceptos indeterminados y valorativos, de modo que es probable que se sostenga la constitucionalidad siempre que se encuentre en la norma o en el contexto alguna indicación útil para la interpretación judicial del término disputado.

Sin embargo, tratándose de este segundo problema se ha dado un giro. Si en el caso concreto el tipo penal con conceptos indeterminados incide en la esfera de ejercicio de un derecho fundamental distinto de la legalidad, la probabilidad de que se declare la inconstitucionalidad se eleva considerablemente, conforme muestran las últimas decisiones al respecto.

Para superar esta ambivalencia, se requiere que la doctrina jurisprudencial reseñada incorpore criterios para identificar por qué una u otra visión teórico-conceptual acerca de la taxatividad debe prevalecer en cada caso. Asimismo, es relevante que se realice una clara delimitación del estudio de taxatividad frente al análisis de proporcionalidad, en el que parece disolverse.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2002: "Epílogo a la *Teoría de los derechos fundamentales*", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 22, Nº 66, pp. 13-64.
- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier, 2009: *Sobre el principio de legalidad*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, 2007: *Justicia penal, derechos y garantías*, Lima, Palestra, Temis.
- BACIGALUPO, Enrique, 1999: *Principios constitucionales del derecho penal*, Buenos Aires, Hammurabi.
- BUSTOS RAMÍREZ, Juan J. y HORMAZÁBAL MALARÉE, Hernán, 1997: *Lecciones de Derecho Penal*, volumen I, Madrid, Trotta.
- CARBONELL, Miguel, 2019: "El principio de legalidad en materia penal (Análisis del artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución mexicana)", *Reforma judicial. Revista Mexicana de Justicia*, Nº 34, pp. 3-27. Disponible en [HTTPS://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/REFORMA-JUDICIAL/ISSUE/VIEW/628](https://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/REFORMA-JUDICIAL/ISSUE/VIEW/628) (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/reforma-judicial/issue/view/628>). [Fecha de consulta: 23.07.2020].
- FERNÁNDEZ, José Ángel, 2017: "La interpretación conforme con la constitución en los límites del mandato de certeza", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 44, Nº 3, pp. 653-675. Disponible en: [HTTPS://WWW.REDALYC.ORG/PDF/1770/177054481003.PDF](https://WWW.REDALYC.ORG/PDF/1770/177054481003.PDF) (<https://www.redalyc.org/pdf/1770/177054481003.pdf>). [Fecha de consulta: 19.07.2021].

- FERRAJOLI, Luigi, 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta.
- FERRERES COMELLA, Víctor, 2002: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (una perspectiva constitucional)*, Madrid, Civitas.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, 2008: “¿Nullum crimen sine lex certa? Causas y efectos de la crisis del principio de taxatividad”, *Jueces para la democracia. Información y debate*, Nº 62, pp. 57-91.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, 2011: “Consideraciones sobre el principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Cuestiones constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Nº 24, pp. 195-246. Disponible en [HTTPS://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/CUESTIONES-CONSTITUCIONALES/ARTICLE/VIEW/5950](https://REVISTAS.JURIDICAS.UNAM.MX/INDEX.PHP/CUESTIONES-CONSTITUCIONALES/ARTICLE/VIEW/5950) (<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/5950>). [Fecha de consulta: 23.07.2020].
- GÓMEZ PAVÓN, Pilar y BUSTOS RUBIO, Miguel, 2014: “Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal”, *Revista Penal México*, Nº 6, pp. 169-190.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, 2010: “El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, en *Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos y Derecho Penal Internacional*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer, pp. 171-192.
- HART, Herbert L.A., 1998: *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- HUERTA TOCILDO, Susana, 1993: “El derecho fundamental a la legalidad penal”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, Nº 39, pp. 81-113.
- INZUNZA CÁZARES, Enrique, 2009: *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Escuela Libre de Derecho de Sinaloa.
- MADRID CONESA, Fulgencio, 1983: *La legalidad del delito*, Valencia, Universidad de Valencia.
- MORESO, José Juan, 2001: “Principio de legalidad y causas de justificación (Sobre el alcance de la taxatividad)”, *Revista Doxa*, Nº 24, pp. 525-545. Disponible en [HTTP://HDL.HANDLE.NET/10045/10219](http://hdl.handle.net/10045/10219) (<http://hdl.handle.net/10045/10219>). [Fecha de consulta: 28.07.2020].
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA ARÁN, Mercedes, 2010: *Derecho penal. Parte general* (8ª edición), Valencia, Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (director), 2017: *Libro de estilo de la Justicia*, Barcelona, Real Academia Española, Espasa, Consejo General del Poder Judicial.
- NAVARRO, Irene, 2010: *El mandato de determinación y tipicidad penal*, Madrid, Comares.
- NAVARRO, Pablo E. y MANRIQUE, Laura, 2005: “El desafío de la taxatividad”, *Anuario de Derecho y Ciencias Penales*, volumen LVIII, Nº 3, pp. 807-836. Disponible en [HTTPS://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=2281530](https://DIALNET.UNIRIOJA.ES/SERVLET/ARTICULO?CODIGO=2281530) (<https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2281530>). [Fecha de consulta: 28.07.2020].
- OLÁSOLO ALONSO, Héctor, 2013: “El principio nullum crimen sine iure en Derecho Internacional contemporáneo”, *Anuario Ibero-Americano de Derecho Internacional Penal*, volumen 1, pp. 18-42. Disponible en [HTTPS://REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/INDEX.PHP/ANIDIP/ARTICLE/VIEW/2858](https://REVISTAS.UROSARIO.EDU.CO/INDEX.PHP/ANIDIP/ARTICLE/VIEW/2858) (<https://revistas.urosario.edu.co/index.php/anidip/article/view/2858>). [Fecha de consulta: 05.09.2020].
- ROXIN, Claus, 1997: *Derecho penal. Parte general*, tomo I, Madrid, Civitas.
- RUIZ ROBLEDO, Agustín, 2015: “El control judicial del principio de legalidad penal”, en Rafael Bustos Gisbert et al. (directores), *La protección jurisdiccional de los derechos. Actas del XI Congreso de la Asociación de Constitucionalistas de España*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 305-337.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl et al., 2002: *Derecho penal. Parte general* (2ª edición), Buenos Aires, Ediar.

Sitios web

- CNDH, 2020. *Acción de inconstitucionalidad*. Búsqueda realizada el 20.09.2020, en [HTTPS://WWW.CNDH.ORG.MX/TIPO/209/ACCION-DE-INCONSTITUCIONALIDAD](https://www.cndh.org.mx/tipo/209/ACCION-DE-INCONSTITUCIONALIDAD) (<https://www.cndh.org.mx/tipo/209/accion-de-inconstitucionalidad>).
- SCJN, 2020. *Semanario Judicial de la Federación*. Búsqueda realizada el 20.09.2020, en [HTTPS://SJF.SCJN.GOB.MX/SJFSIST/PAGINAS/TESIS.ASPX](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx) (<https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/paginas/tesis.aspx>).

Jurisprudencia

- CORTE IDH, Caso Cantoral Benavides *vs.* Perú, 18.08.2000, Serie C Nº 69.
- CORTE IDH, Caso Castillo Petruzzi y otros *vs.* Perú, 30.05.1999, Serie C Nº 52.
- CORTE IDH, Caso Fermín Ramírez *vs.* Guatemala, 20.06.2002, Serie C Nº 126.
- CORTE IDH, Caso Lori Berenson Mejía *vs.* Perú, 25.11.2004, Serie C Nº 119.
- CORTE IDH, Caso García Asto y Ramírez Rojas *vs.* Perú, 25.11.2005, Serie C Nº 137.
- CORTE IDH, Caso Ricardo Canese *vs.* Paraguay, 31.08.2004, Serie C Nº 111.
- CORTE IDH, Caso Usón Ramírez *vs.* Venezuela, 20.11.2009, Serie C Nº 207.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 105/2018, registro Nº 29055.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 113/2015 y su acumulada 116/2015, registro Nº 28368.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 115/2015, registro Nº 28681.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 135/2015, registro Nº 27760.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 137/2017, registro Nº 29424.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 18/2016, registro Nº 28708.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 23/2017, registro Nº 29355.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 29/2011, registro Nº 24667.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 61/2018, registro Nº 29460.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 88/2016, registro Nº 29262.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 9/2014, registro Nº 25906.
- SCJN Pleno, Acción de inconstitucionalidad 95/2014, registro Nº 25684.
- SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 2255/2015.
- SCJN Pleno, Amparo Directo en Revisión 4436/2015.
- SCJN Pleno, P. IX/95, registro Nº 200381.
- SCJN Pleno, P. VIII/95, registro Nº 200383.
- SCJN Pleno, P. XXIII/2013, registro Nº 2003571.
- SCJN Pleno, P./J. 25/2003, registro Nº 183825.
- SCJN Pleno, P./J. 39/2015 (10a.), registro Nº 2010087.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCCLXXIII/2015 (10a.), registro Nº 2010488.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCCV/2018 (10a.), registro Nº 2018725.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCCVII/2015 (10a.), registro Nº 2010219.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCLVIII/2018 (10a.), registro Nº 2018557.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCXLIX/2018 (10a.), registro Nº 2018867.
- SCJN Primera Sala, 1a. CCXXXV/2012 (10a.), registro Nº 2001920.
- SCJN Primera Sala, 1a. CLVIII/2017 (10a.), registro Nº 2015611.
- SCJN Primera Sala, 1a. CLXII/2005, registro Nº 176074.
- SCJN Primera Sala, 1a. CXCII/2011 (9a.), registro Nº 160794.
- SCJN Primera Sala, 1a. CXCII/2013 (10a.), registro Nº 2003897.

- SCJN Primera Sala, 1a. CXCIII/2011 (9a.), registro N° 160722.
SCJN Primera Sala, 1a. CXXII/2005, registro N° 177012.
SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIII/2002, registro N° 185314.
SCJN Primera Sala, 1a. LXXXIX/2005, registro N° 177613.
SCJN Primera Sala, 1a. XCI/2013 (10a.), registro N° 2003253.
SCJN Primera Sala, 1a. XCIX/2010, registro N° 164052.
SCJN Primera Sala, 1a. XLV/2001, registro N° 189467.
SCJN Primera Sala, 1a. XXI/2005, registro N° 179041.
SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2012 (9a.), registro N° 159912.
SCJN Primera Sala, 1a. XXIX/2017 (10a.), registro N° 2013870.
SCJN Primera Sala, 1a. XXVII/2008, registro N° 170144.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 1/93, registro N° 206145.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 10/2006, registro N° 175595.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 109/2006, registro N° 173307.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 24/2016 (10a.), registro N° 2011693.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 29/2019 (10a.), registro N° 2019625.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 5/2008, registro N° 170393.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 54/2014 (10a.), registro N° 2006867.
SCJN Primera Sala, 1a./J. 83/2004, registro N° 180326.
SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 1111/2015, registro N° 26302.
SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 268/2003, registro N° 19377.
SCJN Primera Sala, Amparo Directo en Revisión 4832/2018, registro N° 28457.
SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 448/2010, registro N° 23135.
SCJN Primera Sala, Amparo en Revisión 703/2004, registro N° 20734.
SCJN Primera Sala, Contradicción de tesis 123/2006-PS, registro N° 19956.
SCJN Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito, II.2o.P.187 P, registro N° 175846.
SCOTUS, *Kolender v. Lawson*, 461 U.S. 352, 357 (1983).
SCOTUS, *Parker v. Levy* 417 U.S. 733 (1974).

Justicia Restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación

*Raúl Carnevali Rodríguez**

“Pedir perdón exige más valentía que disparar un arma, que accionar una bomba. Eso lo hace cualquiera”.

Patria, Fernando Aramburu

RESUMEN

Desde hace algunos años se plantea la necesidad de incorporar dentro del sistema procesal penal mecanismos propios de la Justicia Restaurativa. Sin embargo aún persiste la discusión acerca de cómo debe ser el alcance de sus respuestas, particularmente lo relativo a la responsabilidad del autor y la reparación a la víctima. Este trabajo pretende establecer los presupuestos mínimos para que pueda estimarse efectiva la responsabilidad de quien haya cometido el hecho delictivo. En este sentido, surgen preguntas acerca de la necesidad de exigir el reconocimiento del hecho y compromisos de evitación, estableciéndose un paralelo con la pena, sobre todo desde la perspectiva de sus dimensiones comunicativas y aflictivas. Asimismo, se examina la reparación a la víctima, entendiendo que para la solución del conflicto penal se debe, necesariamente, considerar su restauración. En este orden, se analiza la naturaleza de los encuentros restaurativos y cómo estos deben entenderse.

Justicia Restaurativa; pena; reparación

Restorative Justice and its responses to criminal conflict. Responsibility and reparation

ABSTRACT

For some years now, the need to incorporate Restorative Justice mechanisms into the criminal procedural system has been raised. However, there is still a discussion about the scope of its responses, particularly concerning the accountability of the offender and reparation to the victim.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Navarra, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4430-0139>. Correo electrónico: rcarnevali@utalca.cl

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt N° 1200083 que dirijo como investigador responsable. Artículo recibido el 21.4.2021 y aceptado para su publicación el 9.8.2021.

This paper aims to establish the minimum requirements for the liability of the person who has committed the criminal act to be considered effective. In this sense, questions arise about the need to demand acknowledgment of the act and commitments to avoid it, establishing a parallel is drawn with punishment, especially from the perspective of its communicative and afflictive dimensions. Likewise, reparation to the victim is examined, understanding that for the solution of the criminal conflict, the victim's restoration must necessarily be considered. In this order, the nature of restorative encounters and how they should be understood is analyzed.

Restorative Justice; punishment; reparation

I. INTRODUCCIÓN DEL TEMA

Donini afirma: *La giustizia riparativa è la novità politico-criminale più importante degli ultimi lustri, a livello internazionale, sul terreno della prassi e della teoria della pena*¹. En la misma línea del autor italiano, estimo que la Justicia Restaurativa será, probablemente, el gran desafío al que se deberá abocar la doctrina penal en los próximos años. En efecto, tal como lo he expuesto en otros trabajos², no solo se hace necesario, sino imprescindible, brindar una mirada restaurativa a la solución del conflicto que surge por la comisión de un delito, no solo por la consideración a la víctima, como tradicionalmente se señala cuando se habla de estos instrumentos, sino también por lo que puede llegar a significar para el autor. En este contexto, fundamental resulta examinar el contenido de la respuesta al conflicto, ya sea mediante la pena u otra consecuencia. Y es que la idea restaurativa y su instauración dentro del sistema podría llegar a brindar un nuevo significado a la pena en general, o, dicho en otros términos, puede suponer un cuestionamiento a las bases en las que se asienta la Justicia de corte retributivo³. Sin entrar en mayores detalles, pues se abordará más adelante, soy del parecer que hoy existen serios cuestionamientos como para seguir sosteniendo la pena como la única o principal respuesta frente al delito. Los efectos negativos que conlleva, ya no solo para el autor —basta tener presente, su carácter estigmatizador y desocializador—, sino también para la víctima, debido a su escaso o nulo contenido restaurador, me hacen pensar que resulta una tarea prácticamente ineludible, preguntarse qué podemos hacer para ofrecer una respuesta más eficaz frente al delito. Ciertamente, la Justicia Retributiva, tal como hoy la entendemos, sigue siendo imprescindible, pero se hace necesario examinar otras propuestas.

En las líneas que siguen se pretende explicar el alcance de la justicia restaurativa y de qué modo puede ser un instrumento eficaz para resolver conflictos penales sin la imposición de una pena. Para ello se precisará cómo debe entenderse la responsabilidad que debe asumir el autor y de qué forma debería repararse a la víctima. Es posible advertir que este trabajo no pretende controvertir el sistema de corte retributivo —lejos

¹ DONINI, 2015, p. 237.

² Entre otros, CARNEVALI, 2019, pp. 415 y ss.; CARNEVALI, 2018, pp. 893 y ss.

³ SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 217, admite la capacidad de rendimiento que pueden tener los procesos restaurativos para la superación del conflicto.

se está de posturas abolicionistas—, pero sí se dirige a poner de manifiesto la necesidad de buscar otros instrumentos para solucionar conflictos penales que pueden ser tan o más eficaces que la pena.

II. RESTAURACIÓN Y PENA

Quisiera antes de exponer mis propuestas partir con una cita literaria, que si bien no habla expresamente de Justicia Restaurativa, ni tampoco fue un caso resuelto bajo sus presupuestos, sí permitiría comprender su importancia y el porqué es preciso brindar contenidos restaurativos a las respuestas que provienen del Derecho penal. Me refiero a *Los Miserables* de Víctor Hugo⁴.

Como sabemos, Jean Valjean fue condenado por robar pan para su familia hambrienta. Luego por diversas razones terminó cumpliendo una pena de 19 años de prisión. Sin embargo, su condena lo siguió persiguiendo, al negársele toda posibilidad de trabajo y refugio.

En la redención de Valjean tuvo un papel fundamental el obispo de Digne, a quien llamaban Monseñor Bienvenu. Todo comenzó una noche cuando la policía lo arrestara por un robo cometido a dicho obispo, quien lo había acogido, brindándole comida y refugio. Cuando la policía lo descubrió, le exigieron a Valjean que volviera a la casa del obispo, con el propósito de confrontarlo con el religioso, con el fin de que este lo denunciara. A causa del carácter de exconvicto, una denuncia por robo solo podía significar a Valjean ser condenado a perpetuidad o, incluso, imponérsele la pena de muerte. No obstante, y para sorpresa de la policía y del mismo Valjean, en vez de acusarlo, el eclesiástico negó que hubiera sido un robo. Por el contrario, afirmó que los objetos de plata habían sido un regalo y, además, le hizo entrega de otro obsequio: dos valiosos candelabros de plata. Finalizó el encuentro, pidiéndole a Valjean que se fuera en paz como un hombre honesto y que siempre sería bienvenido, pues podía regresar como un invitado de la casa, tratándolo como “mi hermano”.

Sabemos luego la historia, y lo que significó para Valjean este encuentro y su carácter restaurador, y de qué forma se reintegró y contribuyó a la sociedad —como cuando era conocido como el tío Madeleine—. Asimismo, no es posible dejar de referirse a otro de los personajes centrales de la obra, el policía Javert, para quien el respeto a la autoridad y el odio a la rebelión eran sus dos máximas, llevadas a cabo de un modo inquebrantable —su vida era velar y vigilar—. Para Javert, nadie podía ir más allá de la ley, ello representaba el mal y debía ser castigado, sin miramientos. Precisamente, Javert aún conocedor de las obras de Valjean, para él seguía siendo un delincuente, que no solo había robado al sacerdote, sino también una moneda a un niño. El castigo podía ser la única respuesta a la trasgresión de la ley y del orden al que todos nos sometemos.

⁴ HUGO, 2018, pp. 73 y ss. También citan el libro, VAN NESS Y STRONG, 2015, pp. 113 y ss.

Sin pretender caer en obviedades y en conclusiones básicas, se pueden apreciar dos formas de considerar el delito. Efectivamente, Valjean robó al obispo, infringió una norma penal y merecía una pena, en manos de Javert, no había posibilidad alguna de librarse del castigo. En principio, no podría cuestionarse el obrar de Javert, pero a fuerza de exagerar su intransigencia, como dice Hugo, lo transforma en algo malo. Por otro lado, el obispo con su respuesta y su mirada compasiva frente al mismo hecho, y siendo la víctima, permitió la restauración de Valjean y su reconciliación con la sociedad.

Si se aprecia desde una perspectiva restaurativa, podría afirmarse que el encuentro entre Valjean y el obispo, precisamente entre quien ha sido el ofensor y la víctima, facilitó un cambio en quien estaba etiquetado como condenado. No es aventurado afirmar que si tal encuentro hubiera sucedido con Javert, tal cambio jamás habría tenido lugar. Por el contrario, su estricto apego a la ley solo tenía como respuesta la imposición de la pena, y su restauración jamás habría acontecido, como así tampoco la de su víctima.

Evidentemente, no es posible pretender negar la función que cumple la pena frente a quien ha delinquido, pero, es posible preguntarse: ¿es la única respuesta? Según se verá más adelante, no lo es⁵.

Es cierto, la pena se explica como un instrumento en donde se impone una censura –apreciado desde una dimensión simbólico-comunicativa, como también fáctico-aflictiva⁶–, pues tal como afirma Von Hirsch, la sanción penal expresa reproche, es decir, castigar supone imponer a otro un sufrimiento –dolor– por el daño realizado. Castigo comunica reproche o reprobación⁷, asimismo, como señala este autor, la censura considera a la víctima y al causante, por cuanto al desaprobación a este último, se reconoce el daño que ha causado a aquella. Así también, la censura se dirige a terceros para proporcionarles razones con el fin de que se desistan⁸. No obstante, tales consideraciones acerca de la pena no impide estimar que es posible también recurrir a otras respuestas, distintas al castigo penal, para expresar desaprobación por lo realizado. Es más, como se explicará, tales respuestas, como las provenientes de la Justicia Restaurativa, pueden tener igual o mayor eficacia disuasiva, amén de brindarle a la víctima un mayor reconocimiento y, por cierto, reparación. Por otro lado, tampoco resulta tan claro que la pena reconozca y repare a la víctima, probablemente, es en este punto donde recae uno de sus mayores cuestionamientos.

El crimen y sus consecuencias, ya sea de orden material como también emocional, pueden producir efectos, tanto para las víctimas como para los delincuentes. Por cierto, tienen una naturaleza diversa, pero no por ello igualmente significativa. Es así,

⁵ Para WALGRAVE, 2008, p. 46, la respuesta restaurativa es más efectiva que la punitiva, además de ser social y éticamente más deseable.

⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 113 y ss.

⁷ VON HIRSCH, 1998, p. 35.

⁸ Para VON HIRSCH, 1998, pp. 36-37, empleando las palabras de SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 116, la pena tiene una doble dimensión: expresión de reproche y causación de dolor. Ello justifica la pena, tanto retrospectivamente por el reproche, como prospectivamente, entendido el dolor como lo necesario para la prevención.

que tratándose de las víctimas sufren secuelas, no solo por el eventual daño físico que podría afectarlas, sino que también hay derivaciones de orden emocional que no se pueden desatender. En efecto, las víctimas también pueden ser estigmatizadas, dando lugar al aislamiento social. Las víctimas pueden hacer que las no víctimas se sientan más vulnerables –“Si le pasó a ella, podría pasarme a mí”⁹. Por otro lado, los delincuentes también son estigmatizados dada su “historia” en la vida, lo que genera un rechazo en la sociedad, no solo por el temor que puede ocasionar, sino también por la ira que producen personas que con su proceder ponen en peligro bienes que son fundamentales en una colectividad –“Si lo hizo una vez, lo hará de nuevo”¹⁰.

Justamente, lo que pretendo demostrar en las páginas que siguen es cómo por medio de la Justicia Restaurativa pueden abrirse espacios para que, tanto las víctimas como los delincuentes, puedan reintegrarse a la comunidad. Es cierto, puede parecer contraintuitivo afirmar la restauración de las víctimas y los delincuentes dentro de un mismo contexto¹¹. Pero, como se ha indicado precedentemente, ambos comparten la necesidad de una respuesta. Con ello, no se los está equiparando, sino que se está poniendo en evidencia que la atención de uno no puede conllevar la desatención del otro. Si lo que se pretende es una respuesta más profunda a las consecuencias del delito, debemos necesariamente comprender a ambos. Precisamente, la Justicia Retributiva, centrada en la pena y por esta razón en el delincuente, no brinda una respuesta suficiente.

Antes de continuar, quisiera precisar que aun cuando puedan utilizarse los términos delincuente, autor, ofensor u otros similares, solo se los emplea para referirse a quien ha cometido el hecho que da lugar a los encuentros restaurativos. Ciertamente, su responsabilidad penal y por tanto, desvirtuar la presunción de inocencia solo corresponde hacerlo mediante una sentencia condenatoria. En consecuencia, el reconocimiento de los hechos por parte del autor dentro del proceso restaurativo no puede entenderse como una afirmación de su culpabilidad, en la medida en que los intervinientes han logrado llegar a un acuerdo. Es más, si por alguna razón estos encuentros fracasan o los acuerdos no son cumplidos, todo lo que se discutió dentro del contexto de la mediación o de otro mecanismo alternativo que pudo dar lugar a reconocer los hechos, no pueden afectar la presunción de inocencia¹².

III. LA JUSTICIA RESTAURATIVA. ALGUNAS PRECISIONES

Quisiera muy brevemente exponer algunas consideraciones de lo que puede entenderse por Justicia Restaurativa, con el fin de comprender su importancia y por qué constituye una respuesta válida frente al delito¹³.

⁹ Así, VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 114.

¹⁰ VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 114.

¹¹ VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 114.

¹² MARTÍNEZ ESCAMILLA, 2011, pp. 32-35.

¹³ Ya lo he tratado en CARNEVALI, 2017, pp. 122 y ss.; DÍAZ GUDE, 2019, pp. 15 y ss.

Se ha discutido su denominación, pues hay que quienes sostienen que podría hablarse de Justicia reparadora o terapéutica –*Therapeutic Jurisprudence*–, ya que también se procura sanar los daños, no solo materiales, sino principalmente emocionales que surgen del conflicto penal. Sin entrar al fondo del tema, no es posible negar que haya trazos comunes, pues ambas pretenden reparar y procurar la sanación, pero persiguen objetivos diversos¹⁴. Es por ello que la expresión Justicia Restaurativa –*Restorative Justice*– es la que mejor responde a lo que se pretende exponer en este trabajo, pues comprende la búsqueda de mecanismos de solución de conflictos que atiendan a la reparación de la víctima, así como también la del autor¹⁵. Asimismo, la normativa internacional también emplea esta denominación, entre otros, el Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa de las Naciones Unidas de 2006, la Resolución 2002/12 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas sobre principios básicos sobre utilización de programas de Justicia Restaurativa en materia penal, y la Recomendación CM/Rec (2018)8 del Comité de Ministros a los Estados miembros del Consejo de Europa en materia de Justicia Restaurativa penal, que actualiza la Recomendación Rec (99) relativa a la mediación en materia penal.

La Justicia terapéutica se enfoca esencialmente en comprender los efectos y las consecuencias de la ley penal, del proceso y su aplicación sobre el bienestar de aquellas personas que se ven involucradas. Es así que se presta atención, entre otros aspectos, a la salud mental de los condenados, ya sea por efectos de las drogas y el alcohol. Es decir, qué mecanismos son los necesarios para debilitar los factores criminógenos y fortalecer instrumentos de evitación de la reincidencia¹⁶. Es por ello que se recurre a la psicología, la criminología y al trabajo social para introducirlos dentro del sistema jurídico, como sucede, por ejemplo, con las cortes de tratamientos de drogas¹⁷.

En términos generales, se puede entender por Justicia Restaurativa como un proceso participativo y deliberativo, donde intervienen, principalmente, el autor, la víctima y, en algunos casos, otras personas como los familiares o miembros de la comunidad, quienes mediante encuentros pueden llegar a acuerdos satisfactorios que permitan reparar los daños causados por el hecho delictivo¹⁸.

Precisamente, se procura responder al conflicto que se ha suscitado por la comisión de un hecho delictivo por medio de la reparación, la que se alcanzaría por el acuerdo

¹⁴ Si bien la Justicia Restaurativa puede lograr importantes efectos terapéuticos, tanto para la víctima como el autor, tampoco es posible exigir una sanación completa. Sin embargo, no se pueden desconocer sus aportes. Al respecto, DALY, 2006, pp. 134-143; WEMMERS Y CYR, 2005, pp. 527 y ss.

¹⁵ ROBINSON, 2003, pp. 375 y ss. distingue los procesos de restauración de la Justicia Restaurativa.

