

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de  
**Derecho**  
(Valdivia)

Volumen XXXV - N° 2 • Diciembre 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](mailto:revider@uach.cl)  
[www.revistaderechovaldivia.cl](http://www.revistaderechovaldivia.cl)

Directorios y catálogos  
Scopus  
SCIELO  
Latindex

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

Impresión  
ANDROS IMPRESORES  
Santa Elena 1955  
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

---

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

# Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO  
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE  
HANS RICHTER BECERRA

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE  
SUSAN TURNER SAELZER  
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° 2 (Diciembre 2022)

## INVESTIGACIONES

<i>John Finnis y el punto de vista interno del punto de vista interno.</i> Fernán Rioseco Pinochet	9
<i>Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina.</i> Natalia Cárdenas Marín	29
<i>Aplicación de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en la operación de leasing financiero.</i> Mauricio Inostroza Sáez	51
<i>La acción de repetición en la responsabilidad civil por accidentes del trabajo. Elementos, vigencia y rol de una herramienta olvidada.</i> José Luis Diez	71
<i>El retiro de confianza en el ordenamiento laboral peruano. Necesidad de un reexamen en clave protectora.</i> Javier Hildebrando Espinoza Escobar	91
<i>Análisis de la legislación iberoamericana sobre inclusión laboral de personas con discapacidad con perspectiva de género.</i> Sofía Alarcón García, Luis Díaz García, Kevin Ritz Parra	113
<i>Funciones jurisdiccionales de las Superintendencias en Colombia. Claves para comprender esta forma de administrar justicia desde el ejecutivo.</i> Nelson Hernández Meza, María Lourdes Ramírez Torrado, María de Jesús Illera Santos	139
<i>El marco legal del trabajo callejero: la imposición de un orden sin los trabajadores.</i> Paz Irrarázabal González	163
<i>La limitación de derechos políticos vía administrativa en Colombia y la renuencia del Estado a adecuar su legislación interna.</i> José Reynel Cristancho Díaz	183
<i>¿Es constitucional despenalizar el aborto, más allá de causales?</i> Rodolfo Figueroa García Huidobro	203
<i>La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada.</i> Héctor Olasolo, Pablo Galain Palermo	227

<i>Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas.</i> Jean Pierre Matus Acuña	251
<i>El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile.</i> Javier Wilenmann von Bernath, Juan Pablo Arístegui Spikin	273
<i>La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva.</i> Juan Pablo Mañalich Raffo	297
<i>Problemas de determinación de la pena en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte.</i> Guillermo Oliver Calderón, Laura Mayer Lux	317

#### JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile (Corte de Apelaciones de Temuco).</i> Felipe Guerra Schleef	337
<i>¿Debe responder el autor de una violación por el suicidio de la víctima? Análisis de una decisión judicial controvertida (Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Córdoba, Argentina).</i> Bruno Rusca	345
<i>El Derecho Internacional como excusa para cuantificar el derecho al agua (Corte Suprema).</i> Álvaro Paúl Díaz	353

#### RECENSIONES

<i>Vicente Cabedo Mallol, Isaac Ravetllat Ballesté, Los derechos de la infancia y la adolescencia en las constituciones europeas.</i> Recensión de Claudia Sanabria Moudelle	365
--	-----

# **INVESTIGACIONES**



DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200009>

## John Finnis y el punto de vista interno del punto de vista interno

*Fernán Rioseco Pinochet\**

### RESUMEN

*De acuerdo con John Finnis, el punto de vista interno propuesto por H.L.A. Hart como elemento cardinal de la noción de regla jurídica estaría moralmente cargado por “reglas de razonabilidad práctica”, de modo que el punto de vista interno sería, necesariamente, un punto de vista moral. Nos proponemos mostrar que el argumento de Finnis adolece de circularidad y que, incluso, resulta falaz respecto del problema moral de la eutanasia. Para ello, nos concentraremos en tres nociones importantes: a) la naturaleza descriptiva o normativa de las teorías; b) el punto de vista interno; y c) el llamado caso central y los casos periféricos en el ámbito del razonamiento práctico. En la conclusión, debería verse con claridad que el refinamiento de Finnis de la idea de punto de vista interno, si bien es interesante, falla en identificar dicha perspectiva con el punto de vista moral.*

Hart; Finnis; punto de vista interno; derecho; moral

### *John Finnis and the internal point of view of the internal point of view*

### ABSTRACT

*According to John Finnis the internal point of view proposed by H.L.A. Hart as a cardinal element of the notion of legal rule would be morally charged by “rules of practical reasonableness”, so that the internal point of view would necessarily be a moral point of view. We propose to show that Finnis’s argument suffers from circularity and that it is even fallacious regarding the moral problem of euthanasia. To do this, we will focus on three important notions: a) the descriptive or normative nature of theories; the internal point of view; and c) the so-called central case and peripheral cases in the field of practical reasoning. In the conclusion, it should be clearly seen that Finnis’s refinement of the idea of internal point of view, while interesting, fails to identify that perspective with the moral point of view.*

Finnis; internal point of view; law; morality

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile. Magíster en Filosofía, Universidad de Valparaíso, Chile. Máster en Argumentación Jurídica, Universidad de Alicante, España y Universidad de Palermo, Italia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2272-0039>. Correo electrónico: [temistokless7@gmail.com](mailto:temistokless7@gmail.com).

Artículo recibido el 19.7.2021 y aceptado para su publicación el 7.7.2022.

## INTRODUCCIÓN

El iusnaturalismo ha tenido una suerte de revitalización en las últimas décadas, debido a los originales aportes realizados por teóricos del derecho como Javier Hervada y John Finnis, así como Leo Strauss y Eric Voegelin en el ámbito de la filosofía política contemporánea no tomista. En el caso de Finnis su obra está dirigida a un público erudito no religioso, secular, agnóstico y más o menos liberal, apoyándose en el arsenal metodológico y conceptual de Tomás de Aquino<sup>1</sup>, de los teólogos Germain Grisez y Bernard Lonergan, y de ius filósofos positivistas como H.L.A. Hart y Joseph Raz, todo ello ha contribuido a que sus ideas lleguen a un público más amplio y diverso.

Sin embargo, la comprensión acabada de la teoría iusnaturalista de Finnis resulta problemática porque, junto con nuestra formación iuspositivista, el autor da por supuesto un lenguaje que pertenece a la tradición aristotélica y escolástica. Su obra principal —*Natural Law and Natural Rights*<sup>2</sup> (NLNR) cuyo título fue propuesto por Hart, entonces editor de Clarendon Press en la Universidad de Oxford y exmaestro de Finnis en dicho claustro— está escrita en una tradición diferente a la del iuspositivismo que arranca desde Bentham hasta llegar a Hart y sus epígonos. Por ello, no es infrecuente encontrarse con deformaciones no solo del pensamiento de Finnis, sino que de las doctrinas iusnaturalistas en general.

Una de las contribuciones más originales e interesantes de Finnis se refiere a la noción de punto de vista interno, acuñada por Hart a partir de la distinción de Peter Winch en el campo de la teoría social entre los puntos de vista interno y externo. Finnis comparte, en lo medular, la adaptación de Hart al ámbito del derecho de las ideas de Winch, pero al mismo tiempo considera que esta es incompleta e insuficiente para una adecuada caracterización del derecho como práctica social. De acuerdo con Finnis el punto de vista interno requiere, a su vez, de un punto de vista interno, por lo que, en rigor, su planteamiento es la necesidad de contar con un “punto de vista interno” del punto de vista interno, que no es otro que la perspectiva de la moral, a partir de la reelaboración de la obra del Aquinate sumado a ideas propias que el filósofo australiano ha venido defendiendo en los últimos años.

H.L.A. Hart es categórico al subrayar que el punto de vista interno no debe ser confundido con el punto de vista moral, pero una de las críticas que se puede hacer es que no todas las prácticas sociales dan lugar a reglas jurídicas, incluso si sus miembros adoptan el punto de vista interno. Esta objeción podría superarse con lo que algunos autores llaman convenciones de coordinación, es decir, la idea de “coordinar el comportamiento de los funcionarios de manera que todos tengan deferencia al mismo conjunto de autoridades”<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> Sin embargo, hay una extendida disputa en el tomismo respecto de la adecuada interpretación de la obra de Tomás de Aquino, donde lo único claro es que el Aquinate era no solo un competente conocedor de Aristóteles, sino uno de sus más brillantes intérpretes junto con Francisco Suárez. Cfr. FINNIS, 2019.

<sup>2</sup> FINNIS, 1980.

<sup>3</sup> SHAPIRO, 2014, p. 144.

Pero este intento de contrarrestar la crítica enfrenta nuevos y serios problemas, ya que las convenciones de coordinación no excluyen la posibilidad de alienación de los funcionarios públicos; tampoco la posibilidad de acuerdos o consensos arbitrarios (de nuevo, de funcionarios alienados); y, finalmente, no logra explicar satisfactoriamente la existencia en cualquier sociedad humana de buenos samaritanos, esto es, de aquellos integrantes de una práctica que obedecen el derecho no solo porque tienen un compromiso subjetivo con la regla, sino porque consideran que deben obedecerlo, es decir, estiman que es moralmente obligatorio obedecer el derecho.

No es claro que la teoría de Hart pueda salir airoso de todos estos cuestionamientos. Parece necesaria una reformulación del punto de vista interno que incorpore, entre otras, la perspectiva del buen samaritano y no solo la del hombre malo de Holmes<sup>4</sup>. Y es precisamente aquí donde entra en escena el iusnaturalismo de Finnis<sup>5</sup>.

Si bien Finnis considera que el análisis de Hart es acertado en lo esencial, al mismo tiempo es limitado e insuficiente, como bien lo demuestran las críticas expuestas más arriba. El error de Hart consistiría en haberse apegado demasiado a su libreto de presentar *The Concept of Law* como un ensayo de sociología descriptiva, olvidando que los integrantes de esa práctica compleja llamada derecho actúan motivados por lo que Finnis llama “reglas de razonabilidad práctica” que, en resumen, constituyen exigencias para el derecho positivo de plasmar instituciones que aseguren ciertos bienes o valores humanos fundamentales. De acuerdo con Finnis estos bienes humanos, irreductibles e indemostrables, son siete: conocimiento, vida, juego, experiencia estética, habilidad social o amistad, razonabilidad práctica (que tiene un papel dual en el esquema de Finnis) y religión.

Nos proponemos mostrar que el argumento de Finnis de que el punto de vista interno estaría moralmente cargado, adolece de circularidad y, en el mejor de los casos, deviene en trivial y delicuescente. Para este análisis, nos detendremos en tres nociones básicas de las teorías jurídicas de Hart y Finnis: a) la naturaleza descriptiva o normativa de las teorías; b) el punto de vista interno; y c) el llamado caso central y los casos periféricos en el ámbito del razonamiento práctico. En la conclusión, debiera verse con claridad que la perspectiva de Finnis, si bien enriquece y profundiza la noción de punto de vista interno de Hart, no parece suficiente para incorporar a la moral –con carácter de necesidad– en la caracterización del derecho.

---

<sup>4</sup> HOLMES, 2012, p. 57. Sin embargo, el ideal regulativo del *bad man* no significa que el derecho no tenga que ver con la moral, como Holmes se encarga de aclarar inmediatamente al señalar que las normas jurídicas, desde una perspectiva histórica, son el testimonio de las convicciones e ideales morales de la comunidad.

<sup>5</sup> Aunque no solo FINNIS, también autores como Philip SOPER (1993) y Ernesto GARZÓN VALDÉS (1993) no han vacilado en defender la asimilación conceptual entre punto de vista interno y punto de vista moral.

## I. LA TEORÍA DESCRIPTIVA DE HART

De acuerdo con la tipología de Bobbio<sup>6</sup> respecto de las formas de positivismo jurídico, la teoría de Hart<sup>7</sup> puede enlistarse en aquella variante que el autor italiano denomina positivismo metodológico, esto es, la postura que defiende únicamente la tesis de la distinción conceptual entre el derecho y la moral, a veces llamada también tesis de la separación<sup>8</sup>. Además, luego de la fractura que se produjo al interior del iuspositivismo debido fundamentalmente a las críticas de Dworkin<sup>9</sup>, el positivismo de Hart no niega que pueda existir una conexión contingente entre el derecho y la moral: lo que rechaza es la relación conceptual necesaria entre ambos. De hecho, debido a esta postura más bien conciliadora es que el propio Hart<sup>10</sup> llamó a su positivismo *soft positivism*, que puede traducirse como positivismo blando o suave.

No pocos han advertido que el positivismo blando de Hart equivale a expulsar a la moral por la puerta solo para dejarla entrar por la ventana. Sin embargo, no debe caer en el olvido aquella frase contenida en el prólogo de *The Concept of Law* en la que Hart afirma que su obra constituye “un ensayo de sociología descriptiva”<sup>11</sup>. En efecto, teniendo en mente los extremos de la pesadilla del realismo jurídico y el noble sueño del formalismo, la posición de Hart<sup>12</sup> es la del estado de vigilia, que no es ni sueño ni pesadilla, pero que mantiene abiertos los ojos para observar con rigor analítico (el de la filosofía analítica) este enigmático objeto llamado derecho.

Hart no renuncia, por tanto, a la pretensión de describir al derecho. Mal que mal el método de la filosofía analítica es el análisis conceptual, esto es, junto con el interés por las nociones de referencia y significado, la clarificación de los términos del lenguaje natural, especialmente de conceptos fundamentales de las diferentes disciplinas y de algunos otros conceptos relacionados. En el caso del derecho esto supone la clarificación no solo del concepto derecho, sino de otros íntimamente ligados como obligación, regla, jurisdicción y competencia. En esta empresa clarificatoria Hart no solo consigue refutar la teoría imperativa del derecho de Austin, sino que su teoría jurídica constituye un refinamiento de otro gigante de la teoría del derecho del siglo XX: Hans Kelsen, al menos en lo que atañe al fundamento de validez del derecho.

En efecto, tanto Hart como Kelsen están de acuerdo con la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, pero se enfrentan al problema de justificar la validez del derecho evitando la regresión al infinito (la paradoja de la autoridad). En

<sup>6</sup> BOBBIO, 1993.

<sup>7</sup> HART, 1958, 1961, 1994a.

<sup>8</sup> De acuerdo con RAZ, 1982, p. 57, una teoría jurídica puede ser considerada como positivista si satisface las siguientes condiciones necesarias y suficientes: a) la tesis de las fuentes sociales; b) la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral; y c) la tesis semántica.

<sup>9</sup> DWORKIN, 1977, 1986, 2006.

<sup>10</sup> HART, 1994a.

<sup>11</sup> HART, 1961, vi.

<sup>12</sup> HART, 1994b.

su *Teoría Pura del Derecho* Kelsen<sup>13</sup> soluciona el escollo con su criticada norma básica (*Grundnorm*), en tanto que Hart introduce su idea de la regla de reconocimiento. La diferencia es que la norma básica es siempre una norma (ajena al derecho positivo en la primera edición de la *Teoría Pura del Derecho* y una ficción en el último Kelsen) en tanto que la regla de reconocimiento es, esencialmente, una práctica social. Para Hart es crucial que esta práctica sea seguida, al menos, por los funcionarios públicos del sistema, motivados por el compromiso con la regla, es decir, adoptando el punto de vista interno.

En el caso de Austin<sup>14</sup> las críticas de Hart son variadas y demolidoras, pero para efectos de este trabajo nos interesa detenernos solo en una de ellas: la insuficiente caracterización austiniana de la noción de “regla jurídica”. La teoría de Austin reduce las reglas a los deseos del soberano habitualmente obedecidos respaldados por la amenaza de una sanción, lo que significa que para saber cuándo un súbdito o un ciudadano están frente a una obligación jurídica será necesario acudir únicamente a hechos externos del mundo físico: si el soberano expresó un deseo, si lo hizo por los canales formales, si su orden está vigente y no ha sido revocada, etcétera.

Sin embargo, como observa Hart, este modelo solo se concentra en el aspecto externo de las reglas, esto es, en los hábitos de conducta convergentes, pero ocurre que las reglas poseen un elemento subjetivo muy importante que Austin pasa por alto: el punto de vista interno. La perspectiva de Austin respecto de las reglas es la del observador externo de una práctica, es decir, aquel que solo se limita a observar y describir ciertos comportamientos y meras regularidades, ignorando el sentido de la práctica, que constituye un elemento claramente subjetivo.

### 1. *El punto de vista interno*

El punto de vista interno es una idea original de Peter Winch<sup>15</sup> en el campo de la teoría social, que Hart incorporó como uno de los elementos cardinales de su teoría jurídica<sup>16</sup>. No obstante, se trata de una noción oscura que ha dado lugar a múltiples interpretaciones. Siguiendo a Shapiro, entendemos por punto de vista interno:

[...] un compromiso con un estándar de conducta general. (Los funcionarios públicos) tienen que obedecer porque consideran que corresponde cumplir con el derecho con independencia de las sanciones que puedan seguirse de la desobediencia. Solo cuando los participantes adoptan el punto de vista interno, la regularidad de

<sup>13</sup> KELSEN, 2011.

<sup>14</sup> AUSTIN, 2009.

<sup>15</sup> WINCH, 1958/1990, p. 182.

<sup>16</sup> HART, 1961, pp. 111-113 y p. 249. Según Nicola Lacey, Hart habría tomado la idea de punto de vista interno y externo de Peter Winch, pero no está claro que se trate de una adaptación fiel de las ideas de Winch al campo del derecho. Véase Lacey, 2004. pp. 230-231.

conducta se transforma en una práctica social y, por tanto, en una regla social [...] es la actitud de aceptación de la regla<sup>17</sup>.

El punto de vista interno se direcciona en dos sentidos: (1) Por un lado es una guía de comportamiento para quien lo adopta; y (2) Por el otro, es un baremo para la crítica de los demás. En el primer caso es fundamento de la acción; en el segundo se trata de un criterio para censurar la conducta ajena. Se corresponde con lo que Hart llama estados internos, que en el lenguaje natural se expresan en frases como “esto está mal” o “usted debería hacer esto o aquello”.

La noción de regla jurídica en Hart es, por tanto, mucho más completa y precisa que la mera regularidad externa de la teoría de Austin. Lo interesante es que para Hart el aspecto subjetivo del seguimiento de reglas no es necesariamente un punto de vista moral. Un juez, por ejemplo, podría aceptar la regla de reconocimiento por mezquinas razones personales: para obtener un ascenso en su carrera, por temor a la crítica y censura de los demás jueces si se aparta de las reglas que siguen aquellos, o simplemente porque no quiere perder su empleo y busca ganarse la vida. Ninguno de estos compromisos subjetivos con la regla es de naturaleza moral.

Ahora bien, la existencia del punto de vista interno supone el problema de diferenciarlo de la perspectiva contraria, esto es, el punto de vista externo. La solución de Hart está lejos de ser clara y ha dado lugar a numerosas críticas e intentos de salvar la distinción. Según Hart, el punto de vista externo es el del observador de la práctica que no participa en ella, sino que se limita a su descripción sin recurrir a las creencias y actitudes de los partícipes<sup>18</sup>. Desde la perspectiva de este tercero no hay normatividad ni reglas ni vinculación, sino solo regularidades, especialmente en lo que respecta a la aplicación de sanciones. Pero, si esta idea es correcta, habría que asumir que el participante de la práctica que no acepta el punto de vista interno es también una especie de observador externo, sin convertirse necesariamente en un *outsider*.

Consciente de esta dificultad, Hart intenta solucionarla por medio de lo que llamó el “punto de vista externo no extremo o crítico”, que sería el caso del observador que describe la práctica, pero teniendo en cuenta las actitudes de los miembros del grupo<sup>19</sup>. Este tercero adoptaría cognitivamente un punto de vista hermenéutico o no comprometido, sin la radicalidad del espectador externo puro y simple<sup>20</sup>.

En resumen, y a partir de la distinción hartiana entre el punto de vista práctico y el punto de vista teórico, el observador externo puede ser (1) extremo, si se limita a la descripción de la práctica y no ofrece una explicación de la forma en que los miembros del grupo que aceptan las reglas contemplan su propia conducta, es decir, la descripción no es una descripción en términos de reglas (*i.e.* un marciano que acaba de llegar a la Tierra

<sup>17</sup> SHAPIRO, 2014, pp. 134-135.

<sup>18</sup> HART, 1961, p. 110.

<sup>19</sup> HART, 1961, p. 111.

<sup>20</sup> SHAPIRO, 2006, p. 1160.

o un antropólogo que se limita a observar las prácticas de una tribu del Amazonas); y (2) no extremo, si se “compromete” cognitivamente con la práctica, pero no debido a la aceptación de la regla, sino para evitar castigos o guiado por la expectativa de obtener un beneficio. En ambos casos la diferencia es el interés: teórico en el caso del espectador externo extremo, y práctico en el caso del observador externo no extremo.

La aceptación de la propuesta de Hart conduce a la existencia de tres clases de enunciados normativos: (i) los del punto de vista interno, (ii) los del punto de vista externo extremo y (iii) los del punto de vista externo no extremo<sup>21</sup>. La misma idea es expresada por Joseph Raz a partir de su distinción entre enunciados comprometidos y no comprometidos, donde (ii) es el típico enunciado no comprometido del hombre malo, que no expresa la aceptación personal de una regla. Según Raz, ambos tipos de enunciados expresan la misma proposición normativa, pero su valor veritativo es diferente: los enunciados comprometidos tienen condiciones de verdad normativas, mientras los no comprometidos tienen condiciones de verdad descriptivas. Por ejemplo, supongamos que tengo un amigo que es vegetariano, y si ser vegetariano no es una exigencia de la moral, entonces el enunciado “no debes comer una hamburguesa de carne” es falso de acuerdo con la interpretación comprometida, pero es verdadero según la hermenéutica del no comprometido porque mi amigo, de hecho, es vegetariano y desde su punto de vista es incorrecto comer carne<sup>22</sup>.

A esta crítica de Raz, Hart responde que aún el hombre malo puede describir el derecho en términos normativos y formular razonamientos jurídicos, porque los enunciados jurídicos pueden ser no comprometidos. De esta manera, cuando el hombre malo (no comprometido) adscribe validez a una regla, no está expresando su aceptación de la regla de reconocimiento, sino el punto de vista de quienes la aceptan<sup>23</sup>.

En cualquier caso y más allá de estas disquisiciones teóricas, lo cierto es que para identificar una práctica social como el derecho no resulta necesario comprometerse con ella uno mismo ni asumir personalmente que la práctica sea valiosa o esté moralmente justificada<sup>24</sup>. Para Hart no es necesario que todos los miembros del grupo adopten el punto de vista interno, pues es bastante con que lo hagan los funcionarios del sistema, especialmente los jueces. De lo anterior se sigue que solo precisan de razones justificatorias quienes adoptan el punto de vista interno, pero no los observadores externos.

Recientemente, Cristina Redondo<sup>25</sup> ha reformulado estas ideas distinguiendo entre un punto de vista interno 1 y un punto de vista interno 2, y un punto de vista externo 1 y un punto de vista externo 2. El discurso del punto de vista interno 1 y el del punto de vista externo 1 son descriptivos, pero epistemológicos, esto es, sin asumir ninguna postura pragmática. Al contrario, los puntos de vista interno 2 y externo 2 sí hacen referencia a una determinada actitud práctica, de primera persona en el caso del punto

<sup>21</sup> BAYÓN, 1991.

<sup>22</sup> RAZ, 1999, pp. 171-177.

<sup>23</sup> RAZ, 1982, pp. 153-161.

<sup>24</sup> COLOMER, 2006, p. 295.

<sup>25</sup> REDONDO, 2018.

de vista interno 2, y de tercera persona en la hipótesis del punto de vista externo 2. La diferencia estriba en que el primero acepta (y justifica) la práctica jurídica, mientras que el segundo no lo hace, convirtiéndose en el *bad man* de Holmes: el modelo del hombre malo típicamente infractor. Es importante destacar que, para Redondo, el sujeto que se conduce conforme al punto de vista interno 2 no lo hace necesariamente por motivos racionales (su actitud puede ser perfectamente irreflexiva). Lo relevante es que el punto de vista interno 2 y el punto de vista externo 2 son mutuamente excluyentes, a diferencia del punto de vista interno 1 y el punto de vista externo 1. La razón es obvia, pues no resulta lógicamente compatible tener una actitud práctica contradictoria: aceptar y no aceptar la práctica al mismo tiempo y en el mismo sentido sería una flagrante violación del principio lógico de no contradicción.

## II. LA TESIS PRESCRIPTIVA EN *NATURAL LAW AND NATURAL RIGHTS*

En *NLNR* Finnis presenta y defiende una teoría del derecho normativa. Sin embargo, ello no quiere decir que el positivismo jurídico y la Ley Natural sean irreductibles. Ocurre, dice Finnis, que la Ley Natural no es una forma de no positivismo, sino antes bien una especie de superación del positivismo jurídico en el sentido hegeliano del término (*Aufhebung*), pues del mismo modo en que la lectura correcta de Aristóteles y de Tomás de Aquino no niega ni contradice el derecho positivo, la Ley Natural —en tanto reconoce las virtudes del legalismo— enriquece la comprensión del fenómeno jurídico al permitir la evaluación o valoración de un sistema jurídico contingente, incluyendo las mencionadas reglas de razonabilidad práctica que nos permiten dotar de sentido a esta práctica compleja que llamamos derecho. En este sentido, autores tan disímiles como Bix<sup>26</sup>, Orrego Sánchez<sup>27</sup> y Pereira Sáez<sup>28</sup> han destacado esta posición conciliadora en Finnis de teorías, en principio incompatibles e irreductibles.

La idea, a primera vista, parece muy atractiva y prometedora. Sin embargo, como observa Bulygin<sup>29</sup>, los distintos contextos evaluativos en el derecho implican, a su turno, diferentes niveles de valoración. Así, la evaluación epistémica difiere de la evaluación ética, ya que la primera es moralmente neutral a diferencia de la segunda que incluye juicios de valor y pretensiones de corrección. Por ejemplo, cuando el juez evalúa una prueba no formula un juicio de carácter ético y lo propio acontece en los contextos científicos. Es cierto que el derecho contiene muchas evaluaciones éticas, pero aquella no es una razón para negar que la teoría del derecho es, o debiera ser, descriptiva. Como observa Hart: “una descripción puede ser todavía una descripción, incluso cuando lo que es descrito es una evaluación”<sup>30</sup>. Si lo anterior fuera poco, queda en pie el escollo

<sup>26</sup> BIX, 2000, p. 1624.

<sup>27</sup> ORREGO SÁNCHEZ, 2005 p. 183.

<sup>28</sup> PEREIRA SÁEZ, 2008, p. 19.

<sup>29</sup> BULYGIN, 2007, pp. 108-109.

<sup>30</sup> HART, 1994b, p. 240.

de explicar la diferencia (si es que la hay) entre las oscuras expresiones “evaluar” y “valorar”. De hecho, el punto de vista interno hartiano permite una evaluación epistémica del derecho y no una ética, aun cuando se trata de una noción eminentemente subjetiva.

Es dudoso que el planteo aristotélico-tomista del caso central pueda romper o siquiera modificar este esquema de razonamiento positivista, pues habría que asumir la existencia de un objetivismo moral. Y aun cuando Finnis se empeña en defender la existencia del objetivismo moral a partir de las cinco pruebas tomistas acerca de la existencia de Dios, las críticas –incluso desde la perspectiva de la filosofía general– permanecen intactas.

### III. CASO CENTRAL Y CASOS PERIFÉRICOS

Una descripción precisa del derecho que lo distinga de otras prácticas sociales requiere de un segundo nivel analítico, consistente en distinguir entre lo que Finnis llama caso central o focal de la práctica analizada (y su significado correspondiente) y casos periféricos o aguados (*Watered-down versions*)<sup>31</sup>. El caso central es ejemplificado por el autor australiano con la amistad, la que no solo se halla presente de hecho en la vida de los seres humanos, sino que constituye uno de los siete bienes humanos que forman parte de lo que Finnis llama reglas de razonabilidad práctica y que, en última instancia, nos permiten llevar una vida buena y encaminarnos al florecimiento humano<sup>32</sup>.

En el caso de la amistad humana, es evidente que ella admite diferentes grados y matices. Así como un vaso con Coca-Cola sigue siendo Coca-Cola aunque se le añada algo de hielo o agua, la amistad puede existir perfectamente entre personas que se conocen por primera vez en un gimnasio o en una clase de filosofía del derecho. En este último caso, la amistad es “aguada”, esto es, liviana, *soft o light* y no puede compararse en intensidad a la amistad que se da entre dos novios que van a contraer matrimonio. Sin embargo, dice Finnis, sería necio negar la existencia de amistad en ambas hipótesis<sup>33</sup>. Lo propio acontece en el derecho y en otros órdenes normativos como la moral. Al respecto, Tomás de Aquino distingue entre las cuestiones *simpliciter* y las *secundum quid* donde la cuestión *simpliciter* implica la realidad considerada en su totalidad, sin matices ni grietas, mientras que los segundos son desviaciones de la centralidad en términos de referencia y significado<sup>34</sup>. De hecho, según Finnis, este refinamiento permite entender por qué para el Aquinate el derecho “injusto” puede, eventualmente, seguir siendo considerado derecho, solo que en ese evento lo será como *secundum quid*, es decir, una desviación del caso focal que es el derecho justo<sup>35</sup>.

<sup>31</sup> FINNIS, 1980, p. 11.

<sup>32</sup> La analogía con las flores no es casual, pues, así como las semillas alcanzan su máximo esplendor (florecen) dados ciertos elementos y circunstancias, lo propio ocurre según Finnis con los seres humanos.

<sup>33</sup> FINNIS, 1980, pp. 108-109.

<sup>34</sup> FINNIS, 1980, p. 366.

<sup>35</sup> FINNIS, 1980, pp. 363-368. En este sentido el caso central es canónico, pues el virtuoso mismo es canon de la moralidad. Cfr. ARISTÓTELES, 2018, *Ética a Nicómaco* III 4, 1113a, p. 38.

Desde luego, este reconocimiento no convierte a Tomás de Aquino ni a Finnis en positivistas jurídicos<sup>36</sup>. Es más bien lo contrario: mostrar cómo yerra el positivismo al no comprender que una desviación del caso central (*i.e.* la existencia de un derecho contingente injusto) no conlleva necesariamente la negación de la moral o su expulsión como objeto de análisis de la ciencia jurídica. Lo que el positivismo jurídico no ve, dice Finnis, es que la existencia del caso focal y de los casos periféricos posibilita la emisión de juicios de valor para detectar lo que puede y debe ser corregido en un sistema jurídico contingente. Esto no es baladí, pues deriva de una exigencia metodológica que Finnis extrae del propio positivismo hartiano y que comparte plenamente, al insistir en la descripción y explicación del derecho del modo más rico y completo posible, lo que incluye la idea del punto de vista interno, y el análisis naturalista y moral de las acciones, prácticas, hábitos, disposiciones y discursos humanos<sup>37</sup>.

De acuerdo con Finnis, el tratamiento de Hart en relación con el caso central del derecho es insatisfactorio e incompleto. El caso focal hartiano es la definición de derecho como unión de reglas primarias y secundarias. Sin embargo, esto no resultaría consistente con el caso estándar que Hart propuso para el Derecho Penal (1963) que estaría compuesto por cinco elementos, y cuya justificación se apoya en una forma de consecuencialismo mixto, que reconoce la necesidad de atender a razones morales de tipo no consecuencialistas como límite del interés general. El caso más obvio es la evitación del castigo a un inocente, aun cuando ello pueda generar beneficios sociales importantes. Sin embargo, replica Hart, estas razones morales serían metaéticas, porque para formar parte de una ética normativa habría que demostrar la existencia de algo objetivamente “bueno”, independiente de los beneficios sociales que conlleva el castigo penal. Según Finnis, esta idea es errada en al menos dos sentidos: (1) el caso central debe estar moralmente cargado, pero en la caracterización de Hart es neutral; y (2) la definición de derecho de Hart, si bien constituye un refinamiento de la tesis positivista, es parcial al desconocer los casos de instanciación de la práctica en que tanto la juridicidad como la moralidad pueden subsistir de una manera deformada.

#### IV. EL PUNTO DE VISTA INTERNO DEL PUNTO DE VISTA INTERNO

Uno de los aspectos más interesantes de la perspectiva teórica de Finnis es constatar cómo este autor logra reformular y enriquecer la idea de Hart acerca del punto de vista interno. En efecto, si bien Finnis considera que el análisis hartiano es acertado en lo esencial, al mismo tiempo es limitado e insuficiente, como bien lo demuestran las críticas expuestas en la introducción.

---

<sup>36</sup> Pero bien puede sostenerse, como lo hacen muchos autores, que la nueva teoría clásica del derecho natural defendida por FINNIS no se enfrenta al positivismo jurídico, sino que reformula y enriquece la segunda tesis (de la separación) manteniendo que el punto de vista interno se corresponde con el punto de vista moral.

<sup>37</sup> FINNIS, 1980, p. 3.

Como señalamos en la introducción, el error de Hart consistiría en haberse apegado demasiado a su libreto de presentar *The Concept of Law* como un ensayo de sociología descriptiva, olvidando que los integrantes de esa práctica compleja llamada derecho actúan motivados por lo que Finnis llama “reglas de razonabilidad práctica” que, en resumen, constituyen exigencias para el derecho positivo de plasmar instituciones que aseguren ciertos bienes o valores humanos fundamentales. De acuerdo con Finnis estos bienes humanos, irreductibles e indemostrables, son siete: conocimiento, vida, juego, experiencia estética, habilidad social o amistad, razonabilidad práctica (que tiene un papel dual en el esquema de Finnis) y religión.

Los seres humanos vivimos en un mundo dotado de sentido. No solo nos detenemos ante la luz roja del semáforo porque otros también lo hacen, para evitar un accidente, la censura de los demás o para que la autoridad no nos sancione. También lo hacemos porque consideramos moralmente correcto obedecer el derecho. Tales reglas de razonabilidad práctica están llamadas a presidir cualquier valoración moralmente relevante de nuestra conducta y, precisamente por ello, le dan sentido a nuestra vida, permiten entenderla mejor, “vivirla” mejor, atendiendo a los bienes humanos que la dotan de sentido: solo en esas condiciones puede hablarse de un genuino florecimiento humano (*human flourishing*). Los bienes humanos son para Finnis formas de florecimiento y coronación humanas.

La razonabilidad práctica es dual porque, por una parte, constituye uno de los bienes humanos, mientras que por la otra es el proceso de razonamiento que:

“[...] distingue el pensamiento práctico correcto [del incorrecto, el cual, cuando es llevado a sus últimas consecuencias, contiene los criterios para diferenciar entre actos que [...] son razonables considerando todas las cosas (y no solo en relación con un propósito particular) y actos que no son razonables si no se consideran todas las cosas”<sup>38</sup>.

Finnis aclara que todos los bienes humanos básicos son igualmente fundamentales y que ninguno de ellos puede ser concebido como solo un aspecto de cualquiera de los otros. No obstante, admite que, en ciertos contextos, cualquiera de ellos puede ser visto como el más relevante o trascendente. Pero lo que hay que retener, dice el profesor de Notre Dame, es que juntos constituyen un “bien común para todos los seres humanos” y envuelven “cualquier cosa que uno razonablemente quisiera hacer, tener o ser”<sup>39</sup>.

Según el autor australiano, la razonabilidad práctica —a la par que supone reglas que la hacen posible— conlleva nueve exigencias que Finnis denomina “un conjunto de exigencias metodológicas básicas”<sup>40</sup> que no solo propenden al florecimiento del individuo, sino de la comunidad en su conjunto, muchas veces a largo plazo.

<sup>38</sup> FINNIS, 1980, p. 23, traducción nuestra.

<sup>39</sup> FINNIS, 1980, p. 155, traducción nuestra.

<sup>40</sup> FINNIS, 1980, p. 23, traducción nuestra.

Sin embargo, esta idea de Finnis puede cuestionarse –como lo hace Sartorius– argumentando que la existencia de un ordenamiento jurídico positivo requiere únicamente de (1) una práctica oficial de actuación conforme con la regla de reconocimiento del sistema; y (2) la obediencia de dichos actos por parte de la mayoría de los ciudadanos. En este esquema el punto de vista interno hartiano es perfectamente inútil, porque las razones psicológicas o los motivos que conducen a la autoridad a actuar conforme con reglas serían irrelevantes<sup>41</sup>. En otras palabras, no existiría una obligación moral de obedecer el derecho *qua* derecho, sino solo un deber de ajustarse a una práctica social moralmente relevante, en el sentido que está cargada de evaluaciones y valoraciones, pero que en sí misma no es de naturaleza moral.

Algo similar ocurre con el planteamiento de Raz y su idea de las reglas como razones excluyentes para la acción, aunque Finnis inteligentemente incorpora esta tesis en su teoría al distinguir en el ámbito del razonamiento práctico entre razones premorales y razones morales, asumiendo el concepto teleológico de acción defendido por Aristóteles y Tomás de Aquino, donde el bien se constituye como el fin necesario de todo obrar humano. Lo más próximo a la acción es la voluntad, la que quiere, anhela y desea<sup>42</sup>.

Pero el ser humano, dice Finnis, no puede querer algo que no conoce, de manera que la voluntad se activa con el conocimiento, que está orientado a un fin o propósito determinado que le es natural, esto es, las ideas de bien y de bien común<sup>43</sup>. Del mismo modo en que el arquero busca un blanco para sus flechas, lo propio hacemos los humanos con nuestras vidas. El sentido de la vida es orientarla, inclinarla hacia un propósito que, según Finnis, necesariamente ha de ser el bien y la felicidad, pues son los fines que conducen al florecimiento humano.

Asimismo, la existencia de una teoría social como la asumida por el positivismo jurídico incluso en sus versiones más refinadas (Hart, Raz, Coleman, Schauer *et al.*) no se contrapone a la Ley Natural, pues la teoría social perfectamente puede describir desde el “punto de vista moral”<sup>44</sup>. Todavía más, la teoría social reflexiona respecto de los grupos y sus acciones; comprende los actos por sus objetos; explica la coordinación entre uno y más miembros del grupo (la existencia de la autoridad jurídica); puede describir internamente, en el sentido que la autoridad jurídica y los *officials* adoptan un plan o, al menos, una política [*policy*] y una intención colectiva [*we intentions*]; es práctica en un sentido pleno, en tanto versa sobre, y dirige hacia, lo que sería bueno hacer, tener, obtener y ser, de manera que es un arte práctico; y, por último, la teoría social puede describir “analógicamente” distinguiendo –con Tomás de Aquino– entre los ciudadanos *simpliciter* (sin más, sin restricciones) y los ciudadanos solo *secundum quid* (de acuerdo con algo y en sentido restringido)<sup>45</sup>.

<sup>41</sup> SARTORIUS, 1987.

<sup>42</sup> FINNIS, 2019, p. 80-81.

<sup>43</sup> FINNIS, 2019, p. 78.

<sup>44</sup> FINNIS, 2019, p. 60.

<sup>45</sup> FINNIS, 2019, pp. 28-60.

## V. CRÍTICA AL IUSNATURALISMO DE FINNIS

La teoría iusnaturalista de Finnis es atractiva y original, pero presenta algunos problemas relativos a la idea de moralidad y a las reglas de razonabilidad práctica.

### 1. *Objeciones al consecuencialismo ético*

En el capítulo V de *NLNR* Finnis se aboca a tres cuestiones fundamentales: a) una crítica dura del consecuencialismo ético; b) localiza la fuente de la moralidad; y c) establece criterios específicos para decidir cuándo una elección es consistente o no con la moralidad. La crítica al consecuencialismo sostiene que maximizar el mayor bien para el mayor número es, entre otras cosas, una idea irracional, impracticable y sin sentido<sup>46</sup>. De acuerdo con Finnis, el “bien” que maximiza el consecuencialismo reside en cosas tan esenciales como la vida, el arte, el juego o la verdad, valores que son inconmensurables y, por tanto, imposibles de medir o intercambiar. Todavía más, y sin necesidad de adscribir a su lista de bienes básicos, el consecuencialismo está aquejado de indeterminación y arbitrariedad: ¿de quién se supone que debemos maximizar el mayor bien? ¿El personal de cada uno, el de mi vecino o el de todos? Si es lo último, ¿cómo se puede contar este bien? ¿Bondad total en general, independientemente de cómo se distribuya dicha bondad? ¿Cantidad media máxima de bondad por persona? ¿O igual cantidad de bondad para todos?<sup>47</sup>.

Hasta aquí todo normal, pero los problemas surgen cuando se intenta localizar la fuente de la Ley Natural y de la moral. Según Finnis, una elección es consistente con la moralidad si satisface uno o más de los nueve criterios metodológicos enunciados más arriba. Estas exigencias son:

- (i) Las elecciones deben ser consistentes con el plan racional de vida y considerar la vida de la persona como un todo;
- (ii) Las elecciones deben dar la misma consideración a todos los bienes básicos;
- (iii) Las elecciones deben asignar el mismo peso a los propios intereses, así como a los intereses en competencia de los demás;
- (iv) Las elecciones deben hacerse con espíritu de desapego;
- (v) Las opciones personales deben estar abiertas a revisión;
- (vi) Las elecciones deben minimizar los costos y maximizar los beneficios en la medida de lo posible;
- (vii) Las elecciones deben asignar el mismo peso a todos los valores básicos;
- (viii) Las opciones personales deben favorecer y fomentar el bien común de la comunidad; y
- (ix) Cada persona debe seguir su propia conciencia al hacer elecciones.

<sup>46</sup> FINNIS, 1980, pp. 112-113.

<sup>47</sup> FINNIS, 1980, pp. 116-117.

Debido a que estos criterios metodológicos tienen la misma ponderación, los conflictos son inevitables y, probablemente, irresolubles. Para empezar, la mayoría de estos presupuestos son extremadamente vagos como (i) y (iv), mientras que otros son reiterativos, como (ii) y (vii). Pero el principal problema es que los criterios no son realistas: en la práctica las personas no suelen tomar decisiones de la manera propuesta por Finnis. Pongamos un ejemplo. No hace mucho, mi hijo de cinco años quería que le comprara una Tablet para ver videos en la plataforma digital Youtube. ¿Debería comprarla? Por un lado, la Tablet permite “jugar”, lo que es uno de los valores fundamentales de Finnis. Pero, por otro lado, más tiempo frente a la pantalla probablemente sea malo para la salud física y mental de mi hijo y, por tanto, perjudicial para el valor básico “vida”. Incluso si de alguna manera pudiera mediar en esta elección entre los valores del juego y la salud, ¿hasta qué punto la Tablet ayudará a mi hijo a desarrollar un plan de vida coherente o racional, o desviará sus esfuerzos por desarrollar dicho plan? ¿Cómo garantizar el florecimiento humano en este caso concreto?

En un texto escrito treinta años después de la publicación en inglés de *NLNR*, Finnis reconoce que debió enfatizar aun más la idea de que los bienes humanos básicos son inteligibles antes que deseables, en el sentido de que son “tan buenos para ti o para cualquiera, como para mí”<sup>48</sup>. Ello, continúa, habría evitado que la discusión se desviara hacia los nueve criterios metodológicos, como de hecho aconteció. Respecto de estos últimos, Finnis concede que debió ser más explícito respecto de la idea de “libre elección” y haber empleado el concepto de “intención”, incluyendo en él tanto el objeto como la intención [remota] de un acto humano. Finalmente, reconoce que “las fuentes de la inconmensurabilidad de los bienes en juego en las elecciones moralmente significativas no solo son la irreducible diversidad de los bienes humanos básicos, sino también la inconmensurabilidad [...] de las opiniones particulares, aun si fueran opciones donde solo un bien básico estuviera en juego”<sup>49</sup>. La base de la obligación jurídica, entonces, no es la deseabilidad de los bienes humanos básicos, sino su inteligibilidad, en tanto regla de oro para la praxis humana.

## 2. El problema del “bien común”

Además de la objeción anterior, un segundo problema adicional radica en qué queremos decir cuando hablamos de bien común. Este es un gran escollo para Finnis porque el objetivo compartido de un grupo puede ser perverso, como planificar un secuestro o un asesinato, por lo que necesitamos algún criterio adicional para distinguir los bienes comunes buenos de los bienes comunes malos. Pese a todo su genio y agudeza intelectual, en *NLNR* Finnis se muestra incapaz de proporcionar un criterio satisfactorio de demarcación, arribando a una definición circular: “El bien común en [mi] sentido es un significado frecuente o al menos justificado de las frases ‘el bienestar general’ o el

<sup>48</sup> FINNIS, 2010, p. 8.

<sup>49</sup> FINNIS, 2010, pp. 9-10.

‘interés público’ [...]”<sup>50</sup>. Más adelante, al referirse a la idea de Justicia, Finnis sostiene que el objetivo de esta “es el bien común” (1980, 174, traducción nuestra), con lo que termina de poner el último clavo al ataúd circular de conceptos autorreferentes<sup>51</sup>.

En el texto del año 2010 Finnis concede que, si hubiera sido más claro en *NLNR* en términos de otorgar primacía a la inteligibilidad por sobre la deseabilidad de los bienes humanos básicos, la idea de bien común (y la relacionada de Justicia) en caso alguno podría ser tildada de circular, algo que se entiende bien en su último trabajo sobre la filosofía moral, política y jurídica de Tomás de Aquino<sup>52</sup>. En esta obra, y distanciándose de la perspectiva liberal –más bien neutra en términos valorativos respecto de problemas morales como el suicidio, la eutanasia o el aborto– Finnis defiende una idea social y comunitaria de bien común, contraria a las representaciones particulares del bien. Así, el bien común no es, desde luego, la suma de las preferencias individuales sobre el bien, sino el ideal perfeccionista (siempre sujeto a mejora) de una “vida buena” válida para todos<sup>53</sup>.

### 3. *Las reglas de razonabilidad práctica y el debate sobre la eutanasia*

En 1995 Finnis sostuvo un interesante debate con su colega John Harris de la Universidad de Oxford, a propósito de la eutanasia, en donde las ideas centrales de *NLNR* fueron puestas a prueba a propósito de un problema moral concreto. En su artículo “Un argumento filosófico en contra de la eutanasia”<sup>54</sup>, réplica al ensayo de Harris titulado “La eutanasia y el valor de la vida”<sup>55</sup>, Finnis argumenta contra la eutanasia voluntaria empleando un clásico argumento de reducción al absurdo.

Para ello, comienza por una definición de ser humano, agregando que vivir una vida humana implica ciertas capacidades como la de tener sentimientos, de relacionarse o de amar, algunas de ellas compartidas con otras especies. Ahora bien, si ser “persona” consiste en poseer un grupo de capacidades como ser humano (SH), perderlas implicaría dejar de ser persona, pero Finnis niega esta conclusión. De hecho, Harris presenta como contraejemplo el caso de Tony Bland, un joven británico que cayó en un estado vegetativo persistente y que carecía de esas capacidades humanas (SH), con lo que parece que dejaría de ser persona (P) según la definición de Finnis. No obstante, el profesor de Notre Dame sostiene que (P) persiste pese a que ya no se tienen o se han perdido las capacidades que hacen que (P) sea “persona”. Es fácil advertir, como afirma Monserrat

<sup>50</sup> FINNIS, 1980, p. 156, traducción nuestra.

<sup>51</sup> FINNIS se refiere también al bien común en otros pasajes de *NLNR* (*v.gr.*, capítulo IV.4 y capítulo XI.8) enlazando la idea de bien común con la de amistad y, en última instancia, con el amor (al prójimo, como la regla de oro cristiana).

<sup>52</sup> Cfr. FINNIS, 2019.

<sup>53</sup> FINNIS, 2019, pp. 131-149.

<sup>54</sup> FINNIS, 2004.

<sup>55</sup> HARRIS, 2004.

Bordes Solanas<sup>56</sup>, que Finnis rechaza inconsistentemente un argumento deductivo válido de la lógica formal como lo es el *modus tollens*:

Toda P tiene capacidades SH

Tony Bland no tiene capacidades SH

---

Tony Bland no es P

Como se aprecia, al negar el *modus tollens* Finnis incurre en la falacia de composición, que consiste en inferir que algo es verdadero sobre una o varias de las partes de un compuesto, porque es verdadero acerca del compuesto del que forma parte. Según su razonamiento, debido a que Tony Bland mantiene su dignidad de persona (el compuesto), la pérdida de las capacidades SH no importaría dejar de ser persona<sup>57</sup>. Aunque Finnis vuelve sobre el tema de la eutanasia en artículos posteriores en su discusión con Harris, queda la duda acerca de la aplicación concreta de las reglas de razonabilidad práctica, pues su validez parece depender de la adscripción a una forma de objetivismo moral. De esta manera, su argumento se torna circular, toda vez que asume que la noción de “dignidad” impediría concluir que Tony Bland deja de ser persona (P), pese a que ha perdido la totalidad de las capacidades (SH) que hacen que un individuo sea una persona. Dicho de otro modo, alguien es (P) si tiene un grupo de capacidades (SH), incluso si faltan esas capacidades, porque la dignidad es inherente a la naturaleza humana.

#### 4. *Eventual vulneración de la denominada “Ley de Hume”*

Además de las dificultades anotadas, el iusnaturalismo de Finnis enfrenta un problema adicional, en tanto su teoría de las reglas de razonabilidad práctica parece violentar la Ley de Hume, pese a que Finnis es categórico en rechazar cualquier insinuación en tal sentido<sup>58</sup>.

En efecto, uno puede convenir en que las reglas de la razonabilidad práctica son tan elementales y obvias como los principios de la lógica. No obstante, así como los principios de la lógica no son inatacables (lo que ha permitido el desarrollo de lógicas no clásicas como la lógica paraconsistente y la lógica difusa), lo propio puede decirse de las reglas de razonabilidad práctica y de los bienes humanos. Una sociedad, por ejemplo, podría estimar repugnante la amistad entre humanos por razones meramente contingentes, del mismo modo en que muchas sociedades toleran y practican, de hecho, formas cercanas al aborto libre, aunque uno de los bienes humanos básicos es la “vida” en un sentido amplio.

---

<sup>56</sup> BORDES SOLANAS, 2011, p. 154.

<sup>57</sup> BORDES SOLANAS, 2011, p. 149-155.

<sup>58</sup> FINNIS, 1980, p. 17.

Frente a esta crítica Finnis responde que, incluso si la amistad humana fuese considerada en una sociedad contingente como algo repulsivo y hasta repugnante, el código moral producido por las reglas de la razonabilidad práctica sería diferente, pero no dejaría de existir. En este experimento mental, el código moral no deriva de un “es” como podría pensarse en un análisis superficial (la repulsión de la amistad), sino que su origen está en las mencionadas reglas que, por definición, son normativas. De manera que la moral y la subsiguiente deontología derivan de un deber ser inherente y consustancial a la naturaleza humana, incluso si esta última cambiara drásticamente como en el ejemplo de la amistad.

Esta explicación parece insatisfactoria y no precisamente desde la trinchera de un escepticismo moral o epistemológico. Supongamos que, debido a los avances científicos y a sucesivas mutaciones genéticas, llegasen a existir de hecho las extrañas criaturas humanas que Hart imaginó en su conocido artículo de 1958, en el contexto de su debate con Lon. L. Fuller en la Universidad de Harvard. Esto último pondría en cuestión el valor de verdad de las reglas y de los enunciados del derecho positivo, que dependen de que los seres humanos y el mundo conserven las características estructurales que hoy mantienen. De la misma manera en que la proposición “el gato está sobre el felpudo” tiene sentido, sí y solo sí, se mantienen las actuales leyes de la física<sup>59</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Las ideas de Finnis expuestas someramente en este trabajo constituyen una defensa muy interesante de la doctrina del derecho natural. Sin embargo, su tesis de las siete reglas de razonabilidad práctica y de los nueve criterios metodológicos conduce a varios problemas: a) En primer término, debido a que los criterios metodológicos poseen la misma ponderación, los conflictos son inevitables y, probablemente, irresolubles. b) En segundo lugar, la mayoría de estos presupuestos son extremadamente vagos, mientras que otros son reiterativos. c) Finalmente, la propuesta de Finnis no parece realista, pues en la práctica las personas no toman sus decisiones conforme con reglas de razonabilidad ni criterios metodológicos, sino de acuerdo con patrones de deseabilidad antes que criterios de inteligibilidad.

Asimismo, la noción de bien común —uno de los pilares fundamentales en la teoría de Finnis— deviene en un concepto autorreferente, pues remite a otros conceptos jurídicos indeterminados tales como el “bienestar general”, el “interés público” y la “justicia”, respecto de los cuales no existe consenso.

Además, cuando las reglas de razonabilidad práctica y los criterios metodológicos han sido puestos en práctica en debates morales concretos como en el caso de la eutanasia, Finnis parece incurrir en la falacia de composición al negar, injustificadamente, la validez

---

<sup>59</sup> Esto conduciría, en el mejor de los casos, a un iusnaturalismo puramente técnico y, por esta razón, irrelevante en términos de razones prácticas y de moralidad, ya que es evidente que, frente a la diversidad de fuerzas, los mutantes se impondrían a largo plazo.

del *modus tollens* como en su discusión con su colega John Harris de la Universidad de Oxford, a propósito del caso del joven británico Tony Bland.

Por último, aunque Finnis lo niega rotundamente, una última objeción consiste en que las reglas de razonabilidad práctica parecen violentar la denominada “Ley de Hume”, que impide extraer consecuencias normativas a partir de premisas puramente fácticas.

Es claro que Finnis responde a las diversas objeciones a su teoría en *Natural Law and Natural Rights* y en obras sucesivas, pero es dudoso que logre salir airoso de todas las críticas. Su perspectiva depende decisivamente de la adscripción a un objetivismo moral robusto desde el punto de vista cognoscitivo, algo nada pacífico entre los teóricos del derecho y la filosofía moral.

### BIBLIOGRAFÍA

- ARISTÓTELES, 2018: *Ética a Nicómaco*. Edición Bilingüe y Traducción de María Araujo y Julián Marías, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AUSTIN, John, 2009: *Austin: The Province of Jurisprudence Determined*, Cambridge, University Press.
- BAYÓN, Juan Carlos, 1991: “Razones y reglas: sobre el concepto de ‘razón excluyente’ de Joseph Raz”. *Doxa* (10), pp. 25-66.
- BIX, Brian, 2000: “On the Dividing Line Between Natural Law Theory and Legal Positivism”, *Notre Dame Law Review*, 72, pp. 1613-1624.
- BOBBIO, Norberto, 1993: *El positivismo jurídico. Lecciones de Filosofía del Derecho*, Madrid, Debate.
- BORDES Solanas, Monserrat, 2011: *Las trampas de Circe: falacias lógicas y argumentación informal*, Madrid, Cátedra.
- BULYGIN, E., 2007: “Raz y la Teoría del Derecho. Comentarios sobre ‘¿puede haber una teoría del derecho?’ de Joseph Raz”, en *Una discusión sobre la teoría del derecho*, Barcelona, Marcial Pons, pp. 99-110.
- COLOMER, J. L., 2006: “Teoría del Derecho, interpretación y punto de vista interno: algunas observaciones sobre las tesis de Ronald Dworkin”. En J. Ramos Pascua y M. Rodilla González (Eds.). *El positivismo jurídico a examen: Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Salamanca: Universidad de Salamanca, pp. 277-302.
- DWORKIN, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*, Londres, Duckworth (2da. ed., 1978).
- DWORKIN, Ronald, 1986: *Law's Empire*, Cambridge, Mass., Harvard University Press.
- DWORKIN, Ronald, 2006: *Justice in Robes*, Cambridge, Harvard University Press.
- FINNIS, John, 1980: *Natural Law and Natural Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- FINNIS, John, 1987: “Comment [a Sartorius 1987]”, en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 62-75.
- FINNIS, John, 2004: “Un argumento filosófico contra la eutanasia”, en *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*. John Keown (editor), México, Fondo de Cultura Económica, pp. 49-64.
- FINNIS, John, 2013: “Natural Law and Natural Rights after 30 Years”, trad. de Pilar Zambrano, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, pp. 3-10.
- FINNIS, John, 2019: *Tomás de Aquino. Teoría moral, política y jurídica* (traducción de Fabio Morales), Santiago de Chile, Instituto de Estudios de la Sociedad.

- FULLER, Lon L., 1959: "Positivism and Fidelity to Law. A Reply to Professor Hart". *Harvard Law Review*, 71-4, pp. 630-672.
- GARZÓN Valdés, Ernesto, 1993: "Algo más acerca de la relación entre Derecho y moral". En *Derecho, Ética y Política*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, pp. 317-335.
- HART, H.L.A., 1958: "Positivism and the Separation of Law and Morals". *Harvard Law Review* (71, N° 4), pp. 593-629.
- HART, H.L.A., 1961: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- HART, H.L.A., 1963: *Law, Liberty and Morality* (Stanford: Stanford University Press).
- HART, H.L.A., 1982: *Essays on Bentham*. Oxford: Oxford University Press.
- HART, H.L.A., 1994a: "Postscript". En Hart, H.L.A., *The Concept of Law*, 2. ed. (eds. Penelope Bulloch y Joseph Raz), Oxford: Oxford University Press, pp. 1-39.
- HART, H.L.A., 1994b: "Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana. Entre la Pesadilla y el Noble Sueño". Casanovas, Pompeu-Moreso, José Juan (editores), *El ámbito de lo jurídico. Lecturas de pensamiento jurídico contemporáneo*, Barcelona, Crítica, pp. 327-350.
- HARRIS, John, 2004: "La eutanasia y el valor de la vida", en *La eutanasia examinada. Perspectivas éticas, clínicas y legales*. John Keown (editor), México, Fondo de Cultura Económica, pp. 29-48.
- HOLMES, O.W., 2012: *La senda del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- KELSEN, Hans, 2011: *Teoría Pura del Derecho* [Primera edición de 1934], Madrid, Editorial Trotta.
- LACEY, Nicola, 2004: *A life of H.L.A. Hart. The nightmare and the noble dream* (Oxford: Oxford University Press).
- ORREGO Sánchez, Cristóbal, 2005: "Analítica del derecho justo. La crisis del positivismo jurídico y la crítica del derecho natural", México, UNAM.
- PEREIRA Sáez, Carolina, 2008: *La autoridad del derecho. Un diálogo con John Finnis*, Granada, Comares.
- RAZ, Joseph, 1982: *La autoridad del derecho. Ensayos sobre derecho y moral*, México, Ediciones Coyoacán.
- RAZ, Joseph, 1999: *Practical Reasons and Norms*, 2ª ed. Oxford: Oxford University Press.
- REDONDO, María Cristina, 2018: "El método y el objeto de la teoría jurídica: La ambigüedad interno-externo". *Sociedad Argentina de Análisis Filosófico; Análisis Filosófico*, 38, 3, pp. 115-156.
- SARTORIUS, Rolf, 1987: "Positivism and the Foundations of Legal Authority", en R. Gavison (ed.), *Issues in Contemporary Legal Philosophy. The Influence of H.L.A. Hart*, Oxford University Press, Oxford-New York, pp. 43-61.
- SOPER, Philip, 1993: *Una teoría del Derecho*. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- SHAPIRO, Scott J., 2006: "What Is the Internal Point of View?", *Fordham Law Review*, 75, pp. 1157-1170.
- SHAPIRO, Scott J., 2014: *Legalidad*. Barcelona, Marcial Pons.
- TOMÁS de Aquino, 1989-2001: *Suma Teológica*. Madrid: BAC.
- WINCH, Peter, 1958/1990: *The Idea of a Social Science and its Relation to Philosophy* (2a ed.), Londres, Routledge.



## Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina

Natalia Cárdenas Marín\*

### RESUMEN

*El presente artículo se pregunta respecto del rol del Derecho en la configuración y articulación del género, a partir de la sistematización y análisis del desarrollo de los feminismos jurídicos en América Latina. En un primer momento se realizará un recorrido por los inicios de las principales corrientes del feminismo jurídico, reconociendo a su vez las críticas que se les han formulado. Posteriormente se expondrán los avances teóricos producidos en América Latina. Con ello se mostrará que inclusive teniendo en cuenta la influencia de los feminismos jurídicos del Norte Global, en nuestro caso existen propuestas teóricas que además de revelar las diferencias, brechas y desencuentros con el campo jurídico, buscan construir propuestas alternativas al Derecho o un Derecho alternativo que se encuentre anclado a las realidades sociales, culturales y económicas. Se concluye que los feminismos jurídicos en América Latina no solo se han limitado a la realización de ejercicios de apropiación y reformulación de propuestas teóricas ya elaboradas, pues también han demostrado la capacidad de producir pensamientos propios, en donde la vinculación con los territorios y la interdisciplinariedad han estado presentes.*

Feminismos jurídicos; género; América Latina

### *Legal feminisms: contributions for the analysis of the role of law and gender in Latin America*

### ABSTRACT

*This article asks about the role of law in the configuration and articulation of gender, based on the systematization and analysis of the development of legal feminisms in Latin America. At first, there will be a journey through the beginnings of the main currents of legal feminism, recognizing in turn the criticisms that have been made. Subsequently, the theoretical advances produced in Latin America will be presented. This will show that even taking into account the*

---

\* Abogada, Universidad del Rosario, Colombia. Docente, Universidad Católica de Temuco, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2559-2423>. Correo electrónico: [nataliacardenasmarin@gmail.com](mailto:nataliacardenasmarin@gmail.com)

El presente artículo se deriva del proyecto de tesis doctoral titulado "Sistema penal y migración: Análisis de los procesos penales de mujeres migrantes en el Sur y Sur Austral de Chile", elaborado en el programa de Doctorado en Estudios Interculturales de la Universidad Católica de Temuco y financiado por la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID).

Artículo recibido el 20.8.2021 y aceptado para su publicación el 19.4.22.

*influence of the legal feminisms of the Global North, in our case there are theoretical proposals that, in addition to revealing the differences, gaps and disagreements with the legal field, seek to build alternative proposals to the law or an alternative law that is anchored to social, cultural and economic realities. It is concluded that legal feminisms in Latin America have not only limited themselves to carrying out exercises of appropriation and reformulation of theoretical proposals already elaborated, as they have also demonstrated the ability to produce their own thoughts, where the link with the territories and interdisciplinarity have been present.*

Legal feminism; gender; Latin America

## I. INTRODUCCIÓN Y CONTEXTUALIZACIÓN

Los vínculos entre el Derecho y los pensamientos feministas han estado enmarcados por la ambigüedad y las tensiones. Mientras que, por una parte, algunos sectores del movimiento feminista demandan la intervención del Derecho y de los organismos del Estado como mecanismos para enfrentar la violencia machista, a su vez se ha considerado que el Derecho constituye una herramienta patriarcal que normaliza, legitima y perpetúa la dominación de lo masculino sobre lo femenino<sup>1</sup>. Así, el uso estratégico que algunas corrientes del feminismo hacen del Derecho, se traslapa con el reconocimiento del carácter androcéntrico de este, ya sea de sus principios, su formulación, aplicación o de sus efectos sociales<sup>2</sup>.

Independientemente de la forma como cada corriente feminista piense el campo jurídico, en general coinciden en la idea de que consolida el género, produciendo y reproduciendo desigualdades que se generan, entre otras cosas, al invisibilizar las necesidades de las mujeres legitimando como sujeto jurídico único al varón<sup>3</sup>. En este sentido, la presunta neutralidad e imparcialidad del Derecho y la idea de igualdad que se le atribuye a los sujetos, enmascara la dominación masculina<sup>4</sup> debido a que ni material, ni jurídicamente el género ha sido igualitario.

Las anteriores disyuntivas se enmarcan en un fenómeno mucho más amplio que configuró el devenir de los movimientos sociales. Durante finales de la década de los años setenta y principios de los ochenta, los planteamientos de los movimientos feministas respecto de cambios estructurales mutaron hacia las solicitudes de reformas concretas, lo que produjo una “recesión de las demandas sociales”<sup>5</sup>. En el caso latinoamericano, la aparición de los programas de ajuste estructural, impulsados por el Banco Mundial para abrir paso al modelo neoliberal, impactó a los movimientos sociales que, cooptados por las políticas sociales, pasaron a articularse en torno a términos, conceptos o ideas-fuerza

<sup>1</sup> PITCH, 2003, p 26; FRIES y MATUS, 1999a, pp. 12-14.

<sup>2</sup> BODELÓN, 2014, p. 137; FACIO, 1999, p. 15.

<sup>3</sup> FACIO, 1999, p. 29; FRIES & MATUS, 1999b, pp. 154-156.

<sup>4</sup> FRIES & MATUS, 2000, pp. 15-16; MACKINNON, 1995, pp. 288-290.

<sup>5</sup> BERGALLI & BODELÓN, 1992, p. 61.

despolitizados y acrílicos como lo es el de sociedad civil<sup>6</sup>. Asimismo, como lo indica Costa, después de las dictaduras militares, el continente se encontraba inmerso en un contexto de contradicciones dadas por el recrudescimiento de las políticas neoliberales y el aumento de la feminización de la pobreza, por un lado, y la promulgación de derechos sustantivos y la adopción del discurso de derechos humanos, por otro<sup>7</sup>.

La variedad de procesos constituyentes que reconocieron catálogos de derechos fundamentales –de corte liberal– y a su vez consolidaron los modelos de privatización, generaron la apertura a un complejo entramado de vínculos entre capital privado, Estado y movimientos/organizaciones sociales. En este contexto comenzó a adoptarse el “enfoque de género”, comprendido como un conjunto de principios y lineamientos para guiar los planes y políticas estatales con el objetivo de viabilizar y minimizar las desigualdades y discriminaciones generadas por el género. No obstante, de manera análoga a lo señalado por Patricia Richards para el caso del multiculturalismo, el enfoque de género también se instaura como discursos y políticas que sirven de consenso con el proyecto neoliberal a partir de la subjetivación de un nuevo tipo de ciudadano<sup>8</sup>. Así, las políticas asistencialistas y de bienestar impulsadas como formas de gobernar o como práctica de la gobernabilidad<sup>9</sup>, se construyeron en torno al paradigma de género –para el caso de las mujeres– y del multiculturalismo –para las diferencias culturales– reconociendo cierto tipo de derechos, pero dejando intacta la redistribución inequitativa de poder. Ello demuestra que el sistema patriarcal solo ha promovido el reconocimiento de aquellas diferencias que no amenacen al orden social establecido y siempre y cuando beneficie su perpetuación<sup>10</sup>.

En este contexto social y político, la traducción legal de las demandas feministas y su consecuente institucionalización permitieron problematizar y materializar exclusiones sociales que antes no eran percibidas como tales; pero esto produjo la consecuente deslocalización y eliminación de sus connotaciones políticas respecto del entramado más vasto y complejo de estados de dominación. Es decir, los contenidos conceptuales y normativos de la opresión como noción central de las demandas de los movimientos sociales para hacer referencia los múltiples tipos y modalidades de violencia, exclusión y marginación<sup>11</sup>, es simplificado para lograr representación y participación en los espacios de poder estatal.

De esta manera se produjo el escenario propicio para la institucionalización y ONGización del movimiento feminista, junto con la aparición de la categoría género en las políticas estatales, de manera que cambios sociales más amplios vinculados con la globalización y las políticas económicas, según María Galindo, cimentaron una “tecnocracia de género” como forma de gobernanza que devora al feminismo, lo diluye en una

<sup>6</sup> ZIBECHI, 2010, pp. 32-36.

<sup>7</sup> COSTA, 2014, p. 16.

<sup>8</sup> RICHARDS, 2014, p. 113, 2016, p. 135.

<sup>9</sup> ZIBECHI, 2010, pp. 58-59; pp. 83-84.

<sup>10</sup> BARTRA, 2002, pp. 142-143; FACIO, 1999, p. 17.

<sup>11</sup> YOUNG, 2000, p. 72.

perspectiva de género menos problemática y transforma las demandas de las mujeres en políticas que son funcionales al neoliberalismo<sup>12</sup>. Asimismo, en cierto punto algunas corrientes feministas comenzaron a coincidir con el neoliberalismo en su contenido punitivo, moralizante y conservador<sup>13</sup>.

Teniendo en cuenta las ambigüedades y tensiones antes descritas, es necesario preguntarnos respecto del rol del Derecho en la configuración y articulación de los sistemas de opresión, de manera conjunta con el análisis de los mecanismos empleados para ser legitimado. Un punto de partida importante es plasmar las demandas y reivindicaciones que se han elaborado frente al Derecho. Existen múltiples trabajos académicos que han realizado las genealogías de los feminismos jurídicos en Estados Unidos y Europa, pero —a excepción de los trabajos de Malena Costa<sup>14</sup>— aún son escasos los intentos de reconstruir los pensamientos jurídicos feministas en América Latina. En este sentido, es de vital importancia considerar los contextos socioculturales en los cuales los desarrollos teóricos se insertan, pues dichos contextos determinan las demandas, reformulaciones, apropiaciones y disputas en el campo jurídico, especialmente en el caso de los feminismos jurídicos que se encuentran estrechamente vinculados con los movimientos sociales.

Por ello, el presente trabajo busca contribuir con el análisis del desarrollo de los pensamientos feministas en el continente, y más específicamente de los feminismos jurídicos. En un primer momento se realizará un recorrido por los inicios de las principales corrientes del feminismo jurídico, reconociendo a su vez algunas críticas que se les han formulado principalmente por pensadoras latinoamericanas. Posteriormente se expondrán los avances teóricos producidos en América Latina a partir de un mapeo bibliográfico. Finalmente se señalará que la interdisciplinariedad y los vínculos con los feminismos decoloniales constituyen un punto de partida para pensar en una impronta propia de los feminismos jurídicos en América Latina. Con ello se mostrará que inclusive teniendo en cuenta la influencia de los feminismos jurídicos del Norte Global, en nuestro caso existen propuestas teóricas que además de revelar las diferencias, brechas y desencuentros con el campo jurídico, buscan construir con propuestas alternativas al Derecho o un Derecho alternativo que se encuentre anclado a las realidades sociales, culturales y económicas.

## II. LOS FEMINISMOS JURÍDICOS: DESARROLLO Y DEBATES

Los pensamientos feministas<sup>15</sup> que han construido las críticas al Derecho se caracterizan por su diversidad y complejidad. En América Latina algunas autoras han realizado intentos por sistematizar y categorizar el/los pensamientos(s) feminista(s)

---

<sup>12</sup> GALINDO, 2013, pp. 31-37.

<sup>13</sup> PITCH, 2020, p. 26.

<sup>14</sup> COSTA, (2014, 2016).

<sup>15</sup> PITCH, 2003, p. 20.

respecto del Derecho<sup>16</sup>, tarea de suyo compleja en atención a la pluralidad, heterogeneidad y conflictividad que le caracteriza<sup>17</sup>. Como se observará a continuación, los múltiples enfoques feministas que describen y dotan de contenido al Derecho se diferencian por cómo piensan la influencia de este en la vida de las mujeres, lo que determina los objetivos de transformación que cada una persigue.

Las discusiones se sitúan en algunos casos en los márgenes otorgados por el Derecho mismo (feminismo legalista), en otros, los análisis se acentúan más en los aspectos externos, intentando analizar el papel que cumple la norma jurídica en el sistema político-social<sup>18</sup>. De esta manera, el tránsito entre el análisis de las leyes, los principios y presupuestos del Derecho o las instituciones jurídicas no constituye un conjunto unificado de conocimiento, por el contrario, el Derecho se analiza ya sea como un conjunto de instituciones formales, como herramienta que coadyuva al feminismo, como instrumento de control diferenciado o como discurso social<sup>19</sup>. Asimismo, en mayor o menor grado, se nutren de las discusiones que en otras disciplinas se desarrollan respecto del capitalismo, el racismo, el patriarcado y su vinculación con las formas que adopta el control estatal.

No obstante esta amplia amalgama de desarrollos teóricos, sumado a que “no existe un intento de construir una teoría legal [feminista] global, sino diversas perspectivas para comprender la relación entre el género y el Derecho”<sup>20</sup>, son evidentes ciertos puntos nodales que se encuentran presentes en las discusiones y que se tornan más nítidos dependiendo el tipo de feminismo al que adscriban: discusiones relativas a la apropiación de la sexualidad, la división sexual del trabajo, la dicotomía entre lo público y lo privado, los principios del Derecho como la igualdad, neutralidad y objetividad, entre otros, permiten articular demandas concretas respecto de la valoración de las diferencias, el reconocimiento de derechos, las violencias, las concepciones de familia y relaciones parentales, el aborto y la procreación, entre otros.

Los inicios del pensamiento jurídico feminista se identifican con académicas y activistas estadounidenses, quienes introdujeron la teoría feminista en el campo jurídico para plantear discusiones que desde una perspectiva más amplia estaban siendo abordadas en el movimiento feminista. Con ello se buscó analizar los fenómenos sociales desde un enfoque interdisciplinar que permitiera la deconstrucción de sus conceptualizaciones tradicionales con el fin de generar simbólicamente nuevas categorías, realizar relecturas, y adecuar los recorridos de la perspectiva feminista en el Derecho<sup>21</sup>.

Lo anterior se vincula con los procesos sociales que se gestaron más allá de lo jurídico; por ello, tener en cuenta las reivindicaciones de los movimientos feministas permite comprender las repercusiones en el Derecho. Mientras que a comienzos del siglo XX el movimiento feminista se caracterizó por la lucha por la igualdad entre

<sup>16</sup> FACIO, 1999; HEIM, 2014; JARAMILLO, 2009.

<sup>17</sup> FACCHI, 2005, p. 27.

<sup>18</sup> BERGALLI y BODELÓN, 1992, pp. 48, 51.

<sup>19</sup> COSTA, 2016, p. 238.

<sup>20</sup> BODELÓN, 1998, p. 129.

<sup>21</sup> FACCHI, 2005, pp. 30-31.

hombres y mujeres a partir de discursos reivindicativos de derechos; a fines de los años 70 y principios de los 80 se incorporó la valoración de aquellos caracteres culturalmente vinculados con lo femenino para articular demandas en torno al reconocimiento de las diferencias. Dichas discusiones determinaron las continuas reelaboraciones, revisiones y críticas que configuraron los pensamientos jurídicos feministas: en un primer momento se problematizó la igualdad como un problema de discriminación, durante la década de los 80 se demandó el reconocimiento jurídico de las diferencias, posteriormente se discutieron las formas y mecanismos que adquiere la dominación masculina en el Derecho y finalmente desde la década de los años 90 se aborda el poder y la subjetividad como elementos imbricados al Derecho<sup>22</sup>.

Siendo así, las corrientes del feminismo jurídico suelen reconstruirse en términos cronológicos, de tal manera que las primeras críticas que hicieron eco en la disciplina jurídica provinieron del *feminismo igualitarista* y de sus diversas discusiones en torno a la igualdad entre hombres y mujeres. De manera coherente con el feminismo liberal clásico, el feminismo jurídico de la década de los 60 y 70 discutió respecto de la igualdad ante la ley y la prohibición de discriminación, centrándose en la crítica de aquellas normas jurídicas que establecían tratos desiguales e impedían el pleno goce y ejercicio de derechos y garantías<sup>23</sup>. Así, mientras que en el movimiento feminista se desafiaba la exclusión de las mujeres en los espacios públicos; en el ámbito del Derecho se demandó el reconocimiento de derechos políticos conforme con el principio de igualdad formal, pues se consideró que la lucha por la paridad entre hombres y mujeres requería de reformas legales que aseguraran el acceso de las mujeres al ámbito público en igualdad de condiciones que a los hombres<sup>24</sup>.

Por su parte, el feminismo jurídico que se vinculó con el *feminismo liberal social* no se abocó a la igualdad de oportunidades, sino a la igualdad material. Teniendo en cuenta que resulta imposible hablar de manera abstracta de una igualdad en sociedades con profundas brechas materiales y sociales, los pensamientos feministas se dirigieron a reivindicar una igualdad sustantiva que solo era posible de lograr a partir de una redistribución de recursos que tuviera en cuenta al género como elemento de diferenciación social. Así, el feminismo jurídico se preocupó de impulsar reformas relativas a acciones afirmativas o de discriminación positiva con el objetivo de asegurar el acceso de oportunidades de manera equitativa. Lo anterior explica que reformas respecto de la seguridad social, las licencias de maternidad, el acceso a beneficios laborales, entre otros, hayan sido sus principales preocupaciones<sup>25</sup>.

El reformismo legal, entonces, resultó ser una herramienta crucial, ya sea para asegurar el acceso a derechos civiles y políticos (liberalismo clásico), o para la distribución equitativa de bienes (liberalismo social)<sup>26</sup>. Teniendo en cuenta lo anterior, se abogó por

<sup>22</sup> COSTA, 2016, pp. 16-17.

<sup>23</sup> FERNÁNDEZ, 2006, p. 358.

<sup>24</sup> HEIM, 2014, p. 115; OLSEN, 2000, p. 147.

<sup>25</sup> COSTA, 2016, pp. 161-167; JARAMILLO, 2009, p. 115.

<sup>26</sup> JARAMILLO, 2009, p. 124; OLSEN, 2000, p. 147.

la derogación de aquellas leyes percibidas como injustas y se impulsó la promulgación de leyes que permitieran suplir o solucionar las problemáticas relativas a la participación, representación y el aseguramiento de recursos materiales.

Al respecto, Frances Olsen señala que el impulso de las reformas legales ha sido la estrategia feminista legal más importante, la que ha incluido diversos tipos de argumentos abarcan “desde la pretensión de que el sexo resulte indiferente como criterio legal hasta la idea de que –para ser “verdaderamente neutral”– el Derecho debe tener en cuenta la actual subordinación de las mujeres”<sup>27</sup>. Sin embargo, Tamar Pitch<sup>28</sup> indica que a pesar de que los procesos de reforma legales resultan importantes para los procesos de emancipación femenina acerca de los roles y estereotipos tradicionalmente asignados, al interior de la legislación se produce una neutralización del sexo que resulta ser contradictorio: “lo ‘femenino’ vuelve bien como ‘debilidad que hay que tutelar’, bien como peligro que hay que reprimir” (p. 248).

No obstante, en estos modelos el problema no radicaba en las bases mismas del Derecho –en lo racional, objetivo, abstracto y universal de este–, sino en el trato desigual que recibían las mujeres. Así es que el modelo igualitarista al centrarse en el goce y ejercicio de derechos políticos y en la igualdad como equivalencia omitió el análisis de los efectos del fenómeno jurídico en la vida de las mujeres y de su rol en la perpetuación del patriarcado. De suerte que no se visualizó que el reconocimiento de derechos y la incorporación de mujeres en el ámbito público, impulsados por el feminismo igualitarista, iban a significar nuevas formas de dominación: “El liberalismo aplicado a las mujeres ha admitido la intervención del Estado en nombre de las mujeres como individuos abstractos con derechos abstractos, sin analizar el contenido ni las limitaciones de estas nociones en términos de género”<sup>29</sup>.

Así es que el feminismo materialista vendría más adelante a desafiar los presupuestos igualitaristas y redistributivos que suponían la incorporación de las mujeres en el espacio público, pero en un espacio construido por y para el capital que supone mayor explotación para las mujeres<sup>30</sup>.

Con ello, las críticas y apropiaciones que desde los pensamientos feministas se realizaron de las teorías marxistas contribuyeron a dar forma al *feminismo jurídico materialista*, el que adoptó nociones como la opresión y la explotación para la comprensión del género y del Derecho como elementos indispensables para la producción y reproducción del sistema capitalista. A la comprensión de la naturaleza humana como producto de prácticas sociales de disciplinamiento y del trabajo y las relaciones de poder que de este se derivan como fuentes de acumulación, la teoría feminista añadió al trabajo doméstico y la familia como origen de la producción de la fuerza de trabajo y, por tanto, como pilares en los que se cimenta el capitalismo<sup>31</sup>. A partir de lo anterior se abrió paso a

<sup>27</sup> OLSEN, 2000, p. 147.

<sup>28</sup> PITCH, (2003, pp. 247-248).

<sup>29</sup> MACKINNON, 1995, p. 284.

<sup>30</sup> FEDERICI, 2018, p. 28.

<sup>31</sup> FEDERICI, 2018, p. 18.

las críticas respecto de la labor del Derecho y del capitalismo en el mantenimiento de la división sexual del trabajo. Lo anterior debido a que por medio de las regulaciones e instituciones jurídicas que se establecen en torno a la sexualidad, la procreación y el trabajo doméstico no remunerado, se alimenta un sistema opresivo que crea jerarquías a partir de la invisibilización y naturalización de áreas de explotación femenina<sup>32</sup>.

Posteriormente, con la aparición del feminismo culturalista en el movimiento feminista, emergió el denominado *feminismo jurídico de la diferencia*. Esta corriente denunció que el Derecho tiene implícitos los roles e identidades que se le asignan a lo masculino y lo femenino, invisibilizando y excluyendo aquellos valores que se identifican con las mujeres en pro de un sujeto abstracto y autónomo<sup>33</sup>. De esta manera, señalaron que la idea del trato igualitario desconoce que en el campo jurídico las diferencias existen y que, además, son tratadas jerárquicamente. Teniendo en cuenta lo anterior, el feminismo jurídico de la diferencia se embarcó en la búsqueda de caminos que permitieran superar la lógica de igualación para revalorizar las condiciones y valores femeninos<sup>34</sup>, los que no habían sido adecuadamente atendidos ni por la corriente igualitarista ni por la materialista. En última instancia, se criticó la presunta neutralidad, objetividad, racionalidad y universalidad tras la cual, bajo el patrón de equivalencia, tratan a hombres y mujeres como si no existieran diferencias que determinan las condiciones efectivas de vida, los recursos económicos y políticos y los condicionamientos culturales, e incluso, prescindiendo de las diferencias que existen entre las mismas mujeres<sup>35</sup>.

El trabajo *In a different voice: Psychological Theory and Women's Development* (1982)<sup>36</sup>, de la psicóloga Carol Gilligan, constituyó un hito fundante en el desarrollo de esta línea de pensamiento feminista<sup>37</sup>. En esta oportunidad, Gilligan<sup>38</sup> se cuestionó por las configuraciones de la moral masculina y femenina, para comprender cómo los géneros construyen sus juicios respecto de lo bueno y lo malo, y las razones por las que toman determinada postura ante eventos conflictivos. En el campo jurídico se partió “abogando por la reconstrucción del espacio público por parte de las mujeres a partir de sus experiencias y necesidades, mediante la creación de un *estilo* de justicia derivado de los principios de una *ética de la responsabilidad o del cuidado*”<sup>39</sup>. Los hallazgos de Gilligan y los desarrollos posteriores evidenciaron que las nociones de justicia se encuentran determinadas por las formas de socialización entre los géneros y que aquellos valores identificados como tradicionalmente femeninos se encuentran excluidos por el Derecho, de tal manera que

<sup>32</sup> FEDERICI, 2018, p. 13; FERNÁNDEZ, 2006, p. 360.

<sup>33</sup> BERGALLI y BODELÓN, 1992, p. 54.

<sup>34</sup> JARAMILLO, 2009, p. 125.

<sup>35</sup> FACIO, 1999, pp. 26-28.

<sup>36</sup> Traducido como “La moral y la teoría: psicología del desarrollo femenino” (1985).

<sup>37</sup> BODELÓN, 1998, p. 135; FACCHI, 2005, p. 32.

<sup>38</sup> GILLIGAN, 2003, pp. 1-4.

<sup>39</sup> COSTA, 2010, p. 243.

“[l]a cultura jurídica sigue orientada por la atribución de roles e identidades propios de aquel orden simbólico que ha fijado la subalternidad de lo femenino”<sup>40</sup>.

En este punto, la dicotomía igualdad/diferencia –que en términos de Zúñiga se vincula con la fundamentación ontológica del sujeto– en el campo jurídico se traduce en las discusiones respecto del tratamiento universal y abstracto, frente al tratamiento especial y al reconocimiento de las particularidades<sup>41</sup>. Desde luego, se hizo necesario emprender procesos políticos que incluyeran la adopción de catálogos de derechos específicos para las mujeres. Con ello se buscó reconocer jurídicamente las experiencias femeninas y valorar las diferencias, lo que requirió de la búsqueda de caminos alternativos a los institucionalmente consolidados<sup>42</sup>. No obstante, Smart critica a esta corriente teórica la reafirmación de roles y estereotipos al omitir que las características femeninas son producto de la posición que se les ha asignado social y culturalmente, de tal manera que se cae en posturas biológicas donde se omite que las identidades no son estáticas ni esenciales<sup>43</sup>.

A la par, el *feminismo radical* situó su atención en la sexualidad como espacio en donde se despliegan relaciones de poder, para ello se construyó un discurso político que empleaba la noción de dominación. Autoras como Catharine Mackinnon, quien transitó de propuestas de reformas jurídicas concretas a la formulación de una teoría jurídica crítica<sup>44</sup>, señalan que una teoría feminista debe situar a la sexualidad dentro de una teoría de la desigualdad, “como interpretación social del poder masculino: definida por los hombres, forzada sobre las mujeres y constituyente del significado del género”<sup>45</sup>. Así es que dentro de los temas de interés para el feminismo radical están la prostitución, la pornografía, la violación y los abusos sexuales, como esferas en donde el poder masculino se apropia de la sexualidad femenina<sup>46</sup>.

La sexualidad entendida como dominio y sumisión, y por tanto como causa de opresión, expresa a su vez otras divisiones sociales como la raza y la clase. Lo anterior permite considerar al género como sistema político, de manera que se debe indagar no tanto por el tratamiento que el Estado otorga a las diferencias de género, como se había hecho en las corrientes anteriormente descritas, sino por “el papel que el Estado ejerce en [el mantenimiento] de la jerarquía de los géneros”<sup>47</sup>. En este sentido, Tamar Pitch señala que la sexuación del Derecho y de los derechos “y las modalidades de su sexuación”, por un lado, responden a los modos de organización social dominantes y, por otro, no solo legitiman y contribuyen a perpetuarlos, sino que son uno de los factores que los producen”<sup>48</sup>. Es así como analizar el Derecho a partir de la sexuación,

<sup>40</sup> BERGALLI y BODELÓN, 1992, p. 54.

<sup>41</sup> COSTA, 2016, p. 161; ZÚÑIGA, 2006, p. 42, 2009, pp. 60-61.

<sup>42</sup> FACCHI, 2005, pp. 34-35.

<sup>43</sup> SMART, 2000, pp. 37-38.

<sup>44</sup> FACCHI, 2005, pp. 35-38.

<sup>45</sup> MACKINNON, 1995, p. 227.

<sup>46</sup> FERNÁNDEZ, 2006, pp. 362-363.

<sup>47</sup> MACKINNON, 1995, p. 288.

<sup>48</sup> PITCH, 2010, pp. 440-441.

permite indagar por la presencia de sujetos diferenciados como consecuencia de procesos relacionales más amplios, vinculándonos, por tanto, con los cuestionamientos acerca de la subjetividad jurídica<sup>49</sup>.

No obstante, a la retórica de Mackinnon se le critica que “ha ido potenciando un discurso *mujerista* y victimista respecto de la sexualidad y la violencia”<sup>50</sup>. En esta corriente se identifica como enemigo al varón, desconociendo la complejidad humana en donde las mujeres también pueden ejercer daño y generando un pánico sexual androfóbico que conlleva a la exigencia del endurecimiento del sistema judicial a partir de argumentos conservadores y moralistas<sup>51</sup>. Así, el determinismo esencialista desde el cual se sitúa la corriente radical, además de tomar la categoría patriarcado de manera ahistórica y homogénea, resulta ser universalizar la experiencia de las mujeres<sup>52</sup> y alimenta el miedo judeocristiano a la sexualidad y al placer<sup>53</sup>.

En respuesta a dicha universalización, resultan relevantes los aportes de las feministas afrodescendientes que problematizan la construcción de un sujeto único por los feminismos. El término *interseccionalidad*, aplicado al Derecho, fue acuñado en 1989 por la abogada y activista Kimberlé Crenshaw quien, a partir de su experiencia de litigio contra varios despidos de la General Motors, lo elaboró como concepto que le permitiera explicar las múltiples discriminaciones sufridas por las mujeres afrodescendientes. En su escrito *Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics*<sup>54</sup> (1989) señala que la doctrina referente a la discriminación era insuficiente, de hecho, las teorías feministas y las políticas antirracistas contribuyeron a la marginación de las mujeres negras. En este sentido, considera que el arco de discriminación obstaculizó el desarrollo de una teoría y praxis adecuada al no considerar que las discriminaciones que las mujeres negras experimentaban se presentaban en múltiples formas y no de manera unidireccional como se pretendía. De esta manera, la experiencia interseccional va más allá de la suma de racismo y sexismo, pues ambos sistemas interactúan de manera inseparable para generar las experiencias de las mujeres negras<sup>55</sup>.

La interseccionalidad, como enfoque teórico-metodológico<sup>56</sup>, es uno de los aportes de la teoría feminista que ha permitido diseñar discusiones en torno a la articulación de las violencias estructurales. Son innegables los aportes de la interseccionalidad en las teorías feministas y de manera particular en los feminismos jurídicos, no obstante, desde América Latina se le ha criticado que al continuar con el lenguaje de discriminación

<sup>49</sup> BERGALLI y BODELÓN, 1992, p. 50.

<sup>50</sup> LAMAS, 2020, pp. 49-50.

<sup>51</sup> LAMAS, 2020, pp. 52-53.

<sup>52</sup> IGLESIAS, 2020, p. 120.

<sup>53</sup> LAMAS, 2020, pp. 61-63.

<sup>54</sup> CRENSHAW, 1989, pp. 139-140.

<sup>55</sup> CRENSHAW, 1989, p. 152; CRENSHAW, 2012, p. 89

<sup>56</sup> VIVEROS, 2016, p. 1.

deja de lado el cuestionamiento de las opresiones como urdimbre o entretrama<sup>57</sup>. En este sentido, María Lugones, Ochy Curiel y Yuderkys Espinosa coinciden en que el pensamiento interseccional se ha confundido con el análisis de categorías de opresión como elementos que se cruzan o intersectan, como si en algún momento hubieran estado separadas y como si fueran separables, lo que contribuye a su perpetuación como instrumentos de opresión<sup>58</sup>. Por ello, se propone abandonar los análisis de categorías, para pensar en una lógica de fusión o red de opresiones, las que se entrelazan, entretrejen, fusionan, sin que exista alguna posibilidad de disolución<sup>59</sup>.

### III. LOS FEMINISMOS JURÍDICOS EN LATINOAMÉRICA

El desarrollo teórico del feminismo jurídico en Latinoamérica, a pesar de comenzar a discutirse a finales de la década de los 80 y principios de los 90, aún es escaso y continúa ocupando un espacio marginal dentro de la formación del Derecho, limitando las posibilidades de difusión del trabajo de abogadas, sociólogas y antropólogas que han problematizado el sesgo patriarcal del Derecho. Respecto del desarrollo del feminismo jurídico en la región, Costa<sup>60</sup> señala que ha estado marcado por los aportes que desde Estados Unidos y Europa se han elaborado, de tal manera que la emergencia de las investigaciones jurídicas ha sido periférica y se ha conformado a partir de un proceso de apropiación y reformulación de conceptos y categorías analíticas para hacerlas aplicables al contexto latinoamericano.

No todas estas investigaciones cuestionan los principios básicos de la disciplina jurídica y tampoco esclarecen el rol que desempeña el Derecho en el mantenimiento del patriarcado: como señala Alda Facio, muchas propuestas se han limitado a demandar la incorporación de mujeres en las instituciones estatales; otras han logrado cambios en la legislación con el propósito, primero, de favorecer la participación femenina, luego para enfrentar la violencia de género; pero cuestionar la disciplina en sí misma y dejan de lado que el sexismo se encuentra en la base de las instituciones jurídicas<sup>61</sup>.

Una vez dejado en claro lo anterior, vale la pena traer a colación el trabajo de Malena Costa titulado *El Pensamiento feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas*<sup>62</sup>, en donde realiza un mapeo bibliográfico de los pensamientos jurídicos feministas en la región, relacionándolo con procesos sociohistóricos más amplios. Allí, presenta las vinculaciones de las publicaciones con instituciones estadounidenses que las auspiciaron y financiaron, la apropiación de nociones ya elaboradas por feministas del norte y las temáticas abordadas por los trabajos pioneros en América Latina. Concluye, entre otras

<sup>57</sup> LUGONES, 2018, p. 84.

<sup>58</sup> CURIEL, 2015, pp. 54-55; ESPINOSA, 2019, pp. 289-290; LUGONES, 2005, p. 68.

<sup>59</sup> LUGONES, 2008, pp. 80.

<sup>60</sup> COSTA, 2014, p. 27.

<sup>61</sup> FACIO, 1999, p. 16-18.

<sup>62</sup> COSTA, (2014).

cosas, que “[l]as producciones feministas jurídicas del ámbito académico en América Latina componen un conjunto de textos e intervenciones sobre el conocimiento jurídico que no coinciden en la institucionalización de un área o espacio feminista específico”<sup>63</sup>.

En su trabajo Costa indica que *Género y derecho* (1999), editado por Alda Facio y Lorena Fries, constituye el primer trabajo publicado en su tipo<sup>64</sup>, el que fue financiado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Washington<sup>65</sup>. A partir de allí, publicaciones compilatorias como *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho* de Facio y Herrera (2000) y la colección *Identidad, Mujer y Derecho*<sup>66</sup> de la Editorial Biblos coordinada por Haydeé Birgín y Alicia Ruiz el año 2000, marcan la trayectoria de los feminismos jurídicos latinoamericanos.

Sin embargo, los desarrollos teóricos son anteriores a los rastreados por Costa (2014). A su mapeo bibliográfico es necesario añadir el libro *Sobre patriarcas, jerarcas, patrones y otros varones* (1993), el que fue publicado años antes. Este trabajo compilatorio editado por Alda Facio y Rosalía Camacho reúne reflexiones en torno a la “reconceptualización del Derecho como instrumento en la necesaria feminización de nuestras sociedades latinoamericanas, marcadas por la miseria, la pobreza y la violencia que generan las relaciones de poder patriarcales”<sup>67</sup>. Con ello, se abrió paso a los trabajos que posteriormente se publicarían y siendo enfáticas en la necesidad de plantear conocimientos situados en el Abya Yala. Asimismo, el libro *Cuando el género suena cambios trae* (1992) de Alda Facio, constituye un trabajo especialmente interesante, pues realiza una propuesta metodológica para analizar el género en los textos jurídicos indicando los pasos y elementos que se deben tener en cuenta para identificar las distintas formas en que se manifiestan las estructuras patriarcales tales como el androcentrismo, el dicotomismo sexual, la sobregeneralización, entre otros<sup>68</sup>.

Al analizar el desarrollo de la producción bibliográfica en América Latina, es posible observar que a partir del año 2000 se consolidó la literatura concerniente a los feminismos y el Derecho, abarcando tanto la teoría crítica como áreas específicas<sup>69</sup>. Así, incluyen reflexiones y críticas que van desde los presupuestos del Derecho y sus nociones fundamentales hasta las instituciones jurídicas, produciendo diversos entrecruzamientos

---

<sup>63</sup> COSTA, 2014, p. 13.

<sup>64</sup> Debe señalarse que el texto de FACIO y FRIES (1999) forma parte de la Colección Contraseña de la Editorial LOM y La Morada, junto con los trabajos compilatorios de FRIES y MATUS (1999a, 1999b, 2000).

<sup>65</sup> COSTA, 2014, p. 19.

<sup>66</sup> La colección “Identidad, Mujer y Derecho” publicó en el 2000 cuatro libros relativos al feminismo jurídico (BIRGIN, 2000b, 2000c, 2000a; RUIZ, 2000), luego en el 2006 se publicaría otro ejemplar (BIRGIN y KOHEN, 2006).

<sup>67</sup> CAMACHO Y FACHO, 1993, p. 5.

<sup>68</sup> ALDA FACIO, (1992), pp. 77-95.

<sup>69</sup> Deben añadirse como referentes importantes para el feminismo jurídico en América Latina los trabajos posteriores al año 2000 de CABAL, ROA y LEMAITRE (2001), LEMAITRE (2009), ALVIAR y JARAMILLO (2012) y COSTA (2016); y los textos compilatorios de CABAL y MOTTA (2005), MOTTA y SÁEZ (2008a, 2008b), BERGALLO (2010), BIRGIN y GHERARDI (2011) y DI CORLETO (2011).

que dependen de la forma de entender el Derecho y las otras esferas de la vida social<sup>70</sup>. Ahora bien, dentro de los aportes del feminismo jurídico latinoamericano Costa destaca su vínculo con los derechos humanos y la capacidad de apropiación y adecuación de elementos conceptuales y metodológicos provenientes de sistemas legales que distaban del latinoamericano<sup>71</sup>.

Al respecto quisiera añadir que los feminismos jurídicos en América Latina no solo se han limitado a la realización de ejercicios de apropiación y reformulación de propuestas teóricas ya elaboradas. Como se expondrá en el siguiente apartado, las feministas que se dedican al estudio del Derecho en el continente también han demostrado la capacidad de producir pensamientos propios, en donde la vinculación con los territorios y la interdisciplinariedad han estado presentes.

#### IV. PENSAR LOS FEMINISMOS JURÍDICOS DESDE LATINOAMÉRICA: PROPUESTAS PARA LA PRODUCCIÓN DE PENSAMIENTOS PROPIOS

Si bien no somos ajenos a los desarrollos teóricos de otras latitudes, es plausible pensar la producción teórica característica del continente, entre otras cosas, porque los estudios del Derecho han reconocido la especificidad de las diferencias socioeconómicas presentes. Así es que en el caso de América Latina las investigaciones referentes a las diferenciaciones sociales, incluidas las de género, han encontrado un campo fértil en términos teóricos y metodológicos<sup>72</sup>.

En este punto considero que la interdisciplinariedad y el vínculo con los feminismos decoloniales son un punto de partida para pensar en una impronta propia de los feminismos jurídicos en América Latina. Respecto de la interdisciplinariedad, a los aportes teóricos de juristas anteriormente esbozados, vale la pena agregar los trabajos de Rita Segato<sup>73</sup> y Marcela Lagarde<sup>74</sup>, quienes desde la antropología se han acercado al Derecho para generar discusiones desde sus experiencias de trabajo de campo.

En el caso de Rita Segato<sup>75</sup>, sus estudios respecto de la violencia contra las mujeres –particularmente en Brasil– la han llevado adentrarse en el Derecho, considerándolo como campo de disputa y como un espacio propicio para la agitación por la búsqueda de derechos y garantías. Por ello señala que es necesario legislar en derechos humanos, lo que permite hacer uso de sus efectos simbólicos y nominativos<sup>76</sup>.

<sup>70</sup> JARAMILLO, 2009, p. 104.

<sup>71</sup> COSTA, 2014, p. 27.

<sup>72</sup> BARBIERI, 2002, p. 116-117.

<sup>73</sup> SEGATO, 2010, 2015, 2016.

<sup>74</sup> LAGARDE, 2005.

<sup>75</sup> SEGATO, 2010, pp. 126-127, 2016, pp. 128-131.

<sup>76</sup> No obstante, en este punto coincido con Lucía Núñez (2011), quien señala que “[l]a simple reacción penal puede llevar a creer que con el castigo al agresor o con la apelación al valor simbólico del derecho punitivo se agota la reivindicación antidiscriminatoria, lo que legitima la falsa creencia de que el endurecimiento

Así, señala que la ley posee la capacidad de persuasión a partir de la conformación de un “sistema de nombres”<sup>77</sup>, es decir, nomina o genera representaciones respecto de las prácticas deseables para la sociedad. Al nombrar, se genera la simbolización necesaria para la autoidentificación y la reflexión que se requiere para la transformación moral y ética respecto de la violencia contra las mujeres<sup>78</sup>.

Asimismo, indica que “una de las estructuras elementales de la violencia reside en la tensión constitutiva e irreductible entre el sistema de estatus y el sistema de contrato”<sup>79</sup>. Teniendo en cuenta que el sistema de estatus “se basa en la usurpación o extracción del poder femenino por parte de los hombres” (p. 144), este debe ser modificado, entre otras cosas, por medio de la ley. Sin embargo, reconoce que a pesar de que la ley se concibe como igualitaria, o al contrato jurídico en sus términos, la estructura jerárquica del género y el sistema de estatus organizado en torno a las razas y las diferencias nacionales acaban impregnándolo, lo que se observa en la existencia de instituciones jurídicas como la legítima defensa de la honra o, en el caso más extremo, en el tratamiento jurídico a la violación.

Por su parte, Marcela Lagarde es a quien se le atribuye la adaptación al castellano del término femicidio –luego feminicidio<sup>80</sup>– para referirse a los asesinatos de mujeres en Ciudad Juárez, describiéndolos como un patrón sistemático de violencia que ha tenido amplias repercusiones a nivel legal. En su obra *Los cautiverios de las mujeres. Madresposas, monjas, putas, presas y locas* publicado por primera vez en 1990, señala que busca contribuir a la conformación de la antropología de la mujer como campo disciplinario que interroge a la cultura propia. En este sentido, señala que “[l]a condición genérica de las mujeres está estructurada en torno a dos ejes fundamentales: la sexualidad escindida de las mujeres, y la definición de las mujeres en relación con el poder –como afirmación o como sujeción– y con los otros”<sup>81</sup>.

Teniendo en cuenta lo anterior, Lagarde diseña tipologías de estudio en función de grupos de categorizaciones o de roles asumidos por las mujeres. Desde sus análisis antropológicos se producen múltiples cruces con el campo jurídico, mostrando cómo la legislación contribuye al reforzamiento de las prácticas de dominación masculina. Así, por ejemplo, respecto de las mujeres infractoras de ley señala que “el delito no se define por las normas jurídicas o morales que lo sancionan, sino por el conjunto de reglas de poder de la sociedad”<sup>82</sup>. En estos casos las mujeres son presas no solo por la transgresión de la norma, sino también por su condición genérica que las hace cautivas de su cuerpo para otros y de su ser para otros. Al cautiverio genérico que se traduce en subordinación,

---

del derecho penal es una solución a los conflictos sociales, aunque, por el contrario, conduzca a una mayor violencia estatal y al acostumbamiento de la misma” (p. 174).

<sup>77</sup> SEGATO, 2010, p. 260.

<sup>78</sup> SEGATO, 2010, pp. 143-144.

<sup>79</sup> SEGATO, 2010, p. 144.

<sup>80</sup> LAGARDE, 2005a, p. 155, 2006, p. 217; SEGATO, 2016, p. 142.

<sup>81</sup> LAGARDE, 2005, p. 35.

<sup>82</sup> LAGARDE, 2005b, p. 651.

dependencia, pérdida de autonomía y negación del gobierno, se le agrega que las mujeres son “reaprisionadas por las instituciones de poder”<sup>83</sup>.

Tanto Segato como Lagarde analizan el rol del Derecho en la configuración del sistema sexo genérico en estudios de carácter antropológico. Debido a la diversidad y complejidad de las relaciones sociales en un continente marcado por la existencia de jerarquías sustentadas en características biológicas, los aportes de otras disciplinas son cruciales para comprender al campo jurídico como parte de un patrón más amplio de ejercicios de dominación. En este sentido, Rosa Mavila<sup>84</sup> advertía acerca de la importancia de pensar en el diseño de un Derecho alternativo que tenga en cuenta la identidad de las mujeres y la realidad social, a partir de un enfoque interdisciplinar y multilateral que abarque, entre otros, la cultura popular y las vivencias de las mujeres latinoamericanas.

Un ejemplo de dicha interdisciplinariedad es la introducción en la teoría jurídica feminista de debates sobre el discurso, poder e identidad femenina<sup>85</sup>, la tipificación del femicidio como delito<sup>86</sup>, las discusiones en torno a las presuntas incompatibilidades entre los derechos de las mujeres con los usos y costumbres de los pueblos<sup>87</sup> y la participación de profesionales de las ciencias sociales y humanas como expertas y expertos en procesos judiciales que involucran a mujeres. Sin embargo, aún persisten barreras que impiden impulsar de manera sistemática propuestas interdisciplinarias que contribuyan a un análisis más completo y complejo de las condiciones jurídicas y culturales que representan y construyen a las mujeres desde la subordinación y la dependencia<sup>88</sup>.

Por otra parte, el feminismo decolonial contribuye a formular propuestas jurídicas más pertinentes y atingentes al contexto regional. Las feministas decoloniales, que han realizado un arduo trabajo para producir conocimiento situado, entregan importantes claves para eliminar los desfases de saber que se producen cuando se aplican teorías jurídicas provenientes de otras latitudes en contextos sociohistóricos diversos. Así, analizar el Derecho como una creación colonial propia de los Estados modernos, permite contextualizar las jerarquías, la subordinación y las violencias que perpetúan el sistema. Es precisamente este vínculo entre el feminismo decolonial y el feminismo jurídico una deuda pendiente que debe asumirse como proyecto político de generación de conocimiento propio.

Asimismo, resultan interesantes los avances que se han realizado respecto de los derechos colectivos vinculados con la autonomía y autodeterminación de los pueblos indígenas. Estas demandas políticas, que se han materializado en la positivización del derecho a la consulta previa y a la jurisdicción especial indígena, entre otros, se han traducido en el respeto por las decisiones de los pueblos, el reconocimiento de las

---

<sup>83</sup> LAGARDE, 2005b, p. 40.

<sup>84</sup> MAVILA, 1993, p. 46.

<sup>85</sup> RUIZ, 2013, pp. 24-34; RUIZ, 2000, pp. 11-23.

<sup>86</sup> ANTONY, 2019, pp. 324-327; LAGARDE, 2005a, p. 155, 2006, p. 217.

<sup>87</sup> BIDASECA, 2016, p. 320; SEGATO, 2010, p. 142.

<sup>88</sup> LAGARDE, 2005b, p. 35.

autoridades ancestrales y de sus nociones de justicia<sup>89</sup>. En este ámbito es posible observar que nos encontramos ante una discusión epistemológica acerca del Derecho emanado del Estado-nación como invención moderno-colonial, ilustrado, renacentista que a su vez es masculino<sup>90</sup>.

En este sentido, cuando hablamos de los derechos de los pueblos indígenas estamos ante un escenario de reparación y restitución, de recuperación de la historia propia<sup>91</sup>. Los feminismos jurídicos, a su vez, buscan la transformación de los estatus sociales y jurídicos que se configuran a raíz de las relaciones desiguales de poder entre los géneros y de los demás sistemas de clasificación social como la raza y la clase social<sup>92</sup>. En ambos ámbitos se tensiona la idea del Derecho moderno como escenario de dominación y conflicto, y del Estado como fuente monolítica de poder. Así, pensar en los derechos de las mujeres en vinculación con los derechos colectivos releva su dimensión histórica y estructural y expone que los derechos no se limitan a un ejercicio de carácter individual. De esta manera, se tiene presente la pluralidad de mujeres que habitan el continente y la importancia del componente comunitario y colectivo en Latinoamérica.

Con ello, se producen configuraciones teóricas y metodológicas con características particulares, generándose una ruptura frente a las apropiaciones que se venían presentando respecto del feminismo jurídico del Norte global, pues en este caso el pensamiento jurídico se vincula con una de las principales demandas en el continente como lo es el reconocimiento, la redistribución y la garantía de la territorialidad apropiada y colonizada, entre otras cosas, por la fuerza del Derecho.

Al respecto, Karina Bidaseca<sup>93</sup> señala que es necesario referirnos tanto a la colonialidad como al género que son configurados por los dispositivos jurídicos. A partir del análisis de un caso argentino en donde se condena a un hombre indígena por la violación de una menor de edad también indígena, Bidaseca demuestra cómo los posicionamientos de los sujetos produjeron la invisibilización de la voz de la “víctima” bajo una “retórica salvacionista” y, por otra parte, reprodujeron un colonialismo jurídico en donde “las pautas culturales se tornaron narrativas de la criminalidad al ser decodificadas en casuística legal”<sup>94</sup>.

En este mismo sentido, Rita Segato<sup>95</sup>, modelando su postura vertida en trabajos anteriores y ahora refiriéndose a los pueblos indígenas, señala que la colonización económica producida por el mercado global opera de la mano de la colonización del discurso de los derechos. Así, concluye que existe una “naturaleza biopolítica y colonial/moderna de los Derechos Humanos, estos últimos con el valor y significado [...] de intentar proteger o recomponer con la mano lo que ya ha sido o va siendo destruido con la otra en el

<sup>89</sup> RODRÍGUEZ, 2015, p. 39; YRIGOYEN, 2004, p. 171.

<sup>90</sup> RIVERA CUSICANQUI, 2004, p. 1.

<sup>91</sup> SEGATO, 2015, p. 26.

<sup>92</sup> FACIO, 1999, p. 16.

<sup>93</sup> BIDASECA, 2016, p. 320.

<sup>94</sup> BIDASECA, 2011, p. 85.

<sup>95</sup> SEGATO, 2015, pp. 107-108.

proceso modernizador”<sup>96</sup>. Continúa indicando que “se revela imposible proteger y dar lugar, en el seno de las repúblicas y del Derecho, a otras maneras de comprender lo que sea un ‘ser humano’” (*op. cit.*). De esta manera, reconoce que los derechos se encuentran insertos en el paradigma de la modernidad y, por tanto, contribuyen a la profundización del patrón de colonialidad<sup>97</sup>.

Por su parte Dora Saldarriaga y Martha Gómez realizan una interesante articulación entre las teorías de género, el abolicionismo y las teorías decoloniales, comprendiéndolas como “teorías críticas del derecho, en la medida que de ellas se pueden sustraer elementos epistémicos que sirven de fundamento para cuestionar el discurso jurídico”<sup>98</sup>. Las autoras señalan que dichas teorías poseen rasgos comunes en lo que respecta a las relaciones de poder. Por ello a partir de su intersección es posible visualizar que el Derecho es un instrumento de poder, lo que contribuye a construir nuevas epistemes<sup>99</sup>.

## V. APORTES PARA EL DEBATE: RETOS Y PROYECCIONES

En el presente artículo se realizó un recorrido por las principales corrientes de los feminismos jurídicos, señalando sus intereses y preocupaciones. Con ello se mostró cómo su desarrollo teórico se elaboró de la mano de las demandas que de los movimientos feministas se estaban elaborando. En el caso de América Latina, los espacios académicos han sido los centros de producción y difusión de los feminismos jurídicos, realizando apropiaciones y elaboraciones propias que han contribuido a problematizar el rol del Derecho en la conformación y mantenimiento de las diferencias sexogenéricas.

Los feminismos jurídicos en América Latina constituyen un campo que, si bien no es novedoso, aún requieren de trabajo, formulaciones y reelaboraciones para pensar en su consolidación, sin que dicha consolidación implique un conocimiento acabado. En este contexto considero que uno de los principales retos es tener la capacidad de atender a asuntos contingentes y cotidianos –tales como el aborto, la violencia intrafamiliar, las discriminaciones– de manera conjunta con los cuestionamientos del campo jurídico en sí mismo.

Hay además otros puntos que estimo necesarios de desarrollar en este debate. En primer lugar, profundizar en el análisis del rol que cumple el Derecho en la conformación y mantenimiento del patriarcado, el racismo y el clasismo, como sistemas que operan de manera inseparable, implica considerar que en Latinoamérica existe un contexto sociocultural marcado por el colonialismo y la modernidad, que las diferencias género-raciales adquieren una raigambre histórica particular y que el Derecho, como dispositivo de poder, se encuentra comprometido.

---

<sup>96</sup> SEGATO, 2015, p. 25.

<sup>97</sup> SEGATO, 2015, p. 108.

<sup>98</sup> GÓMEZ y SALDARRIAGA, 2018, p. 45.

<sup>99</sup> GÓMEZ y SALDARRIAGA, 2018, p. 52.

Asimismo, considerar la presencia de diversos actores, buscar la conformación de conocimiento interdisciplinar y descentralizar la academia como único espacio válido de producción de conocimiento pertinente al Derecho, constituyen horizontes que permiten pensar en la construcción de los feminismos jurídicos a la par de los procesos sociales y políticos que le sirven de sustento. Por ello, es especialmente relevante abrir los espacios de formación y de discusión para que desde la transversalidad se construyan puentes que contribuyan a la consolidación de las críticas feministas al Derecho, lo que a su vez implica evaluar la conveniencia de relegitimar el uso del Derecho para las causas de las mujeres<sup>100</sup>.

Finalmente, tal vez uno de los déficits más importantes lo constituye el hecho de que el amplio conjunto de discusiones teóricas no ha sido acompañado de suficientes propuestas metodológicas que permitan obtener una coherencia para el análisis de las realidades sociales. En este sentido es necesario que los feminismos jurídicos estén acompañados de propuestas metodológicas –y por tanto epistemológicas– que coincidan en sus presupuestos políticos y éticos y permitan una mirada abarcadora de los tipos de redes que se tejen y el sentido de estas al interior del dispositivo jurídico.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ALVIAR, Helena, y Isabel Cristina JARAMILLO. 2012: *Feminismo y crítica jurídica. El análisis distributivo como alternativa crítica al legalismo liberal*. Bogotá: Siglo XXI Editores y Universidad de los Andes.
- ANTONY, Carmen, 2017: *Hacia una criminología feminista: Violencia, androcentrismo, justicia y derechos humanos*. UNDAV Ediciones, Universidad Nacional de Avellaneda, Punto de Encuentro.
- BARTRA, Eli, 2002: “Reflexiones metodológicas”. Pp. 141- en *Debates en torno a una metodología feminista*, editado por E. Bartra. México: Universidad Autónoma Metropolitana de México.
- BERGALLI, Roberto y Encarna BODELÓN, 1992: “La cuestión de las mujeres y el derecho penal simbólico”. *Anuario de filosofía del derecho*, IX:43-73.
- BERGALLO, Paola, ed. 2010. *Justicia, género y reproducción*. 1. ed. Buenos Aires: Librería Ediciones: Red Alas.
- BIDASECA, Karina, 2011: “‘Mujeres blancas buscando salvar a mujeres color café’: desigualdad, colonialismo jurídico y feminismo postcolonial”. *Andamios, Revista de Investigación Social* 8(17):61-89. doi: 10.29092/uacm.v8i17.445.
- BIDASECA, Karina, 2016: en *Feminismos y poscolonialidad 2*, editado por K. Bidaseca. Buenos Aires: Ediciones Godot.
- BIRGIN, Haydee, ed. 2000a: *El derecho en el género y el género en el derecho*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- BIRGIN, Haydee, ed. 2000b: *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- BIRGIN, Haydee, ed. 2000c: *Ley, mercado y discriminación: el género del trabajo*. 1. ed. Buenos Aires: Editorial Biblos.

<sup>100</sup> SMART, 2000, p. 33.

- BIRGIN, Haydee. 2000d: "Prólogo". Pp. 9-19 en *Las trampas del poder punitivo. El Género del Derecho Penal*, editado por H. Birgin. Buenos Aires: Biblos.
- BIRGIN, Haydee, y Natalia GHERARDI, eds. 2011: *Reflexiones jurídicas desde la perspectiva de género*. Primera edición. México, D.F: Editorial Fontamara.
- BIRGIN, Haydee, y Beatriz KOHEN, eds. 2006: *Acceso a la justicia como garantía de igualdad: instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- BODELÓN, Encarna, 1998: "El cuestionamiento de la eficacia del derecho en relación a la protección de los intereses de las mujeres". *Delito y Sociedad: revista de ciencias sociales*, 11-12:125-37.
- BODELÓN, Encarna, 2014: "Violencia institucional y violencia de género". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48:131-55.
- CABAL, Luisa, y Cristina MOTTA, eds. 2005: *Más allá del derecho: justicia y género en América Latina*. Bogotá, D.C: Siglo del Hombre Editores: Ediciones Uniandes: Center for Reproductive Rights: CESO.
- CABAL, Luisa, Mónica ROA, y Julieta LEMAITRE, 2001: *Cuerpo y Derecho. Legislación y jurisprudencia en América Latina*. Bogotá: Temis S.A.
- CANO, Virginia, 2020: "Afecciones punitivas e imaginación política: des-bordes de la lengua penal". Pp. 75-90 en *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, editado por D. Daich y C. Varela. Buenos Aires: Biblos.
- COSTA, Malena, 2010: "El debate igualdad/diferencia en los feminismos jurídicos". *Feminismo/s*, (15):235-52. doi: 10.14198/fem.2010.15.12.
- COSTA, Malena, 2014: "El Pensamiento Jurídico feminista en América Latina. Escenarios, contenidos y dilemas". *Periódico do Núcleo de Estudos e Pesquisas sobre Gênero e Direito Centro de Ciências Jurídicas-Universidade Federal da Paraíba*, 2:24-35.
- COSTA, Malena, 2016: *Feminismos jurídicos*. 1ª ed. en español. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ediciones Didot.
- CRENSHAW, Kimberle, 1989: "Demarginalizing the Intersection of Race and Sex: A Black Feminist Critique of Antidiscrimination Doctrine, Feminist Theory and Antiracist Politics". *University of Chicago Legal Forum* 1989:139.
- CRENSHAW, Kimberlé, 2012: "Cartografiando los márgenes. Interseccionalidad, políticas identitarias, y violencia contra las mujeres de color". Pp. 87-122 en *Intersecciones: cuerpos y sexualidades en la encrucijada*, editado por R. (Lucas) Platero. España: Bellaterra.
- CURIEL, Ochy, 2015: "Construyendo metodologías feministas desde el feminismo decolonial". Pp. 45-60 en *Otras formas de (re)conocer: reflexiones, herramientas y aplicaciones desde la investigación feminista*, editado por I. Medina, M. Luxán, M. Lagarreta, G. Guzmán, I. Zirion, y J. Azpiazu. Universidad del País Vasco, Hegoa.
- DI CORLETO, Julieta, ed. 2011: *Justicia, género y violencia*. 1. ed. Buenos Aires: Librería Ediciones: Red Alas.
- ESPINOSA, Yuderlys, 2019: "Superando el análisis fragmentado de la dominación: una revisión feminista decolonial de la perspectiva de la interseccionalidad". Pp. 273-98 en *En tiempos de muerte. Cuerpos, Rebelías, Resistencias*, editado por X. Leyva y R. Icasa. México y Argentina: Cooperativa Editorial Retos, Clacso, Institute of Social Studies Erasmus University Rotterdam.
- FACCHI, Alessandra, 2005: "El pensamiento feminista sobre el derecho". *Academia. Revista sobre enseñanza del derecho en Buenos Aires*, 3(6):27-47.
- FACIO, Alda, 1992: *Cuando el género suena cambios trae (una metodología para el análisis de género del fenómeno legal)*. San José de Costa Rica: ILANUD.
- FACIO, Alda, 1999: "Hacia otra teoría crítica del Derecho". Pp. 15-44 en *Género y Derecho*, editado por L. Fries y A. Facio. Santiago: American University Washington Collee of law, LOM Ediciones, La Morada.

- FACIO, Alda, y Rosalía CAMACHO, eds. 1993: *Sobre patriarcas, jefarcas, patrones y otros varones (una mirada género sensitiva del derecho)*. San José de Costa Rica: ILANUD.
- FACIO, Alda, y Lorena FRIES, 1999: *Género y derecho*. Santiago de Chile: American University, Washington Collee of law: LOM ediciones: La Morada.
- FACIO, Alda, y Gioconda HERRERA, 2000: *Las fisuras del patriarcado: reflexiones sobre feminismo y derecho*. Quito: Flacso.
- FEDERICI, Silvia, 2018: *El patriarcado del salario críticas feministas al marxismo*. Madrid: Traficante de sueños.
- FERNÁNDEZ, Marisol, 2006: "Usando el género para criticar al Derecho." *Derecho PUCP*, 59:357-69.
- FRIES, Lorena, y Verónica MATUS, 1999a: *El Derecho. Trama y conjura patriarcal*. Santiago: LOM Ediciones: La Morada.
- FRIES, Lorena, y Verónica MATUS, 1999b: "Supuestos ideológicos, mecanismos e hitos históricos fundantes del derecho patriarcal". Pp. 143-62 en *Género y Derecho*, editado por A. Facio y L. Fries. Santiago de Chile: American University Washington Collee of law, LOM Ediciones, La Morada.
- FRIES, Lorena, y Verónica MATUS, 2000: *La ley hace el delito*. 1. ed. Santiago: LOM Ediciones: La Morada.
- GALINDO, María, 2013: *No se puede descolonizar sin despatriarcalizar. Teoría y propuesta de la despatriarcalización*. La Paz: Mujeres Creando.
- GILLIGAN, Carol, 2003: *In a different voice: Psychological Theory and Women's Development*. Cambridge, Massachusetts, and London: Harvard University Press.
- HEIM, Daniela, 2014: "Acceso a la justicia y violencia de género". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 48:107-29.
- IGLESIAS, Agustina, 2020: "Performance de la fragilidad y el empoderamiento: reflexiones en torno al feminismo punitivo". Pp. 113-42 en *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*. Buenos Aires: Biblos.
- JARAMILLO, Isabel Cristina, 2009: "La crítica feminista al derecho". Pp. 103-33 en *El género en el derecho. Ensayos críticos*, editado por R. Ávila, J. Salgado, y L. Valladares. Bogotá: Siglo XXI Editores; Universidad de los Andes.
- LAGARDE, Marcela, 1996: "Identidad de género y derechos humanos: la construcción de las humanas". Pp. 65-94 en *Estudios básicos de derechos humanos. Tomo IV. Edición monográfica sobre los derechos humanos de las mujeres, Estudios Básicos*, editado por L. Guzmán y G. Pacheco. San José de Costa Rica: Instituto Interamericano de Derechos Humanos.
- LAGARDE, Marcela, 2005a: "El feminicidio, delito contra la humanidad". Pp. 151-64 en *Feminicidio, Justicia y Derecho*. México: Comisión Especial para Conocer y dar Seguimiento a las Investigaciones Relacionadas con los Feminicidios en la República Mexicana.
- LAGARDE, Marcela, 2005b: *Los cautiverios de las mujeres: madresposas, monjas, putas, presas y locas*. Cuarta. México: Universidad Autónoma de México.
- LAGARDE, Marcela, 2006: "Del femicidio al feminicidio". *Desde el jardín de Freud: Revista de Psicoanálisis*, 6:216-25.
- LARRAURI, Elena, 1991: *La berencia de la criminología crítica*. 1. ed. Madrid: Siglo Veintiuno de España Editores.
- LEMAITRE, Julieta, 2009: *El derecho como conjuro: fetichismo legal, violencia y movimientos sociales*. Bogotá D.C: Siglo del Hombre: Universidad de Los Andes.
- LUGONES, María, 2005: "Multiculturalismo Radical y Feminismos de Mujeres de Color". *Revista Internacional de Filosofía Política*, 25:61-76.
- LUGONES, María, 2018: "Hacia metodologías de la decolonialidad". Pp. 75-92 en *Prácticas otras de conocimiento(s). Entre crisis, entre guerras*. Vol. Tomo II, editado por AA.VV. Ciudad Autónoma

- de Buenos Aires; Chiapas; Lima; Copenhague; La Habana; Coimbra; Guadalajara: CLACSO; Cooperativa Editorial Retos; Programa Democracia y Transformación Global (PDTG); Grupo Internacional de Trabajo sobre Asuntos Indígenas (IWGIA); Talleres Paradigmas Emancipatorios-Galfisa; Proyecto Alice-Espejos Extraños, Lecciones Insospechadas; Taller Editorial La Casa del Mago.
- MACKINNON, Catharine, 1995: *Hacia una teoría feminista del Estado*. Madrid: Cátedra.
- MAVILA, Rosa, 1993: "Mujer y Derecho Penal: De lo prohibido y lo sugerido". En A. Facio & R. Camacho (Eds.), *Sobre patriarcas, jefarcas, patrones y otros varones (Una mirada género sensitiva del derecho)* (pp. 45-66). ILANUD.
- MOTTA, Cristina, y Macarena SÁEZ, eds. 2008a: *La mirada de los jueces. Género en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: American University, Washington College of Law: Center for Reproductive Rights.
- MOTTA, Cristina, y Macarena SÁEZ, eds. 2008b: *La mirada de los jueces. Sexualidades diversas en la jurisprudencia latinoamericana*. Bogotá: Siglo del Hombre Editores: American University, Washington College of Law: Center for Reproductive Rights.
- NÚÑEZ, Lucía, 2011: "Contribución a la crítica del feminismo punitivo". Pp. 173-95 en *La bifurcación del caos. Reflexiones interdisciplinarias sobre violencia falocéntrica*, editado por M. G. Huacuz. México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- OLSEN, Frances, 2000: "El sexo del derecho". Pp. 25-44 en *Identidad femenina y discurso jurídico*, editado por A. E. C. Ruiz. Buenos Aires: Biblos.
- PITCH, Tamar, 2003: *Un derecho para dos. La construcción jurídica de género, sexo y sexualidad*. Milán: Trotta.
- PITCH, Tamar, 2010: "Sexo y género de y en el derecho: el feminismo jurídico". *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, 44:435-59.
- PITCH, Tamar, 2020: "Feminismo punitivo". Pp. 21-32 en *Los feminismos en la encrucijada del punitivismo*, editado por D. Daich y C. Varela. Buenos Aires: Biblos.
- RICHARDS, Patricia, 2014: "Multiculturalismo neoliberal. Nuevas categorías y formas de entender la ciudadanía y el mundo indígena en el Chile contemporáneo". Pp. 113-44 en *Aproximaciones a la cuestión mapuche en Chile: una mirada desde la historia y las ciencias sociales*, editado por C. Barrientos. Santiago de Chile: RIL Editores.
- RICHARDS, Patricia, 2016: *Racismo: el modelo chileno y el multiculturalismo neoliberal bajo la Concertación, 1990-2010*. Primera edición. Santiago: Pehuén.
- RIVERA Cusicanqui, Silvia, 2004: "La noción de 'derecho' o las paradojas de la modernidad postcolonial: indígenas y mujeres en Bolivia". *Aportes Andinos*, 11:1-15.
- RODRÍGUEZ, Gloria Amparo, 2015: *Los derechos de los pueblos indígenas de Colombia: luchas, contenido y relaciones*. 1. ed. Bogotá, D.C: Editorial Universidad del Rosario, Facultad de Jurisprudencia.
- RUIZ, Alicia E. C., ed. 2000: *Identidad femenina y discurso jurídico*. Buenos Aires: Editorial Biblos.
- RUIZ, A. E. C., 2013: *Teoría crítica del Derecho y cuestiones de género* (Vol. 6). Suprema Corte de Justicia de la Nación; Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; Instituto Electoral del Distrito Federal.
- SALDARRIAGA, Dora Cecilia, y Martha Isabel GÓMEZ, 2018: "Teorías feministas, abolicionismo y decolonialidad: teorías críticas que cuestionan la efectividad de los derechos de las mujeres". *Prolegómenos*, 21(41):43-60. doi: 10.18359/prole.3329.
- SEGATO, Rita, 2010: *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*. 2a ed. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- SEGATO, Rita, 2015: *La crítica a la colonialidad en ocho ensayos*. Buenos Aires: Prometeo Libros.
- SEGATO, Rita, 2016: *La guerra contra las mujeres*. Primera edición. Madrid: Traficantes de Sueños.

- SMART, Carol, 2000: "La teoría feminista y el discurso jurídico". Pp. 31-72 en *El derecho en el género y el género en el derecho*, editado por H. Birgin. Buenos Aires: Biblos.
- TOLEDO, Patsilí, 2008: "¿Tipificar el femicidio?" *Anuario de Derechos Humanos, Centro de Derechos Humanos de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile*, 213-2019.
- VIVEROS, Mara, 2016: "La interseccionalidad: una aproximación situada a la dominación". *Debate Feminista*, 52:1-17. doi: 10.1016/j.df.2016.09.005.
- YOUNG, Iris Marion, 2000: *La justicia y la política de la diferencia*. Madrid: Cátedra [u.a.].
- YRIGOYEN, Raquel, 2004: "Pluralismo jurídico, derecho indígena y jurisdicción especial en los países andinos". *El Otro Derecho*, 30:171-95.
- ZIBECHI, Raúl, 2010: *PROGRE-SISMO. La domesticación de los conflictos sociales*. Santiago de Chile: Quimantú.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2006: "El derecho como representación-deformación. Un análisis de su construcción adversarial en clave de género y derechos fundamentales". *Revista de Derecho*, XIX(1):35-59.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2009: "La "generización" de la ciudadanía. Apuntes sobre el rol de la diferencia sexual en el pensamiento feminista". *Revista de Derecho*, XXII(2):39-63.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502022000200051>

## Aplicación de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en la operación de *leasing* financiero

*Mauricio Inostroza Sáez\**

### RESUMEN

*En este artículo el autor analiza las tres relaciones jurídicas a que da lugar la operación de leasing financiero, demostrando la aplicación de la Convención de Viena en cada una de ellas.*

Compraventa internacional de mercaderías; Convención de Viena; *leasing* financiero

### *Application of the cisg to the finance lease operation*

### ABSTRACT

*In this paper, the author analyzes the three juridical relations arisen from a finance lease operation, in order to prove that the CISG is applicable to each one of them.*

International sale of goods; CISG; finance lease

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Máster Oficial en Derecho Privado y Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho Comercial, Derecho Privado Comparado e Internacional Privado, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6131-5124>. Correo electrónico: mainostr@udec.cl.

Este artículo ha sido publicado gracias al Fondo de Incentivo a la Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, aprobado mediante resolución del Decano N° 2020-005.

Artículo recibido el 30.10.2021 y aceptado para su publicación el 25.1.2022.

## I. INTRODUCCIÓN

**A**l tratar el ámbito de aplicación material de la Convención de Viena, algunos autores se han pronunciado a favor o en contra de extender su aplicación al contrato de *leasing* financiero. Sin embargo, dichos autores se refieren en términos muy generales al “contrato de *leasing*”, sin tomar en cuenta que estamos frente a una operación que involucra tres relaciones jurídicas interdependientes.

El objeto de este trabajo es descomponer la operación de *leasing* financiero, aislando las tres relaciones jurídicas a que da lugar, con la finalidad de demostrar que dos de dichas relaciones jurídicas quedan indiscutiblemente incluidas dentro del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena, mientras que para la tercera existen argumentos de peso para que la Convención le sea aplicable.

El plan de trabajo consiste en describir someramente la operación de *leasing* financiero, los sujetos que intervienen y las relaciones jurídicas presentes en ella, para luego analizar la aplicación de la Convención de Viena en cada una de dichas relaciones jurídicas.

## II. BREVE DESCRIPCIÓN DE LA OPERACIÓN DE LEASING FINANCIERO

El *iter negocial* del *leasing* financiero puede ser resumido de la siguiente manera: una empresa (que llamaremos usuario<sup>1</sup>) selecciona en el mercado un bien que necesita utilizar su proceso productivo, así como el fabricante o distribuidor de dicho bien (que suele ser denominado proveedor<sup>2</sup>). Una vez hecho lo anterior, el usuario celebra un contrato con una empresa financiera (que denominaremos empresa de *leasing*<sup>3</sup>), la que se obliga a comprar<sup>4</sup> el bien al proveedor y permitir al usuario su utilización, a cambio del pago de un número determinado de cuotas (que no son más que la restitución del precio que la empresa de *leasing* pagó al proveedor) más una carga financiera, los impuestos correspondientes y otros cargos. En el mismo contrato, la empresa de *leasing* formulará al usuario una promesa irrevocable de venta del bien (conocida como “opción de compra”), que podrá ser ejercida por el usuario al finalizar el término contractual,

---

<sup>1</sup> En la práctica contractual esta parte suele ser denominada “arrendataria”. Sin embargo, a raíz del abandono progresivo de la tesis que califica el contrato como arrendamiento, se ha entendido que la denominación más propia es la de “usuario”, haciendo presente que no se trata de un titular del derecho de uso reglamentado en el Código Civil.

<sup>2</sup> Se ha hecho común utilizar la denominación genérica de “proveedor”, aunque jurídicamente esta parte puede adoptar varias calidades (usualmente será un vendedor, pero también puede ser un dador en pago, un constructor, etc.), aclarando que no se trata de un contrato de aprovisionamiento.

<sup>3</sup> En la mayoría de los países se trata de una empresa sujeta a las normas aplicables a las instituciones financieras o de crédito, pudiendo también tratarse de bancos, que generalmente constituyen filiales especializadas en este tipo de servicios. Por ello es que preferimos la denominación genérica de “empresa de *leasing*”, sin calificación particular.

<sup>4</sup> Lo usual será que la empresa de *leasing* compre al proveedor el bien, pero no hay que descartar otras figuras contractuales que permitan a la empresa de *leasing* adquirir el bien.

generalmente contra el pago del denominado “valor residual”, a menos que el usuario opte por entregar el bien a la empresa de *leasing* o celebrar un nuevo contrato de *leasing* sobre el mismo bien.

De lo descrito puede deducirse que en la “operación” de *leasing* financiero intervienen tres sujetos (proveedor, empresa de *leasing* y usuario), formalizándose dos contratos principales: uno de *compraventa* (entre proveedor y empresa de *leasing*) y el contrato de *leasing* financiero propiamente dicho (entre empresa de *leasing* y usuario).

Aparte de estas dos relaciones jurídicas, existe una tercera (entre usuario y proveedor), que nace porque a la empresa de *leasing* no le interesa verse involucrada en los problemas relativos al bien, sino observar una actuación estrictamente financiera que se traduce en recuperar (mediante las cuotas de *leasing*) los fondos desembolsados a favor del proveedor a título de precio. Por ello se busca que los problemas que deriven de la utilización del bien sean resueltos directamente entre usuario y proveedor. Para alcanzar este objetivo, la empresa de *leasing* queda exonerada frente al usuario de las obligaciones que le corresponderían como “arrendadora” del bien (asumiendo solo el riesgo financiero), y paralelamente se pacta que el proveedor cumplirá algunas obligaciones directamente frente al usuario (la entrega del bien y la garantía comercial y legal, por ejemplo), quedando el usuario legitimado para accionar directamente contra el proveedor. Esta legitimación puede estar contenida en una acción legal directa del usuario contra el proveedor (en los ordenamientos que regulan sustantivamente el *leasing* financiero) o en cláusulas contractuales (en los ordenamientos que no regulan sustantivamente la operación).

De esta manera, en la “operación” de *leasing* financiero intervienen tres sujetos, conformándose tres relaciones jurídicas interdependientes: entre proveedor y empresa de *leasing* (contrato de *compraventa*), entre empresa de *leasing* y usuario (contrato de *leasing*) y entre proveedor y usuario (derivada de la antedicha legitimación).

Una vez descritos someramente los aspectos esenciales de la operación de *leasing* financiero, estamos en condiciones de ver si la Convención de Viena resulta aplicable a cada una de las antedichas relaciones jurídicas.

### III. APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA A LA RELACION JURIDICA PROVEEDOR-EMPRESA DE LEASING

Hemos visto que la relación jurídica entre el proveedor y la empresa de *leasing* se traduce generalmente en un contrato de *compraventa*, de manera que, si se cumplen los demás requisitos de aplicabilidad de la Convención, esta será la que gobierne el contrato<sup>5</sup>.

---

<sup>5</sup> En este sentido, ENDERLEIN y MASKOW, 1992, p. 28; OLIVA, 2002, p. 451; GRAF, 1992, p. 258; PEROVIC, 2011, p. 193; SCHWENZER y HACHEM, 2016, p. 32. En cuanto a la jurisprudencia, ver Bundesgerichtshof, Alemania, 28.5.2014, Unilex, N° VIII ZR 410/12.

#### IV. APLICACIÓN DE LA CONVENCIÓN DE VIENA A LA RELACIÓN JURÍDICA EMPRESA DE *LEASING*-USUARIO

La relación jurídica entre empresa de *leasing* y usuario queda regulada por el contrato de *leasing* financiero propiamente dicho. Es esta la relación jurídica en la que se ha centrado la discusión, ya que, si bien la mayoría de los autores se refieren en general a la aplicación de la Convención de Viena al *leasing*, terminan refiriéndose solo a este contrato. Por ello es que las opiniones que se expondrán a continuación deben entenderse referidas únicamente a este tópico, y no al conjunto de relaciones jurídicas que involucra la operación de *leasing* financiero.

La mayoría de los autores se ha manifestado en contra de la aplicación de la Convención. Entre los argumentos que sustentan esta posición está la función económica del *leasing*, que constituye una operación financiera<sup>6</sup>; que la obligación principal de la empresa de *leasing* consiste en permitir la utilización del bien por parte del usuario (no transferir el dominio)<sup>7</sup>; que la naturaleza jurídica del *leasing* es distinta a la de la compraventa, por lo que las normas de esta última resultan insuficientes e inadecuadas para responder a los problemas que plantea el *leasing* financiero<sup>8</sup>; que en caso de que el contrato contemple una opción de compra, la Convención solo sería aplicable una vez ejercida esta, es decir, cuando se extinga el contrato, con lo que no se podría aplicar la Convención a los problemas que surjan durante la vida del contrato<sup>9</sup>; y que para el *leasing* financiero existe una Convención especial (la Convención de Ottawa de 1988)<sup>10</sup>.

Esta opinión no es, sin embargo, unánime, pues un sector minoritario de la doctrina se ha pronunciado a favor de la aplicación de la Convención (aunque sin agregar mayores fundamentos)<sup>11</sup>, o bien la niegan en general, pero admiten su aplicación en ciertos casos, como cuando las condiciones del contrato de compraventa (celebrado entre proveedor y empresa de *leasing*) afecten al contrato de *leasing* propiamente dicho<sup>12</sup> o se pacte la opción de compra<sup>13</sup>.

Una posición intermedia propone dilucidar el asunto aplicando el criterio del art. 3.2 (que descarta la aplicación de la Convención a los contratos en los que la “parte principal” de las obligaciones de quien proporciona las mercaderías –en este caso la

<sup>6</sup> FERRARI, 2005, p. 79; OLIVA, 2002, p. 448.

<sup>7</sup> SCHWENZER y HACHEM, 2016., p. 32 y 71; Oestre Landsret (Eastern High Court), Dinamarca, 4.12.2000, Unilex, Nº B- 1145-00.

<sup>8</sup> OLIVA, 2002, p. 449.

<sup>9</sup> OLIVA, 2002, p. 450.

<sup>10</sup> ENDERLEIN y MASKOW, 1992, p. 28; OLIVA, 2002, p. 451; PEROVIC, 2011, p. 192; SCHWENZER y HACHEM, 2016., p. 32. El problema de este argumento es que la Convención solo está vigente en 10 Estados, por lo que su ámbito territorial de aplicación es bastante limitado. La nómina de Estados que han adoptado la Convención puede ser vista en <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention/status/> Consulta: 26-10-2021.

<sup>11</sup> CALVO, 1993, p. 1.331; CASTELLANOS, 2011, p. 99.

<sup>12</sup> ENDERLEIN y MASKOW, 1992, p. 28

<sup>13</sup> GRAF, 1992, p. 258.

empresa de *leasing*— consista en “prestar otros servicios”), concluyendo que no se aplicará la Convención en los casos en que la “parte principal” de la obligación de la empresa de *leasing* consista en prestar el “servicio financiero”; y que se aplicará en caso contrario, dependiendo siempre de las circunstancias del caso<sup>14</sup>.

A nuestro juicio, esta última solución implica hacer un análisis más profundo, ya que han sido al menos dos los criterios propuestos para determinar la “parte principal” de los contratos del art. 3.2. Una posición, que parece ser mayoritaria, propone seguir un criterio cuantitativo, estimando que la prestación del servicio constituirá la “parte principal” cuando represente más del 50% del precio total del contrato<sup>15</sup>. Para otros, debe seguirse un criterio cualitativo, estimando que la prestación del servicio constituirá la “parte principal” cuando la intención o el interés de las partes haya sido pactar una prestación de servicios, aun cuando el valor de los bienes transferidos supere al valor de los servicios<sup>16</sup>. Si seguimos esta línea argumentativa, resulta que la Convención sí sería aplicable al contrato de *leasing* financiero cuando se adopte el criterio cuantitativo, ya que lo normal será que el precio del bien (que es lo que en definitiva el usuario paga a la empresa de *leasing*) excede con mucho el costo del servicio financiero (la carga financiera). De aplicar el criterio cualitativo, el asunto es más discutible, pero en ningún caso descarta de plano la aplicación de la Convención.

Sin perjuicio de dejar constancia de las anteriores discusiones, pensamos que el enfoque adoptado para abordar el problema debe ser otro. Creemos que las opiniones expuestas abordan el problema desde una perspectiva muy generalista. No se adentran en las especiales características de la operación de *leasing*, y no consideran otras formas de aplicación de la Convención. Por ello es que en los siguientes párrafos intentaremos demostrar que la Convención sí puede resultar aplicable al contrato de *leasing* financiero internacional por distintas vías.

### 1. *La Convención puede ser aplicable a los casos en que, bajo la denominación de leasing financiero, se puede develar una compraventa garantizada*

Una de las voces más autorizadas en materia de Convención de Viena ha observado que esta puede resultar directamente aplicable a un contrato denominado por las partes

<sup>14</sup> SCHWENZER y HACHEM, 2016, p 32 y PEROVIC, 2011, p. 192, quienes aplicando este criterio estiman que normalmente la Convención no será aplicable al *leasing* financiero.

<sup>15</sup> Tribunal of International Commercial Arbitration at the Russian Federation, Rusia, 30.5.2000, UNILEX, N° 356/1999; Oberlandesgericht München, Alemania, 3.12.1999, UNILEX, N° 23 U 4446/99; Cour d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, Francia, 26.4.1995, UNILEX, N° RG 93/4879. En doctrina ver AUDIT, 1990, p. 26; HONNOLD, 2009, pp. 66-67; Ver también CONSEJO ASESOR DE LA CISG, 2004, N° 3.3, donde se expresa que el criterio de “valor económico” debe prevalecer, pudiendo aplicarse el criterio cualitativo o de esencialidad solo cuando resulte imposible o inapropiado aplicar el de valor económico, teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

<sup>16</sup> Oberster Gerichtshof, Austria, 8.11.2005, UNILEX, N° 4 Ob 179/05k, que no resolvió expresamente el punto, pero consideró los criterios cualitativo y cuantitativo para interpretar el art. 3.2; FERRARI, 2005, pp. 89-91; OLIVA, 2002, p. 194; SAN JUAN, 2005, p. 53; SCHWENZER y HACHEM, 2016., p. 70.

como *leasing*, pero que analizado en profundidad esconde una compraventa garantizada, en la medida que se cumplan los demás requisitos de aplicabilidad de la Convención<sup>17</sup>.

La observación del recordado profesor Honnold no es casual, ya que en varios ordenamientos jurídicos han sido distinguidas las finalidades económicas perseguidas por las partes, para llegar a la conclusión de que algunos contratos denominados por las partes como *leasing*, constituyen en realidad verdaderas compraventas. Daremos un ejemplo en el ámbito del *Common Law* y otro en el ámbito del sistema romanista.

### 1.a) La distinción *true lease* y *security interest* en el UCC de Estados Unidos

El *Uniform Commercial Code* de Estados Unidos (en adelante UCC) distingue entre aquel *leasing* que cumple la función de mero arrendamiento (conocido como *true lease*) y aquel otro que resulta ser una operación por medio de la que el usuario está en realidad comprando el bien, pero dándolo en garantía a la empresa de *leasing* como caución de un préstamo, tratándose, en consecuencia, de una operación con garantía mobiliaria (figura conocida como *security interest*).

La distinción está consagrada en la sección 1-203 UCC<sup>18</sup>, que establece los requisitos para que un contrato, bajo la forma de arrendamiento, sea calificado como una operación con garantía mobiliaria sobre la base del denominado *bright line rule* o *bright line test*<sup>19</sup>. Tales requisitos son:

- A) Que la contraprestación por el uso del bien deba ser pagada por el usuario durante todo el plazo del contrato de *leasing* y que dicha obligación no esté sujeta a terminación por parte del usuario. De lo anterior se desprende que si el contrato faculta al usuario para terminarlo unilateralmente, el contrato será calificado como arrendamiento.
- B) Que se dé alguna de las circunstancias que la norma enumera: a) Que el plazo original del contrato de *leasing* sea igual o mayor que la restante vida económica del bien; b) Que el usuario esté obligado a renovar la duración del contrato de *leasing* por la restante vida económica del bien, o esté obligado a convertirse en dueño del bien; c) Que el usuario tenga la opción de renovar el contrato de *leasing* por la restante vida económica del bien sin tener que dar una contraprestación adicional, o bien dando una contraprestación adicional nominal o simbólica, de conformidad con el contrato; d) Que el usuario tenga la opción de convertirse en dueño del bien

<sup>17</sup> En este sentido, HONNOLD, 2009, p. 70, quien se refiere a estos casos como *chameleon leases*.

<sup>18</sup> El texto actual de la sección 1-203 es producto de una reforma efectuada al UCC en 2001, y a la fecha ha sido adoptado por todos los Estados, según consta en la página web de la NCCUSL o ULC. Ver al efecto <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=53650937-4723-4bc4-9a81-fa609b431933> Consulta: 26/10/2021.

<sup>19</sup> SMITH, 2019; United States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, *World Com, Inc. v. GE Global Asset Mgmt. servs.* (In re WorldCom, Inc.), 7 de febrero de 2006, N° 02-13533.

sin tener que dar una contraprestación adicional, o dando una contraprestación adicional simbólica, de conformidad con el contrato.

Las circunstancias enumeradas anteriormente demuestran que al momento de terminar el contrato de *leasing*, o bien la empresa de *leasing* no tendrá un interés residual en el bien (porque ya se ha extinguido su vida económica), o bien todo indica que el usuario se convertirá en dueño del bien al finalizar el término contractual. Lo anterior implica que la empresa de *leasing* no tendrá un interés efectivo en recuperar el bien, por lo que su propiedad solo tenía por finalidad garantizar el pago de las rentas, que no son otra cosa que la restitución de la suma prestada por la empresa de *leasing* al usuario para la adquisición del bien<sup>20</sup>. En otras palabras, la posición del usuario es poco distinguible de la de quien compra un bien en cuotas, asumiendo la empresa de *leasing* la calidad de prestadora de la suma de dinero necesaria para dicha compra y teniendo sobre el bien una garantía.

En el *true lease*, en cambio, la empresa de *leasing* sí tendrá un interés efectivo en recuperar el bien al terminar el contrato, por lo que se le tiene como un propietario que dio el bien en arrendamiento al usuario<sup>21</sup>. En este último caso, la operación tendrá unas características especiales, pero no deja de ser un arrendamiento<sup>22</sup>.

### 1.b) La distinción entre *leasing* de goce y *leasing* traslativo en el Derecho italiano

Hasta la entrada en vigor de la ley N° 124 de 4 de agosto de 2017, existía en Italia esta distinción, formulada por la Corte de Casación<sup>23</sup>.

El *leasing* de goce se daría en aquellos casos en que usuario y empresa de *leasing* prevén al momento de celebrar el contrato que la utilidad económica del bien se agotará

---

<sup>20</sup> GROSS, 1993, p. 140; HEERMANN, 1993, p. 315, quien aclara que la operación será regulada por el art. 2 (*Sales*) en lo que respecta a la compraventa y por el art. 9 (*Secured transactions*) en lo que respecta a la garantía; LAWRENCE Y MINAN, 1992, p. 536; MARTÍNEZ, 2003, pp. 46-49 y 63; SCHOENFELD, 1989, pp. 590-591; SMITH, 2019; WHITE *et. al.*, 2015, pp. 26-27.

Ver Bankruptcy Court for the District of Delaware, United States, In Re Edison Bros. Stores, 3 de abril de 1997, N° 95-1354, donde se señala que lo que caracteriza al *true lease* es que al terminar el contrato hay un bien con valor que restituir al arrendador, por lo que si el plazo del contrato es sustancialmente igual a la vida útil del bien, no habrá nada de valor que restituir, por lo que la operación constituye en esencia una compraventa.

El mismo razonamiento es aplicable al caso en que el usuario se convertirá en dueño del bien al finalizar el contrato, ya que en este caso es aún más claro que el usuario nada devolverá a la empresa de *leasing*. Ver en este sentido United States Court of Appeals for the Third Circuit, Duke Energy Royal, llc v. Pillowtex corp. (In re Pillowtex, Inc.), 10 de abril de 2003, N° 02-2674, caso en el que el Tribunal aplicó el antedicho razonamiento a un caso en que el coste de recuperación del bien de parte del arrendador era tan alto que hacía presumible que el usuario se haría dueño del bien al finalizar el contrato, más aun teniendo en cuenta una pobre perspectiva de reventa por parte de la empresa de *leasing* en caso de recuperar el bien.

<sup>21</sup> United States Bankruptcy Appellate Panel for the Ninth Circuit, Michael R. White & Assocs. v. Jawad (In re Jawad), 9 de mayo de 2006, N° CC-05-1258-MaMoPa.

<sup>22</sup> Se debe recordar que el *finance lease* es una especie de *lease* en el UCC. Ver al efecto la sección 2A-103(1)(g) UCC, que comienza diciendo que "*Finance lease means a lease that...*".

<sup>23</sup> Corte di Cassazione, Italia, 13 de diciembre de 1989, N° 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 y 5574.

al momento de terminar la relación contractual, de lo que se derivan varias consecuencias: que la finalidad del usuario no es adquirir la propiedad del bien, sino obtener el goce del mismo durante el término contractual; que las cuotas de *leasing* remuneran el uso del bien; y que la opción de compra juega en este caso un papel absolutamente marginal.

El *leasing* traslativo, en cambio, se daría en aquellos casos en que usuario y empresa de *leasing* prevén al momento de celebrar el contrato que el bien conservará un valor residual importante al momento de terminar la relación contractual, por lo que al usuario le convendrá adquirir la propiedad por el precio de la opción de compra, que será notablemente inferior al valor económico del bien. Basado en ello se deduce que el valor de las cuotas de *leasing* no constituye la contraprestación por el goce del bien, sino una parte del precio de compra<sup>24</sup>.

Como puede apreciarse de esta breve relación, a base de distintos criterios y puntos de vista, tanto en ordenamientos del *Common Law* como en aquellos del sistema romanista, se ha evidenciado que un contrato calificado por las partes como *leasing* financiero puede esconder una verdadera compraventa, cuando es previsible que el usuario se transformará en el propietario del bien al terminar el contrato. Pues bien, si en estos casos el contrato es calificado como compraventa y se cumplen los demás requisitos de la Convención de Viena, esta será aplicable al contrato en cuestión, en la medida que la jurisdicción en que sea juzgado el asunto adopte estos u otros criterios de distinción.

En los ordenamientos en que esta vía interpretativa del contrato no sea acogida, así como en los casos en que no sea posible concluir que el contrato de *leasing* esconde una compraventa, la Convención de Viena puede ser aplicada a un contrato de *leasing* financiero basado en los criterios expuestos en los apartados siguientes.

## 2. *La Convención puede resultar aplicable al contrato de leasing financiero por analogía*

Connotadísimos autores han admitido que las reglas de la Convención pueden ser aplicadas a contratos que quedan fuera de su campo de aplicación material, mencionando justamente el caso del *leasing*<sup>25</sup>. Se trata, en definitiva, de acudir al muy antiguo aforismo que dice *donde existe la misma razón, debe existir la misma disposición*. En este sentido, se puede observar que entre compraventa y *leasing* financiero hay ciertas similitudes que pueden llevar a hacer aplicables al segundo los remedios establecidos para la primera, pues lo que hace la empresa de *leasing*, en suma, es poner el bien a disposición del usuario (quien probablemente lo adquirirá al ejercitar la opción de compra) a cambio de un precio único, pero fraccionado en cuotas. Tanto es así, que antes de la redacción del art. 2A UCC (donde se reglamenta el *leasing*), en Estados Unidos se recurrió a las normas del art. 2 (regulador de la compraventa) para solucionar problemas derivados de las relaciones de

<sup>24</sup> Corte di Cassazione, Italia, 13 de diciembre de 1989, N° 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 y 5574; BUONOCORE, 2008, p. 16-17 y 129-130; CHINDEMI, 1994, p. 189-192; GORGONI, 1992, pp. 1.137-1.138; IMBRENDA, 2008, p. 143-147.

<sup>25</sup> HONNOLD, 2009, p. 70; WINSHIP, 1984, p. 1-22.

*leasing*, teniendo como fundamento que dichas normas trataban problemas similares<sup>26</sup>. Asimismo, una vez que se redactó un artículo especial para el *leasing*, se le ubicó junto al art. 2 de la compraventa, siendo este último la principal fuente del nuevo art. 2A<sup>27</sup>.

En apoyo de esta tesis es oportuno destacar que la aplicación de la Convención a contratos que están fuera de su ámbito de aplicación material estricto (es decir, que no son estrictamente compraventa) no es algo nuevo. Así, por ejemplo, se le ha estimado aplicable a contratos de permuta<sup>28</sup>, de suministro<sup>29</sup>, estimatorio<sup>30</sup>, convenciones modificatorias de un contrato de compraventa<sup>31</sup>, pactos de recompra<sup>32</sup> y a contratos de compraventa que se celebren en el marco de operaciones que quedan fuera del ámbito de aplicación material, como sucede con las de distribución<sup>33</sup>,

<sup>26</sup> HONNOLD, 2009, p. 70; GROSS, 1993, p. 130 y SPAK, 1994, p. 80.

<sup>27</sup> ALI Y NCCUSL (*Official Comment*), 2015, sección 2A-101; BRESLAUER, 1992, p. 318-319; LAWRENCE Y MINAN, 1992, p. 539-557; SPAK, 1994, p. 80; STRAUSS, 1992, p. 854-855.

<sup>28</sup> Tribunal of International Commercial Arbitration at the Ukrainian Chamber of Commerce and Trade, Ucrania, 15.4.2004, UNILEX (sin número). En doctrina, ver CAMPUZANO, 2000, p. 91; ENDERLEIN y MASKOW, 1992, p. 28; HONNOLD, 2009, p. 57; OLIVA, 2002, pp. 293 y ss. En contra, Federal Arbitration Court for the Moscow Region, Federación Rusa, 26.5.2003, UNILEX, caso N° KG-A40/3225-03; CALVO, 1993, p. 1.331; FERRARI, 2005, p. 79.

<sup>29</sup> OLIVA, 2002, pp. 371 y ss; CAMPUZANO, 2000, p. 91; Tribunale di Padova - Sez. Este, 11.1.2005, UNILEX (sin número); ICC Court of Arbitration-Milan, Italia, 12.1998, UNILEX, N° 8908.

<sup>30</sup> FERRARI, 2005, p. 80; OLIVA, 2002, pp. 401-405.

<sup>31</sup> FERRARI, 2005, p. 78.

<sup>32</sup> Bundesgerichtshof, Alemania, 28.5.2014, UNILEX, caso N° VIII ZR 410/12.

<sup>33</sup> GROB, 2016, p. 60; CAMPUZANO, 2000, p. 92; Cour d'appel de Reims, Francia, 30.4.2013, UNILEX, N° 11/01950; Federal Court of Australia, 20.4.2011, UNILEX, N° VID 1080/2010; Foreign Trade Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce, Serbia, 28.1.2009, UNILEX, N° T-8/08; Cour de Cassation - Chambre Commerciale, Francia, 20.2.2007, UNILEX (sin número); U.S. District Court, Southern District of New York, EEUU, 1.6.2006, UNILEX, N° 02 Civ. 4635 (RPP); Corte Suprema de Polonia, 27.1.2006, UNILEX, N° III CSK 103/05; Oberster Gerichtshof, Austria, 21.6.2005, UNILEX, N° 5 Ob 45/05m; Bundesgerichtshof, Alemania, 30.4.2003, UNILEX, N° III ZR 237/02; U.S. District Court, E.D., Pennsylvania, EEUU, 29.8.2000, UNILEX, N° 99-6384; Hof Arnhem, Países Bajos, 27.4.1999, UNILEX, N° 97/700 y 98/046; Oberlandesgericht Hamm, Alemania, 5.11.1997, UNILEX, N° 11 U 47/97; Oberlandesgericht München, Alemania, 9.7.1997, UNILEX, N° 7 U 2070/97; Oberlandesgericht München, Alemania, 9.7.1997, UNILEX, N° 7 U 2246/97; Rb s'Gravenhage, Países Bajos, 2.7.1997, UNILEX, N° 95/3311; ICC Court of Arbitration-Paris, Francia, 23.1.1997, UNILEX, N° 8611/HV/JK; Obergericht Kanton Luzern, Suiza, 8.1.1997, UNILEX, N° 11 95 123/357; Oberlandesgericht Düsseldorf, Alemania, 11.7.1996, UNILEX, N° 6 U 152/95; Metropolitan Court of Budapest, Hungría, 19.3.1996, UNILEX, N° 12.G.75.556/1994/36; Oberlandesgericht Koblenz, Alemania, 17.9.1993, UNILEX, N° 2 U 1230/91; Gerechthof's Amsterdam, Países Bajos, 16.7.1992, UNILEX, N° 550/92 SKG. Ver también Tribunal Metropolitano, Hungría, 17.6.1997, CLOUT N° 173, caso en el que el Tribunal aplicó el art. 19.3 a la prórroga del un contrato de distribución.

de suministro<sup>34</sup>, de agencia<sup>35</sup>, de franquicia<sup>36</sup>, de prestación de servicios<sup>37</sup> o de *joint venture*<sup>38</sup>.

A base de lo anteriormente expuesto, un juez o un árbitro enfrentado a un caso de *leasing* financiero internacional puede aplicar a dicho contrato la Convención de Viena, por analogía, en la medida que las normas de la Convención que decida aplicar se adapten a las características propias del *leasing*<sup>39</sup>. De esta manera, el juez puede encontrar en la Convención una fuente normativa que se ajuste mejor a las transacciones internacionales que las normas domésticas aplicables en virtud de la respectiva norma de conflicto.

### 3. *La Convención puede resultar aplicable por voluntad de las partes*

Otra manera en que la Convención puede resultar aplicable a un contrato que quede fuera de su ámbito de aplicación material es la previsión contractual hecha por las partes en virtud de la autonomía de la voluntad<sup>40</sup>, en la medida que la referencia a la Convención sea clara<sup>41</sup>. El límite para esta alternativa se ha puesto en el respeto de las normas imperativas del ordenamiento jurídico que rijan los aspectos de fondo de la controversia, de manera que la Convención no resultaría aplicable, por ejemplo, a contratos con consumidores<sup>42</sup>.

<sup>34</sup> Handelsgericht Zurich, Suiza, 8.4.1999, UNILEX, Nº HG 9802801.

<sup>35</sup> ENDERLEIN y MASKOW, 1992, p. 29. Ver también Federal Court of Australia, 13 de agosto de 2010, UNILEX, caso Nº VID 414/2008.

<sup>36</sup> Bundesgerichtshof, Alemania, 23.7.1997, UNILEX, Nº VIII ZR 134/96; Obergericht Kanton Luzern, Suiza, 8.1.1997, UNILEX, Nº 11 95 123/357.

<sup>37</sup> Obergericht Kanton Luzern, Suiza, 8.1.1997, UNILEX, Nº 11 95 123/357; Oberlandesgericht Köln, Alemania, 26.8.1994, UNILEX, Nº 19 U 282/93.

<sup>38</sup> U.S. District Court, E.D., Pennsylvania, EEUU, 29.3.2004, UNILEX, Nº Civ. A. 00-2638; Tribunale di Appello di Lugano, seconda camera civile, Suiza, 15.12.1998, UNILEX, Nº 10.96.00029.

<sup>39</sup> HONNOLD, 2009, p. 70. En el punto IV.5 se mencionarán algunos aspectos específicos de la Convención que pueden ser perfectamente aplicables a un contrato de *leasing* financiero.

<sup>40</sup> AUDIT, 1998, p. 176; CASTELLANOS, 1998, p. 126; HONNOLD, 2009, pp. 111-113, agregando antecedentes de historia legislativa a favor de esta posición; LOOKOFKY y BERNSTEIN, 1997, p. 19; GUARDIOLA 2001, p. 37; SCHLECHTRIEM, 2005, p. 784; SAN JUAN, 2005, p. 57; SCHWENZER y HACHEM, 2016., p. 116. En cuanto a la jurisprudencia, ver ICC International Court of Arbitration, año 2003, UNILEX, caso Nº 11849.

<sup>41</sup> SCHWENZER y HACHEM, 2016., p. 116, para quienes una cláusula que señale como aplicable “las normas internacionales” no haría aplicable la Convención. En diverso sentido, ver Tribunale di Padova - Sez. Este, 11.1.2005, UNILEX (sin número), en que se aplicó la Convención a un contrato que contenía una cláusula que hacía aplicable “las leyes y regulaciones de la Cámara de Comercio Internacional”.

<sup>42</sup> CASTELLANOS, 1998, p. 127; SCHLECHTRIEM, 2005, p. 784. *A priori*, el que la empresa de *leasing* sea un banco o una filial bancaria no debería provocar la exclusión de la Convención, pues las acciones que la empresa de *leasing* puede ejercitar contra el usuario (que por lo general será la acción de cumplimiento del pago del precio o la resolución del contrato con eventual indemnización de perjuicios) no suelen estar reguladas en los ordenamientos domésticos por normas de orden público que excluyan o limiten la aplicación de dicho instrumento. Lo mismo puede decirse de las acciones que el usuario puede intentar contra la empresa de *leasing*. Sin embargo, habrá que analizar la regulación bancaria del ordenamiento jurídico doméstico aplicable para descartar esta posibilidad.

Basado en lo anteriormente expuesto, no se ve problema en que las partes puedan pactar expresamente que su contrato de *leasing* financiero se rija por la Convención, caso en que el juez deberá aplicar la norma elegida por las partes en uso de su autonomía.

#### 4. *La Convención puede resultar aplicable si se le considera lex mercatoria*

Por último, la Convención de Viena puede ser considerada como un reflejo de prácticas comunes del comercio internacional y, en consecuencia, un reflejo de la *lex mercatoria*<sup>43</sup>.