¹⁶ WEXLER, 2011, pp. 33 y ss.; WEXLER Y PÉREZ MUÑIZ, 2017, pp. 195 y ss.; KING, 2008, pp. 1096 y ss.; BRAITHWAITE, 2002, pp. 244 y ss.; SUBIJANA, 2017, pp. 201 y ss.

¹⁷ NOLAN, 2001, *passim*; WINICK Y WEXLER, 2015, pp. 479 y ss.; En Chile, DROPPELMANN, 2010, *passim*.

¹⁸ Según afirman VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 23, el término Justicia Restaurativa se empleó por primera vez por Albert Eglash para distinguir tres tipos de Justicia criminal: a) Justicia Retributiva, basada en la pena; b) Justicia Distributiva, basada en el tratamiento al ofensor, y c) Justicia Restaurativa, fundada en la restitución.

de las partes, brindando una especial atención a la satisfacción de la víctima¹⁹. Lo que no significa, ciertamente, desatender al autor, pues también estos mecanismos dirigen su atención hacia este. En este propósito, no pueden obviarse ciertos estándares mínimos que permitan alcanzar tales objetivos, entre otros, la voluntariedad e igualdad de condiciones en la participación, tal como lo precisan los instrumentos internacionales recién citados.

La reparación está estrechamente vinculada a la responsabilidad que debe asumir el autor. Y es que si entendemos que la reparación, tal como señalan Van Ness/Strong, supone atender al daño que ha sido causado por la conducta criminal, la que debe ser alcanzada mediante procesos cooperativos de las partes interesadas, el papel que en este sentido le cabe al ofensor es esencial²⁰. La pregunta que surge entonces es qué debemos exigirle a este para entender que asume su responsabilidad –no en el sentido de culpabilidad penal– y con ello satisface a la víctima. Creo estimar que este es uno de los aspectos más sensibles y, probablemente, más discutibles de la Justicia Restaurativa. Es admisible preguntarse qué es lo que debe repararse, ¿solo los intereses de la víctima? Si es así, ¿cómo se concilian con los intereses de la colectividad? No debe olvidarse que se está frente a un delito, por tanto hay una dimensión pública en la ofensa infringida, es decir, está presente la afectación de un bien jurídico, cuya tutela penal se justifica por tener relevancia social y, por tanto, su lesión considerarse como socialmente dañosa²¹.

Sin lugar a dudas, esta última cuestión se comprende sin mayores cuestionamientos dentro de la llamada Justicia Retributiva, al centrar la infracción de la norma en la culpabilidad penal y en la pena, además, de su dimensión comunicativa y aflictiva, a las que se ha hecho referencia²². En este sentido, evidentemente existen algunas diferencias con la Justicia Restaurativa. En términos generales, puede destacarse que el modelo de la Justicia Restaurativa descansa más en el diálogo entre el autor y la víctima, que en la determinación de la infracción de la norma y la consiguiente imposición de la pena. En cambio, la Justicia Retributiva halla su basamento particularmente en la confrontación, pues es de orden adversarial²³.

Acerca de esto último, se observan algunos estímulos negativos que no se pueden desatender. Es así que el acusado puede sentirse desalentado a comprender las consecuencias

¹⁹ Como señala ZEHR, 2005, p. 181: "This VORP process consists of a face-to-face encounter between victim and offender in cases which have entered the criminal justice process and the offender has admitted the offense. In these meetings, emphasis is upon three elements: facts, feelings, and agreements. The meeting is facilitated and chaired by a trained mediator, preferably a community volunteer". Se entiende por VORP: *Victim Offender Reconciliation Program*. Para MARSHALL, 1999, p. 5: "Restorative Justice is a process whereby parties with a stake in a specific offence collectively resolve how to deal with the aftermath of the offence and its implications for the future".

²⁰ VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 44.

²¹ Al respecto, MARSHALL Y DUFF, 1998, p. 8.

²² Sobre los primeros trabajos que distinguen entre Justicia Restaurativa y retributiva, ZEHR, 1985, p. 2 y ss.

²³ DALY, 2002, pp. 55 y ss.; ZEHR Y GOHAR, 2003, pp. 21-22; UMBREIT *et al.*, 2005, pp. 257-258; WALGRAVE, 2008, p. 44.

de su acto, pues, al enfrentarse al Estado considera a este su antagonista, al que de alguna forma debe vencer. Incluso, también puede ver a la víctima como su adversario, lo que dificulta un proceso restaurativo, en la medida que el autor la individualiza como la responsable de su situación judicial. Se trata pues de una especie de cultura de la negación, que, incluso, puede ser enfatizada por su abogado defensor²⁴. Justamente el negar responsabilidad puede causar un gran dolor en la víctima, pues lo observa como un ocultamiento de la verdad, profundizando la distancia y generando rencor, no solo respecto del propio hechor, sino también hacia la sociedad, pues, de algún modo, ha tolerado que el sistema procesal admita tales prácticas²⁵. Y es que el sistema se construye sobre la base de dos actores principales: el Estado representado por el Ministerio Público y el acusado. En este escenario, la víctima es prácticamente un actor muy secundario, y algunos casos, apreciado como un estorbo.

Que así sea, se entiende porque la Justicia tradicional, esto es, la retributiva, se estructura más bien de arriba hacia abajo *–top down–*, donde la base es que el conflicto es, esencialmente, entre el Estado y el autor. La pena es restablecimiento del orden, en cuanto hay una norma puesta en entredicho por el autor. El rol fundamental es de quien sanciona. Por tanto, siendo el Estado el que lo desempeña, se explica el estricto cumplimiento de garantías, como son las que provienen del debido proceso, entendiendo esta, fundamentalmente, como un medio de defensa del ciudadano frente al Estado²⁶.

En cambio, en la Justicia Restaurativa se observa su carácter no adversarial, pues es mediante el encuentro entre autor y víctima, que se pretende arribar a una solución y que facilite la reparación a la víctima. Se trata pues, de una relación de abajo hacia arriba *–bottom up–*. Sus bases se afirman en un concepto básico, a saber, de que el Estado no es “propietario” del conflicto, por el contrario, son los involucrados en el mismo quienes también pueden buscar una respuesta²⁷. En todo caso, como se indicará más adelante, estimo que esta afirmación hoy no debería interpretarse como una exclusión del Estado, sino como una búsqueda de otras respuestas distintas a la pena, en el que también interviene el Estado. Las tesis abolicionistas, como las de Hulsman²⁸ o Christie, dirigidas a una sustitución del penal por formas de solución privada, creo que han ido perdiendo fuerza y hoy el discurso no va en la dirección de “sustituir” el sistema penal,

²⁴ WALGRAVE, 2008, p. 50; BRAITHWAITE, 2005, pp. 285 y ss; SHERMAN, 1993, pp. 449 y ss.

²⁵ ETXEBARRÍA ZARRABEITIA, 2011, pp. 49 y ss.

²⁶ Así, WALGRAVE, 2005, p. 8: *In a coercive procedure, all legal guarantees must be observed. A traditional criminal justice procedure offers safeguards such as legality, due process and proportionality, but it is not evident that these legal safeguards also apply unchanged in a system premised on restoration. The main function is different, the actors are partly different, and the social and judicial context is different. Contrary to the top-down approach of the traditional process, a restorative system should allow ample space for a bottom-up approach*; BRAITHWAITE, 2003, pp. 14-16.

²⁷ Al respecto, CHRISTIE, 1977, pp. 1 y ss. Para BRAITHWAITE, 1999, p. 5, este trabajo de Christie ha sido el más influyente en la tradición restaurativa. Para GARGARELLA, 2016, p. 197 y ss, alternativas como la justicia restaurativa son más democráticas, pues promueven la elaboración de decisiones abiertas y horizontales, en contraste con un modelo vertical y jurídico-céntrico, propio de un sistema de pautas de sentencia.

²⁸ HULSMAN, 1991, pp. 681 y ss.

sino más bien de “abrirlo” hacia otros mecanismos con contenidos restaurativos, y que brinden una especial atención a las víctimas²⁹.

Ahora bien, el que no se contemple un castigo como fundamento para la solución del conflicto no supone que sobre el autor no recaigan responsabilidades y obligaciones. Hay una asunción de responsabilidad, la que puede entenderse como expresión de censura o reprobación a su comportamiento. Sin embargo, la víctima y su reparación son piezas fundamentales en la Justicia Restaurativa, pues como ya se ha señalado precedentemente, esto último es un déficit del sistema retributivo, en donde la presencia de la víctima y su restauración es más bien secundaria. Ahora bien que así sea, podría entenderse, ya que a la pena, en rigor, no le corresponde la tarea de cerrar las heridas causadas por el delito³⁰.

Es interesante tener presente que formas autocompositivas de resolver conflictos y la restauración no son planteamientos recientes, pues ya existían en el pasado, como así también ha sido la aplicada por diversos pueblos aborígenes. Sin embargo, durante la Edad Media, y con el objeto de ir fortaleciendo el poder de los señores feudales y particularmente los del rey, se comenzó a desplazar los intereses de la víctima y la solución “consensuada” del conflicto, por la imposición de un castigo por parte de la autoridad. Había un interés del Estado y, por tanto, era esencial fortalecer dicho poder. Es por ello que los delitos comenzaron a ser considerados como un cuestionamiento al imperio de los señores y del rey. El sistema en vez de centrarse en la víctima, dirigió su atención en el autor, pues al cometer un delito “ofendía” a la autoridad. Con esta nueva estructura política, surgió una forma distinta de comprender el delito: relación entre gobernador y autor. La pena se entendía no solo como una forma de reforzar el orden que ha sido cuestionado, sino también como disuasoria, es por ello que tenían que ser corporales, ya que además de humillar al autor, se buscaba que otros no osaran cuestionar el orden del rey³¹.

IV. UNA RESPUESTA AL CONFLICTO PENAL. LA RESPONSABILIZACIÓN

Hoy las potencialidades que pueden ofrecer las consideraciones restaurativas en la solución del conflicto se han ido aceptando y ya no se aprecia una suerte de mirada desconfiada hacia sus aportes³². Asimismo, su dimensión pública está abarcada en la medida que dichas prácticas se insertan dentro del sistema procesal penal. Acerca de esto último es preciso ser claro, toda respuesta que proviene de algún mecanismo propio

²⁹ Así, SILVA SÁNCHEZ, 2012, pp. 50-51; MARSHALL Y DUFF, 1998, p. 9.

³⁰ Así lo señala, SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 223. En p. 180 afirma: “La única satisfacción de la víctima que puede pretender la pena es la que ya se deriva de la declaración simbólica del injusto culpable del autor y de la imposición a este de la condena. El dolor del condenado nunca satisfará a la víctima”; MAÑALICH, 2007, p. 166 y ss.

³¹ VAN NESS Y STRONG, 2015, pp. 8-10; BARONA VILAR, 2017, pp. 85 y ss.

³² WALGRAVE, 2008, p. 44.

de la Justicia Restaurativa debe entenderse respaldada por la autoridad pública, pues, existe una resolución judicial que la autoriza. Y es que si el acuerdo y las condiciones que se imponen se logran dentro del sistema procesal penal, se satisfacen dimensiones comunicativas y aflictivas, que también se esperan de la pena. En efecto, desde el momento que el hecho delictivo se inserta dentro de una investigación que lleva a cabo un fiscal, aunque posteriormente tenga lugar una derivación a centros de mediación, se ven cumplidas relevantes funciones estabilizadoras en el plano comunicativo y aflictivo, más aún si luego interviene un juez que respalda, mediante una resolución, el acuerdo alcanzado³³. Con ello además se satisfacen intereses colectivos involucrados en la solución del conflicto, pues desde el momento que participa un juez del Estado, se restablece la norma infringida, satisfaciendo exigencias de orden preventivo general. Al respecto, no debe olvidarse que el incumplimiento de lo acordado lleva consigo una consecuencia, a saber, que el autor del hecho quedará sometido a las reglas propias de la Justicia Retributiva. Todo debe comprenderse dentro de un proceso institucionalizado, por lo que no se comparten posturas como las abolicionistas, que pretenden buscar soluciones de orden privado³⁴. Sin perjuicio de lo anterior, también puede sostenerse que si es el propio Estado el que impulsa esta clase de mecanismos de carácter autocompositivo, propicia la confianza en los sistemas de administración de Justicia penal, tan cuestionados hoy, pues son los propios involucrados quienes buscan una solución por medio del diálogo y el encuentro. Por lo demás, al tratarse de instrumentos menos lesivos a los derechos ciudadanos, pero no por ello menos eficaces, refuerza un principio tan caro para el Derecho penal como es el de intervención mínima³⁵.

En este sentido, nada obsta poder implementar estos instrumentos en cualquier etapa del procedimiento, incluso durante la ejecución de la pena³⁶, donde se habla de mediación penitenciaria³⁷.

³³ En estos términos, SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 229. También es la posición de Duff para quien el Estado debe tener un papel fundamental en la solución de un conflicto penal, Sobre el punto, ver la interesante discusión en relación con su libro *The realm of Criminal Law*, en DUFF, 2020, p. 465 y ss.

³⁴ Así ya lo he planteado con anterioridad, CARNEVALI, 2019, pp. 415 y ss.; VAN NESS Y STRONG, 2015, pp. 30 y ss.; GONZÁLEZ CANO, 2018, pp. 825 y ss.; VERA SÁNCHEZ, 2017, pp. 7 y ss.; CUADRADO, 2015, p. 9: “la mediación puede ser introducida como método relativamente independiente del proceso judicial, pero integrado en el sistema de Justicia penal ya existente; es decir, que en este caso no se trata de innovar –en el sentido de crear un nuevo sistema de Justicia independiente y paralelo al convencional–, sino de implementarlo, combinando sus valores y prácticas, con las existentes en el propio sistema del cual surgen”; GALAIN 2009, p. 79 y ss.

³⁵ Acerca del principio, CARNEVALI, 2008, pp. 13 y ss.; para BINDER, 2011, pp. 180 y ss., es preciso privilegiar la solución del conflicto por sobre la coerción estatal –preeminencia del Estado–, donde la víctima tenga un mayor protagonismo.

³⁶ En CARNEVALI, 2019, pp. 429 y ss. realizo una propuesta de oportunidades procesales para poder recurrir a estos mecanismos.

³⁷ LOZANO ESPINA Y LOZANO PÉREZ, 2011, pp. 273 y ss.; RÍOS MARTIN, 2017, pp. 35 y ss.; WALKER *et al.*, 2013, pp. 151 y ss.

Silva Sánchez en su libro *Malum Passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal* dedica importantes pasajes a la Justicia Restaurativa, destacando su capacidad de rendimiento³⁸. Entendiendo, fundamentalmente, que tendrían lugar de forma complementaria y temporalmente posterior a la finalización del proceso penal público. Es decir, una vez que se determine que se está frente a un injusto culpable. Como muy bien señala Silva Sánchez, en el delito se pueden apreciar dos planos: vertical y horizontal. En cuanto al primero, expresa una lesión al Derecho, que cuestiona su vigencia, por lo que es una relación con el Estado, y la condena expresaría la reafirmación del Derecho. El plano horizontal se refiere, en cambio, a que el delito es también expresión de un conflicto interpersonal que debe ser superado, pues se le ha negado a la víctima el ser persona, ha sido cosificada por parte del autor al haberse quebrantado el reconocimiento recíproco que nos debemos como seres humanos, en consecuencia, requiere ser restaurada –curada en sus heridas–³⁹.

Sin embargo, y a diferencia de lo que aquí se ha afirmado, Silva Sánchez indica principalmente dos razones para sostener que la restauración puede tener lugar al final del proceso penal público: a) con el fin de evitar que pueda verse afectado el derecho a la defensa, y b) impedir que la participación del imputado puede ser solo estratégica y no sincera⁴⁰.

Efectivamente, los riesgos expuestos podrían estar presentes, pero pueden ser contrarrestados. Por de pronto, teniendo en consideración los propósitos perseguidos en la Justicia Restaurativa no es posible exigir el mismo nivel garantístico que se le impone a la Justicia Retributiva⁴¹, lo que no quiere decir, claro está, que no se dispongan de ciertas reglas y estándares, de manera que los distintos intervinientes se hallen en un plano de igualdad. Las garantías penales tradicionales no pueden, así sin más, ser traspasadas, pues la Justicia Restaurativa representa un modelo diverso de hacer Justicia. Como se ha señalado es una relación *bottom up*. Por de pronto, no se puede hablar propiamente de una defensa frente a una persecución penal del Ministerio Público –si bien no desaparece completamente del escenario, pero ha habido una derivación a otros actores–, pues, en rigor, no se trata de un conflicto en que el autor se enfrenta al Estado, que, como se expuso, sí exigiría ciertas garantías para enfrentar a tan formidable oponente, como es lo propio de una relación *top down*.

No obstante lo expuesto, sí es importante establecer ciertos estándares que permitan estar frente a un sistema equilibrado, pues nos podemos encontrar frente a un ofensor no colaborativo, víctima resentida o facilitadores intervencionistas, por lo que se hace necesario adoptar resguardos⁴². En la Justicia Restaurativa lo que se discute

³⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2018, especialmente desde pp. 215 y ss.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 221.

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 219. Cuestión esta última, que también resalta SCHÜNEMANN, 2006, pp. 35.

⁴¹ Al respecto, ver el interesante paralelo que hace FOLEY, 2014, pp. 75 y ss.

⁴² SHAPLAND *et al.*, 2011, p. 68 y ss.; GIMENO SENDRA Y DÍAZ MARTÍNEZ, 2018, pp. 51 y ss.; MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, 2009, pp. 165 y ss.; GORDILLO SANTANA, 2006, pp. 87 y ss.; CARNEVALI, 2017, pp. 127 y ss.

son los efectos que han tenido lugar como consecuencia de la comisión de un delito y cómo se puede lograr una reparación a la víctima, que también alcance al autor. Por tal motivo, lo relevante no es la determinación de la verdad que fundamente la culpabilidad penal. Sí lo es, que una vez admitida la responsabilidad, precisar qué hacer para alcanzar propósitos como la reintegración e inclusión. El imputado que interviene dentro del sistema de Justicia Restaurativa no está en la misma posición que aquel que está sometido al sistema penal tradicional, pues lo que se discute no es la imputación de un delito y su pena –cuestión que determina el Estado–, sino resolver con la víctima la mejor solución que la satisfaga.

Ciertamente, esto último no puede considerarse una tarea fácil, pues ambas partes se encuentran frente a frente. Por tal razón, el sistema debe procurar garantizar la igualdad –esto es, evitar los desequilibrios y que una parte se sienta en una posición de mayor debilidad– y la participación voluntaria, de manera que la discusión permita arribar a una solución satisfactoria. La normativa internacional, citada precedentemente, va en dicha dirección, esto es, disponer de estándares que resguarden a los intervinientes.

Ahora bien, en cuanto a los riesgos de una participación solo estratégica y carente de sinceridad, no es posible negar que puedan estos presentarse. Es por ello que resulta esencial establecer los parámetros para la responsabilización del ofensor, distinguiendo, de este término una forma pasiva y activa. Se entiende por pasiva cuando se confronta al autor con las consecuencias de sus actos y activa cuando se reconoce el daño y se busca de qué forma repararlo.

Como se señaló al inicio de este trabajo, la pena no puede entenderse como la única o principal respuesta frente al delito. Lo anterior, no solo por los serios cuestionamientos que desde hace un tiempo se vienen afirmando, tanto por el componente desocializador y estigmatizador que lleva consigo, sino que además, y por sobre todo, desconoce o reconoce de una manera muy insatisfactoria a la víctima. La dimensión horizontal del delito, recién expuesta, no se encuentra suficientemente recogida por medio de la institución de la pena. La imposición de un castigo no alcanza a integrar a la víctima, al no otorgarle un efectivo sentido reparador, que vaya más allá de lo simbólico. Es cierto, puede decirse que no es su propósito, pero claramente, a mi modo de ver, es una particularidad negativa que no debe desatenderse⁴³.

Pues bien, la cuestión a resolver es la siguiente: si en la Justicia Restaurativa no se considera a la pena –al menos de forma principal, pues cabría en etapas como la penitenciaria– como una consecuencia a aplicar frente a un hecho delictivo, ¿qué podemos exigirle a la respuesta que provenga de estos mecanismos para estimarla una especie de equivalencia a la pena?

Por de pronto, los procesos propios de la Justicia Restaurativa al enfatizar en los encuentros y en la búsqueda conjunta de una solución satisfactoria para ambos, permite que tanto autor como víctima se conozcan y, con ello, comprender el alcance que pudo haber tenido para ambos el hecho constitutivo de delito. Es más, tratándose de este

⁴³ GUZMÁN DALBORA, 2017, p. 1056 y ss.; KÜNSEMÜLLER, 2009, p. 87 y ss.

último, al relacionarse directamente con el sujeto pasivo, mediante estos encuentros, facilitará una mayor comprensión de las consecuencias de su acto delictivo —el drama que causó a la víctima— pudiendo fortalecer su proceso de reinserción⁴⁴. Al respecto, no debe olvidarse lo dicho anteriormente, el autor ha negado a la víctima, cuestión esta que dentro de un juicio es aún más patente, ante la amenaza de una pena. Incluso, el hecho de ser castigados penalmente, puede ser valorado como una forma de reputación, al estimarse una suerte de estatus frente a sus pares, sobre todo entre los más jóvenes⁴⁵.

Considerando lo anterior, es esencial que la responsabilización que debe asumir el ofensor se entienda también como una forma de censura a su comportamiento, esto es, debe apreciarse que la respuesta está estrechamente vinculada con su acto delictivo y que si bien se logró mediante un acuerdo, el Estado está detrás, pues aquel se refrenda por medio de una resolución judicial. Por tanto, se pueden ver satisfechas funciones estabilizadoras, tanto en el plano comunicativo y aflictivo, que también se esperan de la pena.

No se trata de una especie de Justicia *soft*, ya que los procesos restaurativos pueden llegar a ser aún más eficaces para expresar desaprobación por el acto delictivo realizado y, además, arrepentimiento. Como afirma Walgrave, la necesidad de censura pueden expresarse de otras formas que no sean el castigo, ya que después de que se haya producido un delito, los entornos restaurativos pueden comunicar la desaprobación y dar espacio para el arrepentimiento, incluso, de mejor forma que los procedimientos sancionatorios tradicionales⁴⁶. Al respecto, destaca este autor, no puede obviarse que buena parte de los ofensores sí están dispuestos a la comunicación de existir un entorno adecuado, lo que facilitaría sentir empatía por el sufrimiento de sus víctimas, tomar conciencia de su contribución al mismo al sentir culpa, permitiendo gestos restaurativos. Amén de lo anterior, aquello permitiría una mejor comprensión del significado de la norma infringida⁴⁷.

Tal como señala Silva Sánchez, el autor también experimenta un daño moral y emocional al negar la humanidad de la víctima, se embrutece, por lo que requiere superar las secuelas del delito⁴⁸.

La circunstancia de estar participando en un encuentro restaurativo junto con la víctima, ya puede entenderse como una forma de censura a su comportamiento, pues

⁴⁴ Como señala DUFF, 2015, p. 95, hay una necesidad de procurar instrumentos jurídicos más flexibles capaces de reconocer las demandas y quejas, tanto de las víctimas como de los delincuentes. En ello podría ayudar la Justicia Restaurativa; BOLÍVAR, 2014, pp. 26 y ss.; CUADRADO, 2015, p. 17: “Una de las principales ventajas de la mediación frente a la Justicia penal tradicional es su mayor eficacia en la rehabilitación del autor del hecho y, en consecuencia, en la reducción de los niveles de reincidencia. Es más, Shapland (*et al.*) afirma que uno de los motivos que estimulan a la víctima a formar parte de un proceso mediador es el convencimiento de que ello sirve a los efectos de ayudar a su infractor a no volver a delinquir”.

⁴⁵ WALGRAVE, 2008, pp. 50-51.

⁴⁶ WALGRAVE, 2008, p. 51.

⁴⁷ WALGRAVE, 2008, p. 51; en SHAPLAND *et al.*, 2011, pp. 162 y ss. se exponen los niveles de satisfacción de los ofensores en procesos restaurativos.

⁴⁸ SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 221.

además, la reconciliación que se pretende, no solo se entiende respecto de la víctima, sino también como una forma de reparación a los valores colectivos que han sido negados⁴⁹.

Ahora bien, para una efectiva responsabilización del autor, es preciso que este asuma una carga, que le suponga una aflicción por lo realizado. Es por ello que no bastaría, tal como señala Duff, las meras disculpas, ya que es preciso un reconocimiento por lo realizado y compromiso de evitación en el futuro, así como la asunción de una reparación como vía de expresión de arrepentimiento⁵⁰. Estimo que exigencias de este orden, de carácter oneroso, permitiría atender las aprehensiones de Silva Sánchez en cuanto una participación estratégica y carente de sinceridad⁵¹.

La carga asumida por el autor debe ser entendida como una forma de dolor por lo realizado y es lo que se merece⁵². Tal expresión de censura, atendido lo expuesto, permitiría satisfacer en todo o en parte las dimensiones comunicativas y aflictivas que también se esperan de la pena.

V. LA REPARACIÓN COMO EXPRESIÓN DE SOLUCIÓN AL CONFLICTO

En la década de los noventa, Jan Philipp Reemtsma escribió el libro *Im Keller* (En el sótano), donde exponía su experiencia como víctima de un secuestro y su posición frente a la pena⁵³. Entre algunas de sus afirmaciones, señalaba: “La pena muestra la solidaridad de la comunidad con la víctima”. Asimismo, daba cuenta de los traumas que lleva consigo el ser víctima de un delito, al afirmar: “el derecho de la víctima de obligar al Estado a penar al ofensor”, pues, las víctimas también necesitan ser rehabilitadas, crear nuevamente el derecho⁵⁴. Las argumentaciones de Reemtsma, ponen en evidencia que las víctimas tienen derecho a ser “compensadas”; es decir, recibir una respuesta que vaya dirigida a restablecer su autoestima y su dignidad. Es discutible si, como se ha expuesto a lo largo de este trabajo, tales compensaciones solo pueden satisfacerse con la imposición efectiva del castigo, la declaración de la pena mediante una sentencia o, también pueden lograrse por medio de otros instrumentos.

⁴⁹ DUFF, 2003, pp. 50-51; MARSHALL Y DUFF, 1998, p. 15.

⁵⁰ DUFF, 2003, p. 52: *Criminal reparation, by contrast, must be burdensome if it is to serve its purpose: only then can it express a serious apology for a wrong done; if it cost the wrongdoer nothing, it would mean no more than empty verbal apology.*

⁵¹ SILVA SÁNCHEZ, 2018, p. 219.

⁵² Para DUFF, 2003, pp. 54-55: *Criminal mediation is retributive, in that it seeks to impose on (or induce in) the offender the suffering she deserves for her crime, and is justified in those terms. She deserves to suffer censure for what she has done: mediation aims to communicate that censure to her, in such a way that she will come to accept that she deserves it. She deserves to suffer remorse for what she has done: mediation aims to induce remorse in her, by bringing her to recognize the wrong she has done;* FOLEY, 2014, pp. 86-89.

⁵³ En marzo de 1996 permaneció encerrado por 33 días. Su liberación tuvo lugar después que su familia pagó 30 millones de marcos. Ver PRITTWITZ, 2006, pp. 61 y ss.

⁵⁴ PRITTWITZ, 2006, p. 77.

Como se ha explicado, la Justicia Retributiva y la pena en particular no otorgan una atención satisfactoria a la víctima. Es cierto, hay una expresión de solidaridad hacia ella, pero una efectiva restauración se mantiene pendiente, pues no basta una expresión simbólica. El delito no solo expresa la negación al derecho –plano vertical–, además se manifiesta un conflicto interpersonal entre el autor y la víctima que debe ser atendida –plano horizontal–. Conforme lo anterior, se hace necesario buscar otras respuestas que den cuenta de tales dimensiones, pues la pena de una manera limitada satisface la segunda de ellas.