La consideración de la Convención como reflejo de la *lex mercatoria* no es, sin embargo, pacífica. Hay quienes sí le dan ese carácter<sup>44</sup>, pero otros se lo niegan<sup>45</sup>, siendo un tema discutible<sup>46</sup>.

Si en el caso concreto el juez o árbitro opta por la afirmativa, podría recurrir a los principios generales de Derecho contractual internacional consagrados en sus normas para solucionar una controversia derivada de un contrato de *leasing* financiero.

#### 5. *Algunas cuestiones aplicables a todos los casos anteriores*

Estimamos necesario concluir este apartado con algunas reflexiones generales aplicables a todos los supuestos en que, por las vías antedichas, pueda resultar aplicable la Convención a un contrato de *leasing* financiero internacional.

En primer lugar, las reflexiones anteriores están referidas solo al ámbito de aplicación material de la Convención, de manera que para aplicar esta deberán cumplirse todos los demás requisitos de aplicación.

En segundo lugar, se debe destacar que la operación de *leasing* financiero tiene un componente de financiamiento, pero también otro relativo a la puesta a disposición del

---

<sup>43</sup> Por exceder el objeto de esta investigación, no nos extenderemos a analizar la discutida concepción de *lex mercatoria*. Ver, por todos, FRISCHKORN, 2005, pp. 333 y ss; LÓPEZ RODRÍGUEZ, 2003, pp. 86 y ss.

<sup>44</sup> AUDIT, 1998, p. 193; DIMATTEO, et. al. 2005, p. 13ss. En lo que respecta a la jurisprudencia, ver Iran-United States Claims Tribunal, 28.7.1989, UNILEX, N° 370 (429-370-1); ICC Court of Arbitration-Milan, Italia, 12.1998, UNILEX, N° 8908, que aplicó las normas de formación del contrato de la Convención y de los Principios Unidroit señalando que ambos textos son "textos que pueden ser considerados útiles para la interpretación de todo tipo de contrato de naturaleza internacional"; ICC Court of Arbitration, 2.1999, UNILEX, N° 9474; ICC Court of Arbitration-Paris, 1994, UNILEX, N° 7331/1994; ICC Court of Arbitration-Paris, 1989, UNILEX, N° 5713/1989, dictada incluso antes de que la Convención fuese adoptada. Es importante observar que la mayoría de las sentencias que han reconocido a la Convención la calidad de *lex mercatoria* emanan de tribunales arbitrales, ya que tienen mayor flexibilidad que los tribunales estatales para determinar la ley aplicable. En este sentido, resulta destacable la sentencia Court of Appeal of Rio Grande do Sul, Brasil, 14.2.2017, UNILEX, caso N° 70072362940, en el que, a pesar de ser la ley danesa aplicable, aplicó la Convención y los Principios Unidroit afirmando que dichos textos forman parte de la "nueva *lex mercatoria*".

<sup>45</sup> CAMPUZANO, 2000, p. 29, fundado en que las normas de la Convención no provienen necesariamente de la práctica mercantil, al ser una convención emanada de los Estados.

<sup>46</sup> Los trabajos académicos que tratan en el tema son varios. En el ámbito nacional, puede verse INOSTROZA, 2018, p. 263-267; VÁSQUEZ Y VIDAL, 2018, p. 209-215.

bien a favor del usuario y el pago de las cuotas por parte de este a la empresa de *leasing*. Es en este último aspecto (no el financiero) que las normas de la Convención pueden ser aplicadas<sup>47</sup>.

La aclaración resulta importante desde que, como se vio, uno de los argumentos más comunes para descartar la aplicación de la Convención al contrato de *leasing* financiero es su calidad de contrato de financiamiento, ignorando que lo financiado es precisamente el uso y la eventual adquisición del bien por parte del usuario, por lo que dicho contrato genera una serie de obligaciones relativas al bien y el pago del precio, a las que puede ser aplicada la Convención. Así, por ejemplo, no habría inconveniente en aplicar las normas respecto de formación del contrato<sup>48</sup>, interpretación del contrato, efectos de las prácticas y usos, comunicaciones y notificaciones, modificación del contrato, falta de conformidad, cumplimiento específico, incumplimiento esencial, subsanación del incumplimiento, plazo suplementario para el cumplimiento, resolución, indemnizaciones, incumplimiento previsible y transferencia de riesgo, entre otras.

En este sentido, es admisible observar que la aplicación de las normas y los remedios de la Convención a transacciones internacionales de intercambio de bienes por dinero resulta más apropiada que la aplicación de las normas de ordenamientos domésticos, que están diseñadas para regular precisamente transacciones domésticas y están sustentadas en principios e instituciones que corresponden a una tradición jurídica específica. La aplicación del texto uniforme, en cambio, otorga previsibilidad a las partes, al estar incorporado al ordenamiento de 94 Estados, contando con abundante bibliografía y jurisprudencia internacional que permiten determinar el sentido y alcance de sus normas. Se trata, además, de un texto que contiene soluciones perfectamente aplicables en ordenamientos de distinta tradición jurídica, lo que resulta muy importante cuando las partes de la transacción provienen de familias jurídicas distintas. Ello contribuye, además, a mitigar los efectos adversos del método conflictual propio del Derecho Internacional Privado, que determina muchas veces la aplicación de un ordenamiento que el juez y las partes no conocen, que puede estar en un idioma distinto al del foro y cuyo sentido y alcance puede ser muy difícil de precisar.

---

<sup>47</sup> PEROVIC, 2011, p. 192, aunque descartando en su totalidad la aplicación de la Convención al *leasing* financiero.

<sup>48</sup> En este sentido, PERALES, 1996, p. 132, para quien las normas de la Convención de Viena acerca de perfección del contrato no solo despliegan sus efectos respecto de las compraventas de tipo nacional, sino que lo mismo puede predicarse respecto de cualquier contrato privado (internacional o no), habida cuenta que el esquema de formación del contrato representado por una oferta seguida de su aceptación es universal y, por tanto, susceptible de ser aplicado a todo tipo de contratos.

## V. APLICACIÓN DE LA CONVENCION DE VIENA A LA RELACION JURIDICA PROVEEDOR-USUARIO

Hemos dicho que, en principio, no hay ninguna relación jurídica entre proveedor y usuario, pero que en la práctica sí se producen relaciones entre ellos porque la empresa de *leasing*, en aras de tener una actuación limitada a lo financiero, se exonera frente al usuario de toda responsabilidad derivada de vicios o defectos de bien, debiendo accionar el usuario directamente contra el proveedor, por ejemplo, por falta de entrega, entrega tardía o falta de conformidad del bien con el contrato.

La puesta en ejercicio de dichas acciones por parte de usuario puede fundarse de diversa manera dependiendo de si en el ordenamiento jurídico respectivo regula o no el *leasing* financiero desde el punto de vista sustantivo.

En los ordenamientos en que sí se regula sustantivamente el *leasing* financiero se suele establecer una acción directa del usuario en contra del proveedor, que le permite ejercitar las acciones que le corresponden a la empresa de *leasing* como compradora del bien. Así sucede, por ejemplo, en Estados Unidos<sup>49</sup>, en Argentina<sup>50</sup>, en los instrumentos Unidroit relativos al *leasing* financiero (Convención Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional de 1988<sup>51</sup> y ley modelo de *leasing* de 2008<sup>52</sup>) y en el Anteproyecto de Código Mercantil español<sup>53</sup>, por mencionar algunos casos representativos. Puede

---

<sup>49</sup> La sección 2A-209 UCC consagra dicha acción directa en los siguientes términos: “(1) Los derechos sobre las promesas de un suministrador al arrendador conforme al contrato de suministro y sobre todas las garantías, expresas o implícitas, incluyendo las de un tercero, prestadas en relación con un contrato de suministro o como parte del mismo, se extienden al arrendatario en la medida de los derechos del arrendatario conforme al contrato de arrendamiento financiero relacionado con el contrato de suministro, pero el arrendatario queda sometido a las condiciones de las garantías y del contrato de suministro, y a todas las acciones y excepciones que deriven del mismo”. La traducción ha sido extraída de GARRIDO, 2002, p. 153.

<sup>50</sup> El art. 1.232 del Código Civil y Comercial de la Nación consagra la acción directa en los siguientes términos: “El tomador puede reclamar del vendedor, sin necesidad de cesión, todos los derechos que emergen del contrato de compraventa. El dador puede liberarse convencionalmente de las responsabilidades de entrega y de la obligación de saneamiento”.

<sup>51</sup> El art. 10 de la Convención consagra la acción directa en los siguientes términos: “1. Las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro podrán ser igualmente invocadas por el arrendatario, como si él mismo hubiera sido una parte de ese contrato y como si el equipo debiera serle suministrado directamente. Sin embargo, el proveedor no será responsable ante el arrendador y el arrendatario con respecto a un mismo daño. 2. Nada de lo dispuesto en este artículo otorga al arrendatario el derecho de rescindir o anular el contrato de suministro sin el consentimiento del arrendador”.

<sup>52</sup> El art. 7.1 de la ley modelo consagra la acción directa en los siguientes términos: “En un *leasing* financiero, las obligaciones del proveedor derivadas del contrato de suministro podrán ser invocadas por el arrendatario como si él mismo hubiera sido parte de ese contrato y como si el activo debiera serle suministrado directamente. El proveedor no será responsable ante el arrendador y al arrendatario con respecto a un mismo daño”. Puede verse un análisis de esta norma en INOSTROZA, 2019, p. 442-446.

<sup>53</sup> El art. 576-3 del Anteproyecto consagra la acción directa en los siguientes términos: “1. El arrendatario quedará subrogado en los derechos del arrendador como adquirente del bien frente al proveedor. 2. El arrendatario ejercitará estos derechos directamente frente al proveedor, en lo que se refiere a la efectiva entrega del bien arrendado conforme a las estipulaciones del contrato y libre de derechos y pretensiones de terceros. No obstante, si el incumplimiento del proveedor de sus obligaciones conforme al contrato de

observarse, entonces, que en estos y otros ordenamientos la ley faculta al usuario (con mayor o menor amplitud) para ejercitar contra el proveedor las acciones propias de un contrato de compraventa (la celebrada entre proveedor y empresa de *leasing*), de manera que si dicho contrato fue de compraventa internacional de mercaderías, las acciones que debe ejercitar el usuario son precisamente las que contempla la Convención de Viena, en la medida que se cumplan los demás requisitos para su aplicación.

Al mismo resultado se llega en aquellos ordenamientos que no regulan el *leasing* financiero. La diferencia radica que en este caso la legitimación del usuario contra el proveedor no emana de la ley, sino de dos cláusulas típicamente presentes en los contratos de *leasing*: una por medio de la que la empresa de *leasing* se exonera de toda responsabilidad frente al usuario<sup>54</sup>, y otra por medio de las que dicha empresa de *leasing* legitima al usuario frente al proveedor<sup>55</sup>. Este tipo de cláusulas han sido objeto de arduo debate en países como España y Chile<sup>56</sup>, pero se puede concluir que el usuario queda legitimado

---

compraventa antecedente fuese tal que obligase al arrendatario a resolver dicha compraventa, éste deberá contar para ello con el consentimiento del arrendador”.

<sup>54</sup> Con el fin de exponer la forma en que esta cláusula es redactada en la práctica, daremos a continuación algunos ejemplos. En la condición general N° 2 del modelo de contrato de arrendamiento financiero de la Asociación Española de *Leasing* se dice que: *el arrendador financiero no asume ninguna responsabilidad respecto de la entrega material de los bienes al arrendatario financiero por el proveedor, ni responde de la idoneidad, el funcionamiento o el rendimiento de dichos bienes objeto del contrato*, mientras que en el modelo de contrato de Toyota Financial Services de España, se lee que el usuario *libera expresamente al Arrendador Financiero de cualquier responsabilidad relacionada con las condiciones, funcionamiento e idoneidad de los bienes objeto del Arrendamiento Financiero*. Algo más detallada es la fórmula empleada en el modelo de contrato de *leasing* financiero del Banco Santander de España, donde se declara que el usuario *declara indemne al Arrendador Financiero de toda responsabilidad por causa de la idoneidad, rendimiento, diseño, calidad, durabilidad, posibles vicios de fabricación o funcionamiento y resultados de los Bienes. Asimismo, el Usuario declara indemne al Arrendador Financiero en relación a la entrega de los Bienes ya que se efectúa directamente por el/los Proveedor/es al Usuario, según lo acordado previamente por éstos*. En la práctica chilena podemos encontrar cláusulas del siguiente tenor: *El arrendador no garantiza y, en consecuencia, no responderá ante el arrendatario por las faltas o retardo en la entrega que no sean directamente imputables al arrendador; por defectos de calidad, de fabricación o de funcionamiento o por ineptitud del objeto del arrendamiento para el objeto a que está destinado según su naturaleza, por fallas en sus resultados o rendimientos, por falta de repuestos, accesorios o elementos o fallas en el servicio técnico o por cualquier otro hecho que pudiere eventualmente afectar al objeto del arrendamiento*.

<sup>55</sup> Al igual que en la nota anterior, se expondrán cláusulas de este tipo extraídas de la praxis española y chilena. En España, el modelo de contrato de *leasing* financiero del Banco Santander se estipula que *el Arrendador Financiero cede a favor del Usuario –que acepta– las acciones que a estos efectos, como propietario, le pudieran corresponder frente a el/los proveedor/es o frente a terceros, incluyendo –pero sin limitación– las relacionadas con la falta de entrega o condiciones de entrega de los Bienes, las derivadas de la garantía, asistencia técnica o servicio posventa*. En Chile, la sentencia de la Corte Suprema, 7.9.2017, rol 87.718-2016, transcribe una cláusula del siguiente tenor literal: *La arrendataria renuncia a efectuar a Banco Crédito e Inversiones cualquier reclamación por alguno de los conceptos indicados y a excepcionarse (sic) del cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato. Cualquier reclamación deberá ser formulada directamente por la arrendataria al proveedor del bien arrendado, y con el objeto que la arrendataria pueda ejercer sus derechos contra el proveedor o fabricante, la arrendadora le cede, sin ulterior responsabilidad, cuantos derechos le corresponden para exigir a éstos el cumplimiento de la garantía y/o los servicios de mantenimiento adecuados, subrogando la arrendataria a Banco Crédito e Inversiones para estos efectos*.

<sup>56</sup> No es este el lugar adecuado para profundizar en los problemas que genera este tipo de cláusulas en la práctica, por lo que nos limitaremos a mencionar que entre los temas debatidos está la naturaleza jurídica de la cláusula de legitimación del usuario contra el proveedor, así como la extensión de dicha legitimación (es decir qué acciones puede o no puede ejercitar el usuario contra el proveedor).

para ejercitar frente al proveedor las acciones que a la empresa de *leasing* corresponden como compradora frente al proveedor. De ello resulta que, si dicha compraventa fue internacional, las acciones que tiene el usuario contra el proveedor serán las de la Convención de Viena, siempre que se cumplan los demás requisitos para su aplicación. Debemos aclarar, eso sí, que la Convención solo será aplicable a los problemas que deriven de la relación surgida como consecuencia de la compraventa, y no a los derivados de la cláusula que consagra la legitimación del usuario contra el proveedor.

## VI. CONCLUSIONES

El problema de la aplicación de la Convención de Viena en la operación de *leasing* financiero no puede ser enfrentado de una manera general, como lo ha hecho la doctrina.

Para enfrentar dicho problema se debe descomponer la operación de *leasing* financiero en las tres relaciones jurídicas a que da lugar, y luego confrontar cada una de dichas relaciones con los criterios de aplicación material de la Convención de Viena.

Así, la relación jurídica proveedor-empresa de *leasing* se traduce en un contrato de compraventa u otra figura contractual afín, por lo que resulta indiscutiblemente regida por la Convención.

La relación jurídica empresa de *leasing*-usuario se contiene en el contrato de *leasing* financiero propiamente dicho. Si bien la doctrina mayoritaria ha negado la aplicación de la Convención de Viena a esta relación jurídica, dicha aplicación no puede ser descartada *a priori*, ya que hay diversos mecanismos con los que se puede llegar a la conclusión contraria. En efecto, la Convención puede resultar aplicable a los casos en que bajo la forma de un contrato de *leasing* las partes han perseguido la misma finalidad económica que la propia de una compraventa. Asimismo, la Convención puede ser aplicada por analogía (como se ha hecho con otros contratos que quedan fuera de su estricto ámbito de aplicación material) a aquellos aspectos del contrato de *leasing* financiero que guardan similitud con el contrato de compraventa, sin perjuicio de que también se le pueden aplicar aquellas normas de la Convención que consagran principios generales de la contratación internacional, como los relativos a la formación del contrato. Además, la Convención puede resultar aplicable cuando las partes expresamente lo han previsto así en uso de su autonomía.

Por último, la Convención resulta sin duda aplicable a las acciones que (en virtud de la ley o de cláusulas contractuales típicamente presentes en los contratos de *leasing*) el usuario puede ejercitar contra el proveedor. Ello pues dichas acciones emanan del contrato de compraventa que la empresa de *leasing* celebró con el proveedor, que es el sujeto pasivo.

## BIBLIOGRAFÍA

- AMERICAN Law Institute (ALI) y National Conference of Commissioners on Uniform State Laws (NCCUSL), 2015: "Official Comment to UCC", en Douglas G. Baird, Theodore Eisenberg y Thomas H. Jackson, *Commercial and debtor-creditor Law selected statutes*, St. Paul, MN, Foundation Press.
- ASOCIACIÓN Española de Leasing y Renting (AELR), 2013: *Modelo de contrato de leasing financiero. Condiciones generales y particulares. Modelo L-AEL*. Aprobado por resolución de la Dirección General de Registros de fecha 2 de febrero de 2000, con modificaciones aprobadas en 16 de octubre de 2008 y 28 de junio de 2013.
- AUDIT, Bernard, 1990: *La vente internationale de marchandises. Convention des Nations-Unies du 11 avril 1980*, París, LGDJ.
- AUDIT, Bernard, 1998: "The Vienna sales convention and the lex mercatoria", en Thomas E. Carbonneau (editor), *Lex mercatoria and arbitration*, s.l., Juris Publishing, pp. 173ss. Disponible en [https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/chapter\\_eleven.pdf](https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/chapter_eleven.pdf) Consulta: 15 de octubre de 2021.
- BRESLAUER, Peter, 1992: "Finance lease, hell or high water clause, and third party beneficiary theory in article 2A of the Uniform Commercial Code", *Cornell Law Review*, vol. 77-2, pp. 318-349.
- BUONOCORE, Vincenzo, 2008: *La locazione finanziaria*. Milano, Giuffrè.
- CALVO Caravaca, Alfonso Luis, 1993: "Consideraciones en torno al art. 1 de la Convención de Viena de 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías", en Manuel Pérez González et.al. (editor), *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, pp. 1.329ss.
- CAMPUZANO Díaz, Beatriz, 2000: *La repercusión del Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 en el ámbito de la compraventa internacional de mercaderías*, Sevilla, Secretariado de Publicaciones de la Universidad de Sevilla.
- CASTELLANOS Ruiz, Esperanza, 1998: *La autonomía de la voluntad y derecho uniforme en la compraventa internacional*, Granada, Comares.
- CASTELLANOS Ruiz, Esperanza, 2011: "La Convención de Viena De 1980 sobre compraventa internacional de mercaderías: Ámbito de aplicación, carácter dispositivo y disposiciones generales", *Revista Cuadernos de la Maestría en Derecho (Universidad Sergio Arboleda, Colombia)*, año 2011, p. 77-161. <http://hdl.handle.net/11232/412> Consulta: 10 de octubre de 2021.
- CHINDEMI, Domenico, 1994: "Trilateralità del contratto di leasing e riduzione del contratto ad equità senza ricorrere all'applicazione dell'art. 1526 C.C". *Responsabilità Civile e Previdenza*, 1994, p. 182-195.
- CONSEJO Asesor de la Cisg (CISG-AC), 2004: *Opinión N° 4: contratos para la compraventa de mercaderías que han de ser manufacturadas o producidas y contratos mixtos (artículo 3 CISG)*. Disponible en [http://www.cisgac.com/file/repository/Spanish\\_opinion4.pdf](http://www.cisgac.com/file/repository/Spanish_opinion4.pdf) Consulta: 10 de octubre de 2021.
- DIMATTEO, Larry, DHOOGHE, Lucien, GREENE, Stephenie, MAURER, Virginia y PAGNATTARO, Marisa Anne, 2005: *International sales law. A critical analysis of CISG jurisprudence*, New York, Cambridge, University Press.
- ENDERLEIN, Fritz y MASKOW, Dietrich, 1992: *International sales law*, New York, Oceana Publications. Disponible en [https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/fritz\\_enderlein\\_dietrich\\_maskow.pdf](https://iicl.law.pace.edu/sites/default/files/bibliography/fritz_enderlein_dietrich_maskow.pdf) Consulta: 14 de octubre de 2021.

- FERRARI, Franco, 2005: *Contrat de vente internationale. Applicabilité et applications de la Convention de Vienne sur les contrats de vente internationale de marchandises*, 2º edición, Geneve, Munich, Helbing & Lichtenhahn, Emile Bruylant.
- FRISCHKORN, Michael, 2005: "Definitions of the lex mercatoria and the effects of codifications on the lex mercatoris's flexibility", *European Journal of Law Reform*, vol. 7, Nº 3/4, pp. 331-351.
- GARRIDO, José María, 2002: *Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto oficial*. Versión en castellano autorizada por The American Law institute Madrid, Marcial Pons.
- GORGONI, Marilena, 1992: "Credito al consumo e "leasing" traslativo al consumo", *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1992-Nº 4, pp. 1.123-1.172.
- GRAF von Westphalen, Friedrich, 1992: "Grenzüberschreitendes Finanzierungsleasing. Einige Anmerkungen zu Schnittstellen zwischen Unidroit-Convention on International Financial Leasing (1988), UN-Kaufrecht, EG-Schuldvertagsübereinkommen und dem deutschen Recht", *Recht der Internationalen Wirtschaft*, Heft 4/38. Jahrgang, pp. 257-264..
- GROB Duhalde, Francisco, 2016: "El ámbito de aplicación de la Convención de Naciones Unidas sobre la compraventa internacional de mercaderías y su integración con el Derecho Internacional Privado chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 27, pp. 45-94.
- GROSS, Ethan, 1993: "The finance lease under article 2A", *Detroit College of Law Review*, Nº 127, pp. 127-150.
- GUARDIOLA Sacarrera, Enrique, 2001: *La compraventa internacional*, Barcelona, Bosch.
- HEERMANN, Peter, 1993: "The structure of lessees' and lessors' remedies regarding finance leases of equipment and personal property under United States and German Law", *Loyola of Los Angeles international and Comparative Law Review*, vol. 15, pp. 307-393.
- HONNOLD, John, 2009: *Uniform law for international sales under the 1980 United Nations Convention*, 4ª edición, The Hague, Kluwer Law International.
- IMBRENDA, Mariassunta, 2008: "Il leasing", En Mariassunta Imbrenda y Francesca Carimini, *Leasing e lease back*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane.
- INOSTROZA Sáez, Mauricio, 2018: "Sobre la ampliación del ámbito de aplicación material de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías", en Lorena Carvajal Arenas y Ángela Toso Milos (editoras), *Estudios de Derecho Comercial*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 249-274.
- INOSTROZA Sáez, Mauricio, 2019: "La relación jurídica proveedor-usuario de leasing financiero en la ley modelo Unidroit sobre leasing", en Manuel Barría Paredes, José Luis Diez Schwerter, Íñigo de la Maza Gazmuri, Rodrigo Momberg Uribe, Gonzalo Montory Barriga y Álvaro Vidal Olivares (directores y coordinadores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 423-446.
- LAWRENCE, William y MINAN, John, 1992: "Deviations from the statutory analogues: The new U.C.C. article 2A", *The University of Kansas Law Review*, vol. 40, pp. 531-586.
- LOOKOFSKY, Joseph y BERNSTEIN, Herbert, 1997: *Understanding de CISG in Europe*, USA, Kluwer Law International.
- LÓPEZ Rodríguez, Ana M., 2003: *Lex mercatoria and harmonization of contractual law in the EU*, Copenhagen, DJOF Publishing.
- MARTÍNEZ Martínez, María Teresa, 2003: "La regulación del leasing mobiliario en el UCC norteamericano", *Cuadernos de Derecho y Comercio*, Nº 40, pp. 41-68.
- OLIVA Blázquez, Francisco, 2002: *Compraventa internacional de mercaderías (Ámbito de aplicación del Convenio de Viena de 1980)*, Valencia, Tirant Lo Blanch.
- PERALES Viscasillas, Pilar, 1996: *La formación del contrato en la compraventa internacional de mercaderías*, Valencia Tirant Lo Blanch.

- PEROVIC, Jelena, 2011: "Selected critical issues regarding the sphere of application of the CISG", *Belgrade Law Review*, volumen LIX, N° 3, pp. 181-195.
- SAN Juan Crucelaegui, Javier, 2005: *Contrato de compraventa internacional de mercaderías*, Navarra, Thomson-Civitas.
- SCHLECHTRIEM, Peter, 2005: "Requirements of Application and Sphere of Applicability of the CISG", *Victoria University of Wellington Law Review*, 2005/4, pp. 781-794. Disponible en <https://iicl.law.pace.edu/cisg/bibliography/requirements-application-and-sphere-applicability-cisg> Consulta: 10 de octubre de 2021.
- SCHOENFELD, Steven, 1989: "Commercial Law: The finance lease under article 2A of the Uniform Commercial Code", *Annual Survey of American Law*, 1989, pp. 565-606.
- SCHWENZER, Ingeborg y HACHEM, Pascal, 2016: "Sphere of application", en SCHWENZER, Ingeborg (editora), *Commentary on the UN convention on the international sale of goods (CISG)*, 4ª edición, Oxford, Oxford University Press, pp. 17-118.
- SMITH, James Charles, 2019: *Secured Transactions Under the Uniform Commercial Code*, Matthew Bender & Company, Inc. Disponible en <https://advance.lexis.com>. Consulta: 16-10-2021.
- SPAK, Michael, 1994: "Pledge allegiance to the code: dodging the draft with liberty and leases for all", *Journal of Law and Commerce*, vol. 13, pp. 79-95.
- STRAUSS, Robert, 1992: "Equipment leases under U.C.C. Article 2A-Analysis and practice suggestions", *Mercer Law Review*, vol. 43, pp. 853-867.
- UNIDROIT, Status-Unidroit Convention on International Financial Leasing (Ottawa, 1988). Disponible en <https://www.unidroit.org/instruments/leasing/convention/status/> Consulta: 26-10-2021.
- UNIFORM Law Comission, UCC article 1, General Provisions. Disponible en <https://www.uniformlaws.org/committees/community-home?CommunityKey=53650937-4723-4bc4-9a81-fa609b431933> Consulta: 26/10/2021.
- VÁSQUEZ Palma, M. Fernanda y VIDAL Olivares, Álvaro, 2018: "Análisis de las relaciones que se generan entre la Convención de Compraventa Internacional de Mercaderías y la lex mercatoria", en Lorena Carvajal Arenas y Ángela Toso Milos (editoras), *Estudios de Derecho Comercial*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 194-220.
- WHITE, James, SUMMERS, Robert y HILLMAN, Robert, 2015: *Uniform Commercial Code. Practitioner treatise series*, s.l., Thomson Reuters, Vol. 4, 6ª edición.
- WINSHIP, Peter, 1984: "The Scope of the Vienna Convention on International Sales Contracts", en Nina Galston y Hans Smit (editores), *International Sales: The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods*, s.l., Matthew Bender. Disponible en <https://iicl.law.pace.edu/cisg/scholarly-writings/scope-vienna-convention-international-sales-contracts> Consulta: 11 de octubre de 2021.

### *Normas Jurídicas*

- CONVENCIÓN de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 1980, Diario Oficial de 3 de octubre de 1990.
- UNIFORM Commercial Code, Estados Unidos. Disponible en <https://www.law.cornell.edu/ucc> Consulta: 28 de octubre de 2021.
- CONVENCIÓN Unidroit sobre arrendamiento financiero internacional, Ottawa, 1988. Versión en español disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/07/1988leasing-convention-sp.pdf> Consulta: 28 de octubre de 2021.
- LEY modelo Unidroit de leasing, 2008. Versión en español disponible en [https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/07/Leasing-Model\\_Law-Spanish.pdf](https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/07/Leasing-Model_Law-Spanish.pdf) Consulta: 28 de octubre de 2021.

CÓDIGO Civil y Comercial de la Nación, Argentina, ley 26.994, 2014. Disponible en <http://servicios.infoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/235000-239999/235975/norma.htm> Consulta: 28 de octubre de 2021.

PROPUESTA de la Sección Segunda, de Derecho Mercantil del Anteproyecto de Ley de Código Mercantil, tras el Dictamen del Consejo De Estado, España, 2018. Disponible en [https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292428955789-Propuesta\\_de\\_la\\_Seccion\\_Segunda\\_de\\_Derecho\\_Mercantil\\_del\\_Anteproyecto\\_de\\_Ley\\_de\\_Codigo\\_Mercantil\\_.PDF](https://www.mjusticia.gob.es/es/AreaTematica/ActividadLegislativa/Documents/1292428955789-Propuesta_de_la_Seccion_Segunda_de_Derecho_Mercantil_del_Anteproyecto_de_Ley_de_Codigo_Mercantil_.PDF) Consulta: 28 de octubre de 2021.

### *Jurisprudencia*

IRAN-UNITED States Claims Tribunal, sentencia de 28 de Julio de 1989, UNILEX, caso N° 370 (429-370-1).

CORTE Suprema di Cassazione, Italia, sentencias de 13 de diciembre de 1989, N° 5569, 5570, 5571, 5572, 5573 y 5574.

ICC Court of Arbitration-Paris, sentencia de 1989, UNILEX, caso N° 5713/1989.

GERECHTSHOF's Amsterdam, Países Bajos, sentencia de 16 de julio de 1992, UNILEX, caso N° 550/92 SKG.

OBERLANDESGERICHT Koblenz, Alemania, sentencia de 17 de septiembre de 1993, UNILEX, caso N° 2 U 1230/91.

OBERLANDESGERICHT Köln, Alemania, sentencia de 26 de agosto de 1994, UNILEX, caso N° 19 U 282/93.

ICC Court of Arbitration - Paris, sentencia de 1994, UNILEX, caso N° 7331/1994.

COUR d'Appel de Grenoble, Chambre Commerciale, Francia, sentencia de 26 de abril de 1995, UNILEX, caso N° RG 93/4879.

METROPOLITAN Court of Budapest, Hungría, sentencia de 19 de marzo de 1996, UNILEX, caso N° 12.G.75.556/1994/36.

OBERLANDESGERICHT Düsseldorf, Alemania, sentencia de 11 de julio de 1996, UNILEX, caso N° 6 U 152/95.

OBERGERICHT Kanton Luzern, Suiza, sentencia de 8 de enero de 1997, UNILEX, caso N° 11 95 123/357.

ICC Court of Arbitration-Paris, Francia, sentencia de 23 de enero de 1997, UNILEX, caso N° 8611/HV/JK.

BANKRUPTCY Court for the District of Delaware, United States, In Re Edison Bros. Stores, sentencia de 3 de abril de 1997, N° 95-1354.

TRIBUNAL Metropolitano, Hungría, sentencia de 17 de junio de 1997, CLOUT N° 173.

RB s'Gravenhage, Países Bajos, sentencia de 2 de julio de 1997, UNILEX, caso N° 95/3311.

OBERLANDESGERICHT München, Alemania, sentencia de 9 de julio de 1997, UNILEX, caso N° 7 U 2070/97.

OBERLANDESGERICHT München, Alemania, sentencia de 9 de julio de 1997, UNILEX, caso N° 7 U 2246/97.

BUNDESGERICHTSHOF, Alemania, sentencia de 23 de julio de 1997, UNILEX, caso N° VIII ZR 134/96.

OBERLANDESGERICHT Hamm, Alemania, sentencia de 5 de noviembre de 1997, UNILEX, caso N° 11 U 47/97.

BUNDESGERICHTSHOF, Alemania, sentencia de 12 de febrero de 1998, CLOUT, N° 269.

ICC Court of Arbitration-Milan, Italia, sentencia de diciembre de 1998, UNILEX, caso N° 8908.

- TRIBUNALE di Appello di Lugano, seconda camera civile, Suiza, sentencia de 15 de diciembre de 1998, UNILEX, caso Nº 10.96.00029.
- ICC Court of Arbitration, sentencia de febrero de 1999, UNILEX, caso Nº 9474.
- HANDELSGERICHT Zurich, Suiza, sentencia de 8 de abril de 1999, UNILEX, caso Nº HG 9802801.
- HOF Arnhem, Países Bajos, sentencia de 27 de abril de 1999, UNILEX, caso Nº 97/700 y 98/046.
- OBERLANDESGERICHT München, Alemania, sentencia de 3 de diciembre de 1999, UNILEX, caso Nº 23 U 4446/99.
- TRIBUNAL of International Commercial Arbitration at the Russian Federation, Rusia, sentencia de 30 de mayo de 2000, UNILEX, caso Nº 356/1999.
- U.S. District Court, E.D., Pennsylvania, EEUU, sentencia de 29 de agosto de 2000, UNILEX, caso Nº 99-6384.
- OESTRE Landsret (Eastern High Court), Dinamarca, sentencia de 4 de diciembre de 2000, UNILEX, caso Nº B- 1145-00.
- UNITED States Court of Appeals for the Third Circuit, Duke Energy Royal, llc v. Pillowtex corp. (In re Pillowtex, Inc.), sentencia de 10 de abril de 2003, Nº 02-2674.
- FEDERAL Arbitration Court for the Moscow Region, Federación Rusa, sentencia de 26 de mayo de 2003, UNILEX, caso Nº KG-A40/3225-03
- TRIBUNAL of International Commercial Arbitration at the Ukrainian Chamber of Commerce and Trade, Ucrania, sentencia de 15 de abril de 2004, UNILEX (sin número).
- BUNDESGERICHTSHOF, Alemania, sentencia de 30 de abril de 2003, UNILEX, caso Nº III ZR 237/02.
- U.S. District Court, E.D., Pennsylvania, EEUU, sentencia de 29 de marzo de 2004, UNILEX, caso Nº Civ. A. 00-2638.
- COUR de Cassation, Francia, sentencia de 30 de junio de 2004, UNILEX (sin número).
- TRIBUNALE di Padova - Sez. Este, Italia, sentencia de 11 de enero de 2005, UNILEX (sin número).
- OBERSTER Gerichtshof, Austria, sentencia de 21 de junio de 2005, UNILEX, caso Nº 5 Ob 45/05m.
- OBERSTER Gerichtshof, Austria, sentencia de 8 de noviembre de 2005, UNILEX, caso Nº 4 Ob 179/05k.
- CORTE Suprema de Polonia, sentencia de 27 de enero de 2006, UNILEX, caso Nº III CSK 103/05
- UNITED States Bankruptcy Court for the Southern District of New York, World Com, Inc. v. GE Global Asset Mgmt. servs. (In re WorldCom, Inc.), sentencia de 7 de febrero de 2006, Nº 02-13533.
- UNITED States Bankruptcy Appellate Panel for the Ninth Circuit, Michael R. White & Assocs. v. Jawad (In re Jawad), sentencia de 9 de mayo de 2006, Nº CC-05-1258-MaMoPa.
- U.S. District Court, Southern District of New York, EEUU, sentencia de 1 de junio de 2006, UNILEX, caso Nº 02 Civ. 4635 (RPP)
- COUR de Cassation - Chambre Commerciale, Francia, sentencia de 20 de febrero de 2007, UNILEX (sin número).
- FOREIGN Trade Court of Arbitration of the Serbian Chamber of Commerce, Servia, sentencia de 28 de enero de 2009, UNILEX, caso Nº T-8/08
- FEDERAL Court of Australia, sentencia de 20 de abril de 2011, UNILEX, caso Nº VID 1080/2010
- COUR d'appel de Reims, Francia, sentencia de 30 de abril de 2013, UNILEX, caso Nº 11/01950
- BUNDESGERICHTSHOF, Alemania, sentencia de 28 de mayo de 2014, UNILEX, caso Nº VIII ZR 410/12.
- COURT of Appeal of Rio Grande do Sul, Brasil, sentencia de 14 de febrero de 2017, UNILEX, caso Nº 70072362940.
- CORTE Suprema de Chile, sentencia de 7 de septiembre de 2017, rol 87.718-2016.

# La acción de repetición en la responsabilidad civil por accidentes del trabajo. Elementos, vigencia y rol de una herramienta olvidada

José Luis Diez Schwerter\*

## RESUMEN

*En esta investigación se analizan los principales elementos de la acción de repetición que el artículo 69 letra a) de la Ley 16.744 concede a los organismos administradores del seguro obligatorio que ella establece por las prestaciones que hayan otorgado o deban otorgar en los casos de accidentes del trabajo que deriven de culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero. Se constata el desuso práctico de la acción y las distorsiones que ello conlleva al funcionamiento de todo el modelo chileno de resarcimiento de daños derivados de infortunios laborales. La vigencia de la acción queda demostrada con dos casos judiciales que la han acogido y que son reseñados y su potencialidad parece evidente al confrontar estadísticas de accidentes ocurridos y costos asociados a ellos.*

Acción de repetición; Responsabilidad civil por accidentes del trabajo;  
Seguro Obligatorio por infortunios laborales

*Recovery action in civil liability for work accidents. elements,  
validity and role of a forgotten tool*

## ABSTRACT

*This research analyzes the main elements of the recovery action that article 69 letter a) of Law 16,744 grants to the administrative bodies of the compulsory insurance that it establishes for the benefits that they have granted or should grant in the cases of accidents of the work derived from the guilt or intent of the employer or a third party. We note the practical disuse of the action and the distortions that this leads to the operation of the entire Chilean model of compensation for damages derived from labor misfortunes. The validity of the action is demonstrated with two judicial cases that have accepted it and that are reviewed, and its potentiality seems evident, especially when comparing statistics of accidents that have occurred and costs associated with them.*

Recovery action; Civil liability for work accidents;  
Compulsory insurance for work accidents

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Doctor en Sistema Jurídico Romanista, Universidad de Roma "Tor Vergata", Italia. Profesor de Derecho Civil, Universidad de Concepción. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1244-6897>. Correo electrónico: [jdiez@udec.cl](mailto:jdiez@udec.cl)

Este artículo ha sido elaborado gracias al aporte del Fondo de Incentivos a la Investigación de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Concepción, Resolución N° 2020-005.

Artículo recibido el 31.10.2021 y aceptado para su publicación el 10.3.2022.

I. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LOS ORGANISMOS ADMINISTRADORES  
DEL SEGURO DE ACCIDENTES DEL TRABAJO Y ENFERMEDADES PROFESIONALES  
DENTRO DEL MODELO CHILENO DE REPARACIÓN DE DAÑOS DERIVADOS  
DE INFORTUNIOS LABORALES<sup>1</sup>

Los infortunios laborales –accidentes del trabajo y enfermedades profesionales– pueden producir daños tanto para el trabajador directamente afectado como, eventualmente, para víctimas indirectas (sean o no sus familiares).

El modelo resarcitorio vigente en Chile fue instaurado por la Ley 16.744, que establece normas respecto de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales (de 1 de febrero de 1968), siendo central al efecto su artículo 69, el que dispone que:

“Cuando el accidente o enfermedad se deba a culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, sin perjuicio de las acciones criminales que procedan, deberán observarse las siguientes reglas:

- a) El organismo administrador tendrá derecho a repetir en contra del responsable del accidente, por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar, y
- b) La víctima y las demás personas a quienes el accidente o enfermedad cause daño podrán reclamar al empleador o terceros responsables del accidente, también las otras indemnizaciones a que tengan derecho, con arreglo a las prescripciones del derecho común, incluso el daño moral”.

La norma contempla así dos acciones muy diversas: una de repetición en favor de los organismos administradores del seguro (en su letra a) y una indemnizatoria por responsabilidad civil para los trabajadores directamente afectados o las víctimas indirectas de infortunios laborales (en su letra b).

A más de medio siglo de haber sido consagradas estas acciones, ha sido muy distinta la atención práctica y doctrinaria que han suscitado en nuestro medio.

Al efecto, y luego de un olvido de alrededor de tres décadas, fue solo a fines de los 90 del siglo pasado que comenzaron a ejercerse las acciones indemnizatorias de la letra b) del referido artículo 69, fenómeno que, en todo caso, tuvo un progresivo y veloz aumento hasta constituir hoy uno de los sectores de responsabilidad civil más activos en nuestra jurisprudencia<sup>2</sup>, y con una atención doctrinaria ya recurrente<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Acerca del modelo chileno de reparación de daños derivados de infortunios laborales en extenso, véase DIEZ, 2008b, pp. 267-271. En esta parte exponemos una síntesis de su contenido.

<sup>2</sup> Al efecto, la importancia práctica de este tipo de litigios queda en evidencia si se tiene presente que la Corte Suprema de Justicia y la Universidad de Concepción elaboraron el llamado *Baremo estadístico jurisprudencial sobre indemnización de Daño Moral por lesiones derivadas de infortunios laborales*, el que contiene en la actualidad datos de 2062 casos de accidentes del trabajo y 283 casos de enfermedades profesionales, base de datos que contempla únicamente casos posteriores a la entrada en vigencia del procedimiento laboral actual (en <https://baremo.pjud.cl/BAREMOWEB/>, consultado el 30 de octubre de 2010).

<sup>3</sup> Al efecto, véase: BARAONA Y ZELAYA, 2005; CONCHA, 2005; DIEZ, 2005a; DIEZ, 2005b; DIEZ, 2008a; DIEZ, 2008b; DIEZ, 2009; CORRAL, 2010; RODRÍGUEZ Y BARRIENTOS, 2011; CORRAL, 2013; DIEZ,

Sin embargo, muy diverso ha sido lo acontecido con la acción de repetición de la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744, la que casi no se ha ejercido en la práctica, ni ha generado mayor reflexión doctrinaria.

En tal contexto, este trabajo tiene por objetivo realizar un análisis detallado de los elementos de esta acción, estableciendo su campo de aplicación. Además, en un contexto de desuso práctico se destacarán dos casos judiciales en que fue acogida y que reafirman su vigencia y potencialidad.

Conclusivamente se pondrán en evidencia las graves distorsiones que el olvido de esta acción genera en el funcionamiento general del modelo chileno de resarcimiento de daños derivados de infortunios laborales.

## II. EL SEGURO OBLIGATORIO POR INFORTUNIOS LABORALES: BREVE RESEÑA DE SU COBERTURA Y FINANCIAMIENTO<sup>4</sup>

La Ley 16.744 de 1° de febrero de 1968 introdujo un seguro obligatorio frente a accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Se encuentran protegidos por él los trabajadores dependientes del sector privado y público, estudiantes que deban ejecutar trabajos que signifiquen una fuente de ingreso para el respectivo plantel y los trabajadores independientes (art. 2°)<sup>5</sup>.

La ley entiende por accidente del trabajo “toda lesión que una persona sufra a causa o con ocasión del trabajo, y que le produzca incapacidad o muerte”, considerando además como tales a los llamados “accidentes de trayecto”, es decir “los ocurridos en el trayecto directo, de ida o regreso, entre la habitación y el lugar de trabajo, y aquellos que ocurran en el trayecto directo entre dos lugares de trabajo, aunque correspondan a distintos empleadores”; y, asimismo, a “los sufridos por dirigentes de instituciones sindicales a causa o con ocasión del desempeño de sus cometidos gremiales” (todo ello en el art. 5°). Otras leyes han incluido en la noción de accidente del trabajo los que sufra el trabajador a causa o con ocasión de las actividades de capacitación ocupacional<sup>6</sup>, así como “los daños físicos o síquicos que sufran los trabajadores de las empresas, entidades o establecimientos que sean objeto de robo, asalto u otra forma de violencia delictual, a causa o con ocasión del trabajo”<sup>7</sup>.

Por su parte, enfermedad profesional es concebida como “la causada de una manera directa por el ejercicio de la profesión o el trabajo que realice una persona y que le

---

2014; FERNÁNDEZ, 2014; GAJARDO, 2014; GAJARDO, 2015; FUENZALIDA, 2016; KREBS, 2016; CANCINO Y CONCHA, 2018; LANATA, 2019, BARROS, 2020, LIZAMA Y LIZAMA, 2021.

<sup>4</sup> Sobre el particular una panorámica semejante, con la normativa vigente en ese entonces, en DIEZ, 2008a, pp. 267-271.

<sup>5</sup> La Ley 20.255 (de reforma previsional), incorporó al seguro a los trabajadores independientes señalados en el art. 89 del DL 3.500, de 1980, estableciendo la obligación de pagar las cotizaciones que indica el art. 88.

<sup>6</sup> Artículo 33 de la Ley 19.518, reiterado en el art. 181 del Código del Trabajo.

<sup>7</sup> Artículo 14 de la Ley N° 19.303.

produzca incapacidad o muerte” (art. 7 inc. 1°), remitiendo a un Reglamento para la enumeración de las enfermedades que deberán considerarse como profesionales<sup>8</sup>, el que debe revisarse a lo menos cada 3 años. En todo caso, se permite que los afiliados puedan probar que una enfermedad no incluida en tal enumeración sea considerada como enfermedad profesional por haberse contraído como consecuencia directa de la profesión o del trabajo realizado.

Solo se excluyen de la cobertura de este seguro los accidentes debidos a la fuerza mayor extraña y sin relación alguna con el trabajo y los producidos intencionalmente por la víctima (art. 5° inciso final), aunque conservando en estas hipótesis el derecho a las prestaciones médicas (según señala el artículo 29) y concediéndose a los Consejos de los organismos administradores la facultad de extender la cobertura total “en caso de accidentes debidos a fuerza mayor extraña al trabajo que afectare al afiliado en razón de su necesidad de residir o desempeñar sus labores en el lugar del siniestro” (art. 6°).

De este modo, se tiene derecho a estas prestaciones inclusive cuando el accidente o enfermedad ocurre debido a “negligencia inexcusable” del propio trabajador víctima del accidente, sin perjuicio de la multa que pueda aplicarse en tal caso (art. 70), lo que deja en evidencia su carácter de instrumento de seguridad social.

El seguro obligatorio está administrado actualmente por el Instituto de Seguridad Laboral (ISL) y las mutualidades de empleadores, llamados por la ley “organismos administradores” (art. 8°), sin perjuicio de la posibilidad que algunas empresas puedan ser autorizadas a tener la “administración delegada” del seguro respecto de sus propios trabajadores, cumpliendo los requisitos legales, en cuyo caso tomarán a su cargo el otorgamiento de las prestaciones que establece la Ley 16.744, con excepción de las pensiones (art. 72 inciso 1°).

Las fuentes de financiamiento del seguro por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales están señaladas en el artículo 15 de la Ley 16.744, estableciendo al efecto que:

“El Seguro de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales se financiará con los siguientes recursos:

- a) Con una cotización básica general del 0,90% de las remuneraciones imponibles, de cargo del empleador;
- b) Con una cotización adicional diferenciada en función de la actividad y riesgo de la empresa o entidad empleadora, la que será determinada por el Presidente de la República y no podrá exceder de 3,4% de las remuneraciones imponibles, que también será de cargo del empleador, y que se fijará sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 16°;
- c) Con el producto de las multas que cada organismo administrador aplique en conformidad a la presente ley;

---

<sup>8</sup> Corresponde actualmente al Decreto Supremo 109, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, de 7 de junio de 1968, que establece el *Reglamento para la calificación y evaluación de los accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, de acuerdo con lo dispuesto en la ley 16.744, de 1° de febrero de 1968, que estableció el seguro social contra los riesgos por estos accidentes y enfermedades* (en adelante DS 109 de 1968).

- d) Con las utilidades o rentas que produzca la inversión de los fondos de reserva, y
- e) Con las cantidades que les corresponda por el ejercicio del derecho de repetir de acuerdo con los artículos 56° y 69°<sup>9</sup>.

Las prestaciones tanto médicas como pecuniarias, comprendidas en la cobertura del seguro obligatorio, se encuentran detalladas en el Título V de la Ley 16.744 (artículos 25 y siguientes).

Las prestaciones médicas se otorgan gratuitamente hasta la curación completa de la víctima o mientras subsistan los síntomas de las secuelas que el infortunio le hubiere causado. Se comprenden dentro de ellas: a) Atención médica, quirúrgica y dental en establecimientos externos o a domicilio; b) Hospitalización, si fuere necesario a juicio del facultativo tratante; c) Medicamentos y productos farmacéuticos; d) Prótesis y aparatos ortopédicos y su reparación; e) Rehabilitación física y reeducación profesional; f) Los gastos de traslado y cualquier otro que sea necesario para el otorgamiento de las prestaciones (art. 29).

Por su parte, las prestaciones pecuniarias buscan sustituir la pérdida o disminución de ingresos de la víctima. Se contemplan dentro de ellas los subsidios, indemnizaciones y pensiones, y ello atendiendo a las consecuencias que el infortunio hubiere ocasionado, entre las que se comprende la incapacidad temporal, invalidez parcial, invalidez total, gran invalidez y muerte (art. 27).

La declaración, evaluación, reevaluación y revisión de las incapacidades permanentes es de competencia de las Comisiones de Medicina Preventiva e Invalidez (en adelante COMPIN) y de las Mutualidades, respecto de sus afiliados (art. 4° del DS 109 de 1968), y contemplando esta ley un procedimiento administrativo para la obtención de las prestaciones que ella concede (reglamentado en los artículos 76 a 78 de la ley).

De acuerdo con el art. 1° inciso 2° del DS 109 de 1968, “El derecho de las prestaciones económicas del seguro se adquirirá a virtud del diagnóstico médico correspondiente<sup>10</sup>”.

---

<sup>9</sup> Una referencia genérica a estas vías de financiamiento del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales se efectúa en el artículo 211 del Código del Trabajo.

<sup>10</sup> De conformidad con las instrucciones impartidas por la Superintendencia de Seguridad Social (contenidas en el *Compendio de Normas del Seguro Social de Accidentes del Trabajo y Enfermedades Profesionales*, aprobado por Resolución Exenta 156, de 5 de marzo de 2018), la determinación del origen de un accidente podrá ser efectuada por el médico del organismo administrador o del administrador delegado al momento de otorgarse la primera atención al trabajador cuando dicha calificación pueda realizarse a base de los antecedentes médicos disponibles, o por el organismo administrador, en el plazo de 15 días corridos contado desde la fecha en que recepción la primera “Declaración individual de accidente del trabajo” (DIAT) y solo en casos fundados se admitirá la calificación fuera de dicho plazo. En ambos casos, el médico o el organismo administrador deberá emitir una “Resolución de Calificación del origen de los accidentes y enfermedades” (RECA). Por su parte, para la determinación de las incapacidades permanentes se deberá derivar al trabajador para su evaluación dentro de los 5 días siguientes a su alta médica, remitiendo los antecedentes que procedan. La evaluación se efectuará por la COMPIN o por la comisión evaluadora de incapacidades de la respectiva mutualidad, según corresponda, quienes, emitirán una “Resolución de Incapacidad Permanente” (REIP), cuyo contenido se encuentra regulado por la SUSESO (<https://www.suseso.cl/613/w3-propertyvalue-138263.html>), en la que, entre otros antecedentes, se deberá indicar el grado total de la incapacidad evaluada, la

### III. ELEMENTOS DE LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LOS ORGANISMOS ADMINISTRADORES DEL SEGURO ESTABLECIDA EN EL ARTÍCULO 69 LETRA A) DE LA LEY 16.744

Como hemos visto, el ejercicio de la acción de repetición del artículo 69 letra a) de la Ley 16.744 representa una de las vías de financiamiento del seguro obligatorio por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales, al ser señalado así en el artículo 15 letra e) de la referida ley, ya transcrito.

En los acápite siguientes se analizarán los elementos que configuran la mencionada acción de repetición.

Estos son:

#### 1. *Existencia de un accidente del trabajo*

La letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744 establece la acción de repetición solo *en contra del responsable del accidente* (del trabajo, entendemos), sin mencionar las enfermedades profesionales.

De este modo, y atendido el tenor literal de la norma, no es posible extender la acción de la letra a) del artículo referido a las enfermedades profesionales, más aún teniendo presente que ellas sí son mencionadas expresamente en el encabezado de este precepto y en la acción indemnizatoria contenida en su letra b)<sup>11</sup>.

Sin embargo, no se observan razones de fondo para excluir a las enfermedades profesionales de la acción en comento, pues todos los presupuestos y fundamentos que permiten ejercerla tratándose de los accidentes del trabajo están presentes también para aquellas.

Es de esperar que en el futuro se haga una reforma legislativa que incorpore expresamente en la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744 a las enfermedades profesionales<sup>12</sup>.

---

fecha de inicio de la incapacidad permanente, y si el inválido presenta o no gran invalidez; además deberá señalar si existen posibilidades de cambios en el estado de invalidez, ya sea por mejoría o agravamiento.

<sup>11</sup> Lo anterior no implica que esté negando la posibilidad que los organismos administradores del seguro puedan intentar ejercer acciones del derecho común en contra de la entidad empleadora o del tercero que, con culpa o dolo, causa una enfermedad profesional y por la que deba otorgar las prestaciones que señala la Ley 16.744. El análisis que se hace en este trabajo se circunscribe a la operatividad de la específica acción de repetición del artículo 69 letra a) de la Ley 16.744.

<sup>12</sup> En todo caso, el DS 109 de 1968 establece una específica acción de repetición en el ámbito de las enfermedades profesionales, en la especial hipótesis señalada en su artículo 24°-A, el que expresa:

*Las indemnizaciones que deriven de la comprobación de los estados alérgicos a que se refieren los Nos. 2) - II, y 5) - II) del artículo anterior solo podrán ser concedidas y percibidas por una sola vez, debiendo los empleadores dar estricto cumplimiento a lo prevenido en el artículo 71° de la ley 16.744, haciéndose acreedores a las sanciones legales*

2. *Que el accidente del trabajo derive de culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero*

Es oportuno advertir que la acción de repetición del artículo 69 letra a) de la Ley 16.744 no surge de todo accidente del trabajo, pues para que ello ocurra es menester que tal infortunio laboral derive de dolo o culpa de la entidad empleadora o de un tercero, presupuesto indicado en el encabezado del artículo referido.

Cuando se ejerza la acción de repetición de la letra a) del artículo 69, deberá atribuirse entonces que la entidad empleadora o un tercero con su culpa o dolo generaron el accidente del trabajo, y si hay controversia al respecto, deberá fijarse el correspondiente punto de prueba, y rendirse la que corresponda.

Particular importancia tendrá en esta perspectiva el determinar si se dio o no cumplimiento a la obligación de seguridad que nuestra normativa laboral impone al empleador respecto de sus trabajadores (cfr. artículo 184 del Código del Trabajo), a la empresa principal respecto de los trabajadores de sus contratistas y subcontratistas (cfr. art. 183-E del Código del Trabajo), y a la empresa usuaria respecto de los trabajadores de las empresas de servicios transitorios (cfr. art. 183-AB del Código del Trabajo). Lo anterior en términos tales que el incumplimiento de la obligación de seguridad representará culpa (culpa contra la legalidad), sin perjuicio de la obligación general de comportarse con diligencia atendidas las circunstancias del caso, que surge de las normas comunes.

En el caso de terceros absolutos (es decir que no tengan las calidades de empresa principal ni empresa usuaria), se deberá analizar su culpa según las reglas generales, como infracción al deber de comportarse con diligencia, sin perjuicio que en ciertas hipótesis pueda configurarse culpa infraccional (como por ejemplo en accidentes del tránsito) o presunciones de culpabilidad.

Para la prueba de la culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero gran importancia podrán tener las investigaciones internas que haya podido realizar el empleador, o la empresa principal o la empresa usuaria, así como las conclusiones contenidas en sumarios o informes efectuados por organismos públicos con competencia sectorial técnica según el tipo de accidente (por ejemplo: Servicio Nacional de Geología y Minería, en adelante SERNAGEOMIN, en accidentes mineros; la Autoridad Marítima, en casos de accidentes en el mar; la Superintendencia de Electricidad y Combustibles, en actividades donde se utilizan servicios eléctricos, de gas y combustibles líquidos; la Dirección General

---

*respectivas en caso de infracción, sin perjuicio del derecho de las instituciones administradoras para repetir por las indemnizaciones indebidamente pagadas.*

Por su parte, el artículo 71 de la Ley 16.744 dispone que:

*Los afiliados afectados de alguna enfermedad profesional deberán ser trasladados, por la empresa donde presten sus servicios, a otras faenas donde no estén expuestos al agente causante de la enfermedad.*

*Los trabajadores que sean citados para exámenes de control por los servicios médicos de los organismos administradores, deberán ser autorizados por su empleador para su asistencia, y el tiempo que en ello utilicen será considerado como trabajado para todos los efectos legales.*

*Las empresas que exploten faenas en que trabajadores suyos puedan estar expuestos al riesgo de neumoconiosis, deberán realizar un control radiográfico semestral de tales trabajadores.*

de Aeronáutica Civil, en accidentes de tráfico aéreo, entre otros); los sumarios sanitarios practicados por la Autoridad Sanitaria o los resultados de las investigaciones o procesos penales que hayan podido originarse a raíz del accidente (posibilidad que reconoce el propio encabezado del artículo 69), dentro de estos podrán ser especialmente relevantes los informes de la Sección de Investigación de Accidentes de Tránsito de Carabineros de Chile (SIAT) tratándose de accidentes vehiculares de trayecto<sup>13</sup>.

Respecto de las investigaciones, informes y eventuales recomendaciones que los organismos administradores del seguro puedan emitir en el proceso de calificación del accidente del trabajo, podrán también ser un antecedente a considerar, aunque al emanar de una de las partes del pleito pudiere generarse controversia acerca de su valor probatorio.

Es admisible consignar finalmente que, previo al ejercicio de la acción de repetición por los organismos administradores, es posible que se haya resuelto una acción indemnizatoria fundada en la letra b) del artículo 69 deducida por el trabajador directamente afectado o por eventuales víctimas indirectas en contra del responsable del accidente. Si así fuere y se dio por establecido en dicho proceso la culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero, la sentencia respectiva seguramente tendrá un fuerte poder de convicción en el juicio en que se ejerza la acción de repetición en estudio, aunque técnicamente sea imposible hablar de cosa juzgada, ello pues, entre el juicio en que se ejerza la acción de repetición de la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744 y aquel en que se deduzca la acción indemnizatoria de la letra b) de tal norma, no existirá, al menos, identidad de cosa pedida ni de partes.

### 3. *Sujeto activo: organismo administrador del seguro y posible intervención de la Superintendencia de Seguridad Social*

Según la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744 el legitimado activo para ejercer la acción de repetición contenida en ella es el respectivo organismo administrador del seguro que ha otorgado o deba otorgar las prestaciones que establece dicha ley, calidad que tienen, como se ha visto, el Instituto de Seguridad Laboral y las mutualidades de empleadores, quienes debieran ser así los primeros llamados a ejercer la acción en análisis<sup>14</sup>.

Además de tales organismos, puede tener incidencia en la materia la Superintendencia de Seguridad Social (en adelante, SUSESO), toda vez que el artículo 44 de la Ley 16.395 (que fija el texto refundido de la ley de organización y atribuciones de esta Superintendencia) establece expresamente que:

“La Superintendencia de Seguridad Social podrá:

<sup>13</sup> Una situación semejante a la proyectada en este párrafo se ha producido efectivamente en la práctica respecto de la prueba de la culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero al ejercerse la acción indemnizatoria de la letra b) del artículo 69 de la Ley 16.744. Al respecto véase DIEZ, 2005, pp. 84-85.

<sup>14</sup> Sin perjuicio de la posibilidad que ciertas empresas puedan ser autorizadas a tener la llamada “administración delegada” del seguro, respecto de sus propios trabajadores según se ha indicado anteriormente.

- a) Ordenar que las instituciones sometidas a su fiscalización deduzcan acciones civiles o criminales en contra de terceros para perseguir las responsabilidades a que hubiere lugar;
- b) Deducir directamente esas mismas acciones cuando lo estimare conveniente; y
- c) Intervenir como parte coadyuvante en los juicios en que tengan interés las instituciones de previsión sometidas a su fiscalización”.

Y como el Instituto de Seguridad Laboral y las mutualidades de empleadores están sometidos a la fiscalización de la SUSESO<sup>15</sup>, bien podría esta Superintendencia, conforme con la norma transcrita, ordenarles que deduzcan la acción de repetición del artículo 69 letra a) de la Ley 16.744 (por ser precisamente una de las “acciones civiles” que trata de “perseguir” una “responsabilidad” de “terceros”), o deducirla directamente “cuando lo estimare conveniente” o actuar como tercero coadyuvante en los juicios que inicien a este respecto las instituciones sometidas a su fiscalización.

#### 4. *Sujetos pasivos: entidad empleadora y terceros*

La acción de repetición está establecida *en contra del responsable del accidente*.

Concordando la letra a) del artículo 69 con el encabezado de la norma se colige que la acción de repetición procede contra la *entidad empleadora* o el *tercero* que sean responsables *del accidente*.

La expresión “entidad empleadora” se encuentra definida en la propia Ley 16.744 al disponer en su artículo 25 que: “Para los efectos de esta ley se entenderá por ‘entidad empleadora’ a toda empresa, institución, servicio o persona que proporcione trabajo”.

Dicha calidad la tiene, desde ya, aquella entidad vinculada con un trabajador por medio de un contrato de trabajo, y por el que tiene la obligación de pagar la o las cotizaciones (según corresponda) del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Por otra parte, la acción se podrá ejercer también contra el “tercero” “responsable del accidente”, dentro de los cuales hay que incluir a las empresas principales, o empresas usuarias, o aun a terceros absolutos, desvinculados del empleador directo (el artículo 69 no distingue entre “terceros”)<sup>16</sup>.

---

<sup>15</sup> Al efecto, la Ley 16.395 dispone, en su artículo 2º, que: “son funciones de la Superintendencia las siguientes: (...) i) Impartir instrucciones a los organismos administradores de la ley N° 16.744, de conformidad a lo que disponga la Política Pública de Seguridad y Salud en el Trabajo, en lo que corresponda, y fiscalizar que dichas entidades se ajusten a aquellas”, y luego en su artículo 30 agrega que “el Seguro Social contra Riesgos del Trabajo y Enfermedades Profesionales que se rige por la ley N° 16.744 y sus reglamentos, y la fiscalización de las instituciones que a él se dediquen, corresponderá a la Superintendencia de Seguridad Social”. E inclusive la Ley 16.744 reitera expresamente la fiscalización que la SUSESO tiene respecto de las mutualidades (artículo 12 inciso 4º) y empresas de administración delegada (artículo 74). Más aún, los acuerdos de los directorios de las mutualidades que se refieren a transacciones judiciales o extrajudiciales, deben ser “elevados en consulta” a la Superintendencia de Seguridad Social (art. 12, inc. 5º, Ley N° 16.744).

<sup>16</sup> Es importante observar que en el encabezado del artículo 69 contiene como requisito para ejercer las acciones que a continuación concede en sus letras a) y b) el que el accidente se deba a culpa o dolo de la

Y finalmente, en cuanto a los trabajadores independientes, estimo que no pueden ser sujetos pasivos de la acción de repetición aun en el caso que sufran accidentes del trabajo por su culpa o dolo, ya que no se cumpliría el primer presupuesto que indica el encabezado del artículo 69 de la Ley 16.744 en orden a que el accidente del trabajo haya sido ocasionado por una “entidad empleadora”. No vemos obstáculo en cambio para que, en este caso, la acción pueda ser ejercida, al menos, en contra de un tercero que causó el accidente de trabajo de un trabajador independiente por su culpa o dolo.

5. *Objeto de la acción: las prestaciones que el organismo administrador “haya otorgado o deba otorgar”*

La acción de repetición tiene por objeto que al organismo administrador del seguro se le pague el valor de “las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar” al trabajador afectado por el accidente del trabajo o a los demás beneficiarios señalados por la Ley 16.744<sup>17</sup>.

Respecto de las prestaciones ya otorgadas, deberá probarse directamente su existencia y monto (como tratamientos e insumos médicos suministrados y costos de estos, o montos de los subsidios, indemnizaciones o pensiones ya pagadas).

Y en cuanto a las prestaciones que “deba otorgar” el organismo administrador, ello implicará hacer una proyección a futuro, no exenta seguramente de controversias por el grado de certeza que se estime sea exigible. Al efecto, es muy probable que los programas médicos o tablas de proyección financiera de pagos sean considerados al elaborar la correspondiente petición. Aunque respecto de su prueba pudieren suscitarse controversias en juicio si esos antecedentes emanan de la parte demandante. Por ello, peritajes judiciales médicos o financieros y eventuales pronunciamientos de la SUSESO podrán tener especial utilidad en este punto.

Es oportuno hacer presente que si el accidente del trabajo determinó la aplicación del seguro obligatorio por accidentes de tránsito (como puede suceder en los accidentes de trayecto), los organismos administradores del seguro de la Ley 16.744 solo podrán repetir lo no cubierto por el seguro obligatorio por accidentes de tránsito, en virtud de lo dispuesto en el artículo 33 de la Ley 18.490.

6. *Prescripción de la acción de repetición*

En cuanto a la prescripción de la acción de repetición de la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744, es posible determinar cuál es la regla aplicable.

---

entidad empleadora o de un tercero. Sin embargo, cumplido ese presupuesto, la acción de repetición de la letra a) se otorga en contra “del responsable del accidente”, pudiendo discutirse si entre estos responsables pueden incluirse quienes les asista una responsabilidad fundada en criterios de imputación distintos a la culpa y el dolo (como ocurre, por ejemplo, con el propietario no conductor de un vehículo en virtud de lo señalado en el artículo 169 inciso 2° de la Ley 18.290, situación que podría plantearse con frecuencia en accidentes vehiculares que constituyan accidentes de trayecto).

<sup>17</sup> Véase supra, I.

Las alternativas que vislumbramos son, al menos, tres: el artículo 79 de la Ley 16.744, el artículo 2332 del Código Civil y el artículo 2515 (en relación con el artículo 2514) de este cuerpo normativo.

Por su especialidad en la materia, consignamos el texto del artículo 79 de la Ley 16.744, el que expresa:

“Art. 79. Las acciones para reclamar las prestaciones por accidentes del trabajo o enfermedades profesionales prescribirán en el término de cinco años contado desde la fecha del accidente o desde el diagnóstico de la enfermedad. En el caso de la neumoconiosis, el plazo de prescripción será de quince años, contado desde que fue diagnosticada.

Esta prescripción no correrá contra los menores de dieciséis años”.

Dicha regla se aplica a los beneficiarios del seguro obligatorio por infortunios laborales de la Ley 16.744, que son quienes precisamente tienen derecho a “reclamar las prestaciones” que ella establece, llegando incluso a dar una regla para un tipo específico de beneficiarios, como son los menores de 16 años en su inciso 2°.

El precepto es así inaplicable a la acción de la letra a) del artículo 69 que establece un derecho distinto en favor de un sujeto diverso: el derecho a “repetir” para los organismos administradores del seguro en contra de los responsables del accidente por las prestaciones que hayan otorgado o deban otorgar a los beneficiarios del seguro que establece la ley.

Respecto de la regla del artículo 2332 del Código Civil creemos que obsta a su aplicación su tenor literal, al aplicarse a “las acciones que concede este Título [Título XXXV del Libro IV del Código Civil] por daño o dolo”, en circunstancias que la acción de repetición analizada la concede la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744 y ello en atención a las prestaciones que el organismo administrador del seguro haya otorgado o deba otorgar.

Dicho lo anterior, creemos que a la acción de repetición en análisis debe aplicarse la regla general de prescripción extintiva de las acciones ordinarias, esto es, prescribirá en el lapso de 5 años contados desde que la obligación se hizo exigible (artículos 2514 y 2515 del Código Civil).

Ahora bien, fijar cuándo es exigible la obligación de repetir implica efectuar precisiones adicionales, ya que debe recordarse que los organismos administradores del seguro no solo pueden accionar por las prestaciones que hayan otorgado<sup>18</sup>, sino que también por las que deban otorgar.

---

<sup>18</sup> Si la acción estuviere limitada solo a las prestaciones que hayan otorgado, la solución podría ser simple: la exigibilidad se produciría desde el instante en que esas prestaciones efectivamente se otorgaron. Al respecto una solución semejante se ha propuesto como inicio del cómputo del plazo de prescripción respecto de la acción de repetición que el artículo 2325 del Código Civil concede al tercero civilmente responsable de un delito o cuasidelito civil, donde se ha dicho que “no es posible que el plazo de prescripción comience a correr contra del tercero civilmente responsable sin que le sea posible ejercer la acción, porque no se ha

En esta perspectiva el organismo administrador podría ejercer esta acción de repetición luego de que, dictada la correspondiente resolución que califique la existencia del accidente del trabajo, surjan antecedentes que permitan determinar cuáles serán las prestaciones que deberá otorgar.

Para ello habrá que distinguir el tipo de accidente de que se trate.

Así, en los accidentes del trabajo fatales, será necesario determinar si existen beneficiarios de las pensiones de supervivencia y sus características personales, aspectos que la ley considera para fijar su monto y extensión en el tiempo (según disponen los artículos 43 y siguientes de la Ley 16.744).

En los accidentes del trabajo no fatales, será necesario proceder al diagnóstico médico de las lesiones y a dictar la eventual resolución que declare la incapacidad permanente, pues ello incidirá en la determinación de las prestaciones que deberán otorgarse, según el caso.

Queda en evidencia entonces, que sin tener estos antecedentes adicionales, la sola declaración de accidente del trabajo no permite determinar las prestaciones que el organismo administrador del seguro deba otorgar, lo que incide en la exigibilidad de la consiguiente obligación de repetir y en definitiva en el inicio del plazo de prescripción.

#### 7. *Competencia para conocer de esta acción*

No existiendo reglas especiales respecto de la acción de repetición del artículo 69 letra a), ella será de competencia de la jurisdicción civil, conforme con las reglas generales.

Por lo demás, así se ha procedido en los dos casos que conocemos en que esta acción ha prosperado en la práctica y que se verán a continuación.

#### IV. LA ACCIÓN DE REPETICIÓN DE LA LETRA A) DEL ARTÍCULO 69 DE LA LEY 16.744 EN LA PRÁCTICA

En el sistema de la Ley 16.744, el costo de las prestaciones otorgadas por los organismos administradores del seguro por accidentes del trabajo, debiera ser soportado por diversas vías de financiamiento especificadas, como ya se ha dicho, en su artículo 15, una de estas debiera provenir del ejercicio de la acción de repetición de la letra a) del art. 69 de la Ley 16.744 (mencionada en la letra e del referido art. 15).

Sin embargo, el desuso de esta acción de repetición ha hecho que en la práctica se haya traspasado al colectivo de los empleadores cotizantes del seguro efectos de una responsabilidad subjetiva, generando un beneficio injustificado para las entidades empleadoras o incluso terceros que, por no ser demandados por esta acción de repetición,

---

procedido aún a hacer el pago de la indemnización. Por esta razón, pensamos que los cuatro años [pues ahí se aplica el lapso señalado por el Código Civil en ese título, en el artículo 2332] correrán para el tercero desde el momento en que, por el pago de la indemnización (fijada por sentencia o transacción), ha nacido su derecho a exigir el reembolso contra el responsable directo" (CORRAL, 2013, p. 405).

no responderán del total de los perjuicios que causan con su dolo o culpa (a lo más responderán respecto de las víctimas por la acción de responsabilidad civil indemnizatoria de la letra b del artículo 69 de la Ley 16.744).

Se torna relevante entonces conocer los casos en que se ha considerado y ejercido esta particular acción de repetición y su resultado.

En esta perspectiva se referirán primero algunos pronunciamientos de la SUSESO que la aluden, para luego analizar separadamente los dos casos judiciales que conozco en que esta acción ha sido acogida por nuestros tribunales.

### 1. *Pronunciamientos de la Superintendencia de Seguridad Social*

En la década del 90 del siglo pasado la SUSESO fue requerida a emitir dictámenes que abordaron puntuales aspectos de la acción de repetición del art. 69 letra a) de la Ley 16.744. Luego de esa época no aparecen otros pronunciamientos de la mencionada Superintendencia.

Así, en el Dictamen 1496-1990 el organismo señaló que de no existir “antecedentes suficientes como para presumir que haya habido culpa o dolo de la entidad empleadora o de un tercero en el accidente sufrido” no podrá repetirse en contra de aquel<sup>19</sup>.

En Dictamen 8335-1991, de 4 de octubre de 1991, señala que la acción de repetición es “un derecho reconocido por el legislador en favor del organismo administrador respectivo” que se puede ejercer “en contra del que por su culpa o dolo” ha ocasionado tanto un “accidente del trabajo” o una “enfermedad profesional” y que su sentido es “compensar” al organismo administrador, de alguna manera, “por el perjuicio que la acción culposa o dolosa le ocasiona al tener que otorgar prestaciones dentro de la cobertura del seguro de dicha ley”<sup>20</sup>.

Por otra parte, en el Dictamen 9276-1991 estableció que si las investigaciones del accidente (elaboradas por la propia mutualidad o por organismos técnicos) han determinado que se debió a culpa de la entidad empleadora “el organismo administrador tendrá derecho a repetir por las prestaciones que haya otorgado o deba otorgar”, y que no es procedente “rebajar la suma que deba devolver” fundada en la imprudencia de los trabajadores afectados (art. 2330 del Código Civil), “ya que la ley sanciona expresamente esta conducta con multa en contra de los trabajadores”<sup>21</sup>.

Y finalmente, en el Dictamen 12159-1996, precisó que si ocurre un accidente de tránsito, es procedente que una mutualidad haya iniciado “cobranza” judicial al responsable del accidente para obtener el reembolso de todos aquellos gastos que no hayan sido cubiertos por el Seguro Obligatorio de Accidentes Personales regulado en la Ley 18.490<sup>22</sup>.

<sup>19</sup> Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 1496-1990, de 14 de febrero de 1990.

<sup>20</sup> Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 8335-1991, de 4 de octubre de 1991.

<sup>21</sup> Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 9276-1991, de 30 de octubre de 1991.

<sup>22</sup> Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 12159-1996, de 26 de septiembre de 1996.

## 2. Juicio “Asociación Chilena de Seguridad con Minera Sur Andes Ltda.”<sup>23</sup>

En este caso la Asociación Chilena de Seguridad (mutualidad administradora del seguro) interpuso acción de repetición del artículo 69 letra a) de la Ley 16.744 en contra de la empresa Minera Sur Andes Ltda., solicitando el reembolso de los gastos que ha debido y deberá soportar como consecuencia de un accidente de trabajo que causó la muerte de dos trabajadores y lesionó a otros tres.

A dicho juicio se acumuló demanda interpuesta por el Instituto de Seguridad del Trabajo (IST, también mutualidad administradora del seguro) en contra de la misma demandada y a raíz de los mismos hechos, solicitando el reembolso de los gastos que ha debido y deberá soportar respecto de tres trabajadores fallecidos y dos lesionados.

Señalan las demandantes que el 12 de agosto de 2004, mientras dos cuadrillas de trabajadores de dos empresas contratistas de la demandada realizaban labores de mantención en un pique al interior de la mina El Soldado, que explotaba la demandada, se produjo una liberación abrupta de grandes cantidades de agua y barro que se habían acumulado al interior del pique, alcanzando y arrastrando a los trabajadores que se encontraban en el lugar, produciendo la muerte de cinco de ellos y lesiones de diversa consideración a otros cinco.

Agregan que, dentro de las distintas investigaciones que se realizaron a raíz del accidente, aquella efectuada por SERNAGEOMIN estableció varias condiciones inseguras de trabajo (obstrucciones anteriores, desperfectos en las compuertas, inactividad del pique por varios meses), además de determinar la inexistencia de procedimientos de trabajo adecuados, así como supervisión deficiente de las labores.

Señalan que la fuente de la responsabilidad de la demandada se encuentra en el incumplimiento de la obligación de seguridad establecida en el art. 184 del Código del Trabajo.

El contenido del daño demandado estuvo determinado por las pensiones de supervivencia y orfandad que las actoras habían pagado y deberían pagar a los beneficiarios de los trabajadores fallecidos, así como los costos de las prestaciones médicas y económicas otorgadas a los trabajadores lesionados.

La sentencia de primer grado, tras analizar razonadamente la abundante prueba rendida por las partes, acogió las pretensiones de las demandantes, estableciendo, en suma, que la demandada fue responsable del accidente de 12 de agosto de 2004, pues incurrió en un conjunto de actos negligentes y culpables (establecidos en los considerandos 42° a 51°).

Seguidamente analiza la procedencia del reembolso solicitado.

---

<sup>23</sup> Sentencia de 27 de septiembre de 2010, dictada por don Justo Pastor Villacura Rodríguez, Juez titular del Undécimo Juzgado Civil de Santiago, en causa rol C-4310-2005; sentencia de 17 de enero de 2013, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, rol civil N° 745-2011, redactada por la ministra doña María Rosa Kittsteiner Gentile y sentencia de 23 de septiembre de 2013, dictada por la Corte Suprema, rol N° 2861-2013, redactada por la ministra doña Rosa Egnem Saldías.

Para ello la sentencia tiene por acreditada, en primer término, la calidad de beneficiarios de las pensiones otorgadas y por otorgar y, luego, el monto de cada una de las pensiones que corresponde a cada uno de los beneficiarios.

En cuanto a la procedencia de reembolso de las prestaciones que deban otorgarse, el sentenciador determinó que el artículo 69 a) consagró una *obligación legal de reembolso, que en forma expresa comprende tanto las prestaciones ya otorgadas como las devengadas que deba otorgar en el futuro a los beneficiarios* (considerando 55°).

En razón de lo anterior, asentó que *para descartar cualquier carácter condicional o eventual de la condena, el reembolso solo comprenderá las pensiones vigentes y efectivamente pagadas por las demandantes a la fecha de la liquidación de los créditos; como asimismo el de las pensiones futuras vigentes y devengadas, a medida que las actoras las paguen a los beneficiarios* (considerando 55°).

La sentencia de segunda instancia confirmó íntegramente la de primer grado.

La Corte Suprema, desestimó los recursos de casación intentados por la demandada, sin añadir argumentos de fondo a la decisión del asunto.

### 3. Juicio “Instituto de Seguridad del Trabajo con Helicópteros del Pacífico S.A.”<sup>24</sup>

En este caso el Instituto de Seguridad del Trabajo (IST) ejerció acción de repetición del artículo 69 a) de la Ley 16.744 en contra de la empresa dueña y operadora de un helicóptero que capotó al interior de una viña tras golpear unos cables de tendido eléctrico y que, como consecuencia de ello, provocó lesiones gravísimas a un trabajador de la viña que se encontraba al interior de la aeronave, quien resultó con severas quemaduras quedando, finalmente, en estado vegetal y declarado como “gran inválido”, para efectos de las prestaciones del seguro de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.

Se argumentó por el organismo demandante que, de acuerdo con la investigación efectuada por la Dirección General de Aeronáutica Civil, el accidente se produjo por la conducta negligente del piloto de la aeronave (al no detectar la proximidad de un tendido eléctrico que finalmente golpeó), lo que determinaría la responsabilidad objetiva de la propietaria del helicóptero de acuerdo con las normas del Código Aeronáutico dadas para el transporte aéreo.

En subsidio, para el evento de estimarse improcedente la responsabilidad objetiva del propietario de la aeronave, fundó la acción de repetición del artículo 69 a) en la conducta culpable de la empresa demandada, por el obrar negligente del piloto del helicóptero que era su trabajador.

---

<sup>24</sup> Sentencia de 29 de julio de 2015, dictada por doña María Alejandra Santibáñez Chesta, Jueza titular del Segundo Juzgado Civil de Temuco, en causa Rol C-769-2012; sentencia de 28 de junio de 2016, dictada por la Corte de Apelaciones de Temuco, Rol civil N° 1111-2015, redactada por la Ministra suplente doña María Georgina Gutiérrez Aravena y sentencias de 23 de octubre de 2018 (casación y reemplazo), dictadas por la Corte Suprema, Rol N° 49682-2016, redactadas por el abogado integrante don Carlos Pizarro Wilson.

La demanda reclamó el pago de todos los gastos actuales y futuros en que el Instituto de Seguridad del Trabajo había incurrido y debería incurrir con ocasión del accidente, consistentes en prestaciones de salud, subsidios y pensiones de gran invalidez.

La sentencia de primera instancia, rechazó la acción de repetición negando la procedencia de su fundamento objetivo como que el accidente fuera atribuible a una negligencia del piloto del que deba responder la demandada.

La sentencia de segunda instancia confirmó el rechazo de la demanda.

La Corte Suprema, acogiendo un recurso de casación en el fondo determinó que sí hubo culpa del piloto de la aeronave, pues atendida su calidad profesional y la realización de una actividad peligrosa, le era exigible una conducta distinta a la desplegada que hubiera evitado el accidente. Y establecido lo anterior aplica a la demandada la responsabilidad por hecho ajeno conforme con lo dispuesto en el artículo 2320 del Código Civil, determinando así que “se cumplen los requisitos establecidos en el artículo 69 de la Ley 16.744, para que prospere la acción de reembolso incoada en autos” (considerando 3°); condenando a la demandada *a pagar a la demandante la suma en pesos equivalente a 4841 UF, más los intereses que devengue desde que quede ejecutoriado el presente fallo y hasta su pago efectivo* (parte resolutive)<sup>25</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Efectuado el análisis anterior es posible extraer las siguientes conclusiones:

1. Luego de más de 50 años de vigencia del modelo chileno de resarcimiento de daños derivados de infortunios laborales ha existido un casi absoluto desuso por parte de los organismos administradores del seguro obligatorio existente en la materia, de la acción de repetición establecida en la letra a) del artículo 69 de la Ley 16.744 por las prestaciones que hayan otorgado o deban otorgar al verificarse accidentes del trabajo derivados de dolo o culpa de la entidad empleadora o de un tercero.
2. Tampoco ha intervenido la SUSESO en la materia pese a que, como se ha visto, podría ordenar a los organismos administradores que deduzcan la acción de repetición en comento, o deducirla directamente “cuando lo estimare conveniente” o actuar como tercero coadyuvante en los juicios que ellas inicien por ser instituciones sometidas a su fiscalización.

---

<sup>25</sup> Es de observar, que la sentencia de reemplazo incurre en una confusión al momento de determinar el *quantum* del reembolso al que condena a la demandada. En efecto, se da por establecido, como hecho de la causa, que la “demandante” habría pagado en su oportunidad a la curadora de la víctima directa la suma de UF 4.841 por concepto de indemnización de perjuicios, y en razón de ello, determina que ese será el monto a reembolsar. Sin embargo, por una parte, ello no corresponde a lo solicitado en la demanda, y, por lo demás, se trata de una suma que no fue pagada por la demandante, como afirma la sentencia, sino por la misma demandada en una transacción extrajudicial.

3. Lo anterior representa en los hechos una injustificada renuncia a una de las vías de financiamiento del seguro obligatorio de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales.
4. Así las cosas, los costos de las prestaciones que los organismos administradores del seguro otorgan como consecuencia de la conducta dolosa o culposa de las entidades empleadoras o incluso de terceros causantes de accidentes del trabajo resultan absorbidas por las otras vías de financiamiento del mencionado seguro (entre ellas las cotizaciones efectuadas por empleadores que nada tuvieron que ver con el respectivo accidente).  
Se beneficia así, injustificadamente, a esas entidades empleadoras o terceros negligentes que no responderán del total de los perjuicios que causan, sino solo –y eventualmente– de las indemnizaciones no cubiertas por el organismo administrador del seguro si llega a deducirse en su contra la acción indemnizatoria de la letra b) del artículo 69 de la Ley 16.744.
5. El desuso de la acción materia de este trabajo desvirtúa así uno de los propósitos centrales que tuvo la Ley 16.744 a la hora de introducir el actual modelo resarcitorio de daños derivados de infortunios laborales, el que buscó que, en definitiva, la entidad empleadora o el tercero que cause un accidente del trabajo con culpa o dolo soporte finalmente todos sus costos, como consecuencia del ejercicio de las acciones de repetición e indemnizatoria consagradas en las letras a) y b) de su artículo 69<sup>26</sup>.
6. El hecho que los organismos administradores del seguro deban otorgar administrativamente las prestaciones que señala la Ley 16.744 a los beneficiarios, es una mera garantía respecto de estos<sup>27</sup>, pero ello no implica, en modo alguno, que deban asumir finalmente los costos que genera la culpa o el dolo de una entidad empleadora o incluso de un tercero que cause accidentes del trabajo.
7. En todo caso, el desuso de la acción de repetición en comento puede generar responsabilidad patrimonial para los organismos administradores del seguro y para la SUSESO (y por cierto también para sus directivos por incumplimiento de sus deberes fiduciarios), pues significa una renuncia injustificada a una fuente de

---

<sup>26</sup> Al efecto, en el propio Mensaje del Proyecto que dio lugar a la Ley 16.744 se señaló expresamente: “Elimina el Proyecto el llamado seguro de culpa, que ha existido desgraciadamente en el hecho, y de acuerdo al cual si ocurre un accidente a consecuencia de negligencia o culpa del empresario, a este le basta demostrar que había contrata una póliza para que ninguna responsabilidad le fuera exigida. El proyecto establece que si el accidentado es debido a culpa o dolo del empresario, habrá derecho, por parte de la víctima, a las prestaciones que establece la ley, sin que por ello se exonere al empresario de su responsabilidad, la cual se concreta en la indemnización que deberá pagar el organismo administrador de una suma equivalente a las prestaciones que este haya otorgado. De igual modo, la víctima se hace acreedora a aquellas indemnizaciones adicionales que tenga derecho a reclamar en conformidad al derecho común por el daño sufrido, sea este material o moral”. HISTORIA DE LA LEY N° 16.744, 2018, *Mensaje*.

<sup>27</sup> Y tratándose de las mutualidades este rol de garantía se refleja además en la circunstancia que sus miembros son “solidariamente responsables de las obligaciones contraídas por ellas” (artículo 12 letra e) de la Ley 16.744)

financiamiento del seguro obligatorio existente en la materia, beneficiando con ello a entidades empleadoras o terceros que obran con culpa o dolo generando accidentes del trabajo<sup>28</sup>.

Y debe recordarse a este respecto que la propia SUSESO ha señalado que los fondos que recaudan los organismos administradores (aun en el caso de las mutualidades que son personas jurídicas de derecho privado) tienen el carácter de “fondos públicos” añadiendo que “se les califica como un patrimonio de afectación destinado a cumplir fines sociales que no otorga a su gestor las facultades plenas del dominio”<sup>29</sup>.

8. El impacto social y económico que tienen los infortunios laborales en la práctica es relevante. Los datos estadísticos son elocuentes<sup>30</sup>. Por ello nos parece tanto anómalo como sorprendente el desuso práctico de esta acción de repetición en nuestros tribunales.

El par de casos reseñados, deja sin embargo en evidencia la vigencia y potencialidad de una herramienta injustificadamente olvidada.

9. Finalmente, reiteramos lo conveniente que sería que una reforma legislativa incorpore expresamente en la letra a) del artículo 69 a las enfermedades profesionales, pues la falta de referencia a su respecto no está sustentada, como se ha visto, en razones de fondo.

## BIBLIOGRAFÍA

### a) *Doctrina*

BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

CANCINO, Yasna y CONCHA, Ricardo, 2018: “La responsabilidad civil por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales ante el recurso de unificación de jurisprudencia”, *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 244, pp. 43-89.

---

<sup>28</sup> Y ello sin perjuicio que la legislación penal castiga al que *teniendo a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este, en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato, le irrogare perjuicio (...) omitiendo cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado* (artículo 470 N° 11 del Código Penal), por el que incluso pueden responder las personas jurídicas (a base de lo señalado en la Ley 20.393, especialmente en sus N°s 1 y 3).

<sup>29</sup> Superintendencia de Seguridad Social, Dictamen 16322-1996, de 30 de diciembre de 1996.

<sup>30</sup> Al efecto, de acuerdo con el *Boletín Estadístico de Seguridad Social* publicado por la SUSESO, puede observarse que entre el 2016 y 2019 ocurrieron 892.115 accidentes de trabajo y se diagnosticaron 24.508 enfermedades profesionales, en estadística que no consideró cifras del ISL ni de organismos con administración delegada. Además, en el mismo documento aparece que durante el mismo periodo los organismos administradores del seguro –todos– pagaron 22.238.580 días de subsidio (tanto por accidentes del trabajo como por enfermedades profesionales), por un monto de 443.534.811 (miles de \$). Pagaron también 14.946 indemnizaciones (por ambos infortunios), alcanzando 47.874.789 (miles de \$) y por concepto de pensiones (parcial, total, gran invalidez, viudez, madre de hijo no matrimonial, orfandad y otras), pagaron 279.476.732 (miles de \$). En SUSESO, 2020.

- CONCHA, Ricardo, 2005: *Algunos aspectos de la Responsabilidad Civil derivada de Accidentes del Trabajo ante la Jurisprudencia*. Concepción: Fondo de Publicaciones Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.
- CORRAL, Hernán, 2010: "Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por Accidentes del Trabajo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14 (julio), pp. 69-107.
- CORRAL, Hernán, 2013: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual* (2° edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DIEZ, José Luis, 2005a: "La culpa del empresario por accidentes del trabajo: modernas tendencias jurisprudenciales", en Jorge Baraona y Pedro Zelaya, (eds.), *Cuadernos de Extensión Jurídica Universidad de los Andes*, N° 10, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 73-98.
- DIEZ, José Luis, 2005b: "Víctimas directas y por repercusión en la responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo o enfermedades profesionales en nuestra jurisprudencia reciente: del problema de la competencia a las distorsiones sustanciales", en Susan Turner y Juan A. Varas (coordinadores), *Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005: Código y Dogmática en el Sesquincentenario de la Promulgación del Código Civil*. Valdivia: Universidad Austral, pp. 563-583.
- DIEZ, José Luis, 2008a: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales: aspectos relevantes en su regulación y operatoria actual", *Revista de Derecho Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Volumen 31, N° 2, pp. 163-185.
- DIEZ, José Luis, 2008b: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile: evolución, funcionamiento y propuestas de racionalización (primera parte)", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 223-224, pp. 251-271.
- DIEZ, José Luis, 2009: "Responsabilidad civil derivada de accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile: evolución, funcionamiento y propuestas de racionalización (segunda parte)", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 225-226, pp. 239-291.
- DIEZ, José Luis, 2014: "Prescripción de la acción de responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales sufridos por sus trabajadores", en: Susan Turner y Juan A. Varas (coords.), *Estudios de Derecho Civil IX. Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Valdivia 2013*. Santiago: Editorial Thomson Reuters, pp. 584-591.
- FERNÁNDEZ, Raúl, 2014: "Responsabilidad de la empresa principal en prevención de riesgos laborales: ámbito de aplicación y significado del requisito contratas y subcontratas propias del giro de la empresa principal", *Revista Chilena del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago), volumen 5, N° 10.
- FUENZALIDA, Patricia, 2016: "Sistema de protección frente a los riesgos laborales en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago), volumen 7, N° 13.
- GAJARDO, María Cristina, 2014: "El deber de seguridad", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago), volumen 5, N° 9.
- GAJARDO, María Cristina, 2015: *Accidentes del Trabajo y Enfermedades profesionales*. Santiago: Editorial Legal Publishing.
- HISTORIA DE LA LEY 16.744, 2018: BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL (eds.), *Historia de la Ley N° 16.744*, Santiago: Biblioteca del Congreso Nacional, documento .pdf, disponible en línea: <https://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/109/> (consultado el 30 de octubre de 2021).
- KREBS, Sebastián, 2016: "Plazo de prescripción de la acción de indemnización de perjuicios por daño moral derivado de un accidente del trabajo", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* (Santiago), volumen 7, N° 14.

LANATA, Ruth Gabriela, 2019: *Responsabilidad Contractual y extracontractual por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales* (1ª edición) Santiago: DER Ediciones.

LIZAMA, Luis y LIZAMA, Diego, 2021: "Responsabilidad civil del empleador por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales en Chile. Un análisis desde el derecho y la economía", en Cristián Lepin y Nicolás Stitchkin (editores), *Estatutos especiales de Responsabilidad Civil*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 251-295.

SUSESO, 2020: *Estadísticas de la seguridad social 2020*. Santiago: Superintendencia de Seguridad Social, documento .xlsx, disponible en línea: <https://www.suseso.cl/608/w3-article-639379.html>.

#### b) *Jurisprudencia judicial*

*Asociación Chilena de Seguridad con Minera Sur Andes Ltda.:*

UNDÉCIMO Juzgado Civil de Santiago, 27 de septiembre de 2010, Rol C-4310-2005.

CORTE de Apelaciones de Santiago, 17 de enero de 2013, Rol (civil) Nº 745-2011.

CORTE Suprema, 23 de septiembre de 2013, Rol Nº 2861-2013.

*Instituto de Seguridad del Trabajo con Helicópteros del Pacífico S.A.:*

SEGUNDO Juzgado Civil de Temuco, 29 de julio de 2015, Rol C-769-2012.

CORTE de Apelaciones de Temuco, 28 de junio de 2016, Rol (civil) Nº 1111-2015.

CORTE Suprema, 23 de octubre de 2018 (casación y reemplazo), Rol Nº 49682-2016.

#### c) *Jurisprudencia administrativa*

SUPERINTENDENCIA de Seguridad Social, Dictamen 1496-1990, de 14 de febrero de 1990.  
Consultable en: <https://www.suseso.cl/612/w3-article-27949.html>.

SUPERINTENDENCIA de Seguridad Social, Dictamen 8335-1991, de 4 de octubre de 1991.  
Consultable en: <https://www.suseso.cl/612/w3-article-28702.html>.

SUPERINTENDENCIA de Seguridad Social, Dictamen 9276-1991, de 30 de octubre de 1991.  
Consultable en: <https://www.suseso.cl/612/w3-article-28721.html>.

SUPERINTENDENCIA de Seguridad Social, Dictamen 12159-1996, de 26 de septiembre de 1996.  
Consultable en: <https://www.suseso.cl/612/w3-article-30207.html>.

SUPERINTENDENCIA de Seguridad Social, Dictamen 16322-1996, de 30 de diciembre de 1996.  
Consultable en: <https://www.suseso.cl/612/w3-article-30304.html>.

## El retiro de confianza en el ordenamiento laboral peruano. Necesidad de un reexamen en clave protectora

*Javier Espinoza Escobar\**

### RESUMEN

*El artículo analiza el tratamiento que recibe el retiro de confianza en el ordenamiento jurídico peruano. Se plantea que aquel debe reexaminarse bajo el influjo del principio protector. Así se evitará que los trabajadores con relación de exclusiva confianza se queden al margen de la protección frente al despido otorgada por la Constitución a todos los trabajadores, sin excepción. Se deja en evidencia la utilidad práctica del principio protector para cumplir tal finalidad. Al haberse nutrido de la teoría de la eficacia de los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa e incluir dentro de su contenido la exigencia de causalidad como límite a la decisión extintiva empresarial, el principio se convierte en el mecanismo más eficaz para la integración del derecho frente a la ausencia de norma que regule el retiro de confianza.*

Trabajadores de confianza; principio protector; retiro de confianza

## *The withdrawal of trust in the peruvian labour order. Need for a re-examination in protective key*

### ABSTRACT

*The article analyzes the treatment that the withdrawal of trust gets in the Peruvian legal system. It is suggested that it must be re-examined under the influence of the protective principle. This will prevent workers with a relationship of exclusive trust from being left out of the protection against dismissal granted by the Constitution to all workers, without exception. The practical utility of the protective principle to fulfill this purpose is evident. By having been nourished by the theory of the effectiveness of fundamental rights in the field of the company and including within its content the requirement of causality as a limit to the business termination decision, the principle becomes the most important mechanism for the integration of the law in the absence of rules that regulates the withdrawal of trust.*

Trust workers; protective principle; trust withdrawal

---

\* Abogado por la Universidad de Piura, Perú. Máster en Derecho con mención en Derecho de la Empresa, Universidad de Piura, Perú. Máster en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social a través de la Jurisprudencia, Universidad Rey Juan Carlos, España. Profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad San Ignacio de Loyola, Lima, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9906-0526>. Correo electrónico: [jespinozae@usil.edu.pe](mailto:jespinozae@usil.edu.pe).

Artículo recibido el 29.8.2021 y aceptado para su publicación el 3.5.2022.

## I. INTRODUCCIÓN

Los trabajadores de confianza constituyen una categoría especial de trabajadores cuya relación laboral se constituye y desarrolla en torno a la especial confianza que el empleador deposita en ellos. Esta constituye una razón objetiva con la suficiente entidad para sustentar un tratamiento normativo distinto al del común de los trabajadores, sea en lo correspondiente a las condiciones de trabajo, al goce de ciertos derechos o a la culminación de la relación laboral.

En diversos ordenamientos jurídicos se encuentra reconocida la posibilidad de extinguir, de manera unilateral, el vínculo laboral con los trabajadores de confianza, sin necesidad de expresar causa<sup>1</sup>; o, alegando una causa razonable aun cuando no coincida con las causas justas para la rescisión del contrato<sup>2</sup>. Asimismo, se da por establecido, y así se recoge legislativamente, que esta culminación del vínculo no generará readmisión en el empleo sino el pago de una indemnización<sup>3</sup>.

A pesar de la existencia de un antecedente que regulaba la cuestión del retiro de confianza y reconocía el pago de una indemnización<sup>4</sup>, en la actualidad, Perú no cuenta con una disposición específica ni genérica que regule el retiro de confianza; esto significa que no se encuentra reconocido como causa de extinción de la relación laboral, tampoco se exige el cumplimiento de formalidad alguna para hacerlo efectivo, ni mucho menos se reconocen consecuencias jurídicas para esta decisión empresarial unilateral.

Después de sucesivas marchas y contramarchas, y a partir de la diferenciación entre trabajadores de confianza con relación de exclusiva confianza y con relación laboral mixta, tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han establecido como criterio jurisprudencial que, a los primeros, no les corresponde reposición en el empleo ni indemnización en caso de retiro de confianza. En cambio, a los segundos, les corresponde retornar a su puesto de origen y, en todo caso, la indemnización, en el caso que el empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a él.

---

<sup>1</sup> Por ejemplo, en España el Real decreto 1382/1985, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección, artículo 11. El desistimiento empresarial no requiere expresar causa, pero se debe realizar la comunicación por escrito y mediando un preaviso. En el Código de Trabajo de Chile de 1994, no se exige expresión de causa, pero el desahucio debe realizarse por escrito. Igual requerimiento en el Código de Trabajo del Ecuador de 2005, artículo 184°.

<sup>2</sup> Ley Federal del Trabajo de México de 1970, artículo 185°.

<sup>3</sup> Como ocurre en el Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto de España, sea que se trate de indemnización pactada en el contrato o a falta de esta la que establezca la ley. En el Código de Trabajo de Ecuador se regula una bonificación por desahucio (artículo 185). Según el Código de Trabajo de Chile, se pagará una indemnización en dinero, cuando no se anticipe por escrito el desahucio en los términos que precisa la ley (artículo 161°).

<sup>4</sup> Nos referimos a la Ley 24514 de 1986. En su artículo 15° estableció que quienes desempeñaran cargos de confianza estaban amparados por la ley; "pero solo podrán ejercitar la acción indemnizatoria". Según esta norma, eran cargos de confianza los que "se ejercen a nivel de dirección los que conllevan poder decisorio o importan representación general del empleador". La mencionada norma estuvo vigente hasta el 12 de noviembre de 1991.

Este artículo se centrará en los trabajadores con relación de exclusiva confianza del régimen laboral privado. Se brindarán argumentos dirigidos a sostener que a estos sí les corresponde protección frente al retiro de confianza. La base fundamental con la que se construirán esos argumentos será el principio protector que “constituye el núcleo central y básico del sistema”<sup>5</sup> del Derecho del Trabajo. Se plantea que este no solo es una simple regla inspiradora del ordenamiento laboral, sino que constituye una verdadera herramienta con utilidad práctica para brindar amparo al trabajador.

Para realizar tal tarea, se abordará el tratamiento normativo de los trabajadores de confianza en Perú; también se revisará el recorrido y sentido de los diversos pronunciamientos emitidos por el Tribunal Constitucional y la Corte Suprema hasta llegar al criterio actualmente vigente que niega la indemnización a los trabajadores con relación de exclusiva confianza. Posteriormente, se plantearán tres argumentos construidos en torno al principio protector con el fin de sustentar que los trabajadores con relación de exclusiva confianza sí tienen derecho a la indemnización frente al retiro de confianza. Finalmente, se esbozarán algunas conclusiones.

## II. PUNTO DE PARTIDA: EL TRATAMIENTO NORMATIVO DE LOS TRABAJADORES DE CONFIANZA DEL RÉGIMEN LABORAL PRIVADO EN EL ORDENAMIENTO PERUANO

No existe en Perú una norma que regule de manera unificada las diversas cuestiones laborales relacionadas con la categoría especial de los trabajadores de confianza del régimen laboral privado. No obstante, el artículo 43° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral de 1997 (en adelante, LPCL) reconoce dentro de esta categoría a dos tipos de trabajadores: el personal de dirección y los trabajadores de confianza<sup>6</sup>.

Según esta disposición, el personal de dirección es “aquel que ejerce la representación general del empleador frente a otros trabajadores o a terceros, o que lo sustituye, o que comparte con aquellas funciones de administración y control o de cuya actividad y grado de responsabilidad depende el resultado de la actividad empresarial”. Asimismo, serán trabajadores de confianza “aquellos que laboran en contacto personal y directo con el empleador o con el personal de dirección, teniendo acceso a secretos industriales, comerciales o profesionales y, en general, a información de carácter reservado. Asimismo, aquellos cuyas opiniones o informes son presentados directamente al personal de dirección, contribuyendo a la formación de las decisiones empresariales”.

A partir de esta disposición, los Tribunales de Justicia han concluido que el personal de dirección, “tiene poder de decisión y actúa en representación del empleador, con poderes propios de él”<sup>7</sup>, a diferencia del personal de confianza que “únicamente coadyuva

<sup>5</sup> PLÁ, 1978, p. 34.

<sup>6</sup> A lo largo de la presente contribución se utilizará el término “trabajadores de confianza” para referirnos a las dos categorías de trabajadores mencionados en el citado artículo.

<sup>7</sup> Por todas, Corte Suprema, 17.12.2009, casación laboral N° 25643-2017-Arequipa.

a la toma de decisiones por parte del empleador o del referido personal de dirección, son sus colaboradores directos”<sup>8</sup>.

En todo caso, la confianza que deposita el empleador en los trabajadores será el elemento basilar que le otorga a esta relación laboral un carácter especial<sup>9</sup>. En virtud de ella, tendrán un “grado mayor de responsabilidad, a consecuencia de que el empleador les ha delegado la atención de labores propias de él, otorgándoles una suerte de representación general”<sup>10</sup>; y, por tanto, tendrán una posición de preeminencia dentro de la estructura organizativa de la empresa.

La intrínseca relación entre la confianza y las funciones, tareas y responsabilidades que desempeñan sustenta la posibilidad de otorgarles un tratamiento particular “con unos efectos jurídicos propios y distintos a los que se generan con los trabajadores ordinarios y con una exigencia cualificada de la obligación de actuar de buena fe, pues a ellos se exigirá más que al común de los trabajadores”<sup>11</sup>. La afirmación anterior guarda relación con la disposición constitucional que posibilita dictar leyes especiales “porque así lo exige la naturaleza de las cosas, pero no por razón de las diferencias de las personas” (artículo 103° de la Constitución de 1993); asimismo, con la posibilidad legítima de que “bajo ciertos esquemas y parámetros” se permita un tratamiento diferenciado, siempre que existan causas objetivas y razonables que lo justifiquen<sup>12</sup>. En el caso de los trabajadores de confianza, las causas objetivas y razonables se vinculan con la especial función o actividad que desempeñan al interior de la empresa.

El artículo 44° de la LPCL precisa que los trabajadores de confianza pueden acceder a tal condición, directamente o por promoción. Según el Tribunal Constitucional<sup>13</sup>, en el primer caso, nos encontramos frente a los trabajadores con relación de exclusiva confianza; es decir, aquellos “contratados específicamente para cumplir funciones propias del personal de confianza y que, en consecuencia, desde el inicio de la relación laboral tienen pleno conocimiento de lo que ello implica”. En el segundo caso, ante los trabajadores con relación laboral mixta; es decir, aquellos “que accedieron a un puesto de trabajo para realizar funciones comunes u ordinarias, pero que posteriormente, por determinados factores, el empleador les asignó el cumplimiento de funciones propias de un trabajador de confianza”.

Sea cual fuere el modo de acceso, debe tenerse en cuenta que “en la designación o promoción del trabajador, la ley no ampara el abuso del derecho o la simulación”<sup>14</sup>. Como se verá más adelante, esta diferencia constituye la base con las que los Tribunales

<sup>8</sup> Por todas, Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

<sup>9</sup> DE BUEN, 2000, p. 14.

<sup>10</sup> Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

<sup>11</sup> ESPINOZA, 2017b, p. 132.

<sup>12</sup> Por todas, Tribunal Constitucional, 21.11.2007, expediente N° 00027-2006-PI/TC.

<sup>13</sup> Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-AA/TC. El mismo criterio en Corte Suprema, 23.08.2016, casación laboral N° 18450-2015-Lima.

<sup>14</sup> Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, artículo 44°.

de justicia excluyen a los trabajadores con relación de exclusiva confianza de la protección frente al retiro de confianza.

Al margen del procedimiento legal para la calificación de los puestos de dirección o de confianza que debe seguir el empleador<sup>15</sup>, su inobservancia “no enerva dicha condición, si de la prueba actuada esta se acredita”<sup>16</sup>. Será entonces el principio de primacía de la realidad el que juegue un rol fundamental en la identificación de esta categoría de trabajadores, pues de aquella dependerá la validez del tratamiento diferenciado respecto de los trabajadores ordinarios<sup>17</sup>. De esta forma, la calificación del puesto como uno de dirección o de confianza se vinculará con la naturaleza de la función desempeñada; o sea, con “las labores o funciones objetivas que se derivan de la posición o puesto”<sup>18</sup> que deberán estar relacionadas “en forma inmediata y directa con la vida misma de las empresas, sus intereses, la realización de sus fines y con su dirección, administración, entre otras actividades”<sup>19</sup>.

Acerca de la materia concreta que nos ocupa, esto es, el retiro de confianza; no existe ninguna disposición expresa que lo reconozca como causa de extinción de la relación laboral, ni que establezca un procedimiento o determine las consecuencias jurídicas que aquel genera. Tampoco se encuentra considerado entre las causas de extinción del contrato de trabajo contempladas en la LPCL. Pese a ello, en la práctica, se lo trata como “una situación especial que extingue el contrato de trabajo de naturaleza subjetiva”<sup>20</sup>. Esta tiene como fundamento el poder de dirección del empleador, esto es, su potestad para “estructurar, categorizar y organizar su fuerza laboral”<sup>21</sup> y —como no podía ser de otra forma— la confianza, o más bien, la pérdida de esta.

A partir de ello, se pueden esbozar sus elementos configuradores: (i) unilateralidad, pues, al igual que el despido, la manifestación de voluntad depende, única y exclusivamente, del empleador; (ii) carácter recepticio, porque el retiro de confianza requiere ser conocido por el trabajador; (iii) inexistencia de forma prescrita; esto es, ausencia de procedimiento o forma alguna para darse a conocer; (iv) inexistencia de preaviso, lo que permite que se ejerza en cualquier momento y que tenga efectos inmediatos; (v) ausencia de causa, porque el retiro de confianza no requiere de la explicitación de una

<sup>15</sup> Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo, 1996, artículo 60°.

<sup>16</sup> Tribunal Constitucional, 19.04.2005, expediente N° 1651-2005-PA/TC. Según esta, la omisión de consignar en la resolución de designación la calificación del trabajador de confianza “no enervaría dicha condición, ya que la categoría de trabajador de confianza depende de la naturaleza de las funciones desempeñadas” (fundamento jurídico 7).

<sup>17</sup> Así, entre otras, la Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, 2002 que los excluye de la jornada máxima legal y del derecho al pago de horas extras; la Ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, 1992 que recoge el impedimento de afiliación sindical; o la propia Ley de Productividad y Competitividad Laboral 1997 que establece un periodo de prueba mayor (6 meses para los trabajadores de confianza y un año para el personal de dirección).

<sup>18</sup> TOYAMA y MERZTHAL, 2014, p. 83.

<sup>19</sup> Tribunal Constitucional, 19.04.2005, expediente N° 1651-2005-PA/TC.

<sup>20</sup> Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

<sup>21</sup> ARCE y QUISPE, 2021, p. 23.

causa o motivación para hacerla efectiva<sup>22</sup>, “es suficiente con que exista una pérdida de confianza por parte de la empresa”<sup>23</sup> en el trabajador; y, (vi) carácter constitutivo de la declaración del empleador, porque la sola declaración del retiro de confianza genera la extinción de la relación laboral especial, cuando se trata de trabajadores con relación de exclusiva confianza<sup>24</sup>.

Como se aprecia, la confianza adquiere trascendencia no solo para la constitución de la relación laboral sino, especialmente, para la estabilidad en el empleo, pues este se convierte en “el espacio de mayor vulnerabilidad de los trabajadores de confianza”<sup>25</sup> con especiales singularidades<sup>26</sup>.

Al margen de lo señalado, la cuestión central es determinar si el retiro de la confianza genera algún mecanismo de protección ante la repentina pérdida de empleo, específicamente, de aquellos trabajadores con relación de exclusiva confianza. Esta respuesta vino de los tribunales de justicia como se muestra a continuación.

### III. LA RESPUESTA JURISPRUDENCIAL A LA CUESTIÓN DEL RETIRO DE CONFIANZA

Frente a la ausencia de regulación normativa han sido los Tribunales de Justicia del más alto nivel (Tribunal Constitucional y Corte Suprema) los que han ido atribuyendo diversas –y contradictorias– consecuencias jurídicas al retiro de confianza.

En un primer momento, se estableció que a “quien ejerce un puesto de confianza no le corresponde la reposición, sino la indemnización”<sup>27</sup>, siendo necesario para ello que “se acredite fehacientemente el cargo ejercido”<sup>28</sup>. Así, se convalidó la posibilidad de dejar sin efecto la relación laboral de un trabajador con relación de exclusiva confianza, alegando retiro de confianza, sin necesidad de expresar motivo, siempre y cuando se cumpla con pagar la respectiva indemnización<sup>29</sup>.

<sup>22</sup> Corte Suprema, 17.12.2019, casación laboral Nº 25643-2017-Arequipa.

<sup>23</sup> RAMOS, 2021, p. 987. El autor expresa que esta facultad excepcional *ad nutum* se apoya “en la supletoriedad de la legislación civil y mercantil y sus principios generales; y en la inexistencia de un régimen disciplinario en sentido propio”, tal como se desprende del Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto..

<sup>24</sup> La precisión es fundamental. Tanto el Tribunal Constitucional como la Corte Suprema han determinado que, en el caso de los trabajadores con relación laboral mixta, el retiro de la confianza origina que el trabajador vuelva a ocupar el puesto primigenio del que fue promovido. Como se puede apreciar, la relación laboral continuará vigente, siendo que, a partir de la comunicación del retiro de confianza, el trabajador volverá a desarrollar las funciones ordinarias correspondientes al puesto originario del que fue promovido. Funciona en la práctica como un cambio de puesto de trabajo.

<sup>25</sup> REYNOSO, 1992, p. 38.

<sup>26</sup> RAMOS, 2021, p. 973.

<sup>27</sup> Tribunal Constitucional, 13.04.2007, expediente Nº 00078-2006-PA/TC. Tribunal Constitucional, 19.04.2004, expediente Nº 00746-2003-AA/TC. Tribunal Constitucional, 17.02.2005, expediente Nº 4492-2004-AA/TC.

<sup>28</sup> Tribunal Constitucional, 19.04.2004, expediente Nº 00746-2003-AA/TC.

<sup>29</sup> TOYAMA y MERZTHAL, 2014, p. 89.

Si el trabajador de confianza mantuvo una relación laboral mixta, entonces el retiro de confianza generaba el derecho a retornar al puesto original del que fue promovido porque “suponer lo contrario, es decir que incluso en tales casos el retiro de la confianza implica la ruptura del vínculo laboral, significaría permitir un abuso del derecho del empleador, lo cual es prohibido por el artículo 103° de la Constitución”<sup>30</sup>.

Esta doctrina constitucional también fue asumida por la Corte Suprema. Según esta, a los trabajadores de confianza les corresponde el pago de una indemnización por despido arbitrario porque “se encuentran igualmente protegidos contra el despido arbitrario” al haber sido despedidos sin expresión de causa<sup>31</sup>. Asimismo, partiendo de la no inclusión del retiro de confianza dentro de las causales de extinción de la relación laboral contempladas en el artículo 16° de la LPCL, la Corte concluyó en otro pronunciamiento que “sí corresponde al trabajador de confianza en particular, como a todo trabajador en general, el derecho a la protección contra el despido arbitrario”<sup>32</sup>.

Como se aprecia en las citadas resoluciones, en el caso de retiro de confianza a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, el derecho al trabajo y la protección frente al despido arbitrario implicaban el pago de la indemnización contemplada en la ley. Debido a la especial relación existente entre las partes, la forma adecuada de proteger el derecho al trabajo frente a la culminación del vínculo laboral sin expresión de causa contemplada en la ley no podía ser la reposición, sino la indemnización.

Sin embargo, junto con este criterio, marchaba de forma paralela otro, según este, no se produce afectación de derecho constitucional alguno por el retiro de la confianza en tanto que, desde el inicio de la relación laboral, la estabilidad en el empleo estaba supeditada a la confianza del empleador.

Así, en un caso en el que el demandante ejerció como Gerente de Administración y Finanzas, la Corte expresó que: “la conclusión de su relación laboral no vulnera derecho constitucional alguno, ya que el puesto del demandante, desde el inicio de la relación laboral, estaba sujeto a la confianza del empleador para su estabilidad en el empleo”<sup>33</sup>. En otra sentencia, se afirmó que “con la expedición de la Carta EF/92.2000 N° 109-2010, de fecha 2 de junio de 2010 (folio 40), que dio por concluida la designación del demandante en el cargo que ocupaba, no se ha vulnerado derecho constitucional alguno”<sup>34</sup>.

Por su parte, la Corte Suprema<sup>35</sup> declaró, de manera controversial y sin mayor sustento, que la regla jurisprudencial que otorga indemnización frente al retiro de

---

<sup>30</sup> Tribunal Constitucional, 13.11.2007, expediente N° 08257-2006-PA/TC. Agregó que “la admisión del retiro de confianza en tal supuesto como causal válida de ruptura del vínculo laboral supondría admitir una forma de despido arbitrario dado que representaría una forma indirecta de despido incausado” (fundamento jurídico 9). Similar criterio en Tribunal Constitucional, 15.03.2007, expediente N° 3501-2006-PA/TC.

<sup>31</sup> Corte Suprema, 1.12.2000, casación laboral N° 1489-2000-Lima.

<sup>32</sup> Corte Suprema, 23.01.2006, casación laboral N° 0498-2005-Lima.

<sup>33</sup> Tribunal Constitucional, 10.09.2012, expediente N° 01849-2012-AA/TC.

<sup>34</sup> Tribunal Constitucional, 21.11.2017, expediente N° 01384-2015-PA/TC. De la misma forma, Tribunal Constitucional, 12.12.2018, expediente N° 02340-2017-PA/TC.

<sup>35</sup> Corte Suprema, 23.08.2016, casación laboral N° 18450-2015-Lima.

confianza resulta un absurdo porque significaría que los contratos de trabajo para ejercer un puesto de confianza deben contener “tácitamente una cláusula de ‘indemnización por despido arbitrario’, toda vez que siempre que cese el trabajador, sea cual fuere la causa, incluyendo el retiro de confianza, tendría que ser indemnizado por ser arbitrario dicho cese”. Precisó, además, que el retiro de confianza no constituye un caso de despido arbitrario, sino una situación especial de naturaleza subjetiva por la que se pone fin al contrato de trabajo “y como tal no resultaría factible juzgar el carácter arbitrario ni el despido”. Por tanto, al haberse probado “la no existencia de despido, en los términos normativos, y menos que se pueda juzgar el carácter arbitrario o no del mismo por las razones señaladas (...), mal podría resultar aplicable una norma cuyo supuesto de hecho es la preexistencia acreditada de un despido arbitrario”.

A partir de lo resuelto, la Corte Suprema inicia una línea jurisprudencial que deja en la absoluta desprotección a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, frente al retiro de confianza. Después de un retroceso temporal en esta nueva línea jurisprudencial<sup>36</sup>, esta termina consolidándose mediante lo aprobado en la IV conclusión del VII Pleno Jurisdiccional Supremo en materia laboral y previsional<sup>37</sup>. Según esta, a los trabajadores con relación de exclusiva confianza del sector privado a quienes se retira la confianza “no les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso que su empleador les retire la confianza”; mientras que a los que ingresaron inicialmente a un cargo en el que realizaban funciones comunes u ordinarias, y que fueron promovidos a un cargo de confianza “les corresponde el pago de la indemnización por despido arbitrario en caso que su empleador les impida reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo luego de retirada la confianza; o cuando el propio trabajador opte por no reincorporarse a su antiguo puesto de trabajo”.

Jurisprudencialmente, y sin mayores argumentos, se impone una diferencia de tratamiento entre los trabajadores de confianza, a partir de su forma de ingreso al puesto. Así, los trabajadores con relación de exclusiva confianza quedan excluidos de cualquier mecanismo de protección frente al retiro de confianza que se convierte, de esta forma, en una causa “válida” de extinción de la relación laboral, sin mayores consecuencias jurídicas. Este proceder de los tribunales afecta el contenido esencial del derecho al trabajo y a la

---

<sup>36</sup> De forma temporal, la Corte regresó al criterio tradicional: Corte Suprema, 9.09.2016, casación laboral Nº 3106-2016- Lima. En su considerando décimo se precisó que el dispositivo legal que exige causa justa para el despido “no señala en absoluto que se excluya a los trabajadores de confianza, es decir no hace distinción con los trabajadores del régimen común”.

En otra sentencia, a partir del marco jurídico internacional y nacional (constitucional y legal) manifestó que la indemnización recogida en la ley y “concebida como una reparación del daño ocasionado al trabajador por la disolución abusiva e ilegal del contrato por parte de su empleador e interpretada sistemáticamente con las que emanan de las disposiciones contenidas en los artículos 43° y 44° del mismo cuerpo normativo (que conceptualizan al personal de dirección y a los trabajadores de confianza); no limita a aquellos, la protección adecuada contra el despido arbitrario al que se refiere el artículo 27° de la Constitución”. Corte Suprema, 6.07.2017, casación laboral Nº 18482-2015- Lima.

<sup>37</sup> Este Pleno Jurisdiccional reunió a los Jueces Supremos integrantes de la Primera y Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República el 22 de mayo de 2018. Los acuerdos fueron publicados en el diario oficial *El Peruano* el 1 de setiembre de 2018.

protección frente al despido regulados en los artículos 22<sup>o38</sup> y 27<sup>o39</sup> de la Constitución; la propia interpretación que, acerca de dichas disposiciones, han sido emitidas por el Tribunal Constitucional y el principio protector, fundamento del ordenamiento laboral.

A continuación se brindarán argumentos destinados a sustentar la necesidad de reorientar el tratamiento del retiro de confianza de los trabajadores con relación de exclusiva confianza, a partir del principio protector y desde una visión constitucional.

#### IV. EL RETIRO DE CONFIANZA A LA LUZ DEL PRINCIPIO PROTECTOR

El principio protector ha sido la piedra angular donde se originó y desarrolló el Derecho del Trabajo. La evidencia de que la vinculación jurídica entre empleador y trabajador no se produce entre dos sujetos en igualdad de condiciones ha implicado la creación de todo un sistema normativo e institucional destinado a equilibrar esta desventaja. La idea histórica del Derecho del Trabajo se construye en torno a una “fórmula compleja y paradójica” en la que se vinculan la libertad, el sometimiento y los límites al sometimiento<sup>40</sup>. Estos límites, impuestos desde el Estado o desde la autonomía colectiva, no tienen otra finalidad que lograr un “régimen de trabajo realmente humano”<sup>41</sup>, en el que se aseguren condiciones mínimas de empleo y se resguarden los derechos fundamentales del contratante más débil.

El principio protector sigue siendo “la columna vertebral”<sup>42</sup> del ordenamiento laboral. Implica un mandato dirigido al legislador para que, en la producción de normas laborales, se brinde una tutela preferente a favor del trabajador. Sin duda, este mandato carecería de toda eficacia si el juez lo omite al momento de administrar justicia laboral, pues en este ámbito vuelve a reproducirse la posición desigual entre trabajador y empleador; y, por tanto, se acrecienta el deber del juez de abocarse “a la aplicación del derecho laboral a los casos particulares, con carácter tuitivo y justo”<sup>43</sup>.

El carácter fundamental del principio protector y su razón de ser vinculada con la defensa de la dignidad del trabajador lo dota de la suficiente fuerza y versatilidad para mantenerse vigente, pese a los embates que recibe desde la economía que pretenden subordinarlo a criterios de eficiencia, flexibilidad, competitividad y las reglas del mercado<sup>44</sup>. De la misma forma, sigue siendo capaz de fundamentar la adaptación del Derecho del Trabajo a cualquier tipo de relación laboral, general o especial y a los diversos

---

<sup>38</sup> Constitución de 1993, artículo 22: “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona”.

<sup>39</sup> Constitución de 1993, artículo 27: “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario”.

<sup>40</sup> GOLDIN, 2014, p. 31.

<sup>41</sup> Constitución de la OIT de 1919, preámbulo.

<sup>42</sup> GAMONAL, 2013, p. 448

<sup>43</sup> Díez, 2019, p. 341.

<sup>44</sup> GOLDIN, 2014, p. 37

cambios económicos, productivos, tecnológicos, organizativos, etc., que han afectado el mundo de la empresa y del trabajo, pues “el fenómeno que le dio vida al principio se mantiene en su esencia” y exige que este “se ajuste a estas nuevas realidades sociales”<sup>45</sup>. El principio protector debe seguir siendo el punto de inicio y de retorno de cualquier proceso de recreación del Derecho del Trabajo.

Llevado a la problemática que aquí nos ocupa, este principio constituye la base fundamental para sustentar que los trabajadores con relación de exclusiva confianza, a pesar de la especial relación que mantienen con su empleador, tienen derecho a percibir la indemnización en caso de retiro de confianza; sobre todo si se tiene en cuenta que tal facultad empresarial no se encuentra regulada en nuestro ordenamiento jurídico y que sí se ha contemplado todo un conjunto de mecanismos garantistas de la estabilidad laboral y el derecho al trabajo, del que no se encuentran excluidos los trabajadores de confianza.

Para ello se vinculará al principio protector con la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales. Asimismo, se sustentará que la exigencia de causalidad para la extinción de la relación laboral sumada a mecanismos como la indemnización por despido arbitrario son expresión del principio protector. Finalmente, se revalorará la función del principio protector como mecanismo de integración. En ese sentido, la laguna del derecho existente en relación con el retiro de confianza, debe llenarse adecuadamente desde una perspectiva protectora y desde una visión constitucional.

#### 1. *La eficacia horizontal de los derechos fundamentales como expresión constitucional del principio protector*

La Constitución ha dejado de ser considerada exclusivamente como un sistema de garantías de protección de los derechos fundamentales frente a posibles agresiones por parte del Estado, para extenderse también a las relaciones entre particulares. Con ello se busca “contrarrestar la potencialidad lesiva de los poderes privados”<sup>46</sup> que a lo largo del tiempo han logrado “salir avantes de sus propias transgresiones a la vida social. La nueva dimensión de los derechos fundamentales va en el sentido de propiciar mecanismos de defensa acordes con un Estado ciudadanizado y con el empoderamiento de la sociedad civil organizada”<sup>47</sup>.

Esto significa que los derechos fundamentales “rigen como derechos subjetivos incondicionales en las relaciones jurídicas entre privados, siendo oponibles, por tanto, no solo a los poderes públicos, sino también a las personas privadas, desarrollando una eficacia horizontal”<sup>48</sup>. Por ello, la vigencia de los derechos fundamentales se extiende a las relaciones laborales que se desarrollan dentro de la empresa y que muestran una

<sup>45</sup> BALLESTEROS, 2002, p. 114

<sup>46</sup> BLANCAS, 2011, p. 285.

<sup>47</sup> ARROYO, 2015, p. 228.

<sup>48</sup> CAAMAÑO, 2006, p. 24.

situación de desventaja de quien se encuentra subordinado frente a quien ejerce el poder de dirección<sup>49</sup>.

Esta situación de desventaja se manifiesta con mayor intensidad en el momento de la culminación de la relación laboral por decisión unilateral del empleador, pues con ella se deja al trabajador, sea ordinario o cualificado, fuera del sistema que le proporciona la posibilidad de ejercer adecuadamente su ciudadanía social. Por eso el despido, entendido de forma amplia como cualquier terminación derivada de la voluntad unilateral del empleador, es “un acto de violencia del poder privado”, con su ejecución se “crea una persona sin cualidad social, porque la cualidad de la misma y los referentes que le dan seguridad en su vida social depende del trabajo”<sup>50</sup>.

Adquiere así vigencia una regla de actuación exigible a los tribunales de justicia, esto es, que “el derecho constitucional debe proyectarse en sentido protector a favor del trabajador”<sup>51</sup>. Tal es su importancia que se convierte en la premisa con la que “debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”. La actuación desde una perspectiva protectora permitirá proteger efectivamente el trabajo humano, y concretamente, a la persona que lo realiza<sup>52</sup>. El principio protector se refuerza al nutrirse de los valores, principios y derechos fundamentales reconocidos en la Constitución al punto que estos se convierten en límites y marcos en los que debe desenvolverse la autonomía de la voluntad<sup>53</sup>.

Solo de esta forma se dará contenido a las disposiciones constitucionales que consagran la cláusula del Estado social y democrático de derecho (artículo 43°), al deber de todos los peruanos de “respetar, cumplir y defender la Constitución y el ordenamiento jurídico de la nación” (artículo 38°), así como al deber estatal de garantizar la plena vigencia de los derechos humanos (artículo 44°), inclusive al interior de las relaciones entre particulares. No en vano, la suprema norma precisa que “Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador” (artículo 23°).

Queda claro que, en lo concerniente a las controversias vinculadas con las relaciones de trabajo, existe un marco constitucional que sustenta la eficacia horizontal de los derechos fundamentales vinculada al principio protector. Este cumplirá una función interpretativa, integradora e informadora del ordenamiento jurídico laboral y

---

<sup>49</sup> Y es que “los derechos constitucionales informan y se irradian para todos los sectores del ordenamiento jurídico –incluidos los referidos a materia laboral–”. Tribunal Constitucional, 13.03.2003, expediente N° 976-2001-AA/TC.

<sup>50</sup> BAYLOS y PÉREZ, 2009, p. 44.

<sup>51</sup> ERMIDA, 2011, p. 16. Para el autor, la finalidad protectora del Derecho del Trabajo y su preocupación por cautelar la dignidad de la persona “coloca al derecho del trabajo en el tronco mismo de derechos fundamentales”.

<sup>52</sup> Cuestión que, además, se sustenta en la Constitución de 1993. Según su artículo 23°: “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, el cual protege especialmente a la madre, al menor de edad y al impedido que trabajan”.

<sup>53</sup> BLANCAS, 2011, p. 286.

su real vigencia “dependerá de la aplicabilidad que le dé la justicia laboral y la justicia constitucional”<sup>54</sup> en cada caso concreto.

Pero todo este esquema constitucional que rige las relaciones laborales pierde su razón de ser si el juzgador se aleja de una actuación iusgarantista, excluyendo a un grupo de trabajadores de la protección que los artículos 22° y 27° de la Constitución otorgan, sin distinción alguna, frente a la culminación arbitraria de la relación. Como afirman Vivanco y Martínez<sup>55</sup>, el rol de garante que cumple el juez no solo está referido a velar por la supremacía de la Constitución, sino que incluye el deber “de proteger los derechos y libertades fundamentales”, pues se trata de “facultades jurídicas invocables ante ellos”. Cualquier actuación que no evidencie el cumplimiento estricto de este deber, colisiona con la obligación constitucional de administrar justicia con arreglo a la Constitución y a las leyes y de preferir la norma constitucional a la legal, en caso de incompatibilidad entre ellas (artículo 138°).

La eficacia normativa de la Constitución vincula a los poderes públicos, incluido el Poder Judicial que, al constituir “el primer nivel de protección de los derechos fundamentales”<sup>56</sup> también queda vinculado por “la interpretación que de ella efectúa el tribunal constitucional en su función de intérprete supremo”<sup>57</sup>. Por tanto, una actuación contraria estaría viciada de inconstitucionalidad.

En esta cuestión relacionada con el retiro de confianza se echa en falta una solución con orientación protectora, pues, como ha precisado el Tribunal Constitucional, “la culminación de la relación laboral por voluntad unilateral del empleador, (...) debe también plantearse tomando como base a la eficacia *inter privatos* de los derechos constitucionales”<sup>58</sup>. Como se verá a continuación, mediante la exigencia de causalidad y del pago de una indemnización se construye la protección frente a la decisión unilateral del empleador de extinguir la relación laboral con los trabajadores de confianza.

## 2. *La exigencia de causalidad y el pago de la indemnización como expresión del principio protector en materia de extinción del vínculo laboral*

A partir de la doctrina de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, y acudiendo a los tratados de derechos humanos ratificados por Perú, el Tribunal Constitucional ha desarrollado, de manera progresiva, el contenido del derecho al trabajo y el derecho a la protección frente al despido arbitrario.

Según el supremo intérprete<sup>59</sup>, el contenido esencial del derecho al trabajo incluye la proscripción de ser despedido, salvo por causa justa. Implica también que, al momento en que el legislador cumpla con el mandato constitucional de dotar de protección frente

<sup>54</sup> GAMONAL, 2013, p. 448.

<sup>55</sup> VIVANCO y MARTÍNEZ, 1997, p. 68.

<sup>56</sup> Tribunal Constitucional, 19.09.2011, expediente Nº 03191-2011-PA/TC.

<sup>57</sup> APARICIO, 1989, p. 50.

<sup>58</sup> Tribunal Constitucional, 11.07.2001, expediente Nº 1124-2001-AA/TC.

<sup>59</sup> Tribunal Constitucional, 11.07.2001, expediente Nº 1124-2001-AA/TC.

al despido arbitrario, no afecte el contenido esencial del derecho al trabajo porque “el empleador no cuenta con una facultad de despido arbitrario”. Además, “las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable”.

Se entiende el despido como cualquier forma de terminación unilateral de la relación laboral dependiente de la voluntad del empleador<sup>60</sup>. Si aquel carece de causa justa se deberá activar la tutela del ordenamiento jurídico, porque la causalidad “integra el núcleo duro del derecho constitucional al trabajo”<sup>61</sup>. Esta misma razón debe extenderse a cualquier situación que ponga fin a la relación laboral, como lo es el retiro de confianza. De allí que el ordenamiento peruano ha considerado una lista *numerus clausus* de causas de extinción de la relación laboral, no siendo posible que se puedan crear causas distintas a las legalmente establecidas, ya sea por voluntad del empleador, por acuerdo de partes o por “decisión” judicial, en caso de laguna del derecho. Se vincula así el principio de causalidad con el de legalidad como mecanismos garantistas de la estabilidad en el empleo y de protección efectiva frente a cualquier culminación a sola voluntad del empleador.

Esta exigencia es mayor, por cuanto Perú ha ratificado tratados internacionales que reconocen expresamente el derecho al trabajo y “la estabilidad de los trabajadores en sus empleos, de acuerdo con las características de las industrias y profesiones y con las causas de justa separación”<sup>62</sup>. Si bien la estabilidad laboral no consiste en una “permanencia irrestricta en el puesto de trabajo”, sí implica otorgar “debidas garantías de protección al trabajador a fin de que en caso de despido se realice este bajo causas justificadas”<sup>63</sup>.

Asimismo, aun cuando no ha sido ratificado por Perú, por tratarse de una norma que consagra derechos fundamentales en el trabajo; y, por tanto, ser de *ius cogens*, se debe tomar en cuenta el Convenio 158 (1982) de la OIT sobre la terminación de la relación de trabajo. En su artículo 4° se precisa que: “No se pondrá término a la relación de trabajo de un trabajador a menos que exista para ello una causa justificada relacionada con su capacidad o su conducta o basada en las necesidades de funcionamiento de la empresa, establecimiento o servicio”<sup>64</sup>. La OIT coloca como piedra angular de las disposiciones del Convenio a “la necesidad de que la terminación se fundamente en una causa justificada”<sup>65</sup>; por eso es cuestionable que el ordenamiento jurídico admita la sola existencia de una causal de terminación del contrato que no requiera motivación, pues

<sup>60</sup> BAYLOS y PÉREZ, 2009, p. 26. En el mismo sentido, NEVES, 2015, p. 228.

<sup>61</sup> FERRO, 2012, p. 484.

<sup>62</sup> Protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos (1988) ratificada por Perú en 1995, artículo 7, literal d).

<sup>63</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, 31.08.2017, caso Lagos del Campos vs Perú.

<sup>64</sup> Del artículo 2° numeral 1 del citado convenio se desprende que el convenio se aplica a todas las ramas de actividad económica y a todas las personas empleadas. Además, la categoría de trabajadores de confianza no se encuentra dentro de la relación de categorías de personas empleadas excluidas de la totalidad o de algunas de las disposiciones del Convenio.

<sup>65</sup> ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011, p. 16.

todo trabajador tiene derecho a conocer los motivos que llevaron a su empleador a dar por concluida la relación laboral<sup>66</sup>.

Siendo ambas disposiciones parte de tratados respecto de derechos humanos se insertan en el bloque de constitucionalidad; por tanto, deben ser tomadas en cuenta para fines hermenéuticos, pues “los tratados celebrados por el Estado y en vigor forman parte del derecho nacional”<sup>67</sup>; esto es, del sistema de fuentes que vincula a los jueces laborales<sup>68</sup>. Como afirma Neves, “de algún modo el precepto constitucional se amplía, incorporando al tratado de derechos humanos y a la jurisprudencia recaída sobre él. En este sentido, se constitucionaliza”<sup>69</sup>.

Así, la causalidad adquiere trascendencia como mecanismo de protección del trabajador y “como límite del poder unilateral del empleador de dar por finalizado el vínculo laboral”<sup>70</sup>. Esta es la razón por la que se inserta expresamente en la regulación legal al disponerse que, para el despido de un trabajador del régimen laboral privado, “es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”<sup>71</sup>.

En suma, la culminación de la relación laboral, sobre todo si esta depende solo de la voluntad del empleador, implica la necesaria exigencia de causa legal como expresión del principio protector y de su conformidad con la Constitución. En caso que se efectivice la extinción del vínculo laboral sin causa alguna, “el contenido del derecho constitucional a una protección adecuada contra el despido arbitrario supone la indemnización o la reposición según corresponda, a elección del trabajador”<sup>72</sup>.

Junto con la causalidad, la indemnización por despido arbitrario constituye un mecanismo que garantiza la estabilidad laboral. Su naturaleza jurídica es la de ser una sanción pecuniaria tasada establecida por ley<sup>73</sup> aplicable al empleador que ha incumplido con su obligación de cesar al trabajador con base en una causa justa debidamente

---

<sup>66</sup> ARELLANO, 2017, p. 53.

<sup>67</sup> Constitución de 1993, artículo 55°. Recuérdese, además, que según la IV Disposición Final y Transitoria de la Constitución de 1993: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”.

<sup>68</sup> Ley 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, 2010. En el artículo IV del título Preliminar se precisa que: “Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República”.

<sup>69</sup> NEVES, 1999, p. 201.

<sup>70</sup> ESPINOZA, 2017, p. 128.

<sup>71</sup> Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997, artículo 22°.

<sup>72</sup> Tribunal Constitucional, 28.11.2005, expediente Nº 206-2005-PA/TC.

<sup>73</sup> Ley de Productividad y Competitividad Laboral, 1997. En su artículo 34° establece que: “Si el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o no poderse demostrar esta en juicio, el trabajador tiene derecho al pago de la indemnización”. El artículo 38° de la misma norma precisa que la indemnización es “equivalente a una remuneración y media mensual por cada año completo de servicios con un máximo de doce (12) remuneraciones”.

comprobada. Además, constituye un mecanismo de protección adecuado frente a la extinción arbitraria en la medida que repara patrimonialmente las consecuencias de este<sup>74</sup> y que guarda coherencia con lo establecido en el Protocolo Adicional a la Convención americana de derechos humanos<sup>75</sup>.

Tanto la Corte Suprema cuanto el Tribunal Constitucional se han apartado de esta doctrina sin mayor sustento. La cuestión se agrava, por cuanto, la ausencia de regulación expresa del retiro de confianza exigía decisiones adecuadamente fundamentadas, a base del principio protector, los derechos constitucionales y utilizando adecuadamente los mecanismos de integración jurídica permitidos por el ordenamiento jurídico.

### 3. *Principio protector como mecanismo eficaz de integración frente a las lagunas del derecho laboral*

La ausencia de disposición normativa que regule el trascendental y específico asunto del retiro de confianza evidencia la existencia de una laguna del derecho. Ello no implica que el juez deba dejar de administrar justicia, pues para resolver la cuestión sometida a su consideración debe acudir a la técnica de la integración jurídica y aplicar “los principios generales del derecho y el derecho consuetudinario”<sup>76</sup>.

Junto con estos mecanismos, también se admite pacíficamente el uso de la interpretación extensiva y la analogía. La diferencia entre una y otra radica en que, en esta última, se traslada “la norma de un marco institucional a otro”; mientras que en aquella “nos movemos dentro de su marco institucional, pero ampliamos el supuesto de la norma”<sup>77</sup>. En ambos casos, la situación que debe resolver el juez “tiene una racionalidad sustantivamente igual a la de otro caso que sí está normado”<sup>78</sup>.

Para resolver la cuestión del retiro de confianza se debe partir de una primera cuestión: en Perú se recogen expresamente las causas de extinción de la relación laboral. La *ratio legis* de dicha regulación está emparentada con la naturaleza protectora de las normas laborales, de allí que se busque asegurar la continuidad del vínculo laboral, salvo que se presente alguna de las causas expresamente establecidas en la ley. Como ya se afirmó, en el caso de la terminación de la relación laboral, el principio protector supone la vigencia del principio de causalidad. Si el retiro de confianza no se encuentra recogido entre las causales de extinción, no es posible que se lo considere válidamente como tal. Por ello, esta “situación especial de naturaleza subjetiva” deviene en arbitraria, por afectación de la causalidad.

<sup>74</sup> Ver, por todas Tribunal Constitucional, 13.03.2001, expediente N° 976-2001-AA/TC.

<sup>75</sup> Protocolo adicional a la Convención americana de Derechos humanos (1988) ratificada por Perú en 1995, artículo 7, literal d): “En casos de despido injustificado, el trabajador tendrá derecho a una indemnización o a la readmisión en el empleo o a cualquiera otra prestación prevista por la legislación nacional”.

<sup>76</sup> Constitución de 1993, artículo 139, numeral 8.

<sup>77</sup> NEVES, 2018, p. 151.

<sup>78</sup> ARCE y RUBIO, 2019, p. 138

Una segunda cuestión es que detrás del retiro de confianza se encuentra el problema de la vigencia efectiva de los derechos fundamentales; y, concretamente, del derecho al trabajo y a la protección frente al despido arbitrario. Estos derechos también corresponden a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, pues ni la Constitución ni ningún tratado internacional los excluye de tal derecho y no hay que distinguir donde la ley no distingue.

Establecidas estas cuestiones, se debe examinar los efectos que tal decisión empresarial genera. De ocurrir el retiro de confianza, se produciría una culminación unilateral del vínculo laboral por decisión del empleador, situación que es claramente asimilable al despido. Ello habilita a que el juez realice una interpretación extensiva de las disposiciones sobre despido arbitrario expresamente contempladas en la ley para incorporar dentro de su ámbito de aplicación a los trabajadores con relación de exclusiva confianza, al existir una semejanza sustancial entre el elemento regulado (despido) y el no regulado (retiro de confianza).

Aquí aparece nuevamente el principio protector. El juez debe resolver las cuestiones relacionadas con la extinción del vínculo laboral tomando en cuenta este principio que informa todo el ordenamiento laboral y que no excluye a ningún trabajador, sea cual fuere el tipo de relación laboral que lo vincule con el empleador. Con más razón, en una situación en la que no existe regulación expresa sobre el retiro de confianza aplicable a los trabajadores del régimen laboral privado en la que se acrecienta el rol *ius* garantista del juez. La relación laboral de los trabajadores de confianza también está informada por el principio protector. En términos constitucionales significa que contiene implícitamente una cláusula de protección frente a la culminación incausada de la relación laboral<sup>79</sup>.

Y es que, como afirma Pizarro<sup>80</sup>, la creación judicial que realicen los jueces sea por medio de la interpretación de las normas, sea mediante los mecanismos de integración, “no se realiza en el vacío”, sino que está sometida a ciertos límites. El primero, la sujeción a la ley y a todo el sistema de fuentes del derecho. El segundo, la obligación de cautelar que la interpretación que se elija no contravenga disposiciones de rango superior. El tercero, su obligación de motivar debidamente las resoluciones. Todos estos límites no han sido observados en aquellas decisiones que excluyen de la indemnización a los trabajadores con relación de exclusiva confianza.

Si como se ha afirmado, el retiro de confianza puede ser considerado dentro del concepto amplio de despido por su origen (voluntad unilateral del empleador) y por sus efectos (extinción de la relación laboral), entonces, evidenciada su arbitrariedad por ausencia de causa, corresponde otorgar la protección que las normas legales han contemplado para estos casos, por medio de una interpretación extensiva.

---

<sup>79</sup> En términos que también son aplicables al retiro de confianza, el Tribunal Constitucional manifiesta que: “cualquiera sea la opción que adopte un trabajador con el fin de obtener una ‘protección adecuada’ contra el despido arbitrario, esta parte de una consideración previa e ineludible. El despido arbitrario, por ser precisamente ‘arbitrario’, es repulsivo al ordenamiento jurídico”. Tribunal Constitucional, 13.03.2003, expediente N° 976-2001-AA/TC.

<sup>80</sup> PIZARRO, 2016, pp. 422-423.

Surge aquí una cuestión importante, si la interpretación del Tribunal Constitucional respecto de la adecuada protección frente al despido arbitrario incluye la opción reparadora o la indemnizatoria, a elección del trabajador ¿deberá aplicarse esta regla a los trabajadores de confianza? Esto es, ¿podrían solicitar la reposición en el empleo?

Para resolver esta cuestión, es preciso tener en cuenta que la confianza es el elemento basilar que sustenta esta relación laboral especial. Este elemento no está presente de la misma forma, ni con la misma intensidad, que en las relaciones laborales del resto de trabajadores. Ese nivel de confianza especial sustenta un trato diferenciado, pues “ante una diferencia objetiva, como es la naturaleza del cargo, puede permitirse ciertos matices”<sup>81</sup>. De allí que, razonablemente, el retiro de la confianza no puede traer como consecuencia la reposición en el empleo, si no solo la indemnización<sup>82</sup> que, como quedó dicho, constituye un mecanismo adecuado de protección frente al despido arbitrario y de garantía de la estabilidad laboral.

En el asunto del retiro de confianza entra en juego también el interés empresarial en el mantenimiento de unas relaciones laborales armoniosas al interior de la empresa; sobre todo, con el personal que ocupa una posición superior en la organización. La naturaleza de las funciones lleva implícita la imposibilidad de reponerlo si es que se ha perdido la confianza en ellos. Concluir que a los trabajadores de confianza con relación de exclusiva confianza les corresponde la indemnización y no la reposición, no afecta el principio protector ni el contenido esencial del derecho al trabajo, pues se trata de una opción constitucionalmente válida y protectora.

Mientras no se regule expresamente el retiro de confianza, se debe reorientar la línea jurisprudencial vigente por ser claramente atentatoria de los derechos constitucionales de estos trabajadores y del principio protector. No debe olvidarse que en relación con la extinción de la relación laboral lo que “está en juego es la eficacia de las normas del mismo Derecho del Trabajo, puesto que la regulación del despido define la relación de poder entre las partes”<sup>83</sup>.

## V. CONCLUSIONES

1. La confianza constituye el elemento basilar que fundamenta la relación laboral especial de los trabajadores de confianza. Tal es su trascendencia que constituye una razón objetiva para otorgarles un trato diferenciado.
2. En Perú no está regulado el retiro de confianza como causa de extinción de la relación laboral. Esta situación obliga a una respuesta judicial que tenga en cuenta el

---

<sup>81</sup> GUTIÉRREZ, 2009, p. 178.

<sup>82</sup> En el mismo sentido, ARCE, 2006, p. 24. Evidentemente, no nos referimos a aquellos casos en los que el retiro de confianza encubre graves vulneraciones a los derechos fundamentales, en los que, en todo caso, el mecanismo protector de las normas debería significar la posibilidad de que el trabajador solicite la reposición en el empleo. El análisis de tal cuestión escapa al objetivo del presente artículo.

<sup>83</sup> ROJAS, 2014, p. 118.

- marco constitucional y el carácter protector del Derecho del Trabajo. No existen razones para excluir a los trabajadores con relación de exclusiva confianza de la protección frente al despido arbitrario otorgada por la Constitución, los tratados internacionales de derechos humanos y las sentencias del Tribunal Constitucional.
3. El retiro de confianza en su origen y en sus efectos se asimila al despido sin causa. Esto exige que se otorgue protección a los trabajadores que la sufren. El pago de la indemnización por despido constituye un adecuado mecanismo protector conforme con la Constitución.
  4. El principio protector no solo es una regla inspiradora del ordenamiento laboral, sino que constituye una herramienta protagónica útil para dotar de protección a los trabajadores con relación de exclusiva confianza frente al retiro de confianza. Su vinculación estrecha con la teoría de la eficacia horizontal de los derechos fundamentales, la exigencia de causalidad como condición de la extinción y su propia razón de ser la convierte en el mecanismo más idóneo al que deben recurrir los jueces para integrar el derecho frente a la laguna existente en el ordenamiento peruano.

#### BIBLIOGRAFÍA

- APARICIO, Miguel, 1989: “La aplicación de la Constitución por los jueces y la determinación del objeto del amparo constitucional”. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 3, pp. 47-85. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1048963.pdf> [Fecha de consulta: 10.08.2021].
- ARCE, Elmer y QUISPE, Roy, 2021: “El retiro de la confianza y la reducción de remuneraciones”, en *Análisis Laboral*, volumen XLV, N° 526.
- ARCE, Elmer y RUBIO, Marcial, 2019: *Teoría esencial del ordenamiento jurídico peruano*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- ARCE, Elmer, 2006: “La reposición de los trabajadores de confianza y de dirección”, en *Revista Peruana de Jurisprudencia*, N° 63.
- ARELLANO, Pablo, 2017: “Causales de término de la relación de trabajo y el Convenio Núm. 158 de la OIT: El desahucio y la exigencia de motivación de la causal”. En A.A.V.V.: *Estabilidad en el empleo. Estudios en homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*. pp. 45-63 Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2017. Disponible en <http://www.derecho-trabajo.cl/wp-content/uploads/2019/02/EstabilidadEnElEmpleo2.pdf> [Fecha de consulta: 24.07.2021].
- ARROYO, Edgar, 2015: “La eficacia horizontal de los derechos fundamentales en España y México: Algunas Notas para su análisis”, *AFDUC*, N° 19, pp. 223-248. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61918784.pdf>. [Fecha de consulta: 20.07.2021].
- BALLESTEROS, Carlos, 2002: “Vigencia de los principios del derecho laboral en un mundo globalizado. Aplicación al caso colombiano”, *Opinión Jurídica*, volumen 1, N° 2. Disponible en [Dialnet-VigenciaDeLosPrincipiosDelDerechoLaboralEnUnMundoG-5237991.pdf](http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5237991) [Fecha de consulta: 12.08.2021].
- BAYLOS, Antonio y PÉREZ, Joaquín, 2012: *El despido o la violencia del poder privado*, Madrid: Trotta, S.A., 2012. Disponible en ProQuest Ebook Central, <https://ebookcentral.proquest.com/lib/bibliosil-ebooks/detail.action?docID=3199013>.

- BLANCAS, Carlos, 2011: *La cláusula del Estado social en la Constitución*, Lima: Fondo editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- CAAMAÑO, Eduardo, 2006: “La eficacia de los derechos fundamentales en las relaciones laborales y su reconocimiento por la dirección del trabajo”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 1, N° XXVII, pp. 19-44. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/1736/173620058001.pdf> [Fecha de consulta: 11.08.2021].
- DE BUEN, Néstor, 2000: *Derechos del Trabajador de Confianza*. México D.F.: Cámara de Diputados y Universidad Nacional Autónoma de México.
- DIEZ, Manuel, 2019: “Los principios del Derecho Laboral”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, volumen 69, N° 273-1, pp. 323-352. Disponible en <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/68617> [Fecha de consulta: 1.08.2021].
- ERMIDA, Oscar, 2011: “Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación”, *Derecho & Sociedad*, N° 37, pp. 15-37. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysoiedad/article/view/13139> [Fecha de consulta: 13.08.2021].
- ESPINOZA, Javier, 2017a: “El Tribunal constitucional peruano y la aplicación de los instrumentos internacionales de derechos humanos en la configuración de la protección frente al despido arbitrario” en Pilar Charro, Javier Espinoza y Alba Silva (directores), *La protección internacional en el ámbito laboral. Un estudio desde las dos orillas*, Cali, Editorial Bonaventuriana, pp. 121-142.
- ESPINOZA, Javier, 2017b: “La calificación del personal de dirección o de confianza: Entre los hechos y las formas. A propósito de la Casación Laboral N° 11137-2014-Lima”, *Yachaq Revista de Derecho de la Universidad Nacional Antonio Abad del Cusco*, N° 8, pp. 130-144. Disponible en [https://www.researchgate.net/publication/349571143\\_La\\_calificacion\\_del\\_personal\\_de\\_direccion\\_o\\_de\\_confianza\\_Entre\\_los\\_hechos\\_y\\_las\\_formas\\_A\\_proposito\\_de\\_la\\_Casacion\\_Laboral\\_N\\_11137-2014-LIMA](https://www.researchgate.net/publication/349571143_La_calificacion_del_personal_de_direccion_o_de_confianza_Entre_los_hechos_y_las_formas_A_proposito_de_la_Casacion_Laboral_N_11137-2014-LIMA) [Fecha de consulta: 13.07.2021].
- FERRO, Víctor, 2012: “La protección frente al despido en la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Derecho PUCP*, N° 68, pp. 471-494. Disponible en <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201201.018> [Fecha de consulta: 22.07.2021].
- GAMONAL, Sergio, 2011: “El principio de protección de trabajador en la Constitución chilena”, *Estudios Constitucionales*, año 11, N° 1, pp. 425-458. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v11n1/art11.pdf> [Fecha de consulta: 2.08.2021].
- GOLDIN, Adrián, 2014: “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *Themis*, N° 65, pp. 27-40. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10847/11353> [Fecha de consulta: 22.07.2021].
- GUTIÉRREZ, Armando, 2009: “La protección contra el despido arbitrario de los trabajadores de confianza”. *Ius et Veritas*, N° 38, pp. 170-182. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/12198> [Fecha de consulta: 12.07.2021].
- NEVES, Javier, 2018: *Introducción al Derecho del trabajo*, Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- NEVES, Javier, 2015: “El despido en la legislación y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y los Plenos Jurisprudenciales Supremos en materia laboral”, *Themis Revista De Derecho*, N° 67, pp. 227-232. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/14470> [Fecha de consulta: 22.08.2021].
- NEVES, Javier, 1999: “La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales”. *Ius et Veritas*, N° 9, pp. 196-201. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15867> [Fecha de consulta: 22.07.2021].
- ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2011: *Instrumentos sobre despido. Documento de referencia para la reunión tripartita de expertos para el examen del Convenio sobre la terminación de la relación de trabajo, 1982 (núm. 158) y la Recomendación sobre la terminación de la relación de*

- trabajo*, 1982 (núm. 166), Ginebra: OIT. Disponible en [https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/111B09\\_27\\_span.pdf](https://www.ilo.org/public/libdoc/ilo/2011/111B09_27_span.pdf) [Fecha de consulta: 22.08.2021].
- PIZARRO, Mónica, 2016: “La interpretación de los jueces al resolver conflictos laborales y sus límites”, en *Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social VII Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Lima, SPDTSS, pp. 419-434.
- PLÁ, Américo, 1978: *Los Principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires: Depalma.
- RAMOS, Francisco, 2021: “El contrato de trabajo del personal de alta dirección: peculiaridades extintivas” en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, N° 14, pp. 970-993. Disponible en [https://idibe.org/wp-content/uploads/2021/03/28.\\_Francisco\\_Ramos\\_pp.\\_970-993.pdf](https://idibe.org/wp-content/uploads/2021/03/28._Francisco_Ramos_pp._970-993.pdf) [Fecha de consulta: 12.07.2021].
- REYNOSO, Carlos, 1992: *Los regímenes especiales laborales*, México: Universidad Autónoma Metropolitana. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/83079927.pdf> [Fecha de consulta: 02.07.2021].
- ROJAS, Irene, 2014: “La indemnización por término de contrato de trabajo: instrumento de protección ante el despido”, *Ius et Praxis*, volumen 20, N° 1, pp. 91-122. Disponible en <https://scielo.conicyt.cl/pdf/iusetp/v20n1/art05.pdf> [Fecha de consulta: 4.08.2021].
- TOYAMA, Jorge y MERZTHAL, Marilú, 2014: “Reflexiones sobre el tratamiento jurisprudencial del personal de dirección y de confianza”, *Themis Revista De Derecho*, N° 65, pp. 81-96. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10851> [Fecha de consulta: 14.07.2021].
- VIVANCO, Angela y MARTÍNEZ, José, 1997: “Acerca de la Supremacía de la constitución”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 18, pp. 63-76. Disponible en <http://www.rdpucv.cl/index.php/rderecho/article/view/358/333> [Fecha de consulta: 4.08.2021].

### *Normas jurídicas citadas*

- CONSTITUCIÓN de la OIT de 1919.
- LEY Federal del Trabajo de México de 1970.
- REAL decreto 1382/1985 de España, de 1 de agosto por el que se regula la relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección,
- LEY 24514, por la que se regula el derecho de estabilidad laboral en el trabajo, publicada el 5 de junio de 1986.
- PROTOCOLO adicional a la Convención americana de Derechos humanos ratificada por el Perú mediante Resolución Legislativa 26448 publicada el 28 de abril de 1995
- CÓDIGO de Trabajo de Chile de 1994
- REGLAMENTO de la Ley de Fomento del Empleo, aprobado por Decreto Supremo 001-96-TR, publicado el 26 de enero de 1996
- LEY de Productividad y Competitividad Laboral, aprobada por Decreto Supremo 003-97-TR, publicada el 27 de marzo de 1997
- LEY 27671, Ley de Jornada de Trabajo, Horario y Trabajo en Sobretiempo, publicada el 21 de febrero de 2002
- DECRETO Ley 25593, ley de Relaciones Colectivas de Trabajo, publicada el 2 de julio de 1992.
- CÓDIGO de Trabajo del Ecuador de 2005.
- LEY 29497, Nueva Ley Procesal del Trabajo, publicada el 15 de enero de 2010.

*Jurisprudencia citada*

CORTE Suprema, 1.12.2000, casación laboral N° 1489-2000-Lima.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 11 de julio de 2001, expediente N° 1124-2001-AA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 13 de marzo de 2003, expediente N° 976-2001-AA/TC.

TRIBUNAL Constitucional del expediente, sentencia de fecha 19 de abril de 2004, expediente N° 00746-2003-AA/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 23 de enero de 2006, casación laboral N° 0498-2005-Lima.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 17 de febrero de 2005, expediente N° 4492-2004-AA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 19 de abril de 2005, expediente N° 1651-2005-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2005, expediente N° 206-2005-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 15 de marzo de 2007, expediente N° 03501-2006-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 13 de abril de 2007, expediente N° 00078-2006-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 13 de noviembre de 2007, expediente N° 08257-2006-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2007, expediente N° 00027-2006-PI/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2009, casación laboral N° 25643-2017-Arequipa.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 4 de junio de 2011, expediente N° 01568-2011-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 19 de setiembre de 2011, expediente N° 03191-2011-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 10 de setiembre de 2012, expediente N° 01849-2012-AA/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 6 de julio de 2017, casación laboral N° 18482-2015- Lima.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 23 de agosto de 2016, casación laboral N° 18450-2015-Lima.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 9 de setiembre de 2016, casación laboral N° 3106-2016- Lima.

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 31 de agosto de 2017. Caso Lagos del Campo vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia. Serie C N° 340.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2017, expediente N° 01384-2015-PA/TC.

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2018, expediente N° 02340-2017-PA/TC.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 17 de diciembre de 2019, casación laboral N° 25643-2017-Arequipa.



## Análisis de la legislación iberoamericana sobre inclusión laboral de personas con discapacidad con perspectiva de género

*Sofía Alarcón García\**

*Luis Díaz García\*\**

*Kevin Ritz Parra\*\*\**

### RESUMEN

*El objetivo del presente estudio es determinar si en la legislación iberoamericana sobre inclusión laboral de personas con discapacidad existen fuentes de discriminación de género, o si se establecen medidas para la igualdad entre hombres y mujeres. Con dicha finalidad, se analiza la legislación de rango legal en veintiún países iberoamericanos. Los resultados evidenciaron fuentes de discriminación indirecta en la legislación de los veintiún países examinados y disposiciones orientadas a la igualdad de género únicamente en la legislación de Ecuador y Paraguay.*

Género; discapacidad; inclusión laboral

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Magíster en Resolución Colaborativa de Conflictos, Universidad Católica de Temuco, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2655-7512>. Correo electrónico: [sag.abogada@gmail.com](mailto:sag.abogada@gmail.com).

\*\* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de Derecho, Universidad Católica de Temuco, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3157-9073>. Correo electrónico: [ivandiaz@uct.cl](mailto:ivandiaz@uct.cl).

\*\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho, Universidad Católica de Temuco, Chile. Docente, Universidad Católica de Temuco y Universidad de La Frontera, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3332-6878>. Correo electrónico: [kevin.a.ritz@gmail.com](mailto:kevin.a.ritz@gmail.com).

Agradecemos a la Dra. Cecilia Bastías Parraguez, académica de la Universidad de La Frontera, Chile, por sus observaciones a una versión preliminar de este trabajo; y a las académicas y académicos de Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela, que colaboraron en la identificación de la legislación acerca de inclusión laboral de personas con discapacidad de sus respectivos países.

Este artículo es producto del proyecto Fondef: ID19I10360, financiado por el Fondo de Fomento al Desarrollo Científico y Tecnológico (FONDEF) de la Agencia Nacional de Investigación y Desarrollo (ANID) de Chile.

Artículo recibido el 28.10.2021 y aceptado para publicación el 2.6.2022.

*Analysis of Iberoamerican legislation on the labor market integration  
of people with disabilities from a gender perspective*

ABSTRACT

*This study aims to determine whether there are sources of gender discrimination in the Iberoamerican legislation on the labor market integration of people with disabilities, or whether there are measures for equality between men and women with disabilities. For this purpose, is analyzed the legislation of legal status in twenty-one Iberoamerican countries. The results revealed sources of indirect discrimination in the legislation of the twenty-one countries examined and provisions aimed at gender equality only in the legislation of Ecuador and Paraguay.*

Gender; disability; labor market integration

INTRODUCCIÓN

Las personas con discapacidad constituyen un colectivo que ha sido históricamente discriminado. A la base de esta conducta se encuentra una construcción social basada en múltiples prejuicios y estereotipos negativos<sup>1</sup>. Esta discriminación se ha manifestado mediante su marginación o, incluso, mediante su invisibilidad social<sup>2</sup>. Por cierto, no solo la sociedad, sino incluso las propias familias las han ocultado<sup>3</sup>. La exclusión de las personas con discapacidad las afecta en los diversos ámbitos de la vida en sociedad. Uno de esos ámbitos es el laboral, el que precisamente interesa tratar en el presente artículo.

No existen datos precisos ni comparables respecto de la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo a nivel global. Sin perjuicio de ello, la Organización Internacional del Trabajo afirma que siguen siendo víctimas de la discriminación en el ámbito del empleo. A partir de los datos disponibles, estima que su inactividad laboral al menos duplica al resto de los trabajadores<sup>4</sup>. De este modo, la mayor parte de dicha población continúa excluida de la vida económica. No existe consenso respecto de las razones de este fenómeno<sup>5</sup>. Sin embargo, parece posible atribuirlo a que las personas con discapacidad se consideran “ineptas para el trabajo”<sup>6</sup>. Ideológicamente, ese prejuicio se funda en una supuesta relación lineal entre deficiencia, discapacidad y minusvalía<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> GARCÍA-VASQUEZ, 2015, pp. 155, 156 y 159; GÓMEZ, 2014, p. 401; VÁZQUEZ, 2008, pp. 4 a 7.

<sup>2</sup> LÓPEZ y SECO, 2005, p. 59.

<sup>3</sup> GARCÍA, 2014, p. 167.

<sup>4</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015, pp. 74 y 157.

<sup>5</sup> HAMES y HENRÍQUEZ, 2015, p. 772.

<sup>6</sup> MAREÑO, 2015, pp. 417.