Hoy existe una mayor preocupación por la víctima y cómo procurar su reparación, como lo evidencian las normativas internacionales que se han citado precedentemente⁵⁵. En el caso europeo, está la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos⁵⁶, que para el caso español dio lugar a la ley 4/2015 de 27 de abril, el Estatuto de la víctima. Ambas, en términos generales mantienen el mismo concepto de víctima⁵⁷. Asimismo, nuestro Código Procesal Penal, en los artículos 108 y ss. precisa qué debe entenderse por víctima y sus derechos, lo que no acontece en el Código de Procedimiento Penal.

La precisión de qué puede entenderse por víctima sigue siendo objeto de discusión. Si bien no se tratará en este trabajo, se la puede concebir como quién o quiénes podrían participar en los procesos restaurativos, por haber sufrido perjuicios físicos, emocionales, mentales o económicos como consecuencia de un delito. Se pueden incluir los familiares de una persona fallecida por un delito y que hayan padecido por ello un daño⁵⁸.

Para la legitimidad de estos mecanismos restaurativos deben entenderse que se desarrollan dentro de un proceso de diálogo y de encuentro⁵⁹. Es importante tener presente que la reparación no solo puede ser concebida desde una perspectiva económica, sino que también puede ser emocional y simbólica, en cuanto a que la propia víctima vuelva a sentir confianza, reincorporándose en la comunidad⁶⁰. Esto último es particularmente significativo, incluso para su salud mental, y en este sentido, la expresión de arrepentimiento por parte del ofensor va en esta dirección⁶¹. El encuentro entre ambos, centrados en el hecho delictivo, que ha sido la fuente del conflicto, dirigiéndose a buscar

⁵⁵ PEMBERTON Y VANFRAECHEM, 2015, pp. 15 y ss.

⁵⁶ En su artículo 2 se define víctima: “i) la persona física que haya sufrido un daño o perjuicio, en especial lesiones físicas o mentales, daños emocionales o un perjuicio económico, directamente causado por una infracción penal; ii) los familiares de una persona cuya muerte haya sido directamente causada por un delito y que haya sufrido un daño o perjuicio como consecuencia de la muerte de dicha persona”.

⁵⁷ CARRASCO ANDRINO, 2020, pp. 249 y ss.; TAMARIT SUMALLA, 2015, pp. 7 y ss.; TAMARIT SUMALLA, 2013, pp. 139-160;

⁵⁸ VENTUROLI, 2018, pp. 37 y ss.; SAEZ DE LA FUENTE ALDAMA Y BILBAO ALBERDI, 2018, pp. 51 y ss.

⁵⁹ TAMARIT SUMALLA, 2015, pp. 307 y ss.

⁶⁰ De la satisfacción de la víctima, SHAPLAND *et al.*, 2011, pp. 139 y ss.; VILLACAMPA, 2020, pp. 58 y ss.

⁶¹ CUADRADO, 2015, p. 14; ESQUINAS VALVERDE, 2006, p. 97. Acerca del perdón en la esfera del injusto culpable, SILVA SÁNCHEZ, 2018, pp. 183 y ss.

la superación del daño y la satisfacción de la víctima, en cuanto a su reparación, tiene efectos preventivos indudables⁶².

El encuentro, al centrarse en el hecho delictivo cometido, fundado en una participación voluntaria de ambos, puede tener incluso un efecto tan positivo como la misma respuesta que luego tiene lugar. Y es que la restauración se puede alcanzar tanto por el mismo encuentro de discusión y negociación entre la víctima y el autor como por las medidas reparadoras que, en definitiva, se logren⁶³. Ahora bien, es importante tener presente que la discusión no puede centrarse en la licitud o no del hecho –invocar, por ejemplo, legítima defensa–. Debe entenderse que tales cuestiones controversiales no pueden realizarse en un proceso cuyos objetivos son otros, a saber, la superación del conflicto por medio de la reparación de la víctima⁶⁴. En este orden, Braithwaite y Pettit señalan que el objetivo más importante para la reintegración es la víctima, porque ha sido devaluada como persona⁶⁵. Sin bien, continúan estos autores, la víctima puede ser restaurada de diversas maneras, probablemente son más efectivos los actos simbólicos y tangibles que provienen de la comunidad en cuanto a que no será devaluada como persona⁶⁶. La dignidad de las víctimas no solo puede entenderse satisfecha con la declaración de culpabilidad que puede ser expresada mediante una sentencia condenatoria⁶⁷, también es posible ampararla por medio de mecanismos restaurativos.

BIBLIOGRAFÍA

- BARONA VILAR, Silvia, 2017: *Proceso penal desde la historia. Desde su origen hasta la sociedad global del medio*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- BINDER, Alberto, 2011: *Análisis de la política criminal*, Buenos Aires: Astrea.
- BOLÍVAR FERNÁNDEZ, Daniela, 2014: “La mediación víctima-ofensor como alternativa al sistema penal: la perspectiva de las víctimas”, *Sistema penal & Violencia*, Vol. 6, Nº 1, pp. 13-30.
- BRAITHWAITE, John y PETTIT, Philip, 1990: *Not just desert. A republican Theory of Criminal Justice*, New York: Oxford University Press.
- BRAITHWAITE, John, 1999: “Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts”, *Crime and Justice: A Review of Research*, Nº 25, pp. 1-127.
- BRAITHWAITE, John, 2002: “Restorative justice and Therapeutic jurisprudence”, *Criminal law bulletin*, Nº 38, pp. 244-262.
- BRAITHWAITE, John, 2003: “Principles of Restorative Justice”, en Andrew Von Hirsch *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Portland, Oregon: Hart Publishing, pp. 1-20.
- BRAITHWAITE, John, 2005: “Between proportionality and impunity: confrontation → truth → prevention”, *Criminology*, Nº 43 (2), pp. 283-306.

⁶² Respecto de los delitos terroristas, CASTAÑÓN ÁLVAREZ, 2020, pp. 293 y ss.

⁶³ DUFF, 2003, p. 49; VAN NESS Y STRONG, 2015, p. 119.

⁶⁴ En este mismo sentido, DUFF, 2003, p. 50.

⁶⁵ BRAITHWAITE Y PETTIT, 1990, p. 91.

⁶⁶ BRAITHWAITE Y PETTIT, 1990, p. 91.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2009, p. 49.

- CARNEVALI, Raúl, 2019: "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de *lege ferenda*", *Ius et Praxis*, Año 25, N° 1, pp. 415-438.
- CARNEVALI, Raúl, 2018: "Hacia un diseño normativo de los mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal", en M. Fernanda Vásquez (Directora), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, Santiago: Ed. Thomson Reuters, pp. 893-911.
- CARNEVALI, Raúl, 2017: "La Justicia Restaurativa como mecanismo de solución de conflictos. Su examen desde el derecho penal", *Justicia Juris*, 13 (1), pp. 122-132.
- CARNEVALI, Raúl, 2008: "Derecho Penal como *ultima ratio*. Hacia una política criminal racional", *Ius et Praxis* Año 14, N° 1, pp. 13-48.
- CASTAÑÓN ÁLVAREZ, María José, 2020: "De los encuentros restaurativos en los delitos de terrorismo a su aplicación a otros delitos", en María del Mar Carrasco Andrino (Directora) y María del Mar Moya Fuentes (Coordinadora), *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 293-309.
- CARRASCO ANDRINO, Mar, 2020: "Justicia Restaurativa: posibilidades a la luz del Estatuto de la víctima", en María del Mar Carrasco Andrino (Directora) y María del Mar Moya Fuentes (Coordinadora), *Víctimas de delitos: modelos de actuación integral*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 249-291.
- CHRISTIE, Nils, 1977: "Conflicts as Property", *British Journal of Criminology*, Vol. 17, N° 1, pp. 1-15.
- CUADRADO SALINAS, Carmen, 2015: "La mediación: ¿una alternativa real al proceso penal?", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, N° 17-01, pp. 1-25.
- DALY, Kathleen, 2002: "Restorative justice: The real story", *Punishment & Society*, Vol. 4 Issue 1, pp. 55-79.
- DALY, Kathleen, 2006: "The limits of Restorative Justice", en Dennis Sullivan y Larry Tofft, *Handbook of Restorative Justice. A global perspective*, London/New York: Routledge, Taylor and Francis Group, pp. 134-143.
- DÍAZ GUDE, Alejandra, 2019: *Justicia Restaurativa. Primera parte*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DONINI, Massimo, 2015: "Il delitto riparato. Una disequazione che può trasformare il sistema sanzionatorio", *Rivista Trimestrale Diritto penale contemporaneo*, N° 2, pp. 236-250.
- DROPPELMANN ROEPKE, Catalina (Editora), 2010: *Tribunales de Tratamiento de Drogas en Chile*, Santiago: Fundación Paz Ciudadana.
- DUFF, Antony, 2020: "Defending the Realm of Criminal Law", *Criminal Law and Philosophy*, N° 14, pp. 465-500.
- DUFF, Antony, 2015: *Sobre el castigo. Por una Justicia penal que hable el lenguaje de la comunidad*, trad. Horacio de Pons, Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.
- DUFF, Antony, 2003: "Restoration and Retribution", en Andrew Von Hirsch *et al.* (Editores), *Restorative Justice and Criminal Justice*, Hart Publishing, Portland, Oregon, p. 43-59.
- ESQUINAS VALVERDE, Patricia, 2006: "La mediación entre la víctima y el agresor como forma alternativa de resolución del conflicto en el sistema judicial penal de adultos: ¿una posibilidad también viable en España?", *Revista Penal*, N° 18, pp. 55-101.
- ETXEABARRÍA ZARRABEITIA, Xabier, 2011: "Justicia Restaurativa y fines del Derecho penal", en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Editoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 47-68.
- FOLEY, Tony, 2014: *Developing Restorative Justice Jurisprudence. Rethinking Responses to Criminal Wrongdoing*, Routledge: New York.
- GALAIN PALERMO, Pablo, 2009: "Mediación penal como forma alternativa de resolución de conflictos: la construcción de un sistema penal sin jueces", *Revista Penal*, N° 24, pp. 71-89.
- GARGARELLA, Roberto, 2016: *Castigar al prójimo*, Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores

- GIMENO SENDRA, Vicente y DÍAZ MARTÍNEZ, Manuel, 2018: *Manual de Mediación Penal*, Madrid: Edisofer.
- GONZÁLEZ CANO, María Isabel, 2018: “Fundamentos de la integración de la mediación en el proceso penal español. El difícil camino hacia un modelo proporcional y complementario”, en M. Fernanda Vásquez (Directora), *Mecanismos alternativos de solución de conflictos. Estado actual, problemas existentes y propuestas de solución*, Santiago: Ed. Thomson Reuters, pp. 823-852.
- GORDILLO SANTANA, Luis, 2006: “Los principios constitucionales y las garantías penales en el marco del proceso de mediación penal”, en: *Revista electrónica del Departamento de Derecho de la Universidad de La Rioja*, Nº 4, pp. 87-124.
- GUZMÁN DALBORA, José Luis, 2017: “Sentido de la pena y reparación”, *Política Criminal*, Vol. 12, Nº 24, pp. 1044-1065.
- HULSMAN, Louk, 1991: “The abolitionist case: alternative crime policies”, *Israel Law Review*, Vol. 25, Nº 3-4, pp. 681-709.
- KÜNSEMÜLLER, Carlos, 2009: “La reparación del mal causado a la víctima del delito”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, Nº 12, pp. 87-111.
- LOZANO ESPINA, Francisca y LOZANO PÉREZ, Luz, 2011: “Mediación penitenciaria: pasado, presente y ¿futuro?”, en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Coordinadoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 273-307.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2007: “La pena como retribución”, en: *Estudios Públicos*, 108, pp. 117-205.
- MARSHALL, Tony, 1999: *Restorative Justice: an overview*, London: Home Office Research Development and Statistics Directorate.
- MARSHALL, S. E. y DUFF, 1998: “Criminalization and Sharing Wrongs”, *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, January 1998, pp. 7-22.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, Margarita, 2011: “La mediación penal en España: estado de la cuestión”, en Margarita, Martínez Escamilla y María Pilar, Sánchez Álvarez (Coordinadoras), *Justicia Restaurativa, mediación penal y penitenciaria: un renovado impulso*, Madrid: Editorial Reus, pp. 15-46.
- MERA GONZÁLEZ-BALLESTEROS, Alejandra, 2009: “Justicia Restaurativa y proceso penal garantías procesales: límites y responsabilidades”, *Ius et Praxis* Año 15, Nº 2, pp. 165-195.
- HUGO, Victor, 2018: *Los Miserables*, trad. Nemesio Fernández-Cuesta, España: Biblok, Book Export.
- KING, Michael S., 2008: “Restorative justice, therapeutic jurisprudence and the rise of emotionally intelligent justice”, *Melbourne University Law Review*, Nº 32 (3), pp. 1096-1126.
- NOLAN, James L., 2001: *Reinventing Justice: The American Drug Court Movement*, Princeton: Princeton University Press.
- PEMBERTON, Antony y VANFRAECHEM, Inge, 2015: “Victim’s victimization experiences and their need for justice”, en Inge Vanfraechem *et al.*, *Victims and Restorative Justice*, New York: Routledge, pp. 15-47.
- PRITTWITZ, Cornelius, 2006: “La resurrección de la víctima en la teoría penal”, trad. de Luis Reyna Alfaro, en Bernd Schünemann *et al.*, *La víctima en el sistema penal*, Lima: Ed. Grijley, pp. 59-84.
- RÍOS MARTÍN, Julián Carlos, 2017: *Justicia Restaurativa y transicional en España y Chile*, Granada: Comares.
- ROBINSON, Paul, 2003: “The Virtues of Restorative Processes, the Vices of “Restorative Justice”, *Utah Law Review* (1), pp. 375-388.
- SAEZ DE LA FUENTE ALDAMA, Izakun y BILBAO ALBERDI, Galo, 2018: “La problematicidad de la asunción ética de la perspectivas de la víctima”, en Gema Varona Martínez (Directora), *Víctimología: en busca de un enfoque integrador para repensar la intervención con víctimas*, Cizur Menor, Navarra: Aranzadi, pp. 51-73.

- SHAPLAND, Joanna *et al.*, 2011: *Restorative Justice in Practice*, New York: Routledge.
- SHERMAN, Lawrence, 1993: "Defiance, Deterrence, and Irrelevance: A Theory of the Criminal Sanction", *Journal of Research in Crime and Delinquency*, N° 30 (4), pp. 445-73.
- SCHÜNEMANN, Bernd, 2006: "El papel de la víctima dentro del sistema de Justicia criminal: Un concepto de tres escalas", trad. por Luis Reyna Alfaro, en Bernd Schünemann *et al.*, *La víctima en el sistema penal*, Lima: Ed. Grijley, pp. 19-37.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2009, "Una crítica a las doctrinas penales de la "Lucha contra la impunidad" y del "Derecho de la víctima al castigo del autor"", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 11, pp. 35-56.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2018: *Malum passionis. Mitigar el dolor del Derecho penal*. Barcelona: Atelier.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2012: *Aproximación al Derecho penal contemporáneo*, 2° ed. Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- SUBIJANA ZUNZUNEGUI, Ignacio José, 2017: "La Justicia Terapéutica: un modelo para la salud mental y las adicciones tóxicas", en José Luis De la Cuesta y Ignacio José Subijana (Directores), *Justicia Restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 201-224.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., 2015: "Los derechos de las víctimas", en Josep M. Tamarit Sumalla (Coordinador), *El estatuto de las víctimas de delitos Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 7-60.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., 2015: "La reparación y el apoyo a las víctimas", en Josep M. Tamarit Sumalla (Coordinador), *El estatuto de las víctimas de delitos Comentarios a la Ley 4/2015*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 294-343.
- TAMARIT SUMALLA, Josep M., 2013: "El necesario impulso de la Justicia Restaurativa tras la Directiva europea de 2012", *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 1, p. 139-160.
- UMBREIT, Mark S. *et al.*, 2005: "Restorative Justice in the Twenty First Century: a Social Movement full of opportunities and pitfalls", *Marquette Law Review*, pp. 253-304.
- VAN NESS, Daniel W. y STRONG, Karen Heetderks, 2015: *Restoring Justice: An Introduction to Restorative Justice*, 5° edición, Elsevier, Waltham, MA, USA: Anderson Publishing.
- VENTUROLI, Marco, 2018: *La víctima en el sistema penal. ¿Del olvido al protagonismo?*, trad. por Luis Moncayo Rodríguez, Lima: RZ editores.
- VERA SÁNCHEZ, Juan Sebastián, 2017: "Justicia Restaurativa y proceso penal continental", *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, N° 33, pp. 7-34.
- VILLACAMPA, Carolina, 2020: "Justicia Restaurativa en supuestos de violencia de género en España: situación actual y propuesta político-criminal", *Política Criminal*, Vol. 15, N° 29, pp. 47-75.
- VON HIRSCH, Andrew (1998), *Censurar y castigar*, trad. Elena Larrauri, Madrid: Ed. Trotta.
- WALGRAVE, Lode, 2005: "Towards restoration as the mainstream in youth justice", en Elizabeth Elliot y Robert M. Gordon (Editores), *New Directions in Restorative Justice Issues, Practice, Evaluation*, Cullompton, Devon: Willan Publishing, pp. 3-25.
- WALGRAVE, Lode, 2008: *Restorative Justice, Self-interest and Responsible Citizenship*, Cullompton, Devon: Willan Publishing.
- WALKER, Loren *et al.*, 2013: "Brazil's Restorative Prisons", en Katherine van Wormer y Loren Walker (Editores), *Restorative Justice Today*, Thousand Oaks, California: Sage Publications, pp. 151-161.
- WEMMERS, Jo-Anne y CYR, Katie, 2005: "Can mediation be therapeutic for crime victims? An evaluation of victim's experiences in mediation with young offenders", *Canadian Journal of Criminology and Criminal Justice*, Vol. 47, N° 3, pp. 527-544.
- WEXLER, David B., 2011: "From theory to practice and back again in therapeutic jurisprudence: now comes the hard part", *Monash University Law Review*, Vol. 37, N° 1, pp. 33-42.

- WEXLER, David B. y PÉREZ MUÑIZ, Manuel, 2017: “La importancia del “viñedo” de la Justicia Terapéutica va más allá de la Justicia Procesal”, en José Luis De la Cuesta y Ignacio José Subijana (Directores), *Justicia Restaurativa y terapéutica. Hacia innovadores modelos de Justicia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 195-199.
- WINICK, Bruce J. y WEXLER, David B., 2015: “Drug treatment court: therapeutic jurisprudence applied”. *Touro Law Review*, Vol. 18, Nº 3, article 6, pp. 479-486.
- ZEHR, Edward, 1985: “Retributive justice, restorative justice”, *New perspectives on crime justice*, Issue Nº 4, pp. 2-18.
- ZEHR, Edward, 2005: *Changing lenses: A new focus for crime and justice*, 3º edición, Ontario: Herald Press.
- ZEHR, Edward y GOHAR, Ali, 2003: *The little book of Restorative Justice*, pp. 21-22, en <https://www.unicef.org/tdad/littlebooktrjpakaf.pdf> (fecha de consulta: 10. 4. 2021).

Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad

Rodrigo Guerra Espinoza*

RESUMEN

Este artículo estudia la delimitación del estado de necesidad y el miedo insuperable. Así, en la primera sección, realiza un análisis general del concepto del miedo. En segundo lugar, trata los fundamentos del instinto de conservación en la necesidad. En la tercera sección, estudia el criterio rector del estado de necesidad. En la cuarta sección, presenta una mirada analítico-fenomenológica del miedo insuperable. En quinto lugar, analiza la tolerancia de la imprecisión y qué tipo de premisas axiológicas inciden en la necesidad y, asimismo en la última sección expone cuándo el miedo es un factor determinante en casos de peligro. Finalmente, debemos indicar que este trabajo considera la siguiente hipótesis: el miedo insuperable es una disposición que debe ser aplicada en casos de perturbación grave ante una situación de peligro o agresión ilegítima en la cual el agente no puede cumplir con la selección del medio menos lesivo o perjudicial en el estado de necesidad o la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa.

Miedo insuperable; estado de necesidad; política criminal

Interference of unbeatable fear under necessity as defense

ABSTRACT

This article presents the delimitation of necessity and unbeatable fear. Thus, in the first section, we examine the concept of fear. Secondly, we will deal with the instinct of self-preservation under necessity. In the third section, we study the leading criterion of necessity defense. In the fourth section, we show an analytical-phenomenological under unbeatable fear. Fifthly, we will present the tolerance of imprecision under necessity and what kind of axiological premises have impact in this sort of cases. Finally, we present some considerations in which fear is a key factor under danger. Finally, we must indicate that this work considers the following hypothesis: unbeatable fear is a provision that must be applied in cases of serious disturbance in the face of a situation of danger or illegitimate aggression in which the agent is unable to fulfill.

Unbeatable fear; necessity defense; criminal justice policy

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Magíster en Derecho Penal Económico, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Internacional, Universidad de Heidelberg, Alemania. Magíster en Derecho Público y Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Penal, Universidad de los Andes, Chile. ORCID: orcid.org/0000-0003-2540-8814. Correo electrónico: rguerra@uandes.cl

Trabajo redactado en el marco del proyecto de investigación Fondecyt iniciación N° 11190024 titulado "Delimitación del miedo insuperable del estado de necesidad".

Artículo recibido el 29.4.2021 y aceptado para su publicación el 12.1.2022.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las problemáticas del estado de necesidad es su diferenciación del miedo insuperable. Esta tarea es un factor relevante para comprender estas eximentes de responsabilidad, pues no es pacífico el rol que cumple el miedo insuperable en la exculpación de comportamientos antijurídicos. Por ejemplo, cuando se termina con la vida de un inocente para enfrentar un peligro de inanición en un naufragio. También en el caso de un grupo de revolucionarios que toma a una persona a la fuerza bajo amenaza de muerte para que participe en una sublevación. O si un grupo de bandidos obliga a una persona intimidándolo con mutilarle una mano a quemar una casa o apuñalar en el pecho a un prisionero.

El miedo insuperable permite eximir de responsabilidad ante la lesión de un interés jurídico, de forma tal que debemos reflexionar acerca de sus fundamentos en situaciones de peligro. Para analizar estos casos, se requiere saber qué es el miedo insuperable y cómo incide en casos de estado de necesidad. Si bien podemos observar su reconocimiento en la tradición moral clásica en la extrema *necessitas*, no son suficientemente claras las diferencias, semejanzas o equivalencia que existen entre el miedo insuperable y el estado de necesidad. Por ello, este trabajo procura responder bajo qué situaciones es posible que el comportamiento de un agente sea apreciado según los parámetros del miedo insuperable o del estado de necesidad.

El problema está en definir qué es el miedo insuperable y cómo se diferencia del estado de necesidad. Algunos en la doctrina chilena indican que el miedo insuperable sería un estado de necesidad exculpante en el ordenamiento jurídico-chileno¹. También, que el miedo insuperable podría considerar supuestos que admiten exculpar el exceso en casos de agresión ilegítima o estado de necesidad donde no se pueda exigir la selección del medio menos lesivo o que se cumpla con los presupuestos de la proporcionalidad². Asimismo, hemos decidido inicialmente enfrentar esta problemática desde una perspectiva histórico-analítica. Luego nos centramos en la doctrina del instinto de conservación para evitar una fusión entre el miedo insuperable y el estado de necesidad. Finalmente examinamos la naturaleza jurídica del estado de necesidad según la doctrina de la inevitabilidad, sin desconocer que una política criminal orientada a principios puede ayudar a resolver la problemática.

Conforme con lo expuesto, nos parece que es importante comenzar con el origen del miedo insuperable y su vinculación con la extrema *necessitas*. Una aproximación general a su evolución conceptual permite destacar no solo la importancia del origen histórico de la eximente y sus constelaciones fácticas, sino que también explica por qué es tan

¹ En esta línea, se observa esta posición a propósito del caso del tirano familiar en VAN WEEZEL (2015), p. 352. También interesante es destacar que “de modo análogo a la reconstrucción del sentido de la regla del estado de necesidad exculpante en el derecho penal alemán (§35 CP alemán), la eximente del miedo insuperable puede ser entendida no como causal de inculpabilidad, sino como causa de *exculpación*”, en MAÑALICH (2008), p. 65.

² En este contexto, véase MAÑALICH (2013), p. 742. y MAÑALICH (2016), pp. 253-256.

compleja su diferenciación del estado de necesidad. De ahí que el sentido teleológico de la *vis et metus* sea importante de abordar, con el objetivo de determinar si estamos en presencia de los parámetros del estado de necesidad o el miedo insuperable.

El miedo tiene su origen en un conjunto de distinciones que se observan detalladamente en la creación de la disposición del art. 10 N° 9 del Código Penal chileno. Por tanto, en concreto, se busca analizar lo dispuesto en los artículos 10 N° 9 y 11 del Código, los que, salvo en lo que concierne a la introducción del estado de necesidad el año 2010, contemplado en el numeral 11 del artículo 10, se mantienen inalterados desde la entrada en vigor del Código Penal en 1974. El contenido de las disposiciones enunciadas es el siguiente:

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 9. ° El que obra (...) impulsado por un miedo insuperable”.

“Art. 10. Están exentos de responsabilidad criminal: 11. ° El que obra para evitar un mal grave para su persona o derecho o los de un tercero, siempre que concurren las circunstancias siguientes: 1ª. Actualidad o inminencia del mal que se trata de evitar. 2ª. Que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo. 3ª. Que el mal causado no sea sustancialmente superior al que se evita. 4ª. Que el sacrificio del bien amenazado por el mal no pueda ser razonablemente exigido al que lo aparta de sí o, en su caso, a aquel de quien se lo aparta siempre que ello estuviese o pudiese estar en conocimiento del que actúa”.

En las siguientes secciones se analizan los alcances del miedo insuperable en situaciones de peligro de muerte, específicamente en aquellos supuestos en los que es posible prescindir de la selección del medio menos lesivo en el estado de necesidad. Aquí nuestra hipótesis es la siguiente: el miedo insuperable es una disposición que debe ser aplicada en casos de perturbación grave ante una situación de peligro o agresión ilegítima por las razones teleológicas, sistemáticas y axiológicas que se desarrollarán en este artículo³.

II. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO A LA *VIS ET METUS*

En el Código Penal chileno, la eximente del miedo insuperable no alude a excesos en la legítima defensa o en el estado de necesidad; sin embargo, la doctrina chilena reconoce

³ En este trabajo es importante indicar que no se procura un examen exhaustivo del estado de necesidad y el miedo insuperable en toda su constelación de casos, como tampoco de la fuerza irresistible. También partimos del presupuesto que la fuerza irresistible es un caso de *vis absoluta*, pues la Comisión Redactora del Código Penal chileno creó esta eximente según el art. 8. 9 y art. 8. 10 del CP español de 1848, COMISIÓN REDACTORA DEL CÓDIGO PENAL CHILENO, 1974, p. 255. Finalmente, no trataremos el contenido del derecho de necesidad en el plano de la justificación y nos centraremos en peligros de muerte propios de la inexigibilidad. Respecto de la problemática del estado de necesidad justificante en Chile y Alemania, véase HELMERS, 2016, *passim* y WILENMANN, 2014, *passim*.

en el miedo una perturbación que puede explicarlos. Así, existen buenos argumentos para afirmar que se reconoce esta idea en el miedo insuperable, y refuerza esta idea que la Comisión redactora del Código Penal chileno haya considerado como fuente primaria el Código de Pacheco de 1848. Último Código que en sus concordancias hace uso de las Partidas, y vincula el miedo (*metus*) a una perturbación en casos de peligro de muerte, privación de la libertad o tormento del cuerpo.