<sup>7</sup> CORTÉS-REYES *et al.*, 2013, p. 132.

Las mujeres constituyen otro colectivo que ha sido históricamente discriminado en diversos sentidos<sup>8</sup>. En lo que aquí interesa, se las ha relegado al desarrollo de las tareas domésticas y a la atención de la familia. A la inversa, en general se las ha excluido del mercado laboral remunerado. En otras palabras, han tenido la responsabilidad por el trabajo asociado a la “reproducción”, por oposición al trabajo vinculado a la “producción”, que se ha reservado a los varones<sup>9</sup>.

Los datos disponibles indican que la participación de las mujeres en el mercado de trabajo es significativamente más baja que la de los varones. Al año 2018, el 48,5% de las mujeres mayores de 15 años del mundo estaban incorporadas al mismo. En el caso de los varones dicho porcentaje alcanzaba al 75%<sup>10</sup>. De este modo, antes del inicio de la pandemia derivada del Covid-19, los segundos superaban en más de 50% a las primeras, en lo relativo a participación en el mercado laboral.

En suma, tanto mujeres como personas con discapacidad han sido históricamente excluidas del mercado del trabajo. La situación se torna todavía más crítica cuando en una misma persona se reúnen ambas condiciones. En efecto, la discriminación que sufren las mujeres con discapacidad es doble: tanto a causa de su género como de su discapacidad<sup>11</sup>. Los datos disponibles confirman esta afirmación. Independiente de sus aptitudes profesionales, evidencian mayores tasas de desempleo e inestabilidad laboral que los hombres con discapacidad<sup>12</sup>.

Iberoamérica no se encuentra ajena a la realidad que se viene describiendo. Las estadísticas pertinentes a ocupación y empleo de Iberoamérica sitúan a las personas con discapacidad dentro de los grupos de la población con menor presencia en el mundo del trabajo. No obstante, y como era de esperar, estas cifras son todavía más bajas en el caso de las mujeres con discapacidad<sup>13</sup>. Se confirma, de este modo, ahora en la región, la doble discriminación que padecen las mujeres con discapacidad en el mercado laboral.

El presente texto se enmarca en las coordenadas recién expuestas. Su finalidad consiste en determinar si las normas iberoamericanas relativas a la inclusión laboral de las personas con discapacidad colaboran a la inclusión laboral por parte de las mujeres de dicho colectivo. Más específicamente, y para ser más precisos, el objetivo es examinar si en la legislación iberoamericana existen fuentes de discriminación de género, o si se establecen medidas para la igualdad entre hombres y mujeres con discapacidad. La pregunta que se pretende responder puede ser planteada de la siguiente manera: ¿la legislación de los países de Iberoamérica contribuye a reforzar o a corregir la desigualdad de género que existe entre las personas con discapacidad en el ámbito laboral?

En este punto conviene precisar que los países iberoamericanos, para efectos del presente trabajo, son los 19 americanos de lengua española y portuguesa, más España y

<sup>8</sup> CAMINOTTI y RODRÍGUEZ, 2011, p. 23.

<sup>9</sup> GÓMEZ y JIMÉNEZ, 2015, p. 378.

<sup>10</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2018, p. 6.

<sup>11</sup> SERRA, 2017, pp. 287 y 288.

<sup>12</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014, p. 29.

<sup>13</sup> ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL, 2014, p. 15.

Portugal. En orden alfabético, se trata de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

La relevancia de este trabajo se justifica por al menos tres razones. La primera de ellas dice relación con el aporte teórico de esta investigación. Al presente, no existen estudios con perspectiva de género que se refieran a la regulación que ofrecen las leyes iberoamericanas respecto de inclusión laboral de personas con discapacidad. En segundo lugar, la información de este estudio aportará a las discusiones en torno a dos desafíos compartidos por la comunidad iberoamericana: la promoción de la inclusión laboral de las personas con discapacidad y la igualdad de género. Finalmente, en tercer lugar, el análisis propuesto es relevante porque responde a exigencias internacionales en materia de derechos humanos.

La construcción del discurso tendiente a responder la pregunta que orienta la investigación se vertebra en torno a cuatro apartados. El primero de ellos entrega los supuestos que se utilizarán para realizar el análisis propuesto. El segundo presenta la metodología utilizada para identificar y evaluar las disposiciones que regulan la inclusión laboral de mujeres con discapacidad. La tercera expone la regulación de la inclusión laboral de las personas con discapacidad en los países de Iberoamérica, en perspectiva de género. El cuarto y último ofrece la discusión y análisis que genera la información proveída en los tres primeros apartados.

## I. LOS SUPUESTOS DEL ANÁLISIS

Tres son los supuestos que orientan el análisis ofrecido en el presente texto. Primero, las mujeres con discapacidad presentan una menor participación en el mercado de trabajo que los varones con discapacidad. Segundo, los Estados iberoamericanos se encuentran jurídicamente obligados a promover la inclusión laboral de personas con discapacidad, con una perspectiva de género. Y tercero, las disposiciones no son neutras frente al género y a la discapacidad.

### 1. *La participación de las mujeres con discapacidad en el mercado laboral iberoamericano*

Más arriba se indicó que no existen datos precisos ni comparables acerca de la participación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo a nivel global. Esto se debe a que, en general, existe escasez de datos y amplias diferencias entre las definiciones, las normas y las metodologías utilizadas para determinar las condiciones en que se encuentran quienes integran este colectivo<sup>14</sup>. En lo específicamente relativo al empleo, en muchos Estados la información no se encuentra sistemáticamente disponible<sup>15</sup>.

<sup>14</sup> STANG, 2011, p. 12.

<sup>15</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION and THE WORLD BANK, 2011, p. 237.

Asimismo, la mayoría de los países no dispone de una visión de conjunto fiable y actualizada respecto de la situación de las personas con discapacidad en el mercado de trabajo. En tales países los datos disponibles provienen de estudios específicos acerca de personas con discapacidad y no de encuestas regulares<sup>16</sup>.

Las estimaciones mundiales más fidedignas y recientes indican que poco más de un tercio de los 650 millones de personas mayores de 18 años con discapacidad cuentan con empleo. Por el contrario, casi la mitad de las personas sin discapacidad del mismo rango tiene trabajo. Dicha situación afecta de manera más severa a las mujeres con discapacidad. En efecto, en 51 países analizados, el 52,8% de los varones con discapacidad y el 19,6% de las mujeres con discapacidad se encuentran empleadas. Esto significa que los primeros superan más de 2,5 veces en inserción laboral a las segundas<sup>17</sup>.

La situación es semejante en el caso de Iberoamérica, donde viven cerca de noventa millones de personas con discapacidad. Aunque existen diferencias entre los Estados, solo alrededor de un tercio de las personas con discapacidad en edad de trabajar realiza alguna actividad laboral. La situación es todavía menos favorable para las mujeres con discapacidad. De acuerdo con los datos disponibles, ellas presentan cifras de inserción laboral todavía más bajas que los varones con discapacidad<sup>18</sup>.

Es preciso reconocer que en las últimas décadas la inclusión sociolaboral de las personas con discapacidad y la igualdad de género han sido temáticas recurrentes en la agenda pública de Iberoamérica. Pese a ello, los avances logrados en materia de empleo entre las personas con discapacidad no muestran igualdad de género. En efecto, dentro del diverso colectivo de la discapacidad, las mujeres continúan enfrentando mayores dificultades que los hombres para acceder y permanecer en el mundo laboral.

## 2. *La obligación jurídica de los Estados iberoamericanos*

La participación en el mercado del trabajo es extraordinariamente relevante en las sociedades actuales. Bajo la lógica mercantilista prevaleciente, “quien no trabaja, en principio, no existe. La sociedad no es otra cosa que trabajo social dividido”<sup>19</sup>. El empleo en el mercado laboral “equivale a lo funcional, lo instrumental, lo productivo, lo que vale, y constituye un poderoso medio de normalización social y el principal referente para construir nuestra cotidianidad”<sup>20</sup>. De este modo, la participación en dicho mercado otorga significado a la existencia: permite construir lo que cada uno entiende que es y lo que los demás entienden que el otro es.

Lo expuesto permite comprender por qué los instrumentos internacionales relativos a los mencionados colectivos incluyan al empleo como un derecho fundamental. Así lo establece la Convención para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación

<sup>16</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2015, p. 163.

<sup>17</sup> WORLD HEALTH ORGANIZATION and THE WORLD BANK, 2011, pp. 27, 237 y 238.

<sup>18</sup> ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL, 2014, pp. 14 y 15.

<sup>19</sup> LÓPEZ y SECO, 2005, p. 61.

<sup>20</sup> LARRAÑAGA *et al.*, 2004, p. 32.

contra la Mujer, de 1979 (artículo 11.1, especialmente letras a) y b). Así también lo dispone la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, de 2006 (artículo 27.1).

Ahora bien, todos los países iberoamericanos se encuentran obligados por ambas Convenciones. La Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer fue suscrita por todos ellos entre 1980 y 1981. Los mismos la ratificaron entre 1980 y 1990. La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, por su parte, la suscribieron el 2007. Además, la ratificaron entre 2008 y 2013<sup>21</sup>. Esto significa que los 21 Estados iberoamericanos se encuentran internacionalmente obligados a cumplirlas.

La sujeción de los países iberoamericanos a estas dos Convenciones los coloca en la necesidad de incorporar una perspectiva de género para asegurar el pleno goce de los derechos fundamentales de las personas con discapacidad<sup>22</sup>. En este mismo sentido se ha pronunciado la Organización Internacional del Trabajo, que ha instado a que se tenga presente la dimensión de género en la elaboración de leyes y políticas nacionales pertinentes a la discapacidad<sup>23</sup>.

Lo anterior se debe a que en las mujeres con discapacidad se produce la interseccionalidad, esto es, sistemas de discriminación que se configuran a partir de la interacción simultánea e interrelacionada de diferentes categorías de opresión<sup>24</sup>. Conviene reconocer que dicha confluencia fue identificada por teóricas feministas durante la década de 1980, al evidenciar la existencia de discriminación simultáneamente por sexo, identidad de género y raza<sup>25</sup>. Sin embargo, la interseccionalidad entre discapacidad y el hecho de ser mujer solo adquirió mayor visibilidad a partir de la Convención del 2006<sup>26</sup>. Esto se debe a que en la referida Convención se reconoció que la discriminación que sufren las mujeres con discapacidad es múltiple, tanto a causa de su género como de su discapacidad<sup>27</sup>.

La interseccionalidad no significa simplemente sumar condiciones de discriminación. Lejos de ello, esta perspectiva “alienta a ver de una forma diferente todos los aspectos de la política pública, el modo en que se definen los problemas, la manera en que se determina quiénes son los sujetos de la política, cómo son desarrolladas las soluciones

---

<sup>21</sup> Información disponible en la página web de Naciones Unidas: <https://treaties.un.org/Pages/Treaties.aspx?id=4&subid=A&lang=en>. Se debe destacar que, a la fecha de redacción de estas líneas, no existe información de la fecha de suscripción de la primera de estas Convenciones por parte de Paraguay. Y no existe información de dicha suscripción respecto del segundo instrumento por parte de Venezuela.

<sup>22</sup> SERRA, 2017, pp. 287 y 288.

<sup>23</sup> OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014, p. 29.

<sup>24</sup> CAVALCANTE, 2018, p. 16; DÍAZ y TORRADO, 2018, p. 297.

<sup>25</sup> DÍAZ y TORRADO, 2018, p. 294; OSBORNE y MOLINA, 2008, pp. 147 y 148.

<sup>26</sup> CAVALCANTE, 2018, p. 16.

<sup>27</sup> SERRA, 2017, pp. 287 y 288.

y cómo se evalúan”<sup>28</sup>. Y, por lo mismo, también el modo en que debe ser interpretada, aplicada y transformada la legislación de los diversos países.

### 3. *La (no) neutralidad de las disposiciones frente al género y a la discapacidad*

Ninguna acción es neutra al género<sup>29</sup>. Tampoco la legislación, ni las categorías jurídicas, que se encuentran saturadas de sexualidad<sup>30</sup>. Desde esa “no neutralidad”, el Derecho constituye un referente permanente para la construcción de las relaciones entre hombres y mujeres, así como para las políticas públicas. En este sentido, las disposiciones jurídicas pueden producir, reproducir, o contribuir a erosionar la desigualdad de género. En efecto, cuando la perspectiva de género no forma parte del trabajo legislativo o no es incorporada adecuadamente, es posible que la legislación genere o refuerce la desigualdad entre hombres y mujeres, aunque esto no haya sido planificado deliberadamente<sup>31</sup>.

Lo recién expresado es, evidentemente, aplicable a la legislación pertinente a inclusión laboral de personas con discapacidad. Las disposiciones jurídicas respectivas también producen efectos en materia de género. La interseccionalidad que afecta a las mujeres con discapacidad no puede ser superada únicamente mediante la igualdad formal. Se requiere avanzar hacia la igualdad material de un colectivo doblemente discriminado. A continuación se explican brevemente estas clases de igualdad.

La igualdad formal es un principio que constriñe a que todas las personas tengan los mismos derechos y sean tratadas de manera igualitaria ante la ley<sup>32</sup>. Sin embargo, esta noción de igualdad, basada en la abstracción de las diferencias fácticas, no es suficiente para responder “a los problemas contemporáneos relacionados con la desigualdad y sobre todo a sus causas y consecuencias”<sup>33</sup>, surgiendo de este modo, la necesidad de dotar de contenido social al principio de igualdad. A ello apunta el concepto de igualdad material, en que se aboga por “valorar la diferencia y combatir la discriminación tal cual se manifiesta en los hechos”<sup>34</sup>. Dentro de esta noción se distinguen dos niveles de igualdad: la igualdad de oportunidades y de resultados. La igualdad de oportunidades se manifiesta cuando colectivos discriminados y no discriminados pueden acceder en igualdad de condiciones a los bienes, servicios u opciones de desarrollo, y gozar plenamente los derechos que la ley les confiere. La igualdad de resultados se expresa cuando existe una proporción equilibrada entre integrantes de grupos discriminados y no discriminados que acceden a una oportunidad determinada<sup>35</sup>.

<sup>28</sup> ESGUERRA y BELLO, 2014, p. 27.

<sup>29</sup> SAURA y COELLO, 2016, p. 29.

<sup>30</sup> ZÚÑIGA, 2018, p. 217.

<sup>31</sup> CAMINOTTI y RODRÍGUEZ, 2011, p. 13.

<sup>32</sup> SAURA y COELLO, 2016, pp. 15 y 59.

<sup>33</sup> PÉREZ, 2010, p. 657.

<sup>34</sup> PÉREZ, 2010, p. 657.

<sup>35</sup> Cfr. CAÑAS, 2020, pp. 9 y 10.

La igualdad formal y la igualdad material son vulneradas cuando existe discriminación. La discriminación, a su turno, puede ser directa o indirecta.

La discriminación directa ocurre si una persona es tratada de manera menos favorable que otra que se encuentra en su misma situación, sin que exista justificación para ello. De ahí que la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostenga que “solo es discriminatoria una distinción cuando carece de justificación objetiva y razonable”<sup>36</sup>. Esta discriminación puede evidenciarse en normas, políticas o prácticas.

La discriminación indirecta se produce cuando una disposición, política, o práctica, que *a priori* se establece como neutra, ubica a un colectivo en desventaja en el acceso a las oportunidades, recursos o el goce de derechos respecto de otro colectivo<sup>37</sup>. A diferencia de la primera, la discriminación indirecta no se presenta de manera explícita, clara o evidente<sup>38</sup>. Por el contrario, se manifiesta de manera sutil o escondida, lo que hace compleja su detección. De esta manera, la aparente neutralidad de una disposición produce, sin embargo, impactos distintos dependiendo de los puntos de partida de integrantes de diversos colectivos frente a esta.

Es en este escenario de desigualdad material que surgen las acciones afirmativas. Con ellas se busca corregir las desigualdades y desequilibrios de género, por discapacidad o cualquier otra causa, que reproducen y perpetúan esquemas de discriminación<sup>39</sup>. Estas medidas han sido expresamente recomendadas por el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en los casos de interseccionalidad. En estos casos, reconoce que puede ser necesario “que los Estados Partes adopten determinadas medidas especiales de carácter temporal para eliminar esas formas de discriminación múltiple contra la mujer y las consecuencias negativas y complejas que tiene”<sup>40</sup>. En el presente caso, aquello se traduce en establecer, temporalmente, normas diversas para las mujeres con discapacidad para promover su inserción laboral.

En definitiva, las disposiciones jurídicas también pueden ser constitutivas de discriminación, tanto directa como indirecta. Y, en esos casos, los Estados deberán establecer medidas para asegurar la igualdad material de las mujeres con discapacidad respecto de varones y de personas sin discapacidad. Entre ellas, las medidas afirmativas.

## II. METODOLOGÍA DE IDENTIFICACIÓN Y EVALUACIÓN DE LAS DISPOSICIONES IBEROAMERICANAS

Para analizar la manera en que las leyes iberoamericanas respecto de inclusión laboral de personas con discapacidad influyen en la desigualdad de género que se evidencia en materia de empleo dentro de este colectivo, se realizó un estudio cualitativo de tipo

<sup>36</sup> CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, Opinión Consultiva OC 4/84, párrafo 56.

<sup>37</sup> CAMINOTTI y RODRÍGUEZ, 2011, pp. 31 y 32; CAÑAS, 2020, p. 13.

<sup>38</sup> SALOMÉ, 2017, p. 261.

<sup>39</sup> SAURA y COELLO, 2016, pp. 15 y 59.

<sup>40</sup> COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 2004, párrafo 12.

exploratorio-descriptivo. En este estudio se incluyeron los veintiún países iberoamericanos más arriba señalados. La metodología incluyó la identificación de la legislación pertinente y su evaluación, en los términos que a continuación se detalla.

### 1. *Identificación de las disposiciones iberoamericanas*

Para la identificación de las disposiciones jurídicas iberoamericanas relativas a la inclusión laboral de mujeres con discapacidad se utilizaron dos vías. En primer lugar, se realizó la búsqueda de disposiciones dentro de plataformas digitales de carácter oficial correspondientes a cada país. Luego, en segundo lugar, para complementar y contrastar la información obtenida previamente, se contactaron a académicos de los países en estudio. A continuación se detallan brevemente ambas fases:

- a) Búsqueda de disposiciones jurídicas en plataformas oficiales: para cumplir con esta primera fase, se consideraron las páginas web de las siguientes instituciones: el Parlamento en general, las cámaras que lo integran, la Biblioteca del Parlamento; el Gobierno en general, el Ministerio de Justicia, algún Ministerio relacionado con lo Social, el Ministerio del Trabajo, el Ministerio que conduce las relaciones con el Parlamento y el Órgano Judicial.

En las páginas web antes señaladas se revisó si existían motores de búsqueda o carpetas de legislación<sup>41</sup>. Los conceptos en español fueron traducidos al portugués para la búsqueda en las bases de datos de Brasil y Portugal<sup>42</sup>. Respecto de las carpetas de legislación, solo se consideraron útiles aquellas que estuviesen ordenadas bajo al menos uno de los términos de búsqueda señalados previamente.

Tanto en el caso de los motores como de las carpetas se delimitó el alcance de la búsqueda a disposiciones de rango legal, particularmente: leyes, códigos y decretos con rango de ley. En razón del tiempo y recursos disponibles para esta investigación, solo se consideraron aquellas disposiciones de aplicación a todo el territorio de un país. Por las mismas razones expuestas, se excluyeron aquellas fuentes de información que entregasen más de mil resultados una vez aplicados los parámetros anteriores.

Cuando los resultados fueron inferiores a mil, se revisó el contenido de cada ley, código o decreto con rango de ley. Entre estos se consideraron pertinentes aquellos que establecían alguna regulación directamente relacionada con la inclusión laboral de personas con discapacidad. La etapa de búsqueda en plataformas oficiales se extendió desde el 15 de mayo al 25 de julio de 2020.

---

<sup>41</sup> En cada motor se ingresaron los siguientes términos de búsqueda: inclusión laboral, intermediación laboral, discapacidad, discapacitados, minusválidos, *disability*, *disabilities*. Los últimos cuatro términos fueron incluidos para extender la búsqueda a aquellos textos normativos que pudiesen utilizar expresiones en desuso o en idioma inglés.

<sup>42</sup> Las traducciones consideradas al efecto fueron las siguientes: *inclusão do trabalho*, *intermediação ao emprego*, *deficiência*, *deficiente* y *peçoas com deficiência*.

- b) Contacto de académicos: en cada país se seleccionaron al azar dos Universidades que tuvieran Facultad de Ciencias Jurídicas o su equivalente. En estas Universidades se buscó el correo electrónico de dos académicos de derecho del trabajo o derecho constitucional con grado de Doctor o Magíster. Los académicos fueron contactados vía correo electrónico para solicitarles los datos de dos académicos con experiencia en inclusión laboral de personas con discapacidad o en los derechos de las personas con discapacidad. Posteriormente, fueron contactados los académicos sugeridos, consultándoles si podían señalar las disposiciones de jerarquía legal que estableciesen alguna regulación pertinente a la inclusión laboral de las personas con discapacidad en su respectivo país. En cada caso se utilizó un mismo correo tipo, para asegurar que la posibilidad de respuesta no fuese distinta a causa del formato de la comunicación. La etapa de contacto de académicos se extendió desde el 26 de junio al 29 de octubre de 2020. Esta fase fue omitida en el caso de Chile, por estimarse que el contacto con académicos/as de la misma nacionalidad y especialidad de los miembros de este trabajo constituía un ejercicio innecesario.

Las unidades de análisis fueron las leyes, códigos, y decretos con rango de ley obtenidos siguiendo las dos fases descritas en los párrafos anteriores. De acuerdo con lo que se ha señalado, se consideraron como disposiciones jurídicas pertinentes aquellas que establecían alguna regulación directamente relacionada con la inclusión laboral de personas con discapacidad.

## 2. *Evaluación de las disposiciones jurídicas*

La evaluación recayó en las unidades de análisis mencionadas y se realizó con perspectiva de género. Al efecto se examinó cada disposición pertinente a partir de los supuestos de análisis más arriba expuestos. En particular, se utilizaron dos categorías de análisis. Una de ellas consistió en evaluar la existencia de atentados a la igualdad formal, mediante discriminación directa o indirecta. La otra consistió en evaluar la existencia de atentados a la igualdad material, mediante la omisión de acciones afirmativas o mediante discriminación por indiferenciación.

Procesamiento de la información: las unidades de análisis fueron evaluadas con perspectiva de género. Para lo anterior, se examinó cada disposición pertinente considerando dos categorías de análisis construidas a partir de la información teórica acerca de género incluida en este trabajo. Una de las categorías analizadas fue la existencia de fuentes discriminatorias de género y la otra, la de medidas para promover la igualdad de género.

Se estimó que una disposición jurídica contenía fuentes de discriminación de género:

- a) directa: si establecía diferencias arbitrarias en la regulación de inclusión laboral de personas con discapacidad en razón de su sexo/género.
- b) indirecta: si establecía una regulación de inclusión laboral neutra en términos de género.

Se estimó que una disposición jurídica establecía medidas para promover la igualdad de género:

- a) si reconocía explícitamente la interseccionalidad entre discapacidad y género, ya sea prohibiendo que las personas con discapacidad fuesen discriminadas en el ámbito laboral en razón de su sexo/género, o prescribiendo el deber del Estado o del empleador privado de adoptar medidas para impedir o prevenir dicha discriminación.
- b) si declaraba que en la inclusión laboral de personas con discapacidad debía observarse el principio de igualdad/equidad entre hombres y mujeres.
- c) si contenía acciones afirmativas orientadas a la inclusión laboral de la mujer con discapacidad.
- d) si prescribía el deber del Estado o del empleador privado de adoptar medidas o acciones afirmativas para promover la inclusión laboral de la mujer con discapacidad.

La etapa de procesamiento de la información se extendió desde el 1 de diciembre de 2020 al 31 de enero de 2021.

### III. RESULTADOS

#### 1. *Resultados relativos a las fuentes de información*

La búsqueda en plataformas oficiales arrojó los resultados que a continuación se describen. En 16 de los 21 países se encontró a lo menos 1 motor de búsqueda de legislación de rango legal en condiciones de óptimo funcionamiento que no excediera de mil resultados. Este fue el caso de Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana y Uruguay. Además, en dos de los 21 países se localizó una carpeta de legislación de rango legal ordenada bajo alguno de los términos de búsqueda contenidos en nuestra metodología. En tal supuesto se encontraron Chile y España.

Por su parte, los académicos con experiencia en derechos o inclusión laboral de personas con discapacidad que proporcionaron la información solicitada fueron 50. El país, nombre y filiación institucional de cada uno de ellos se detalla en el Anexo 1, al final de este texto.

#### 2. *Resultados relativos a las disposiciones pertinentes*

Mediante la búsqueda de disposiciones en plataformas oficiales y el contacto con académicos, se encontró 74 textos legales que contenían disposiciones pertinentes. Para evitar que el discurso se torne algo pesado, el detalle de las mismas se encuentra en la bibliografía.

El análisis de género de esos 74 elementos permite constatar cinco hechos.

El primero de ellos consiste en que en ninguno de los 21 países analizados se encontraron fuentes de discriminación directa.

El segundo de ellos consiste en que en todos los países se detectaron fuentes de discriminación indirecta. En 19 de ellos toda la regulación concerniente a inclusión laboral de personas con discapacidad era neutra en términos de género. Este fue el caso de Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Perú, Portugal República Dominicana, Uruguay y Venezuela. En el caso de Ecuador, la Ley Orgánica del Servicio Público presentó esta característica, mientras que en Paraguay esto se verificó en la Ley 122, de 1991, la Ley 2.479, de 2004, la Ley 3.585, de 2008, la Ley 1.626, de 2010, la Ley 4.951, de 2013, la Ley 5.115, de 2013, la Ley 5.421, de 2015, y la Ley 6.470, de 2019.

El tercer hecho constatado consiste en que en las legislaciones de Ecuador y Paraguay se encontró a lo menos una medida para promover la igualdad de género en la inclusión laboral de personas con discapacidad en los términos definidos en la investigación. El contenido de esas disposiciones jurídicas será descrito inmediatamente.

En Ecuador el Código del Trabajo en su artículo 42, número 33, establece la cuota de reserva para personas con discapacidad. En dicho contexto, explicita que el empleador, público o privado, deberá observar “los principios de equidad de género y diversidad de discapacidad” al cumplir con su obligación de contratación. El artículo 47 de la Ley Orgánica de Discapacidades reitera dicha disposición, al disponer que el empleador debe cumplir con las cuotas de contratación” procurando los principios de equidad de género y diversidad de discapacidades”.

La misma Ley Orgánica de Discapacidades, por su parte, en su artículo 46 otorga al Consejo Nacional de Igualdad de Discapacidades, en coordinación con la autoridad nacional encargada de las relaciones laborales, la facultad de formular las políticas de empleo de las personas con discapacidad. El mismo artículo le exige formular dichas políticas “aplicando criterios de equidad de género”. Además, en su artículo 50 obliga a las instituciones públicas y privadas a adecuar sus requisitos y mecanismos de selección de empleo, para facilitar la participación de las personas con discapacidad. Esta obligación deben cumplirla “procurando la equidad de género y diversidad de discapacidad”.

De este modo, las cuatro disposiciones ecuatorianas que se han mencionado declaran explícitamente que en la inclusión laboral de personas con discapacidad debe observarse el principio de igualdad entre hombres y mujeres.

En Paraguay, la ley 4.934, de 2013, en su artículo 9° prescribe lo siguiente: “Cada Poder u Órgano de la Administración Pública, Departamental o Municipal deberá adoptar las medidas de acción positiva suplementarias para aquellas personas con discapacidad que objetivamente sufren un mayor grado de discriminación o presentan menor igualdad de oportunidades, como son las mujeres con discapacidad”. En virtud del artículo 5° de la misma ley, dicha obligación resulta aplicable a los lugares de trabajo. Por tanto, lo que hace esta disposición jurídica es reconocer la interseccionalidad entre discapacidad y género, y prescribir el deber del Estado de adoptar medidas especiales

que aseguren a la mujer con discapacidad la accesibilidad al medio físico en los lugares de trabajo.

Por su parte, la ley 4.962, de 2013, en su Artículo 11, exige que el Estado y los empleadores adopten las medidas pertinentes para impedir cualquier forma de explotación, violencia y abuso en el lugar de trabajo hacia las personas con discapacidad. Para dicho efecto, impone considerar “principalmente aspectos relacionados al género, la edad y cuestiones particulares de la discapacidad”. De esta manera, la disposición reconoce expresamente la interseccionalidad entre discapacidad y género, y prescribe el deber del Estado y del empleador privado de adoptar medidas para impedir dicha discriminación.

Un cuarto hecho constatado consiste en que, dentro de la legislación analizada en los 21 países iberoamericanos, no se encuentran acciones afirmativas concretas orientadas a la inclusión laboral de la mujer con discapacidad.

Finalmente, un quinto hecho constatado consiste en que en 16 países se encuentran disposiciones vinculadas a la discapacidad, género y empleo. Sin embargo, ninguna de ellas constituye un aporte para promover la igualdad de género en la inclusión laboral de personas con discapacidad en los términos definidos en esta investigación. Esos países son Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, España, México, Nicaragua, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela. Los hallazgos en esos 16 países fueron los siguientes:

- a) Disposiciones que prohibían la discriminación, señalando motivos de discapacidad, sexo o género, pero sin aludir expresamente a la interseccionalidad entre tales categorías:

País	Legislación
Chile	Ley 20.940, 2016, artículo 1°, N° 1; Ley 21.015, 2017, artículo 2°.
Costa Rica	Código del Trabajo, 1943, artículo 404.
Cuba	Código del Trabajo, 2013, artículo 2.
México	Ley Federal del Trabajo, 1970, artículos 2°, 3°, 56 y 133.
Paraguay	Ley 6.470, 2019, artículo 9°.
Portugal	Código del Trabajo, 2009, artigo 24.º
República Dominicana	Ley 41-08, 2008, artículo 3.
Uruguay	Ley 19.841, 2019, artículo 5°.
Venezuela	Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012, artículo 21, inciso 1°.

- b) Disposiciones que señalaban expresamente la interseccionalidad entre discapacidad y género, pero no se referían al ámbito laboral:

País	Legislación
México	Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, artículo 1º; Ley General para la inclusión de las personas con discapacidad, 2003, artículo 4º.
Brasil	Lei 13.146, 2015, artículo 5º.
España	Real Decreto Legislativo 1-2013, 2013, artículos 67 y 73.

- c) Disposiciones que se referían a la inclusión y pleno desarrollo de la mujer con discapacidad, pero no se referían expresamente al ámbito laboral:

País	Legislación
Chile	Ley 20.422, 2010, artículo 9º, inciso 1º.
Colombia	Ley 1.618, 2013, artículo 25.
República Dominicana	Ley 5-13, 2013, artículo 16.

- d) Disposiciones que contenían medidas para la inclusión laboral de la mujer o que prescribían el deber de promoverlas, pero no se referían expresamente a la mujer con discapacidad:

País	Legislación
Colombia	Ley 1.429, 2010, artículo 11.
México	Ley Federal para Prevenir y Eliminar la Discriminación, 2003, artículo 15, octavus.
Paraguay	Ley 1.626, 2010, artículo 96; Ley 4.951, 2013, artículo 7º.
Uruguay	Ley 19.689, 2018, artículo 10.
Venezuela	Ley Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, 2005, artículo 11, Nº 7.

- e) Disposiciones que se referían a la igualdad entre hombres y mujeres en lo laboral pero no mencionaban expresamente a las personas con discapacidad:

País	Legislación
Paraguay	Ley 5.115, 2013, artículos 15 y 28.
Venezuela	Ley Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, 2012, artículo 20.

- f) Disposiciones que se referían a la igualdad entre hombres y mujeres, pero no expresamente en lo laboral:

País	Legislación
México	Ley General para la inclusión de las personas con discapacidad, 2011, artículo 5.
Nicaragua	Ley 763, 2011, artículo 4°.
España	Real Decreto Legislativo 1-2013, 2013, artículo 3.
Perú	Ley 29.973, 2012, artículo 4°, 4.1.
Bolivia	Ley 223, 2012, artículo 4°, letra e).

- g) Disposiciones que señalaban el deber de proteger a las personas con discapacidad y corregir la desigualdad de género, sin aludir a la interseccionalidad entre tales categorías:

País	Legislación
Paraguay	Ley 5.115, 2013, artículo 12 N° 11.
España:	Real Decreto Legislativo 1-2013, 2013, artículo 7.

#### IV. DISCUSIÓN Y CONCLUSIONES

La legislación iberoamericana respecto de inclusión laboral de personas con discapacidad analizada en este estudio estuvo compuesta por 74 leyes, códigos y decretos con rango de ley, correspondientes a 21 países. Estos países son Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Cuba, Ecuador, El Salvador, España, Guatemala, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, Portugal, República Dominicana, Uruguay y Venezuela.

Los 74 textos legales analizados conformaron un corpus legislativo libre de discriminación de género directa. Sin embargo, no ocurrió lo mismo con la discriminación de género indirecta. De hecho, los resultados mostraron que la mayoría de los países iberoamericanos establecían regulaciones acerca de inclusión laboral de personas con discapacidad absolutamente neutras en términos de género. Esto significa que dichas disposiciones establecen una idéntica regulación de inclusión laboral para hombres y mujeres con discapacidad. De este modo, ignoran absolutamente el hecho de que históricamente las mujeres con discapacidad han sufrido discriminación interseccional por su discapacidad y su sexo.

En conclusión, los Estados iberoamericanos se encuentran lejos de contar con una adecuada transversalización de la perspectiva de género en el ámbito de la inclusión

laboral de personas con discapacidad. En este sentido, es necesario reiterar que la mujer y el hombre con discapacidad no se sitúan en un mismo punto de partida frente a las disposiciones de inclusión laboral. Tampoco, por cierto, la mujer con discapacidad respecto de la mujer sin discapacidad. Sin embargo, casi todas las legislaciones ignoran esta situación. El efecto que deriva de una legislación con estas características es reforzar la desigualdad de género que existe en el ámbito laboral en el colectivo con discapacidad. Lo anterior, junto con provocar efectos desfavorables en términos socioemocionales y económicos para las mujeres con discapacidad y sus familias, constituye una vulneración continua a la dignidad de las primeras.

En este escenario, los países iberoamericanos no están dando fiel cumplimiento a los deberes asumidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos directamente relacionados con la materia investigada: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Por ello, una de las tareas ineludibles para Iberoamérica consiste en avanzar hacia la incorporación y transversalización del enfoque de género en el trabajo legislativo vinculado a la discapacidad.

Aunque excede los fines de este trabajo, es posible presumir que existen otras situaciones con más dificultades para acceder o permanecer en el mundo laboral. Por ejemplo, tratándose de una mujer con discapacidad de mayor edad o indígena. Por ello, es necesario entender que la discriminación la mayor de las veces es multicausal, y que existen situaciones de especial vulnerabilidad y exclusión que requieren ser visibilizadas en la legislación. De lo contrario, se corre el riesgo que otras normas, políticas públicas o la sociedad en su conjunto, repliquen un erróneo concepto de la discriminación, entendiéndola como un fenómeno unicausal y uniforme. Y, con ello, se produzcan o perpetúen situaciones de discriminación indirecta que atenten contra la dignidad de las personas.

Lo señalado no significa desconocer que las disposiciones iberoamericanas constituyen un positivo avance que va en la línea de la normativa internacional sobre derechos humanos. Más bien se desea afirmar que se deben establecer acciones afirmativas concretas, tales como cuotas de empleo reservado o incentivos tributarios para la contratación de mujeres con discapacidad. En efecto, las acciones afirmativas han demostrado ser una manera efectiva para combatir las situaciones de discriminación histórica<sup>45</sup>. Además, y en el ámbito legislativo, constituyen una herramienta recomendada por el Comité para la Eliminación de Discriminación contra la Mujer. Esta es, seguramente, la manera más

---

<sup>45</sup> En palabras de LÓPEZ (2016), p. 51, “las diferentes versiones de la acción afirmativa (...) se han orientado a disminuir las desigualdades sociales que puedan propiciar situaciones injustas en la oferta de oportunidades. De este modo, han ofrecido un trato especial favorable a los miembros de los grupos que suelen tener menos oportunidades, para desarrollar una vida digna”. Por su parte, y a partir de una revisión de estudios empíricos, QUIJADA (2021), p. 155, concluye lo siguiente, al analizar las medidas de acción afirmativa en Universidades de Brasil, Colombia y México: “En los documentos oficiales y la literatura revisada se reportan avances significativos en el incremento de la matrícula en el pregrado de jóvenes indígenas y afrodescendientes, que se relacionan con la creación de nuevas universidades y la participación del sector privado”. Sin perjuicio de ello, reconoce la existencia de problemas asociados a variables que condicionan el ingreso, la permanencia y el avance de estas minorías en sus estudios universitarios.

eficaz de superar pautas y creencias culturales históricas. Es decir, formas para concebir y entender la realidad que se encuentran fuertemente arraigadas en las sociedades iberoamericanas, las que castigan doblemente a las mujeres con discapacidad.

Por todo lo anterior, podemos concluir que Iberoamérica mantiene un desafío común que consiste en avanzar en la inclusión laboral de las personas con discapacidad con perspectiva de género, y cuya superación hoy no se encuentra suficientemente apoyada por la legislación existente en cada Estado respecto de la materia. También concluimos que, si se aborda o no este desafío, y la manera en que ello se haga, es una cuestión que no solo afectará el pleno desarrollo e inclusión de las mujeres con discapacidad y a sus entornos más cercanos, sino que también a los Estados, quienes verán comprometido el cumplimiento de deberes internacionales y el éxito de cualquier estrategia de desarrollo. La igualdad entre hombres y mujeres es una base esencial tanto para la paz como para la democracia.

## BIBLIOGRAFÍA

- CAMINOTTI, Mariana, y RODRÍGUEZ GUSTÁ, Ana Luisa, 2011: *Guía práctica para la incorporación del enfoque de género en el trabajo legislativo*, Buenos Aires: Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.
- CAÑAS MONTAÑEZ, Tania, 2020: *Sensibilización en la igualdad de oportunidades*, Málaga: Editorial Elearning.
- CAVALCANTE CARVALHO, Alana Micaelle, 2018: “Discriminación interseccional: concepto y consecuencias en la incidencia de violencia sexual contra mujeres con discapacidad”, *Journal of Feminist, Gender and Women Studies*, Vol. 7, pp. 15-25. DOI: <https://doi.org/10.15366/jfgws2018.7.002>.
- COMITÉ PARA LA ELIMINACIÓN DE LA DISCRIMINACIÓN CONTRA LA MUJER, 2004: *Observación General N° 25. Medidas especiales de carácter temporal*. 30° período de sesiones.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1984: *Opinión Consultiva OC 4/84*, de 19 de enero de 1984. Solicitada por Costa Rica.
- CORTÉS-REYES, Edgar, RIVEROS, Leidy T. y PINEDA-ORTIZ, Gustavo A., 2013: “Clasificación internacional del funcionamiento, la discapacidad y la certificación de discapacidad en Colombia”, *Revista de Salud Pública*, Vol. 15, N° 1, pp. 129-137.
- DÍAZ POLEGRE, Leticia, y TORRADO MARTÍN-PALOMINO, Esther, 2018: “El género y sus interseccionalidades desde una perspectiva sociológica e histórico-crítica en las narrativas autobiográficas de Angelou, Lorde y Davis”, *Investigaciones Feministas*, Vol. 9, N° 2, pp. 291-307. DOI: <https://doi.org/10.5209/INFE.58818>.
- ESGUERRA MUELLE, Camila, y JEISSON BELLO RAMÍREZ, Alanis, 2015: “Interseccionalidad y políticas públicas LGBTI en Colombia: usos y desplazamientos de una noción crítica”, *Revista de Estudios Sociales*, Vol. 49, pp. 19-32. DOI: <http://dx.doi.org/10.7440/res49.2014.02>.
- GARCÍA, Vinicius Gaspar, 2014: “Panorama da inclusão das pessoas com deficiência no mercado de trabalho no Brasil”, *Trabalho, Educação e Saúde*, Vol. 12, N° 1, pp. 165-187. DOI: <https://doi.org/10.15446/revfacmed.v63n3sup.50571>.
- GARCÍA-VÁSQUEZ, Eduardo, 2015: “La discriminación por discapacidad como tema emergente en el contexto de los movimientos sociales contemporáneos”, *Revista de la Facultad de Medicina*, Vol. 63, Supl. 1, pp. 155-160. DOI: [10.15446/revfacmed.v63n3sup.50571](https://doi.org/10.15446/revfacmed.v63n3sup.50571).

- GÓMEZ BELMAR, Vanessa, 2014: "Análisis de la discapacidad desde una mirada crítica: Las aportaciones de las teorías feministas", *Estudios Pedagógicos*, Vol. 40, Nº 2, pp. 391-407.
- HAMES, Isabel Cristina, y HENRÍQUEZ NUERNBERG, Adriano, 2015: "A Inclusão de Pessoas com Deficiência no Contexto do Trabalho em Florianópolis: Relato de Experiência no Sistema Nacional de Emprego", *Psicologia: Ciência e Profissão*, Vol. 35, Nº 3, pp. 768-780. DOI: doi.org/10.1590/1982-3703000212012.
- LARRAÑAGA, Isabel, ARREGUI, Begoña y ARPAL, Jesús, 2004: "El trabajo reproductivo o doméstico", *Gaceta Sanitaria*, Vol. 18 Nº 4, pp. 31-37.
- LÓPEZ PINO, Carmen Marina y SECO MARTÍN, Enrique, 2005: "Discapacidad y empleo en España: su visibilidad", *Innovar*, Vol. 15, Nº 26, pp. 59-72.
- LÓPEZ VELA, Valeria, 2016: "Acción afirmativa y equidad: un análisis desde la propuesta de Thomas Nagel", *Revista de Filosofía Open Insight*, Vol. 7, Nº 12, pp. 49-75.
- MAREÑO SEMPERTEGUI, Mauricio, 2015: "Inclusión laboral de personas catalogadas como discapacitadas. Algunas reflexiones para un debate necesario", *Trabajo y Sociedad*, Nº 25, pp. 405-442.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2014: *Lograr la igualdad de oportunidades en el empleo para las personas con discapacidad a través de la legislación: directrices*. Ginebra: OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO (Servicio de Género, Igualdad y Diversidad), 2015: *Trabajo decente para personas con discapacidad: promoviendo derechos en la agenda global de desarrollo* (segunda edición), Ginebra: OIT.
- OFICINA INTERNACIONAL DEL TRABAJO, 2018: *Perspectivas Sociales y del Empleo en el Mundo. Tendencias del Empleo Femenino 2018. Alcance Global*, Ginebra: OIT.
- ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE SEGURIDAD SOCIAL, 2014: *Medidas para la promoción del empleo de personas con discapacidad en Iberoamérica*, Madrid, España.
- OSBORNE, Raquel, y MOLINA PETIT, Cristina, 2008: "Evolución del concepto de género: selección de textos de S. de Beauvorr, K. Millet, G. Rubin y J. Butler", *Empíria. Revista de Metodología de las Ciencias Sociales*, Vol. 15, pp. 147-182. DOI: <https://doi.org/10.5944/empiria.15.2008.1204>.
- PÉREZ PORTILLA, Karla, 2010: "Más allá de la igualdad formal: dignidad humana y combate a la desventaja", en Jorge Carpizo, y Carol B. Arriaga (coordinadores), *Homenaje al Doctor Emilio O. Rabasa*, pp. 655-674.
- QUIJADA LOVATÓN, Karin Yovana, 2021: "Acciones afirmativas para la inclusión universitaria de estudiantes afrodescendientes en Brasil, Colombia y México", *Revista Ciencia y Cultura*, Vol. 25, Nº 46, pp. 135-162.
- SALOMÉ RESURRECCIÓN, Liliana María, 2017: "La discriminación y algunos de sus calificativos: directa, indirecta, por indiferenciación, interseccional (o múltiple) y estructural", *Pensamiento Constitucional*, Nº 22, pp. 255-290.
- SAURA DE LA CAMPA, Elena, y COELLO CREMADES, Raquel, 2016: "Guía para la transversalización de la perspectiva de género en los programas, iniciativas y proyectos adscritos de la cooperación iberoamericana". Disponible en: <https://www.segib.org/wp-content/uploads/GUIA-TPG-ESP-WEB.pdf> [Fecha de consulta: 20.5.2020].
- SERRA, María Laura, 2017: *Mujeres con discapacidad: sobre la discriminación y opresión interseccional*. Madrid: Dykinson.
- STANG ALVA, María Fernanda, 2011: *Las personas con discapacidad en América Latina: del reconocimiento jurídico a la desigualdad real*, Santiago de Chile: Comisión Económica para América Latina y El Caribe.
- VÁZQUEZ FERREIRA, Miguel Ángel, 2008: "La construcción social de la discapacidad: Hábitos, estereotipos y exclusión social", *Nómadas. Revista Crítica de Ciencias Sociales y Jurídicas*, Vol. 17, Nº 1, pp. 221-232.

WORLD HEALTH ORGANIZATION and THE WORLD BANK, 2011: *World Report on Disability*.

Disponible en: <https://www.who.int/teams/noncommunicable-diseases/sensory-functions-disability-and-rehabilitation/world-report-on-disability> [Fecha de consulta: 17.8.2021].

ZÚÑIGA AÑASCO, Yanira, 2018: "Cuerpo, género y Derecho. Apuntes para una teoría crítica de las relaciones entre cuerpo, poder y subjetividad", *Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 3, pp. 209-254.

### *Legislación citada*

#### ARGENTINA:

LEY 26.653, Acceso a la información pública, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 26 de noviembre de 2010.

LEY 24.013, Ley Nacional de Empleo, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 5 de diciembre de 1991.

LEY 24.308, Mantiene la vigencia de las concesiones otorgadas a personas discapacitadas, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 11 de enero de 1994.

LEY 23.021, Modifica el artículo 23 de la Ley 22.431, referente al Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, con el fin de que los empleadores que concedan empleo a personas discapacitadas puedan optar por efectuar la deducción prevista, en el impuesto a las Ganancias o sobre los Capitales, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 7 de diciembre de 1983.

LEY 25.689, Modificación de la Ley N° 22.431, en relación con el porcentaje de ocupación de personas con discapacidad por parte del Estado Nacional, sus organismos descentralizados o autárquicos, los entes públicos no estatales, las empresas del Estado y las empresas privadas concesionarias de servicios públicos, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 2 de enero de 2003.

LEY 26.816, Régimen federal de empleo protegido para personas con discapacidad, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 7 de enero de 2013.

LEY 22.431, Sistema de Protección Integral de los Discapacitados, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 16 de marzo de 1981.

LEY 24.314, Sistema de protección integral de los discapacitados, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 8 de abril de 1994.

LEY 24.147, Talleres protegidos de producción, publicada en el Boletín Oficial de la República Argentina el 21 de octubre de 1992.

#### BOLIVIA:

LEY 223, Ley general para personas con discapacidad, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia el 2 de marzo de 2012.

LEY 977, Ley de inserción laboral y de ayuda económica para personas con discapacidad, publicada en la Gaceta Oficial del Estado Plurinacional de Bolivia el 26 de septiembre de 2017.

#### BRASIL:

LEI 7853, Dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, sobre a Coordenadoria Nacional para Integração da Pessoa Portadora de Deficiência-Corde, institui a tutela jurisdiccional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, disciplina a atuação do Ministério Público, define crimes, e dá outras providências, publicada en el Diário Oficial da União el 25 de octubre de 1989).

LEI 10.098, Estabelece normas gerais e critérios básicos para a promoção da acessibilidade das pessoas portadoras de deficiência ou com mobilidade reduzida, e dá outras providências, publicada en el Diário Oficial da União el 19 de diciembre de 2000.

LEI 13.146, Estatuto da pessoa com deficiência, publicada en el Diário Oficial da União el 6 de julio de 2015.

CHILE:

CÓDIGO del Trabajo, publicado el 16 de enero de 2003.

LEY 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

LEY 21.015, Incentiva la Inclusión laboral de personas con discapacidad al mundo laboral, publicada el 15 de junio de 2017.

LEY 20.940, Moderniza el sistema de relaciones laborales, publicada el 8 de septiembre de 2016.

LEY 20.957, Permite que personas en situación de discapacidad puedan ser nombradas en cargos de juez o notario, publicada el 29 de octubre de 2016.

COLOMBIA:

LEY 1.618, Establece las disposiciones para garantizar el pleno ejercicio de los derechos de las personas con discapacidad, publicada el 27 de febrero de 2013.

LEY 361, Establece mecanismos de integración social de las personas con limitación y se dictan otras disposiciones, publicada el 11 de febrero de 1997.

LEY 1221, Establece normas para promover y regular el Teletrabajo y se dictan otras disposiciones, publicada el 16 de julio de 2008.

LEY 1.429, Expide la ley de formalización y generación de empleo, publicada el 29 de diciembre de 2010.

LEY 1607, Expide normas en materia tributaria y se dictan otras disposiciones, publicada el 26 de diciembre de 2012.

COSTA Rica:

CÓDIGO del Trabajo, publicado el 27 de agosto de 1943.

LEY 9.303, Creación del consejo nacional de personas con discapacidad, publicada el 26 de junio de 2015.

LEY 8.862, Inclusión y protección laboral de las personas con discapacidad en el sector público, publicada el 11 de noviembre de 2010.

LEY 7.600, Ley de igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad, publicada el 29 de mayo de 1996.

CUBA:

CÓDIGO del Trabajo, publicado el 17 de junio de 2013.

ECUADOR:

CÓDIGO del Trabajo, publicado el 16 de diciembre de 2005.

LEY Orgánica de discapacidades, publicada el 25 de septiembre de 2012.

LEY Orgánica del Servicio Público, publicada el 6 de octubre de 2010.

EL SALVADOR:

LEY de equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, publicada el 24 de mayo de 2000.

LEY especial de inclusión de las personas con discapacidad, publicada el 3 de septiembre de 2020.

**ESPAÑA:**

REAL Decreto Legislativo 1-2013, Aprueba el texto refundido de la ley general de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, publicado el 3 de diciembre de 2013.  
LEY 53-2003, publicada el 11 de diciembre de 2003.

**GUATEMALA:**

DECRETO 16-2008, Ley de aprobación de la política nacional en discapacidad y plan de acción, publicado el 4 de abril de 2008.  
DECRETO 135-96, Ley de atención a las personas con discapacidad, publicado el 9 de enero de 1997.

**HONDURAS:**

DECRETO 160-2005, Ley de equidad y desarrollo integral para las personas con discapacidad, publicado el 30 de septiembre de 2005.

**MÉXICO:**

LEY del impuesto sobre la renta, publicada el 11 de diciembre de 2013.  
LEY federal del trabajo, publicada el 1 de abril de 1970.  
LEY federal para prevenir y eliminar la discriminación, publicada el 11 de junio de 2003.  
LEY general para la inclusión, publicada el 30 de mayo de 2011.

**NICARAGUA:**

CÓDIGO del Trabajo, publicado el 30 de octubre de 1996.  
LEY 822, Ley de concertación tributaria, publicada el 17 de diciembre de 2012.  
LEY 763, Ley de los derechos de las personas con discapacidad, publicada el 13 de abril de 2011.

**PANAMÁ:**

LEY 15, Reforma la ley 42 de 1999, que establece la equiparación de oportunidades para las personas con discapacidad, publicada el 6 de junio de 2016.

**PARAGUAY:**

LEY 5.115, Crea el ministerio de trabajo, empleo y seguridad social, publicada el 4 de diciembre de 2013.  
LEY 4.934, De accesibilidad al medio físico para las personas con discapacidad, publicada el 28 de junio de 2013.  
LEY 4.951, De inserción al empleo juvenil, publicada el 25 de junio de 2013.  
LEY 1.626, De la función pública, publicada el 28 de diciembre de 2000.  
LEY 4.962, Establece beneficios para los empleadores, a los efectos de incentivar la incorporación de personas con discapacidad en el sector privado, publicada el 2 de agosto de 2013.  
LEY 122, Establece derechos y privilegios para los impedidos, publicada el 8 de enero de 1991.  
LEY 2.479, Establece la obligatoriedad de la incorporación de personas con discapacidad en las instituciones públicas, publicada el 26 de octubre de 2004.  
LEY 5.421, Igualdad de oportunidades en la formación para el trabajo de las personas con discapacidad, publicada el 6 de mayo de 2015.  
LEY 6.470, Modifica el artículo 9° de la ley 213/1993, que establece el código del trabajo, publicada el 26 de diciembre de 2019.  
LEY 3.585, Modifica los artículos 1°, 4° y 6° de la ley N° 2479/04 que establece la obligatoriedad de la incorporación de personas con discapacidad en las instituciones públicas, publicada el 3 de septiembre de 2008.

## PERÚ:

LEY 29.973, Ley general de la persona con discapacidad, publicada el 24 de diciembre de 2012.  
DECRETO legislativo 1.417, Promueve la inclusión de las personas con discapacidad, publicado el 13 de septiembre de 2018.

## PORTUGAL:

CÓDIGO de Trabalho, publicado el 2 de diciembre de 2009.  
LEI 38, Define as bases gerais do regime jurídico da prevenção, habilitação, reabilitação e participação da pessoa com deficiência, publicada el 18 de agosto de 2004.  
LEI 29, Estabelece o sistema de quotas de emprego para pessoas com deficiência, com um grau de incapacidade funcional igual ou superior a 60%, em todos os serviços e organismos da administração central, regional autónoma e local, publicada el 2 de marzo de 2001.

## REPÚBLICA DOMINICANA:

CÓDIGO del Trabajo, publicado el 29 de mayo de 1992.  
LEY 41-08, De función pública y crea la secretaria de estado de administración pública, publicada el 16 de enero de 2008.  
LEY 5-13, Sobre discapacidad, publicada el 1 de enero de 2013.

## URUGUAY:

LEY 19.841, Estatuto del funcionario del servicio exterior de la república, publicada el 31 de diciembre de 2019.  
LEY 19.133, Fijación de normas sobre el fomento del empleo juvenil y derogación de la ley de empleo juvenil, publicada el 16 de octubre de 2013.  
LEY 18.651, Ley de protección integral de personas con discapacidad, publicada el 3 de septiembre de 2010.  
LEY 19.689, Nuevos puestos de trabajo, se establecen incentivos para su generación, publicada el 8 de noviembre de 2018.  
LEY 19.691, Promoción del trabajo para personas con discapacidad, publicada el 8 de noviembre de 2018.

## VENEZUELA:

LEY Orgánica de Prevención, Condiciones y Medio Ambiente de Trabajo, publicada el 26 de julio de 2005.  
LEY Orgánica del Sistema de Seguridad Social, publicada el 30 de abril de 2012.  
LEY Orgánica del Trabajo, los Trabajadores y las Trabajadoras, publicada el 7 de mayo de 2012.  
LEY para las personas con discapacidad, publicada el 5 de enero de 2007.

## INTERNACIONAL.

CONVENCIÓN para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, adoptada el 18 de diciembre de 1979. Publicada en Chile el 9 de diciembre de 1989.  
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.

## Anexo 1. Académicos colaboradores

País	Nombre	Afiliación Institucional
Argentina	Carolina Fathala	Universidad Nacional de Córdoba
	Carolina Saad	Universidad Nacional de Córdoba
	Carolina Santostefano	Universidad de Buenos Aires
Bolivia	Boris Wilson Arias López	Universidad Mayor de San Andrés
	Karina Ingrid Medinaceli Díaz	Universidad Mayor de San Andrés
Brasil	Sofía Vilela De Moraes e Silva	Escuela Superior del Ministerio Público del Estado de São Paulo
	Ana María Risolia Navarro	Universidad de São Paulo
Colombia	Juliana Patricia Morad Acero	Pontificia Universidad Javeriana
	Laura Saiz Guzmán	Red Empleo con Apoyo RECA
Costa Rica	Jorge Olaso Álvarez	Universidad de Costa Rica
	Melissa Benavides Víquez	Universidad La Salle
Cuba	Lisbeth Infante Ruiz	Universidad de Holguín
	Yaumara Milagros Sánchez Feal	Universidad de Las Tunas
Ecuador	Jorge Jaramillo Villamagua	Universidad Nacional de Loja
	Patricio Peñafiel Rodríguez	Universidad Nacional del Chimborazo
	Segundo Walter Parra Molina	Universidad Nacional del Chimborazo
El Salvador	Nelson González	Universidad Doctor José Matías Delgado
	Emilia Gallegos	Universidad Doctor José Matías Delgado
	William Rafael Rebolledo Alvarado	Universidad Francisco Gavidia
España	Carlos De Fuentes García-Romero De Tejada	Universidad Complutense de Madrid
	Nuria De Nieves Nieto	Universidad Complutense de Madrid
	Patricia Nieto Rojas	Universidad Carlos III de Madrid

País	Nombre	Afiliación Institucional
Guatemala	Daniel Domingo Cabrera	Instituto de Estudios de Trabajo de Guatemala
	Luis Ricardo González Rodríguez	Universidad Rafael Landívar
Honduras	Jorge Herrera Flores	Universidad Nacional Autónoma de Honduras
México	Arturo Azuara Flores	Universidad de Monterrey
	Guillermo Terán Esparza	Universidad de Monterrey
	Roberto Gerardo López Jiménez	Universidad Anáhuac
	Andrés Lobato Zepeda	Universidad Autónoma de Guadalajara
Nicaragua	Alberto Jerónimo Altamirano Escobar	Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua
	Karla Guisselle Matus Roa	Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua
	Denis Rojas Lanuza	Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua
Panamá	Anayansi Turner Yau	Universidad de Panamá
	Samuel Rivera Valencia	Universidad Católica Santa María La Antigua
Paraguay	Carlos Mancuello Egusquiza	Universidad Nacional del Este
	Jessica Dohmen	Universidad Autónoma de Encarnación
	Juan Prieto Franco	Universidad María Serrana
	Yonny Flick	Universidad Autónoma de Encarnación
Perú	Katty Caballero Segá	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
	Renata Bregaglio Lazarte	Pontificia Universidad Católica del Perú
	Renato Constantino Gaycho	Pontificia Universidad Católica del Perú

---

País	Nombre	Afiliación Institucional
Portugal	Ana Isabel Soares Pinto	Universidad de Lisboa
	João Carlos Loureiro	Universidad de Coimbra
República Dominicana	Pedro Gálvez Cuevas	Universidad Nacional Pedro Henríquez Ureña
Uruguay	Federico Rosenbaum Carli	Universidad Católica del Uruguay
	Eduardo Esteva Gallicchio	Universidad de Montevideo
	Magdalena Balestero Casanova	Universidad Católica del Uruguay
Venezuela	Andrés Carrasquero Stolk	Universidad Católica Andrés Bello
	Jennifer Quintero	Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín
	María Annia González	Universidad Dr. Rafael Belloso Chacín

---



## Funciones jurisdiccionales de las Superintendencias en Colombia. Claves para comprender esta forma de administrar justicia desde el ejecutivo

*Nelson Hernández Meza\**  
*María Lourdes Ramírez Torrado\*\**  
*María de Jesús Illera Santos\*\*\**

### RESUMEN

*Las Superintendencias han venido empoderándose de la función de administrar justicia. Permitiéndoles dirimir controversias en distintas temáticas, como son los temas de competencia, consumo, societarios, salud o financiero. La finalidad de esta investigación es analizar las cuatro (4) Superintendencias que cumplen funciones jurisdiccionales en Colombia. Para lograr este objetivo se realizó una revisión documental, examinando y analizando la doctrina, la jurisprudencia y la legislación que se ocupan del tema. Encontrándose que ha existido más de un empoderamiento continuo en sectores de especial impacto para la economía del país que un proceso reflexivo y coordinado.*

Justicia; superintendencias; administración de justicia; ejecutivo

*Jurisdictional functions of the Superintendencies in Colombia.  
Keys to understanding the administration of justice from the Executive*

### SUMMARY

*The Superintendencies have been empowering themselves with the function of administering justice. Allowing them to settle controversies on different topics, such as competition, consumer,*

---

\* Abogado y Magíster en Derecho, Universidad del Norte, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0872-3177>. Correo electrónico: [nelsonh@uninorte.edu.co](mailto:nelsonh@uninorte.edu.co).

\*\* Abogada, Universidad del Norte, Colombia. Doctora en derecho administrativo, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesora investigadora, Universidad del Norte, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6529-0457>. Correo electrónico: [torradom@uninorte.edu.co](mailto:torradom@uninorte.edu.co).

\*\*\* Abogada, Universidad Libre, Colombia. Doctora en derecho, Universidad de Castilla La-Mancha, España. Profesora investigadora, Universidad del Norte, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1384-6334>. Correo electrónico: [millera@uninorte.edu.co](mailto:millera@uninorte.edu.co).

Este artículo es resultado del proyecto de investigación titulado: "Funciones jurisdiccionales de las autoridades administrativas", dirigido por la prof. María Lourdes Ramírez Torrado. Investigación financiada por la Universidad del Norte, Barranquilla, Colombia.

Artículo recibido el 17.8.2021 y aceptado para su publicación el 13.12.2021.

*corporate, health or financial issues. The purpose of this investigation is to analyze the four (4) Superintendencies, which fulfill jurisdictional functions in Colombia. To achieve this objective, a documentary research was carried out, examining and analyzing the doctrine, jurisprudence and legislation that deals with the subject. Finding that there has been more continuous empowerment, in sectors of special impact for the country's economy, than a thoughtful and coordinated process.*

Justice; superintendencies; administration of justice; executive

## INTRODUCCIÓN

La importancia de las superintendencias como entidades dentro de la arquitectura institucional es incuestionable; hoy son nueve (9) entidades que revisten esta tipología<sup>1</sup>; y desde que fueron introducidas han pasado casi cien (100) años.

La relevancia de estas instituciones radica en las funciones encomendadas, como son las administrativas y las funciones jurisdiccionales que se le han atribuido, incluso antes de 1991, en temas competenciales, consumo, societarios, salud o financiero.

Luego de la Constitución de 1991, el proceso de empoderamiento de funciones jurisdiccionales a estas entidades continúa siendo único y desconectado entre sí; producto ello, quizás, de la inexistencia de una columna vertebral que articule el ejercicio de su actividad jurisdiccional.

Teniendo en cuenta este escenario, el objetivo principal de esta investigación es analizar las cuatro (4) Superintendencias que cumplen esta función, con especial atención a los argumentos con los que se le han empoderado, su origen, sus funciones, rasgos diferenciadores y la manera como se han organizado para administrar justicia. Para lograr este objetivo, se realizó una revisión documental, examinando y analizando la doctrina, la jurisprudencia y la legislación que se ocupa del tema. Siendo una de las dificultades a superar de la investigación, la dispersión normativa que domina la materia.

Encontrándose como principal hallazgo<sup>2</sup> la existencia de un empoderamiento continuo a estas entidades en sectores de especial impacto para la economía del país. Sin que esto responda a un proceso reflexivo y cohesionado que permita comprender estas entidades como un conjunto, que cumplen un rol determinante como lo es dirimir controversias en un Estado.

---

<sup>1</sup> Actualmente podemos ubicar a: Superintendencia de Sociedades (SSOC); Superintendencia de Industria y Comercio (SIC); Superintendencia Financiera de Colombia (SFC); Superintendencia Nacional de Salud (SNS). Mientras que otras que no tienen la condición de superintendencias son: El Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF) por medio de los defensores de familia; Dirección Nacional de Derechos de Autor (DNDA); Instituto Colombiano Agropecuario (ICA); la Dirección General Marítima (DIMAR); y, las Comisarías de Familia.

<sup>2</sup> Un caso similar se advierte en Chile. Al respecto, puede verse, entre otros, el análisis de: BORDALÍ, 2009, pp. 237-264.

## I. LAS SUPERINTENDENCIAS: PIEZAS CLAVES EN LA ARQUITECTURA INSTITUCIONAL

La aparición de las superintendencias en el país data de 1923, producto de la misión Kemmerer<sup>3</sup>. La primera en aparecer es la Superintendencia Bancaria que se crea con Ley 45/1923, seguida por la creación de otras a lo largo del siglo XX como son las superintendencias de sociedades anónimas (1931)<sup>4</sup>, de notariado y registro (1959), regulación económica (1960), industria y comercio<sup>5</sup> (1968), seguros de salud (1977), o de subsidio familiar (1988)<sup>6</sup>.

En 1968<sup>7</sup> se introduce una nueva reforma constitucional en donde se especificó con claridad el concepto y funciones de las superintendencias, mediante el decreto extraordinario 1050/1968, que las definió en su artículo cuarto como: “organismos adscritos a un ministerio que, dentro del marco de la autonomía administrativa y financiera que les señala la ley, cumplen algunas de las funciones que corresponden al Presidente de la República como suprema autoridad administrativa”.

Pero es con la vigencia de la Constitución del 91 cuando se crean más de este tipo de entidades, unas con asiento expreso en la Constitución, caso de la dedicada a los servicios públicos domiciliarios<sup>8</sup> (art. 370) y otra en el artículo transitorio 52 de la Carta que contempla la Superintendencia de Valores, fusionándose luego con la Bancaria, dando lugar a la Superintendencia Financiera en el 2005. Otras se crearían por vía legal, es el caso de las dedicadas a: Puertos (1991), a la de Vigilancia y Seguridad Privada (1993)<sup>9</sup>, o lo propio con la que se ocupa de la Economía Solidaria (1998)<sup>10</sup>. Existiendo hoy diez (10) superintendencias.

La Constitución del 91 incluyó un número de disposiciones que se encuentran vinculadas a esta institución (115 CN), sea porque se refiere al órgano mismo, o porque se relacione con sus funciones (370 CN), las relaciones de competencia entre el Congreso y el Ejecutivo (150-7 CN), o la delegación que puede realizar el Presidente en estas instituciones (211 CN).

Según el ordenamiento vigente, todas las superintendencias hacen parte de la rama ejecutiva, se encuentran adscritas a un ministerio, la más de las veces, o a un departamento administrativo. Esto último ocurre solamente para la dedicada a los servicios públicos domiciliarios con el Departamento administrativo de Planeación.

<sup>3</sup> LÓPEZ, 2007, p. 1-42.

<sup>4</sup> NEIRA, 2006, p. 213.

<sup>5</sup> RAMÍREZ, 2018.

<sup>6</sup> RAMÍREZ Y DE LA CRUZ, 2019, 49, pp. 81-112.

<sup>7</sup> Decreto 1050, 1968, artículo 1.

<sup>8</sup> LONDOÑO *et al.*, 2002.

<sup>9</sup> Ley 62, 1993.

<sup>10</sup> Ley 454, 1998.

En cuanto a su creación, la Ley 489/1998<sup>11</sup> dispone que las superintendencias podrán ser creadas por la ley como organismos con autonomía administrativa y financiera, sin personería jurídica, en cuyo caso harán parte integrante del sector central de la rama ejecutiva del poder público en el orden nacional, o como entidades descentralizadas, con personería jurídica, autonomía administrativa y patrimonial y sujetas al régimen jurídico contenido en la ley que las crea y, en lo no previsto en ella, al de los establecimientos públicos (art. 82), (C-452/2003).

Las superintendencias actúan bajo la dirección y orientación del Presidente de la República, quien es titular constitucional de la función de inspección y vigilancia, desarrollando su competencia bajo el control, dirección e inspección del Presidente y del ministro del ramo (C-496/1998, C-921/2001). Y junto con esta función tienen funciones jurisdiccionales.

## II. DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS DE LAS SUPERINTENDENCIAS

Las superintendencias desarrollan actividades administrativas, como las de policía administrativa, inspección, vigilancia, control y sanción, mediante actos administrativos, los que son controlables por la jurisdicción de lo contencioso-administrativo (C-649/2001. C-860/2006). Ello con la finalidad de garantizar el adecuado funcionamiento de las actividades de las que se ocupan (C-205/2005). Podrán imponer medidas, dictar órdenes, instrucciones, sanciones, autorizar la realización de actividades, o expedir reglamentos técnicos, certificaciones o conceptos, emisión de órdenes o instrucciones para suspender las prácticas ilegales. En otros casos, podrá decretar la disolución y ordenar la liquidación de cualquier entidad vigilada, cuando sea del caso, designando a un liquidador.

Si bien de la esencia de estas instituciones es la inspección, vigilancia, estas actividades se complementan con la capacidad de imponer sanciones administrativas, con el fin de adoptar medidas eficaces (C-860/2006) para las conductas que sean contrarias al sector que deban salvaguardar (C-921/2001). Respetando los postulados que rigen el derecho administrativo sancionador (C-037/2017), de manera que la actividad sancionadora cierra el círculo de facultades de la entidad tales como: reglamentación, instrucción, investigación, requerimiento (C-860/2006).

Esta capacidad de las superintendencias de imponer sanciones administrativas es producto del *ius puniendi* único del Estado, el que se encuentra en manos de las autoridades penales y también de las administrativas (C-064/2021). Congregándose, en el poder sancionador del Estado, junto con el derecho penal delictivo propiamente dicho, el derecho administrativo sancionador, el contravencional, disciplinario, fiscal correccional, y el *impeachment*. Ahora bien, este ejercicio de imposición de sanciones administrativas se debe realizar considerando el respeto del debido proceso teniendo en cuenta “a la

<sup>11</sup> JARAMILLO y MEJÍA, 2016a, pp. 120-152.

trascendencia constitucional de los derechos y los intereses en tensión, tanto en materia sustancial como procedimental” (C-276/2019).

El artículo 29 de la Constitución es el fundamento que limita el poder de sancionar del Estado, a partir de la exigencia del respeto del debido proceso. Derivándose las garantías derivadas del debido proceso a este tipo de actividades, que conforman un corpus de la teoría general del derecho sancionador, como son: a) la posibilidad de ser oído durante toda la actuación y permitir su participación en ella, desde el inicio hasta su culminación; b) la obligación de ser notificado de todas y cada una de las decisiones que allí se adopten; c) que se asegure el derecho de defensa y contradicción, incluyendo la opción de impugnar las decisiones que resulten contrarias y de intervenir en la actividad probatoria; d) la garantía de la presunción de inocencia, lo que conlleva que la responsabilidad del administrado se defina con base en hechos probados imputables al mismo, quedando proscrita la imposición de sanciones de plano, amparadas solo en la ocurrencia objetiva de una falta o contravención; e) la garantía de juez natural; f) la determinación y aplicación de trámites y plazos razonables; g) la garantía de imparcialidad; h) el principio de legalidad de la falta o de la infracción administrativa; i) el principio de publicidad; j) el principio de la doble instancia; k) el principio de *non bis in idem*; y, l) la prohibición de la *reformatio in pejus*. Garantías todas ellas aplicables en el ejercicio de la actividad sancionadora de la administración, verbigracia, el realizado por las superintendencias.

Junto con la función administrativa de las superintendencias, se encuentra la función jurisdiccional cuya finalidad es resolver los conflictos de intereses que se pueden suscitar entre los distintos actores del sector (C-145/2009).

### III. OTORGAMIENTO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES A LAS SUPERINTENDENCIAS

Es el artículo constitucional 116 el que sirve de fundamento constitucional a las funciones jurisdiccionales de las superintendencias, exigiendo que tales funciones sean imparciales, independientes, predeterminadas en una ley, no pudiendo tener por objeto la instrucción de sumarios o el juzgamiento de delitos (C-1641/ 2000, C-384/2000, 501/2001, C-649/2001, C-y C-833/2006, C-902/2008, C-117/2008).

Han sido varios los pronunciamientos de la Corte Constitucional dándole contenido y alcance al artículo 116 con relación a las funciones jurisdiccionales de las superintendencias. Entre otros temas, se ha abordado la distinción de las funciones administrativas y judiciales que deben estar separadas, debiendo ser cada una de ellas autónomas completamente para garantizar la imparcialidad e independencia. Para ello se ha demandado que se realicen cambios en la estructura de la entidad (C-1143/2000), asimismo que los funcionarios deben indicar la naturaleza de la actividad (administrativa o jurisdiccional) que realizan (C-649/2001, C-537/2010). No pudiendo un mismo funcionario que cumple la función judicial haberse pronunciado en ejercicio de sus funciones previas de inspección, vigilancia y control respecto de casos que luego sean objeto de controversia judicial (C-117/2008).

El funcionario que cumpla la función jurisdiccional será independiente, no pudiendo el superior invocar relaciones de jerarquía para incidir en la decisión a partir de órdenes o instrucciones, o elección de persona que debe fallar. Con lo que no debe existir relación alguna “de sujeción jerárquica o funcional en lo que atañe al asunto que se somete a su conocimiento” (C-537/2010). Debiéndose garantizar siempre “la imparcialidad, autonomía e independencia del funcionario que administra justicia, evitando que este se encuentre sometido a las instrucciones de su superior que le impongan la forma como debe decidir el asunto de su conocimiento”<sup>12</sup>.

Asimismo, la Corte ha demandado que las superintendencias en ejercicio de la función jurisdiccional cumpla de forma idéntica esta actividad como los jueces de la República (C-649/ 2001). Pudiendo las superintendencias ordenar la realización de una actividad o su abstención para proteger el bien jurídico encargado, ordenar la efectividad de las garantías de los bienes y servicios protegidos, emitir órdenes para lograr que no se lesione o se continúe lesionando el bien jurídico a proteger (C-1071/2002)<sup>13</sup>, constituyendo sus decisiones providencias judiciales (T-803/2004, C-145/2009).

En esta línea, la actividad jurisdiccional adelantada por las superintendencias debe ser respetuosa del debido proceso. “El artículo 29 de la Constitución de 1991 garantiza el debido proceso y las formalidades propias del juicio ante tribunal competente, solo que la última norma extendió estas garantías también a los procesos que se surten ante autoridades administrativas” (C-064/2021).

En este sentido la Corte Constitucional se ha pronunciado en diferentes ocasiones haciendo énfasis en ello, verbigracia, cuando ha manifestado que era necesario la separación de la función administrativa de la jurisdiccional (C-649/2001), cuando afirmó que el debido proceso es límite de la autonomía judicial (C-543/1992), asimismo al aceptar la creación de delegaturas para conocer de forma independiente de la administración de justicia (C-649/2001), la procedencia de la acción de tutela cuando se viola, desconozca o afecte el debido proceso (T-568/2011) o la justificación del otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas que contemplo el código general del proceso (C-436/2013).

De otra parte, en lo que respecta con el otorgamiento de la función jurisdiccional, la Corte comprende que la reserva de ley se entiende satisfecha con una ley o de una norma con rango de ley (Auto 057/2009). A su vez, la función jurisdiccional se podrá realizar apoyada de oficinas regionales como un grado relativo de desconcentración, sin que con ello se comprenda que se lesiona las disposiciones constitucionales 228 y 365; pero al mismo tiempo la Corte ha establecido que no existe “un deber específico y expreso del legislador en el sentido de que el ejercicio de las funciones jurisdiccionales asignadas a las autoridades administrativas (...) sean desconcentrados” (C-833/2006)<sup>14</sup>.

<sup>12</sup> RUIZ A, 2018, p. 210.

<sup>13</sup> Ley 1564, 2012, artículo 24.

<sup>14</sup> Corte Constitucional, 11.10.2006, Sentencia C-833.

En cuanto a las decisiones judiciales podrán ser tomadas en primera o en única instancia, según la cuantía; siendo la autoridad que las conoce en segunda instancia el juez correspondiente de la jurisdicción ordinaria; pues “por su naturaleza jurisdiccional, escapan al ámbito de control de la justicia contenciosa administrativa” (C-145/2009).

Así tenemos que las superintendencias con funciones jurisdiccionales son: la Superintendencia de Sociedades (SSOC), la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC), la Superintendencia Financiera (SFC) y la Superintendencia Nacional de Salud (SNS).

#### IV. ARGUMENTOS A FAVOR Y EN CONTRA PARA EL OTORGAMIENTO DE LAS FUNCIONES JURISDICCIONALES A LAS SUPERINTENDENCIAS

Al no existir un sistema que articule este tipo de justicia, y que lo dote de argumentos para sustentar su ejercicio; resulta oportuno revisar las distintas posturas de la doctrina que sí se han ocupado de la cuestión. De este modo, por un lado existen quienes apoyan el otorgamiento de funciones administrativas a las autoridades administrativas<sup>15</sup>, a partir de diferentes y disímiles motivaciones; y por otro lado un grupo de autores que lo critican. Siendo en su mayoría posturas reiterativas, y otras cuantas reflexivas.

##### 1. *Argumentos a favor*

Se destaca que tienen como marco de referencia para explicarlos, las funciones jurisdiccionales asignadas al Ejecutivo, apoyándose en la economía, la política y el derecho. Entre los argumentos se encuentran:

- a) **Es una justicia eficaz.** Este grupo subraya la eficacia de este tipo de justicia, como forma de descongestión judicial<sup>16</sup>. Considerando dos condiciones indispensables para su funcionamiento: i) el ingreso de los funcionarios por medio del concurso de méritos; y, ii) que exista un control judicial de las decisiones de estas autoridades<sup>17</sup>. Sin embargo, existe una parte de la doctrina procesal que no comprende este arreglo institucional como solución a este fenómeno<sup>18</sup>, pues la considera como una política fracasada para acabar la congestión judicial<sup>19</sup>.
- b) **Razones económicas.** La necesidad de dar agilidad, desde una visión pragmática<sup>20</sup>, a la solución de asuntos mercantiles<sup>21</sup> para generar beneficios a la economía

<sup>15</sup> RAMÍREZ y HERNÁNDEZ, 2021, pp. 21-40.

<sup>16</sup> RUEDA, 2013, pp. 163-170.

<sup>17</sup> ÁNGEL, 1986, pp. 21-37.

<sup>18</sup> GÓMEZ, 2016, pp. 95-100.

<sup>19</sup> RUEDA, 2013, pp. 163-170.

<sup>20</sup> ARCHILA, 2002, pp. 61-63.

<sup>21</sup> REYES, 1992, pp. 83-89.

del país; es otro de los argumentos planteados para explicar el otorgamiento de funciones jurisdiccionales.

- c) **Un mecanismo alternativo de solución de conflictos.** Estos se asocian a la facultad que se otorga a los particulares para que administren justicia de manera transitoria, materializándose esta atribución con la conciliación y el arbitraje, específicamente. Si bien los mecanismos alternos han sido uno de los argumentos<sup>22</sup> para justificar esta forma de justicia; no se han entregado mayores explicaciones. Pareciendo que el calificativo de esta oferta de justicia se hace en atención a que es realizada por fuera de la rama judicial<sup>23</sup>.
- d) **Un contencioso-particular o justicia administrativa particular**<sup>24</sup>. Planteándose que debía trasladarse a la justicia ordinaria el modelo de la jurisdicción contenciosa administrativa. En donde la decisión fuera tomada por una agencia administrativa del Estado y esta pudiera ser apelada ante juez civil para garantizar el principio de legalidad de la decisión y el respeto del derecho al debido proceso. Para algún sector, la inclusión constitucional del artículo 116 ha creado una especie de justicia administrativa jurisdiccional que plantea una judicialización de la administración<sup>25</sup>; otros afirman que debido a la vaguedad extrema de la norma constitucional estamos frente a una justicia propia de “materias generales contencioso-particulares”<sup>26</sup>. Sin embargo, un sector afirma que el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas no significa que estas conformen una jurisdicción especial<sup>27</sup>, debido a que, entre otros motivos, no está considerada constitucionalmente como una jurisdicción, entonces “es posible afirmar que la jurisdicción como función pública es única, razón por lo que es incorrecto hablar de diferentes jurisdiccionales como se hace en nuestro ordenamiento jurídico, partiendo de la misma Constitución Política”<sup>28</sup>.
- e) **La ubicación del tema desde el derecho administrativo.** Estas atribuciones son vistas como un nuevo asunto<sup>29</sup> que aborda el derecho administrativo moderno<sup>30</sup> o quienes lo han vinculado<sup>31</sup> con las nuevas formas de solución de conflictos y encuentran en la justicia impartida por la administración una oportunidad para zanjar las controversias en el sector: comercial, salud, financiero y asegurador.

<sup>22</sup> LA ROTA *et al.*, 2016, pp. 844-853.

<sup>23</sup> LA ROTA *et al.*, 2016, pp. 844-853.

<sup>24</sup> GIRALDO, 1992, p. 136.

<sup>25</sup> CASSAGNE, 2007, pp. 5-28.

<sup>26</sup> HINESTROSA, 2001, pp. 157-167.

<sup>27</sup> ESCOBAR, 2014, pp. 62.

<sup>28</sup> CRUZ y NAIZIR, 2006, p. 285.

<sup>29</sup> RAMÍREZ, 2020, p. 123-136.

<sup>30</sup> PIMIENTO, 2013, pp. 15-40.

<sup>31</sup> RODRÍGUEZ *et al.*, 2012, pp. 239-240.

## 2. *Argumentos que discuten el otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las superintendencias*

Estos responden a las discusiones planteadas principalmente en materia policiva, por las funciones jurisdiccionales adelantadas por los inspectores de policía, pero también hay argumentos relativos con la concentración de funciones en el ejecutivo y el rechazo porque este decida algunas de las grandes controversias en el país.

Entre los argumentos que se esgrimen, tenemos a quienes señalan que las figuras de juez y administración se confunden, afectándose los principios de legalidad, debido proceso y de juez natural<sup>32</sup>. Asimismo, se coloca sobre la mesa el quebrantamiento del principio de separación de poderes y sus implicaciones en la estructura del Estado, “Con los procesos judiciales adelantados ante la Superintendencia Bancaria, si se vulnera la Constitución porque vulnera el principio de separación de poderes, por convertirse en un ejercicio permanente de la Rama Judicial y no excepcional”<sup>33</sup>, por las funciones en la materia aquí estudiadas por los procesos policivos.

De otra parte, otros autores<sup>34</sup> explican que el problema de otorgar funciones jurisdiccionales al ejecutivo es un riesgo para la democracia, por cuanto ello significa acentuar su predominio en los demás poderes públicos. Mientras que algunos<sup>35</sup> sostienen que no deben otorgarse dichas funciones bajo la necesidad de descongestionar la rama judicial, pues ello conduce finalmente a una limitación de las garantías judiciales<sup>36</sup>.

Se destaca otro sector que justifica estas atribuciones de forma excepcional para reclamaciones pequeñas, sosteniendo que, frente a los grandes pleitos, el gobernante no puede sustituir al juez. Esta situación es calificada como una desviación en la que ha caído el derecho comercial, en esta vía Neira afirma: “La denominada desjudicialización se postuló como política de Estado para aumentar la oferta judicial en materia de ‘pequeñas reclamaciones’, mas no como sustituta de la función judicial ordinaria”<sup>37</sup>.

## V. ANÁLISIS DE LAS SUPERINTENDENCIAS QUE TIENEN ATRIBUCIONES JURISDICCIONALES

A continuación se analizan las cuatro (4) superintendencias a las que se les ha atribuido función jurisdiccional. Al no existir un texto que las comprenda, y siendo cada una de ellas mundos autónomos, que pertenecen al ejecutivo, pero que obedecen a dinámicas, sectores y realidades diversas, se procede a revisar a cada una de ellas desde puntos comunes como lo son: origen, funciones, rasgos diferenciadores, y las formas como se ejerce la actividad de dirimir controversias.

<sup>32</sup> BUSTOS, 1986, pp. 63-69; FERNÁNDEZ, 1986, p. 54.

<sup>33</sup> VELANDIA, 2017, pp. 43-78.

<sup>34</sup> BEJARANO, 2018a, pp. 19-50.

<sup>35</sup> CASTAÑO, 2006, pp. 157-172.

<sup>36</sup> JULIO, 2002, pp. 275-301.

<sup>37</sup> MARTÍNEZ, 2003, pp.129-159.

## 1. *Superintendencia de Sociedades (SSOC)*

Esta entidad es creada en 1931<sup>38</sup> bajo el nombre de Superintendencia de Sociedades Anónimas<sup>39</sup>, siendo presidida por un superintendente nombrado por el Presidente, quien para entonces solo tenía facultades sobre los bancos de emisión y los establecimientos de crédito<sup>40</sup>. En 1991, en una política de modernización del Estado<sup>41</sup>, la entidad es reestructurada siendo descrita como un organismo de carácter técnico, con autonomía administrativa y presupuestal adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico<sup>42</sup>. Para el 2012, la entidad es adscrita al Ministerio de Comercio, Industria y Turismo, dotándose de personería jurídica, y señalándose que mediante esta superintendencia el presidente ejercía labores de inspección, vigilancia y control sobre sociedades mercantiles<sup>43</sup>.

En relación con las funciones asignadas a la SSOC, se afirma<sup>44</sup> que siempre ha tenido funciones de policía administrativa, por su competencia para estudiar y analizar la situación jurídica, contable y financiera de las entidades sometidas a su vigilancia. Por ello, ha sido calificada por parte de algún sector de la doctrina<sup>45</sup> como una superintendencia de variedades. Sus funciones no se encuentran consagradas en un solo texto, sino que están dispersas en reglamentos, leyes, inclusive en disposiciones expedidas por el mismo superintendente. Escenario que se repite en las restantes superintendencias con funciones jurisdiccionales.

Se distingue por ser la única superintendencia que anterior a la expedición de la Constitución de 1991 ya gozaba de estas atribuciones jurisdiccionales, incluso en varios asuntos. Uno de ellos se refiere al concordato preventivo obligatorio, cuyo trámite se consideró por la doctrina como un trámite administrativo-judicial<sup>46</sup>. Asimismo, se distingue por ser la entidad que tiene asignadas mayor número de funciones jurisdiccionales en el desarrollo de la política de la desjudicialización de los conflictos societarios<sup>47</sup>; justificadas por las dificultades en la gestión de sus procesos administrativos y previendo que estas pudieran resolverlas mediante el ejercicio de la función jurisdiccional<sup>48</sup>.

La eficacia de su gestión respecto de estas atribuciones jurisdiccionales se evidencia en la rapidez para evacuar los procesos, aun cuando se ha señalado que este responde a un bajo número de demandas. Ahora bien, se ha señalado que no existen datos comparables de la labor de esta entidad con la labor de los jueces civiles, por lo que quienes aconsejan

<sup>38</sup> PUYO, 2010, pp. 247-293.

<sup>39</sup> Ley 58, 1931, artículo 1.

<sup>40</sup> ARCHILA, 2006, p. 213.

<sup>41</sup> REYES, 1999, p. 272.

<sup>42</sup> Decreto 2153, 1992, artículo 2.

<sup>43</sup> Decreto 1023, 2012, artículo 1.

<sup>44</sup> OLIVIERI, 2018, pp. 243-280.

<sup>45</sup> GABINO, 1992, p. 31.

<sup>46</sup> NARVÁEZ, 1983, p. 116.

<sup>47</sup> REYES, 1999, p. 313.

<sup>48</sup> Congreso de la República. 24.12.1996, Gaceta N° 621, p. 621.

la utilidad<sup>49</sup> de las funciones jurisdiccionales de las SSOC no lo hacen precisamente por los datos estadísticos de dicha función. No está de más mencionar que existen también señalamientos críticos que sostienen que la SSOC es lenta en el trámite de esos asuntos<sup>50</sup> y que carece de habilidades y experticia en la valoración de pruebas<sup>51</sup>.

En cuanto a su diseño institucional, la doctrina<sup>52</sup> ha señalado que es eficiente, segura y poco onerosa por cuanto cuenta con personal técnico y especializado en temas económicos. También ha destacado el hecho, probado en la praxis judicial, que la verdadera jurisprudencia societaria está en las providencias judiciales de la SSOC<sup>53</sup>, y el surgimiento de una justicia especialista, técnica, celer y eficaz en ciertos asuntos comerciales<sup>54</sup>.

La SSOC se ha calificado como un tribunal de comercio visto como un modelo de justicia concursal y societaria ágil y especializada. Por ello se ha afirmado<sup>55</sup> que su gestión la ha llevado a constituirse como una jurisdicción especializada de comercio, desplazando al juez civil para conocer de estos asuntos.

La SSOC tiene presencia<sup>56</sup>, mediante intendencias regionales<sup>57</sup>, en doce (12)<sup>58</sup> ciudades y distritos del país. En cuanto a la manera como se ejerce la función jurisdiccional, se realiza por medio de dos delegaturas, a diferencia de las otras superintendencias; dedicándose unos a procedimientos mercantiles<sup>59</sup> y la otra a procedimientos de insolvencia<sup>60</sup>. Un aspecto diferenciador de la SSOC, respecto de otras de su tipo, es que conoce de un proceso de naturaleza ejecutiva<sup>61</sup>, como es el caso del proceso especial de garantías mobiliarias<sup>62</sup>.

En lo que concierne a los cargos de superintendentes delegados y de intendentes regionales son de libre nombramiento y remoción del superintendente<sup>63</sup>. Las decisiones jurisdiccionales son proferidas por los grupos de trabajo organizados al interior de las delegaturas y los profesionales universitarios, especializados o el asesor. Evaluándoseles su trabajo como servidores públicos de carácter administrativo y no judiciales<sup>64</sup>.

<sup>49</sup> REYES, 2014, pp. 12.

<sup>50</sup> BEJARANO, 2016, pp. 115.

<sup>51</sup> MARTÍNEZ, 2003, p. 151.

<sup>52</sup> OLIVIERI, 2018, pp. 243-280.

<sup>53</sup> REYES, 2014, p. 187.

<sup>54</sup> ARCILA, 2010, p. 234.

<sup>55</sup> OLIVIERI, 2018, pp. 243-280.

<sup>56</sup> GARCÍA, 2012a, pp. 1-44.

<sup>57</sup> Decreto 1023, 2012, artículo 22.

<sup>58</sup> Actualmente la SSOC tiene cobertura en solo ocho (8) ciudades de Colombia, teniendo presencia en intendencias regionales como Bogotá, Barranquilla, Medellín, Manizales, Bucaramanga, Cartagena, San Andrés y Cali.

<sup>59</sup> Decreto 1023, 2012, artículo 17.

<sup>60</sup> Decreto 1023, 2012, artículo 18.

<sup>61</sup> Ley 1676, 2013, artículo 57.

<sup>62</sup> Ley 1676, 2013, artículo 58.

<sup>63</sup> Ley 909, 2004, artículo 5. numeral 2. literal a. Decreto 1023, 2012, artículo 8. numeral 12.

<sup>64</sup> Decreto 775, 2005, artículo 36.

En el caso de la SSOC se ha admitido la acción de tutela cuando se viola, desconoce o afecta el debido proceso (T-568 de 2011). Pero también se ha negado la procedencia de la acción de tutela cuando se debaten interpretaciones y no se prueban afectaciones al debido proceso por parte de la SSOC (T-441 de 2002).

Respecto de la imparcialidad del juez de la SSOC existen duras críticas por la doctrina<sup>65</sup>, ya que en el manual de funciones<sup>66</sup> no se realiza mención especial para el perfil. Advirtiéndose solo un control jerárquico<sup>67</sup> entre los funcionarios, sin que se disponga nada para preservar los principios de autonomía e independencia que estos deben tener en ejercicio de esta función.

## 2. *Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)*

La SIC es creada en 1967<sup>68</sup> y está adscrita al Ministerio de Desarrollo Económico, siéndole asignadas (1968) funciones de autoridad administrativa en materia de propiedad industrial, de vigilancia de las cámaras de comercio y de cumplimiento de la profesión de comerciante<sup>69</sup>. En 1976 pasa a ser la autoridad en materia de control, vigilancia y sanción de la violación de los márgenes y normas sobre precios<sup>70</sup>, funciones de la antigua Superintendencia Nacional de Producción de Precios<sup>71</sup>. En 1991<sup>72</sup>, en una política de modernización, es reestructurada, siendo descrita como un organismo de carácter técnico<sup>73</sup>. Hoy se encuentra reglamentada en el decreto 1074 de 2015, decreto único reglamentario del sector comercio, industria y turismo<sup>74</sup>, y se encuentra ubicada dentro del sector presidido por el Ministerio de Comercio, Industria y Turismo.

En relación con las funciones, la SIC se ocupa de temas como competencia, datos personales, metrología, consumo y propiedad intelectual. Dichas funciones se encuentran en diversas disposiciones reglamentarias, legales y también en disposiciones expedidas por el mismo superintendente. Son muchas sus funciones, pudiendo actuar unas veces como autoridad jurisdiccional y otras como autoridad administrativa<sup>75</sup>. Por ello, se le critica por parte de un sector de la doctrina<sup>76</sup>, por tres (3) aspectos fundamentales,

<sup>65</sup> GARCÍA, 2012b, pp. 1-42.

<sup>66</sup> Superintendencia de Sociedades. Despacho del Superintendente, 17.03.2015, Resolución N° 100-000926, artículo 3.

<sup>67</sup> Superintendencia de Sociedades. Despacho del Superintendente, 17.03.2015, Resolución N° 100-000926, artículo 3.

<sup>68</sup> Ley 65, 1967.

<sup>69</sup> Decreto 2974, 1968, artículo 26.

<sup>70</sup> Decreto 149, 1976, artículo 6.

<sup>71</sup> Decreto 149, 1976, artículo 42.

<sup>72</sup> Constitución Nacional, 1991. artículo transitorio 20.

<sup>73</sup> Decreto 2153, 1991, artículo 2.

<sup>74</sup> Decreto 1074, 2015.

<sup>75</sup> Corte Constitucional, 30.06.2010, Sentencia C-537

<sup>76</sup> Entre otros, véase a: RUBIO Escobar, Jairo. La experiencia, efectividad e independencia de la autoridad de la competencia en Colombia. *Revista Derecho Competencia*, Universidad Javeriana, 9, 2013,357-

como son: a) la captura de estas entidades por los sectores que controla<sup>77</sup>; b) su falta de independencia<sup>78</sup>; y, c) la generación de confusión en los mercados cuando no se distinguen las funciones de inspección, vigilancia y control de las sancionatorias, en asuntos de protección de la libre competencia<sup>79</sup>. Ello a partir de los análisis realizados por el BID y la OCDE<sup>80</sup>.

En relación con la función jurisdiccional, esta se encuentra a cargo del superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales<sup>81</sup>. Siendo este cargo de libre nombramiento y remoción del superintendente<sup>82</sup>. Situación que fue avalada por el Consejo de Estado, pues en nada afecta la imparcialidad o el debido proceso de quienes concurren ante esta entidad en materia jurisdiccional<sup>83</sup>. El ejercicio de la función jurisdiccional conserva la totalidad de las facultades jurisdiccionales, pudiéndolo delegar en grupos de trabajo<sup>84</sup>, quienes se reparten el conocimiento de los asuntos jurisdiccionales teniendo en cuenta la materia (derecho del consumidor, propiedad industrial y competencia desleal).

Permitiéndose realizar actuaciones o preferir autos y sentencias de cualquier área temática de los grupos de trabajo por parte del asesor o asesores<sup>85</sup> del despacho del delegado para estos temas.

Es importante destacar, que el superintendente no califica la gestión del superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales, como tampoco revisa sus decisiones, pues este es de libre nombramiento y remoción. Lo mismo pasa con los coordinadores de los grupos de trabajo organizados al interior de la delegatura<sup>86</sup>, y los profesionales universitarios, especializados o el asesor del despacho del superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales. Se anota cómo la calificación de servicios de estos servidores no opera de la misma forma como la de los jueces de la república, evaluándosele como como servidores administrativos y no judiciales<sup>87</sup>.

La eficacia de la gestión de la administración de justicia por parte de esta superintendencia se soporta en la rapidez de los procesos, no obstante no hay informes estadísticos,

---

370; MIRANDA Londoño, Alfonso. Análisis del proyecto de ley 038 de 2015. *Revista Derecho Competencia*, Universidad Javeriana, 11, 2015, 75-135; OSSA Bocanegra, Camilo. Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad de Medellín, 44, 2014, 181-219.

<sup>77</sup> BEJARANO, 2018b, pp. 19-50.

<sup>78</sup> LÓPEZ, 2016, p. 205.

<sup>79</sup> RUBIO, 2013, pp. 357-370.

<sup>80</sup> Séptimo Foro Latinoamericano de Competencia, celebrado en Chile los días 9-10 de septiembre de 2009, promovido por el BID y la OCDE.

<sup>81</sup> OSPINA, 2014, pp. 117-142.

<sup>82</sup> Decreto 3523 de 2009. Artículo 3.

<sup>83</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera. 28.01.2016.

<sup>84</sup> Consejo de Estado. Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera., 28.01.2016.

<sup>85</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. 29.03.2017, Resolución N° 14371.

<sup>86</sup> Superintendencia de Industria y Comercio. 29.03.2017, Resolución N° 14371.

<sup>87</sup> Decreto 775 de 2005. Artículo 36.

solo algunos datos aislados, que así lo demuestren<sup>88</sup>. Algunos en la doctrina se han expresado frente al tema, manifestando que esta rapidez, con que actúa la entidad, podría indicar eventualmente que no se estudien determinados hechos y pruebas, derivando decisiones parcializadas<sup>89</sup>.

### 3. *Superintendencia Financiera (SFC)*

La SFC es la primera que se crea en el país en 1923, conocida como la superintendencia bancaria, cuyas competencias fueron ordenar, vigilar y controlar el comportamiento de los mercados y agentes económicos. Teniendo para ello funciones netamente administrativas y de policía administrativa. Posteriormente en 1991 se estableció<sup>90</sup> que la comisión nacional de valores adoptaría la estructura de una superintendencia<sup>91</sup>, surgiendo entonces la superintendencia de valores<sup>92</sup>. Tiempo después, año 2005, se fusiona la superintendencia bancaria con la superintendencia de valores, denominándose entonces Superintendencia Financiera de Colombia<sup>93</sup>, asignándosele una función propia del Estado, como es la de preservar la confianza de los particulares en su interacción con el sistema financiero<sup>94</sup>. Además, la SFC cuenta con personería jurídica, autonomía administrativa y financiera y patrimonio propio, con el fin de realizar la inspección, vigilancia y control de las personas que realicen actividades financiera, bursátil, aseguradora y cualquier otra relacionada con el manejo.

Por el cúmulo de atribuciones entregadas a la SFC algunos la equiparan a un megaorganismo<sup>95</sup>; mientras que otros la han identificado como la integración de la supervisión de los dos segmentos del mercado de capitales (bancario y valores)<sup>96</sup>. No obstante, esta concentración de competencias, su actividad se ha señalado como benéfica, por ejercer vigilancia de estos mercados. Desde la jurisprudencia se ha comprendido su origen como un esquema de contrapesos para ejercitar un control eficaz en las actividades financieras emprendidas por particulares<sup>97</sup>.

En cuanto a la atribución de funciones jurisdiccionales a la SFC es importante señalar que las funciones que hoy tiene deben articularse a las que le fueron asignadas mucho tiempo atrás (1998) a las superintendencias bancaria y de valores. Posterior a la fusión, las funciones antes señaladas en el marco del estatuto del consumidor, se le otorgaron nuevamente a la SFC, pero señalando el deber de garantizar la debida independencia de

<sup>88</sup> JARAMILLO y MEJÍA, 2016b, p. 145.

<sup>89</sup> JARAMILLO y MEJÍA, 2016c, pp. 120-152.

<sup>90</sup> Constitución Nacional, 1991, artículo Transitorio 52.

<sup>91</sup> Decreto 2739, 1991, artículo 1.

<sup>92</sup> ACOSTA, 1999, p. 42.

<sup>93</sup> Decreto 4327, 2005, artículo 1.

<sup>94</sup> Corte Constitucional, 7.11.2012, Sentencia C-909.

<sup>95</sup> PUYO, 2010, pp. 247-293.

<sup>96</sup> BLANCO, 2008. P.73-93.

<sup>97</sup> Corte Constitucional, 7.11.2012, Sentencia C-909.

los funcionarios encargados de la actividad jurisdiccional frente a los encargados de las funciones de supervisión e instrucción. Entonces, la SIF tiene funciones jurisdiccionales en los siguientes asuntos: i) el reconocimiento de los presupuestos de ineficacia en los casos previstos en el libro segundo del código de comercio relativo a sociedades comerciales<sup>98</sup>; ii) la solución de asuntos de naturaleza societaria relativos a la discrepancia sobre el precio de alícuotas respecto de sociedades vigiladas por la SFC en ciertos eventos; iii) la protección de accionistas minoritarios<sup>99</sup> de sociedades que participen como emisores de valores en el mercado público de valores<sup>100</sup> que se vean afectados por decisiones que tomen los órganos de administración de la sociedad; y, iv) diferencias entre consumidores financieros (personas naturales o jurídicas, que están en una etapa precontractual, contractual, legal o que utilizan los servicios financieros de una entidad vigilada por la SFC)<sup>101</sup> y estas entidades<sup>102</sup>, en asuntos relacionados con la ejecución y cumplimiento de obligaciones contractuales realizadas con ocasión de la actividad financiera, bursátil y aseguradora<sup>103</sup>, “surge de contera que conservan los consumidores financieros titularidad de la acción para acudir o no ante la Superintendencia Financiera”<sup>104</sup>.

La función jurisdiccional de la SFC es realizada por la delegatura para funciones jurisdiccionales, que fue creada en el 2012<sup>105</sup>, con el objetivo de conformar una estructura institucional que garantizara imparcialidad e independencia en la solución de estas controversias<sup>106</sup>. No obstante, esta función está en cabeza del superintendente<sup>107</sup>. El cargo de superintendente delegado para asuntos jurisdiccionales de la SFC es de libre nombramiento del superintendente y los profesionales que conforman sus grupos de trabajo, y a quienes delega esta función, son de carrera administrativa. Sin embargo, la carrera administrativa en esta con el resto de las superintendencias no es fuerte. Por ello, en la mayoría de casos, estos procesos son sustanciados por personas nombradas en cargos de carrera de forma provisional.

<sup>98</sup> RUIZ, 2018, pp. 183-240. Otro punto de vista puede verse en: REYES, 2016. p. 825.

<sup>99</sup> Ley 446, 1998. artículos 141, 142.

<sup>100</sup> Decreto 2555, 2010. Artículo 5.2.1.1.2.

<sup>101</sup> Ley 1328, 2009, artículo 2.

<sup>102</sup> Ley 1480, 2011. artículo 57.

<sup>103</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. Delegatura para funciones jurisdiccionales. 14.12.2012, Sentencia 2012074401, rol 2012-0068).

<sup>104</sup> BETANCOURT, 2014, pp. 141-166.

<sup>105</sup> Decreto 710, 2012. artículo 4.

<sup>106</sup> Superintendencia Financiera de Colombia. 4.08.2017, Concepto N° 2017073832-002

<sup>107</sup> Decreto 1848, 2016, artículo 3; Decreto 2555, 2010, artículo 11.2.1.4.2; Decreto 4327, 2005. Artículo 11.

#### 4. *Superintendencia Nacional de Salud (SNS)*

Esta entidad tiene su antecedente más remoto en la Superintendencia de Seguros de Salud<sup>108</sup>. Luego, para 1989<sup>109</sup>, la superintendencia pasa a denominarse Superintendencia Nacional de Salud. Posteriormente se modifica, no entregándole personería jurídica<sup>110</sup> y recuperándola en 1994.

En el marco de sus funciones principales, esta entidad se encarga de actividades propias de policía administrativa, como son la inspección, vigilancia y control, pero tiene igualmente atribuidas funciones jurisdiccionales en el sector Sistema General de Seguridad Social en Salud. De este modo, la SNS se constituyó, mediante la ley 1122 de 2007, en la cuarta superintendencia que asumía funciones jurisdiccionales, con el fin de garantizar la efectiva prestación del derecho a la salud<sup>111</sup>. Creándose una nueva jurisdicción en cabeza de la SNS<sup>112</sup>, tanto así que algunos la distinguen como el juez de la salud<sup>113</sup>.

Este panorama permite lo que algunos procesalistas han señalado y es que el usuario tenga la opción de elegir a cuál autoridad acudir<sup>114</sup>; sin con ello olvidar que la SNS conoce asuntos donde intervienen diversos agentes del sistema en los que se discute el giro de los recursos derivados de la atención en salud<sup>115</sup>.

En cuanto a funciones, la SNS conoce de asuntos como: i) los relacionados con la cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del Plan Obligatorio de Salud<sup>116</sup>; ii) los atinentes con el reconocimiento económico de los gastos en que hubiere incurrido el afiliado en determinados eventos<sup>117</sup>; y, iii) los referentes a prestaciones excluidas del plan de beneficios<sup>118</sup>.

En el marco de una reforma al sistema de seguridad social en salud<sup>119</sup>, se introdujeron modificaciones a la función jurisdiccional de la SNS ampliándose sus competencias<sup>120</sup>. Señalándose que el trámite sería, al igual que la acción de tutela, preferente y sumario<sup>121</sup>;

<sup>108</sup> Decreto 1700, 1977, artículo 12.

<sup>109</sup> Ley 15,1989, artículo 2.

<sup>110</sup> Decreto 1472, 1990, artículo 2.

<sup>111</sup> RESTREPO, 2007, pp. 82-9.

<sup>112</sup> Ley 1122,2007, artículo 42.

<sup>113</sup> TOVAR, 2013, pp. 247-266.

<sup>114</sup> RODRÍGUEZ, 2018a. p. 287.

<sup>115</sup> Superintendencia Nacional de Salud. Superintendencia delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación. 20.02.2017, Sentencia S2017-0000777

<sup>116</sup> Ley 1122, 2007, Artículo 41. Literal a).

<sup>117</sup> Ley 1122, 2007, Artículo 41. Literal b).

<sup>118</sup> Ley 1438, 2011. Artículo 126. El cual adicionó el literal e) del artículo 41 de la Ley 1122, 2007.

<sup>119</sup> Ley 1438, 2011.

<sup>120</sup> Ley 1438, 2011. Artículo 126.

<sup>121</sup> Corte Constitucional, 13.11.2018, Sentencia T-446. Corte Constitucional, 17.09.2018, Sentencia T-375. Corte Constitucional, 06.07.2017, Sentencia T-425.

debiéndose fallar el asunto en un término inferior<sup>122</sup> al previsto en el régimen procesal ordinario de los jueces laborales. Este procedimiento se ha establecido para resolver asuntos originados en verdaderas vulneraciones al derecho fundamental a la salud como son: i) los relacionados con la cobertura de los procedimientos, actividades e intervenciones del Plan Obligatorio de Salud POS<sup>123</sup>; ii) los atinentes con el reconocimiento económico de los gastos en que hubiere incurrido el afiliado en determinados eventos<sup>124</sup>; y, iii) los referentes a prestaciones excluidas del plan de beneficios<sup>125</sup>. Pero también se ha establecido para otros asuntos de carácter meramente económico (por ejemplo, conflictos derivados de la devolución de glosas o facturas entre entidades del sistema de seguridad social en salud<sup>126</sup>) que se sitúan en los terrenos del derecho civil y de los contratos<sup>127</sup>. Lo que se constituye en la implementación de vías procesales expeditas para un grupo de la población<sup>128</sup>. Esto, sin pasar por alto<sup>129</sup> que el código general del proceso no se ocupó de incluir a la SNS dentro de las entidades administrativas que fueron objeto de tratamiento y sistematización en su actividad jurisdiccional.

El cargo de superintendente delegado para la función jurisdiccional es de libre nombramiento y remoción del superintendente<sup>130</sup>, pudiendo delegar esta función en grupos de trabajo<sup>131</sup>, que para este caso son seis (6). No teniendo todos competencia para dictar sentencias.

Se anota que los recursos de apelación contra las sentencias de la SNS son competencia del tribunal superior del distrito judicial del domicilio del apelante<sup>132</sup>, protegiéndose el principio de acceso a la administración de justicia, ya que la SNS no tiene presencia en todo el territorio nacional<sup>133</sup>. Situación que pudo tener su origen en que existe desconocimiento de parte de los jueces del poder judicial acerca de la función jurisdiccional de la SNS como algunos estudios<sup>134</sup> sostienen.

Se anota cómo en la estructura del sistema jurisdiccional de la SNS existe un procedimiento de conciliación previo, que no existe en otra superintendencia, sin que con

<sup>122</sup> Ley 1949, 2019, Artículo 6.

<sup>123</sup> Ley 1122, 2007, Artículo 41. Literal a).

<sup>124</sup> Ley 1122, 2007, Artículo 41. Literal b).

<sup>125</sup> Ley 1438, 2011. Artículo 126. El que adicionó el literal e) del artículo 41 de la Ley 1122, 2007.

<sup>126</sup> Ley 1438, 2011. Artículo 126. El que adicionó el literal f) del artículo 41 de la Ley 1122, 2007.

<sup>127</sup> RODRÍGUEZ, 2018b, pp. 283-315.

<sup>128</sup> Congreso de la República. 08.11.2018, Gaceta del Congreso. AÑO XXVII. Nro. 958, p. 10.

<sup>129</sup> RODRÍGUEZ, 2018b, pp. 283-315.

<sup>130</sup> Ley 909, 2004, artículo 5. numeral 2. literal a).

<sup>131</sup> Superintendencia Nacional de Salud. Despacho del Superintendente. Resolución N° 3750, 13.03.2018 y Resolución 8358, 17.07.2018.

<sup>132</sup> Decreto 2462, 2013. artículo 30.

<sup>133</sup> La oficina principal de la Superintendencia Nacional de Salud se encuentra ubicada en la ciudad de Bogotá. No obstante, la entidad también cuenta con oficinas regionales en Medellín (Regional Antioquia), Barranquilla (Regional Caribe), Bucaramanga (Regional Nororiental), Cali (Regional Occidental), Neiva (Regional Sur) y Quibdó (Regional Chocó).

<sup>134</sup> Banco Mundial. Grupo Birf-Aif (2015).

ello se impida, de acuerdo con la jurisprudencia, acceder a la administración de justicia, al concebirse como una forma de descongestión judicial<sup>135</sup>.

Asimismo, se anota cómo la SNS, a diferencia de las otras superintendencias con funciones jurisdiccionales<sup>136</sup>, puede imponer las mismas sanciones consagradas para el incumplimiento de acciones de tutela, mediante desacato, como son el arresto y la multa. Sin embargo, la figura del desacato está incompleta, pues no se señaló el procedimiento para hacerlo efectivo<sup>137</sup>, haciendo impracticable este mecanismo judicial<sup>138</sup>.

En el caso de la SNS existen diversas posturas con relación a la procedencia de tutela contra actuaciones de la SNS. Así, se ha admitido la acción de tutela cuando se afecta el debido proceso, esto es, en eventos en donde ha existido dilación para decidir asuntos del derecho a la salud, esto es, que no se respeta el plazo establecido para emitir sentencia. Pero en otros casos, además de declararse improcedente la acción de tutela se ha ordenado que se remita la actuación ante la SNS para que sea esta en ejercicio de su actividad jurisdiccional quien decida el conflicto mediante sentencia (T-425/2017).

Se menciona cómo la jurisprudencia ha señalado algunos puntos negros de esta entidad, en cuanto al desarrollo de la función jurisdiccional encomendada, relativos con la necesidad de robustecer la infraestructura y el personal que se ocupe debidamente de esta actividad<sup>139</sup>, con el fin de que sea un mecanismo idóneo y eficaz para la protección del derecho a la salud. Como lo expresa un sector de la doctrina que aunque la idea era buena cuando se pensó en delegar: “la garantía de la efectiva prestación del derecho a la salud en el ente administrativo experto en la materia era buena, en la práctica los resultados no son del todo satisfactorios. En ello, tiene responsabilidad no solo el legislador (...) que extralimitó el objetivo de la delegación y otorgó competencia para aquello que no debía; también, la propia entidad, que quizás por las pocas luces que la norma da sobre el cómo administrar justicia (el procedimiento), ha convertido lo que se supone es un procedimiento preferente y sumario, por uno atado a formalidades que distorsionan la naturaleza misma de aquel”<sup>140</sup>.

## VI. CONCLUSIONES

Una vez realizada la revisión y análisis de las cuatro (4) superintendencias que cumplen funciones jurisdiccionales en el país, a partir de los criterios expresados previamente, se llega a las siguientes conclusiones:

Todas estas entidades hacen parte del ejecutivo, concretamente pertenecen al sector descentralizado por servicios, cumpliendo de manera simultánea funciones administrativas

<sup>135</sup> Corte Constitucional, 17.09.2008, Sentencia C-902.

<sup>136</sup> Ley 1797, 2016, artículo 25.

<sup>137</sup> Corte Constitucional, 30.05.1996, Sentencia C-243.

<sup>138</sup> Corte Constitucional, 26.02.2018, Sentencia T-065.

<sup>139</sup> Corte Constitucional, 03.07.2020, Sentencia T-224.

<sup>140</sup> RODRÍGUEZ, 2018, p. 287.

y jurisdiccionales. En virtud de estas funciones se les aplica de manera integral el debido proceso, bien sea cuando estas entidades actúan imponiendo sanciones administrativas derivado del ejercicio del *ius puniendi* del Estado o cuando fungen de jueces.

Con el paso del tiempo las funciones jurisdiccionales de las superintendencias han venido aumentando; sin que sea del todo claro las razones que justifican su empoderamiento, siendo más las voces que las justifican que las que las rechazan.

Ahora bien, las funciones jurisdiccionales se han venido otorgando en sectores vitales para el desarrollo de las libertades económicas y de los derechos fundamentales en nuestra sociedad, convirtiéndose la mayoría de los casos en los jueces que resuelven principalmente las controversias en el sector en concreto.

Sin duda, ha sido importante el camino recorrido entendido desde la oferta institucional para dirimir controversias en el Estado, debido a que existen jueces especializados en ciertas materias, se brinda la opción al administrado de acudir a una u otra justicia, descontando que algunos reconocen lo expedito que resulta acudir a estas entidades para dirimir controversias.

De todas maneras, son muchos los retos que esta forma de administrar justicia, que se ha instalado en nuestras realidades, plantea. Con esto último nos referimos a las dobles instancias conocidas por la jurisdicción ordinaria, que le resta puntos, quizás, a su rasgo más característico como lo es la especialidad. Ello sumado a la inexistencia de un sistema que comprenda la actividad jurisdiccional de estas entidades, convirtiendo a cada superintendencia en una rueda suelta en la forma cómo se organiza para administrar justicia y en últimas para los ciudadanos que deben comprender sus estructuras. O lo propio con la necesidad de proteger los principios de autonomía e independencia cuando a la administración se le encarga administrar justicia, pues si bien la Corte Constitucional ha venido pronunciándose al respeto, todavía quedan muchos aspectos que mejorar.

## BIBLIOGRAFÍA

- ACOSTA, Rafael, 1999: "Nuevas funciones de la superintendencia de valores", en Cámara de Comercio de Bogotá, *Reformas de los procedimientos civil y contencioso administrativo: Ley 446 de 1998*. Bogotá, pp. 39-42.
- ÁNGEL, Jaime, 1986: "Una propuesta para la reforma de la justicia en Colombia", en Cepeda, Fernando. (editor). *La modernización de la justicia en Colombia*. Universidad de los Andes. Bogotá, pp. 21-37.
- ARCHILA, Emilio, 2002: "¡Así no vale!" , en: *Ámbito Jurídico*. Edición 99. 25 de febrero al 10 de marzo de 2002. Columnas de opinión. Editorial Legis. Bogotá, pp. 61-63.
- ARCILA, Carlos, 2010: "Algunas consideraciones generales sobre la sociedad por acciones simplificada", en: Reyes, Francisco (Compilador). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificadas*. Universidad Externado de Colombia, pp. 234.
- BEJARANO, Ramiro, 2018: "Perspectivas sobre la atribución de funciones jurisdiccionales a autoridades administrativas", en Rodríguez, Marcela y Bejarano, Ramírez (autores). Estudio

- de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular. Bogotá.
- BEJARANO, Ramiro, 2016: *Procesos declarativos, arbitrales y ejecutivos*. Editorial Temis. Sexta Edición. Bogotá, pp. 115.
- BETANCOURT, Guillermo, 2014: "Funciones jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia: análisis desde la regulación de protección al consumidor", en Universidad Externado de Colombia, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, Nº . 12, Bogotá, pp. 141-166.
- BUSTOS, Juan, 1986: *Introducción al derecho penal*. Editorial Temis. Bogotá, pp. 63-69.
- CASTAÑO, José, 2006: "Desplazamiento de la función jurisdiccional en autoridades administrativas con clara violación al preámbulo de la constitución de 1991", en Ediciones Librería del Profesional, *Revista del Instituto Colombiano de Derecho Procesal*, Nº 32, Bogotá, pp. 157-172.
- CIFUENTES, Fernando (Compilador), 2016: Libro Blanco. Academia Colombiana de Jurisprudencia. Foro sobre la justicia en Colombia-2016. Ediciones Academia Colombiana de Jurisprudencia. Bogotá, pp. 95-100.
- CRUZ, Juan, NAIZIR, Juan, 2006: El código de Procedimiento civil a la luz de la Constitución Política. Jurisprudencia constitucional analizada y comentada. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 285.
- ESCOBAR, Jenny, 2014: "Nociones básicas del derecho procesal civil", en el Código General del Proceso. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad de Ibagué. Ibagué, pp. 62.
- FERNÁNDEZ, Juan, 1986: *Derecho Penal Fundamental*. Volumen I. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, pp. 54.
- GABINO, José, 1992: "Inspección y vigilancia de las sociedades", en Superintendencia de Industria y Comercio, Veinte años del Código Comercio, Bogotá, pp. 31.
- GARCÍA, Carlos, 2012: Atribuciones jurisdiccionales de la Superintendencia de Sociedades: Características, críticas y dificultades. *Revist@ e-Mercatoria*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Volumen XI. Nº 2 julio-diciembre, pp. 1-44.
- GIRALDO, Jaime, 1992: *Reforma constitucional de justicia. Fundamentos teóricos y empíricos*. Ediciones Librería del Profesional, Bogotá, pp. 136.
- GÓMEZ, Horacio, 2018: "Propuestas para descongestionar la justicia", en Sarmiento, Ramiro (editor). *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una visión global y particular*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 19-50.
- HINESTROSA, Fernando, 2001: "La administración de justicia y la constitución de 1991". En: 1991-2001. Diez años de la constitución colombiana. Seminario de evaluación. Universidad Externado de Colombia. Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales. ILSA. Bogotá, pp. 157-167.
- JARAMILLO, Cristian, y MEJÍA, Andrés, 2016: "Medidas cautelares innominadas en materia de competencia desleal proferidas por la Superintendencia de Industria y Comercio", en Mejía, Andrés; Ravé, Juan; Saraza, Carlos; Jaramillo, Cristian Horacio; Melo, Jessica (autores). *Problemas contemporáneos del derecho en Colombia. Una aproximación reflexiva*. Colección Derecho, Política y Sociedad. Fundación Universitaria del Área Andina. Bogotá, pp. 120-152.
- JARAMILLO, Cristian y MELO, Jessica, 2016: *Problemas contemporáneos del derecho en Colombia. Una aproximación reflexiva*. Colección Derecho, Política y Sociedad. Fundación Universitaria del Área Andina. Bogotá, pp. 145.
- JULIO, Alexei, 2002: "El ejercicio de funciones judiciales por la administración", en Universidad Externado de Colombia, Memorias II Jornadas de derecho constitucional y administrativo. Bogotá, pp. 275-301.
- LA Rota, Miguel; LALINDE, Sebastián; SANTA MORA, Sandra, y UPRIMNY Rodrigo (autores), 2014: Ante la justicia: Necesidades jurídicas y acceso a la justicia en Colombia. Bogotá.

- LONDOÑO, Beatriz; GARCÍA, Laura; RUIZ, Floralba, y MESA, Juan (autores), 2002: Evaluación de la labor de la Superintendencia de Servicios Públicos Domiciliarios en la protección de los derechos de los usuarios. volumen IV, N° 2.
- LÓPEZ, Hernán, 2016: *Código General del Proceso. Parte General*. Editorial Dupré. Bogotá, p. 205.
- LÓPEZ Medina, Diego, 2007: “El sueño weberiano: Claves para una comprensión constitucional de la estructura administrativa del estado colombiano”. En: *Revista de Derecho Público*. Universidad de los Andes. Numero1, p. 1-42.
- MARTINEZ N., Néstor H., 2003: “Seis lustros de jurisprudencia mercantil”. En: García-Muñoz, José Alpiniano; Oviedo Alban, Jorge (Coordinadores). *Estudios de derecho económico*. Tomo I. Instituciones de Derecho Comercial. Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez. Bogotá, p. 151.
- MARTINEZ N., Néstor H., 2003: “Seis lustros de jurisprudencia mercantil”. En: *Revista Vniversitas*. Universidad Pontificia Javeriana. Volumen 59. Número 105. 2003, pp. 129-159.
- MIRANDA L., Alfonso, 2015: “Análisis del proyecto de Ley 038 de 2015”. *Revista Derecho Competencia*, Universidad Javeriana, Número 11, pp. 75-135;
- NARVÁEZ G., José I., 1983: *Estudios y conceptos mercantiles. Evolución de la sociedad anónima en Colombia*. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, p. 116.
- NEIRA, Luis, 2006: *Apuntaciones generales al derecho de sociedades*. Editorial TEMIS. Bogotá, pp. 213.
- OLIVIERI M., Miquelina, 2018: “Capítulo sexto: Las funciones jurisdiccionales de la superintendencia de sociedades. De juez de insolvencia a juez societario”. En: Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzmán, Ramiro. Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una revisión global y particular. Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 243-280.
- OSPINA G., Andrés F., 2014: Separación de poderes y Derecho administrativo: en la búsqueda de la partícula de Dios. *La constitucionalización del derecho administrativo. XV Jornadas Internacionales de derecho administrativo*, Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 117-142.
- OSSA B., Camilo, 2014: “Fundamentos de la aplicación pública del derecho de la competencia en Colombia”. *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Universidad de Medellín, Número 44, 181-219.
- PIMIENTO E., Julián A., 2013: “La regulación. Análisis a partir de las funciones jurisdiccionales de la Comisión de Regulación de Comunicaciones”. En: *Revista digital de Derecho Administrativo*. Universidad Externado de Colombia. Número 9. Primer semestre. pp. 15-40.
- PUYO V., Rodrigo, 2010: “Los diez grandes capítulos de la legislación de las sociedades comerciales en Colombia”. En: Reyes Villamizar, Francisco (Compilador). *Estudios sobre la sociedad por acciones simplificadas*. Universidad Externado de Colombia. pp. 247-293.
- RAMÍREZ T., María L., DE LA CRUZ, Albania, 2019: “Claros y oscuros de los procesos administrativos sancionadores surtidos ante la Superintendencia Nacional de Salud”, *Revista Pensamiento Jurídico*, 49, pp. 81-112.
- RAMÍREZ T., María L., HERNÁNDEZ, Nelson, 2019: “Los contornos flexibles del principio del debido proceso en las sancione disciplinarias”, *Vniversitas*, 138.
- RAMÍREZ T., María L., HERNÁNDEZ, Nelson, 2021: “Otorgamiento de funciones jurisdiccionales a las autoridades administrativas en Colombia: ¿Empoderamiento al ejecutivo?”, *Ius et Praxis*, 27, pp. 21-40.
- RAMÍREZ T. María L., 2020: “Dinámicas entre el Estado y la administración pública en el marco de la administración liberal, prestacional y garante”, *Prolegómenos*, 45, pp. 123-136.
- RESTREPO, Jorge H., 2007: ¿Qué cambió en la seguridad social con la 2002 Ley 1122 de 2007? En: *Revista Facultad Nacional de Salud Pública*. Universidad de Antioquia. Número 25 (1). Medellín, enero-junio. pp. 82-9.

- REYES V., Francisco, 1992: Fusión de Superintendencias: Para qué? En: *Revista Derecho Público*. Facultad de Derecho. Universidad de los Andes. Número 2. Bogotá. pp. 83-89.
- REYES V., Francisco, 1999: *Reforma al régimen de sociedades y concursos*. Segunda edición. Editorial Temis. Bogotá, p. 272.
- REYES V., Francisco, 2014: *SAS La Sociedad por acciones simplificada*. Colección Nuevo Derecho Societario. Tercera edición. Legis. Bogotá, p. 186.
- REYES V., Francisco, 2016: *Derecho societario*. Tercera edición. Editorial Temis. Bogotá, p. 825.
- RODRÍGUEZ M., José E. (Director) CARVAJAL M., Jorge E., LÓPEZ DE MESA C., Jaime (Investigadores asociados), 2012: *De crisis en crisis: Limitaciones de los cambios a la justicia en Colombia*. Editorial Universidad Autónoma de Colombia. Bogotá, pp. 239-240.
- RODRÍGUEZ M., Marcela, BEJARANO G., Ramiro (editores), 2018: *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una visión global y particular*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 283-315.
- RODRÍGUEZ M., Marcela, 2018: “Capítulo séptimo: El porqué y el cómo de la labor judicial de la Superintendencia Nacional de Salud”. En: Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzmán (eds.). *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una visión global y particular*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, p. 287.
- RUBIO, Jairo, 2013: “La experiencia, efectividad e independencia de la autoridad de la competencia en Colombia”. *Revista Derecho Competencia*, Universidad Javeriana, 9, pp. 357-370.
- RUEDA F., María, 2013: “Replantear la desjudicialización”. En: Rueda Fonseca, María del Socorro. (Coordinadora y coautora). *Análisis actual de la jurisprudencia procesal y de las reformas judiciales 2010-2012*. Universidad de los Andes. Editorial Temis. Bogotá, pp. 163-170.
- RUIZ A., Philip F. 2018: “Capítulo quinto: La superintendencia financiera de Colombia y el ejercicio de funciones jurisdiccionales”. En: Rodríguez Mejía, Marcela y Bejarano Guzmán (eds.). *Estudio de la delegación de funciones jurisdiccionales en la rama ejecutiva: una visión global y particular*. Editorial Universidad Externado de Colombia. Bogotá, pp. 183-240.
- TOVAR R., Sandra L., 2013: “Función jurisdiccional de la Superintendencia Nacional de Salud”. En: *Criterio jurisdicción*. Volumen 13. Número 1. Primer Semestre. Santiago de Cali, p. 247-266.
- VELANDIA C., Eduardo A., 2017: “Necesidad e importancia de la codificación procesal constitucional”. En: Velandia Canosa, Andrés Eduardo (Director Científico). *Tendencias Contemporáneas del Derecho Procesal*. Colección del Instituto de Postgrados. Universidad Libre. Bogotá, pp. 43-78.
- YEPES, Rodrigo, 2016: “Alternativas para mejorar el acceso a la justicia”. En: García Villegas, Mauricio y Ceballos Bedoya, María Adelaida (editores). *Democracia, justicia y sociedad. Diez años de investigación en Dejusticia*. Centro de Estudios de Derecho, justicia y sociedad, Dejusticia. Bogotá, pp. 844-853.

### *Normas jurídicas citadas*

- CONSTITUCIÓN Política de Colombia, publicada el 4 de julio de 1991.
- DECRETO 1050, por el cual se dictan normas generales para la reorganización y el funcionamiento de la Administración Nacional, publicado el 5 de julio de 1968.
- DECRETO 2153, por el cual se reestructura la Superintendencia de Industria y Comercio y se dictan otras disposiciones, publicado el 31 de diciembre de 1992.
- DECRETO 1023, por el cual se modifica la estructura de la Superintendencia de Sociedades y se dictan otras disposiciones, publicado el 18 de mayo de 2012.g
- LEY 1797, por la cual se dictan disposiciones que regulan la operación del sistema general de seguridad social en salud y se dictan otras disposiciones, publicada el 13 de julio de 2016.

### *Jurisprudencia*

- CORTE Constitucional, sentencia de 1 de octubre de 1992, rol C-543.  
CORTE Constitucional, sentencia de 30 de mayo de 1996, rol C-243.  
CORTE Constitucional, sentencia de 20 de junio de 2001, rol C-649.  
CORTE Constitucional, sentencia de 29 de agosto de 2001, rol C- 921.  
CORTE Constitucional, sentencia de 30 de mayo de 2002, rol T- 441.  
CORTE Constitucional, sentencia de 8 de marzo de 2005, rol C- 205.  
CORTE Constitucional, sentencia de 18 de octubre de 2006, rol C- 860.  
CORTE Constitucional, sentencia de 17 de septiembre de 2008, rol C-902.  
CORTE Constitucional, sentencia de 21 de julio de 2011, rol T- 568.  
CORTE Constitucional, sentencia de 10 de julio 2013, rol C- 436.  
CORTE Constitucional, sentencia de 6 de julio de 2017, rol T-425.  
CORTE Constitucional, sentencia de 26 de febrero de 2018, rol T-065.  
CORTE Constitucional, sentencia de 17 de septiembre de 2018, rol T-375.  
CORTE Constitucional, sentencia de 13 de noviembre de 2018, rol T-446.  
CORTE Constitucional, sentencia de 19 de junio de 2019, rol C- 276.  
CORTE Constitucional, sentencia de 3 de julio de 2020, rol T-224.  
CORTE Constitucional, sentencia de 18 de marzo de 2021, rol C- 064.  
CORTE Constitucional, sentencia de 6 de julio de 2017, rol T-425.  
CONSEJO de Estado, sentencia de 28 de enero 2016, rol 11001-0324-000-2012-00348-00.

### *Webgrafía*

- BANCO Mundial. Grupo Birf-Aif, 2015: *Práctica Global para Salud, Nutrición y Población-Región de América Latina y el Caribe Área de Sector Público Latinoamericano*. Estudio exploratorio sobre mecanismos de asistencia técnica en asuntos de salud y tutela en Colombia. Grupos focales con jueces municipales y jueces de circuito de las ciudades de Bogotá, Medellín y Barranquilla. Documento de resultados, Bogotá, pp. 8, 33. Disponible en <http://www.fecoeer.org/wp-content/uploads/2016/09/EstudiomecanismosdeasistenciatecnicaentutelasColombia.pdf> [Fecha de consulta: 29.07.2021].
- BORDALÍ S. Andrés, 2009: ¿Independencia judicial? Depende... (Sentencia del tribunal constitucional sobre los tribunales tributarios y aduaneros). Comentario de Andrés Bordialí Salamanca. *Revista de Derecho*. Volumen XXII, n 1. Julio 2009, pp. 237-264.
- CASSAGNE, Juan, 2007: El sistema judicialista y la llamada judicialización de la actividad de la administración pública. *Revista española de derecho administrativo*, Numero 133. 2007, pp. 5-28. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2264750> [Fecha de consulta: 29.07.2021].
- RAMÍREZ T., María; Hernández M., Nelson, 2018: Análisis de las funciones administrativas y jurisdiccionales de la Superintendencia de Industria y Comercio en materia de libre competencia. *Revista Derecho del Estado*. 41 (may 2018), 317-350. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01229893> [Fecha de consulta: 29.07.2021].



## El marco legal del trabajo callejero: la imposición de un orden sin los trabajadores

*Paz Irarrázabal González\**

### RESUMEN

*El marco legal del trabajo callejero ha sido escasamente estudiado por la doctrina nacional. Este artículo busca contribuir al debate académico reuniendo las principales reglas que rigen el trabajo de vendedores ambulantes y sexuales, para luego someterlas a una evaluación normativa guiada por principios de igualdad participativa (Fraser) y libertad como no dominación (Pettit). En este análisis se destacan los requisitos de entrada y las condiciones del trabajo callejero establecidos por ordenanzas municipales. Los primeros suponen demandas denigrantes que consisten en probar merecimiento para acceder a una economía precaria. Por su parte, el estudio de las condiciones impuestas al trabajo da cuenta que el objetivo de la regulación es lograr un determinado orden urbano y no la protección de los trabajadores. Luego se revisa la situación en que se encuentran trabajadores cuyas actividades son omitidas o prohibidas por la ley. Estas personas son objeto de un agresivo control policial y se ven afectados por actos y prácticas ilegales, como es el comiso de bienes y la limitación de sus derechos por medio de ordenanzas municipales. Se concluye sugiriendo la necesidad de medidas redistributivas y la participación de los trabajadores en la construcción de un marco normativo que incorpore sus intereses.*

Marco regulatorio; trabajo callejero; venta ambulante; trabajo sexual

### *Street work legal framework: the imposition of an order without the workers*

### ABSTRACT

*The legal framework of street work has been scarcely studied by the national legal theory. This article aims to contribute in the academic debate by gathering the main rules that govern the*

---

\* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile, LLM en London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Doctora en Derecho, King's College London, Inglaterra. Profesora asistente de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7659-4245>. Correo electrónico: [pirarrazabal@derecho.uchile.cl](mailto:pirarrazabal@derecho.uchile.cl)

Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt de Postdoctorado 2021 N° 3210645 titulado: "Igualdad y control policial de trabajadores callejeros en Chile: análisis de la justicia del 'sistema legal' del espacio público".

Agradezco la atenta lectura y comentarios de la Dra. Nicole Selamé y Claudia Marchant.

Artículo recibido el 4.9.2021 y aceptado para su publicación el 27.12.2021.

*work of street vendors and sex workers and by assessing them with the help of the principles of participatory equality (Fraser) and freedom as non-domination (Petit). In this evaluation, entry requirements and street work conditions established by municipal ordinances are highlighted. The former involves denigrating requirements in demanding to prove to be a deserving person in order to be granted access to a precarious economy. The later, the analysis of the work conditions, shows that there is no protective statute for workers, but rather that the aim of the legal framework is to achieve a specific urban order. Then, the situation of workers whose activities are omitted or prohibited by law is examined. These groups of people are targeted by aggressive police control and are harmed by illegal acts and practices, such as the confiscation of property and rights' limitations by municipal ordinances. It concludes by suggesting the need for redistributive measures and the participation of workers in the construction of a regulatory framework that incorporates their interests.*

Legal framework; street work; street vendors; sex workers

## I. INTRODUCCIÓN

Las calles, plazas y lugares comunes de nuestras ciudades son el lugar de trabajo de cientos de personas. En estos se desenvuelven feriantes, vendedores ambulantes y estacionados (de distintos productos, legales e ilegales); dibujantes y músicos; personas que prestan servicios tales como cuidado de autos estacionados, limpieza y ornato, recolección de objetos para reciclaje, lustrabotas, transporte de bienes, u ofrecen servicios sexuales. Están también las policías, los guardias e inspectores municipales y choferes de transporte público. Cada uno de estos grupos de trabajadores está sometido a estatutos legales distintos. En algunos casos, la ley prohíbe la realización de sus actividades económicas, en otros, la ley no dice nada y finalmente están aquellos trabajos reconocidos y regulados por la ley.

En este artículo revisaré la legislación que regula las actividades de trabajadores independientes que venden productos o prestan servicios en los espacios públicos, esto es, trabajadores que no cuentan con ningún tipo de contrato ya sea privado o en la administración pública. Me referiré especialmente a la regulación concerniente a vendedores ambulantes y estacionados (con o sin permiso municipal), y a trabajadores sexuales/personas en situación de prostitución<sup>1</sup>. El objetivo es sistematizar estas reglas para luego analizar cómo dicho sistema legal amenaza o resguarda la igualdad y libertad de las personas que ejercen trabajos callejeros.

Para evaluar las regulaciones acudiré a un estándar normativo inspirado por el principio de “paridad en la participación” de Nancy Fraser (2003) y la noción de libertad

---

<sup>1</sup> Ambas expresiones han sido reivindicadas por organizaciones de trabajadoras sexuales/personas en situación de prostitución. Las activistas de estas organizaciones comparten algunas demandas ante la explotación y discriminación que sufren cotidianamente, por ejemplo, a manos de la policía, pero se diferencian en cuanto al rol que debería tener el Estado en la protección de las trabajadoras/víctimas de prostitución (Maffia y Korol 2021). Sin que me sea posible hacerme cargo de este debate, en este artículo utilizaré la expresión “trabajo sexual” siguiendo la posición de las principales organizaciones de derechos de las trabajadoras sexuales en Chile, como son la Fundación Margen y la Corporación y Sindicato Amanda Jofré.

como no dominación, en los términos desarrollados por Philip Pettit (1999). Para estos dos autores, la consecución de igualdad y libertad depende de manera importante del derecho y de las instituciones estatales. La pregunta que se abordará en este artículo es: ¿cómo la actual regulación del trabajo callejero en Chile resguarda la igualdad y libertad de los trabajadores? o, en otros términos, ¿cuál es el efecto de la regulación del trabajo callejero en la paridad de participación de los trabajadores y en su libertad como no dominación?

## II. REGULACIÓN DEL TRABAJO CALLEJERO

A pesar de la enorme actividad económica que se desarrolla en el espacio público y su relevancia para la vida de muchas personas, el marco legal que la rige ha sido escasamente sistematizado y analizado por la literatura nacional. Este déficit es especialmente notorio en el ámbito del derecho, donde sí es posible encontrar análisis acabados de los marcos regulatorios aplicables a otras esferas económicas<sup>2</sup>.

Describir el sistema legal vigente para la actividad en las calles supone dificultades relacionadas con la dispersión de reglas que regulan la ingente diversidad de trabajos que tienen lugar en el espacio público de nuestras ciudades. Disposiciones aplicables al trabajo callejero se pueden encontrar en la ley del tránsito, ley de rentas municipales, ley de alcoholes, ley de drogas, el Código Penal, Código Sanitario y en cientos de ordenanzas municipales. Las ordenanzas que dictan los alcaldes con acuerdo del concejo municipal y que constituyen el último escalafón del sistema jerárquico de reglas aplicables a la ciudadanía, varían de una comunidad local a otra y sufren modificaciones constantes que dificultan su examen. Revisaré brevemente este marco regulatorio.

### 1. *Venta de bienes y prestación de servicios*

En la legislación nacional se criminaliza la venta de bienes específicos en las calles, como alcohol y drogas (Ley 19.925 y 20.000), especies robadas (Código Penal art. 456 bis A) y copias de productos protegidos por las leyes de propiedad intelectual (Leyes

---

<sup>2</sup> Una excepción es el trabajo de José M. Rivera, 2017, titulado “Algunos apuntes jurídicos sobre la prostitución en Chile”. Sin embargo, en este no se realiza una sistematización adecuada de dicha regulación, principalmente al no distinguir los ámbitos de aplicación de reglas que se refieren al trabajo sexual, la trata de personas, proxenetismo, los abusos sexuales o explotación de menores. Otros trabajos en Chile se centran en el debate normativo acerca de la legalización o abolicionismo del trabajo sexual, por ejemplo: AGUAYO y CALDERÓN, 2020 y CABRERA, 2019. En relación con el comercio de bienes y servicios en las calles, existe alguna referencia al marco regulatorio en el trabajo de cientistas sociales: DAMMERT, MATUS y VERGARA, 2020; DE SOUZA y BUSTOS 2017. Respecto de la economía de plataformas ver ASENJO y CODDOU, 2021.

17.336 y 19.039). Cuando no se trata del comercio de bienes prohibidos, el mercado callejero es regulado por la Ley de Tránsito<sup>3</sup> y Ley de Rentas Municipales<sup>4</sup>.

La Ley de Tránsito prohíbe el ejercicio de actividades comerciales en la vía pública que no cuenten con autorización (art. 160). Además esta ley permite el comercio y actividades artísticas en el transporte público cuando exista certificado de iniciación de actividades para efectos tributarios y se pueda acreditar el origen de la mercadería (art. 87 bis). La Ley de Rentas Municipales, por su parte, establece que toda “actividad lucrativa” está sujeta a una contribución de patente municipal (art. 23) y contempla expresamente a los “comerciantes ambulantes” entre las actividades por las que están facultadas las municipalidades para cobrar derechos (art. 41 Nº 8).

Además de esta legislación nacional, cada municipalidad dicta ordenanzas que establecen con precisión las actividades económicas que pueden ser objeto de autorización municipal (normalmente en un listado), los requisitos que deben cumplir las personas para postular a permisos y las condiciones en que se deben desarrollar las actividades autorizadas. Las ordenanzas suelen regular de manera conjunta a los vendedores ambulantes, feriantes y la prestación de servicios tradicionales, como lustrabotas y fotografía. Es el caso de la ordenanza 59 de la Municipalidad de Santiago y 39 de Estación Central. Adicionalmente existen ordenanzas que regulan actividades específicas, por ejemplo, la ordenanza 63 de la Municipalidad de Santiago sobre acomodadores de vehículos estacionados en la vía pública, la 21/1995 de Estación Central sobre ferias libres o la 2022/2020 de Valparaíso sobre quioscos. Es interesante destacar que la Municipalidad de Valparaíso cuenta con ordenanzas especiales para los artistas callejeros y artesanos (2101/2020 y 3094/2020), las que se diferencian marcadamente de las lógicas de las ordenanzas del comercio callejero como señalaré al cerrar este trabajo.

En la fiscalización de las actividades económicas en la vía pública participan inspectores municipales y carabineros. También actúa personal del servicio de salud en la fiscalización de la venta de alimentos. Si los trabajadores con permisos municipales no cumplen las condiciones establecidas en las ordenanzas y los permisos respectivos, pueden ser multados y sufrir la suspensión o pérdida de los permisos. En el caso del comercio ambulante sin permiso municipal la sanción es una multa. Las infracciones a ordenanzas municipales y a la Ley de Rentas Municipales son conocidas por los Juzgados de Policía Local<sup>5</sup>.

## 2. *Prestación de servicios sexuales*

En Chile no se regula ni se penaliza el trabajo sexual que de manera consentida se desarrolla entre personas adultas. La persona que ofrece servicios sexuales en la calle

<sup>3</sup> Decreto 1 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley del Tránsito 18.290, 2007.

<sup>4</sup> Decreto 2385 que fija texto refundido y sistematizado del Decreto Ley 3.063 de 1979 sobre Rentas Municipales.

<sup>5</sup> Art. 56 y 57 de la Ley de Rentas Municipales y art. 13 de la Ley de Organización y Atribuciones Juzgado de Policía Local (Decreto 307 que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 15.231, 1978).

no comete tampoco delito alguno<sup>6</sup>. El Código Penal solo se refiere al trabajo sexual en una ambigua disposición que establece que “serán castigados con multa de una unidad tributaria mensual el que infringiere los reglamentos de policía en lo concerniente a quienes ejercen el comercio sexual” (art. 495 N° 7). Habiendo revisado la doctrina penal nacional y las regulaciones municipales no resulta posible señalar cuáles serían estos reglamentos de policía.

El Código Sanitario establece ciertas reglas que no repercuten en la legalidad de la actividad ni del ofrecimiento de servicios en la calle, pero que sí tiene consecuencias en las posibilidades materiales o condiciones de su ejercicio. Así, por ejemplo, en esta ley se prohíbe la existencia de prostíbulos, infracción que puede llevar a la clausura del establecimiento e imposición de una multa (art. 41)<sup>7</sup>.

A nivel local existen varias ordenanzas municipales que se refieren al trabajo sexual callejero, por ejemplo: la ordenanza 3027/2007 de la Municipalidad de Las Condes, la 37/2015 de Estación Central, la 1/2011 de Concepción y la 471/2013 de Iquique. En estas ordenanzas se prohíbe ofrecer y ejecutar servicios sexuales, retribuidos o no, en bienes nacionales de uso público. Es decir, se prohíbe el trabajo sexual, así como también mantener relaciones sexuales no remuneradas en las calles. Se sanciona además otras conductas como el exhibicionismo, conductas que ofendieran el “pudor y las buenas costumbres” (art. 4 Municipalidad de Las Condes) y “prácticas sexuales incívicas o de marcado contenido sexual” (art. 7 Municipalidad de Estación Central y art. 7.5 Municipalidad de Concepción).

La sanción por la infracción a estas disposiciones municipales consiste en pena de multa y la fiscalización corresponde a las policías e inspectores municipales que deben denunciarlas en los Juzgados de Policía Local.

### III. LA INJUSTICIA DEL MARCO REGULATORIO

En este apartado evaluaré el marco regulatorio del comercio ambulante y de prestación de servicios callejeros guiada por las ideas que sobre igualdad y libertad han desarrollado los filósofos Nancy Fraser (2006) y Philip Pettit (1999). En breves términos, Nancy Fraser postula el principio de paridad en la participación como un estándar de justicia para evaluar arreglos institucionales que exige que estos provean las condiciones

---

<sup>6</sup> La ley sanciona a quien obligue a otra persona a prostituirse o facilita la prostitución de personas que no han consentido en ello. Así, el Código Penal sanciona al que promoviere o facilitare la prostitución de menores de edad (art. 367), y el que a cambio de dinero u otras prestaciones obtuviere servicios sexuales por parte de menores de 18 años y mayores de 14 (art. 367 ter). Por su parte la Ley 20.507, 2011, sanciona el tráfico y trata de personas.

<sup>7</sup> El Código Sanitario, además de prohibir la existencia de prostíbulos, señala la necesidad de llevar estadísticas sanitarias de las enfermedades venéreas que pudiesen tener las personas que se dedican al comercio sexual (art. 41) y establece que un reglamento deberá regular “las condiciones en que se podrá examinar, obligar a tratarse o internar para su curación, a las personas que se dediquen al comercio sexual y a las que estén afectadas de males venéreos que constituyan una amenaza para la salud pública” (art. 39).

necesarias para que las personas puedan interactuar entre ellas en pie de igualdad. Para lograrlo resulta fundamental que exista justicia en la distribución de recursos, de modo que se asegure independencia económica e igual voz a todas las personas. Al mismo tiempo, Fraser plantea la necesidad de contar con patrones institucionalizados de valor cultural que expresen igual respeto por todos y garanticen igualdad de oportunidades para lograr estima social<sup>8</sup>. De acuerdo con sus postulados, los arreglos institucionales estarán en tensión con el principio de paridad cuando expongan a las personas a explotación, marginalización y deprivación económica, y cuando se las trate de manera irrespetuosa, se las invisibilice o denigre en su estatus<sup>9</sup>.

Por su parte, Philip Pettit sostiene que una persona es libre cuando no está sujeta al poder arbitrario de otra o, en similares palabras, cuando el desarrollo de sus planes de vida no está subordinado a las decisiones arbitrarias de otra persona<sup>10</sup>. El autor especifica que una intervención es arbitraria cuando depende de la mera voluntad de quien tiene poder y no incorpora los intereses de las personas afectadas<sup>11</sup>. Señala que la posibilidad de sufrir interferencias arbitrarias produce constante temor o incertidumbre y una actitud de deferencia que impide que las personas sean capaces de mirarse a los ojos como iguales<sup>12</sup>. Esta noción, que él denomina libertad como no dominación, se diferencia de aquella comprensión de la libertad que la reduce a un principio de no interferencia. El ejemplo paradigmático de ausencia de libertad es la situación de un amo bondadoso que decide no interferir en la vida cotidiana de sus esclavos. De acuerdo con Pettit, existen formas de interferencia en la vida de las personas que no constituyen dominación, como ocurre bajo ciertas condiciones en un Estado democrático y constitucional. Más aún, la libertad de los ciudadanos podría requerir la intervención estatal y del derecho para remediar relaciones sociales de dominación.

Bajo estos estándares de justicia es posible cuestionar no solo las condiciones laborales de los trabajadores callejeros, sino también la de tantos otros trabajadores precarizados en el sistema capitalista. Sin embargo, el objeto de este trabajo es mirar con detalle el marco regulatorio del trabajo callejero. Es importante adelantar que el trato injusto que reciben los trabajadores callejeros tiene un impacto inmediato en su vulnerabilidad a ser criminalizados, lo que distingue su situación del resto de los trabajadores precarizados.

### 1. *Los requisitos de entrada al trabajo autorizado*

Los requisitos establecidos en ordenanzas para la venta de productos o prestación de servicios no sexuales están en tensión con principios de justicia si se atiende a las desigualdades estructurales del contexto social y al tipo de actividades lucrativas a desarrollarse en el espacio público. Algunos de los requisitos normalmente exigidos son:

---

<sup>8</sup> FRASER y HONNETH, 2006, p. 42.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, p. 13.

<sup>10</sup> PETTIT, 1999, p. 42.

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 82.

<sup>12</sup> *Ibíd.*, p. 101.

solicitud fundada exponiendo motivos para petición de permiso, demostrar no ser titular de otro permiso municipal, cédula nacional de identidad, certificado de antecedentes penales y ficha de protección social, de discapacidad o informe de la situación económica del solicitante y su familia<sup>13</sup>. Algunas ordenanzas establecen también criterios para dar preferencia a unos postulantes por sobre otros, tales como encontrarse entre el 60% más vulnerable de la población o estar cesante, en el caso de la comuna de Valparaíso<sup>14</sup>. En Santiago también se da preferencia para obtener permisos como estacionadores de autos a “minusválidos” y personas mayores de 50 años de edad<sup>15</sup>.

Estos requisitos que deben cumplir los postulantes suponen someterse a un juicio acerca de la eventual calidad de merecedor del beneficio. Inevitablemente se evoca aquí un largo debate en la literatura respecto de la distinción entre “pobres no merecedores y merecedores”, que permitiría diferenciar aquellas personas que son pobres por culpa de sus propias acciones y, por tanto, no merecen la asistencia de otros, de las personas que por circunstancias ajenas a ellos son pobres y sí deben ser atendidos<sup>16</sup>. En este punto quiero discutir cómo este tipo de procesos administrativos que exigen demostrar ser merecedor de la ayuda de la comunidad, son una afrenta a la igualdad.

Nancy Fraser argumenta que los mecanismos de distribución de recursos no pueden en sí mismos faltar el respeto a las personas sino que, por el contrario, deben buscar aumentar su independencia y voz<sup>17</sup>. Esta es una preocupación que comparten importantes autores igualitaristas que señalan que tanto como los resultados de los procesos de redistribución de recursos también importan el tipo de interacciones sociales que articulan<sup>18</sup>. Entre estos autores, hay especial alarma por la existencia de procedimientos denigrantes para acceder a recursos económicos en Estados de bienestar, como demostrar maternidad/paternidad responsable, disposición o capacitación laboral o dar pruebas de que, a pesar de sus mayores esfuerzos, no se ha sido capaz de asegurarse un puesto de trabajo en la economía formal.

Jonathan Wolff ha criticado los sistemas condicionales de acceso a beneficios sociales señalando la falta de respeto que supone pedir explicaciones y exigir revelar información personal. Este tipo de exigencias afecta de manera persistente a miembros de grupos desaventajados<sup>19</sup>. Elizabeth Anderson, por su parte, apunta que las personas no deben

---

<sup>13</sup> Art. 3 ordenanza 59 de M. Santiago, art. 3 ordenanza 63 de M. Santiago sobre acomodadores de vehículos estacionados en la vía pública, art. 8 ordenanza 39/2015 de M. Estación Central sobre actividad comercial en la vía pública.

<sup>14</sup> Art. 6 ordenanza 3121/2020 de M. Valparaíso.

<sup>15</sup> Art. 3 ordenanza 63 de M. Santiago

<sup>16</sup> Esta distinción entre *undeserving* y *deserving poor* ha sido central en los debates sobre justificación de ayuda a grupos desaventajados. Acerca de sus orígenes en la posición de la Iglesia Católica ver FEDERICI, 2010, p.60. Para el desarrollo en Inglaterra a partir de la *Poor Law* promulgada en 1835, ver CHARLESWORTH, 2010. Esta es una distinción que funda la corriente de pensamiento *luck egalitarianism* a la que reaccionan los autores igualitaristas relacionales que aquí cito. Respecto de este debate en la teoría política ver: ANDERSON, 1999.

<sup>17</sup> FRASER y HONNETH, 2006, p. 42.

<sup>18</sup> WOLFF, 2015, ANDERSON, 2004, YOUNG, 2002, ANDERSON, 1999, ARNESON, 1997.

<sup>19</sup> WOLFF, 1998, p. 114.

verse en la necesidad de humillarse o rebajarse ante otros para reclamar su parte de los recursos y, por tanto, es una exigencia para la igualdad que los bienes sean distribuidos de acuerdo con principios y procesos que expresen respeto por cada individuo<sup>20</sup>.

En el caso concreto que revisa este trabajo, es decir, el acceso a permisos municipales, esto resulta aún más criticable. Los juicios de merecimiento que suponen el sistema de permisos municipales no se vinculan al acceso a beneficios sociales propios de un Estado social —contexto en que discuten los autores recién señalados—, sino que en Chile los permisos son solo la puerta de entrada a una economía precarizada y de subsistencia que se desarrolla en una sociedad con graves desigualdades estructurales. Por esta razón, el análisis pertinente a la justicia de estos permisos requiere que consideremos también el contexto en que se desarrolla el trabajo callejero.

Hay distintas razones para que las personas se vean en la necesidad de acudir al mercado callejero. Por una parte, como constaté en entrevistas en trabajo de campo<sup>21</sup>, vendedores ambulantes ven esta actividad como una opción de ingresos ante la exclusión o explotación del mercado laboral formal. Personas trans, con discapacidades, con limitada educación formal, mayores de edad o a cargo del cuidado de terceros son sistemáticamente marginalizadas de otros puestos de trabajo. Por otra parte, para quienes sí logran entrar al mercado formal, el trabajo “apatronado” —como lo denominó uno de los participantes— supone explotación económica y exposición a constante maltrato. En este contexto, el trabajo callejero se constituye en la única, o mejor, oportunidad laboral para muchas personas.

Luego es necesario notar que los permisos municipales son una autorización estatal para entrar en un mercado laboral de subsistencia y precarizado. Los trabajadores no cuentan con ningún tipo de previsión social en caso de cesantía, enfermedad o accidente, o para retirarse en la vejez. Los salarios que se pueden alcanzar en este mercado autorizado son bajos: basta atender a los rubros permitidos por ordenanzas, como venta de artesanía, maní, flores, llaves y chapas, mote con huesillo, y lustrabotas. Los trabajadores desarrollan sus actividades en espacios abiertos que los dejan expuestos a las condiciones climáticas de frío, lluvia o sol, sin baños y espacios adecuados de descanso. Finalmente, el trabajo callejero no da acceso a la documentación que habilita a funcionar como iguales bajo las condiciones que impone la sociedad capitalista, por ejemplo, para arrendar, acceder a viviendas, créditos bancarios, etcétera.

Quiero detenerme en lo especialmente problemático que es la exigencia de acompañar certificado de antecedentes y cédula de identidad en las postulaciones. Las personas que han sido procesadas por el sistema penal son excluidas de manera sistemática del mercado formal del trabajo y por tanto sus opciones disponibles para generar ingresos se reducen significativamente o se desplazan hacia ámbitos no reconocidos o criminalizados.

<sup>20</sup> ANDERSON, 1999, p. 314.

<sup>21</sup> Trabajo de campo realizado en Santiago de Chile el 2016 para investigación doctoral titulada *Equal respect in the streets: policing public order in Chile*, bajo la supervisión de los profesores Aileen McColgan y Benjamin Bowling en King's College London.

En iguales circunstancias se encuentran extranjeros en situación irregular o con órdenes de expulsión pendientes<sup>22</sup>.

En entrevistas realizadas en trabajo de campo, funcionarios de la Municipalidad de Santiago me señalaron que en ocasiones los evaluadores de los antecedentes de las postulaciones a permisos municipales pasaban por alto estos requisitos, conscientes de las dificultades para encontrar trabajo de personas con antecedentes o en situación migratoria irregular (siempre y cuando, se solía agregar, estas personas no hubiesen cometido delitos graves). Un inspector municipal participante explicó que existiría una supuesta “autoexclusión” de quienes no cumplen los requisitos establecidos por las ordenanzas. Este antecedente da cuenta del nivel de incertidumbre para los postulantes y abre un importante ámbito de discrecionalidad para los funcionarios municipales.

El escrutinio del “pobre merecedor” que supone el sistema de acceso a permisos puede ser finalmente ilustrado con el art. 8 N° 2 de la ordenanza 39 de la Municipalidad de Estación Central. Esta disposición permite que quien haya sido condenado por delito que merezca pena aflictiva (3 años y 1 día) pueda acceder a permisos siempre que pruebe su participación en programas de reinserción sociolaboral. Agrega que de cometer reincidencia en algún delito el permiso caducará. Es decir, debe probar “ser merecedor” y su permiso queda sujeto a su “buena conducta”<sup>23</sup>.

Todas estas exigencias son denigrantes y resultan ser especialmente graves teniendo en cuenta que son la puerta de entrada a un mercado precarizado y de subsistencia, en un contexto de explotación y exclusión del mercado laboral formal.

## 2. *La regulación de las condiciones de desarrollo del comercio*

Es necesario examinar también las condiciones impuestas por ordenanzas municipales para el desarrollo de las actividades lucrativas en el espacio público. Normalmente las ordenanzas regulan el tipo de producto que se comercializa o la actividad a desarrollar, los horarios de funcionamiento, el espacio a ocupar y la disposición de los productos en la calle, la forma de ofrecer productos al público, el uso de delantales y la posibilidad de contar o no con ayudantes. Las ordenanzas también establecen reglas especiales que se aplican a determinados comerciantes, por ejemplo, a vendedores ambulantes, feriantes y quiosqueros. Me referiré aquí con algún detalle a la regulación vigente con el fin de poder ilustrar el funcionamiento de este mercado, que pone en evidencia la posición de detrimento en que se encuentran los trabajadores callejeros.

La ordenanza 59 de la Municipalidad de Santiago contempla, por ejemplo, que los permisos municipales establecerán con precisión la ubicación y dimensiones de la superficie que podrá ocuparse (art. 20), que los comerciantes están obligados a hacer “uso de

---

<sup>22</sup> El trabajo de DUFRAIX, RAMOS y QUINTERO, 2020, da cuenta de la existencia de un explosivo aumento de órdenes de expulsión desde 2018. La mayoría de las expulsiones administrativas se encuentran sin ejecutar, lo que supone un estatus de absoluta precariedad y constante incertidumbre para los extranjeros. Los autores describen la forma en cómo esto expone a aquellos “expulsables” a explotación laboral y maltrato.

<sup>23</sup> Esto supone una nueva instancia de control estatal, al margen del sistema penal.

uniforme, distintivos y mobiliario, según giro, cuyo diseño y características será fijado por la autoridad municipal” (art.8), que no pueden “colocar lonas” sobre sus carros, ni vocear mercadería, ni botar residuos en la vía pública, así como tampoco cocer alimentos para su consumo (art. 24). Se regulan también los horarios de funcionamiento, por ejemplo, los quioscos pueden funcionar entre las 6.00 y las 23.00 horas (art. 51). Entre las condiciones de funcionamiento que dispone la ordenanza de Valparaíso, se destacan los horarios de invierno y verano que van desde las 9.00 a las 21.00 horas (art.17), las medidas y el color del mantel de las mesas donde se pueden ofrecer los productos (art. 26), así como las zonas prohibidas para los comerciantes (art. 28).

La ley, por su parte, establece importantes condiciones como es el pago de patentes y el carácter precario del permiso. De acuerdo con el artículo 36 de la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM) los permisos municipales “serán esencialmente precarios y podrán ser modificados o dejados sin efecto, sin derecho a indemnización”. Similares disposiciones contemplan las diversas ordenanzas municipales que regulan el comercio callejero<sup>24</sup>.

Las condiciones hasta aquí señaladas dan cuenta de un marco regulatorio del uso del espacio público, pero no de un estatuto para los trabajadores callejeros. La regulación no atiende a los trabajadores, sino que la lógica que la sustenta es el manejo del espacio público. Desde esta perspectiva se entiende el pago de patentes, las restricciones establecidas para la ocupación de las calles, las obligaciones dirigidas a mantener cierta estética, así como el carácter precario del permiso. Piénsese también en el extenso horario de funcionamiento y la prohibición de contar con ayudantes a que se encuentran sujetos los titulares de permisos de ventas ambulantes<sup>25</sup>. Los nombres de las ordenanzas son claros en indicar su finalidad, por ejemplo la de Valparaíso se denomina “Sobre ocupación de bienes nacionales de uso público para ejercer temporalmente el comercio”. En otras palabras, no son los intereses de los trabajadores los que guían la regulación, sino que el objetivo es lograr una adecuada administración del territorio.

La regulación por ordenanzas del comercio callejero también tiene por objeto la seguridad urbana, entendida como prevención de delitos. Esto se manifiesta tanto en el tratamiento que le dan las autoridades al control del comercio callejero en el debate público<sup>26</sup> como en algunas disposiciones. Por ejemplo, la ordenanza de la Municipalidad de Santiago establece como prohibiciones para los comerciantes con autorización las de “amparar el comercio ilegal”, promover o participar en riñas callejeras (art. 24) y “vender o comprar mercaderías de origen desconocido” que haga presumir que provienen de un ilícito (art. 64). En la misma ordenanza se agrega la prohibición de pernoctar y pedir dinero en los espacios públicos (art. 69), lo que constituye la actual criminalización de la vagancia y mendicidad, que fuera expulsada del Código Penal en 1998. Desde esta

<sup>24</sup> El art. 12 ordenanza de M. Santiago, art. 15 de M. Valparaíso y art. 9 de M. Estación Central.

<sup>25</sup> Ver art. 9 ordenanza de M. Santiago.

<sup>26</sup> Ver por ejemplo: <https://www.economia.gob.cl/2018/06/08/subsecretarias-de-prevencion-del-delito-y-de-economia-lideran-la-primera-mesa-publico-privada-para-combatir-el-comercio-ambulante-informal.htm>

aproximación también resulta comprensible el rol que se le otorga a las policías de vigilar el cumplimiento de las condiciones de orden impuestas.

En consecuencia, si bien las ordenanzas son las únicas regulaciones que nos pueden decir algo acerca de las condiciones de trabajo de vendedores callejeros, los intereses de estas personas no se encuentran incorporados en sus objetivos. Esta falta de consideración tiene como consecuencia que el marco normativo analizado se presente como una interferencia que limita la libertad de los trabajadores. De acuerdo con la noción de libertad como no dominación que se sigue en este artículo, los arreglos institucionales pueden interferir en la vida de las personas sin que esto suponga una afrenta a la libertad cuando “está controlada por los intereses y las opiniones de los afectados y es requerida para servir a esos intereses de manera conforme a esas opiniones”<sup>27</sup>. En el caso que aquí se revisa, los intereses de los afectados no son parte del marco regulatorio, siendo el objetivo lograr un determinado orden urbano.