Al respecto, es importante señalar que el Código chileno se acerca al de Pacheco al consagrar una disposición sobre el miedo insuperable⁴, y en este contexto destaca Pacheco en sus concordancias la siguiente sección de las Partidas:

“*Metus* en latin tanto quiere decir en romance como miedo de muerte, o de tormento del cuerpo, o de perder libertad, o las cartas por la que podrie ampara o recibir deshonra por que fincarie enfamado; et de tal miedo como este, o de otro semejante fablan las leyes deste nuestro libro quedando dicen que pleito o postura que home faga por miedo, que non debe valer”⁵.

Como podemos observar, la exigente contempla varias hipótesis en las que no es posible imputar la lesión de un interés debido a una perturbación emocional⁶. Esta aproximación podría hacernos pensar que el miedo es solo parte del mundo hispanohablante, pero eso eludiría su presencia en otros ordenamientos. Así, a modo de ejemplo, la *Constitutio Criminalis Theresiana* de 1769 reconoce el concepto de miedo (*metus*) entre una serie de casos en los que es posible observar una lectura más abstracta que la presentada en las Partidas. Esto se confirma en el art. 11 § 8 de la *Constitutio* que alude a ciertas exigentes que en la actualidad están diferenciadas en el ordenamiento chileno. En ese sentido, la disposición establecía que cuando se alegaba fuerza (*Gewalt*)⁷, necesidad (*Noth*) o miedo (*Forcht*) había que evaluar si dicha coacción (*Zunötigung*) era de tal intensidad que pudiese horrorizar o precipitar a una persona prudente a actuar deliberadamente recurriendo a un medio de salvación punible⁸.

De este modo, la problemática en torno a qué comprende el miedo no es algo nuevo en la literatura chilena y, asimismo, está presente en las fuentes primeras del derecho penal. Piénsese también en los aportes de la filosofía aristotélica y escolástica⁹. De ahí

⁴ La disposición chilena fusiona la fuerza irresistible y el miedo insuperable, HERNÁNDEZ, 2011, p. 244.

⁵ L.7, tít. 33, p. VII

⁶ PACHECO, 1888, p. 170.

⁷ Hemos utilizado el término *fuerza* haciendo solo alusión a la *vis absoluta*, véase STOOS, 1913, pp. 134-135; HRUSCHKA, 1995, p. 743. Es decir, una neutralización del potencial físico de la conducta del agente, MAÑALICH, 2009, p. 218. En ese sentido, *Gewalt* en sus primeras acepciones responde al término *fuerza* antes que al de *violencia* en SLABÝ Y GROSSMANN, 1977, p. 409; SCHOEN Y NOELI, 1956, p. 193; HAENSCH, 1999, p. 147. Sin embargo, el término aludiría en la dogmática actual tanto a la *vis compulsiva* como a la *vis absoluta*, HRUSCHKA, 2005, p. 198; GROLMAN, 1818, pp. 38-39, § 41; HRUSCHKA, 1995, p. 743.

⁸ Art. 11, § 8. Art. 11, § 8. *Vis, metus, Constitutio Criminalis Theresiana, 1769*, p. 22. A propósito de esta disposición se vincula el término *metus* solo con *Forcht* (miedo) en HRUSCHKA, 1995, p. 743.

⁹ HRUSCHKA, 2003, pp. 57 - 59; VARGAS, 2013, pp. 764-769.

que Suárez, entre otros comentadores de la obra de Tomás de Aquino, se preguntasen, como intérpretes del miedo en casos de *extrema necessitas*, en qué situaciones la ley obliga ante un peligro de muerte (*periculum mortis*). Suárez realiza un tratamiento que le permite clasificar los peligros de muerte en extrínsecos e intrínsecos (*periculum mortis, vel est ab intrinseco, vel ab extrinseco*)¹⁰. La naturaleza intrínseca del peligro proviene de la frágil naturaleza humana, sea por sed o hambre. La extrínseca puede proceder de una tempestad, la guerra o cualquier otra causa externa que no pretende la infracción directa de la ley. La primera se denomina “accidental respecto de tal efecto; la segunda [...] natural [...] procedente de una causa que produce tal temor”¹¹ (*tale metum*).

Sin duda, estas consideraciones analíticas en torno a la figura del miedo son importantes y demuestran preocupación por sus fuentes primarias¹². Estas han sido utilizadas para explicar la lógica que subyace a las causas de exención de responsabilidad penal¹³ y en relación con los efectos del estado de necesidad. Si bien podríamos discutir cuál es el efecto que demanda en particular el miedo insuperable, la dogmática comparada concuerda en que tiene uno exculpante ante una agresión ilegítima en el § 33 del Código Penal alemán¹⁴. De ahí que los casos emblemáticos del miedo se presenten en casos de arrebatos¹⁵ que impiden cumplir con las exigencias de una defensa proporcionada en la necesidad¹⁶.

Esto nos lleva a uno de los puntos claves para diferenciar el miedo insuperable del estado de necesidad: siempre existirá una interferencia entre ambas eximentes que deberá ser resuelta en favor del reconocimiento de ciertos diferenciadores que impidan una superposición completa entre estas¹⁷.

III. INSTINTO DE CONSERVACIÓN

Es frecuente pensar que el estado de necesidad nos sitúa en una forma primitiva de la naturaleza humana, y no en la posición de quien decide racionalmente sortear un peligro. De este modo, el instinto de conservación reconoce parámetros psicológicos en la

¹⁰ SUÁREZ, 1967, p. 329, Lib. III, Cap. XXX, 9.

¹¹ SUÁREZ, 1967, p. 329, Lib. III, Cap. XXX, 9.

¹² SCHAFFSTEIN, 1957, p. 179; CARPZOV, 1758, p. 232.

¹³ HRUSCHKA, 2004, *passim*.

¹⁴ JIMÉNEZ, 2007, p. 206.

¹⁵ En este contexto, debemos indicar que “con carácter general o particular, se puede observar que normalmente los Códigos acogen como exculpantes bajo ciertas condiciones emociones, pasiones o los denominados ‘afectos’, pero normalmente que pertenezcan a los estados pasionales o afectos llamados ‘asténicos’, es decir, débiles o no violentos, pero no a los denominados ‘esténicos’, es decir, fuertes, violentos o agresivos (el término proviene del griego ‘stenos’, fuerza), como la ira, furia o cólera, los celos, la venganza, etc”. LUZÓN PENA, p. 23

¹⁶ JIMÉNEZ, 2007, p. 207.

¹⁷ HRUSCHKA, 2003, pp. 40-41.

necesidad e incluso consideraciones de derecho natural¹⁸. Así, en una situación de peligro de muerte no podríamos realizar consideraciones en la selección del medio menos lesivo. Cuando, a modo de ejemplo, decidimos cortar la cuerda que nos une a un compañero de alpinismo para no caer en las profundidades de un abismo, sería inadmisibles sostener que esa decisión es resultado de una ponderación de intereses. Lo mismo ocurre cuando fantaseamos acerca de la posibilidad de desviar un tranvía que pierde el control a una pista en la que solo matará a cinco y no a veinte trabajadores.

A partir del instinto, los fundamentos de la exculpación toman un carácter psicológico y ontológico. Únicamente coacciones psíquicas explicarían la exclusión de la responsabilidad en el estado de necesidad según parámetros de inimputabilidad. Llegados a este punto, el instinto tendría preponderancia frente a la capacidad de ajustar el comportamiento a la norma. Este sería de tal entidad que la norma no podría ser un referente en el comportamiento del agente. La necesidad no conocería de prohibición o mandato alguno en casos de supervivencia, pues la decisión siempre estaría en favor de la lesión de la norma.

A medida que se reconoce el instinto de conservación como parte del fundamento de la exculpación en el estado de necesidad, cada argumento intensifica el no reconocimiento de la prohibición de matar a un inocente. Si la acción del necesitado es el resultado del instinto de conservación, es evidente que no es posible razonar conforme con las exigencias del ordenamiento, pues no podríamos calificar la acción como meritoria o demeritoria¹⁹. En otras palabras, estaríamos en situaciones en las que no sería posible sancionar, porque el agente difícilmente sujetaría su comportamiento a una norma bajo un trastorno mental transitorio. El instinto de conservación adquiere sentido en situaciones de vida o muerte y carece de fuerza argumentativa en situaciones en las cuales no esté en riesgo la integridad corporal. Además, este tampoco es capaz de explicar qué sucede en aquellos supuestos en que un tercero interfiere en beneficio de la persona necesitada. De ahí que este punto sea crucial, y nos lleve a preguntar qué permitiría sostener que la acción de un tercero –en favor de un necesitado– se fundamente en el instinto de conservación, pues no entra en consideración una coacción psíquica que lo impulse a la autoconservación.

A lo largo de esta exposición, un partidario de la teoría de la diferenciación repararía en los efectos del estado de necesidad, y confiaría en la ponderación objetiva de alternativas del agente²⁰ en un conflicto de intereses o deberes. Sin embargo, un sector de la doctrina, en el estado de necesidad exculpante, haría admisible un elemento psicológico para explicar la disculpa de un comportamiento antijurídico. Además, nos

¹⁸ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1961, pp. 344-348; MORIAUD, 1889, pp. 132-139 y 193-212.

¹⁹ En este sentido, la doctrina neutralista (espacio de la libre valoración jurídica) acepta que no es posible en situaciones de peligro de muerte delimitar qué se justifica o exculpa en el campo del estado de necesidad. A modo de ejemplo, en casos católicos y librepensadores se darán la mano para resolver los efectos de una acción u omisión en el plano de la justificación o exculpación, véase Kaufmann, 1999, p. 417

²⁰ NÁQUIRA, 1998, p. 258; NOVOA, 2005, p. 367; ETCHEBERRY, 1998, p. 267; GARRIDO, 2007, p. 187; CURY, 2013, p. 258;

parece que no es posible afirmar que el instinto de conservación domine este espacio²¹. De lo contrario, en situaciones de peligro siempre se podría descartar la eficacia de la vigencia de la norma.

IV. INEVITABILIDAD COMO CRITERIO RECTOR

En la sección anterior hemos aportado argumentos para rechazar la teoría del instinto de conservación. El estado de necesidad requiere de criterios normativos pues no es equivalente a la eximente de inimputabilidad, ni a una simple coacción psicológica, sino a una disculpa que responde a parámetros objetivos. Cuando se trata la necesidad, no podemos desconocer que la cláusula de subsidiariedad es parte de su *prius logico*: como expresa esta idea, la exigencia de que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo conecta de forma estrecha con el estado de necesidad. Interpretación que es facilitada por la dogmática y la jurisprudencia española en el concepto de inevitabilidad.

Así pues, en la sentencia del TSE del 3 de diciembre de 1987 se indica que:

“la inevitabilidad del mal ocasionado, encarnación del principio de la acción subsidiaria ... solo permite actuar cuando el peligro no puede eludirse de otro modo; concepto este que está en la base misma de la expresión de estado de necesidad acuñada por las reformas penales de 1932 y 1944 en las que tal justificante (o causa de inculpabilidad si el conflicto se agudiza hasta alcanzar a bienes de igual valor) alcanzó toda su extensión, de modo que hay que partir de tal concepto como un *prius*, anterior, por ende, a los requisitos que lo condicionan y que se enumeran en el precepto (art. 8.º, 7.º del Código Penal)”²².

El estado de necesidad presenta en sus fundamentos una conexión con la selección del medio menos lesivo o perjudicial; exigencia que carece de relevancia en el miedo insuperable, pues existiría una perturbación que explica el exceso en la defensa tanto en una situación de peligro como agresión ilegítima. Por ello, existen diferencias importantes entre el miedo insuperable y el estado de necesidad, donde los esfuerzos de diferenciación se limitan a la exigencia de la cláusula de subsidiariedad, cláusula que está ausente en la regulación del miedo insuperable y en el escenario de interpretación de la dogmática chilena. El principio rector que mueve a la figura del miedo es el reconocimiento de una perturbación ante una situación de peligro o agresión ilegítima. Y de la misma manera que en la necesidad, si bien el criterio directivo viene dado por

²¹ SILVA, 1999, pp. 231-233; SILVA, 2005, pp. 681-696.

²² Sentencia del Tribunal Supremo Español del 8.12.1987 (Ponente: Díaz Palos). Énfasis añadido. En este sentido, reconocen la inevitabilidad de forma expresa, véase JIMÉNEZ DE ASÚA, 1961, p. 417; MORALES, 2011, p. 224; BALDÓ, 1994, p. 150, nota 334.

una situación de peligro, en la jurisprudencia chilena se presenta en varios trastornos del principio de la realidad²³.

El miedo insuperable requiere de una comprensión normativo-fenomenológica. Lo que sucede es que en un extremo de la dogmática se exagera la teoría del instinto de conservación y, en el otro, se rechaza la aceptación de perturbaciones propias de un arrebato en un conflicto de bienes o motivos en el estado de necesidad. A partir de ambos extremos, podemos dar lugar a una estructura de análisis que reconozca los elementos del estado de necesidad, pero también perturbaciones propias del miedo insuperable. De lo contrario, solo una realidad creada por el lenguaje permitiría diferenciar ambas eximentes.

De ahí que una arista fenomenológica incida en nuestra interpretación del miedo, pues una vez que se ha aceptado la exigencia de una perturbación emocional, el modelo de clasificación está determinado por una cierta plataforma conceptual. Por tanto, ante la presencia de una perturbación de esta especie, existen algunos matices que, con suficiente plasticidad, permiten diferenciar una perturbación de menor (trastorno de apreciación), mediana (trastorno del sentido) y máxima intensidad (trastorno del juicio)²⁴.

V. CONSIDERACIONES ANALÍTICO-FENOMENOLÓGICAS

Hemos sostenido desde el inicio que el miedo insuperable se caracteriza por una perturbación emocional. Y hemos observado que el miedo, en cuanto tal, es una eximente que opera en situaciones de peligro de muerte o tormento del cuerpo. Esto, a pesar de ser una evidencia clara, en el sistema chileno, ha suscitado propuestas que niegan en el miedo la presencia de arrebatos o afectos. Estas buscan imponer en el miedo una estructura objetiva exenta de perturbaciones emocionales, pues en la legítima defensa serían solo admisibles en casos de exceso. Las motivaciones de estas propuestas son variadas en el sistema chileno, y van desde una interpretación que observa en el artículo 10 Nº 11 solo un efecto justificante²⁵, hasta tesis doctrinarias que solo aceptan una lectura analógica entre el miedo insuperable y el estado de necesidad exculpante²⁶.

Sin embargo, pensemos, por ejemplo, en la diferencia que existe entre hurtar alimentos debido a la perturbación causada por un estado de inanición y la realización de la misma acción en una situación de catástrofe que impedirá el suministro de alimentos en una casa de ancianos. En el primer caso, el necesitado no puede cumplir con la cláusula de subsidiariedad, pues se encuentra perturbado por un estado de inanición y no puede seleccionar el medio menos lesivo. Sin embargo, en el segundo, el agente está en

²³ Corte Suprema, 23.8.1971, rol 17.788, considerando séptimo, letra a); Sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 20.12.1994, rol 1966-94, considerando cuarto; Corte Suprema, 18.8.2004, rol 2809-2004, entre otras. En la doctrina comparada, véase MOORE, 1984, pp. 416 y ss.

²⁴ LABATUT, 2005, p. 214; MAZZARELLI, 2006, pp. 144 y 182-183.

²⁵ VAN WEEZEL, 2015, p. 352.

²⁶ MAÑALICH, 2008, p. 65.

condiciones de ponderar las alternativas según la cláusula de subsidiariedad. Por ello, si el agente hurtara una consola de videojuegos para su entretenimiento y no alimentos básicos para los ancianos del recinto, sería a lo menos cuestionable el cumplimiento de la cláusula de subsidiariedad.

También pensemos en qué sucede en el caso de aquella mujer que producto de un trastorno de estrés postraumático, provocado por una situación de violencia intrafamiliar extrema por parte de su cónyuge, no denuncia estos hechos a la autoridad y lo mata cuando duerme con la pistola que este guardaba bajo su cama. En este caso, ¿estaríamos dispuestos a sostener que la cláusula de subsidiariedad del estado de necesidad no se verifica? ¿O estaríamos contestes en sostener que el síndrome de la mujer maltratada (*Battered Woman Syndrome*) impediría exigir el cumplimiento de la cláusula de subsidiariedad en el miedo insuperable?²⁷.

Un cuadro similar lo ofrece el caso de aquel drogadicto que en un síndrome de abstinencia decide ingresar a una farmacia para poder paliar el dolor. Esto debido a la imposibilidad de obtener el suministro de heroína necesario para contrarrestar los síntomas del peligro ya descrito. La aplicación de la regla del estado de necesidad en el caso resulta problemática. Sus circunstancias denotan exigencias que, estando planificadas para un agente que puede ponderar, arrancan de la cláusula de subsidiariedad. Luego, el miedo insuperable se presenta como una excusa que impide a la persona confrontar la situación de forma menos lesiva. Es comprensible que algunas interpretaciones tiendan a enfocar la problemática en términos de imputabilidad o en una eximente incompleta de estado de necesidad²⁸.

¿Por qué vincular el miedo insuperable con una perturbación emocional que excluye la subsidiariedad es un problema? Los que defienden el argumento de una colisión subjetiva de motivos sostienen que los fundamentos de la exención de responsabilidad se encuentran en la dificultad radical de cumplir con las exigencias de la norma en una situación de anormalidad. De ahí que la renuncia a la pena se fundamente en la debilidad humana en estos contextos extraordinarios. Sin embargo, esta perspectiva sería incapaz de explicitar cuáles son los criterios de valoración para excluir la responsabilidad.

Es la falta de parámetros de valoración lo que nos parece fundamental en el estado de necesidad²⁹, porque se trata de una pregunta que debemos responder en términos dogmáticos: ¿sugiere la existencia del miedo insuperable el reconocimiento de perturbaciones mentales que permitan excluir la subsidiariedad en el estado de necesidad, o el miedo solo puede ser aplicado por analogía en situaciones de exceso en legítima defensa?

²⁷ Sentencia del Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Antofagasta, rol 64-2017, N° 1600516510-9, 3.7.2017, considerando decimotercero.

²⁸ Un rechazo de la necesidad en un caso de adicción en Tribunal Supremo Español de 16.9.1982 (Ponente: Vivas Marzal). Sin embargo, la lectura es matizada en BALDÓ, 1994, pp. 147 y ss., p. 150, nota 334.

²⁹ Roxin, a modo de ejemplo, no explicita cuáles serían los parámetros de su política criminal, véase SILVA 1999, p. 243. Por su parte, la propuesta de Jakobs presenta dificultades. La fundamentación se centra en un infortunio no atribuible al agente. Sin embargo, ¿qué sucede en el caso de una enfermedad que es imputable al agente?, véase PALERMO, 2010, pp. 139-140.

Si bien históricamente en sus inicios es difícil diferenciar el miedo insuperable y el estado de necesidad, nadie sostendría en la actualidad la imposibilidad de hacerlo. A continuación realizaremos algunas consideraciones en relación con la regulación del estado de necesidad que presenta el artículo 10 Nº 11 en el Código Penal chileno. De esta forma, pretendemos presentar los parámetros de interpretación que deberíamos considerar en el estado de necesidad con independencia de sus efectos justificantes o exculpantes en un caso en concreto.

VI. REGULACIÓN DEL ESTADO DE NECESIDAD EN EL MODELO CHILENO

El estado de necesidad del artículo 10 Nº 11 adopta una perspectiva que, inspirada en el modelo suizo de Stooss, contempla un efecto justificante y exculpante³⁰. La disposición permite discurrir acerca de los efectos del estado de necesidad en términos dogmáticos. En ese sentido, el estado de necesidad está delimitado por cuatro requisitos ineludibles: un mal grave, la selección del medio menos lesivo o perjudicial, proporcionalidad entre males y que el necesitado no haya creado el mal o tenga el deber de tolerarlo. Esta disposición no sigue la lógica del modelo alemán del parágrafo 34 y 35 del StGB, pues Cury rechazó esta regulación con el objeto de permitir al intérprete (*ex post*) la valoración del hecho (*factum*) en torno a sus efectos justificantes o exculpantes según a regla del estado de necesidad.

Con esto, las particularidades del estado de necesidad comienzan a manifestar la dificultad de diferenciar un comportamiento meritorio y demeritorio. El legislador chileno nos invita a definir los criterios axiológicos que son admisibles para distinguir los efectos del estado de necesidad. Esta estrecha relación entre los efectos del estado de necesidad y la legislación desaparece en el modelo chileno³¹, pues entrega un margen de interpretación a la dogmática y la jurisprudencia en torno a los efectos del estado de necesidad³².

Es difícil determinar la diferencia entre el efecto justificante y el exculpante del estado de necesidad en un caso en concreto. Y esto conlleva la necesidad de comprender cómo es posible valorar la conducta del agente en situaciones extremas, pues la acción u omisión se presentan de forma desarticulada en un mundo objetivo. Así, es difícil negar

³⁰ CURY, 2013, p. 257.

³¹ En este sentido, en el ámbito de las causales de justificación se destaca que el único modelo que inicialmente distinguía entre un efecto justificante y exculpante era el Código Penal alemán, véase GREENAWALT, 1986, p. 1903. Las críticas a este modelo estarían en que el legislador estaría prejuzgando la situación y no permitiría al intérprete definir (*ex post*) cuáles serían los efectos del estado de necesidad.

³² Esto sin el propósito de promover un espacio de libre valoración jurídica en el que no sea posible distinguir entre un efecto justificante y uno exculpante. De lo contrario, podría pensarse que Cury buscó promover una tendencia dogmática (denominada tesis neutralista) en la que se admite en el estado de necesidad una categoría intermedia entre la culpabilidad y la antijuridicidad (responsabilidad penal por el hecho), o sencillamente se niega la posibilidad de diferenciar entre un efecto justificante y exculpante, véase MAURACH, 1994, p. 568, KAUFMANN, 1999, pp. 410-411

los sistemas de creencias que regulan nuestras emociones y ayudan a los agentes a orientarse en un contexto social. Sin embargo, las decisiones en casos de extrema necesidad no están mediadas por ese contexto. De ahí que, si bien un sistema axiológico permite a un agente orientarse en sociedad según los límites de su competencia, esto permite la interacción con otros agentes en la medida que existan condiciones que otorguen estabilidad en situaciones de peligro contingente. Sin embargo, ¿qué sucede si diferentes universos axiológicos se confrontan en la resolución de un caso de estado de necesidad. En ese sentido, ¿qué sucede si dos personas tienen diferentes sistemas axiológicos a la hora de valorar un hecho conforme con la norma o calificarlo como demeritorio en los confines de la exculpación? Por ello nos preguntamos: ¿Qué hacemos en una situación de esta naturaleza? Una primera respuesta podría ser que existe un espacio libre de valoración jurídica. En este espacio diferentes criterios axiológicos se pueden encontrar para llegar a un consenso.

Una segunda respuesta estaría en sostener que no es posible el consenso sin un conflicto o subordinación de un parámetro axiológico sobre otro. Nos parece que si aceptamos la primera alternativa (neutralista) y tratamos de llegar a un acuerdo, no podemos hacerlo sin abandonar el sistema de creencias desde donde observamos el mundo³³. Por tanto, la negociación en la primera alternativa resulta bastante conflictiva. Sin embargo, la segunda alternativa nos lleva a la imposición de un criterio axiológico sobre otro de forma autoritaria. Así, otra pregunta que surge es si ante un sistema axiológico A y otro B en tensión, ¿existirían principios que puedan ser utilizados para solucionar la controversia? De ahí que, aunque prime uno u otro en la solución, podríamos definir cuáles serían los fundamentos para sostener cuál está sustentado sobre principios válidos en el estado de necesidad. Por tanto, en la siguiente sección presentaremos una propuesta de solución por medio de una política criminal orientada a principios.

1. *Principialismo político como vía de solución*

Existen buenas razones para sostener que los principios no pueden estar enraizados en contenidos deónticos, porque uno podría sospechar que en el contexto de una política criminal no serían más que un fetiche³⁴, es decir, contenidos a los que se les debería rendir culto por su entidad sobrenatural, con el objetivo de gobernar el razonamiento de los intervinientes en el sistema. Sin embargo, contenidos de tal entidad permiten articular una solución en casos de estado de necesidad, según todas las reglas del sistema en torno a los pilares de una sociedad ilustrada: igualdad, libertad, dignidad y fraternidad. Si bien alguien podría cuestionar que el modelo “descansa en la cándida premisa según la cual esos primeros principios serían, sin más, universales”³⁵, ello nos llevaría a

³³ GADAMER, 2005, p. 392.

³⁴ MAÑALICH, 2018, pp. 60-61.

³⁵ MAÑALICH, 2018, p. 62.

desprendernos de una dogmática que evoluciona conforme con una tradición que hace operativa las reglas en sociedad.

Una política criminal como ciencia normativa debe partir de un consenso social que reconozca el enfrentamiento de las posiciones que dieron lugar a los pilares de la Ilustración. Por ello, cualquier problema de significación política requiere de una racionalidad que considere los principios de legalidad, seguridad y dignidad humana en relación con los pilares deónticos ilustrados ya mencionados (libertad, igualdad, dignidad y fraternidad). Por tanto, esta política criminal es compatible con la contingencia del juego democrático, en la medida que reconozca los consensos históricos que han evitado su ruptura. También se podría pensar que “el principialismo político-criminal ... parece esconder, en la forma de un artificio ideológico, el carácter políticamente controversial de los postulados que ese principialismo presenta como axiomas. En este preciso sentido, el principialismo opera propiciando una específica forma de falsa conciencia”³⁶. Sin embargo, esta axiología es parte de una filosofía del porvenir que explicita el contenido de los principios. En ese sentido, una política criminal orientada a principios no apela a una falsa conciencia, sino más bien al esfuerzo de describir un ideal sustentado en raíces ilustradas.

Ahora bien, uno podría sostener que quienes promueven una política criminal de esta naturaleza “creen estar ofreciendo una modelación no-política de un determinado espacio de disputa política –a saber, el de la política criminal–, siendo el caso que esa modelación resulta ser irreductiblemente política, lo cual quiere decir: políticamente controvertible”³⁷. Sin embargo, esta aseveración nos parece equivocada porque existe una axiología que difícilmente podría ser rechazada³⁸. Si bien estos ideales ilustrados nos juzgan en la búsqueda del perfeccionamiento humano, son de toda sensatez en la valoración de un hecho conforme con las reglas del sistema. En ese sentido, el pensamiento dogmático se disciplina a sí mismo adhiriendo a la estrategia de interpretación de una política criminal orientada a principios, que difícilmente puede ser derrotada mediante una interpretación posmoderna.

En este contexto, la disciplina del derecho penal busca explicar los fenómenos que se le presentan según los axiomas de un sistema inicial que permite incorporar nuevas estrategias de argumentación. Esto para descubrir nuevos caminos en la ponderación y la compensación de principios en atención a la complejidad del entorno. De ahí que, en un principio, sea necesario esclavizarse a los contenidos deónticos para ser libres en los confines de una política criminal. Sin embargo, subsiste la siguiente interrogante: ¿es una mera cuestión de diferencias de opinión el operar según la lógica de una política criminal orientada a principios? Si la pregunta es arbitraria y no importa qué sistema axiológico utilicemos, no sería posible diferenciar la justificación de la exculpación en un espacio contingente de conflicto. Dicha posición dejaría siempre las decisiones en

³⁶ MAÑALICH, 2018, p. 62.

³⁷ MAÑALICH, 2018, p. 62.

³⁸ SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, p. 96.

manos del grupo que tenga más poder para tomar la decisión del caso. Sin embargo, consideramos que los aportes de la tradición ilustrada, sobre los cuales se asienta la dignidad humana, no pueden ser reemplazados. De lo contrario, se corre el riesgo de resolver los conflictos jurídicos por medio de un solo principio en menoscabo de esa dignidad³⁹. Por ello, la articulación de los efectos del estado de necesidad no requiere solo constatar sus requisitos positivos, sino también de criterios axiológicos. De ahí que las dificultades históricas no sean triviales en la muerte de inocentes en extrema necesidad, aunque algunos tengan problemas en sostener que la vida está sobre un pedestal.