La libertad como no dominación exige también que las interferencias se sujeten a ciertas condiciones para lograr dar certidumbre a los afectados. Como he señalado, los trabajadores no solo están expuestos al poder arbitrario en el otorgamiento de los permisos, sino que también a incertidumbre respecto de las condiciones y posibilidades de desarrollo de sus actividades comerciales. El carácter precario del permiso da un poder absoluto a las municipalidades para modificarlos o dejarlos sin efecto, sin derecho a compensación alguna para los trabajadores. Esto contrasta con el régimen de las concesiones municipales para el uso de espacio público cuyo término anticipado da lugar a indemnización (art. 36 inc. final LOCM) y con la fuerte protección que se provee a otras iniciativas económicas. Así, por ejemplo, en otros ámbitos económicos, los tribunales resguardan el principio de protección de la “confianza legítima” que limita las posibilidades de cambios regulatorios que arriesguen la inversión privada, la reserva legal en la regulación de las actividades económicas, la protección de la propiedad privada y el derecho a indemnización por distintos tipos de afectación a intereses económicos<sup>28</sup>.

Finalmente, el marco legal que rige a los trabajadores callejeros es excepcionalmente inestable y opaco. Se trata de un régimen construido por ordenanzas que pueden ser modificadas por el gobierno local en cualquier momento, el que además depende de elecciones que se desarrollan cada cuatro años. Asimismo, como estatuto regulatorio, las ordenanzas tienen baja legitimación democrática y transparencia en su proceso de dictación, están sujetas a limitado control externo y, como revisaremos a continuación, sus disposiciones son muchas veces contrarias a garantías constitucionales y legales.

---

<sup>27</sup> PETTIT, 1999, p. 56.

<sup>28</sup> Ver amplio desarrollo doctrinario y jurisprudencial de marco de protección de la iniciativa económica privada en: FERMANDOIS, 2006.

#### IV. TRABAJADORES ILEGALES Y CRIMINALIZADOS

He explicado las razones por las que trabajadores callejeros con permiso municipal se encuentran en una situación de precarización económica y de estatus, así como también en una situación de dominación al estar expuestos a decisiones arbitrarias de las autoridades. Sin embargo, para el resto de trabajadores que realizan actividades prohibidas o no reconocidas por la ley la realidad es aún más compleja. Para ellos no existen las mínimas garantías que dan los permisos municipales como contar con un lugar reservado para realizar actividades en el espacio público o la posibilidad de acudir a autoridades en caso de enfrentarse a obstáculos por parte de otras personas. Además, la prohibición o falta de reconocimiento legal de algunos trabajadores provoca su persecución y criminalización.

##### 1. *Informales ilegales*

El comercio de productos y prestaciones de servicios en bienes nacionales de uso público que no cuenten con permiso municipal está prohibido por la ley. De Souza y Busto llaman a este grupo de trabajadores “informales ilegales”, mientras que los que cuentan con permisos serían los “informales legales”<sup>29</sup>. Como parece sugerir dicha denominación, estos trabajadores no solo incurren en conductas prohibidas por la ley, sino que la existencia misma de este grupo de personas en las calles debería ser erradicado. En efecto, estos trabajadores callejeros son considerados por diversos arreglos institucionales como “incivildades”. Así, por ejemplo, las estadísticas del Ministerio del Interior contemplan en la categoría delictual de “incivildades” al “comercio ambulante o clandestino”<sup>30</sup> y en estadísticas policiales, el comercio ambulante es tratado como “incivildades” o “factor de riesgo situacional”<sup>31</sup>.

Como he señalado en otro artículo, el tratamiento del comercio callejero como una incivildad o factor de riesgo supone una comprensión muy específica del orden urbano<sup>32</sup>. Se entiende que los comerciantes son desórdenes que deben ser policialmente erradicados para evitar la ocurrencia de una sucesión de eventos que terminará en la comisión de delitos graves en el espacio público. He explicado cómo categorizar a las personas como incivildades denigra su estatus al asociarlas con la criminalidad y al tratarlas como un hecho o cosa. Desde esta aproximación al orden urbano, los trabajadores callejeros, así como las personas en situación de calle, perros vagos, sitios eriazos o basura, constituyen todas “situaciones” que llevan a otros individuos a delinquir.

El tratamiento de los trabajadores como incivildades no solo tiene una dimensión expresiva que es una afrenta a la igualdad, sino que produce consecuencias directas en las

<sup>29</sup> DE SOUZA y BUSTOS, 2017, p. 62.

<sup>30</sup> <http://cead.spd.gov.cl/estadisticas-delictuales/>

<sup>31</sup> Ver por ejemplo plataforma “Sistema táctico de operación policial”, en: <http://stop.carabineros.cl/>

<sup>32</sup> IRARRÁZABAL, 2020.

prácticas policiales. De acuerdo con la legislación nacional, la sanción por el trabajo no autorizado corresponde a la pena de multa; sin embargo, la policía, bajo la justificación del control del orden público, recurre a varias otras vías de persecución, algunas de estas infringen principios básicos del Estado de derecho. Esto sucede de manera flagrante con la práctica del comiso que supone una seria infracción al principio de legalidad de las penas.

En plazas y paseos peatonales es común ver a carabineros realizando la incautación de los productos ofrecidos por trabajadoras callejeras. Asimismo, algunas ordenanzas establecen expresamente que además de la multa se procederá a la “incautación de las especies por parte de Carabineros de Chile, en virtud de sus propias atribuciones legales”<sup>33</sup>. Los bienes incautados son destruidos, donados o almacenados en comisarías de la policía o en bodegas de los Juzgados de Policía Local<sup>34</sup>. Una jueza que entrevisté en mi trabajo de campo me explicó que era un tema debatido entre los jueces las atribuciones con que cuentan respecto de los bienes decomisados. Ella al menos, luego de escuchar las peticiones de ambulantes y considerando sus necesidades económicas, por regla general optaba por devolverles sus bienes.

Estos comisos de común ocurrencia en nuestras calles se desarrollan mayoritariamente al margen de la ley. El comiso es una sanción que debe estar establecida por ley y solo puede ser impuesta por tribunales. Como se ha señalado, las leyes que regulan el comercio callejero únicamente establecen como sanción la pena de multa, la que sería aplicable cuando el trabajador no cuente con los permisos correspondientes, en caso de infringir las condiciones de los permisos o por no pago de las patentes municipales<sup>35</sup>. Otros ilícitos que se cometan en las calles podrían dar lugar a comiso, pero siempre que la ley lo establezca y un tribunal así lo decida<sup>36</sup>. La legalidad de la pena de comiso es reafirmada por la Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades que señala que las ordenanzas municipales solo pueden establecer penas de multas (art. 12 inc. 2) y por la Constitución Política que señala en el art. 19 N° 7 letra g) que “no podrá imponerse la pena de confiscación de bienes, sin perjuicio del comiso en los casos establecidos por las leyes”<sup>37</sup>.

<sup>33</sup> Art. 33 ordenanza 39 de M. Estación Central y art. 66 ordenanza 59 de M. Santiago.

<sup>34</sup> Como se señala en un informe de carabineros en recurso de protección referido más adelante en este artículo los alimentos incautados son “históricamente” remitidos a una “institución de beneficencia” o destruidos (Sentencia Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol 20.131-2019),

<sup>35</sup> Ley de Rentas Municipales en su art. 56 y 57 establece que el no pago de patentes municipales se sanciona con pena de multa aplicable por jueces de policía local.

<sup>36</sup> El art. 499 del Código Penal señala en siete números los elementos que pueden ser objeto de comiso. El art. 500 del Código Penal establece que el comiso lo debe declarar un tribunal y el art. 501 que las ordenanzas no pueden establecer mayores penas. Por su parte la Ley sobre Organización y Atribuciones de los Juzgados de Policía Local establece en su art. 52 que estos jueces pueden aplicar la sanción de comisos “en los casos particulares que señalen las leyes y las ordenanzas respectivas”, y recuérdese que las ordenanzas no pueden establecer penas mayores a las señaladas por la ley.

<sup>37</sup> La Corte de Apelaciones de Rancagua en sentencia Rol 20.131-2019 acogió el recurso de protección contra incautación y destrucción de productos de vendedora ambulante. Estableció que carabineros solo tiene

La práctica del comiso viene a agregar incertidumbre y precariedad al comercio callejero y es una intervención arbitraria que vulnera la libertad como no dominación. En última instancia, que los productos sean requisados o no, destruidos o devueltos, va a depender de la voluntad arbitraria de un carabinero o un juez de policía local, y de las habilidades de negociación o persuasión del comerciante<sup>38</sup>. La persistencia de los comisos en los espacios públicos es resultado también de la irregularidad y posición de falta de poder en que se encuentran los comerciantes ambulantes, lo que hace inviable que estos aleguen por vía institucional contra las ilegalidades de ordenanzas o prácticas policiales.

## 2. *Trabajadores sexuales en un limbo legal*

Como se señaló las personas que ofrecen servicios sexuales en las calles no cometen delito alguno, pero su trabajo tampoco se encuentra reconocido ni regulado por el ordenamiento jurídico. Este silencio del legislador no es indiferencia en la materia. Tampoco se trata de un vacío legal, es decir una situación no contemplada (aún) por el legislador, como parece ser el caso de los trabajadores de plataformas digitales<sup>39</sup>. Según una de las principales organizaciones de trabajadoras sexuales en Chile, la Fundación Margen, la falta de regulación da cuenta de una decisión del legislador por el abolicionismo, en cuanto se busca la proscripción del trabajo sexual al dejar a las trabajadoras en una situación que las expone a condiciones de extrema precarización laboral y vulnerabilidad a abuso y maltrato<sup>40</sup>.

Como ocurre con otros trabajadores callejeros, la falta de reconocimiento del trabajo sexual supone la inaccesibilidad de las trabajadoras a la protección de derechos laborales, de previsión y la imposibilidad de contar con los documentos que nuestra sociedad exige para poder participar de manera plena. Esta falta de reconocimiento tiene efectos negativos en la protección de derechos básicos y perjudica la posición económica de cientos de trabajadores sexuales en Chile. Guiada por las ideas de Pettit puedo sostener que esta falta de interferencia del legislador no garantiza la libertad de las trabajadoras, sino que da pie o refuerza relaciones de dominación existentes en la sociedad. Supone

---

facultad para cursar multa y que la pena de comiso solo puede ser establecida por ley y dictaminada por un juez. Declaró la conducta ilegal y una violación al derecho de propiedad.

<sup>38</sup> En la investigación de GODOY, 2019, se recogen testimonios de comerciantes y carabineros sobre interacciones de enfrentamiento y negociación en procedimientos de control policial que, según el autor, "son situaciones que se resuelven caso a caso de acuerdo a los manejos, recursos o herramientas de que dispongan ambos actores". (p. 80).

<sup>39</sup> ASENJO y CODDOU, 2021, explican que no existe marco regulatorio para los trabajadores de plataforma. Estos se encuentran sujetos a los "términos y condiciones" de un contrato redactado unilateralmente por empresas (ver pp. 34 -39 y 43). Actualmente se tramitan proyectos de leyes en la materia (Boletines Nº13496-13 y Nº12475-13).

<sup>40</sup> FUNDACIÓN MARGEN y REDTRASEX, 2017. En el informe "El Trabajo Sexual y La Violencia Institucional: Vulneración de Derechos y Abusos de Poder" se evalúa el marco legal que rige al trabajo sexual incorporando la opinión de trabajadoras sexuales recogida en dos grupos focales (trabajadoras en espacio público y privado).

someter a las mujeres a incertidumbre en su vida cotidiana y las expone al abuso y a decisiones arbitrarias de otras personas. En lo que sigue me interesa desatacar las repercusiones que el silencio del legislador tiene en la persecución del trabajo sexual, y en las decisiones de autoridades locales.

A pesar de que no se encuentra prohibido por ley, la oferta de servicios sexuales en el espacio público es una actividad fuertemente criminalizada. El trabajo sexual es perseguido por la policía bajo la justificación del control de incivildades o bajo los supuestos de varias faltas y delitos del Código Penal, tales como desórdenes públicos (arts. 269 y 495 N°s 1 y 2), riñas (496 N° 10), embriaguez (496 N° 18), por desobedecer órdenes de la autoridad (496 N° 1), y ofensas al pudor y las buenas costumbres (373 y 495 N° 5). También se las persigue por posesión y consumo de alcohol y drogas y son sujetas a constantes controles de identidad<sup>41</sup>.

La Fundación Margen, en su informe acerca de trabajo sexual y violencia institucional, da cuenta de los abusos constantes de las policías hacia las trabajadoras sexuales<sup>42</sup> y señala que:

“estos apremios ilegítimos se deben comprender en un contexto mayor en que las MTS [mujeres trabajadoras sexuales] de espacios abiertos son detenidas en las calles, pero asociadas a búsqueda de narcotráfico, riñas callejeras y delitos ejercidos en la vía pública. Ellas argumentan que es en este contexto en que los carabineros no hacen distinciones y las detienen sin justificación, siendo en este sentido injustamente criminalizado su trabajo”<sup>43</sup>.

Asimismo, en el informe se menciona el constante hostigamiento policial bajo la excusa de “controles migratorios” y controles de identidad. Se apunta específicamente al nuevo control de identidad, del que se ha hecho un uso desmedido, arbitrario y discriminatorio<sup>44</sup>.

Estas prácticas policiales constituyen, en términos de Fraser, una injusticia de reconocimiento al hacer imposible la construcción de representaciones y patrones

---

<sup>41</sup> IRARRÁZABAL, 2020, pp. 46-49; IRARRÁZABAL, 2019, pp. 166-169.

<sup>42</sup> En Informe “El Trabajo Sexual y la Violencia Institucional”, trabajadoras sexuales participantes de grupos focales dieron cuenta de experiencias de discriminación y abuso por parte de policías. Entre los eventos de abuso policial que se señalan a lo largo del documento aparecen: excesivos controles de identidad, agentes encubiertos que luego de la prestación del servicio sexual realizan detenciones, exigencia de servicios gratis-violaciones, detenciones arbitrarias de carabineros de civil, intimidación para la no presentación de denuncias, amenazas de deportación, revisiones constante de pertenencias en calles, acoso sexual y tocaciones, desnudamientos en comisarías, coimas y el forzamiento para la firma de documentos sin su lectura previa. El Informe señala que las mujeres normalizan el abuso por lo frecuente e institucionalizado, o que no realizan denuncias por desconocimiento, miedo a represalias, amenazas de “mancharles los papeles” o de expulsar del país a aquellas en situación irregular. También se señala la renuencia a denunciar por desconfianza hacia los funcionarios del poder judicial. FUNDACIÓN MARGEN y REDTRASEX, 2017, pp. 7-15.

<sup>43</sup> *Ibid.*, p. 10.

<sup>44</sup> *Ibid.*, pp. 9 y 18.

culturales que disocien el trabajo sexual del vicio y la criminalidad que se imputa a las trabajadoras. Especialmente complejo es la utilización de las ofensas contra el pudor y las buenas costumbres. Bajo estas figuras no se está considerando el interés de las trabajadoras sexuales, más bien se aumenta su estigma, ya no solo como criminales sino también como amenazas al orden moral.

Rita Segato ha explicado, a propósito del delito de violación, que en épocas premodernas el derecho penal resguardaba un determinado orden social. El delito de violación era una afrenta a ese orden que suponía una agresión de un hombre a otro hombre y, en consecuencia, su regulación en el Código Penal se contemplaba en el apartado sobre orden moral y de las familias. La autora explica que solo con el desarrollo del individualismo en la modernidad la mujer pasa a considerarse un sujeto y por tanto el delito de violación supone una afrenta a su individualidad y ciudadanía. Se trata ahora de un delito contra las personas<sup>45</sup>.

En Chile, la persecución penal de las trabajadoras sexuales por ofensas al pudor parece obedecer a dicha lógica premoderna, donde lo que está en riesgo es un determinado orden social. En este marco, no hay espacio para incorporar la voz e intereses de las trabajadoras sexuales, ni es posible reconocimiento alguno de su agencia. Desde esta perspectiva la trabajadora sexual es una infractora del orden moral. Este patrón cultural también sostiene las ordenanzas municipales que prohíben ofrecer servicios sexuales en las calles.

He mencionado varias ordenanzas municipales que sancionan el trabajo sexual callejero y otras conductas de “marcado contenido sexual”. En estas disposiciones se establecen como objetivos combatir la criminalidad, el resguardo de la moral y las buenas costumbres, y la prevención de enfermedades de transmisión sexual<sup>46</sup>. Se señala también la protección de la “indemnidad sexual de adultos y menores”, así como el resguardo del espacio público en tanto “lugares de convivencia y civismo”<sup>47</sup>. Solo excepcionalmente las ordenanzas parecen preocuparse por las trabajadoras sexuales. Así, las ordenanzas de las municipalidades de Las Condes y de Estación Central señalan que las personas que ejercen comercio sexual están “expuestas a situaciones de riesgo y violencia” y “al consumo de drogas y alcohol”. Sin embargo, la medida a la que recurre la autoridad en los siguientes artículos es la sanción de quienes supuestamente busca proteger.

Por último, es necesario preguntarse por la admisibilidad de que autoridades municipales decidan prohibir la oferta de servicios sexuales en las calles. En primer lugar, a diferencia de otras actividades prohibidas por ordenanzas, en este caso no existe ningún tipo de habilitación legal. Como hemos visto, el comercio ambulante sin autorización municipal se encuentra en primera instancia prohibido por la ley. La necesidad de contar al menos con una ley habilitante se vuelve urgente si se reconoce la existencia de derechos fundamentales como es demandado por organizaciones de trabajadoras sexuales en Chile.

<sup>45</sup> SEGATO, 2003, pp. 26 y 27.

<sup>46</sup> Ordenanzas de M. Estación Central, Las Condes, Concepción y Santiago.

<sup>47</sup> Ver por ejemplo arts. 1 y 2 ordenanza de M. Concepción.

Estas reclaman el reconocimiento de su libertad personal y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, el derecho al trabajo, y a desarrollar una actividad económica, entre otros derechos<sup>48</sup>. El reconocimiento de estos derechos fundamentales hace que sea inadmisibles su restricción por medio de ordenanzas y además vuelve improcedente invocar como justificación el supuesto resguardo de un orden moral que no reconoce la perspectiva de las mujeres afectadas.

La referencia a la moral y las buenas costumbres, así como el resguardo del civismo como justificación de la prohibición establecida en las ordenanzas, presentan el riesgo de reforzar el estigma y la marginalización que han sufrido históricamente las trabajadoras. Intereses generales con dicho nivel de abstracción y de dudosa legitimación democrática no pueden limitar derechos fundamentales<sup>49</sup>. Para abordar esta crítica, se podría intentar acoger las justificaciones que se aducen para la prohibición del trabajo sexual que apuntan a evitar un daño a individuos concretos. Así, por ejemplo, se podrían atender las menciones que las ordenanzas hacen a la protección de la “indemnidad sexual de adultos y menores”.

Sin embargo, nuevamente surgen interrogantes que debemos abordar: ¿a quiénes se refiere esta disposición?: ¿a personas cuya moralidad puede ser afectada por la mera presencia de trabajadoras sexuales o se refiere al daño directo que sufren víctimas de explotación sexual? En este artículo la regulación del trabajo sexual callejero refiere a la actividad sexual consentida entre adultos. Cuando se trata de explotación sexual y trata, o cuando involucra a menores de edad, el Código Penal y distintas leyes especiales sancionan a los perpetradores de dichos delitos, no a sus víctimas<sup>50</sup>. Más aún, incluso si se sostiene que no existe el comercio sexual sin explotación, entonces la pregunta que debemos atender es cómo es posible justificar que las ordenanzas busquen proteger a aquellas mujeres mediante su sanción.

Todas las complejidades señaladas parecieran indicar que este es un debate que supera con creces la decisión, muchas veces opaca y poco democrática, de un concejo municipal. Si se reconoce alguna autonomía a las trabajadoras sexuales, estas ordenanzas resultan inadmisibles al limitar sus derechos y exponerlas a la criminalización. Sin embargo, a consecuencia del limbo legal en que se encuentran las trabajadoras sexuales, las ordenanzas y decisiones persecutorias de las autoridades son raramente cuestionadas en el debate público y en tribunales. La situación actual hace imposible que aquellos sujetos criminalizados y perseguidos puedan participar como iguales en el debate acerca de la forma en que el derecho debe abordar el comercio sexual.

---

<sup>48</sup> FUNDACIÓN MARGEN y REDTRASEX, 2017; REDTRASEX, 2017. Ver también página web de Corporación Chilena de Personas Trans Amanda Jofré <https://www.amandajofre.com/derechos>.

<sup>49</sup> Como Scott Collins y Rebecca Cattermole observan en relación con la sanción de conductas “antisociales” en el Reino Unido, la protección de ciertos supuestos “valores compartidos” puede llevar a la intolerancia y violación de derechos básicos de ciertas personas. COLLINS y CATTERMOLLE, 2006, p. 29.

<sup>50</sup> Ver nota 6.

## V. CONCLUSIÓN: INDEPENDENCIA ECONÓMICA, RESPETO Y PARTICIPACIÓN

La forma en que se desarrolla el trabajo callejero hoy en Chile da cuenta de injusticias redistributivas y de reconocimiento que afectan a sectores de la población. La existencia del trabajo callejero en las condiciones que aquí se han descrito es el resultado de falta de oportunidades de educación, de trabajo, de políticas para el cuidado compartido de personas dependientes, de un sistema justo de pensiones. Es el resultado de deprivación económica, exclusión y explotación en el mercado laboral formal. Cuando no se cuenta con un mínimo de independencia económica aumenta la posibilidad de someterse a exigencias denigrantes, y a precarias condiciones de trabajo, así como se reducen las posibilidades de resistir y escapar de situaciones de opresión<sup>51</sup>. Es por esto que se requieren medidas redistributivas sustantivas para cambiar este panorama. Piénsese por ejemplo el impacto que podría tener un ingreso universal garantizado y prestaciones sociales universales en la existencia y condiciones del trabajo en el espacio público.

El análisis de las injusticias que produce el marco regulatorio del trabajo callejero hace necesario que junto con la redistribución se deba atender a las demandas por cambios legislativos y de reconocimiento planteados por los mismos trabajadores. Solo incorporando su voz, el derecho puede ser una herramienta para una mayor igualdad y libertad de los trabajadores.

Los trabajadores callejeros han luchado para ser reconocidos y recibir un trato no punitivo por parte del Estado logrando, por ejemplo, la dictación de la Ley 20.388 del 2009 que permitió la presencia de vendedores ambulantes en el transporte público, evitándoles la constante persecución policial a la que estaban expuestos. Otra reivindicación importante terminó con la dictación el 2020 de ordenanzas para artesanos y artistas callejeros de la Municipalidad de Valparaíso. Estas ordenanzas tienen como objetivos el fomento y protección de la creación artística, y proponen instancias de participación de los trabajadores en decisiones municipales, constituyendo de esta forma un avance en el reconocimiento de derechos para artistas callejeros. Por su parte, organizaciones de trabajadoras sexuales han demandado ser tratadas como trabajadoras y no prostitutas<sup>52</sup> y el establecimiento de una regulación que les otorgue derechos laborales y acceso a protección social<sup>53</sup>.

La denigración de estatus que sufren hoy trabajadores callejeros es el resultado de patrones institucionalizados que les han sido impuestos, patrones en cuya construcción no han podido participar en pie de igualdad. El estatus despreciado se expresa en las

---

<sup>51</sup> De acuerdo con PETTIT, 1999, la libertad como no dominación requiere cierto nivel de independencia socioeconómica, de manera de "tener con qué operar normal y propiamente en nuestra sociedad, sin tener que mendigar o tomar prestado de otros, y sin tener que depender de su beneficencia", p. 208.

<sup>52</sup> REDTRASEX, 2014.

<sup>53</sup> <https://kilometrocerro.cl/sindicatos-de-tacos-altos-49637b25d86d>, FUNDACIÓN MARGEN y REDTRASEX, 2017. Hoy existe un proyecto de ley en el Congreso (boletín 11638-13) que busca regular el trabajo sexual. Fue ingresado el 2018 y no ha tenido mayor avance en su tramitación, encontrándose en primer trámite constitucional en la Cámara de Diputados.

ideas respecto de aprovechamiento y criminalidad de vendedores ambulantes que han estado presente a lo largo de la historia chilena<sup>54</sup> y que se materializa en la legislación y en el trato cotidiano que reciben los trabajadores por parte de las autoridades. Sin esta denigración de estatus es impensable la tolerancia existente frente a su agresiva persecución policial, a las incautaciones ilegales y los permisos precarios.

Más grave aún es la falta de reconocimiento que sufren las trabajadoras sexuales. La aproximación del sistema legal al trabajo sexual constituye a las mujeres como invisibles o inmorales, las marginaliza, niega su agencia y criminaliza<sup>55</sup>. Hoy en Chile, el silencio del legislador permite el abuso, las ordenanzas criminalizan a base de un moralismo patriarcal y las demandas por protección son instrumentalizadas para castigarlas. Actividades policiales justificadas en la persecución de la trata y la explotación sexual resultan en abuso policial, controles excesivos y allanamientos violentos<sup>56</sup>.

Es urgente tener una aproximación diferente al comercio sexual. Es necesario conocer la diversidad de enfoques y opiniones que distintos grupos de trabajadores sexuales/ personas en situación de prostitución tienen del rol del derecho. Solo un debate entre pares por el papel que debe jugar el Estado respecto del comercio sexual abre oportunidades para legislaciones que protejan a las mujeres de la explotación y el maltrato, les dé independencia económica y garantice su respeto.

#### BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, Pablo y CALDERÓN, María José, 2020: “¿Qué hay de malo en la prostitución?”, *Veritas*, Vol. 47.
- ANDERSON, Elizabeth, 1999: “What Is the Point of Equality?”, *Ethics*, Vol. 109, N° 2.
- ANDERSON, Elizabeth, 2004: “Welfare, Work Requirements, and Dependant-Care”, *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 21, N° 3.
- ARNESON, Richard, 1997: “Egalitarianism and the Undeserving Poor”, *The Journal of Political Philosophy*, Vol. 5, N° 4.
- ASENJO, Antonia y CODDOU Alberto, 2021: “Economía de plataformas y transformaciones en el mundo del trabajo: el caso de los repartidores en Santiago de Chile”, OIT Cono Sur. Disponible en: [https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/informes-tecnicos/WCMS\\_798681/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/santiago/publicaciones/informes-tecnicos/WCMS_798681/lang-es/index.htm)
- CABRERA, Natalia, 2019: “Prostitución ¿es necesario castigar? Una propuesta feminista para Chile”, *Política Criminal*, Vol. 14, N° 28.
- CHARLESWORTH, Lorie, 2010: *Welfare's Forgotten Past: A Socio-Legal History of the Poor Law*, Routledge.
- COLLINS Scott y CATTERMOLLE Rebecca, 2006: *Anti-Social Behaviour and Disorder: Powers and Remedies* (2ª edición), Sweet & Maxwell.

<sup>54</sup> IRARRÁZABAL, 2020, p. 53.

<sup>55</sup> FRASER, 2013, p. 168.

<sup>56</sup> FUNDACIÓN MARGEN y REDTRASEX, 2017 p. 18.

- DAMMERT L., MATUS C., and VERGARA M., 2020: "Ferias libres y venta callejera: desafíos post 'Estallido Social'" Documento de Trabajo Centro de Estudios de Gobierno, Universidad de Santiago.
- DE Souza, Mónica y BUSTOS, Alexander, 2017: "El comercio informal de calle en las comunas Santiago y Concepción", *Revista Urbano*, N° 35.
- FEDERICI, Silvia, 2010: *Calibán y la bruja. Mujeres, cuerpo y acumulación originaria*, Traficantes de sueños.
- FERMANDOIS, Arturo, 2006: *Derecho Constitucional Económico: garantías económicas, doctrina y jurisprudencia* (2° edición), Ediciones Universidad Católica de Chile.
- FRASER, Nancy, 2013: *Fortunes of Feminism: From State-Managed Capitalism to Neoliberal Crisis*, Verso Books.
- FRASER, Nancy y HONNETH, Axel, 2006: *¿Redistribución o reconocimiento?: un debate político-filosófico*, Morata y Fundación Paideia.
- FUNDACIÓN Margen y RedTraSex, 2017: "El trabajo sexual y la violencia institucional: vulneración de derechos y abusos de poder". Disponible en: [http://redtralsex.org/IMG/pdf/informe\\_nacional\\_chile.pdf](http://redtralsex.org/IMG/pdf/informe_nacional_chile.pdf)
- GODOY, Moisés, 2019: *Comercio ambulante en la comuna de Santiago: informalidad laboral y restricción del espacio urbano*. Tesis para optar al grado de Licenciado en Sociología, Profesora Guía: Kathya Araujo Kakiuch. Academia de Humanismo Cristiano.
- IRARRÁZABAL, Paz, 2019: "Public Order and Inequality in the Streets", en P. Marshall (ed.), *Citizenship and disadvantaged groups in Chile*, Lexington Books.
- IRARRÁZABAL, Paz, 2020: "Desorden Urbano y Geografías de Exclusión: Regulación Del Orden y Vigilancia de Incivildades", L. Mayer y T. Vargas (eds), *Mujeres en las ciencias penales: una mirada desde el contexto jurídico chileno en las primeras décadas del siglo XXI*, Thomson Reuters.
- MAFFIA, Diana y KOROL, Claudia (eds), 2021: *Prostitución/Trabajo Sexual: las protagonistas Hablan*, Paidós.
- PETTIT, Philip, 1999: *Republicanismo: Una Teoría Sobre La Libertad y El Gobierno*, Paidós.
- REDTRASEX, 2014: "Guía Para El Abordaje Periodístico Del Trabajo Sexual y Las Trabajadoras Sexuales". Disponible en: [https://www.redtralsex.org/IMG/pdf/guia\\_periodistas\\_redtralsex.pdf](https://www.redtralsex.org/IMG/pdf/guia_periodistas_redtralsex.pdf)
- REDTRASEX, 2017: "Trabajo Sexual y Violencia Institucional. Informe Regional". Disponible en: <http://redtralsex.org/Trabajo-sexual-y-violencia.html>
- RIVERA, José, 2017: "Algunos apuntes jurídicos sobre la prostitución en Chile", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N° 148.
- SEGATO, Rita, 2003: *Las estructuras elementales de la violencia: ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos*, Universidad Nacional de Quilmes: Prometeo.
- DUFRAIX, Roberto, RAMOS, Romina y QUINTEROS, Daniel, 2020: "'Ordenar la casa': securitización y producción de irregularidad en el Norte de Chile", *Sociologías*, Vol. 22, N° 55.
- WOLFF, Jonathan, 1998: "Fairness, Respect, and the Egalitarian Ethos", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 27, N° 2.
- WOLFF, Jonathan, 2015: "Social Equality and Social Inequality", en C. Fourie, F. Schuppert y I. Wallimann-Helmer (eds), *Social Equality*, Oxford University Press.
- YOUNG, Iris Marion, 2002: "Status Inequality and Social Groups", *Issues in Legal Scholarship*, Vol. 2, N° 1.

## La limitación de derechos políticos vía administrativa en Colombia y la renuencia del Estado a adecuar su legislación interna

*José Reynel Cristancho Díaz\**

### RESUMEN

*En el presente artículo se realiza una descripción de los estándares establecidos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos aplicables a la restricción de los derechos políticos. Concretamente, el análisis se centra en el tránsito experimentado por el ordenamiento jurídico colombiano frente a la limitación de estos derechos mediante sanciones disciplinarias como expresión del poder punitivo del Estado. Para tal efecto, se examinan la legislación interna, la jurisprudencia de la Corte Constitucional pertinente a la materia, la condena internacional del Estado colombiano por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la adecuación del ordenamiento jurídico interno llevada a cabo con ocasión de esta condena. Finalmente, se hace una reflexión acerca de la negativa estatal de adoptar los parámetros que en materia de derechos humanos se han fijado para la reglamentación del ejercicio de los derechos políticos.*

Derechos políticos; potestad disciplinaria; adecuación legislación interna;  
control de convencionalidad

### *The limitation of political rights by administrative means in Colombia and the reluctance of the State to adapt its domestic legislation*

### ABSTRACT

*This article describes the standards established in the Inter-American Human Rights System applicable to the restriction of political rights. Specifically, the analysis focuses on the transit provided by the Colombian legal system regarding the limitation of these rights through disciplinary sanctions as an expression of the punitive power of the State. To that end, it examines domestic legislation, the jurisprudence of the Constitutional Court on the subject, the international condemnation of the Colombian State by the Inter-American Court of Human Rights and the*

---

\* Abogado, Universidad del Cauca, Colombia. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4267-1289>. Correo electrónico: [jcristanchod@gmail.com](mailto:jcristanchod@gmail.com).

Artículo recibido el 3.10.2021 y aceptado para su publicación el 11.3.2022.

*adequacy of the domestic legal system carried out because of this conviction. Finally, there is a reflection on the State's refusal to adopt the human rights parameters that have been set for regulating the exercise of political rights.*

Political rights; disciplinary power; adequacy of internal legislation;  
control of conventionality

## I. INTRODUCCIÓN

Los procesos de consolidación del Estado de Derecho en la región interamericana han favorecido el fortalecimiento de la democracia<sup>1</sup>. A esto se suma la aprobación de la Carta Democrática Interamericana, factor determinante para el surgimiento de una obligación internacional para los Estados americanos consistente en garantizar el ejercicio efectivo de la democracia en sus territorios<sup>2</sup>.

En este sentido, la democracia, como mecanismo para la adopción de decisiones colectivas<sup>3</sup>, es un pilar del Sistema Interamericano de Derechos Humanos<sup>4</sup> (en adelante SIDH) que permite la participación de las personas en el ejercicio del poder. Esta participación se realiza de manera directa, por medio de la democracia participativa<sup>5</sup>, o indirecta, mediante la democracia representativa<sup>6</sup>. Aunque la política de la disrupción es otra vía, menos tradicional, para intervenir en aspectos políticos<sup>7</sup> con el propósito de que la sociedad realice reclamos legítimos<sup>8</sup>, el presente trabajo se centra en el análisis de la democracia representativa de acuerdo con los postulados del artículo 23 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (en adelante Convención Americana), dentro de los que destaca la participación en la dirección de los asuntos públicos.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) ha aclarado que los derechos políticos, contenidos en el artículo 23 de la Convención Americana, favorecen el fortalecimiento de la democracia y el pluralismo político<sup>9</sup>, por lo que su ejercicio efectivo constituye un fin en sí mismo y un medio esencial con el que cuentan las sociedades democráticas para garantizar los demás derechos humanos contenidos en este tratado internacional<sup>10</sup>. Debido a su importancia, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas tendientes a garantizar que toda persona cuente con la oportunidad real de ejercer derechos políticos cuando formalmente sea titular

<sup>1</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2019), p. 19.

<sup>2</sup> Corte IDH, 8.2.2018, San Miguel Sosa y otras v. Venezuela, párr. 114.

<sup>3</sup> FERRAJOLI (2003), p. 227.

<sup>4</sup> Corte IDH, 8.7.2020, Petro Urrego vs. Colombia, párr. 90.

<sup>5</sup> OROZCO (2019b), p. 10.

<sup>6</sup> RODRÍGUEZ (2015), p. 50.

<sup>7</sup> LALINDE (2019), p. 21.

<sup>8</sup> TILLY y TARROW (2015), 8.

<sup>9</sup> Corte IDH, 23.6.2005, Yatama vs. Nicaragua, párr. 192.

<sup>10</sup> Corte IDH, 6.8.2008, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 143.

de aquellos<sup>11</sup>. No se puede olvidar que, en las democracias contemporáneas, el poder político proviene de la ciudadanía, lo que demanda que esta cuente con un mínimo de garantías, razonablemente efectivas, que doten de legitimidad a quienes ejercen funciones de gobierno<sup>12</sup>.

Dentro de estas garantías se encuentran los derechos a ser elegido y a votar, cuyo ejercicio encarna las dimensiones individual y social de la participación política<sup>13</sup>. Mediante estas prerrogativas, las personas tienen la posibilidad de intervenir en la designación de quienes tendrán a cargo el gobierno del Estado<sup>14</sup> o la dirección de los asuntos públicos a nivel regional y local. En este sentido, una sanción arbitraria que tenga como consecuencia la restricción de la participación política genera, simultáneamente, vulneraciones individuales y colectivas de derechos humanos<sup>15</sup>. En consecuencia, toda medida que limite derechos políticos debe encontrarse en consonancia con los estándares que respecto de la materia ha desarrollado el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, siendo los aplicables para la región aquellos establecidos en el SIDH.

Sin embargo, el caso de Colombia en esta temática es paradójico, pues pareciera resistirse a contar con un ordenamiento jurídico que guarde armonía con dichos estándares. En atención a esto, este trabajo pretende poner de presente que la reciente reforma legislativa en materia disciplinaria realizada por el Congreso de la República, al igual que la normativa previa, supone un incumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado y, por tanto, no satisface lo ordenado por la Corte IDH.

## II. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 23 de la Convención Americana otorga a los Estados la facultad de reglamentar, mediante ley, el ejercicio de las prerrogativas y oportunidades relativas a los derechos políticos. Por esta razón, se les ha considerado como derechos humanos de base convencional, pero de configuración estatal<sup>16</sup>. Aun así, aquellas normas de carácter general que regulen la titularidad de determinado derecho político y la oportunidad para ejercerlo deben estar dirigidas a cumplir con una finalidad legítima, ser necesarias y proporcionales de acuerdo con los principios de la democracia representativa<sup>17</sup>. Concretamente, la Corte IDH ha explicado que las causales señaladas en el artículo

<sup>11</sup> Corte IDH, 1.9.2011, *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 108.

<sup>12</sup> FIGUEROA y CRUZ (2019), p. 73.

<sup>13</sup> Corte IDH, 23.6.2005, *Yatama vs. Nicaragua*, párr. 197.

<sup>14</sup> Corte IDH, 6.8.2008, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 146.

<sup>15</sup> Corte IDH, 8.7.2020, *Petro Urrego vs. Colombia*, párr. 100.

<sup>16</sup> OROZCO (2019a), p. 122.

<sup>17</sup> Corte IDH, 6.8.2008, *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, párr. 149.

23.1 de la Convención Americana tienen como única finalidad “evitar la posibilidad de discriminación contra individuos en el ejercicio de sus derechos políticos”<sup>18</sup>.

Ahora bien, es importante tomar en consideración que este tipo de restricciones son de carácter general, porque están contenidas en leyes abstractas. Adicionalmente, la Convención Americana contempla la posibilidad de limitar los derechos políticos de una persona en particular por medio de una condena impuesta por un juez competente en el marco de un proceso penal. La propia Corte IDH ha dejado claro que, pese a su importancia, los derechos políticos no son absolutos, pero esto no implica que la facultad que tienen los Estados en lo que respecta a su regulación y restricción sea ilimitada, pues, tal y como lo dispone el artículo 29.a) de la Convención Americana, dicha facultad no puede ser interpretada en el sentido de limitar estos derechos en mayor medida que la prevista en el texto convencional<sup>19</sup>.

No obstante, han llegado a conocimiento de la Corte IDH casos en los que se han restringido derechos políticos de individuos a causa de sanciones de naturaleza administrativa, generando con ello una violación de los artículos 23.1.b) y 23.2 de la Convención Americana<sup>20</sup>. Uno de estos casos fue fallado en contra del Estado colombiano y se analiza con mayor amplitud en la siguiente sección.

### III. LA LIMITACIÓN DE DERECHOS POLÍTICOS EN COLOMBIA VÍA ADMINISTRATIVA Y LA CONDENA INTERNACIONAL DEL ESTADO EN EL CASO PETRO URREGO

En este apartado se realiza una descripción de la potestad disciplinaria contenida en el ordenamiento jurídico colombiano vigente al momento de la sanción impuesta al señor Gustavo Petro Urrego, entonces alcalde de la capital del país. Para tal efecto, se hace alusión a las normas constitucionales y legales en que se sustenta esta potestad, así como el análisis de estas en sede constitucional. Finalmente, se explican las decisiones judiciales que se adoptaron frente a este caso.

#### 1. *La potestad disciplinaria en el ordenamiento jurídico colombiano*

De acuerdo con lo establecido en los artículos 6, 122 y 123 de la Constitución<sup>21</sup>, el Estado está legitimado para ejercer un control a quienes desempeñan funciones públicas<sup>22</sup>. La finalidad de esta potestad es la buena marcha de la gestión pública, previniendo que las conductas de los servidores públicos afecten o pongan en peligro los fines y funciones del Estado<sup>23</sup>. Así las cosas, el Estado fija los deberes y obligaciones

<sup>18</sup> Corte IDH, 20.11.2014, Argüelles y otros vs. Argentina, párr. 222.

<sup>19</sup> Corte IDH, 6.8.2008, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos, párr. 174.

<sup>20</sup> Corte IDH, 1.9.2011, López Mendoza vs. Venezuela, párrs. 107-109.

<sup>21</sup> Corte Constitucional de Colombia, 16.7.2014, Sentencia C-500, p. 32.

<sup>22</sup> Corte Constitucional de Colombia, 20.1.2004, Sentencia C-014, p. 17

<sup>23</sup> Corte Constitucional de Colombia, 6.7.2006, Sentencia C-507, p. 21.

de estos funcionarios, las faltas en que podrían incurrir, las sanciones aplicables y los procedimientos para su imposición<sup>24</sup>. Esta potestad es considerada como una de las más importantes manifestaciones del *ius puniendi* estatal, pues busca corregir a quienes conculquen los principios que orientan el desempeño de la función pública<sup>25</sup>. En este sentido, la existencia y permanencia de la disciplina, como condicionante del comportamiento del individuo a parámetros de conducta específicos, es vista como un elemento indispensable que debe consolidarse en cada uno de los ámbitos de la actividad pública<sup>26</sup>.

La potestad disciplinaria es ejercida por diversas autoridades debido a que la Constitución contempla la existencia de regímenes especiales<sup>27</sup>. Aun así, los artículos 118, 277 y 278 de la Carta confieren a la Procuraduría General de la Nación (en adelante PGN) el deber de vigilar la conducta oficial de los funcionarios públicos, lo que implica, en la práctica, la asignación de un poder disciplinario preferente que podría llegar a chocar con los regímenes especiales. En atención a esto, se ha reconocido que la definición del alcance y límites de las competencias constitucionales de los encargados de ejercer control disciplinario no es una tarea fácil<sup>28</sup>.

Además, es necesario precisar que la potestad disciplinaria en cabeza de la PGN es de carácter externo, pues, en consonancia con el artículo 269 de la Constitución, la Corte Constitucional ha precisado que cada una de las entidades que hacen parte de la Administración Pública ejercen un control disciplinario interno con estricta sujeción a lo desarrollado por la ley a partir del texto constitucional<sup>29</sup>. Así, han sido las leyes las encargadas de disponer que, por regla general, toda entidad u organismo del Estado tiene la obligación de organizar una dependencia, del más alto nivel, que se encargue de conocer y fallar los procesos disciplinarios que se adelanten en contra de sus servidores<sup>30</sup>.

Respecto de las sanciones, los artículos 48 y 49 de la Ley 1952 de 2019 (casi idénticos a los artículos 44 y 45 de la Ley 734 de 2012) disponen que estas son decretadas de acuerdo con la gravedad de la falta cometida de la siguiente manera: a) destitución<sup>31</sup>

---

<sup>24</sup> Corte Constitucional de Colombia, 4.10.1993, Sentencia C-417, p. 12.

<sup>25</sup> Corte Constitucional de Colombia, 26.1.2006, Sentencia C-028, pp. 20-21.

<sup>26</sup> Corte Constitucional de Colombia, 24.8.2004, Sentencia C-796, p. 27.

<sup>27</sup> Los artículos 174 y 178 hacen alusión a los aforados constitucionales (Presidente de la República, magistrados de la Corte Suprema de Justicia, del Consejo de Estado y de la Corte Constitucional, miembros del Consejo Superior de la Judicatura y el fiscal general de la Nación), el artículo 183 se refiere al régimen político-disciplinario de los congresistas, los artículos 217 y 218 establecen los regímenes especiales de las Fuerzas Militares y la Policía Nacional, respectivamente, y el artículo 253 fija el régimen disciplinario de la Fiscalía General de la Nación.

<sup>28</sup> Corte Constitucional de Colombia, 17.10.2013, Sentencia SU-712, p. 55.

<sup>29</sup> Corte Constitucional de Colombia, 11.11.2003, Sentencia C-1061, p. 16.

<sup>30</sup> Corte Constitucional de Colombia, 16.7.2014, Sentencia C-500, p. 33.

<sup>31</sup> Tiene como consecuencia la terminación de la relación del servidor público con la administración, la desvinculación del cargo que desempeñaba o la terminación del contrato de trabajo.

e inhabilidad general<sup>32</sup> para las gravísimas, b) suspensión<sup>33</sup> en el ejercicio del cargo e inhabilidad especial<sup>34</sup> para las graves cometidas con dolo, c) suspensión para las graves en que medie la culpa, d) multa para las leves dolosas y e) amonestación escrita para las leves culposas. Tomando en consideración los efectos que generan la destitución, suspensión e inhabilidad, y el hecho de que pueden ser impuestas incluso en contra de servidores públicos de elección popular al tenor del numeral sexto del artículo 277 de la Constitución<sup>35</sup>, es claro que las sanciones disciplinarias tienen el alcance de limitar los derechos políticos, transgrediendo los estándares interamericanos explicados previamente. Por tanto, es necesario explicar el grado de vinculatoriedad de estos estándares para el Estado colombiano y cómo han sido analizados a la fecha, aspectos abarcados en los acápite subsiguientes.

## 2. *El bloque de constitucionalidad y la vinculatoriedad de los tratados internacionales de derechos humanos para el Estado colombiano*

La Constitución colombiana no se limita a lo contenido formalmente en su texto, pues incorpora, a su vez, otros mandatos que robustecen la carta de principios y derechos del ordenamiento jurídico<sup>36</sup>. Esto se sustenta en lo dispuesto por los artículos 9, 44, 93 94 y 214 de la Constitución, ya que establecen un mandato acorde con el que existe una integración material de determinadas normas y principios que sirven como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes, lo que ha recibido la denominación de bloque de constitucionalidad<sup>37</sup> y ha contribuido a la ampliación de la interpretación constitucional en el país<sup>38</sup>, maximizando, a su vez, la garantía de los derechos de las personas<sup>39</sup>.

En este orden, el bloque de constitucionalidad tiene como una de sus principales virtudes “superar la concepción meramente formal o documental de la Constitución”<sup>40</sup>, pues logra que el texto constitucional abra las puertas de los límites territoriales estatales, propiciando el ingreso del derecho internacional de los derechos humanos al ámbito interno<sup>41</sup>. Bajo este entendido, se trata de normas que conforman un parámetro coherente de obligatorio cumplimiento para todos los poderes públicos<sup>42</sup>. Así, la Convención

---

<sup>32</sup> Consiste en la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo o función por el término señalado en el fallo, el que debe estar en el rango de entre 10 y 20 años.

<sup>33</sup> Implica la separación temporal del ejercicio del cargo en cuyo desempeño tuvo lugar la falta disciplinaria.

<sup>34</sup> Se refiere a la imposibilidad de ejercer la función pública en cualquier cargo distinto de aquel que desempeñaba al momento de cometer la falta por el término señalado en el fallo, el que no puede ser inferior a 30 días ni superior a 12 meses.

<sup>35</sup> Corte Constitucional de Colombia, 6.11.2002, Sentencia C-948, p. 43.

<sup>36</sup> Corte Constitucional de Colombia, 21.5.2020, Sentencia SU-146, p. 44.

<sup>37</sup> Corte Constitucional de Colombia, 22.6.2016, Sentencia C-327, p. 26.

<sup>38</sup> SUELT-COCK (2016), p. 309.

<sup>39</sup> Corte Constitucional de Colombia, 22.6.2016, Sentencia C-327, p. 29.

<sup>40</sup> OLANO (2005), p. 236.

<sup>41</sup> ZEBALLOS (2018), p. 29.

<sup>42</sup> MENDIETA y TOBÓN (2018), p. 55.

americana, como tratado internacional de derechos humanos ratificado por Colombia, es vinculante para el Estado. Sin embargo, la Corte Constitucional ha desarrollado líneas jurisprudenciales que van en contravía de los estándares interamericanos de derechos humanos<sup>43</sup>, siendo una de ellas la relativa a la restricción de derechos políticos mediante sanciones de carácter disciplinario.

### 3. *El análisis constitucional de las sanciones disciplinarias en contra de funcionarios públicos de elección popular*

En su primer fallo pertinente a la materia, la Corte Constitucional aclaró que las interpretaciones sistemática y teleológica de los tratados internacionales permiten ajustar su contenido a los cambios históricos, por lo que la interpretación de una norma contenida en un tratado internacional debería hacerse en consonancia con los demás tratados que guarden relación con la materia objeto de estudio, aun cuando estos últimos hagan parte de otros sistemas internacionales de protección de los derechos humanos<sup>44</sup>. Concretamente, la Corte consideró necesario interpretar sistemáticamente de los tratados ratificados por Colombia en materia de lucha contra la corrupción y la Convención Americana, concluyendo que el contenido del artículo 23 de este tratado no se oponía a que el Estado adoptara medidas sancionatorias de naturaleza no penal que tuvieran como consecuencia la restricción de derechos políticos, siempre que tuviesen como propósito la protección del erario<sup>45</sup>.

Posteriormente, la Corte emitió una sentencia de unificación en la que sostuvo que del artículo 23 de la Convención Americana no era posible inferir una prohibición a los Estados para que en sus respectivas legislaciones consagraran otro tipo de restricciones a los derechos políticos, pues se trataba de un artículo que no establecía una relación *numerus clausus* en cuanto a las eventuales limitaciones que pueden ser impuestas a su ejercicio desde la perspectiva constitucional<sup>46</sup>. Además, tomando como referencia un caso previo de la Corte IDH en el que se sostenía que las sanciones administrativas son una expresión del poder punitivo del Estado y tienen –en ocasiones– naturaleza similar a las penas<sup>47</sup>, la Corte Constitucional determinó que, más allá del alcance de las sanciones, el análisis de la potestad disciplinaria debía centrarse en el respeto de las garantías judiciales que le son inherentes a los procesos de esta índole<sup>48</sup>.

<sup>43</sup> Un ejemplo de esto se puede observar en la postura recogida y ratificada en la sentencia C-469 de 2016, en donde se acepta que la protección de la comunidad justifica la prisión preventiva, aun cuando los estándares del SIDH son claros en señalar que este tipo particular de limitación de la libertad personal debe obedecer exclusivamente a fines procesales, siendo el caso más reciente *Manuela y otros v. El Salvador* (párr. 100).

<sup>44</sup> Corte Constitucional de Colombia, 26.1.2006, Sentencia C-028, p. 31.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 33.

<sup>46</sup> Corte Constitucional de Colombia, 17.10.2013, Sentencia SU-712, pp. 77-78.

<sup>47</sup> Corte IDH, 23.11.2010, Vélez Loor vs. Panamá, párr. 170.

<sup>48</sup> Corte Constitucional de Colombia, 17.10.2013, Sentencia SU-712, p. 81.

En su siguiente pronunciamiento, la Corte Constitucional, al referirse al denominado control de convencionalidad<sup>49</sup>, destacó que la armonización que supone dicha obligación no se puede considerar suficiente para integrar al bloque de constitucionalidad la jurisprudencia emanada de la Corte IDH, pues esta sería solamente un criterio hermenéutico relevante que, en lugar de ser aplicado de manera general, debe ser considerado en cada caso en particular<sup>50</sup>. Igualmente, la Corte estimó que ya existía una cosa juzgada constitucional frente a la armonía de la legislación nacional con el contenido y alcance del artículo 23 de la Convención Americana<sup>51-52</sup>.

En su último fallo concerniente a la materia, la Corte Constitucional aclaró que los Estados tienen un margen de apreciación en el que es posible atribuir, a órganos de control oficiales, competencias disciplinarias que puedan acarrear la imposición de sanciones que restrinjan derechos políticos, siendo el derecho al debido proceso de los servidores públicos de elección popular el límite a dicho margen<sup>53</sup>. A juicio de la Corte, los parámetros del SIDH deben variar en consonancia con los contextos de los Estados y sus normas internas<sup>54</sup> debido a que la Convención Americana no impone un modelo específico de reglamentación de los derechos políticos<sup>55</sup>. Finalmente, la Corte insistió en que las sentencias del tribunal interamericano, declarando la responsabilidad internacional de otros Estados por haber limitado los derechos políticos mediante decisiones de naturaleza no penal, carecían de vinculatoriedad para Colombia debido a que eran casos con efectos interpartes<sup>56</sup>.

No obstante lo anterior, los argumentos esbozados por la Corte Constitucional no obedecen a un control de convencionalidad real, pues la interpretación que realiza de las normas internas soslaya los estándares interamericanos en materia de derechos políticos asociando, erróneamente, los artículos 8 y 23 de la Convención Americana para equiparar los procesos penales a los disciplinarios. Al respecto, la Corte IDH ha sido clara en señalar que las garantías contenidas en el artículo 8 buscan garantizar que las

---

<sup>49</sup> En el caso *Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela* (2020), la Corte IDH explica que se trata de una obligación consistente en contrastar la legislación nacional con la Convención Americana, tomando en consideración, además del texto del tratado, la interpretación realizada por el tribunal interamericano, esto con el propósito de que las autoridades internas ajusten su interpretación normativa a los parámetros establecidos por la jurisprudencia de este tribunal regional de derechos humanos.

<sup>50</sup> Corte Constitucional de Colombia, 16.7.2014, Sentencia C-500, p. 76.

<sup>51</sup> *Ibidem*, p. 72.

<sup>52</sup> Esta postura se reiteró en la sentencia SU-355 (2015), explicando que no era posible cuestionar o discutir la validez constitucional de la competencia de la PGN para imponer sanciones disciplinarias que tienen el alcance de limitar los derechos políticos de funcionarios públicos elegidos por voto popular (p. 25).

<sup>53</sup> Corte Constitucional de Colombia, 13.3.2019, Sentencia C-111, p. 11.

<sup>54</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>55</sup> Esto se sustenta en lo sostenido en el caso *Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos* (2008), en donde la Corte IDH explicó que la Convención Americana establece lineamientos generales que determinan el contenido mínimo de los derechos políticos, permitiendo a los Estados que, en el marco de los parámetros convencionales, regulen estos derechos con arreglo a sus necesidades históricas, políticas, sociales y culturales (párr. 166).

<sup>56</sup> Corte Constitucional de Colombia, 13.3.2019, Sentencia C-111, pp. 13-14.

decisiones adoptadas en el marco de una actuación, sea esta administrativa o judicial, no sean arbitrarias y se ajusten al debido proceso<sup>57</sup>, siendo necesario determinar, en cada caso particular, las garantías que conciernan a un proceso sancionatorio no penal de acuerdo con su naturaleza y alcance<sup>58</sup>. Aunado a esto, es importante tomar en consideración que en el SIDH no existe ningún pronunciamiento en el que se afirme que es posible limitar derechos políticos mediante sanciones de naturaleza diferente a la penal.

En este orden, se concuerda con Rivas respecto de que la Corte Constitucional ha demostrado un altísimo nivel en debates constitucionales, pero, a su vez, ha dejado en evidencia que se paraliza cuando se encuentra ante un asunto que le exige “transgredir las fronteras de su esquema tradicional”<sup>59</sup>. La línea jurisprudencial desarrollada por la Corte frente al tema objeto de estudio es un claro ejemplo, pues sus errores interpretativos quedaron reflejados en la condena internacional de Colombia por el caso Petro Urrego.

#### 4. *El caso Petro Urrego: decisiones internas y condena internacional*

El señor Gustavo Francisco Petro Urrego fue elegido como alcalde de la ciudad de Bogotá D.C. para el periodo 2012-2015, pero, a raíz de fallas presentadas en el modelo de recolección de basura planteado por el mandatario, la PGN dio apertura a un proceso disciplinario en su contra. Este proceso concluyó con la imposición de una sanción consistente en su destitución como alcalde y una inhabilidad general por el término de 15 años. Ante la decisión, el señor Petro Urrego interpuso recurso de reposición, el que fue resuelto negativamente, por lo que la sanción quedó en firme. En atención a esto, decidió instaurar una acción de amparo constitucional, obteniendo un fallo desfavorable. Por otro lado, elevó una solicitud de medidas cautelares a la CIDH, entidad que consideró que el caso reunía los requisitos de gravedad, urgencia e irreparabilidad exigidos para otorgarlas, motivo por el que solicitó al gobierno colombiano que suspendiera inmediatamente los efectos de la sanción disciplinaria impuesta por la PGN<sup>60</sup>.

Sin embargo, el gobierno no acogió la solicitud y dispuso la destitución del señor Petro Urrego. Una vez destituido, el señor Petro Urrego ejerció el medio de control de nulidad y restablecimiento del derecho para que, en el marco de la jurisdicción administrativa, se dejara sin efecto la sanción de la PGN. Dentro del trámite de esta acción judicial se dispuso la suspensión provisional de los efectos jurídicos de la sanción, por lo que, luego de un mes, se produjo su reincorporación al cargo que ostentaba. Como resultado de este proceso judicial, se declaró la nulidad de la sanción de la PGN debido a que la conducta sancionada no se constituía en un acto de corrupción, lo que contravenía la línea jurisprudencial desarrollada respecto de la materia por parte de la Corte Constitucional<sup>61</sup>.

<sup>57</sup> Corte IDH, 3.5.2016, Maldonado Ordóñez vs. Guatemala, párr. 79.

<sup>58</sup> Corte IDH, 27.8.2020, Urrutia Laubreaux vs. Chile, párr. 102.

<sup>59</sup> RIVAS (2017), p. 677.

<sup>60</sup> COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS (2014), párr. 20.

<sup>61</sup> Consejo de Estado de Colombia, 15.11.2017, rad. 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ), pp. 37-39.

Pese a esta última decisión, el caso del señor Petro Urrego fue sometido a la Corte IDH, en cuya sentencia aclaró que ninguno de los artículos de la Convención Americana puede ser interpretado en sentido de facultar a los Estados a limitar determinado derecho en mayor medida a lo que dispone este tratado internacional<sup>62</sup>. En este sentido, reiteró que el artículo 23.2 de la Convención Americana es claro en señalar que dicho instrumento no permite que un órgano administrativo imponga una sanción que tenga como consecuencia la restricción de los derechos políticos de un ciudadano, pues esto solo puede hacerse por medio de una sentencia emanada de un juez competente en el marco de un proceso penal<sup>63</sup>. Además, hizo hincapié en que el artículo en comento establece un listado de posibles causales para la limitación o reglamentación de este tipo de derechos con el propósito de que su limitación obedezca a criterios claros y regímenes específicos, evitando con esto que tal restricción quede al arbitrio o voluntad del gobierno de turno<sup>64</sup>.

Asimismo, la Corte IDH concluyó que las disposiciones constitucionales que desarrollan la potestad disciplinaria a cargo de la PGN admiten la posibilidad de ser interpretadas de modo compatible con la Convención Americana siempre que se entienda que dicha potestad está limitada únicamente a la vigilancia de los funcionarios de elección popular<sup>65</sup>. Empero, las leyes que facultaban la limitación de los derechos políticos de estos funcionarios por medio de sanciones no penales vulneraban los artículos 2 y 23 del tratado<sup>66</sup>. En este sentido, en el punto resolutivo 8 de la sentencia se le ordenó al Estado adecuar su ordenamiento jurídico interno a los parámetros establecidos por la Corte IDH, lo que se realizó con la reforma legislativa que se examina en la siguiente sección.

#### IV. LA CUESTIONABLE REFORMA DE LA LEGISLACIÓN DISCIPLINARIA EN COLOMBIA

Ante la obligación de modificar la normativa que regulaba la limitación de derechos políticos mediante sanciones disciplinarias, la PGN y el Ministerio del Interior presentaron un proyecto de ley para que el Congreso de la República reformara la legislación disciplinaria, lo que culminó con la expedición de la Ley 2094 de 2021. Sin embargo, lejos de adecuarse a los estándares interamericanos en la materia, la norma mantiene las facultades que dieron origen a la condena internacional del Estado. A continuación se desarrollan los principales aspectos de la reforma, explicando sus falencias y la situación de Colombia frente a una eventual supervisión de cumplimiento por parte de la Corte IDH.

<sup>62</sup> Corte IDH, 8.7.2020, Petro Urrego vs. Colombia, párr. 94.

<sup>63</sup> *Ibidem*, párr. 96.

<sup>64</sup> *Ibidem*, párr. 98.

<sup>65</sup> *Ibidem*, párr. 112.

<sup>66</sup> *Ibidem*, párrs. 113-116.

### 1. *La función jurisdiccional y la Procuraduría General de la Nación*

Uno de los principales elementos que contempla la reforma a la normativa disciplinaria es la atribución de funciones jurisdiccionales a la PGN<sup>67</sup>, el que, según la exposición de motivos del proyecto de ley, tendría sustento en lo dispuesto por el artículo 116 de la Constitución<sup>68</sup>, motivo por el que vale la pena efectuar una breve aproximación a lo que se entiende por la función jurisdiccional y las exigencias que esta trae consigo. Esto con el propósito de verificar si un ente de control como la PGN está en la capacidad material de cumplirlas respecto de los funcionarios públicos de elección popular de acuerdo con las realidades normativas y fácticas del país.

En tal sentido, la función jurisdiccional ha sido entendida como aquel mecanismo ofrecido por el Estado a los particulares con el propósito de resolver las controversias que existan entre estos o entre estos y aquel<sup>69</sup>. Se trata de un servicio público<sup>70</sup> que tiene como finalidad garantizar la prevalencia del ordenamiento jurídico<sup>71</sup> y que debe ser ejercido por un órgano imparcial e independiente<sup>72</sup>. Estos últimos factores son vitales para la legitimidad de la función, pues la sociedad espera que las entidades investidas con la función jurisdiccional sean imparciales en su funcionamiento respecto de intereses sociales definidos y los que puedan tener otras instituciones estatales<sup>73</sup>.

Al revisar la literatura aplicable es posible observar cierto consenso respecto de que la función jurisdiccional debe ser ejercida exclusivamente por los tribunales de justicia<sup>74</sup>. En tal sentido, si se sigue un concepto general y amplio de lo que se entiende por esta se podría pensar, a primera vista, que en determinados casos los demás poderes públicos podrían ejercerla<sup>75</sup>, pero en realidad se trataría solamente de facultades juzgadoras o resolutorias, pues un elemento inherente a la función jurisdiccional es su independencia de los poderes políticos<sup>76</sup>.

Asimismo, es necesario precisar que la atribución de función jurisdiccional que establece la Carta es eminentemente excepcional, esto quiere decir, entre otras cosas, que existe una obligación intrínseca consistente en interpretar restrictivamente el alcance de esta disposición constitucional<sup>77</sup>. Por tanto, al llevar a cabo este tipo de interpretación

---

<sup>67</sup> El artículo 1 de la Ley 2094 de 2021 dispone: “Se le atribuye a la Procuraduría General de la Nación funciones jurisdiccionales para la vigilancia superior de la conducta oficial de quienes desempeñan funciones públicas, inclusive los de elección popular y adelantar las investigaciones disciplinarias e imponer las sanciones de destitución, suspensión e inhabilidad y las demás establecidas en la ley”.

<sup>68</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2021), p. 11.

<sup>69</sup> CONCHA y CABALLERO (2001), p. 167.

<sup>70</sup> CARVAJAL (2004), p. 9.

<sup>71</sup> MARTÍNEZ (2017), p. 61.

<sup>72</sup> GORDILLO (2014), p. 64.

<sup>73</sup> CONCHA y CABALLERO (2001), p. 213.

<sup>74</sup> BORDALÍ (2020), p. 58; MARTÍNEZ (2017), p. 61; CARVAJAL (2004), p. 9.

<sup>75</sup> GORDILLO (2014), p. 64., p. 63.

<sup>76</sup> BORDALÍ (2020), p. 58.

<sup>77</sup> Corte Constitucional de Colombia, 20.3.2013, Sentencia C-156, p. 47.

debe recordarse que en el texto de la Constitución hay un orden preferente de los derechos fundamentales sobre las demás disposiciones que hacen parte del ordenamiento jurídico debido a que uno de los fines esenciales del Estado es el de la protección, vigencia y salvaguardia de aquellos<sup>78</sup>. En este orden, ante la posibilidad de restringir el ejercicio de un derecho fundamental, el margen de interpretación se restringe y la noción de jurisdicción debería ser más estricta.

Además, la asignación de funciones jurisdiccionales a la PGN con el propósito de sancionar a los funcionarios públicos de elección popular sería contraria no solo a la Convención Americana, sino también a la Constitución, pues parte de una interpretación excesivamente amplia del artículo 23.2 de este tratado internacional. Al respecto, debe tenerse en cuenta que la interpretación de la Convención Americana no es una tarea que sea de competencia de las instituciones estatales, sino que es una facultad exclusiva de la Corte IDH al ser la “intérprete última de la Convención Americana”<sup>79</sup>, cuyos estándares respecto de la materia son claros y consistentes en cada uno de los casos que ha analizado. No sobra decir que son incompatibles con la facultad que la reforma le asigna a la PGN.

Más aún, al analizar los requisitos de independencia e imparcialidad, característicos de la función jurisdiccional, se advierte que la PGN podría no cumplirlos frente a todos los funcionarios públicos de elección popular. Esto se debe, principalmente, al diseño institucional que tiene y a la forma en que es elegido su director. Llama la atención que la Constitución no establezca ningún requisito para poder ocupar el cargo de mayor jerarquía dentro de este ente de control, pues implica que, en principio, cualquier ciudadano, sin importar su formación académica y experiencia profesional, podría ocupar uno de los cargos de mayor importancia en el país.

En cuanto al proceso de selección, de acuerdo con el artículo 276 de la Carta, el Senado es el encargado de elegir al director de este ente de control de una terna conformada por candidatos del Presidente de la República, la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado. Podría creerse que se trata de un procedimiento que, al permitir la participación de todos los poderes públicos, es justo, brinda las garantías para una elección transparente y concluye con la elección de la mejor opción. Sin embargo, ya se han presentado casos que ponen en tela de juicio la efectividad de esta modalidad de selección. En uno de ellos, relacionado con la declaración de nulidad del acto por el que se reeligió al Procurador General de la Nación en 2012, se demostró que el demandado había favorecido a parientes de magistrados de la Corte Suprema de Justicia con nombramientos de libre disposición en el ente de control, lo que habría incidido en que dicho tribunal lo nominara para la terna<sup>80</sup>.

El caso más reciente es el de la actual Procuradora General de la Nación, quien fue incluida en la terna por el Presidente de la República a pesar de haber hecho parte de su propio gabinete en el Ministerio de Justicia y el Derecho. Debido a las mayorías con

<sup>78</sup> Corte Constitucional de Colombia, 11.2.2003, Sentencia C-095, p. 13.

<sup>79</sup> Corte IDH, 24.11.2020, Casa Nina vs. Perú, párr. 139.

<sup>80</sup> Consejo de Estado de Colombia, 7.9.2016, rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU), pp. 33-37.

que contaba el gobierno en el Senado, la elección de la otrora ministra no sorprendió a muchos. Lo particular de este caso es que pone de presente el riesgo de que partidos políticos, con mayorías en el Senado y que tengan la competencia para intervenir en la designación de uno de los integrantes de la terna, decidan quién estará a cargo del control disciplinario de todos los funcionarios públicos en el país, restándole independencia e imparcialidad a la PGN. Esto, aunado a la facultad de restringir los derechos políticos de quienes hayan sido elegidos por voto popular, puede traducirse en persecuciones a políticos opositores al gobierno y, por esta razón, la violación de sus derechos humanos mediante sanciones disciplinarias.

Sin embargo, podría argumentarse que el director de la PGN no es quien adelanta personalmente los sumarios disciplinarios en contra de los funcionarios públicos, por lo que no habría razón para creer que, de tenerlos, sus intereses políticos influirían en el sentido de las decisiones que se adopten al interior del ente de control. No obstante, la jurisprudencia nacional ha dejado claro que, a causa de las atribuciones otorgadas por los artículos 275 y 277 de la Constitución, quien funja como Procurador General de la Nación orienta, coordina y direcciona todas las dependencias y funcionarios que hacen parte de la entidad con el propósito de asegurar unidad de acción<sup>81</sup>. Esto demuestra que, independientemente del partido político que gobierne y tenga la posibilidad de imponer a la persona de su preferencia para dirigir la PGN, existe el riesgo de que la imparcialidad del ente de control se vea comprometida al momento de adelantar sumarios que puedan concluir con la restricción de los derechos políticos de un funcionario elegido por voto popular.

Bajo estas consideraciones, es posible afirmar que, de acuerdo con las particularidades del andamiaje institucional colombiano, la atribución formal de funciones jurisdiccionales a la PGN que realiza la reforma analizada no se traduce en el ejercicio material de la función jurisdiccional.

## 2. *El margen de apreciación y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*

Uno de los aspectos abarcados en la exposición de motivos del proyecto de ley es el relativo al margen de apreciación con el que contarían los Estados para la restricción de los derechos políticos y cómo esta no fue respetada en el caso Petro Urrego<sup>82</sup>. A pesar de esto, se debe tener en cuenta que se trata de una teoría que tiene un amplio desarrollo en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>83</sup> (en adelante TEDH), pero que no ha sido profundizada en la jurisprudencia de la Corte IDH<sup>84</sup>.

Asimismo, al analizar los casos del TEDH referenciados en la exposición de motivos se advierte que en uno de ellos el amplio margen de apreciación que se le reconoce a los

<sup>81</sup> Consejo de Estado de Colombia, 31.10.2018, rad. 11001-03-25-000-2016-00718-00(3218-16), p. 13.

<sup>82</sup> SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA (2021), pp. 7-8.

<sup>83</sup> SÁNCHEZ-MOLINA (2014), pp. 373-377.

<sup>84</sup> BENAVIDES (2009), p. 308.

Estados se refiere a la limitación del derecho al voto de quienes hayan sido condenados por la comisión de un delito<sup>85</sup>, mientras que en el otro caso solamente se efectúa un análisis de las garantías del debido proceso que se deben brindar al momento de restringir el derecho a la participación en política<sup>86</sup>, sin hacer alusión alguna al margen de apreciación frente a la naturaleza del proceso o a la jurisdicción con las que se realiza tal restricción. Esto último se sustenta en que, a diferencia de la Convención Americana, el Convenio Europeo de Derechos Humanos no especifica que este tipo de limitaciones se deban realizar en el marco de un proceso penal.

Ahora bien, se reconoce que existen algunas sentencias de la Corte IDH en las que se hace alusión al margen de apreciación. Estas se refieren a la aplicación de esta teoría en las siguientes circunstancias: a) determinar los requisitos que deben cumplirse para obtener la nacionalización<sup>87</sup>; b) regular el ejercicio del recurso que contempla el artículo 8.2.h) de la Convención Americana<sup>88</sup>; y c) la definición científica y legal del comienzo de la vida, aunque frente a esta última es importante aclarar que se trató de un análisis de los estándares desarrollados por el TEDH<sup>89</sup> y que la Corte IDH no consideró pertinente pronunciarse acerca de dicho margen<sup>90</sup>. Como se advierte, no existe ningún caso en el que la Corte IDH haya sostenido, expresa o implícitamente, que los Estados cuentan con un margen de apreciación para la restricción de derechos políticos por medio de medidas de carácter individual o particular (sanciones).

Respecto de los casos referenciados en la exposición de motivos del proyecto de ley, se puede observar que ninguno de los apartados reproducidos se refiere a la restricción de derechos mediante una sanción. Estos hacen alusión a la determinación de los requisitos para ejercer los derechos políticos y a la obligación que les asiste a los órganos vinculados a la administración de justicia de ejercer el control de convencionalidad. Igualmente, llama la atención el que, al tratar el caso López Mendoza contra Venezuela, se resaltara el apartado relacionado con el deber de adoptar decisiones que respeten las garantías del debido proceso y no se hiciera mención alguna que se trata de un caso en el que precisamente la Corte IDH hace énfasis en la naturaleza del proceso (penal), el tipo de sanción (condena) y el funcionario competente (juez) como requisitos que deben ser cumplidos para la limitación de derechos políticos<sup>91</sup>.

En este orden, la conveniente interpretación de los estándares interamericanos que se realiza en la exposición de motivos del proyecto de ley pone presente lo peligroso que puede ser adoptar la teoría del margen de apreciación en el SIDH, ya que puede

<sup>85</sup> TEDH, 30.3.2004, *Hirst v. The United Kingdom* (No. 2), párr. 51.

<sup>86</sup> TEDH, 24.4.2007, *Matyjek v. Poland*, párrs. 53-65.

<sup>87</sup> Corte IDH, 19.1.1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización, párr. 62.

<sup>88</sup> Corte IDH, 2.7.2004, *Herrera Ulloa vs. Costa Rica*, párr. 161; 17.11.2209, *Barreto Leiva vs. Venezuela*, párr. 90; 30.1.2014, *Liakat Ali Alibux vs. Suriname*, párr. 53.

<sup>89</sup> Corte IDH, 28.11.2012, *Artavia Murillo y Otros ("fecundación in vitro") vs. Costa Rica*, párrs. 237-252.

<sup>90</sup> *Ibidem*, párr. 316.

<sup>91</sup> Corte IDH, 1.9.2011, *López Mendoza vs. Venezuela*, párr. 107.

tener como consecuencia la desnaturalización de las obligaciones de los Estados y, por lo tanto, incrementar el riesgo de que los mismos incurran en hechos internacionalmente ilícitos<sup>92</sup>. Se debe recordar que el problema de las violaciones de derechos humanos tiene lugar debido a la falta de adecuación de las actividades de las entidades estatales con las obligaciones internacionales del Estado, aspecto de fundamental importancia debido a que es en los elementos fácticos o normativos en donde se refleja la plena vigencia de los derechos humanos<sup>93</sup>.

### 3. *¿Y las garantías de no repetición?*

Toda violación a una obligación internacional en la que incurra un Estado, sea esta convencional o consuetudinaria, genera una responsabilidad internacional por hecho ilícito<sup>94</sup>, frente a esto surge, a su vez, la obligación de reparación<sup>95</sup>, aspecto que se encuentra descrito expresamente en el artículo 63.1 de la Convención Americana. En materia de reparación, se pretende que, además de medidas constitutivas de reparaciones individuales, se puedan imponer órdenes con efectos generales en procura de evitar violaciones repetitivas de derechos humanos<sup>96</sup>. Este tipo de medidas se conocen como garantías de no repetición y buscan maximizar la función preventiva del derecho, lo que se traduce en un esfuerzo presente, futuro y constante, a cargo del Estado, de evitar la reproducción de aquellos hechos que ocasionaron la violación a los derechos humanos por las que fue hallado responsable<sup>97</sup>.

Al respecto, la Corte IDH ha reiterado que la obligación general contenida en el artículo 2 de la Convención Americana es inmediatamente exigible y le impide al Estado legislar contra sus obligaciones internacionales en materia de derechos humanos<sup>98</sup>. Igualmente, se ha explicado que de ella se proyectan medidas de amplio espectro, pues incide en aspectos como el orden jurídico y la estructura del Estado, así como en el impulso de cambios que modifiquen las condiciones estructurales de las violaciones<sup>99</sup>.

Es claro que una modificación normativa exigida por la Corte IDH no se puede realizar de manera inmediata, motivo por el que se le suele conceder a los Estados un plazo razonable para que lleven a cabo las adecuaciones de su derecho interno<sup>100</sup>. Esto implica que, mientras se mantenga vigente la norma, podrían volverse a presentar violaciones a los derechos humanos; sin embargo, la Corte IDH dejó claro que en estas

<sup>92</sup> NASH (2012), p. 62.

<sup>93</sup> NASH (2018), pp. 95-96.

<sup>94</sup> AIZENSTATD (2012), p. 15.

<sup>95</sup> CRAWFORD (2009), p. 5.

<sup>96</sup> LONDOÑO y HURTADO (2017), p. 729.

<sup>97</sup> PINACHO (2019), p. 56.

<sup>98</sup> NIKKEN (2013), p. 24.

<sup>99</sup> GARCÍA (2012), p. 232.

<sup>100</sup> FERRER (2012), p. 95.

circunstancias es necesario que se ejerza un control de convencionalidad *ex officio*<sup>101</sup>, pues este se erige como una institución en donde se aplica el Derecho Internacional de los Derechos Humanos en procura de solucionar, a nivel interno, asuntos en los que se evidencie la violación de derechos consagrados en la Convención Americana<sup>102</sup>.

Hay que recordar que la Corte IDH sostuvo que una interpretación armónica entre los artículos 277.6 y 278.1 de la Constitución y 23 de la Convención Americana permite colegir que la PGN sí puede ejercer vigilancia de la conducta de los funcionarios públicos elegidos por voto popular, siempre que el ejercicio de esta facultad no desemboque en la restricción de sus derechos políticos<sup>103</sup>. En este sentido, la modificación en la legislación interna debía tomar en consideración esta interpretación de las disposiciones constitucionales, pero, como se ha señalado hasta aquí, el Estado optó por tramitar y aprobar una reforma que mantiene vigente la facultad que dio origen a la declaratoria de responsabilidad internacional por hecho ilícito.

Ahora bien, el tercer inciso del artículo 1 de la Ley 2094 de 2021 dispone que, en el caso de los servidores públicos elegidos por voto popular, la ejecución de la sanción disciplinaria quedará supeditada a lo que decida la autoridad judicial, lo que podría considerarse como algo que conjura el problema planteado. No obstante, ninguno de los apartados del artículo dispone que todas las decisiones sancionatorias impuestas por la PGN que restringen derechos políticos deben ser revisadas inmediatamente por la autoridad judicial, lo que establece la norma en comento es que este tipo de sanciones pueden ser sometidas a revisión ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo. Así, es necesario tomar en consideración que la suspensión de los efectos de este tipo de sanciones se daría solamente en el marco de un proceso de esta naturaleza, lo que implica que: a) la sanción debe estar en firme; b) el afectado debe presentar una demanda ante esta jurisdicción, solicitando como medida cautelar la suspensión de los efectos de la sanción; c) el juez a quien le sea asignado el caso debe admitir la demanda y decretar la medida solicitada. Esto implica que la restricción de los derechos políticos sí se materializaría, aunque fuese por poco tiempo. Paradójicamente, eso fue lo ocurrido en el caso Petro Urrego, lo que quiere decir que la disposición analizada no constituye un aporte real al ordenamiento jurídico colombiano ni contribuye en el cumplimiento de las obligaciones internacionales del Estado en materia de derechos humanos.

Finalmente, es poco probable que los funcionarios de la PGN apliquen un debido control de convencionalidad debido a la sujeción a las directrices que deben seguir del director de este órgano de control. Por estas razones, la reforma analizada no solo representa un incumplimiento a lo que fue ordenado por la Corte IDH en el caso Petro Urrego<sup>104</sup>, sino que también deja la puerta abierta para que nuevas violaciones de derechos humanos se materialicen en contra de los funcionarios públicos de elección popular.

<sup>101</sup> Corte IDH, 14.5.2013, Mendoza y otros vs. Argentina, párr. 323.

<sup>102</sup> Corte IDH, 8.7.2020, Petro Urrego vs. Colombia, párr. 107.

<sup>103</sup> *Ibidem*, párr. 112.

<sup>104</sup> Corte IDH, 25.11.2021, Petro Urrego vs. Colombia, párr. 22.

## V. CONCLUSIONES

Aun cuando los derechos políticos pueden ser objeto de restricciones, los Estados Parte de la Convención Americana deben respetar las obligaciones impuestas por el tratado al respecto y que han sido desarrolladas por la Corte IDH en múltiples casos contenciosos. Una de estas obligaciones es que las limitaciones a los derechos políticos de quienes ocupan un cargo público de elección popular son precedentes, exclusivamente, por medio de una sanción impuesta por un juez en el marco de un proceso penal. Fue el incumplimiento de esta exigencia lo que llevó a que la Corte IDH le ordenara al Estado colombiano que adecuara su legislación interna.

Al revisar y analizar la reforma legislativa efectuada por el Estado es claro que se está ante una norma que mantiene vigente la posibilidad de que una entidad, ajena al poder judicial, restrinja los derechos políticos de funcionarios públicos de elección popular mediante un proceso de carácter disciplinario. Lamentablemente, las autoridades estatales persisten en una interpretación amplia del artículo 23.2 de la Convención Americana, lo que estaría sustentado, aparentemente, en la necesidad de aplicar el estatuto disciplinario a este tipo de funcionarios.