Existe una infinidad inabarcable de casos que pueden ser alterados hasta el punto de no poder distinguir cómo resolverlos en el estado de necesidad. Por tanto, los modelos axiológicos son relevantes en la decisión de quién vive o muere, pues todo pensamiento comenzaría con una premisa inicial. Si bien existen parámetros objetivos que se encuentran positivizados en el estado de necesidad, es parte de la discusión preguntarse qué permite determinar que el mal causado no es sustancialmente superior al que se pretende evitar en el art. 10 N° 11 del Código Penal chileno. En este orden de ideas, ¿es posible sostener que dos universos éticos puedan coexistir en el estado de necesidad?, ¿o la solución está en un criterio neutro? Pues bien, ¿cuáles son los parámetros de un razonamiento que únicamente se sustente en los requisitos positivos de esta eximente? Si bien el positivismo puede ser una perspectiva exitosa en términos reduccionistas, es peligroso erradicar el contenido deóntico de los principios en el sistema penal. De ahí que el mundo que habitan aquellos que critican una política orientada a principios está tan condicionado por estos contenidos, que dan por hecho la ética que emerge de sus orígenes.

Si aceptamos que los principios solo son parte de un proceso contingente, ¿cuál sería el contenido que los rige? En ese sentido, ¿podemos prescindir de toda axiología? Pues bien, la ética normativa es consecuencia de una dogmática que, arraigada en el pensamiento aristotélico-tomista, es difícil de desconocer en la necesidad. Así, los principios tienen una deontología que se encuentra en las fuentes primarias de la teoría del delito. De este modo, nos parece que aquellos que rechazan una política criminal orientada a principios entregan cuestionamientos insuficientes. Por tanto, en la siguiente sección analizaremos estos principios según diferentes perspectivas axiológicas.

2. *Creación de una jerarquía propia de valores*

El estado de necesidad involucra diferentes universos éticos. Se podría pensar que el intérprete crearía su propia jerarquía de valores y reemplazaría las tradiciones que permiten calificar un comportamiento como meritorio o demeritorio según la norma del estado de necesidad. Sin embargo, en esa posición interpretativa desconocería las premisas iniciales de la dignidad humana. De ahí que objetar el reconocimiento de una tradición ilustrada sea compatible con una lógica consecuencialista. Por ello, la estructura

³⁹ SÁNCHEZ-OSTIZ, 2012, pp. 56-57; PETERSON, 2020, p. 37.

axiológica argumentativa que se presenta en la justificación o exculpación en el estado de necesidad resulta un tema complejo. En ese sentido, ¿cómo se puede sostener en una situación de peligro de muerte que no es punible terminar con la vida de un inocente? En ese escenario, la prohibición de que nunca es lícito matar a un ser humano inocente es incomprensible en el consecuencialismo, pues esta prohibición sería virtualmente absoluta dependiendo de las consecuencias.

El consecuencialismo es defendido por una gran cantidad de autores en la dogmática penal. Entre estos, Ortiz de Urbina, Hörnle, entre otros, piensan que es posible desconocer prohibiciones morales absolutas en el estado de necesidad. De ahí que el consecuencialismo requeriría de dos fases en su análisis. La primera fase sería definir qué se entiende por bueno y la segunda consistiría en establecer cómo maximizar lo bueno. Por ello, el consecuencialismo adopta premisas que pueden diferir de la máxima bienestarista e incluso hedonista del utilitarismo en un sentido tosco o bruto. En ese sentido, uno podría sostener que el “utilitarismo es una teoría moral distinta del consecuencialismo. El consecuencialismo es más amplio, aunque el utilitarismo apareció antes como teoría concreta”⁴⁰. Así, el consecuencialismo sostiene que las acciones son valoradas en función de sus consecuencias, debiendo ser seleccionadas las más adecuadas según sus efectos para el caso en concreto. Sin embargo, en “relación a toda forma de utilitarismo y consecuencialismo... siempre habrá seres humanos desechables que deberán ser sacrificados en aras de un bien mayor”⁴¹. Tipo de reflexión que no solo está presente en casos de extrema necesidad, sino también “en torno a los seres humanos que están en los momentos iniciales de su vida”⁴².

Una posición consecuencialista podría considerar la importancia de la dignidad humana en una situación de peligro, con independencia del bienestar de la mayoría⁴³. Pues bien, predomina en la ponderación la consideración de los bienes en conflicto, pero también todos los factores implicados en el caso en concreto. Ello, según lo que defina como bueno o malo el intérprete a modo de premisa inicial en un silogismo práctico. Por ello, algunos adhieren a un consecuencialismo moderado en el caso de comunidades de peligro asimétricas⁴⁴.

Asimismo, para quedarnos con un ejemplo en torno a la multiplicidad de matices axiológicos que se pueden aportar en el estado de necesidad⁴⁵: supongamos que un terrorista se dispone a detonar una serie de bombas en la ciudad para destruir diferentes establecimientos educacionales, y es detenido por un policía que impide estos atentados mediante ciertas torturas psicológicas. Estas torturas consisten en amenazas condicionales acerca de la familia del terrorista y a consecuencia de estas se logra encontrar las bombas y desactivarlas. Sin embargo, el terrorista sufre graves daños psicológicos en el

⁴⁰ GEORGE Y TOLLEFSEN, 2012, p. 90

⁴¹ GEORGE Y TOLLEFSEN, 2012, p. 94

⁴² GEORGE Y TOLLEFSEN, 2012, p. 94

⁴³ MOLINA, 2009, p. 125; ORTIZ DE URBINA, 2011, pp. 187-188.

⁴⁴ WILENMANN, 2016, *passim*.

⁴⁵ POSNER, 2006, pp. 12 - 81

interrogatorio. Tal como algunos observan, el policía sería imputado por el delito de tortura. Sin embargo, ¿podría esta tortura psicológica estar amparada en el estado de necesidad para evitar males graves a terceros? De ahí que definir qué acciones pueden ser consideradas en el campo del estado de necesidad, es un elemento problemático cuando se pondera el derecho del terrorista a ser tratado con dignidad con la seguridad de los ciudadanos⁴⁶.

Esta imputación del delito de tortura no explicaría por qué la acción del policía puede estar justificada, exculpada o, asimismo, fuera de los parámetros del estado de necesidad⁴⁷. De esta forma, algunos consecuencialistas niegan la justificación de la acción, pues existiría un núcleo esencial de dignidad humana. En ese sentido, nunca sería lícito torturar a un terrorista por las consecuencias de estos actos, en el Medio Oriente y en la Isla de Guantánamo, para encontrar armas de destrucción masiva⁴⁸. Sin embargo, no deja de ser interesante que si bien esta posición consecuencialista reconocería una prohibición absoluta de tortura por razones de índole histórico-sociológicas, este núcleo no sería reconocido en supuestos de aborto en casos de violación. Aquí lo determinante es la premisa inicial que permiten definir el carácter prohibido de la acción u omisión en el estado de necesidad. Premisas que en cierta medida servirán de fundamento en el ejercicio de exclusión de responsabilidad.

Para ilustrar el punto, el consecuencialismo puede crear a diestra y siniestra núcleos de dignidad por razones históricas, sociológicas o filosóficas. Aquí cabría abandonar el problema de la valoración del hecho conforme con la norma, así como el problema de la exculpación o la justificación del hecho en el estado de necesidad. Pues bien, todo dependería del intérprete, sin necesidad de tradición. De esta forma, el consecuencialismo sería una posición relativista, pues no existirían reglas previas que guíen la ponderación. Sin embargo, una tradición moral recalcitrante sostendría la existencia de absolutos morales que impedirían la tortura o el aborto en todo supuesto. En ese sentido, existiría una instrumentalización en el hecho de torturar como en terminar con la vida del que está por nacer en toda hipótesis de peligro. Sin embargo, el doble efecto –en el contexto de una tradición moral clásica– podría justificar la tortura indirecta (psicológica) de un terrorista para salvar a un número importante de personas. Pues bien, no sería un daño directo sobre el cuerpo del agente lo que impediría la detonación de la bomba, sino más bien la amenaza de un mal que podría recaer sobre este. Como tampoco sería un daño directo sobre la vida del no nacido, aceptar un aborto indirecto en situaciones de riesgo para la vida de la madre en casos de embarazo ectópico, cervical, entre otras hipótesis.

El consecuencialismo no se genera de forma espontánea, nace de un diálogo con otros, que rechaza la existencia de absolutos morales en la literatura contemporánea. Una posición que encarna un relativismo que dificulta definir los parámetros de la solidaridad en la extrema necesidad. Un juego que algunos autores están dispuestos a aceptar, y que

⁴⁶ ORREGO, 2015, p. 124.

⁴⁷ En este sentido, “parece demasiado simple descartar ... cualquier ... balance ... de la prohibición absoluta de la tortura...”. AMBOS, 2009, p. 59.

⁴⁸ MOLINA, 2009, p. 119; ORREGO, 2015, p. 124; WALDRON, 2010, *passim*.

una posición dogmática minoritaria, pero enfática, rechaza por medio de un pensamiento que identifica la premisa mayor con absolutos morales⁴⁹. El aceptar terminar con la vida de inocentes es una idea compleja, pues cuando la dogmática acepta el valor infinito de la vida humana adopta una jerarquía de valores. Por tanto, no es extraña cierta rigidez en aceptar como consecuencia directa la muerte de inocentes en la necesidad.

Finalmente, nos parece que abrazar irreflexivamente el consecuencialismo deriva en un relativismo que no entrega seguridad a los intérpretes del estado de necesidad. Por ello, enamorarse de este implica aceptar que sus consideraciones son tan buenas que no se necesita de nada más en la necesidad. El solo hecho de aceptarlo, nos haría creer que la ponderación de consecuencias es lo único necesario en la solución de un caso. En ese sentido, rebelarse contra el consecuencialismo nos transforma en un enemigo, pues solo estaría bien adherir a lo que sostenga cada intérprete con independencia de las tradiciones.

VII. PROPUESTA DE DIFERENCIACIÓN: AUTONOMÍA DEL MIEDO

Para valorar la aplicación del estado de necesidad y el miedo insuperable, según parámetros normativos y de orden político-criminal, nos parece que es necesario responder tres preguntas en el estado de necesidad. Primero, ¿actúa el agente ante una situación de peligro actual o inminente producto de un proceso de perturbación? Segundo, ¿están sus acciones afectadas por una perturbación que objetivamente es grave según los presupuestos fácticos del caso? Y tercero, ¿existe una situación de inevitabilidad plena, de forma que el comportamiento antijurídico cumpla con las exigencias de la cláusula de subsidiariedad?

Ante todo, hay que indicar que el miedo insuperable presenta tres elementos. Al enunciar estos, y el modo en que están retratados en la dogmática chilena, encontramos su diferenciación del estado de necesidad en las respuestas a nuestras tres preguntas planteadas. Pues bien, advertiremos que el agente actúa ante una situación de peligro actual o inminente, percibiremos que es posible exigir el cumplimiento de la cláusula de subsidiariedad en caso de no verificar la presencia de una perturbación objetiva según la agresión o el peligro, y notaremos que es posible exigir una inevitabilidad plena en caso de un peligro de muerte, es decir, que no exista otro medio practicable cuando el agente pueda motivarse sin la presencia de una perturbación emocional.

La primera respuesta exige estar en una situación de peligro para poder evitar un mal grave, y ya hemos visto que la doctrina lo entiende como la probabilidad cierta de verse afectado por un mal sobre nuestra persona o en los derechos de un tercero. La segunda busca explicitar por qué la cláusula de subsidiariedad no opera en casos de miedo insuperable, sea en supuestos de peligro en los cuales exista un exceso en la defensa ante una agresión ilegítima o en casos de estado de necesidad. Por ejemplo, el caso de aquella persona que víctima de un trastorno de estrés postraumático reacciona

⁴⁹ Véase MADRID Y GUERRA, 2020, *passim*.

de forma excesiva frente a una agresión. De este modo, cuando una víctima se dispone a defenderse de un agresor, no solo lo apuñala en una oportunidad, sino reiteradas veces hasta darle muerte, pues revive el episodio traumático; esto constituye el reconocimiento de una perturbación que imposibilita exigir el cumplimiento de la necesidad racional del medio empleado.

Ahora bien, todos los requisitos del miedo insuperable están subordinados a dos elementos fundamentales: una situación de peligro o agresión ilegítima. En el miedo se requiere una perturbación de mediana intensidad (trastorno del sentido de la realidad) que explique por qué no será penado el exceso en estado de necesidad frente al incumplimiento de la cláusula de subsidiariedad (que no exista otro medio practicable y menos perjudicial para evitarlo), o la necesidad racional del medio empleado en la legítima defensa. Con lo que podemos concluir que la diferencia entre el miedo insuperable y el estado de necesidad radica en la exigencia de la cláusula de subsidiariedad y la existencia de una perturbación emocional grave que sea propia de un trastorno del sentido de la realidad.

¿Cuál es el verdadero sentido teleológico del miedo insuperable? ¿Es el miedo insuperable una eximente independiente del estado de necesidad? Observamos aquí un conjunto único en el miedo insuperable, y la naturaleza de sus contornos solo acepta interferencia con la legítima defensa y el estado de necesidad en casos de exceso. La sucesión de casos que hemos desarrollado en este trabajo nos permite llegar a esta afirmación: ¿hay otra alternativa? Solo una: que el miedo insuperable cumpla exactamente la misma función del estado de necesidad exculpante y que la disposición del art. 10 N° 11 responda a los parámetros de un estado de necesidad justificante. Sin embargo, nos parece que dicha alternativa no es posible en el sistema chileno, pues el miedo perdería la posibilidad de introducir perturbaciones emocionales en un plano fenomenológico según el principio de realidad.

VIII. BALANCE GENERAL Y CONCLUSIONES

A lo largo de este trabajo hemos defendido que el miedo insuperable se diferencia del estado de necesidad. En primer lugar, el estado de necesidad exige la presencia de un peligro que también se observa en el miedo insuperable. Sin embargo, la exigencia de la cláusula de subsidiariedad no podría operar en casos de miedo insuperable. Segundo, el miedo insuperable requiere no solo la presencia de una situación de peligro o agresión ilegítima, sino también la existencia de una perturbación por dichos presupuestos fácticos. Si bien es cierto que en el estado de necesidad se requiere de parámetros normativos y objetivos en la valoración, esto no significa que en el miedo insuperable no podamos considerar parámetros de perturbación propios de un trastorno del sentido de la realidad. En tercer lugar, el principio de la realidad tiene parámetros filosóficos que pueden ser propios del derecho penal y de la psiquiatría para la graduación de perturbaciones en el sistema penal.

De estas afirmaciones se desprende que el miedo insuperable no es un símil de estado de necesidad, sino más bien una eximente que responde a casos en los cuales es posible, por razones de humanidad, no exigir el *prins logico* del estado de necesidad (cláusula de subsidiariedad). De ahí que esta diferencia entre el miedo insuperable y el estado de necesidad permite constatar —en el caso de esta última eximente— un ejercicio de proporcionalidad entre males según los parámetros de una tradición ilustrada en el marco de una política criminal orientada a principios.

Esta conclusión pone en la mesa varias problemáticas importantes: el contenido deóntico de los principios de una política criminal, la relación del derecho penal con la psiquiatría en un plano de segundo orden y la inevitable cuestión axiológica en casos de extrema necesidad.

BIBLIOGRAFÍA

- AMBOS, Kai, 2009: *Terrorismo, tortura y Derecho penal. Respuestas en situaciones de emergencia*, Barcelona: Editorial Atelier.
- BALDÓ Lavilla, Francisco, 1994: *Estado de necesidad y legítima defensa: Un estudio sobre las «situaciones de necesidad» de las que derivan facultades y deberes de salvaguarda* (2º Edición), Barcelona: Editorial B de F.
- CARPZOV, Benedikt, 1758: *Practicae novae imperialis saxonicae rerum criminalium* (9º Edición), Francofurti ad Moenum, Varrentrapp.
- COMISIÓN Redactora del Código Penal Chileno, 1974: *Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora, con un estudio preliminar de Manuel de Rivacoba y Rivacoba*, Valparaíso, Edeval.
- CURY, Enrique, 2013: “El estado de necesidad en el Código Penal Chileno”, en: AA.VV., *La Ciencia Penal en la Universidad de Chile*. Libro homenaje a los profesores del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, Santiago, Universidad de Chile.
- ETCHEBERRY Orthusteguy, Alfredo, 1998: *Derecho Penal. Parte General* (3ª edición), Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GADAMER, Hans Georg, 2005: *Verdad y Método I* (11ª edición), Salamanca, Ediciones Sígueme.
- GARRIDO Montt, Mario, 2007: *Derecho Penal. Parte general*. (4ª edición), Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GEORGE, Robert P. y Tollefsen, Christopher, 2012: *Embrión. Una defensa de la vida humana*, Sevilla, Rialp
- GREENAWALT, Kent, 1986: “Distinguishing Justifications from Excuses”, *Law & Contemporary Problems (Carolina del Norte)*, volumen XLIX, Nº 3, p. 89. Disponible en <http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=3860&context=lcp> [fecha de consulta 12.05.2014]
- GROLMAN, Karl, 1818: *Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft* (3ª edición), Gießen, Georg Friedrich Heyer.
- HAENSCH, Günther, 1999: *Diccionario Alemán, Alemán-Español / Español-Alemán*, Barcelona, Editorial Herder.
- HELMERS, Gunnar, 2016: *Möglichkeit und Inhalt eines Notstandsrechts. Eine Grundlegende Untersuchung. Zuglich Ein Beitrag Zur Kantischen Rechtsphilosophie*, Berlin, Duncker & Humblot.

- HERNÁNDEZ Basualto, Héctor, 2011: "Comentario al art. 10 N° 9 del Código Penal", en Couso Salas y Hernández Basualto (directores), *Código Penal Comentado. Parte General. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Abeledo Perrot-Legal Publishing, pp. 243-259.
- HRUSCHKA, Joachim, 1995: "Die Nötigung im System des Strafrechts", *Juristenzeitung (Tubinga)*, volumen L, N° 15/16.
- HRUSCHKA, Joachim, 2003: *¿Puede y debería ser sistemática la dogmática jurídico-penal?* (trad.), Córdoba: Editorial Mediterránea.
- HRUSCHKA, Joachim, 2004: "Causas de justificación y causas de exculpación: la tabla de Carnéades en Gentz y en Kant" (Trad. Dr. Ricardo Robles Planas), en *Anuario de derecho penal y ciencias penales*, España, Tomo LVII, pp. 6-17.
- HRUSCHKA, Joachim, 2005: *Imputación y derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pamplona, Editorial Aranzadi.
- JIMÉNEZ De Asúa, Luis, 1961: *Tratado de Derecho penal* (3ª edición), Tomo IV, Buenos Aires: Editorial Losada.
- JIMÉNEZ, María José, 2007: *El exceso intensivo en la legítima defensa*, Granada: Editorial Comares.
- KAUFMANN, Arthur, 1999: *Filosofía del Derecho* (2ª Edición), Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- LABATUT Glenda, Gustavo, 2005: *Derecho Penal. Parte General* (9ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LUZÓN Pena, Diego Manuel, 2016: "Exculpación por inexigibilidad penal individual", en *Revista Justicia e Sistema Criminal*, v. 8, N° 14, p. 9-36.
- MADRID, R., Guerra, R., 2020, "Universos éticos y la metarregla del doble efecto en el estado de necesidad", *Problema. Anuario de Filosofía y Teoría del Derecho*, N° 14, pp. 247-283. Disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/filosofia-derecho/article/view/14911/15885>. [Fecha de consulta: 6.4.2021]
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2008: "Miedo insuperable y obediencia jerárquica", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXI, N° 1, pp. 61-73.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2009: *Nötigung und Verantwortung*, Baden-Baden, Nomos.
- MAÑALICH Raffo, Juan Pablo, 2013: "El estado de necesidad exculpante. Una propuesta de interpretación del artículo 10 N° 11 del Código Penal chileno", en van Weezel (Ed.), *Humanizar y renovar el Derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal-Publishing, pp. 715-742.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2016: "¿Arrebató y obcecación pasionalmente condicionados como atenuante por un femicidio frustrado?", en *Revista de Estudios de Justicia*, N° 25, pp. 247-258
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2018: "El principialismo político-criminal como fetiche", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 29.
- MAURACH, Reinhart, 1994: *Derecho penal: Parte general, actualizado por Heinz Zipf* (trad.), Buenos Aires, Astrea.
- MAZZARELLI, Alfonso, 2006: *Lecciones de psicología anormal y patológica*, Santiago, Universidad Diego Portales.
- MOLINA Fernández, Fernando, 2009: *Estado de necesidad y justificación penal: ¿Es lícita la tortura en situaciones extremas?*, Colombia: Grupo Editorial Ibañez.
- MOORE, Michael, 1984: *Law and Psychiatry: Rethinking the Relationship*, Estados Unidos, Cambridge University Press.
- MORALES Prats, Fermín, 2011: "Artículo 20.5", en Gonzalo Quintero (director), *Comentarios al Código Penal español* (6ª edición), Tomo I, Navarra, Aranzandi, pp. 897-942
- MORIAUD, Paul, 1889: *De la justification du délit par l'Etat de nécessité*, Genève, R. Burkhardt
- NÁQUIRA, Jaime, 1998: *Derecho Penal. Teoría del Delito*, Tomo I, Santiago, Editorial McGrawHill.

- NOVOA Monreal, Eduardo, 2005: *Curso de Derecho Penal chileno. Parte General*. (3ª edición), Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ORREGO-SÁNCHEZ, Cristóbal, 2015: Principio de proporcionalidad y principio de Doble Efecto. Una propuesta desde la Filosofía del Derecho, en *Díkaión: revista de actualidad jurídica* (Chía), Volumen XXIV, nº1, pp. 117-143.
- ORTIZ de Urbina Gimeno, Iñigo, 2011: “Caso de los dos psiquiatras en el III Reich”, en Pablo Sánchez Ostiz (coordinador), *Casos que hicieron doctrina en el Derecho penal* (2ª edición), Madrid, La Ley, pp. 177-192.
- PACHECO, Joaquín, 1888: *El Código Penal Concordado y Comentado* (6º edición), Tomo I, Madrid, Imprenta y Fundición de Manuel Tello.
- PALERMO, Omar, 2010: “Deberes de tolerancia e indulgencia en situaciones de necesidad”, en Ricardo Robles Planas y Pablo Sánchez Ostiz (coordinadores), *La crisis del Derecho penal contemporáneo*, Barcelona, Atelier, pp. 125-147.
- PETERSON, Jordan B., 2020: *Mapas de sentido. La arquitectura de la creencia*, Barcelona: Editorial Ariel.
- POSNER, Richard, 2006: *Not A Suicide Pact*, New York, Oxford University Press.
- SÁNCHEZ Ostiz, Pablo, 2012: *Fundamentos de Política criminal. Un retorno a los principios*, Madrid, Marcial Pons.
- SCHAFFSTEIN, Federico, 1957: *La Ciencia Europea del Derecho penal en la época del humanismo* (trad.), Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- SCHOEN, T.H. y Noeli, T., 1956: *Langenscheidt. Diccionario Manual de las lenguas española y alemana. Parte primera. Español/Alemán*, Berlín Schöneberg: Langenscheidt.
- SILVA Sánchez, Jesús Maria, 1999: “Sobre las actuaciones en una “situación de necesidad” que no implican deberes de tolerancia”, en *Cuestiones actuales de la teoría del delito*, España, McGraw-Hill Interamericana de España, pp. 155-184.
- SILVA Sánchez, Jesus Maria, 2005: “Zur Verhältnismäßigkeit Problematik im entschuldigende notstand”, *Jahrbuch für Recht und Ethik/Annual Review of Law and Ethics* (Tübingen), volumen XIII.
- SLABÝ, Rudolf J. y Grossmann, Rodolfo, 1989: *Diccionario de las lenguas española y alemana* (4ª edición), Tomo II Alemán-Español, Barcelona: Editorial Herder.
- STOOS, Carl, 1913: *Lehrbuch des Österreichischen Strafrechts*, Wien un Leipzig, Franz Deuticke.
- SUÁREZ, Francisco, 1967: *Tratado de las leyes y de Dios legislador* (trad.), Volumen 2, Madrid, Instituto de Estudios Políticos.
- VAN Weezel, Alex, 2015: “Caso “Agresor dormido. El problema del “tirano doméstico” SCA San Miguel, 27/03/2013, Rol Nº 133-2013”, en Tatiana Vargas (directora), *Casos Destacados Derecho Penal. Parte general*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 337-356.
- VARGAS Pinto, Tatiana, 2013: “¿Tiene la necesidad cara de hereje? Necesidad justificante y exculpante del artículo 10 Nº 11”, en Alex Van Weezel (editor): *Humanizar y renovar el Derecho Penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago, Legal Publishing, pp. 743-774
- WALDRON, Jeremy, 2010: *Torture, Terror, and Trade-Offs. Philosophy for the White House*, Oxford: Oxford University Press.
- WILENMANN, Javier, 2014: *Freibitribution und Verantwortungsbegriff*, Tübingen, Mohr Siebeck.
- WILENMANN, Javier, 2016: “Imponderabilidad de la vida humana y situaciones trágicas de necesidad”, en *InDret*, Nº 1, pp. 5 y ss. Disponible en <http://www.indret.com/pdf/1201.pdf>. [Fecha de consulta: 15.4.16]

Normas jurídicas citadas

CÓDIGO PENAL, publicado el 12 de noviembre de 1874.

CONSTITUTIO CRIMINALIS THERESIANA, publicado en 1769.
LAS SIETE PARTIDAS, edición de 1555.

Jurisprudencia citada

CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de 8 de junio de 1963, rol 1966-94, considerando cuarto.

CORTE SUPREMA, sentencia de 23 agosto de 1971, rol 17.788, considerando séptimo.

CORTE SUPREMA, sentencia de 18 de agosto de 2004, rol 2809-2004.

TRIBUNAL ORAL EN LO PENAL DE ANTOFAGASTA, sentencia de 3 de julio de 2017, rol 64-2017, ruc 1600516510-9, considerando decimotercero.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 16 de septiembre de 1982, ponente: Vivas Marzal.

TRIBUNAL SUPREMO ESPAÑOL, sentencia de 8 de diciembre de 1987, ponente: Díaz Palos.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Infracciones instantáneas con efectos permanentes en el derecho ambiental: un caso pionero (Corte Suprema)

Instant regulatory offences with permanent effects in environmental law: a pioneer case (Supreme Court)

*Comentario de Claudio Tapia Alvial**

Santiago, veintitrés de agosto de dos mil veintiuno.

VISTOS:

En estos autos Rol Nº 144.349-2020 sobre reclamación ambiental previsto en el artículo 17 Nº 3 de la Ley 20.600, caratulados “Ortúzar Greene Florencia con Superintendencia del Medio Ambiente (SMA)”, la parte reclamante dedujo recurso de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia dictada por el Tercer Tribunal Ambiental, que rechazó el reclamo deducido en contra de la Resolución Exenta DSC Nº 948 de 5 de junio de 2020, que archivó su denuncia en contra de la empresa Acuimag S.A., por cuanto los registros de Información Ambiental, INFA, practicados entre abril de 2010 y agosto de 2016, se reportaron condiciones anaeróbicas en diez centros piscícolas que le fueran concesionados, en incumplimiento de sus respectivas Resolución de Calificación Ambiental (RCA).

Encontrándose la causa en estado, se trajeron los autos para dar cuenta, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 781 y 782 del Código de Procedimiento Civil.

[...]

II. EN CUANTO AL RECURSO DE CASACIÓN EN EL FONDO:

SÉPTIMO: Que la recurrente de nulidad sustancial, denuncia la vulneración del artículo 3 inciso segundo de la Ley Nº 18.575, en relación a los artículos 2 y 3 letra a) y 37 de la Ley Nº 20.417, artículos 8 inciso segundo y 64 de la Ley Nº 19.300 y artículo 1 C letra B de la Ley Nº 18.892 al contravenirse el principio precautorio.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. MSc Philosophy and Public Policy, London School of Economics, Inglaterra. ORCID: 0000-0002-1601-9449. Correo electrónico: tapclaudio@gmail.com

Al respecto, refiere que las mencionadas normas legales fueron infringidas al decidir rechazar la reclamación deducida por encontrarse prescritas las infracciones denunciadas, no obstante reconocer que el anaerobismo no se ha producido por causas naturales de la zona y que el proceso de investigación realizado por la SMA no fue satisfactorio. Al efecto, los sentenciadores realizaron una interpretación restrictiva de las potestades fiscalizadoras de la SMA, al considerar que haber continuado con la investigación, habría ido en contra de los principios de eficacia y eficiencia del Tribunal, conclusión que, a juicio del recurrente, no se ajusta a derecho, pues la prescripción no debió ser declarada respecto a cinco centros denunciados: CES Entrada Bahía Tranquila II (código 120078), CES Punta Vergara (código 120113), CES Islas Wagner II (código 120117), CES Bahía Tranquila III (código 120081) y CES Bahía Tranquila II (código 120083).

[...]

Tras reseñar el contenido de la sentencia recurrida, citar jurisprudencia administrativa y judicial que estima aplicable en la especie, concluye que los jueces del fondo infringieron los principios de eficiencia, eficacia y celeridad administrativa que rigen los órganos de la Administración del Estado, interpretando erróneamente las normas de prescripción y la amplitud con que deben interpretarse las facultades fiscalizadoras de la SMA, y en contravención al principio precautorio, que condujeron a declarar la prescripción de la totalidad de los centros denunciados, en circunstancia que respecto de cinco de ellos no correspondía.

[...]

DÉCIMO CUARTO: Que, si bien la omisión antes advertida resulta suficiente para desecharse el recurso, igualmente el recurso de nulidad sustancial debía ser desestimado por cuanto las infracciones de derecho denunciadas no han sido tales.

En efecto, el artículo 37 de la LOSMA, en lo pertinente, dispone: “Las infracciones previstas en esta ley prescribirán a los tres años de cometidas, plazo que se interrumpirá con la notificación de la formulación de cargos por los hechos constitutivos de las mismas”.

Conforme a esta norma, el plazo de prescripción comienza a computarse desde la comisión de la infracción y se interrumpe con la notificación de la formulación de cargos.

Luego, para efectos de determinar si efectivamente las posibles infracciones denunciadas se encuentran prescritas, efectivamente correspondía determinar si estamos en presencia de una infracción instantánea con efectos permanentes o, como alegó la reclamante, se trata de una infracción constante y reiterada en el tiempo.

DÉCIMO QUINTO: Que, sobre el particular, se ha definido la infracción permanente como aquella en la que “[...] una acción u omisión única crea una situación jurídica, cuyos efectos permanecen hasta que el autor cambia su conducta” (NIETO GARCÍA, Alejandro. Derecho.

Administrativo Sancionador. 5a Ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2012, p. 493). Otra definición señala que las infracciones permanentes son “aquellas figuras en las que la acción provoca la creación de una situación antijurídica duradera que el sujeto mantiene a lo largo del tiempo dolosa o imprudentemente” (GÓMEZ TOMILLO, Manuel y SANZ RUBIALES, Iñigo. Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. 3a ed. Pamplona: Editorial Aranzadi, 2013, p. 649). Además, se ha sostenido que las infracciones permanentes son aquellas en las cuales: “[...] el administrado se mantiene en una situación infractora, cuyo mantenimiento le es imputable. A diferencia del caso anterior, no son los efectos jurídicos de la conducta infractora los que persisten, sino la conducta misma. Es el caso, por ejemplo, de quien opera sin licencia (que sería distinto del tipificado como abrir o construir sin licencia, que se consume en un momento determinado, luego del cual perduran únicamente sus efectos)” (BACA ONETO, Víctor. “La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del procedimiento administrativo general (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas)”. Derecho & Sociedad. 2011, Núm. 37, p. 268).

DÉCIMO SEXTO: Que, teniendo presente lo antes anotado, correctamente los sentenciadores recurridos, en el fundamento 29º concluyeron: “...el anaerobismo no es una infracción por sí sola sino un efecto de una infracción. Por ello, en el evento que se hubiese determinado que el anaerobismo de los centros de cultivo se produjo por una causa antrópica derivada de un incumplimiento, al tratarse de un efecto, no puede ser clasificada de infracción permanente. Estas crean un estado antijurídico constante en el tiempo porque la conducta del sujeto se mantiene al margen del ordenamiento jurídico, como sería el caso, por ejemplo, del que ejecuta un proyecto o actividad sin contar con RCA debiendo requerirla. En la especie, la conducta del presunto causante del anaerobismo no es permanente en el tiempo, aunque el efecto que crea sí. La consumación de la infracción se produciría por el acto material específico (en general, sobreproducir y alimentar, incorrecto manejo de mortalidades y fecas, entre otros) que puede generar una lesión al bien jurídico protegido (cuerpo de agua) que se mantiene en un periodo más o menos dilatado en el tiempo. Ese periodo de tiempo posterior a la comisión de la infracción y en el que se producen los efectos, sin embargo, es una fase de agotamiento de la infracción y carece de relevancia desde el punto de vista de la consumación (Véase: Gómez Tomillo, Manuel y Sanz Rubiales, Iñigo, Derecho Administrativo Sancionador. Parte General. Teoría General y Práctica del Derecho Penal Administrativo, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, p. 642)”.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, en consecuencia, siendo las denunciadas, infracciones instantáneas con efectos permanentes, los jueces del fondo determinaron en el fundamento 30º de la sentencia recurrida que su prescripción se computa desde que se consuman las mismas, y no desde que se agotan sus efectos. Luego, no siendo claro cuándo las eventuales infracciones se habrían cometido en cada centro de cultivo, correctamente los juzgadores se situaron en el escenario más conservador, tomaron como referencia para el cómputo del plazo de prescripción la fecha de término de la cosecha del respectivo

ciclo, término desde el cual había transcurrido latamente el término de 3 años de prescripción previsto en el artículo 37 de la LOSMA, sin que en el intertanto la SMA haya formulado cargos en contra de la denunciada.

DÉCIMO OCTAVO: Que, en virtud de lo expuesto, a diferencia de lo señalado por el reclamante, la infracción que denuncia al artículo 37 de la LOSMA no se ha configurado en la especie, desde que el Tribunal Ambiental acertadamente concluye que las posibles infracciones denunciadas, respecto del cual la resolución reclamada dispuso su archivo, se encuentran prescritas, sin perjuicio de iniciarse una eventual investigación conducente a la sustanciación de un procedimiento sancionatorio, de manera que tampoco han podido configurarse los yerros denunciados al artículo 3 inciso segundo de la Ley Nº 18.575, en relación a los artículos 2 y 3 letra a) de la Ley Nº 20.417, artículos 8 inciso segundo y 64 de la Ley Nº 19.300 y artículo 1 C letra B de la Ley Nº 18.892.

DÉCIMO NOVENO: Que, en razón de todo lo precedentemente razonado y concluido, el recurso de casación en el fondo deberá ser desestimado, por manifiesta falta de fundamentos.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en los artículos 26 y 30 de la Ley Nº 20.600, **se declara inadmisibile** el recurso de casación en la forma y **se rechaza** el recurso de casación en el fondo, ambos deducidos por la parte reclamante, en contra de la sentencia dictada el diecinueve de noviembre de dos mil veinte, por el Tercer Tribunal Ambiental.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Carroza.

Rol Nº 144.349-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y por los Abogados Integrandos Sr. Pedro Pierry A. y Sr. Julio Pallavicini M.

COMENTARIO

En este caso la tercera sala de la Corte Suprema resolvió rechazar los recursos de casación en la forma y en el fondo que impugnaban la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental que en su oportunidad rechazó la reclamación interpuesta en contra de la Resolución Exenta D.S.C. Nº 948 del 5 de junio del 2020 de la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA), la que dispuso archivar la denuncia en contra de la empresa Acuimag S.A por la supuesta operación irregular de varios centros de cultivos de salmónes. Dicha irregularidad se habría manifestado en la generación de condiciones anaeróbicas.

Tanto el Tercer Tribunal Ambiental como la Corte Suprema consideraron que la naturaleza jurídica de la infracción denunciada correspondía a una instantánea de efectos

permanentes y como tal, el plazo de prescripción debió ser computado desde que se consumó la infracción, pese a que los efectos de esta se extiendan indefinidamente en el tiempo o tengan una mayor data que su consumación.

Al contabilizarse así la prescripción en el caso concreto y utilizando un criterio conservador, se arribó como fecha estimada de consumación de las infracciones a las cosechas de los respectivos ciclos productivos. Por ello, las infracciones se encontraban prescritas a la fecha de presentación de la denuncia. En consecuencia, de manera armónica con la eficiencia y eficacia en el uso de sus potestades, la SMA habría archivado apropiadamente la denuncia.

Esta decisión resulta de particular interés pues la Corte Suprema validó de manera expresa la interpretación realizada por el Tercer Tribunal Ambiental relativa a la prescripción de infracciones administrativas ambientales y, en particular, la aplicación de la figura conocida por la doctrina jurídica como infracción instantánea con efectos permanentes¹ o infracción de estado², la cual proviene de las disquisiciones realizadas por la doctrina penal al clasificar los delitos con relación al tiempo de su consumación³. Ello, incluso cuando la propia SMA no invocó tal figura en su resolución de archivo.

La decisión resulta novedosa para el medio nacional pues tal categoría de infracciones no había sido utilizada previamente por la Corte Suprema en materia sancionatoria ambiental. Por tanto, la sentencia constituye un precedente judicial importante en materia de la prescripción de las infracciones administrativas.

Es posible notar que la Ley Orgánica de la SMA (LOSMA) escuetamente estableció en su artículo 37, que las infracciones previstas en la LOSMA prescriben a los tres años de cometidas y que dicho plazo se interrumpe con la notificación de una formulación de cargos, sin establecer distinciones acerca de la naturaleza de las infracciones y su forma de cómputo.

En consecuencia, aunque el ámbito ambiental es categorizado por la doctrina⁴ como una de las áreas en que la prescripción administrativa cuenta con una regulación relativamente completa, precisamente su cómputo es un aspecto poco precisado a nivel normativo.

¹ DERPICH, Josefina, 2017: *La prescripción de las infracciones y sanciones administrativas*. Memoria para optar al título de Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Disponible en http://opac.pucv.cl/pucv_txt/txt-7500/UCC7997_01.pdf, p 44.

² DE PALMA DEL TESO, Ángeles, 2001: "Las infracciones administrativas, continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción", *Revista Española de derecho administrativo*, n°112. pp 558 y ss.

³ GARRIDO, Mario, 2003: *Derecho Penal Parte General. Nociones Fundamentales de la Teoría del Delito*, T. II (3° edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p 259.

⁴ CORDERO, Eduard, 2020,. CORDERO, Eduardo, 2020: "El plazo en la prescripción de las infracciones y sanciones administrativas ante el principio de proporcionalidad", *Revista Chilena de Derecho*, Vol 47, n°1, p. 365.

Pese a lo anterior, de manera previa a la decisión comentada, la jurisprudencia ambiental⁵ ya había incorporado una distinción doctrinaria relevante. Algunas infracciones serían susceptibles de ser catalogadas como permanentes, vale decir, su comisión no se agotaría en un solo instante, sino que se prolongaría por un período de tiempo, de modo que el plazo de prescripción en tal clase de ilícitos empieza a correr recién desde que cesa la conducta antijurídica, perduración que depende de la voluntad del autor.

Por tanto, tales infracciones pueden prolongarse indefinidamente en el tiempo y su prescripción no comenzaría sino hasta que la conducta antijurídica sea regularizada.

En oposición a tal clase de infracciones se encontraban las infracciones instantáneas, esto es, en términos de la literatura especializada, aquella “infracción [que] se consuma en el momento en que se produce el resultado, sin que este determine la creación de una situación antijurídica duradera”⁶.

En este tipo de infracciones la prescripción comienza a computarse desde que se materializa el ilícito. En otros términos, en tales casos el artículo 37 de la LOSMA se aplica sin matices, vale decir, prescriben una vez que han transcurridos tres años.

En consecuencia, la jurisprudencia administrativa y judicial analizaba la prescripción de las infracciones ambientales de manera binaria, un ilícito constituía una infracción permanente o una instantánea con resultados diametralmente distintos en lo que respecta a la contabilización de su prescripción según cuál fuese la conclusión. La clave del distingo entre una y otra situación parecía encontrarse en la permanencia o no de los efectos ambientales vinculados a la infracción.

Sin embargo, la introducción de la categoría de infracciones instantáneas de efectos permanentes sofisticada o enriquece positivamente el análisis necesario para determinar la prescripción de una infracción en un caso concreto. Dicha precisión tiene varias consecuencias jurídicas que pasamos a revisar.

En primer lugar, el análisis respecto de la posible prescripción de una infracción administrativa se complejiza. Lo que hasta ahora era un binomio se convierte en un trinomio. Una infracción puede ser permanente, simplemente instantánea o instantánea de efectos permanentes y, en estos últimos dos casos, prescribirá una vez transcurridos tres años, en línea con lo establecido en el artículo 37 de la LOSMA.

En segundo lugar, la introducción de la categoría clarifica que la forma de contabilizar la prescripción de una infracción ambiental no depende de la durabilidad de sus efectos, por muy reprochables, desventajosos y extensos que estos sean. El criterio para distinguir en materia de prescripción es la actividad desarrollada por el infractor, pues en el caso de las infracciones instantáneas la consumación, aunque puede crear un estado que se prolongue en el tiempo, su término no depende de la mera voluntad del infractor sino a circunstancias ajenas a él.

⁵ Al respecto, considérense las siguientes decisiones: Segundo Tribunal Ambiental, 29.04.2020, rol R N° 174-2018, Segundo Tribunal Ambiental, 5.6.2018, rol R-N° 140-2016, Segundo Tribunal Ambiental, 30.7.2015, rol R N° 33-2014, Segundo Tribunal Ambiental, 15.7.2020, Rol R N° 206-2019 y Primer Tribunal Ambiental, 1.7.2019, rol R N° 15-2019.

⁶ DE PALMA DEL TESO, 2001, p. 557.

Un ejemplo puede resultar ilustrativo: la extracción de aguas subterráneas en ciertas magnitudes y en un ecosistema frágil puede producir efectos de escasez hídrica, los que se pueden prolongar por varios cientos de años o llegar a resultar dificultoso determinar cuándo cesarían. La acción de extraer es claramente definible en el tiempo, esta se extiende tanto como la aplicación del mecanismo extractivo (*v.gr*: bombeo de aguas) se materialice. Por tanto, una infracción consistente pura y simplemente en sobrepasar determinado límite de extracción autorizado no corresponde a una infracción permanente sino que a una instantánea de efectos permanentes. Ello pues, la continuación o cese del estado creado con la infracción no depende de la voluntad del autor, sino de condiciones físicas.

En tercer lugar, atendida la complejidad que adiciona la categoría de infracciones instantáneas de efectos permanentes y la muy diversa gama de infracciones ambientales, la aplicación de la prescripción en un caso concreto se convierte en un juicio altamente casuístico.

Al respecto, considérese que en materia ambiental no solo existe un corpus normativo altamente fragmentado que establece infracciones de muy variada índole, sino que la propia naturaleza de las resoluciones de calificación ambiental, originan para cada proyecto sometido a evaluación un conjunto específico y *ad hoc* de condiciones, requisitos y exigencias ambientales, cuyo quebrantamiento origina infracciones ambientales y cuya redacción particular puede variar enormemente de un caso al otro.

Por tanto, será la doctrina y especialmente la jurisprudencia ambiental quien, al decidir sobre la posible prescripción de una infracción particular, irá dotando a los operadores jurídicos de la información necesaria para determinar si tal o cual actuar es capaz (o no) de constituir una infracción instantánea de efectos permanentes, simplemente instantánea o permanente.

Pese a lo anterior, estimo que dos debieran ser las circunstancias más importantes para considerar en tal disquisición. Por un lado, la precisa descripción de los hechos que se imputen por la SMA en sus formulaciones de cargos y, por el otro, el contenido específico de las obligaciones ambientales particulares que se identifiquen como infringidas.

En particular, si tanto los hechos como las obligaciones referencian de manera acotada un período resulta dificultoso que la infracción envuelta sea permanente. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de la infracción consistente en la generación de ruidos molestos, la que solo involucra el período de ocurrencia. Tal clase de ofensa ha sido precisamente reconocida por la doctrina⁷, como un caso ejemplar de infracción instantánea.

En cuarto lugar, la introducción de la categoría de infracciones instantáneas con efectos permanentes enfatiza que no es trivial para efectos de la prescripción, la específica forma que adopte la descripción de los hechos y normas que la autoridad decida invocar como quebrantadas en un caso concreto. Una misma situación puede formularse de distintas formas por la SMA y en cada cual acentuar algún aspecto del reproche ambiental. Mientras una fórmula puede originar una infracción permanente otras no.

⁷ OSORIO, Cristóbal, 2016: *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador. Parte General* (1º edición), Santiago: Thomson Reuters. p. 510.

Así, por ejemplo, consideremos la misma acción de bombeo de aguas subterráneas que identificamos previamente como infracción instantánea de efectos permanentes. Si la extracción cumpliera con las características necesarias en nuestra legislación para requerir de una evaluación ambiental previa, el hecho infraccional también podría ser descrito como una elusión de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental. En tal caso, siguiendo los lineamientos desarrollados por la jurisprudencia ambiental para las elusiones⁸, la infracción será permanente.

En quinto lugar, aunque como hemos visto las infracciones instantáneas con efectos permanentes se homologan a las simplemente instantáneas para efectos del conteo de su prescripción, es importante notar que si la infracción no se encuentra prescrita y es necesario determinar la sanción aplicable, la analogía se invertirá, esto es, las infracciones instantáneas con efectos permanentes se homologarán a las permanentes para tales efectos.

Lo anterior, pues la LOSMA incluye circunstancias moduladoras de la responsabilidad ambiental que atienden a la consideración de los efectos causados por la infracción, tal como las circunstancias establecidas en el artículo 40 a) y h), relativas a la importancia del daño causado y el detrimento ocasionado en un área silvestre protegida del Estado. Además, la jurisprudencia⁹ ha realizado una interpretación amplia sin límites temporales en relación con los criterios de determinación de sanciones aplicables por la SMA establecidos en el artículo 40 de la LOSMA.

A modo de cierre, es importante notar que lo sostenido por Nieto a propósito de la introducción de las infracciones permanentes al ámbito sancionatorio administrativo español es también aplicable a la incorporación de las infracciones instantáneas de efectos permanentes al medio nacional, esto es, “a falta de una regulación positiva –o con una regulación positiva fragmentada e incompleta–, la simple incorporación de la figura no es suficiente y necesita de un tratamiento jurisprudencial y doctrinal posterior que no puede improvisarse en un día”¹⁰. Este comentario ha pretendido precisamente limitar tales improvisaciones.

⁸ Segundo Tribunal Ambiental, 15.7.2020, Rol R Nº 206-2019.

⁹ En tal sentido, considérese: Corte Suprema, 4.6.2015, rol R Nº 25.931-2014 y Primer Tribunal Ambiental, 30.12.2019, rol R Nº -25-2019.

¹⁰ NIETO, Alejandro, 2018: *Derecho Administrativo Sancionador* (5º edición), Madrid: Tecnos., p 493.

La protección integral de los derechos de la niñez bajo el cuidado del Estado: un deber transversal (Corte Suprema)

Comprehensive protection of children and adolescents under state custody: transversal duty (Suprem Court)

*Comentario de María José Jara Leiva**

Santiago, veintitrés de febrero de dos mil veintiuno

PRIMERO: Que, a través de la presente acción constitucional la curadora ad litem de la niña A.B.G.V de 12 años de edad, denuncia como arbitrario e ilegal el hecho que los organismos gubernamentales y los colaboradores que enuncia, hayan dispuesto a favor de la niña un tratamiento y rehabilitación a las drogas, bajo la modalidad ambulatoria, desconociendo que atendida su alta condición de vulnerabilidad dicho programa resulta ineficaz e insuficiente y, atentatorio de su derecho fundamental contemplado en el artículo 19 Nº 1 de la Constitución Política de la República, desde que no entrega a la niña una respuesta sistémica, concreta e integral a su situación, siendo lo correcto que sea internada en un centro especializado, que le provea de las atenciones de salud requeridas, los profesionales competentes y un espacio seguro que le permita rehabilitarse, tanto física como psíquicamente, dentro de un plazo razonable.

SEGUNDO: Que, conforme al mérito de autos, son hechos no controvertidos de la causa los siguientes:

- a) A.B.G.V nació el 25 de octubre de 2008, inició el consumo de drogas a los 8 años de edad.
- b) Presenta reiterados abandonos al sistema de residencias volviendo a consumir drogas en cada uno de esas deserciones.
- c) Durante el año 2020, fue hospitalizada en tres ocasiones en el Servicio de Pediatría y en la Unidad de Hospitalización de Cuidados intensivos en Psiquiatría (UHCIP) del Complejo Asistencial Dr. Víctor Ríos Ruiz de la ciudad de Los Ángeles, Región del Bío Bío.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Máster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, España. Doctoranda en Derecho, Universidad Diego Portales. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9596-873X> . Correo electrónico: mariajose.jara.l@gmail.com

[...]

- f) Fue designada a la Aldea María Loreto, Residencia de Protección para Mayores, complementada con un Programa de Protección Especializado (REM PER), a contar de junio de 2020, luego de haber sido atendida por otras dos residencias y participó de un programa de familia de acogida (FAE).

[...]

TERCERO: Que la sentencia impugnada rechazó la presente acción constitucional porque declaró que tanto los hechos denunciados como las peticiones formuladas por la Curadora ad litem, están siendo conocidas por el Tribunal de Familia de Los Ángeles, órgano jurisdiccional especializado para resolver sobre la materia, tal como lo establece el artículo 8 numeral 7° de la Ley Nº 19.968. Añade que el recurso de protección de garantías constitucionales, además, no es la vía para solicitar la revisión de medidas de protección adoptadas en procesos jurisdiccionales, pues ésta es una acción cautelar y no de revisión de decisiones judiciales. Sin perjuicio de lo anterior, concluye que de los distintos informes evacuados por los recurridos se desprende que en las atenciones de salud de la niña se han cumplido los procedimientos y protocolos vigentes para el tratamiento de las patologías de salud mental y adicciones que ésta padece, todo ello de acuerdo a los programas que actualmente existen en las instituciones de salud pública, que para estos efectos, se adecúan a las políticas de salud nacionales las que, en todo caso, tampoco son susceptibles de ser alteradas a través de la presente vía constitucional.

CUARTO: Que la apelante reitera en su arbitrio que el tratamiento ambulatorio, heterogéneo y sin control de crisis que le fue designado por el sistema a la niña para su rehabilitación, es insuficiente e ineficaz, atendida su conducta refractaria, razón por la que estima indispensable poner a su disposición una oferta programática no ambulatoria, que le provea las atenciones de salud requeridas los profesionales competentes, y un espacio seguro que le permita rehabilitarse, tanto física como psíquicamente, dentro de un plazo razonable, para lo cual las instituciones recurridas, deben crear un dispositivo biopsicosocial de protección, en el marco de la protección integral de sus derechos debiendo contener psiquiatra, psicólogo, neurólogos especializados en trauma complejo infantil y procesos de desintoxicación de policonsumo.

[...]

SEXTO: Que, para resolver el asunto sometido al conocimiento de esta Corte, teniendo en especial consideración que la recurrente solicita la internación de la A.B.G.V. para su rehabilitación, es necesario en primer lugar, referirnos a la calidad de los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos derechos, más en este caso, que A.B.G.V no es infractora de ley, tiene 12 años de edad y una situación de alta vulnerabilidad en su entorno social.

Al respecto, cabe destacar que la ratificación de la Convención de los Derechos del Niño (CDN), significó que se reconociera en ellos a un sujeto de derecho y, por tanto, dejaron de ser considerados como un mero “receptor” de las políticas y programas públicos que determinarían las pautas y las decisiones sobre su vida, puesto que, se les reconoce la calidad de titulares de derechos.

En efecto, la Convención de los Derechos del Niño, estableció que los NNA constituyen personas en desarrollo, que requieren una protección integral y, por tanto, acreedores de derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, lo cual se traduce en que se les reconoce derechos autónomos y su capacidad para ejercerlos por sí mismo conforme a su evolución y el desarrollo de sus facultades.

De acuerdo a lo expuesto, se cristalizan los principios de autonomía progresiva, de interés superior NNA y el derecho que tienen a ser oído, para este último, cobra relevancia, además, el hecho que la exigencia de la edad constituye un presupuesto subjetivo que va a variar, según los niveles de comprensión que tenga el NNA de la realidad de acuerdo a sus vivencias, de ahí que ésta no vaya ligada de manera uniforme con la edad biológica y que en cada situación particular, habrá de tomarse en consideración sus propias vivencias, para resguardar efectivamente este derecho a favor del NNA y sobre aquello respetar también sus decisiones, debiendo ser instruidos sobre las consecuencias de aquellas en su caso.

Lo anterior se concreta en el artículo 12.1 de la CDN que garantiza, a todo NNA que se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, teniéndose en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez, esto es, “Tiene derecho a manifestar de manera libre sus deseos y sentimientos y que sean tenidos en cuenta al momento en que se resuelva el asunto que le incumbe, vinculándose directamente con el principio de la autonomía progresiva. Lo señalado importa que deben ser considerados como sujetos de derecho y al estar en las condiciones que señala la disposición, debe necesariamente escuchárseles de manera tal de establecer una comunicación y un diálogo con ellos” (Corte Suprema Rol N° 1732-2017).

[...]

SÉPTIMO: Que, unido a lo anterior y como lo han expresado los expertos, los programas de rehabilitación para las personas con adicciones problemáticas, en cualquier caso, requieren de su voluntad, como una decisión real y consciente de querer someterse a los mismos, cuestión que se intensifica y complejiza en los NNA atendido el estado de desarrollo de su madurez-emocional y, especialmente, como ocurre en este caso, por los factores psicosociales en los que se encuentran insertos, los cuales la mayoría de las veces, también contribuyen a la vulneración de sus derechos o son la causa principal de aquello.

Por tanto, dicha voluntad no pasa por una mera decisión del Estado de ordenar institucionalizar a NNA en centros de rehabilitación, sino que esa decisión solo se inserta a partir de una concientización que se haga en conjunto con ellos de las razones y

la necesidad de recibir dicha ayuda, tarea entonces, que en caso de faltar la familia del NNA, debe ser asumida por los órganos gubernamentales y colaboradores involucrados, atendida su calidad de garantes del resguardo de los derechos de los NNA.

En lo particular, A.B.G.V carece de una red familiar de apoyo suficiente, por tanto, los recurridos son los llamados a otorgarle herramientas que les permitan comprender que existen otras “vías” para afrontar su existencia, sin adicciones y para ello se debe abrir paralelo a un programa de rehabilitación un cúmulo de oportunidades que le reinserte en un hogar, en la educación y en un entorno social que le permita crecer de manera sana física y mentalmente, principalmente, que le ayude a conocer una realidad social y afectiva distinta de la que hasta ahora ha vivenciado, puesto que se trata, como ya se dijo, de sujetos de derechos a quienes no se les puede coartar, además, su derecho a la libre circulación, si no han cometido ilícito alguno y, más aun si el Estado no les ha brindado alternativas para mejorar sus condiciones de vida.

OCTAVO: Que, en consecuencia, no basta con la mera internación de A.B.G.V con el fin que tenga una oferta programática médica integral para su adicción, sin perjuicio de entender que aquella es indispensable y debe ser también entregada, sino que, es necesario una oferta integral, para trabajar en ella la concientización de su adicción y acepte ser intervenida. En otras palabras, A.B.G.V., requiere de un tratamiento que no pasa solo por una internación para su adicción, sino que es necesario que abarque las otras aristas de su vida, que constituyen asimismo, incentivos negativos en ella, porque solo así, se podría comenzar a tener éxito en los resultados y evitar sus fugas constantes, al entregarles razones por las cuales es posible y necesaria su rehabilitación unido a las herramientas para conseguirlo.

Se debe, entonces, trabajar en que la niña concientice la problemática de su adicción, lo cual viene intrínsecamente unido a que se le entreguen, en paralelo, otras herramientas que le permitan la reinserción a un hogar –familiar y/o estatal–, a la educación y un acompañamiento psicológico, que la ayuden a salir del círculo en el cual se encuentra inserta atendida su realidad social, que hasta ahora, parece ser la principal causa de su adicción unido a la falta de adultos referentes y protectores, cuestión que el Estado no pide suplir a cabalidad.

[...]

DÉCIMO: Que, atendido el tenor de la denuncia, el contexto descrito por los distintos intervinientes, unido a la causa proteccional, permiten formar convicción que A.B.G.V a su corta edad se ha visto expuesta a situaciones que constituyen vulneraciones graves de derechos, que la hacen situarse en una posición de altísima vulneración las que son cruzadas por consumo de drogas, sociabilización callejera, actitud refractaria y opositora que la ha llevado a ingresar a centros de salud, por su adicción, unido a las falencias de un adulto responsable.

[...]

UNDÉCIMO: Que, de lo anterior, se advierte que si bien, los organismos recurridos se encuentran contestes en cuanto a que A.B.G.V. debe recibir para mejorar su adicción a las drogas una atención integral multidisciplinaria e interinstitucional, atendida su condición de alta vulnerabilidad y que aquello importa que el Estado debe otorgarle las condiciones necesarias para que obtenga un bienestar biopsicosocial, así como la efectividad del ejercicio de sus derechos, según su etapa de desarrollo, en los hechos aquello, no se ha concretado, puesto que todas las instituciones, no obstante precisar los elementos que debe tener esta intervención, entre otros, que pueda estar acogida en un lugar en el que la medida de protección sea efectiva, minimizando la posibilidad de abandono y riesgos, cuente con un cuidador(a) de manera permanente o pueda estar en casa C en Cread Capullo, considerando que en esta casa las niñas estarían más contenidas, ninguno de ellos incluida la curadora ad litem, han realizado actos de coordinación reales y efectivos en virtud de los cuales se ponga de relieve el interés superior de A.B.G.V. de manera de contribuir a mejorar su situación y no entorpecerla.

DUODÉCIMO: Que lo expuesto nos lleva a reflexionar sobre la necesidad que los órganos del Estado coordinen su funcionamiento para lograr los objetivos propuestos a través de las políticas públicas y en una disminución significativa de la pérdida de recursos humanos y técnicos con el fin última de conseguir el bien común social.

[...]

DÉCIMO TERCERO: Que, de este modo, al no haberse coordinado las autoridades administrativas en relación a cuál es la intervención que se debe entregar a A.B.G.V., como un programa integral e interdisciplinario y, en relación al lugar adecuado que debe prestar ese servicio como una forma de contribuir a que ella pueda concientizar sobre su problema de adicción y con ello su voluntad de participar en su rehabilitación, lo cual viene siendo advertido por años y que se ha agravado con el tiempo, da cuenta que los intervinientes han incurrido en una ilegalidad que trae consigo la vulneración del derecho a la integridad física y psíquica de la niña, infringiendo el artículo 19 numeral 1° de la Constitución Política de la República, todo lo cual exige que esta Corte adopte medidas, en los términos que se dirá a continuación, de modo de abordar la situación de A.B.G.V. de una manera integral, procurando el respeto y protección de sus derechos, en los términos en que se ha venido razonando y que como se dijo no se limita a su internación para que reciba atenciones médicas por su adicción, no solo porque los expertos no recomiendan ese tratamiento sino porque, además, conforme a todo lo expuesto, aquello solo corresponde a un parte de su situación de vulnerabilidad, la cual para ser solucionada, requiere de la coordinación de todos los recurridos, que dentro de sus deberes y facultades, deberán entregarle a A.B.G.V una oferta programática que la ayude a superar su adicción para cual requiere, además, de la entrega de un entorno social que le otorgue una idea de pertenencia o al menos de estabilidad emocional, se reinserte en el ámbito escolar y la entrega de ayuda médica durante ese proceso.

Por estas consideraciones y visto además lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República, se revoca la sentencia de nueve de diciembre de dos mil veinte y, en su lugar, se declara que se acoge el recurso de protección intentado por la Abogada Coordinadora (s) del Programa Mi Abogado, Región del Biobío, solo en cuanto se ordena que:

- a) El Tribunal Familia de Los Ángeles dispondrá y velará porque los órganos gubernamentales y colaboradores de la Administración se coordinen y entregue a A.B.G.V una oferta programática que le otorgue el debido y adecuado cuidado y tratamiento, con pleno respeto a sus derechos en consideración a su situación de adición. Programa que se determinó por el juez a quo, que sería de carácter ambulatorio, conforme lo propusieron los expertos, salvo que surjan nuevos antecedentes que permitan disponer una cosa distinta, debiendo en uno u otro caso dar cuenta a la Corte de Apelaciones de lo expuesto, la que supervigilará el efectivo cumplimiento de lo aquí dispuesto.
- b) La curadora Ad litem, en cumplimiento de su calidad de representante de los derechos de A.B.G.V deberá efectuar un seguimiento y revisión de la medida cautelar del programa al que fue incluida la niña y, en el evento que estime existen otras evidencias que obliguen a que A.B.G.V sea internada en la forma que propone, deberá gestionar y otorgar al Tribunal de Familia de Los Ángeles, las evaluaciones médicas pertinentes que avalen su solicitud. Debiendo, desde ya, articular todos los medios necesarios para que una vez desintitucionalizada la niña, cuente con alternativas de reinserción escolar, prestaciones médicas y apoyo de familia o de incorporación a programas de FAE, de todo lo cual deberá informar al Tribunal de Familia de Los Ángeles, en su oportunidad.
- c) Remítase copia de todo lo obrado al Ministerio de Justicia y Derechos Humanos con el objeto de que adopte todas las determinaciones que sean necesarias para el cumplimiento de lo dispuesto por esta Corte.

Redacción a cargo del Ministro Sr. Shertzer.

Regístrese y devuélvase.

Rol Nº 150.315-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y Sr. Juan Shertzer D. (s).

COMENTARIO

La Tercera Sala de la Corte Suprema, mediante su sentencia de 23 de febrero de 2021, acogió el recurso de protección interpuesto en favor de una niña, fundado en la existencia de una acción arbitraria e ilegal por parte de diversos organismos gubernamentales y el

colaborador acreditado del Servicio Nacional de Menores (en adelante Sename)¹, la que afectaría su derecho fundamental a la vida e integridad física y psíquica. Esta acción consistiría en la determinación de derivar a la niña a un programa de tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas de tipo ambulatorio, modalidad que, a juicio de la recurrente, resultaría ineficaz e insuficiente. Precisa que, atendida su alta condición de vulnerabilidad y conducta refractaria, este tipo de atención no le entregaría una respuesta sistémica, concreta e integral a su situación, lo que exigiría la derivación a un programa especializado de tipo residencial.

A diferencia de la sentencia impugnada, la Corte Suprema se pronuncia latamente sobre el fondo. Su razonamiento y decisión llaman la atención por distintos motivos, de los cuales desarrollaré cuatro que, a mi juicio, son relevantes desde la perspectiva de los derechos de la infancia. Estos tienen en común la asunción por parte de la Corte Suprema de un rol activo en la tutela de los derechos de la niña garantizados en la Constitución, tanto en sus fundamentos como en la adopción de medidas necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho, haciendo un uso extensivo de sus facultades conservadoras.

1. *Estándares del Derecho internacional de los derechos humanos*

Resulta de interés que la Corte Suprema esgrimiera fundamentos de Derecho Internacional de los Derechos Humanos para interpretar el derecho a la integridad física y psíquica de la niña y dar por establecida su perturbación. Por medio de lo anterior, engrosa el contenido sustantivo de los derechos fundamentales y de sus obligaciones correlativas, contribuyendo especialmente al resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que están bajo el cuidado del Estado y poseen problemáticas de salud mental.

En efecto, parte su razonamiento enmarcándolo en el cambio de paradigma que supuso la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), particularmente en su consideración como sujetos de derechos y un acertado análisis del derecho a la participación. Este punto de partida es el que debe asumir —explícita o implícitamente— toda decisión judicial que se enmarque en un enfoque de derechos humanos de la niñez, de manera de considerar a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y no meros objetos de decisiones que las personas adultas toman respecto de sus vidas.

Por lo demás, desarrolla y eleva el estándar en el tratamiento y rehabilitación del consumo de drogas que debiera recibir todo niño, niña o adolescente privado de su medio familiar que lo requiera, de una forma acorde a sus derechos. En este sentido, liga el derecho de participación con la voluntariedad real y consciente que debe existir de parte del usuario para ser atendido en los programas de tratamiento y rehabilitación

¹ Específicamente, interpone su recurso en contra de la Dirección Nacional y Regional de Biobío del Sename, Ministerio de Salud, Secretaría Regional Ministerial de Salud de Biobío, Servicio de Salud de Concepción, Servicio de Salud de Biobío, Senda y Congregación del Buen Pastor (organismo colaborador acreditado de Sename que administra la residencia Aldea María Loreto, donde residía la niña afectada).

del consumo de drogas. No obstante, comprende que, al tratarse de una niña en situación de alta vulnerabilidad y que carece del apoyo de una red familiar, esta voluntad adquiere especiales complejidades que conducen al deber de concientizar acerca de la importancia de adherir, el que recae en el Estado. Además, refuerza que la protección de sus derechos y el estándar de actuación que le corresponde al Estado no se agotan con la mera derivación a un programa determinado, sino que requieren también entregar una atención integral, especializada y acompañada que se adecúe a su contexto y necesidades particulares, así como brindar las oportunidades y herramientas que le permitan una efectiva inclusión social.

Finalmente, subraya que los programas de tipo residencial limitan el derecho a la libertad de circulación, por lo que se debiera —en principio— preferir aquellos de modalidad ambulatoria; cuestión que refuerza la excepcionalidad de la privación de libertad en su sentido amplio², aun cuando sea por razones de protección. Esto es importante, porque la afectación de derechos de niños, niñas y adolescentes (como podrían ser su libertad ambulatoria y los demás derechos que se ven perturbados con el hecho de la internación), fundamentada y legitimada por el argumento de su protección, ha sido una constante en la historia del paradigma tutelar de la infancia que la CDN pretende superar. Como plantea Beloff, “gran parte de las peores violaciones —las más perversas por su fundamento— a los derechos de los niños y los adolescentes a lo largo de todo el siglo se han cometido en nombre de su protección”³. De hecho, en coherencia con esa penosa circunstancia es que la CDN establece en su artículo 25 el deber de examinar periódicamente la situación de quienes se encuentren internados en establecimientos de salud.

Sin perjuicio de lo anterior, y aunque no me centraré en este aspecto, estimo menester formular una crítica en este punto. En su considerando 6º, la Corte Suprema indica que resulta necesario hacer referencia *a la calidad de los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos, más en este caso, que A.B.G.V. no es infractora de ley, tiene 12 años de edad y una situación de alta vulnerabilidad en su entorno social* [negrita añadida]. De lo anterior, pareciera ser que la Corte Suprema concibe una diferencia entre el estatus jurídico de los niños, niñas y adolescentes en situación de alta vulnerabilidad y el de quienes han cometido infracciones de ley, distinción que dotaría a los segundos de una condición de sujetos de derechos en un sentido más débil que a los primeros. Esto no resulta baladí. Además de no atender a que la infracción de ley y la vulneración de derechos suelen ser dos caras de la misma moneda de la vulnerabilidad social, refuerza la errada idea —socialmente arraigada— de que solo los niños, niñas y adolescentes vulnerados en sus derechos merecen protección, no así los que se encuentran en el sistema de justicia juvenil, lo que va en contra del paradigma de la CDN.

² En forma amplia, deberá entenderse por privación de libertad *toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública*. Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, 1985, Nº 11 b).

³ BELOFF, Mary, 2009: *La protección de los niños en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Editores del Puerto, pp. 60-61.

2. *Pronunciamiento de la decisión judicial previa*

También llama la atención que, pese a tratarse la acción de protección de una de tipo cautelar y no de revisión de decisiones judiciales, se pronuncia, aunque indirectamente, por el contenido de la medida de protección vigente en sede jurisdiccional. De su razonamiento se desprende que, si bien determina que la modalidad ambulatoria de atención sí es la adecuada para la situación de la niña (en ese sentido, coincide, sin decirlo, con la decisión del Tribunal de Familia), estima que la forma en que fue ordenada esta derivación no es suficiente por sí sola, razón por la que impone medidas para abordar la situación de la niña y proteger sus derechos de forma adecuada (en ese sentido, la complementa) dirigidas a diversos órganos e incluso a la judicatura.

De esta forma, puede sostenerse que ejerce, de forma solapada, una especie de control de constitucionalidad sobre la sentencia judicial previamente dictada. Como indica Ried respecto de la revisión de sentencias civiles, la garantía de la seguridad jurídica que se vería amenazada por esta acción de protección se sacrificaría por evitar o enmendar una vulneración de derechos fundamentales, a la que se le asigna un mayor peso⁴.

3. *Falta de coordinación interinstitucional*

Otro aspecto interesante es que la Corte Suprema da por establecida la existencia de una omisión ilegal que consiste en la falta de coordinación debida de parte de las diversas instituciones públicas y colaboradoras involucradas (siendo esta su *ratio decidendi*). Considera que una atención integral y multidisciplinaria a la niña que le permita superar su problema de adicción exige, ineludiblemente, una coordinación intersectorial suficiente y adecuada que asegure las condiciones necesarias para su prestación. Constata que en este caso aquella no se ha concretado, pese a ser parte de las funciones legales de las instituciones involucradas, lo que ha afectado el derecho a la integridad física y psíquica de la niña.

Tenemos, de esta forma, que la Tercera Sala de la Corte Suprema, como lo ha hecho en otras ocasiones⁵, se pronuncia acerca de la importancia de la coordinación intersectorial como requisito indispensable para la ejecución de políticas públicas, específicamente en materia de salud y protección de la infancia. En el caso, la situación de alta vulnerabilidad de la niña (quien ha vivido un historial de vulneraciones de derechos, permanece bajo cuidado alternativo residencial, presenta adicción a las drogas y problemáticas de salud

⁴ RIED, Ignacio, 2015: "El recurso de protección como control de constitucionalidad de las resoluciones y sentencias civiles, en respuesta a la ineficacia de la acción por inaplicabilidad por inconstitucionalidad", *Estudios Constitucionales*, Vol. 13, N° 1, p. 295.

⁵ Un ejemplo es la sentencia referida a la residencia Cread Entre Silos, de la ciudad de Talca, en donde la Corte Suprema da por establecidas varias omisiones ilegales que atentan los derechos fundamentales de los adolescentes que allí residían, por parte del Sename y la Subsecretaría de la Niñez entre las que se encontraba el incumplimiento de su deber legal de coordinación. Corte Suprema, 31.05.2021, rol 4177, considerando 6° y 9°.

mental) solo puede ser abordada por una acción mancomunada, coherente y armónica de varias entidades por medio de medidas intersectoriales según sus respectivas funciones.

En este sentido, estimo que la resolución estudiada cuenta con algunos elementos de una sentencia estructural. Según Nash y Núñez, las sentencias estructurales son aquellas en las que los tribunales (nacionales o internacionales) resuelven problemas de violaciones a los derechos humanos que tienen características institucionales y culturales asociadas, que afectan a grupos tradicionalmente discriminados, y que deben ser superados mediante una acción coordinada de distintos agentes públicos⁶. Aunque la sentencia comentada se refiere solo a la resolución del caso concreto de la niña A.B.G.V. (ordenando medidas dirigidas solo a su situación particular en lugar de decretar algunas que beneficien indirectamente a sectores más amplios de la comunidad), considero que posee cierta vocación de estructuralidad, tanto por la problemática social e institucional que pretende resolver como por las medidas que adopta, referidas a una debida coordinación intersectorial en las políticas públicas.

En este sentido, lo resuelto por la sentencia constituye un importante precedente, al considerar la falta de coordinación interinstitucional como una omisión arbitraria e ilegal en la protección de la infancia que se encuentra en alta situación de vulnerabilidad. De acuerdo con la institucionalidad actualmente existente en materia de protección de la niñez, la regla que se extrae de la sentencia pone sobre el Servicio Mejor Niñez (sucesor del Sename en la materia desde octubre de 2021) y la Subsecretaría de la Niñez, en virtud de sus respectivas funciones legales⁷, el deber de articular la actuación de las diversas instituciones involucradas en la protección de niños, niñas y adolescentes sujetos de atención del sistema de protección para evitar incurrir en acciones u omisiones arbitrarias o ilegales que perturben los derechos fundamentales.

4. *Medidas ordenadas*

Por último, un aspecto bastante peculiar de la sentencia comentada son las medidas ordenadas en su parte resolutive. La Corte Suprema dirigió sus medidas al Tribunal de Familia que conocía del asunto, con el fin de que este disponga y vele por la coordinación de los órganos del Estado y colaboradores para que entreguen la oferta programática que asegure un tratamiento de salud adecuado e integral a la niña. En otras palabras, decidió asumir como Poder el deber de supervigilancia de la coordinación intersectorial y de la prestación de los servicios que les corresponden en tanto entidades públicas o colaboradoras, en vez de dirigir las medidas directamente a los órganos de la Administración del Estado, como lo había hecho en otros casos, como en el caso Quintero-Puchuncaví⁸. De hecho, la sentencia solo ordena remitir copia de lo obrado al ministro de Justicia y

⁶ NASH, Claudio y NÚÑEZ, Constanza, 2015: "Sentencias estructurales. Momento de evaluación", *Revista de Ciencias Sociales*, Volumen monográfico extraordinario: pp. 267-293, p. 268.

⁷ Ley Nº 21.302, 2021, art 2, 6 b), 16 y 17; Ley Nº 20.530, 2011, artículo 3 bis c).

⁸ Corte Suprema, 28.05.2019, rol 5888-2019, considerando 51º y parte resolutive. También en: Corte Suprema, 31.05.2021, rol 4177, considerando 10º y parte resolutive.

Derechos Humanos con el fin de adoptar las determinaciones que se requieran para dar cumplimiento a lo resuelto. Esto resulta especialmente llamativo, máxime si se considera que uno de los órganos recurridos, el Sename –competente en la materia hasta ese entonces–, contemplada explícitamente entre sus funciones legales la de la coordinación técnico-operativa de las acciones que ejecuten instituciones públicas o privadas en favor de sus sujetos de atención (artículo 3 N° 10 del Decreto Ley N° 2.465).

Es cierto que esto último puede ser cuestionable desde varios puntos de vista. Por lo pronto, podría alegarse una afectación al principio de separación de poderes; así como plantearse la duda de si es el órgano jurisdiccional la entidad idónea para velar por la coordinación de la política pública, atendida la naturaleza de la función judicial, y su –probable– falta de especialización y conocimientos técnicos en la materia. Sin perjuicio de lo anterior, y en lo que aquí he querido resaltar, lo resuelto constituye una demostración de la intención de la Corte Suprema de asumir un rol proactivo en el establecimiento de las condiciones necesarias para la plena aplicación material de los derechos fundamentales.

En definitiva, sentencias como la analizada son de gran valor desde la perspectiva de la implementación de los derechos humanos, particularmente los de quienes se encuentran en mayor situación de vulnerabilidad, que continuamente se ven perturbados en la práctica por problemáticas sociales e institucionales. Responde, por lo demás, a la obligación que recae sobre el Estado de adoptar medidas de aplicación general para dar efectividad a todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes reconocidos en la CDN⁹, deber que corresponde, también, al Poder Judicial, y no solo al Ejecutivo como muchas veces parece resaltarse.

⁹ Convención sobre los Derechos del Niño, 1989, artículo 4; COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2003: *Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, párr. 12.

El crédito con aval del Estado como excepción al *discharge* en la legislación concursal (Corte Suprema)

Loan with State guarantee as an exception to discharge in Insolvency Law (Supreme Court)

*Comentario de Sofía Saralegui Aravena**

Santiago, trece de abril de dos mil veintiuno.

VISTO Y TENIENDO PRESENTE:

PRIMERO: Que en este procedimiento concursal tramitado ante el Juzgado de Letras de Tome, bajo el Rol C-506-2020, caratulado “Fernández con Universidad De La Santísima Concepción”, se ha ordenado dar cuenta de la admisibilidad del recurso de casación en el fondo deducido por la parte solicitante contra la sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción de fecha diez de diciembre del año dos mil veinte, que confirmó la resolución de primer grado dictada el veintitrés de septiembre de ese mismo año, que excluyó del procedimiento de liquidación voluntaria el crédito para estudios superiores otorgado con garantía del Estado.

SEGUNDO: Que el recurrente de nulidad sustancial afirma que el fallo cuestionado infringe los artículos 1, 8, 129 y 255 de la Ley N 20.720 de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, en relación con lo dispuesto en la Ley N 20.027 sobre Financiamiento de Estudios de Educación Superior. En su libelo expone que el nuevo estatuto concursal establece un procedimiento general para la reorganización o liquidación de los pasivos y activos de un deudor, de suerte tal que dicho régimen es aplicable a todo tipo de créditos sin distinción alguna. Por consiguiente, asegura que no resulta procedente la exclusión de algunos créditos en atención a que se encuentran regulados por una normativa especial como es el caso de la Ley N 20.027 sobre Financiamiento de Estudios de Educación Superior. Concluye señalando que de haberse aplicado correctamente la ley, el fallo debió rechazar la solicitud de exclusión del crédito estudiantil de este procedimiento de liquidación voluntaria.

* Egresada de Derecho, Universidad de La Frontera, Chile. ORCID: <http://0000-0001-5554-8004>. Correo electrónico: sofiasaralegui95@gmail.com

TERCERO: Que las alegaciones del recurrente ponen de manifiesto que la crítica de ilegalidad se circunscribe a determinar si el crédito con garantía estatal regido por la Ley N 20.027 queda comprendido en el procedimiento concursal de la Ley N 20.720.

CUARTO: Que la resolución impugnada confirmó aquella que acogió la solicitud de exclusión del crédito estudiantil del procedimiento de liquidación voluntaria, fundado en el principio de especialidad de la Ley N 20.027 por sobre la normativa concursal contenida en la Ley N 20.720.

QUINTO: Que sobre la base de lo reseñado se observa que los juzgadores razonan acertadamente al reconocer que la Ley N 20.720 estatuye un procedimiento concursal de carácter general para todo deudor, dejando a salvo aquellas normativas especiales, como lo es la regulación del crédito destinado a financiar los estudios de educación superior. En este sentido, la jurisprudencia de esta Corte ha señalado que los estudiantes que acceden a un crédito con garantía estatal destinado a financiar su educación superior constituyen un grupo de deudores particulares que deben cumplir determinados requisitos legales para obtener su otorgamiento. Y no solo la particularidad del deudor como la finalidad del crédito hacen que la regulación contenida en la Ley N 20.027 sea especial frente a la normativa general sobre procedimientos concursales, sino también la regulación contenida en dicho estatuto en lo tocante a los mecanismos para exigir el pago.

SEXTO: Que una vez estatuido el carácter especial que corresponde atribuir a la Ley N 20.027, por sobre la Ley N 20.720, razonan correctamente los juzgadores al excluir el crédito con garantía estatal del procedimiento de liquidación voluntaria.

SÉPTIMO: Que en mérito de lo expuesto el recurso de casación no puede prosperar por adolecer de manifiesta falta de fundamento. Y de conformidad además con lo dispuesto en los artículos 772 y 782 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado Mario Espinosa Valderrama, en representación de la solicitante, contra la sentencia de diez de diciembre del año dos mil veinte.

Regístrese y devuélvase vía interconexión.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Rosa Del Carmen Egnem S., Juan Eduardo Fuentes B., Arturo Prado P., Mauricio Alonso Silva C. y Abogada Integrante Carolina Andrea Coppo D. Santiago, trece de abril de dos mil veintiuno. Santiago, 13 de abril de 2021.

COMENTARIO

La Corte Suprema, en los fallos dictados a lo largo de los últimos años, ha puesto de manifiesto una tendencia por excluir al Crédito con Aval del Estado del *discharge* contemplado en la legislación concursal, dejando evidencia de aquello en los roles 4656-2017, 2727-2018, 12.251-2019, por mencionar algunos.

El razonamiento de la Corte se basa en aplicar los artículos 1 y 8 de la ley 20.720, de los cuales se extrae que dicho cuerpo normativo regula un procedimiento concursal de aplicación general, por lo que, de existir leyes especiales, ellas deben ser aplicadas de forma preferente. Añadiéndose que, en atención a la finalidad del Crédito con Aval del Estado, la calidad de los deudores y a los procedimientos establecidos para su cobro debe entregársele dicho carácter a la ley 20.027.

Sin perjuicio de ello, lo anterior exige un análisis más pormenorizado, porque ninguna legislación vigente en nuestro ordenamiento jurídico impone dicha exclusión de forma expresa, lo que es más bien una creación jurisprudencial, que nace de una mala interpretación de la normativa vigente, ya que:

- I. En primer término, se señala que la ley 20.027 resulta especial en atención a que contempla una serie de beneficios y procedimientos de cobro para los deudores a la hora de exigir el crédito, lo que trae como consecuencia que esta deba ser aplicada por sobre los de la ley 20.720. Ello podría tener cabida en el caso de que los supuestos de hecho regulados en ambas legislaciones fueren los mismos, esto, sin embargo, dista de la realidad si se trata de un procedimiento de liquidación voluntaria, en atención a que los supuestos de hecho contemplados en la ley que financia los estudios de educación superior son diferentes a los contemplados a propósito del procedimiento que se ventila en el *sublite*. En el primer caso hay capacidad de pago y por esta razón fácticamente se pueden repactar las deudas, sin embargo, en el segundo caso el endeudamiento del sujeto es irremediable, lo que lo obliga a someterse a un procedimiento de liquidación voluntaria, frente a cualquiera de los contemplados en la ley 20.027, porque no reúne uno de los presupuestos básicos para someterse a ellos, esto es: solvencia del deudor. Lo anterior se encuentra respaldado en el artículo 282 de la ley 20.720, al señalar que el deudor no debe contar con bienes suficientes para responder de sus pasivos, pudiendo solo así someterse al procedimiento que se ventila en el caso en estudio, mientras que en las formas de cobranza contempladas a propósito del CAE, se requiere para que estos sean efectivos un activo que resulte correlativo con el pasivo, con el objeto de poder eliminar el segundo. Asimismo, si, por ejemplo, lo que se pretendiera es someterse a un proceso de renegociación de deudas, podríamos entrar en una antinomia con los mecanismos contemplados en la ley 20.027, ya que en dicho caso la situación patrimonial del deudor es la misma, vale decir, una desmejorada, pero que eventualmente permitiría solucionar las deudas¹.

¹ Ver ALARCÓN Cañuta, 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*

Continuando con el argumento de especialidad entregado por la sentencia, pero desde otra arista, la ley 20.720 en ningún momento menciona expresamente al Crédito con Aval del Estado como un crédito especial, es más, ni siquiera se habla de este en la historia fidedigna del establecimiento de ella, en circunstancias que, si se ocupa de otro tipo de situaciones jurídicas relevantes, tal es el caso del artículo 132 a propósito de la administración de bienes en caso de usufructo legal, el artículo 133 que regula la situación de bienes futuros o el artículo 144 en relación con la acumulación de juicios ejecutivos en las obligaciones de dar, entre otras disposiciones. *Ergo*, si el legislador no se ocupó de darle un tratamiento diferenciado, no se puede, a base de los argumentos mencionados por los sentenciadores, darle dicho carácter, más aún considerando que las excepciones deben ser interpretadas de forma restrictiva.

- II. Ahora bien, en caso de aceptarse la existencia de una antinomia a la hora de realizar el cobro compulsivo de este tipo de créditos, entre los mecanismos contemplados en la ley 20.027 y el procedimiento concursal de liquidación voluntaria, debería aplicarse, acorde a lo señalado en el considerando duodécimo de la sentencia 59.567-2020 de la Corte Suprema, el criterio cronológico, según esto, “la ley posterior deroga a una ley anterior”, de lo que resultaría aplicable la ley 20.720 en desmedro de la ley 20.027.
- III. El artículo 143 de la ley de Reorganización y de Liquidación de Empresas y Personas señala que no son acumulables al procedimiento en estudio los juicios que a la fecha estuvieren siendo conocidos por árbitros o que fueren materia de arbitraje forzoso, junto con aquellos sometidos por ley a tribunales arbitrales, no haciéndose referencia a los cobros de créditos de estudios universitarios con aval del Estado, lo que denota que no existe una intención legislativa tendiente a excluir dicho crédito.

Lo anterior se ve reafirmado al comprobarse que el legislador conociendo estas situaciones –pues no resulta algo nuevo que se ventilen este tipo de contiendas ante los tribunales superiores de justicia– no haya realizado ninguna reforma tendiente a zanjar el asunto, lo que no permite más que concluir que la intención legislativa es mantener la responsabilidad del Estado en su calidad de aval frente a las instituciones financieras ante estos supuestos.

- IV. Como fue mencionado, la sentencia en comento señala que el Crédito con Aval del Estado tiene el carácter de especial por el tipo de deudores afectos a él y por la finalidad de este, que es financiar estudios de educación superior, sin embargo, existe otro tipo de acreencias, que presentando las mismas características se extinguen luego de la realización de un procedimiento de liquidación concursal, tales como, las obligaciones laborales y previsionales de los trabajadores reguladas en

la ley 20.123, las que, por cierto, tienen por objeto asegurar una calidad de vida digna al trabajador y su familia.

Lo anterior, implica a todas luces una vulneración al principio de la *par conditio creditorum* en la etapa postcontractual, el que obliga a soportar a todos los acreedores “el efecto extintivo de sus obligaciones insolutas en caso de inexistencia o insuficiencia de activos del deudor”².

- V. En materia de insolvencia y reemprendimiento rige el principio de universalidad, el que posee dos grandes aspectos; uno sustantivo y otro procesal, siendo a base del primero que estos procedimientos comprenden todo el patrimonio realizable del deudor, para satisfacer a la totalidad de los acreedores del mismo, con el fin de cubrir la mayor parte de las deudas y posteriormente liberar al deudor de sus cargas para poder reintegrarse a la vida social y económica. Al aceptar la exclusión del CAE se acepta que la rehabilitación sea parcial, no existiendo una descarga total y efectiva, pasándose así a llevar uno de los objetivos principales de la legislación concursal.

El derecho fue establecido con el objeto de dar solución a los conflictos que surgen en la sociedad, para ayudar a las personas. El hecho de no permitirle al deudor liberarse de sus obligaciones, a cambio de todo su activo realizable, solo lo deja en una situación de vulnerabilidad que, si el ordenamiento jurídico puede evitar, debe hacerlo, siendo este uno de aquellos casos, sobre todo considerando el nivel de desigualdad que existe entre un deudor persona natural y una institución financiera que otorga este tipo de créditos o entre la persona y el Estado que actúa como aval.

- VI. El objeto de un procedimiento concursal de liquidación, es que “el deudor pueda obtener una liberación de responsabilidad por las deudas anteriores al concurso por medio de la extinción de las mismas, cuestión que la doctrina jurídica comparada ha denominado un *discharge* o descarga de deudas, la que posibilita que el deudor pueda volver a reinsertarse en el mundo económico y comenzar desde cero; dicho en términos anglosajones un *fresh start*”³.

Frente a ello, el análisis que realiza la Corte vulnera el espíritu de la legislación, y lo dictado por el elemento de interpretación lógico, en lo referente a la *ratio legis*, ya que impide que los deudores puedan ver extinguidos sus pasivos con el objeto de lograr su bienestar y el de sus familias, en consideración a las circunstancias personales y pecuniarias a las que se enfrentan.

Dentro de la misma línea, es importante señalar y recordar que la liquidación voluntaria no es un procedimiento al que una persona se somete con el objeto de evadir sus obligaciones o de cometer fraude a la ley, sino que por el contrario es

² Ruz Lártiga, Gonzalo, 2019, “La regla para *conditio creditorum*: ¿mito o realidad del derecho concursal? de los orígenes históricos de la regla y su expresión en el derecho concursal actual”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 32. p. 89. Recuperado de: [HTTPS://SCIELO.CONICYT.CL/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCL_ARTT EXT&PID=S0718-80722019000100071](https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-80722019000100071). [Fecha de consulta 22.10.2021].

³ Corte Suprema, Tercera Sala, sentencia de 20 de julio de 2020, Rol 59567- 2020, considerando décimo.

un procedimiento al que el beneficiario se somete cuando no tiene más alternativas de renegociación o reorganización de deudas, atendida su falta de activo.

- VII. El art. 255 de la ley 20.720 señala que; “una vez que se encuentre firme o ejecutoriada la resolución que declara el término del Procedimiento Concursal de Liquidación, se entenderán extinguidos por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el Deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación”. A base de dicha norma, corresponde aplicar el método de interpretación declarativa, según ello, no cabe más que someterse a la literalidad de las palabras de la ley, atendida la claridad con que se expresa, así como el aforismo legal o argumento de no distinción, de acuerdo con esto, donde la ley no distingue, tampoco es posible al intérprete distinguir. Ello al ser estudiado mediante un proceso de deducción lógica arroja como consecuencia directa que no existen fundamentos suficientes para excluir al Crédito con Aval del Estado de este tipo de procedimientos.
- VIII. Si bien la obligación del crédito con garantía estatal es declarada imprescriptible en el artículo 13 de la ley 20.027, señalando que las cuotas impagas del deudor sea por cesantía o cualquier otra causal no prescribirán, al decir “cualquier otra causal” no hace referencia a algún procedimiento de la ley 20.720, pues, como ya fue mencionado ella no existía a la fecha de dictación de la ley antes mencionada, asimismo, el hecho de ser la obligación imprescriptible no implica que no se pueda extinguir mediante un procedimiento concursal como el presente.
- IX. Finalmente, es importante señalar que el incidente de exclusión de crédito interpuesto por la Universidad Católica de la Santísima Concepción no se encuentra regulado en la ley 20.720⁴, sino que es más bien una creación doctrinaria, lo que sumado a que el mismo cuerpo legal dispone expresamente en sus artículos 5 y 131 que solo se podrán promover incidentes en las materias expresamente permitidas, arroja como lógica consecuencia, nuevamente, que la intención del legislador concursal para estos efectos no era dejar fuera de este tipo de procedimientos al Crédito con Aval del Estado, ya que de lo contrario se habría reglamentado.

⁴ Ver CABALLERO Germain, Guillermo, 2017: “Derecho Mercantil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 29. Disponible en HTTPS://WWW.SCIELO.CL/SCIELO.PHP?SCRIPT=SCI_ARTTEXT&PID=S0718-80722017000200347. [Fecha de consulta: 25.10.2021]; ALARCÓN, Miguel (19 de octubre de 2017). Nuestro ordenamiento no contempla una excepción a la descarga de deudas por CAE (Análisis crítico a la sentencia de la Corte Suprema Rol Nº 4656-2017). Recuperado el 23.10.2021, de *El Mercurio Legal*: <HTTPS://WWW.ELMERCURIO.COM/LEGAL/MOVIL/DETALLE.ASPX?ID=906051&PATH=/0D/D3/>

REFLEXIONES FINALES

Atendidos los fundamentos anteriormente expuestos, no queda más que poner en tela de juicio la exclusión del crédito con aval del Estado de un procedimiento de liquidación concursal, toda vez que la sentencia en estudio carece de todo análisis dogmático, referente a la institución en sí, lo que trae como consecuencia dar lugar a soluciones temerarias e imprudentes que desvinculan los veredictos de la legislación vigente y a esta última de la sociedad civil.

El no realizar un estudio de los principios vigentes en la legislación concursal, tales como el de universalidad y el de la *par conditio creditorum*, en pos de una interpretación errada del principio de especialidad, dictando una sentencia con escasos fundamentos jurídicos, implica restar importancia a la actividad jurisdiccional y poner en peligro el bienestar de aquellas personas que encontrándose agobiadas por su situación patrimonial ven como única salida este tipo de procedimientos.

El objeto de la legislación es ponerse al servicio de la dignidad humana y de la persona, para que esta pueda desenvolverse plenamente, máxima que en materia de insolvencia se plasma al garantizar procesos que permitan efectivamente una liberación o descarga de deudas, lo que en el caso en marras se ve vulnerado, quedando en evidencia la desconexión existente entre la resolución de la Corte y el contexto en el que esta se ve inmersa.

La máxima anterior, además, se encuentra recogida en el mensaje de la ley 20.720, enviado por el presidente Sebastián Piñera, el 2012, en donde consta que uno de los principales motivos para reformar la antigua ley de quiebras era permitir a los deudores un nuevo comienzo y un resurgimiento económico luego de someterse a los procedimientos contemplados en ella. Así, excluir el crédito con aval del Estado, adicional a todo lo precedentemente mencionado, supone un notable retroceso en el tema.

En atención a ello, es momento de que los tribunales cambien de criterio, incluyendo la globalidad de elementos involucrados en este tipo de supuestos o que, en caso de existir otra intención legislativa esta sea plasmada mediante una reforma a la ley 20.720, con la finalidad de entregar seguridad jurídica a las personas, delimitando claramente qué créditos se verán afectados a este procedimiento y cuáles no, así como con el objeto de evitar gastos y dilaciones indebidas durante el transcurso de los mismos.

RECENSIONES

Recensiones

DANIEL MENDONCA, *Ontología y lógica de normas*, México, Editorial Fontamara. 2020, pp. 64.

1. Desde sus primeros trabajos durante la década de los noventa hasta la actualidad, los textos de Daniel Mendonca se caracterizan por desarrollar con estilo fluido y didáctico espinosos problemas de la Teoría del Derecho contemporánea, los que tienen (siempre) un profundo calado filosófico. Este libro de reciente publicación no es la excepción.

Quienes conocemos el trabajo de Daniel sabemos su marcada inclinación hacia los problemas propios de las teorías de las normas y los sistemas jurídicos, aunque estas preocupaciones no han impedido (sino más bien favorecido) sus contribuciones en los ámbitos de la interpretación jurídica, el derecho constitucional y la filosofía moral¹. Cuestiones estas últimas que muestran el constante diálogo que logra realizar entre la teoría y la práctica jurídica.

Fiel a su estilo analítico, específicamente, con la impronta propia de la conocida Escuela de Buenos Aires de Filosofía del Derecho, desarrolla los cuatro trabajos que componen este libro. Escuela inaugurada por Ambrosio L. Gioja, desarrollada hacia lugares insospechados por Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin, en conjunto con un reconocido cuerpo académico integrado entre muchos otros por R. J. Vernengo, G. R. Carrió, J. A. Bacqué, R. A. Guibourg y J. C. Cueto Rúa, y, en la actualidad, continuada por múltiples generaciones y seguidores. En pocas palabras, desde esta perspectiva se asume que por medio del análisis del lenguaje podemos obtener mayor claridad acerca de nuestra experiencia jurídica, cuando este es realizado con el instrumental de la filosofía del lenguaje y la lógica.

En esta ocasión, como asertivamente destaca en el prólogo Ricardo Guibourg, Mendonca se preocupa por algunas cuestiones cuyo tratamiento puede entregar solidez a las estructuras científicas en las que luego descansarán las inquietudes técnico-jurídicas y sus desarrollos. De ahí la relevancia de volver a problemas (aún abiertos) de la Teoría del Derecho.

2. El trabajo con el que se abre el libro contiene una precisa reconstrucción de las principales propuestas en materia de ontología de las normas jurídicas. No es la primera vez que Daniel desarrolla estas temáticas², las que reconstruye a partir del debate teórico-jurídico de los últimos cincuenta años y con un marcado enfoque comunicativo. Sin

¹ Por ejemplo, ver MENDONCA, D., 2000: *Interpretación y aplicación del derecho*, Almería: Editorial Universidad de Almería; MENDONCA, D., 2001: *Los secretos de la ética*, Madrid, Tecnos; MENDONCA D. & GUIBOURG R., 2004: *La odisea constitucional*, Madrid, Marcial Pons; MENDONCA, D., 2007: *Pobres y desiguales. Notas sobre la pobreza y desigualdad en Paraguay*, Asunción, Librería Intercontinental Editorial e Impresora.

² Ver MENDONCA, Daniel, 2000: *Las claves del derecho*, Barcelona, Gedisa.

embargo, en esta ocasión introduce distinciones y críticas antes inadvertidas u omitidas, las que muestran que, probablemente, esta es su última posición en estas cuestiones.

En el segundo ensayo, controvierte la posibilidad de compatibilizar el positivismo jurídico con el realismo moral, a partir de los presupuestos filosóficos del primero. Y a partir de ahí hace un llamado a Eugenio Bulygin de no ceder ante las críticas y reafirmar la tesis del antirrealismo normativo hasta sus últimas consecuencias. Debido a la aún reciente partida de Eugenio, el afectuoso llamado que se realiza en este libro constituye un reconocimiento más a la enorme influencia de su obra.

En el tercer capítulo, Mendonca sugiere una relectura del conocido intercambio epistolar entre Hans Kelsen y Ulrich Klug. En concreto, sugiere explicar el desacuerdo entre ambos, no como una discrepancia sobre la ontología de las normas, sino más bien como una diferencia en relación con los alcances de la lógica en el terreno jurídico. Nuevamente, emerge la figura de Bulygin como un hito ineludible en el tratamiento de ciertos problemas recurrentes de la teoría jurídica, especialmente el análisis de la obra *kelseniana*.

El trabajo que cierra el libro contiene una sugerente propuesta acerca de cómo sortear el dilema de Jørgensen y, en consecuencia, aplicar la lógica al análisis del discurso normativo. El rasgo central de esta propuesta radica en renunciar a una lógica clásica bivalente y tomar partido por una lógica trivalente, una lógica con un tercer valor: ni verdadero ni falso. Esperemos pronto poder ver más desarrollos de esta propuesta esbozada en este capítulo final.

3. Su propio estilo hace que el libro sea sumamente fácil y rápido de leer para quienes tengan algún grado de formación en Teoría del Derecho; mientras que, para quienes carecen de esta, lo pueden tomar como una adecuada sinopsis a algunas discusiones centrales de la disciplina (ontología de normas, lógica de normas y relaciones entre derecho y moral).

De este modo, más allá de los autores, las perspectivas y las preferencias, la presentación precisa y clara de uno o más problemas, sus respectivas propuestas de solución y los argumentos que las respaldan constituye *ad aeternum* el tipo de actividad intelectual que debe ser promovida desde la academia. Y, como ocurre en este caso, ser reconocida cuando presenta tal desenvoltura.

Por último, probablemente, a partir de trabajos como este, el desafío que nos corresponde enfrentar es cómo continuar fortaleciendo un mayor diálogo entre las concepciones de las normas generalmente utilizadas por la Filosofía del Derecho, vinculadas con los actos, los textos y los significados expresados o atribuidos a estos, con las mayormente empleadas en la Filosofía de las Ciencias Sociales, relacionadas con las prácticas, las convenciones, los deseos y las actitudes normativas. Especialmente si no estamos inmersos en la búsqueda de una explicación reduccionista para un fenómeno social tan altamente complejo como es el derecho contemporáneo.

*Sebastián Agüero-SanJuan**

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>. Correo electrónico: sebastian.aguero@uach.cl

EMILIOS CHRISTODOULIDIS. PABLO MARSHALL (editor), *Teoría Constitucional Crítica. Discusiones sobre derecho y política*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020 (pp. 320).

Tras el estallido social en Chile y el desarrollo del actual proceso constituyente, una de las principales discusiones en el debate público es acerca de si el texto constitucional, próximo a ser redactado y eventualmente ratificado por medio de un plebiscito, contiene el conflicto político incorporando las demandas del estallido social, lo que reconduce al debate acerca de si la Constitución, que representaría a lo jurídico, puede contener a lo político. Estos temas respecto del sentido y alcance de lo jurídico y la relación entre el derecho y la política, tan contingentes en Chile y en Latinoamérica en general, son un tópico principal dentro de la obra de Emilios Christodoulidis y son abordados en el libro que se comenta.

Teoría Constitucional Crítica busca reunir los principales temas tratados en los trabajos de Emilios Christodoulidis, recogiendo para ello una colección de cinco textos, en los que se profundiza en la relación entre el derecho y la política mediante reflexiones concernientes a la dimensión política y la función social e histórica que se pueden atribuir al derecho. Dichas reflexiones le permiten al autor sostener que, debido al carácter esencialmente reflexivo de la política, esta es irreductible a lo jurídico, toda vez que el derecho considerado como la representación de un orden selectivo del disenso que pretende ordenar lo que pareciese ser no ordenable, hace desaparecer la reflexividad de lo jurídico y, con ello, a la política en el derecho. Esta es la idea matriz que recorre todo el libro. Junto con ello, los trabajos de Christodoulidis en *Teoría Constitucional Crítica* son comentados por autores latinoamericanos que recogen las ideas de este autor ya sea para profundizarlas, criticarlas o abordar aspectos menos explorados en sus planteamientos.

Si bien la idea de la irreductibilidad de la política en el derecho es una presente en todos los capítulos, son la primera y la cuarta parte las principales secciones que la desarrollan. En la primera parte Christodoulidis expone el significado de la reflexividad de la política y los elementos que la constituyen para ofrecer una crítica al constitucionalismo, basada en que es una paradoja la afirmación republicana acerca de la conexión jurídica-institucional entre el derecho y la política, debido a que la política siempre está sujeta a revisión y sus significados pueden ser en cualquier momento impugnables a diferencia de lo que ocurre en el derecho. Esta tesis, asimismo, es profundizada en la cuarta parte del libro en la que Christodoulidis introduce la idea relacionada con las estrategias de ruptura del derecho. Al intentar pensar lo jurídico fuera de la lógica del capital y de sus características de homología y clausura deliberada, el autor concluye que la propia no reflexividad de lo jurídico es la que lo hace colapsar y abrir los espacios para conflictos políticos cuya formulación y solución no dependen de un orden predefinido. Así, la conexión de estos dos capítulos refuerza la idea consistente en que no se puede pretender que el derecho, en particular la Constitución, vaya a resolver los conflictos políticos. Sin embargo, lo que sí permitiría el derecho, usado estratégicamente, es el retorno a la política y a la apertura a disensos del momento presente en los que actores excluidos del discurso jurídico pueden reapropiarse de espacios de disputa. De

este modo y, paradójicamente, se podría afirmar que el derecho solo se interconectaría con la política por medio de su ruptura.

Respecto de la política reflexiva tanto Hans Lindhal como Mónica Sánchez-Flores recogen esta idea para reforzarla. Así, en el capítulo 2, Lindhal señala que el poder constituyente encarna la reflexividad de lo político, lo que imposibilita que el poder constituido, que refleja a lo jurídico y que puede estar contenido en una Constitución, pueda representar al espacio de lo no ordenado que simboliza el poder constituyente. Asimismo, en el capítulo tres, Sánchez-Flores señala que la reflexividad de la política es la que permite desarrollar acciones políticas adecuadas al momento presente que pueden ejemplificarse en algunos casos de gobernanzas transnacionales.

Además, en las estrategias de ruptura del derecho Érika Fontánez, en el capítulo 10, refuerza el planteamiento de Christodoulidis, pues basándose en autores posestructuralistas señala que la intervención política en relación con lo jurídico es la manifestación de la contradicción del derecho que permite el momento de su ruptura. John Charney, por su parte, más que discutir o reforzar la idea de ruptura, describe los alcances de la crítica inmanente al derecho y su distinción con otras críticas provenientes del marxismo, las teorías del discurso y las teorías posmodernas.

Otros temas abordados en *Teoría Constitucional Crítica* son los vinculados con el juicio, la reconciliación y los derechos sociales, todos estos se sustentan en la tesis de la irreductibilidad de lo político a lo jurídico, pero de una manera mucho más concreta. Así, acerca del juicio, Christodoulidis, en la segunda parte del libro, señala que la no reflexividad del derecho y su carencia de política es lo que genera que ciertos reclamos, considerados como sediciosos por ser esencialmente políticos, no puedan ser oídos por el derecho, ni tener cabida en él, motivo por el que la idea de juicio es limitada. Esta tesis es complementada por Federico Szczeranski, mas no así por Rocío Lorca, quien en el capítulo 6 la discute. Lorca señala que lo que argumenta Christodoulidis es un reclamo de falta de autoridad del derecho que a juicio del autor imposibilitaría a lo jurídico oír reclamos sediciosos. Sin embargo, Lorca refuta esa idea pues considera que el derecho eventualmente sí podría oír reclamos sediciosos debido al carácter esencialmente político que posee. No obstante, la autora agrega que el derecho se abstiene de oír dichos reclamos por la pretensión de neutralidad que persigue logrando, en definitiva, que lo jurídico que promueve sacrifique su posibilidad de oír reclamos sediciosos para conservar las expectativas de imparcialidad.

Otro tema derivado de la tesis principal es el de la reconciliación, tratado en la tercera parte del libro. Aquí tanto Christodoulidis como Juan Pablo Mañalich cuestionan el carácter híbrido de Tribunales como la Comisión de Verdad y Reconciliación de Sudáfrica. Para estos autores los Tribunales de este tipo no solo buscaban castigar delitos de lesa humanidad, sino que también pretendían la reconciliación de la comunidad, mezclando la función jurisdiccional carente de reflexión con validaciones políticas, cuyos conflictos y temporalidades son diferentes e implican riesgos para la colectividad, tales como los de separar aún más a los miembros de una comunidad de lo que previamente estaban.

Finalmente, un último tema derivado de la idea de la irreductibilidad de lo político a lo jurídico es el vinculado con los derechos sociales y es tratado en la quinta

parte de *Teoría Constitucional Crítica*. Respecto de los derechos sociales, Christodoulidis, compartiendo la tesis de Fernando Atria por el injerto anómalo que representarían estos derechos, argumenta que los derechos sociales son una excepcionalidad porque en ellos sí existen elementos políticos, lo que justifica un tratamiento diferente, pues el derecho tal y como es descrito por Christodoulidis es insuficiente para comprenderlos. Así, este autor señala que los derechos sociales, al basarse en la solidaridad y en la reciprocidad, no siguen el paradigma contractual de los derechos civiles y políticos. Pablo Marshall, en el capítulo 14, defiende la tesis planteada por Christodoulidis y busca analizar sus implicancias en la comprensión de los derechos civiles y políticos, intentando alejarse de la lectura liberal de estos para abrazar una lectura social del sistema de derechos en general. Asimismo, Liliana Ronconi y Gustavo Beade discuten con la idea de derechos sociales de Christodoulidis, porque señalan que es peligroso justificar los derechos sociales en la solidaridad y que es mejor una justificación basada en la igualdad como no sometimiento, pues permitiría asegurar de mejor forma los derechos sociales, no sometidos al regateo político.

Todos estos trabajos centrados en el pensamiento de Emilios Christodoulidis no solo muestran la complejidad, versatilidad y consistencia de su obra, sino que también son un aporte para la teoría crítica y filosofía del derecho tanto a nivel teórico como práctico, pues nos permiten reflexionar acerca de qué tantas expectativas de cambio social podemos colocar, por ejemplo, en la redacción de una nueva Constitución o en la construcción de instituciones más justas y solidarias cuya discusión, a pesar de estar ocurriendo en el momento presente en Chile, sigue pareciendo lejana y futura. También nos permite cuestionar la reconciliación pretendida por la Comisión Nacional de Prisión Política y Tortura chilena, sobre todo en miras del secreto de los archivos de la Comisión por 50 años y morigerar, en definitiva, cualquier pretensión de intentar juridificar las disputas políticas.

Violeta Purán Rosas*

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-3118-5493>. Correo electrónico: violeta.puran@derecho.uchile.cl

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

¿Por qué disienten los jueces? Un estudio empírico del comportamiento judicial de la Corte Suprema en materia de prescripción indemnizatoria contra el Estado en casos de derechos humanos. Diego Pardow Lorenzo, Flavia Carbonell Bellolio

DERECHO PRIVADO

Algunas consideraciones acerca de las decisiones del final de la vida en Chile, a propósito del proyecto de ley sobre muerte digna y cuidados paliativos. Gabriel Muñoz Cordal

La voluntad común como límite de la buena fe en la integración del contrato. Adrián Schopf Olea

El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas. Julio Alvear Téllez, Francisca Barrientos Camus, Jaime Alcalde Silva

DERECHO PÚBLICO

La obligación internacional de evaluación de los impactos ambientales transfronterizos y su aplicación en Chile. Dominique Hervé Espejo, Dusanka Inostroza Skaric

La relevancia del encuadre para la articulación de transiciones legales. Ángeles Fernández Grossetête, Matías Guiloff Titium

La construcción del estándar en la responsabilidad de Gendarmería por la jurisprudencia de la Corte Suprema, Rodrigo Parra Salamanca, José Guillermo Alveal Leiva

El caso de la “Ley Pascua”. Un enfoque más allá del todo o nada. Luis Villavicencio Miranda, Yanira Zúñiga Añazco

DERECHO MIGRATORIO

Análisis de la expulsión de los extranjeros en Chile desde 2012 a 2020. Martina Cociña Cholaky

Un análisis de la jurisprudencia reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de inmigración irregular por ingresos clandestinos. Jacqueline Hellman Moreno

El procedimiento de retorno asistido de los niños, niñas y adolescentes extranjeros no acompañados o separados de sus referentes familiares en la normativa migratoria chilena. Isaac Ravetllat Ballesté

DERECHO PROCESAL

Análisis cualitativo de problemas relativos a confidencialidad de la declaración de niños, niñas y adolescentes ante los Tribunales de Familia. Francesco Carretta Muñoz, Marcelo Barría Bahamondes

DERECHO PENAL

El principio de taxatividad en la jurisprudencia constitucional mexicana. Roberto Fonseca Luján

Justicia Restaurativa y sus respuestas frente al conflicto penal. Responsabilidad y reparación. Raúl Carnevali Rodríguez

Interferencia del miedo insuperable en el estado de necesidad. Rodrigo Guerra Espinoza

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Infracciones instantáneas con efectos permanentes en el derecho ambiental: un caso pionero (Corte Suprema), Claudio Tapia Alvial

La protección integral de los derechos humanos de la niñez bajo el cuidado del Estado como un deber transversal (Corte Suprema), María Paz Jara Leiva

El crédito con aval del Estado como excepción al *discharge* en la legislación concursal (Corte Suprema), Sofía Saralegui Aravena

RECENSIONES

Daniel Mendonca, *Ontología y lógica de normas*. Recensión de Sebastián Agüero-SanJuan

Emilios Christodoulidis, Pablo Marshall (editor), *Teoría Constitucional Crítica. Discusiones sobre derecho y política*. Recensión de Violeta Purán Rosas