En este orden, es importante que el Estado comprenda que lo dispuesto por la Convención Americana no tiene como finalidad evitar que se realice un control del ejercicio de la función pública por parte de quienes han sido elegidos por voto popular. Por el contrario, lo que se pretende es que no se adopten decisiones arbitrarias por parte de entidades que no cumplan con las exigencias de imparcialidad e independencia que caracterizan la función jurisdiccional y que, como se evidenció, no pueden predicarse de una entidad como la PGN.

No se niega que los funcionarios públicos de elección popular puedan incurrir en conductas que afecten la buena marcha de la gestión pública, ante estas es necesario imponer una sanción. Sin embargo, en el marco de un proceso disciplinario la sanción que se imponga no puede tener el efecto de limitar los derechos políticos del funcionario; en su lugar, la pena podría estar relacionada, por ejemplo, con la prohibición de ejercer, una vez culminado el mandato para el que se fue elegido, cualquier cargo público que no sea de elección popular. Además, frente a las conductas más graves el Estado estaría en la capacidad de realizar una reforma a su legislación penal con el propósito de incluir tipos penales que, como ocurre con el delito de abuso de autoridad por acto arbitrario e injusto, impongan como sanción la multa y la pérdida del cargo público.

## BIBLIOGRAFÍA

- AIZENSTATD LEISTENSCHNEIDER, Najman Alexander, 2012: "La responsabilidad internacional de los Estados por actos ilícitos, crímenes internacionales y daños transfronterizos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, vol. XII, pp. 3-23.
- BENAVIDES CASALS, María Angélica, 2009: "El consenso y el margen de apreciación en la protección de los derechos humanos", *Revista Ius Et Praxis*, año 15, N° 1, pp. 295-310.

- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés, 2020: *Derecho jurisdiccional*, Santiago de Chile: Tirant lo Blanch.
- CARVAJAL PÉREZ, Marvin, 2004: "El derecho a la acción y el acceso a la justicia constitucional en Costa Rica", *Revista de Derecho*, Nº 8, pp. 9-28.
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014: "Gustavo Francisco Petro Urrego respecto de la República de Colombia – Medida Cautelar No. 374-13", Resolución 5/2014. Disponible en: <<https://n9.cl/tz36d>> [Fecha de consulta: 21 de julio de 2021].
- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2019: *Corrupción y derechos humanos: Estándares interamericanos*, Washington: OEA.
- CONCHA CANTÚ, Hugo A. y CABALLERO JUÁREZ, José Antonio, 2001: *Diagnóstico sobre la administración de justicia en las entidades federativas. Un estudio institucional sobre la justicia local en México*, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México.
- CRAWFORD, James, 2009: "Artículos sobre responsabilidad del Estado por hechos internacionalmente ilícitos". Disponible en: <<https://n9.cl/863hu>> [Fecha de consulta: 26 de agosto de 2021].
- FERRAJOLI, Luigi, 2003: "Sobre la definición de "democracia". Una discusión con Michelangelo Bovero" (Traducción de GUZMÁN, Nicolás), *Isonomía*, Nº 19, pp. 227-240.
- FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y PELAYO MÖLLER, Carlos María, 2012: "El deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Análisis del artículo 2º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y su impacto en el orden jurídico nacional", en: Raúl Pérez Johnston, Graciela Rodríguez Manzo y Ricardo Antonio Silva Díaz (editores), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, México, Porrúa-Escuela Libre de Derecho, pp. 53-99.
- FIGUEROA ROMERO, Raúl y CRUZ CHAVARRÍA SUÁREZ, Mario, 2019: *La democracia y su calidad en el siglo XXI. Algunos apuntes teóricos*, México D.F.: Ediciones Eón.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, 2012: "El control judicial interno de convencionalidad", en: Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coordinador), *El control difuso de convencionalidad. Diálogo entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y los jueces nacionales*, Querétaro, Fundap, pp. 211-243.
- GORDILLO, Agustín, 2014: *tratado de Derecho Administrativo y obras selectas*, Tomo 9, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo.
- LALINDE ORDÓÑEZ, Sebastián, 2019: *Elogio a la bulla. Protesta y democracia en Colombia*, Bogotá D.C.: Dejusticia.
- LONDOÑO LÁZARO, María Carmelina y HURTADO, Mónica, 2017: "Las garantías de no repetición en la práctica judicial interamericana y su potencial impacto en la creación del derecho nacional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nº 149, pp. 725-775.
- MARTÍNEZ PABELLO, Alfonso Christian, 2017: "La influencia de la Función Jurisdiccional en la Implementación de Políticas Públicas", *Derecho Global – Estudios sobre derecho y justicia*, año 2, Nº 5, pp. 57-85.
- MENDIETA GONZÁLEZ, David y TOBÓN TOBÓN, Mary Luz, 2018: "El (des)control de constitucionalidad en Colombia", *Estudios Constitucionales*, Año 16, Nº 2, pp. 51-88.
- NASH ROJAS, Claudio, 2012: *Derecho Internacional de los Derechos Humanos en Chile. Recepción y aplicación en el ámbito interno*, Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos Universidad de Chile.
- NASH ROJAS, Claudio, 2018: "La doctrina del margen de apreciación y su nula recepción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", *ACDI - Anuario Colombiano De Derecho Internacional*, vol. 11, pp. 71-100.
- NIKKEN, Pedro, 2013: "El Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el derecho interno", *Revista IIDH*, vol. 57, pp. 11-68.
- OLANO GARCÍA, Hernán Alejandro, 2005: "El bloque de constitucionalidad en Colombia", *Estudios Constitucionales*, Vol. 3, Nº 1, pp. 231-242.

- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, 2019a: “Estándares interamericanos sobre derechos político-electorales”, *Cuestiones Constitucionales*, N° 40, pp. 109-139.
- OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús, 2019b: *Justicia electoral comparada de América Latina*, Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- PINACHO ESPINOSA, Jacqueline Sinay, 2019: *El derecho a la reparación del Daño en el Sistema Interamericano*, Ciudad de México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- RIVAS RAMÍREZ, Daniel, 2017: “El (des)control de convencionalidad en las sentencias de la Corte Constitucional colombiana”, en: Acosta Alvarado, Paola Andrea, Acosta López, Juana Inés y Rivas Ramírez, Daniel (eds.), *De anacronismos y vaticinios: diagnóstico sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno en Latinoamérica*, Bogotá, Universidad de La Sabana, Universidad Externado de Colombia & Sociedad Latinoamericana de Derecho Internacional, pp. 661-680.
- RODRÍGUEZ BURGOS, Karla, 2015: “Democracia y tipos de democracia”, en Xóchitl A. Arango Morales y Abraham A. Hernández Paz (coordinadores), *Ciencia política: Perspectiva multidisciplinaria*, México D.F., Tirant lo Blanch, pp. 49-66.
- SÁNCHEZ-MOLINA, Pablo, 2014: “El margen de apreciación nacional en las sentencias del tribunal europeo de derechos humanos relativas al derecho a elecciones libres”, *Estudios de Deusto*, Vol. 62, N° 1, pp. 371-386.
- SENADO DE LA REPÚBLICA DE COLOMBIA, 2021: “Proyecto de ley número 423 de 2021 Senado”, Gaceta del Congreso, año XXIX-N° 234. Disponible en: <<https://n9.cl/2hgci>> [Fecha de consulta: 26 de septiembre de 2021].
- SUULT-COCK, Vanessa, 2016: “El bloque de constitucionalidad como mecanismo de interpretación constitucional. Aproximación a los contenidos del bloque en derechos en Colombia”, *Vniversitas*, N° 133, pp. 301-382.
- TILLY, Charles y TARROW, Sidney, 2015: *Contentious politics* (2° edición), New York: Oxford University Press.
- ZEBALLOS CUATHIN, Adrián Alexander, 2018: “Supremacía constitucional y bloque de constitucionalidad: el ejercicio de armonización de dos sistemas de derecho en Colombia”, *Pensamiento Jurídico*, N° 47, pp. 13-42.

### *Jurisprudencia citada*

- CONSEJO de Estado de Colombia, sentencia de 7 de septiembre de 2016, rad. 11001-03-28-000-2013-00011-00(SU). C.P. Rocío Araújo Oñate.
- SENTENCIA de 15 de noviembre de 2017, rad. 11001-03-25-000-2014-00360-00(IJ). C.P. César Palomino Cortés.
- SENTENCIA de 31 de octubre de 2018, rad. 11001-03-25-000-2016-00718-00(3218-16). C.P. Sandra Lisset Ibarra Vélez.
- CORTE Constitucional de Colombia, sentencia de 4 de octubre de 1993, Sentencia C-417. M.P. José Gregorio Hernández Galindo.
- SENTENCIA de 6 de noviembre de 2002, Sentencia C-948. M.P. Álvaro Tafur Galvis.
- SENTENCIA de 11 de febrero de 2003, Sentencia C-095. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- SENTENCIA de 11 de noviembre de 2003, Sentencia C-1061. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- SENTENCIA de 20 de enero de 2004, Sentencia C-014. M.P. Jaime Córdoba Triviño.
- SENTENCIA de 24 de agosto de 2004, Sentencia C-796. M.P. Rodrigo Escobar Gil.
- SENTENCIA de 26 de enero de 2006, Sentencia C-028. M.P. Humberto Antonio Sierra Porto.
- SENTENCIA de 6 de julio de 2006, Sentencia C-507. M.P. Álvaro Tafur Galvis.

- SENTENCIA de 20 de marzo de 2013, Sentencia C-156. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- SENTENCIA de 17 de octubre de 2013, Sentencia SU-712. M.P. Jorge Iván Palacio Palacio.
- SENTENCIA de 16 de julio de 2014, Sentencia C-500. M.P. Mauricio González Cuervo.
- SENTENCIA de 11 de junio de 2015, Sentencia SU-355. M.P. Mauricio González Cuervo.
- SENTENCIA de 22 de junio de 2016, Sentencia C-327. M.P. Gloria Stella Ortiz Delgado.
- SENTENCIA de 31 de agosto de 2016, Sentencia C-469. M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.
- SENTENCIA de 13 de marzo de 2019, Sentencia C-111. M.P. Carlos Bernal Pulido.
- SENTENCIA de 21 de mayo de 2020, Sentencia SU-146. M.P. Diana Fajardo Rivera.

CORTE IDH, Opinión Consultiva de 19 de enero de 1984, Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización. Serie A No. 4.

- SENTENCIA de 2 de julio de 2004, Herrera Ulloa vs. Costa Rica. Serie C No. 107. Serie C No. 107.
- SENTENCIA de 23 de junio de 2005, Yatama vs. Nicaragua. Serie C No. 127.
- SENTENCIA de 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos. Serie C No. 184.
- SENTENCIA de 17 de noviembre de 2009, Barreto Leiva vs. Venezuela. Serie C No. 206.
- SENTENCIA de 23 de noviembre de 2010, Vélez Lóor vs. Panamá. Serie C No. 218.
- SENTENCIA de 1 de septiembre de 2011, López Mendoza vs. Venezuela. Serie C No. 233.
- SENTENCIA de 28 de noviembre de 2012, Artavia Murillo y Otros (“fecundación *in vitro*”) vs. Costa Rica. Serie C No. 257.
- SENTENCIA de 14 de mayo de 2013, Mendoza y otros vs. Argentina. Serie C No. 260.
- SENTENCIA de 30 de enero de 2014, Liakat Ali Alibux vs. Suriname. Serie C No. 276.
- SENTENCIA de 20 de noviembre de 2014, Argüelles y otros vs. Argentina. Serie C No. 288.
- SENTENCIA de 3 de mayo de 2016, Maldonado Ordóñez vs. Guatemala. Serie C No. 311.
- SENTENCIA de 8 de febrero de 2018, San Miguel Sosa y otras vs. Venezuela. Serie C No. 348.
- SENTENCIA de 8 de julio de 2020, Petro Urrego vs. Colombia. Serie C No. 406.
- SENTENCIA de 27 de agosto de 2020, Urrutia Laubreaux vs. Chile. Serie C No. 409.
- SENTENCIA de 10 de noviembre de 2020, Olivares Muñoz y otros vs. Venezuela. Serie C No. 415.
- SENTENCIA de 24 de noviembre de 2020, Casa Nina vs. Perú. Serie C No. 419.
- SENTENCIA de 2 de noviembre de 2021, Manuela y otros vs. El Salvador. Serie C No. 441.
- RESOLUCIÓN de supervisión de cumplimiento de 25 de noviembre de 2021, Petro Urrego vs. Colombia.

TEDH, Sentencia de 30 de marzo de 2004, Hirst v. The United Kingdom (No. 2). Petición No. 74025/01.

- SENTENCIA de 24 de abril de 2007, Matyjek v. Poland. Petición No. 38184/03.

## ¿Es constitucional despenalizar el aborto, más allá de causales?

*Rodolfo Figueroa García Huidobro\**

### RESUMEN

*La tesis de este trabajo es que la despenalización del aborto, sea durante todo el embarazo o conforme un plazo, debe estimarse compatible con la Constitución, según la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional en el fallo del 2017. Dicha jurisprudencia establece básicamente tres principios que sustentan la tesis del artículo: 1. La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo. 2. El nasciturus no es persona y no tiene derecho a la vida. 3. La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria. La misma conclusión cabría sacar respecto del texto aprobado por la Convención Constitucional.*

Constitucionalidad; aborto; plazo

## *Is it constitutional to decriminalize abortion beyond indications?*

### SUMMARY

*The thesis of this work is that, decriminalization of abortion, either for the whole pregnancy or under a term, should be considered constitutional according to the Constitutional Court's ruling from 2017. Such ruling establishes three principles that justify this paper's thesis: 1. Abortion is not forbidden by the Constitution and the legislature is authorized to decriminalize it. 2. The unborn is not a person and thus, it does not have a right to life. 3. The woman has a right to a voluntary motherhood. The same conclusion should be drawn from the text approved by the Constitutional Convention.*

Constitutionality; abortion; term

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho, University of Wisconsin, Estados Unidos. Profesor de Derecho Público, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0187-9590>. Correo electrónico: [rodolfo.figueroa@udp.cl](mailto:rodolfo.figueroa@udp.cl).

Agradezco a Belén Saavedra por su ayuda en la búsqueda de fuentes. Este documento fue discutido el 2019 en la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado, Universidad de Valparaíso y Universidad Diego Portales.

Artículo enviado el 30.10.2021 y aceptado para su publicación el 1.6.2022.

## INTRODUCCIÓN

La tesis de este artículo es que la doctrina establecida por el Tribunal Constitucional (en adelante, TC) el 2017 permite considerar conforme con la Constitución la despenalización del aborto consentido por la mujer, sea dentro de un plazo o por todo el embarazo. La suposición subyacente a esta tesis es que el TC, al resolver aquel caso, no se limitó a identificar principios que salvaran únicamente las tres causales sino que fue más lejos, emitiendo declaraciones que validan constitucionalmente la despenalización del aborto, por un plazo o por todo el embarazo. Asimismo, el texto aprobado por la Convención Constitucional el 2022 también es compatible con despenalizar el aborto con un plazo o sin él. El modo de proceder será: I. Se expondrá la doctrina del fallo del 2017. II. Se mostrará cómo esa doctrina demuestra la constitucionalidad de despenalizar el aborto. III. Se hará una breve referencia al texto aprobado por la Convención Constitucional respecto de derechos sexuales y reproductivos, maternidad e interrupción voluntaria del embarazo.

## I. SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DEL 2017

El 2017 el Congreso aprobó una ley que despenalizó el aborto en tres causales restringidas<sup>1</sup>. Esta reforma legal fue objeto de dos impugnaciones ante el TC<sup>2</sup>. El TC declaró –por primera vez en Chile– que el aborto en tres causales no es inconstitucional. A continuación se expone resumidamente la primera parte de la sentencia, siguiendo su propio orden<sup>3</sup>.

1. *Criterios interpretativos*

El TC declara que empleará cuatro criterios interpretativos<sup>4</sup>:

- a) El legislador tiene discrecionalidad para fijar políticas y la bondad de ellas no es revisable mientras se encuentren dentro de los márgenes fijados por la Constitución<sup>5</sup>.
- b) Quien alegue la inconstitucionalidad de la ley debe probarlo y la inconstitucionalidad debe declararse solo si no existe forma alguna de conciliar la ley con la Constitución<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> Para una explicación de la ley, ver ZÚÑIGA, 2018.

<sup>2</sup> Una explicación de los argumentos de los requerimientos se puede ver en ZÚÑIGA, 2018.

<sup>3</sup> La segunda parte del fallo se refiere a la objeción de conciencia. Este trabajo no se refiere a ella.

<sup>4</sup> Ver Sección VI. Tribunal Constitucional, 28.8.2017, rol 3729 (3751)-17-CPT, desde el Cº 26 (en lo sucesivo, TC, Cº).

<sup>5</sup> Ver TC, Cº 26.

<sup>6</sup> Ver TC, Cº 27.

- c) Se deben conjugar armónicamente los diversos preceptos de la Constitución y no deben interpretarse en forma aislada<sup>7</sup>.
- d) El texto de la Constitución debe adaptarse a distintas realidades; ha habido “...cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar;” y debe limitarse el uso del criterio originalista de interpretación constitucional<sup>8</sup>. En esa parte, el TC analiza la historia de la redacción del artículo 19 N° 1 de la Constitución y concluye que:
  - (i) Se protege de modo distinto el derecho a la vida que tienen las personas (artículo 19 N° 1 inciso 1°) de la vida del que está por nacer (artículo 19 N° 1 inciso 2°).
  - (ii) La protección de la vida del *nasciturus* se confía al legislador, que “...tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere constitutiva de delito<sup>9</sup>”. Agrega el TC que si el inciso 1° del artículo 19 N° 1 incluyera al *nasciturus*, el inciso 2° sería redundante<sup>10</sup>.
  - (iii) “El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección<sup>11</sup>”.
  - (iv) “...los derechos fundamentales no se conciben o consagran, ni pueden protegerse de modo absoluto o ilimitado...”, pues tienen un límite natural en los derechos de los demás y porque la Constitución y la ley establecen limitaciones y restricciones<sup>12</sup>.

## 2. Elementos que guían el razonamiento

El TC señala que su razonamiento será guiado por cinco elementos<sup>13</sup>:

- a) No se debe imponer un modelo determinado de pensamiento o de moral a toda la sociedad<sup>14</sup>.
- b) “La mujer es, en el lenguaje de la Constitución, una persona humana” y tiene derechos: el derecho a la libertad e igualdad; la igualdad ante la ley con el hombre; el derecho a la vida e integridad física y psíquica; el derecho a la salud; el derecho a la privacidad; el derecho a la mayor realización espiritual y material

<sup>7</sup> Ver TC, C° 28.

<sup>8</sup> Ver TC, C° 29.

<sup>9</sup> TC, C° 31.

<sup>10</sup> Ver TC, C° 31.

<sup>11</sup> TC, C° 31.

<sup>12</sup> Ver TC, C° 32.

<sup>13</sup> Ver Sección VII. TC, desde el C° 33.

<sup>14</sup> Ver TC, C° 34.

posible<sup>15</sup>. Además, distintos cuerpos normativos promueven la equidad de género, la igualdad de derechos y eliminar "...toda forma de discriminación arbitraria en contra de las mujeres, y el establecimiento de medidas de acción afirmativa en su favor<sup>16</sup>". Añade el TC que existen varios ejemplos de cambios normativos que apuntan a proteger a la mujer y promover su igualdad de derechos<sup>17</sup>. Además, los tratados internacionales reconocen los derechos tradicionales de la mujer (como libertad y privacidad) pero también –sostiene el TC– reconocen otros nuevos<sup>18</sup>. Entre ellos, el TC destaca aspectos relacionados con la maternidad: "...el derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica (...) planificación de la familia (...) decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos"<sup>19</sup>. Estos criterios –indica el TC– deben aplicarse para interpretar el embarazo y la maternidad:

"El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas"<sup>20</sup>;

- c) El *nasciturus* no es persona; la Constitución no le confiere ese carácter, pero sí es un bien jurídico de la mayor relevancia. La ley pondera razonablemente entre el derecho a la vida de la mujer y la protección del que está por nacer. Se maximiza la protección de la mujer por la vía de despenalizar el aborto "...en circunstancias excepcionales por su gravedad y dramatismo"<sup>21</sup>. No es posible comparar el sacrificio de la mujer con el sacrificio de la vida prenatal<sup>22</sup>.

"...parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y un *nasciturus*, entre un sujeto jurídico pleno de derechos y deberes y un sujeto que es aún una expectativa de persona, una vida en ciernes, sin duda objeto de valoración por el derecho que lo protege durante el desarrollo gestacional"<sup>23</sup>;

---

<sup>15</sup> Ver TC, C° 35.

<sup>16</sup> TC, C° 36.

<sup>17</sup> Ver TC, C° 37.

<sup>18</sup> "...la protección efectiva contra todo acto de discriminación contra la mujer; el derecho a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación; el derecho a una vida libre de violencia física, sexual y psicológica; el derecho a una capacidad jurídica idéntica a la del hombre. TC, C° 38.

<sup>19</sup> TC, C° 38.

<sup>20</sup> TC, C° 39.

<sup>21</sup> TC, C° 45.

<sup>22</sup> "...interrumpir el embarazo (...) de ningún modo puede compararse ni es proporcional al sacrificio de la vida de una persona plena, de una mujer o una madre con un proyecto vital en pleno desarrollo en el mundo, en el medio social y familiar". TC, C° 40.

<sup>23</sup> TC, C° 40.

- d) El derecho penal es un instrumento de *ultima ratio*; no debe operar a todo evento para proteger ciertos bienes jurídicos porque puede resultar excesivo; el legislador puede buscar otros instrumentos regulatorios y adaptar el derecho penal a la realidad<sup>24</sup>.
- e) Derechos de los pacientes: la ley cambió el paradigma de la atención médica, que antes estaba centrado en la discrecionalidad del médico; ahora, lo relevante es el paciente y sus derechos. El paciente tiene autonomía para someterse a cualquier procedimiento médico. Con este nuevo paradigma –sostiene el TC– se examina la ley que despenaliza el aborto en ciertas causales: se exige la voluntad de la mujer para la interrupción del embarazo y se requiere la intervención de un equipo médico para verificar la procedencia de tales causales<sup>25</sup>.

### 3. Interpretación del artículo 19 N° 1 inciso 2° de la Constitución

Con los elementos anteriores, el TC aborda la interpretación del artículo 19 N°1 inciso 2° de la Constitución y el concepto de persona en la Constitución. Separaremos esas dos partes:

#### 3.1. La ley protege la vida del que está por nacer

El TC analiza los cuatros conceptos contenidos en ese enunciado normativo:

- a) Ley. El TC sostiene que la Constitución encarga a la ley determinar la forma de brindar protección al *nasciturus*; no es la Constitución la que lo protege en forma directa<sup>26</sup>. El legislador puede determinar en qué casos se protege al *nasciturus*, de qué modo y puede hacerlo mediante cualquier norma: civil, penal, laboral, de seguridad social, etcétera.<sup>27</sup>
- b) Protección. El TC declara que el inciso 2° se distingue del 1°, que habla de persona; el 2° habla del que está por nacer; además, el inciso 2° no alude a los derechos sino a la protección de la vida. La Constitución emplea esta idea de protección en distintos ámbitos (la familia, la población, el patrimonio cultural, etc.). Sin embargo, estas exigencias de protección nunca se han interpretado como equivalentes a tipos penales; no han sido consideradas un mandato máximo y a todo evento ni un título para sacrificar otros bienes jurídicos; y no han impedido el desarrollo de nuevos derechos<sup>28</sup>. No puede haber desprotección del *nasciturus*; deben existir medidas de distinto tipo indispensables para protegerlo<sup>29</sup>. Tampoco puede haber

<sup>24</sup> Ver TC, C° 41.

<sup>25</sup> Ver TC, C° 42.

<sup>26</sup> Ver TC, C° 45.

<sup>27</sup> Ver TC, C° 45.

<sup>28</sup> Ver TC, C° 46.

<sup>29</sup> Ver TC, C° 47.

sobreprotección: el inciso 2º no es un “...mandato para descuidar a la mujer...”<sup>30</sup> ni un título para perjudicarla, por tres razones:

- (i) Las medidas de protección pasan inevitablemente por la mujer, que es la primera obligada para brindar protección y sin la cual ese deber no puede cumplirse<sup>31</sup>;
- (ii) La mujer:

“...no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido”. El legislador (...) no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad e incluso poniendo en peligro su vida o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige”. “La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”<sup>32</sup>.

- (iii) “...cuando la Constitución ha querido hacer primar un derecho sobre otro o privilegiar intereses superiores, lo ha dicho expresamente”<sup>33</sup>.

El TC indica que se deben considerar los siguientes criterios la regulación legal de protección del *nasciturus*:

“La protección al *nasciturus* no puede hacerse sin la debida consideración a los derechos que tiene la mujer (...) El que está por nacer no es el único protegido por la Constitución (...) El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo (...) A partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar (...) No puede considerarse (...) que la vida del que está por nacer sea la única que no puede ser afectada en ninguna circunstancia, por ninguna razón o interés”<sup>34</sup>;

Junto con lo anterior, el TC declara que el mandato de protección no implica prohibir la despenalización de ciertas conductas:

- (i) La Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones (“se prohíbe”, “nadie puede”, etc.) y la palabra proteger no es sinónimo de aquellas<sup>35</sup>.
- (ii) La Constitución no trata ni se refiere al aborto y encomienda al legislador crear, modificar o derogar delitos<sup>36</sup>. No existe impedimento a la despenalización<sup>37</sup>.

<sup>30</sup> TC, Cº 47.

<sup>31</sup> Ver TC, Cº 47.

<sup>32</sup> TC, Cº 47.

<sup>33</sup> TC, Cº 47.

<sup>34</sup> TC, Cº 79.

<sup>35</sup> Ver TC, Cº 55.

<sup>36</sup> Ver TC, Cº 56 y 57.

<sup>37</sup> Ver TC, Cº 58.

- (iii) "...la Constitución asegura el derecho a la vida. El Código Penal castiga el homicidio. Pero no son sinónimos. Proteger el derecho a la vida no es equivalente a tipificar el homicidio"<sup>38</sup>. El delito de aborto es distinto del delito de homicidio<sup>39</sup>.
- (iv) La protección que establece la Constitución en el artículo 19 N°1 inciso 2° no puede reducirse al ámbito penal. Muchas normas protegen la vida del que está por nacer<sup>40</sup>.
- c) Vida. Este es el tercer concepto que analiza el TC. Señala que la Constitución manda proteger la vida, no el derecho a la vida; no se debe confundir ambos conceptos<sup>41</sup>. El derecho a la vida no reviste carácter absoluto pues ningún derecho fundamental lo tiene; se admiten limitaciones para poder ser compatibles con la protección del ser humano y su dignidad, en el caso de la legítima defensa, la pena de muerte, la interrupción del embarazo<sup>42</sup>, el estado de necesidad<sup>43</sup>.
- d) El que está por nacer. Este es el cuarto concepto que analiza el TC. Sostiene que el ordenamiento jurídico emplea diferentes fórmulas para referirse a él, como "criatura", "hijo en período de gestación", "no nacido", "embriones humanos"<sup>44</sup>. En cambio, al nacido, el ordenamiento jurídico lo llama "persona", "hijo ya nacido", "niña o niño", "menor de edad", etc.<sup>45</sup>. La Constitución reserva la expresión "hijo" para los nacidos<sup>46</sup>. La condición de estar por nacer cesa con el nacimiento y separación total de la madre, aunque la Constitución no indica cuándo comienza dicha condición. El TC alude a su sentencia Rol N° 740 del 2008, donde señaló que esa condición principia con la concepción, pero declara ahora que no corresponde definir este asunto, más aun habiendo controversia científica en la materia<sup>47</sup>:

"Afirmar que la vida comienza desde la concepción, implica establecer inmediatamente una separación y un interés contrapuesto entre la madre y el embrión o feto. También implica establecer una jerarquía, pues la madre pasa a ser el lugar donde el embarazo transcurre y donde la madre tiene poco que hacer o decir"<sup>48</sup>;

<sup>38</sup> TC, C° 59.

<sup>39</sup> Ver TC, C° 60.

<sup>40</sup> Ver TC, C° 61.

<sup>41</sup> Ver TC, C° 48.

<sup>42</sup> Ver TC, C° 49.

<sup>43</sup> Ver TC, C° 79.

<sup>44</sup> Ver TC, C° 50.

<sup>45</sup> Ver TC, C° 50.

<sup>46</sup> Ver TC, C° 50.

<sup>47</sup> Ver TC, C° 51.

<sup>48</sup> TC, C° 52.

### 3.2. El concepto de persona en la Constitución

Esta es la segunda parte del análisis del TC relativo al artículo 19 N° 1 inciso 2°. El TC sostiene:

- a) Conforme con el Código Civil, personas son todos los individuos de la especie humana y su existencia legal comienza al nacer. Si esto no ocurre, se reputará no haber existido jamás. Las personas nunca se presumen no haber existido jamás<sup>49</sup>.
- b) La Constitución emplea el término persona en 12 de los 26 numerales del artículo 19. Además, utiliza la palabra individuo, habitante, chileno y particulares<sup>50</sup>. Las personas son titulares de derechos<sup>51</sup>.
- c) La Constitución construye el concepto de persona a partir del nacimiento, por varias razones: (i) Así lo dispone el artículo 1° de la Constitución<sup>52</sup>. La Constitución atribuye efectos al nacimiento: nacionalidad, ciudadanía y requisito de edad<sup>53</sup>. (ii) El artículo 19 N°1 distingue el inciso 1° del 2°: en el primero alude a personas y en el segundo al que está por nacer<sup>54</sup>. (iii) El resto de los numerales del artículo 19 suponen que la persona está nacida o tiene edad<sup>55</sup>.

El *nasciturus*: “no tiene las condiciones habilitantes para que se le reconozca su condición de persona y titular de derechos (...) la forma correcta de interpretar la Constitución no es alterar una interpretación sistemática ni subordinar el resto de los conceptos constitucionales para dar cabida al *nasciturus* forzando su incorporación en categorías conceptuales no diseñadas para él”<sup>56</sup>.

Aquí termina el marco dogmático fijado por el TC, que luego es aplicado a las tres causales. Eso no será revisado en este texto. Sin embargo, a propósito del análisis de las causales, hay tres puntos que es posible rescatar para efectos de este artículo: Primero, el TC rechaza la tesis de que la Constitución solo permitiría el aborto indirecto<sup>57</sup>, porque esa idea se sustenta sobre la doctrina del doble efecto<sup>58</sup>. El TC la rechaza, señalando: i) la Constitución no regula el aborto; ii) la voz “protege” no implica mandato penal<sup>59</sup>,

---

<sup>49</sup> Ver TC, C° 63.

<sup>50</sup> Ver TC, C° 65.

<sup>51</sup> Ver TC, C° 66.

<sup>52</sup> Ver TC, C° 68.

<sup>53</sup> Ver TC, C° 70.

<sup>54</sup> Ver TC, C° 76.

<sup>55</sup> Ver TC, C° 77.

<sup>56</sup> TC, C° 77. El TC reitera que el *nasciturus* es un bien jurídico de mucha importancia; por eso la Constitución encarga al legislador su protección y, para recibirla, no requiere el estatuto de persona ni “distorsionar todo el resto del sistema constitucional y legal”. TC, C° 78.

<sup>57</sup> Ver TC, C° 91.

<sup>58</sup> Ver TC, C° 91.

<sup>59</sup> Ver TC, C° 92.

y iii) no puede haber aborto indirecto porque la intervención médica siempre requiere el consentimiento de la paciente, conforme a la ley<sup>60</sup>. Segundo, el TC reconoce que el proyecto de ley crea un derecho subjetivo al aborto: la intervención del embarazo es una prestación médica que se enmarca dentro del derecho constitucional de protección de la salud “...que debe garantizarse a las mujeres como titulares universales del mismo y que se encuentran enfrentadas a la decisión de interrumpir su embarazo”<sup>61</sup>. La mujer debe ser tratada como cualquier otro paciente, bajo el principio de igualdad, lo que a su vez requiere la existencia de una política de salud, sin esta el Estado incurriría en responsabilidad por falta de servicio<sup>62</sup>. Tercero, al analizar la protección penal del *nasciturus* bajo el principio de proporcionalidad<sup>63</sup> el TC señala: (i) Ella no cumple la exigencia de idoneidad porque las cifras de condena por aborto son muy inferiores a los egresos hospitalarios por aborto, sin considerar los abortos clandestinos<sup>64</sup>. (ii) Tampoco satisface el principio de necesidad porque existen otras medidas menos lesivas para la mujer y porque la prohibición penal absoluta lesiona los derechos de la mujer<sup>65</sup>. (iii) No cumple el test del balance porque se comparan derechos de la mujer con un bien jurídico protegido y porque el embarazo “provoca un compromiso vital de la mujer que afecta toda su vida”<sup>66</sup>.

Con esto, finaliza la exposición de la doctrina del TC concerniente a la constitucionalidad de la despenalización del aborto en tres causales.

## II. CONSTITUCIONALIDAD DE LA DESPENALIZACIÓN DEL ABORTO

La tesis de este trabajo es que el TC estableció una doctrina el 2017 que permite entender que despenalizar el aborto, sea por plazo o durante todo el embarazo, es compatible con la Constitución.

Esta sección podría ser muy breve: bastaría señalar que la Constitución manda proteger al que está por nacer y el TC 2017 declaró que la protección se puede brindar mediante cualquier tipo de norma, no necesariamente penal. En consecuencia, la despenalización del aborto no infringe el deber de protección y, por esta razón, es compatible con la Constitución. Sin embargo, ofreceré una argumentación más extensa porque el sentido de las palabras (las del TC 2017) no es puramente lexicográfico sino también contextual; para interpretar las palabras del TC y calibrar su alcance es relevante tener presente el contexto jurídico dentro del que se emiten. Entonces, voy a explicar ese contexto, que está dado por la doctrina tradicional mayoritaria previa al 2017. Expondré los pilares de

<sup>60</sup> Ver TC, C° 93 y el C° 94.

<sup>61</sup> TC, C° 103.

<sup>62</sup> Ver TC, C° 33.

<sup>63</sup> Ver sección XI. TC, C° 111 y ss.

<sup>64</sup> Ver TC, C° 114.

<sup>65</sup> Ver TC, C° 115.

<sup>66</sup> TC, C° 116.

esa doctrina, conforme los cuales el aborto siempre es inconstitucional. Luego, veremos cómo la sentencia del TC 2017 elimina todos esos pilares y provee de otro significado al enunciado constitucional, permitiendo que el legislador despenalice el aborto.

### 1. *La doctrina tradicional sobre el aborto*

La doctrina chilena tradicional, hasta el fallo del 2008 (complementada en década siguiente), suscribía en forma mayoritaria la tesis de que el aborto, a secas, era contrario a la Constitución<sup>67</sup>. Conforme esa doctrina, el inciso 2° del artículo 19 N° 1 debía entenderse de la siguiente manera:

- a) *Proteger la vida significa prohibido matar*<sup>68</sup>. Si se pudiera matar al *nasciturus*, no se lo estaría protegiendo<sup>69</sup>.
- b) La prohibición de matar al *nasciturus* es absoluta<sup>70</sup>: en ningún caso el aborto se encuentra justificado, ni siquiera el terapéutico<sup>71</sup>. La prohibición del aborto terapéutico implica permitir que se deje morir a la mujer<sup>72</sup>. Esta consecuencia se

---

<sup>67</sup> Estos autores pertenecen a distintas disciplinas del derecho: CARRASCO, 1987 pp. 41 y 54; CEA, 2004, p. 46; CORRAL, 1989-1990, pp. 45-46; CORRAL, 1992 p. 447; CORRAL, 2005, pp. 48-49; FERMANDOIS, 2004 p. 101; ISLER, 2000, p. 123; NOGUEIRA, 1997, pp. 9-10; PRECHT, 1992, pp. 516-521, RODRÍGUEZ, 1991-1992, pp. 379-381; ROZAS, 1989, p. 740; SILVA, 1995, p. 186; SOTO, 1984, p. 60; SOTO, 1991a, p. 139; SOTO, 1991b, p. 59; TÓRTORA, 2005, p. 201; UGARTE, J. (2006a) p. 235; UGARTE, 2006b, pp. 522, 523; VARELA, 1990, p. 197; VERDUGO *et al.*, 2005, p. 199; VIVANCO, 2001, p. 476; VIVANCO, 2006, p. 244; ZAPATA, 1988, p. 382. Por todos, FIGUEROA, 2007, pp. 97-100.

<sup>68</sup> Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota anterior.

<sup>69</sup> Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Recientemente, BERTELSEN, 2018, p. 83-84 y MARTÍNEZ y COVARRUBIAS, 2018, p. 110.

<sup>70</sup> Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Recientemente, CORRAL, 2015, p. 142; BERTELSEN y GARCÍA, 2015, p. 197; OSSANDÓN, 2015, p. 154, 157.

<sup>71</sup> Ver UGARTE, 2006, p. 330 y ss. y MIRANDA, 2014, p. 163: Miranda aclara que la prohibición se refiere al denominado aborto directo, pues el aborto indirecto está justificado bajo la doctrina del doble efecto. En el primero, se mata al feto en forma intencional como medio para salvar a la mujer; en el segundo, el feto muere como consecuencia colateral (en forma indirecta) de un procedimiento lícito aplicado a la mujer, como sería la salpingectomía para tratar un embarazo ectópico tubárico; o ejecutar una histerectomía para tratar un cáncer. MIRANDA, 2015, p. 43. Algunos incluso sugieren no llamar a ese acto aborto terapéutico. Ver CONTRERAS y VERGARA, 2015, p. 58. La oposición al aborto terapéutico queda demostrada con la impugnación interpuesta el 2017 contra el proyecto de ley que autoriza el aborto terapéutico. Esto se verá más adelante.

<sup>72</sup> Digo que implica *permitir*, en el sentido de legitimidad de la conducta. Dice Ossandón: "...no es admisible justificación alguna que haga legítima la conducta de provocarle la muerte ..." al *nasciturus*. OSSANDÓN, 2015, p. 165. En cuanto a lo penal, Ossandón estima que, en caso de producirse un aborto terapéutico, la conducta abortiva no debería ser sancionada como delito. OSSANDÓN, 2015, p. 158ss. Un matiz en este argumento: MIRANDA, 2015; CONTRERAS y VERGARA, 2015; sostienen que la prohibición del aborto terapéutico no implica que la mujer tenga un deber absoluto de continuar con el embarazo. Señalan

- justifica en la doctrina del hacer y permitir<sup>73</sup>. La eventual muerte de la mujer se justificaría en el principio de que nunca es lícito matar una vida humana inocente<sup>74</sup>.
- c) La prohibición es total: rige desde la concepción hasta el parto<sup>75</sup>. Esta tesis se sigue del hecho de que el precepto constitucional no limita la protección del *nasciturus* a algún período específico del embarazo<sup>76</sup>. Esta idea sigue la tesis de que no es posible trazar una línea relevante durante el embarazo que separe quiénes son personas y quiénes no<sup>77</sup>.
  - d) La prohibición del aborto debe materializarse mediante una norma penal<sup>78</sup>. Esta tesis aplica por analogía el principio que justifica penalizar el homicidio de una persona<sup>79</sup>.
  - e) El que está por nacer es persona<sup>80</sup>. El artículo 19 N° 1 de la Constitución se refiere a las personas. Por lo mismo, el *nasciturus* es titular del derecho a la vida. Eso se desprende del encabezado del artículo 19, conforme el cual la titularidad de los derechos constitucionales se confiere a quienes son personas.

En conclusión, despenalizar el aborto es inconstitucional.

Esa doctrina mayoritaria fue reconocida por la sentencia del TC 2008, que declaró:  
i) El *nasciturus* es una persona. En consecuencia, es titular del derecho a la vida. ii) La titularidad comienza con la concepción. iii) El verbo *proteger* significa que en ningún momento del embarazo y por ninguna razón se puede matar al *nasciturus* (su derecho a la vida es absoluto). Por tanto, el legislador no puede despenalizar el aborto en ningún caso<sup>81</sup>.

---

que se puede ejecutar un aborto indirecto, que ellos denominan *terapéutico*, que es cualquier procedimiento beneficioso para la mujer pero que no ponga en riesgo, de manera deliberada y directa, la vida del *nasciturus*.

Respecto de dejar morir a la mujer: se debe recordar que cinco ministros del TC (Peña, Aróstica, Hernández, Romero y Letelier) estuvieron por declarar inconstitucional aquella norma del proyecto que hacía improcedente la objeción de conciencia del médico cuando se tratase de una urgencia médica impostergradable en el caso de la 1ª causal (riesgo para la vida de la mujer). Esto significa que 5 ministros estimaron que una norma que pretende salvar a la mujer, obligando al médico a ejecutar un aborto terapéutico, es contraria a la Constitución.

<sup>73</sup> La doctrina que distingue hacer y permitir (DDA) forma parte de la doctrina del doble efecto (DDE). Ver FIGUEROA, 2011.

<sup>74</sup> MIRANDA, 2014, p. 159-168; OSSANDÓN, 2015, p. 158.

<sup>75</sup> Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Recientemente, OSSANDÓN, 2015, p. 149.

<sup>76</sup> Ver Philippi con Instituto de Salud Pública, Corte Suprema, Rol 2186-2001, 30-8-2001.

<sup>77</sup> BERTELSEN y GARCÍA, 2015.

<sup>78</sup> Prácticamente todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Más reciente, Corral, 2015, p. 143.

<sup>79</sup> OSSANDÓN, 2011.

<sup>80</sup> Todos los autores de la postura mayoritaria indicada en la nota 71. Uno entiende que el artículo 19 N° 1 consagra "el derecho a la vida del que está por nacer". CORRAL, 2015, p. 125.

<sup>81</sup> Ver FIGUEROA, 2010.

En consecuencia, el contexto dogmático-conceptual en el cual el TC 2017 dicta su sentencia es uno que tiene ciertos pilares fundamentales para apoyar la inconstitucionalidad de la despenalización del aborto:

- El *nasciturus* es una persona: es titular del derecho a la vida.
- Su derecho a la vida es absoluto desde la concepción hasta el parto.
- El aborto está prohibido penalmente durante todo el embarazo.
- El legislador no puede despenalizar el aborto en ningún caso.

Esos pilares fueron removidos por la sentencia del TC 2017.

## 2. *La doctrina del TC 2017*

En esta sección tomaré las declaraciones del TC, expuestas en la parte I, y las reordenaré en torno a tres ejes centrales que, creo yo, comprueban la tesis:

- 1) La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo.
- 2) El *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida.
- 3) La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria.

### 1) **La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo**

Esta idea se desprende de las siguientes declaraciones del TC:

- a) La Constitución no trata ni se refiere al aborto<sup>82</sup>. La Constitución no protege al *nasciturus* en forma directa, sino que encarga al legislador decidir cómo hacerlo, mediante cualquier norma: civil, penal, laboral, de seguridad social, etc.<sup>83</sup> La protección del *nasciturus* no puede ser insuficiente, porque infringiría el mandato del artículo 19 Nº 1 inciso 2º, ni puede ser excesiva porque vulneraría los derechos de la mujer. No se puede descuidar a la mujer o perjudicarla<sup>84</sup>. La Constitución encomienda al legislador crear, modificar o derogar delitos<sup>85</sup>. No existe impedimento a la despenalización<sup>86</sup>. “El legislador no tiene una reserva limitada o dirigida a prohibir el aborto, su redacción es simplemente habilitante para regular la protección”<sup>87</sup>. El legislador “...tiene un margen de adaptación o de flexibilidad para abordar casos en que la interrupción deliberada del embarazo no se considere

---

<sup>82</sup> Ver TC, Cº 56.

<sup>83</sup> Ver TC, Cº 45.

<sup>84</sup> Ver TC, Cº 47.

<sup>85</sup> Ver TC, Cº 56 y 57.

<sup>86</sup> Ver TC, Cº 58.

<sup>87</sup> TC, Cº 31.

constitutiva de delito”<sup>88</sup>. El derecho penal es un instrumento de *ultima ratio*; no debe operar a todo evento para proteger ciertos bienes jurídicos porque eso puede resultar excesivo; el legislador puede buscar otros instrumentos regulatorios y adaptar el derecho penal a la realidad<sup>89</sup>.

Estas declaraciones del TC derriban la idea de que la Constitución prohíbe el aborto y, por tanto, que despenalizarlo sea inconstitucional, tal como sostenía la doctrina tradicional y el fallo TC 2008. Además, reconocen que la regulación del aborto y el deber de protección del *nasciturus* consisten en un asunto legal, que es regulable incluso sin recurrir al derecho penal, de modo que podría despenalizarse por completo, para ello no existe impedimento alguno, dice el TC. Además, el tribunal enfatizó que el derecho penal es de *ultima ratio*, siguiendo la jurisprudencia comparada<sup>90</sup>. El principio de *ultima ratio* no se limita a las tres causales: en efecto, nada impide que el legislador considere excesivo criminalizar a la mujer embarazada y despenalice el aborto durante un plazo o durante todo el embarazo.

Ahora bien, el legislador tiene un deber de proteger al *nasciturus*, mediante algún tipo de regulación, sin infraprotegerlo pero tampoco sobreprotegerlo porque eso infringiría los derechos de la mujer. Es evidente que puede haber desacuerdo acerca de qué es sobreproteger o infraproteger<sup>91</sup>. Esos estándares probablemente se irán precisando en Chile con futura jurisprudencia constitucional a medida que el legislador vaya adoptando regulaciones específicas, pero proteger al *nasciturus* nunca exige al legislador criminalizar el aborto.

- b) Señala el TC: El legislador puede definir cuándo comienza la vida del *nasciturus* y, por tanto, su protección<sup>92</sup>. La Constitución protege de modo distinto el derecho a la vida que tienen las personas (artículo 19 N° 1 inciso 1°), de la vida del que está por nacer (artículo 19 N° 1 inciso 2°)<sup>93</sup>.

Esta declaración del TC deja sin efecto la tesis según la cual la vida del *nasciturus* comienza en la concepción. Por lo mismo, el legislador puede decidir desde cuándo proteger al *nasciturus*. Además, el TC separa la forma de proteger las personas y el *nasciturus*, siguiendo la tendencia casi unánime en la jurisprudencia constitucional comparada<sup>94</sup>.

<sup>88</sup> TC, C° 31.

<sup>89</sup> Ver TCC° 41.

<sup>90</sup> Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

<sup>91</sup> Ver la discusión de cargas indebidas en *Planned Parenthood of Southeastern PA. v. Casey*, 505 U.S. 833 (1992), págs. 874 y 878.

<sup>92</sup> Sostiene el TC: “...el Congreso Nacional se encuentra mucho más capacitado y legitimado para resolver una controversia de cuándo comienza la vida del que está por nacer, que esta Magistratura, dado la falta de una regla explícita en la Constitución”; C° 51. El TC alemán siguió este camino, indicando que antes del día catorce de la fertilización, aún no existe un individuo (39 BverfGe I, 1975, C.I.1.b).

<sup>93</sup> Ver TC, C° 48.

<sup>94</sup> Ver FIGUEROA, 2021 y UNDURRAGA, 2013.

- c) Declara el TC: La Constitución tiene un lenguaje para expresar las prohibiciones (“se prohíbe”, “nadie puede”, etc.) y la palabra proteger no es sinónimo de aquellas<sup>95</sup>.

Esta aseveración descarta la tesis que sostiene que el inciso 2° del artículo 19 N° 1 contiene una prohibición del aborto.

- d) Declara el TC: El legislador tiene discrecionalidad para fijar políticas y la bondad de ellas no es revisable mientras se encuentren dentro de los márgenes fijados por la Constitución<sup>96</sup>.

Con esta declaración, el TC apunta a una idea básica del control constitucional: que una política legislativa sea objetable, desde algún punto de vista valórico, no es una condición suficiente para declararla inconstitucional.

- e) Sostiene el TC: El texto de la Constitución debe adaptarse a distintas realidades; ha habido “...cambios constitucionales, legales y de derecho internacional que fortalecen la autonomía decisoria, la plena igualdad y los derechos de la mujer, que el intérprete de la Constitución no puede obviar”<sup>97</sup>.

Aquí, el TC exige entender que la Constitución debe evolucionar; particularmente, en lo que concierne a la autonomía decisoria de la mujer. Esta declaración es habitual en la jurisprudencia constitucional comparada sobre aborto<sup>98</sup>. Esta idea, además, está en consonancia con lo dicho en la primera sección: no se puede imponer un modelo determinado de pensamiento o de moral a toda la sociedad<sup>99</sup>.

- f) Declara el TC: “El legislador debe buscar la fórmula para que el que está por nacer pueda hacerlo”. “A partir de cierto límite, los derechos de la mujer deben primar”<sup>100</sup>.

Aquí se deja sin efecto la doctrina establecida el 2008, según esta, el legislador debía prohibir matar al *nasciturus* en todos los casos y desde la concepción. Por tanto, es constitucionalmente posible cumplir con los deberes de protección y, al mismo tiempo, despenalizar el aborto.

- g) Sostiene el TC: Una ley solo es inconstitucional si no existe forma alguna de conciliarla con la Constitución<sup>101</sup>.

Con esta declaración, el TC circunscribe la inconstitucionalidad a la hipótesis de que la ley no sea salvable en ningún caso. Esta idea, junto con lo señalado más atrás y más adelante, permiten advertir que despenalizar el aborto es claramente conciliable con la Constitución.

<sup>95</sup> Ver TC, C° 55.

<sup>96</sup> Ver TC, C° 26.

<sup>97</sup> TC, C° 29.

<sup>98</sup> Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

<sup>99</sup> Ver TC, C° 34.

<sup>100</sup> TC, C° 79.

<sup>101</sup> Ver TC, C° 27.

## 2) El *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida

Esta idea central se opone a otro pilar fundamental de la doctrina tradicional y del fallo del TC 2008.

- a) El TC declara: El *nasciturus* no es persona; "...es una expectativa de persona, una vida en ciernes"<sup>102</sup>; "...parece necesaria y razonable la diferenciación entre una persona y el *nasciturus*"<sup>103</sup>; la personalidad se adquiere con el nacimiento<sup>104</sup>. El *nasciturus* no tiene derechos<sup>105</sup>.

Estas declaraciones del TC representan un cambio de paradigma estructural en la jurisprudencia<sup>106</sup>, situándose el TC en la posición casi unánime de la jurisprudencia constitucional comparada<sup>107</sup>. Se deja de tematizar el aborto en torno a la personalidad<sup>108</sup>. Esta declaración hace inviable la tesis de que despenalizar el aborto sea inconstitucional.

- b) Sostiene el TC: El hecho de que el *nasciturus* no sea persona no significa que no deba ser protegido. Existe un deber expreso de protegerlo, como establece el artículo 19 N° 1 inc. 2°<sup>109</sup>. Esta declaración reitera que existen deberes de protección del *nasciturus*, que son independientes de su estatus jurídico.

## 3) La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria

Este es el tercer eje estructural de la nueva doctrina constitucional y es el más importante para la tesis de este artículo.

- a) El TC declara: La mujer es una persona humana y tiene derechos<sup>110</sup>.

<sup>102</sup> TC, C° 40.

<sup>103</sup> TC, C° 40.

<sup>104</sup> Ver TC, C° 40.

<sup>105</sup> Ver TC, ° 40.

<sup>106</sup> Ver Tribunal Constitucional, 18.4.2008, rol 740-07-CDS (en adelante, TC 740).

<sup>107</sup> Ver FIGUEROA, 2021. Solo en el caso de Alemania se ha reconocido que el *nasciturus* tiene derecho a la vida (39 BVerfGE, 1, 1975), pero incluso en ese caso, el TC alemán admitió la constitucionalidad de leyes que permitieran el aborto en una serie de indicaciones, y en 1993, el TC alemán admitió la constitucionalidad de no criminalizar el aborto fuera de indicaciones si había otro recurso igualmente efectivo para proteger al *nasciturus* (88 BverfGE, 203, 1993). Ver FIGUEROA, 2021. El caso de Irlanda (1992) no es una excepción en la jurisprudencia comparada, pues era la Constitución la que confería derecho a la vida al *nasciturus*. Ver UNDURRAGA, 2013. El precepto constitucional que se derogó el 2018, eliminándose el derecho a la vida del *nasciturus*. Ver art. 40.3.3.

<sup>108</sup> Discutir el aborto en torno a la personalidad es inconducente. Ver FIGUEROA, 2013 y THOMSON, 1971. Además, no permite entender por qué la jurisprudencia comparada en general protege al *nasciturus* no obstante considerar que no es una persona. Ver FIGUEROA, 2021.

<sup>109</sup> Ver TC, C° 40.

<sup>110</sup> Ver TC, C° 35.

Esta declaración podría estimarse tan innecesaria como decir que el hombre es una persona humana y tiene derechos<sup>111</sup>. Sin embargo, quizá el TC creyó necesario incurrir en este pleonasma porque la mujer y sus derechos han estado invisibilizados en Chile, al punto que en la sentencia del TC del 2008<sup>112</sup>, la mujer y sus derechos no aparecen siquiera aludidos en el fallo. Esta declaración también marca un cambio de paradigma en Chile, y sigue la jurisprudencia comparada sobre aborto según la cual el punto de partida siempre son los derechos de la mujer, que se analizan en conjunto con el interés del Estado en proteger la vida humana prenatal<sup>113</sup>.

- b) El TC alude a varios derechos, como vimos en la parte I. Esos derechos, sumados a la idea de que la maternidad es voluntaria, establecen, por primera vez en el derecho constitucional chileno, que la mujer es persona y tiene derechos sexuales y reproductivos<sup>114</sup>. Además, estas declaraciones revisten la mayor importancia para el argumento de este trabajo: si la Constitución solo permitiera el aborto en tres causales, de modo que establecer un plazo, o despenalizar el aborto por completo, fuese necesariamente inconstitucional, entonces la mujer no podría decidir acerca del embarazo y su maternidad, y no tendría sentido reconocer los derechos recién señalados. En efecto, si la Constitución solo permitiera el aborto por excepción, eso implicaría que la mujer no tendría, por regla general, un derecho a decidir respecto de su embarazo, sino que se encontraría, por regla general, bajo la obligación a reproducirse. Esto, sin duda, es incompatible con los derechos sexuales y reproductivos recién señalados.

En lo que sigue, comentaré algunos de los derechos aludidos por el TC, para advertir qué alcance pueden tener:

- i) Derecho a la igualdad y “...a ser valorada y educada libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación...”. El TC no desarrolla el significado de estos derechos. Sin embargo, ellos están directamente relacionados con la idea de equidad de género, que es un concepto explícitamente utilizado por el TC<sup>115</sup>. La igualdad de la mujer, el ideal de no subordinación y la equidad de género permiten teóricamente construir un argumento en favor de los derechos sexuales y reproductivos, entre estos, como se ha dicho, se encuentra el derecho a decidir en torno al embarazo<sup>116</sup>.
- (ii) Derecho a acceder a servicios adecuados de atención médica, planificación de la familia, decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, intervalo

---

<sup>111</sup> Este comentario también es advertido por ZÚÑIGA, 2018, p. 136, VALENZUELA, 2020, pp. 13 y 14, SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 157.

<sup>112</sup> TC, 740.

<sup>113</sup> Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

<sup>114</sup> SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 157, 163.

<sup>115</sup> Ver TC, C° 36.

<sup>116</sup> Ver desarrollo en ZÚÑIGA, 2019.

entre los nacimientos y autonomía para someterse a cualquier procedimiento médico. Esos derechos constituyen, obviamente, parte del núcleo de los derechos sexuales y reproductivos, de modo que claramente justifican un derecho a decidir en relación con el embarazo.

- iii) Derecho a la mayor realización material y espiritual posible de la mujer<sup>117</sup>. El TC lo llama derecho. Este es un principio que se encuentra reconocido en el artículo 1° de la Constitución y constituye un argumento central para la despenalización del aborto. En efecto, para algunas mujeres, la perspectiva de la maternidad es incompatible con su mayor realización material y espiritual posible. Si la maternidad es forzada, entonces el principio del artículo 1° se torna irrelevante para algunas mujeres.
- c) El TC declaró que: “La maternidad es un acto voluntario, que exige el compromiso vibrante de la mujer embarazada. No puede ser una imposición del Estado a cualquier costo de la mujer. Ella no es un medio”<sup>118</sup>. “El embarazo es un estado temporal, propio de la mujer, normalmente voluntario, personalísimo, que compromete el cuerpo de la mujer. El embarazo compromete la integridad física y psíquica de la mujer, pues, entre otras cosas, el feto ocupa su cuerpo y provoca transformaciones físicas y fisiológicas”<sup>119</sup>. Estas declaraciones constituyen otro pilar fundamental para la despenalización del aborto. Las separaré en 4 partes:

- (i) La sola expresión *maternidad voluntaria* proporciona una justificación central para la despenalización del aborto. En efecto, sin libertad para decidir, la maternidad resulta forzosa.
- (ii) La mujer no es un medio, no es un instrumento. Estas declaraciones del TC aluden al principio de dignidad, que en el sentido kantiano significa: las personas deben ser tratadas, a la vez, como un fin y un medio y no solamente como un mero medio<sup>120</sup>. La dignidad se encuentra reconocida en el artículo 1° de la Constitución. El TC señala que la mujer no es objeto sino sujeto de derechos; no puede ser instrumentalizada y, por ello, el legislador no puede imponer su voluntad a la mujer. Pues bien, si la ley permite abortar solamente bajo indicaciones, está forzando a la mujer a reproducirse como regla general, transformándola en un medio. Esto es lo que hace el actual Código Penal y el Código Sanitario. Esto sugiere la brutal idea de que el Estado considera a la mujer como una máquina reproductora, sin intereses ni voluntad

<sup>117</sup> TC, C° 35.

<sup>118</sup> TC, C° 47.

<sup>119</sup> TC, C° 39.

<sup>120</sup> Ver KANT, 1990, p. 104.; CHUECA, 2015; Artículo 1° de la Constitución.

sobre su propia reproducción, tal como se trata a los animales de crianza<sup>121</sup>. Eso, sin duda, es ofensivo para la mujer, es violento y transgrede el principio de que la mujer tiene dignidad. En este sentido, sería absurdo considerar contraria a la Constitución una ley que despenaliza el aborto precisamente para remediar ese problema.

El TC añade que “La madre no puede ser considerada como un instrumento utilitario de protección del no nacido”<sup>122</sup>. La palabra *instrumento* es equivalente a medio y sugiere una estructura argumentativa utilitarista, incompatible con la idea de derechos fundamentales inviolables<sup>123</sup>. Sin libertad para decidir, la reproducción es forzada y la mujer es jurídicamente entendida como un medio.

- (iii) El embarazo es un estado propio de la mujer, personalísimo y que compromete su cuerpo. Esta declaración enfatiza la idea de que la regulación de la reproducción de la mujer debe tener como eje central sus derechos e intereses. Una regulación del aborto que no conceda a la mujer oportunidad para decidir acerca de su embarazo difícilmente resulta conciliable con el respeto y protección de sus derechos e intereses. Esta es, en buena medida, la razón fundamental por la que la jurisprudencia constitucional comparada justifica la despenalización del aborto<sup>124</sup>.

- d) “El legislador (...) no puede ir contra la mujer imponiendo su voluntad (...) o imponiéndole deberes más allá de lo que a cualquier persona se le exige”<sup>125</sup>. La primera parte de esta declaración del TC es equivalente a decir que la mujer tiene derechos para autodeterminarse, asunto ya visto. La segunda parte de la oración se relaciona con el concepto de *actos supererogatorios*, que significa, literalmente, actos que van más allá del deber y que, por tanto, se considera heroico ejecutarlos. El TC está señalando que no existe en Chile el deber de ir más allá del deber, lo que suena a redundancia, pero es fundamental decirlo porque la maternidad forzada equivale a hacer obligatorio un acto supererogatorio<sup>126</sup>. Es cierto que el TC formula esta declaración en relación con la prohibición absoluta del aborto. Sin embargo, fuera de las causales, la maternidad resulta forzada y eso constituye, sin duda, un acto supererogatorio. Debiera ser pacífica la tesis de que la supererogación no está limitada a las tres causales<sup>127</sup>. Finalmente, es necesario apuntar que todas las expresiones del TC contenidas en esta sección carecerían de sentido si la mujer no tuviere libertad para decidir respecto de su embarazo.

---

<sup>121</sup> Sepúlveda y Vivaldi usan la palabra *incubadoras*, y agregan *personas de segunda categoría*. SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 172.

<sup>122</sup> TC, C° 47.

<sup>123</sup> Ver SIDWICK, 1907, p. 411.

<sup>124</sup> Ver FIGUEROA, 2021, y UNDURRAGA, 2013.

<sup>125</sup> TC, C° 47.

<sup>126</sup> Ver ZÚÑIGA, 2011.

<sup>127</sup> Ver THOMSON, 1971.

Lo que se ha visto hasta aquí demuestra que el fallo del TC 2017 elimina todos los pilares que sostenían la penalización del aborto. Esos pilares eran:

- El *nasciturus* es una persona: es titular del derecho a la vida.
- Su derecho a la vida es absoluto desde la concepción hasta el parto.
- La Constitución prohíbe el aborto durante todo el embarazo.
- El legislador no puede despenalizar el aborto en ningún caso.

El TC 2017, en cambio, sostuvo que:

- El *nasciturus* no es persona; por tanto, no es titular del derecho a la vida.
- La Constitución no prohíbe el aborto.
- El legislador puede despenalizar el aborto.
- La mujer tiene derecho a una maternidad voluntaria.

Otra forma de reforzar esta conclusión consiste en revisar la literatura que ha sido producida con posterioridad al fallo del 2017. Por una parte, hay autoras y autores que estiman que el fallo es diametralmente opuesto a su precedente. Eso implica que derriba sus pilares. Es el caso de Sepúlveda y Vivaldi, que señalan que el fallo emite una declaración que no tiene precedentes: las mujeres son personas y tienen derechos<sup>128</sup>. Añaden que el fallo "...clausura una discusión de jurisprudencia constitucional y un debate académico de larga data"<sup>129</sup>. Por su parte, Casas afirma que la visión hegemónica de que el artículo 19 N° 1 prohibía de manera absoluta el aborto, ya no es posible de sostener debido al fallo del TC 2017<sup>130</sup>. Un documento de la Fundación Jaime Guzmán sostiene que el fallo permite el aborto en Chile<sup>131</sup>, contraviene el fallo 740<sup>132</sup>, y concluye señalando de manera expresa que "no hay razones para declarar el aborto libre contrario a la constitución"<sup>133</sup>. Paredes se suma, afirmando que este fallo "...pasará a la historia como un hito jurisprudencial"<sup>134</sup>. Por su lado, Zúñiga sostiene: "La STC sobre IVE en tres causales implica un avance en la determinación del estatuto constitucional del nonato y del régimen de protección de los derechos de las mujeres..."<sup>135</sup>. En otra parte, Zúñiga y Fernández sostienen que la despenalización del aborto bajo un régimen de plazo, sin expresión de causales, es compatible con la Constitución y luego sostienen que, fuera del plazo, debe penalizarse el aborto, salvo excepciones<sup>136</sup>.

<sup>128</sup> SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 157.

<sup>129</sup> SEPÚLVEDA Y VIVALDI, 2021, p. 163.

<sup>130</sup> CASAS, 2018, p. 25.

<sup>131</sup> FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, 2017, p. 2.

<sup>132</sup> FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, 2017, p. 13.

<sup>133</sup> FUNDACIÓN JAIME GUZMÁN, 2017, p. 13.

<sup>134</sup> PAREDES, 2018, p. 803.

<sup>135</sup> ZÚÑIGA, YANIRA, 2018, p. 141.

<sup>136</sup> FERNÁNDEZ Y ZÚÑIGA, 2020, pp. 197,198.

De estas posiciones, se desprende que el fallo del TC 2017 altera sustancialmente lo señalado por el fallo del 2008, eliminado sus pilares centrales, y confirmado que la doctrina del TC 2017 permite el aborto con plazo y sin él.

Sin embargo, existen autores que discrepan de las posiciones recién aludidas. García sostiene que el fallo 3729 del 2017 no derogó el precedente 740 del 2008<sup>137</sup> debido a que la prevención del ministro Hernández coincide en esencia con los planteamientos de los votos disidentes<sup>138</sup>. En línea similar, Bertelsen afirma que el fallo 3729 "...impide dar por superado el precedente del rol 740..."<sup>139</sup> debido al voto disidente del ministro Hernández. Se suman a esas posiciones los profesores Martínez y Covarrubias, que además añaden: "...en nada ha cambiado el estatuto constitucional del *nasciturus*..."<sup>140</sup>.

Ahora bien, la tesis de estos autores implica reconocer que la doctrina del fallo 3729 es incompatible con los pilares del fallo 740, pues si fueren compatibles, no se hablaría de derogación o de *dar por superado* el 740. Por tanto, la postura de estos autores contribuye a la tesis de este trabajo, en cuanto a entender que fallo 3729 se opone frontalmente al 740.

Asimismo, la tesis de estos autores es difícilmente sustentable<sup>141</sup>. Como quiera que sea, dicha tesis no es obstáculo a la de este trabajo, sino al contrario.

### III. CONVENCION CONSTITUCIONAL

El pleno de la Convención Constitucional (en adelante, CC) aprobó, el 2022, normas relativas a los derechos sexuales y reproductivos de las personas. El texto aprobado señala:

"Derechos sexuales y reproductivos 173.-

Artículo 16.- Todas las personas son titulares de derechos sexuales y derechos reproductivos. Estos comprenden, entre otros, el derecho a decidir de forma libre, autónoma e informada sobre el propio cuerpo, sobre el ejercicio de la sexualidad, la reproducción, el placer y la anticoncepción. El Estado garantiza el ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos sin discriminación, con enfoque de género,

<sup>137</sup> GARCÍA, 2018, p. 124.

<sup>138</sup> GARCÍA, 2018, p. 133.

<sup>139</sup> BERTELSEN, 2018, p. 82.

<sup>140</sup> MARTÍNEZ Y COVARRUBIAS, 2018, p. 108.

<sup>141</sup> El voto del ministro Hernández es confuso; en algunos puntos se alinea con la minoría y en otros con la mayoría, pero es muy importante destacar esta parte: "...no es un derecho exclusivo de la mujer gestante decidir tener o abortar un hijo..." p. 241 (también recae en el padre) "...no toca al derecho resolver acerca de la calidad de la persona humana..." p. 241, "por regla general, el aborto es delito. Por excepción, no lo es". p. 246. Esto impide trasladar al ministro Hernández al voto de minoría sin más.

Además, en el fallo 740, la votación también fue 6 a 4, y en la mayoría concurre el ministro Venegas, quien en las págs. 167 y 168 justifica casos calificados de aborto y reconoce que el legislador y la sociedad democrática lo pueden autorizar en ciertas hipótesis. Estas aseveraciones claramente lo alejan de la mayoría. ¿Por qué no mencionan esto García, Bertelsen, Martínez y Covarrubias?

inclusión y pertinencia cultural, así como el acceso a la información, educación, salud, y a los servicios y prestaciones requeridos para ello, asegurando a todas las mujeres y personas con capacidad de gestar, las condiciones para un embarazo, una interrupción voluntaria del embarazo, parto y maternidad voluntarios y protegidos. Asimismo, garantiza su ejercicio libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones”.

Debido a la relación de esa normativa con el tema de este trabajo, se realizará un breve comentario:

1. Existen dos diferencias importantes entre este precepto y el texto actual de la Constitución. i) El precepto aprobado reconoce los derechos sexuales y reproductivos, conceptos inexistentes en la actual Constitución. ii) El precepto no alude al que está por nacer (aunque aún no termina el proceso de redacción de la nueva Constitución).
2. El precepto aprobado por la CC no se limita a la interrupción del embarazo sino que consagra varios derechos sexuales y reproductivos y, además, atribuye titularidad de tales derechos a todas las personas, no solo a las mujeres.
3. El precepto reconoce un derecho de libertad protegido en relación con la interrupción voluntaria del embarazo que incluye maternidad y parto.
4. El precepto garantiza que el ejercicio de estos derechos sea libre de violencias y de interferencias por parte de terceros, ya sean individuos o instituciones. Esta garantía puede estar relacionada con la objeción de conciencia frente al aborto, asunto que no hemos trabajado en este texto.

¿Cómo se relaciona el precepto aprobado por la CC con la tesis de este trabajo?

Este precepto es compatible tanto con la despenalización del aborto durante un plazo o durante todo el embarazo, por las siguientes consideraciones:

- i) Hemos visto que la barrera constitucional más importante para permitir el aborto es que el que está por nacer sea persona, tenga derecho a la vida o se lo deba proteger (tal como lo entiende el fallo 740, no el 3729). Pues bien, esos estándares no existen en el proyecto de nueva Constitución.
- ii) En términos puramente conceptuales, si la interrupción del embarazo y la maternidad son voluntarias, es evidente que despenalizar el aborto por completo es compatible con ellas, pues permite que sean voluntarias.
- iii) Por otro lado, permitir el aborto dentro de un plazo también es conceptualmente compatible con la voluntariedad del embarazo y la maternidad. En efecto, la mera existencia de un plazo permite adoptar una decisión y en eso consiste la voluntariedad, aunque, claro, es más restringida que en un régimen sin plazos.
- iv) Ahora bien, la mera existencia de un plazo, por sí solo, no garantiza que en la práctica la maternidad sea efectivamente voluntaria para todas las situaciones imaginables. Sin embargo, este asunto no es parte central de este trabajo, que se

limita en explicar que despenalizar la interrupción voluntaria del embarazo (por todo el embarazo o transcurrido un plazo) es compatible con la Constitución y con el texto aprobado por la CC<sup>142</sup>.

### CONCLUSIONES

1. La sentencia del TC 2017 justifica la constitucionalidad de despenalizar el aborto, sea bajo un plazo o incluso por todo el embarazo.
2. Esto se funda básicamente en tres principios que establece esa sentencia:
  - i. La Constitución no prohíbe el aborto y el legislador puede despenalizarlo.
  - ii. El *nasciturus* no es persona y no tiene derecho a la vida.
  - iii. La mujer tiene derecho a que la maternidad sea voluntaria.
3. El texto aprobado por la Convención Constitucional refuerza estas ideas, al reconocer los derechos sexuales y reproductivos de las personas, que incluyen la interrupción voluntaria del embarazo.

### BIBLIOGRAFÍA

- BERTELSEN, Soledad y GARCÍA Gonzalo, 2015: “La protección del derecho a la vida y el estatuto del no nacido en el sistema internacional de derechos humanos”. En *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, 27, Universidad de los Andes. Santiago, Chile.
- BERTELSEN, Soledad, 2018: “Compatibilidad entre el derecho internacional de los derechos humanos y el derecho constitucional chileno en relación con el derecho a la vida del no nacido”. En *Visiones Contrapuestas sobre el artículo 19 Nº 1 de la Constitución* (Casas, Lidia y Maira, Gloria, compiladoras). Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- CASAS, Lidia, 2018: “El cambio constitucional y la necesidad de proteger derechos relativos a la autonomía reproductiva de las mujeres”. En *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 Nº 1 de la Constitución: reflexiones sobre la constitucionalidad de la ley de despenalización del aborto en tres causales* (Casas y Maira, Compiladoras). Facultad de Derecho, UDP. Santiago.
- CONTRERAS, Sebastián y VERGARA, Dennisse, 2015: En *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, Universidad de los Andes, 27. Santiago, Chile.
- CORRAL, Hernán, 2015: “El embrión humano: consideraciones sobre su estatus jurídico a propósito del proyecto de “despenalización” del aborto”. En *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y*

---

<sup>142</sup> Por una parte, podría ocurrir que el plazo para decidir sea demasiado breve, de modo que torne ilusorio o imposible que la persona pueda ejercer su autonomía reproductiva. Por otra parte, aunque un plazo no fuese breve (por ejemplo, 12 o 14 semanas), algunas mujeres podrían enterarse de que están embarazadas después de transcurrido el plazo.

- médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, 27, Universidad de los Andes. Santiago.
- CHUECA, Ricardo, 2015: *Dignidad humana y derecho fundamental*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid.
- FERNÁNDEZ, José y ZÚÑIGA, Yanira, 2020: “¿Resulta constitucional un sistema de plazos sin expresión de causa en el ordenamiento jurídico chileno?”. *Anuario Iberoamericano de Justicia Constitucional*, 24 (1).
- FIGUEROA, Rodolfo, 2007: “Concepto de Persona, Titularidad del Derecho a la vida y aborto”. En *Revista de Derecho*. Universidad Austral. Vol. XX, N° 2. Valdivia.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2010: “Comentario relativo a la sentencia del Tribunal Constitucional referida a la píldora del día después del año 2008”, en *Anuario de Derecho Público* 2010, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales.
- FIGUEROA, RODOLFO, 2011: “Matar, dejar morir y eutanasia”. En *Rev Med Chile*; Vol. 139, pp. 655-659.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2021: “El fallo del Tribunal Constitucional sobre despenalización del aborto ante la jurisprudencia constitucional comparada”, en Alan Bronfman, Celso Cancela y otros (coordinadores), *Política, Constitución y Derecho. Estudios en Homenaje al profesor Antonio Carlos Pereira Menaut*, Valencia, Tirant lo Banch, pp. 1045-1063.
- FUNDACIÓN Jaime Guzmán, 2017: “Aborto y TC: un fallo con profundas consecuencias éticas y jurídicas”. En *Ideas & Propuestas*, N° 232, Santiago.
- GARCÍA, Gonzalo, 2018: “Sobre la despenalización del aborto en tres causales y la paradoja constitucional: Comentario sentencia Tribunal Constitucional rol N° 3729 (3751)-17-cpt. *Revista Jurídica Digital*, UAndes 2/2.
- KANT, Immanuel, 1990: *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (Ed. Espalsa Calpe) (trad. Luis Martínez de Velasco), Madrid.
- MARTÍNEZ, José y COVARRUBIAS, Ignacio, 2018: “La ley ‘protege’ la vida del que está por nacer: ¿En qué situación ha quedado el concebido pero no nacido a partir de la sentencia del Tribunal Constitucional?”. En *Visiones contrapuestas sobre el artículo 19 N° 1 de la Constitución* (Casas y Maira, compiladoras). Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- MIRANDA, Alejandro, 2014: “¿Qué es el aborto indirecto?: La prohibición del aborto y el principio del doble efecto”. En *Acta Bioethica*, 20(2). Santiago.
- MIRANDA, Alejandro, 2015: “La injusticia del aborto procurado”. En *El aborto: perspectiva filosófica, jurídica y médica* (Aguirrezabal, Maite y Bertelsen, Soledad, Eds.). Cuadernos de Extensión Jurídica, 27, Universidad de los Andes. Santiago, Chile.
- OSSANDÓN, Magdalena, 2011: “La intención de dar muerte al feto y su relevancia para la imputación objetiva y subjetiva en el delito de aborto”. En *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 18(2), 103-136.
- OSSANDÓN, Magdalena, 2015: “Regulación penal del aborto consentido y dignidad humana”. En *El aborto. Perspectivas filosófica, jurídica y médica* (Maite Aguirrezabal Grünstein y Soledad Bertelsen Simonetti, eds.) Cuadernos de Extensión Jurídica N° 27, Santiago de Chile, Universidad de Los Andes, pp. 145-168, ISBN 9789567160914.
- OSSANDÓN, Magdalena, 2016: “Aborto cuando el embarazo es resultado de una violación: un injusto penal eventualmente no exigible”. En *Debates y reflexiones en torno a la despenalización del aborto en Chile*. Casas, Lidia y Dawson, Delfina (compiladoras). Centro de Derechos Humanos. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago.
- PAREDES, Felipe, 2018: “Aborto, deferencia y activismo judicial: Comentario de la sentencia del Tribunal Constitucional rol N° 3729-2007, de 28 de agosto de 2017”. *Revista Ius et Praxis*. Año 24, N° 3.

- SEPÚLVEDA, Bárbara y VIVALDI, Lieta, 2021: "Las mujeres son personas". Consideraciones sobre las sentencias sobre aborto en tres causales y objeción de conciencia. El tribunal constitucional frente al proceso constituyente (Ponce de Leon & Soto, eds.). Thomson Reuters. Santiago.
- SIDWICK, Henry, 1907: *The Methods of Ethics* (7<sup>th</sup> edition) London, Macmillan and Co.
- THOMSON, Judith, 1971: "A Defense of Abortion," *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 1, no. 1 (Fall).
- UGARTE, José, 2006: "El derecho a la vida y la Constitución. En *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 33, Nº 3. Pontificia Universidad Católica de Chile. Santiago.
- UNDURRAGA, Verónica, 2013: *Aborto y Protección del que está por nacer en la Constitución Chilena*, Santiago, Thomson Reuters.
- VALENZUELA, Cecilia, 2020: *El Principio de Igualdad entre los padres. Fundamentos desde las teorías feministas*. Tesis doctoral. Facultad de Derecho. Universidad Diego Portales.
- ZÚÑIGA, Alejandra, 2011: "Aborto y derechos humanos", *Revista de Derecho (Valdivia)*. Volumen XXIV, Nº 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502011000200007>.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2018: "Comentarios relativos a la sentencia del TC sobre la ley que despenaliza la interrupción voluntaria del embarazo (IVE) en tres causales". En *Anuario de Derecho Público 2018*. Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales. Santiago.
- ZÚÑIGA, Yanira, 2019: "Constitución, género e igualdad. Sobre la necesidad de redefinir lo público y lo privado en la nueva Constitución" En Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y otros (editores), *La Constitución que queremos*, Santiago, LOM, pp. 131-155.

### *Normas jurídicas*

CONSTITUCIÓN de 1980, artículo 1º y 19 Nº 1.

CONSTITUCIÓN de Irlanda, artículo 40.

LEY Nº 21.030, Regula la despenalización de la interrupción voluntaria del embarazo en tres causales, publicada el 23 de septiembre de 2017.

### *Jurisprudencia citada*

PHILIPPI con Instituto de Salud Pública, Corte Suprema, Rol 2186-2001, 30-8-2001.

TRIBUNAL Constitucional de Chile, 18.4.2008, rol 740-07-CDS.

TRIBUNAL Constitucional de Chile, 28.8.2017, rol 3729 (3751)-17-CPT.

CORTE Suprema de Estados Unidos de América. Planned Parenthood of Southeastern PA. v. CASEY. 505 U.S. 833 (1992).

CORTE Suprema de Estados Unidos de América. ROE v. WADE, 410 U.S. 113 (1973).

TRIBUNAL Constitucional de Alemania Federal. 39 BVerfGE I, 1975.

TRIBUNAL Constitucional de Alemania Federal. 88 BVerfGE, 203, 1993.

## La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada

Héctor Olásolo\*  
Pablo Galain Palermo\*

### RESUMEN

*Existe amplia evidencia de la extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional del fenómeno de la corrupción y del tipo de organizaciones en el que se desarrolla. Sin embargo, los tratados internacionales anticorrupción elaborados en la década de 1990 y a principios del siglo XXI continúan equiparando la corrupción transnacional a ciertas conductas individuales que giran en torno al uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero. Esto limita significativamente la eficacia de su respuesta, por lo que es necesario revisar esta aproximación con el fin de centrar la prevención, investigación y sanción de este fenómeno en las organizaciones que lo promueven y en la extensión de sus prácticas corruptas.*

Corrupción; delito transnacional; delincuencia organizada

---

\* Licenciado en Derecho y Teología, Universidad de Salamanca, España y Universidad Santo Tomás, Colombia. Maestría en Derecho, Universidad de Columbia, Estados Unidos. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor Titular de Carrera, Universidad del Rosario, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9724-0163>. Correo electrónico: [hectorolasolo@gmail.com](mailto:hectorolasolo@gmail.com)

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales en Universidad de la República, Montevideo. Doctor Europeo en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Investigador y docente, Universidad Andrés Bello, Chile. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0000-0002-8283-9939>. Correo electrónico: [pablo.galain@unab.cl](mailto:pablo.galain@unab.cl)

El presente trabajo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “La respuesta del Derecho internacional a la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de las dinámicas de comportamiento del sistema de narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70817, financiado con recursos procedentes del Patrimonio Autónomo Fondo Nacional de Financiamiento para la Ciencia, la Tecnología y la Innovación Francisco José de Caldas (Colombia) y la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario (Bogotá, Colombia). Este proyecto forma parte del Programa de Investigación “Estrategia de respuesta integrada desde el derecho público comparado e internacional para enfrentar en Colombia la corrupción asociada al crimen transnacional organizado, a la luz de una aproximación evolutiva a las dinámicas del narcotráfico marítimo por medio de simulación de sistemas sociales” (2020-2023), con número de referencia de Minciencias (Colombia) 70593.

Artículo recibido el 27.9.2021 y aceptado para publicación el 8.3.2022.

*Structural nature of the corruption phenomenon and inadequacy of the international-legal approach based on individual conduct*

ABSTRACT

*There is ample evidence of the structural nature of corruption and the type of organizations through which it takes place. Nevertheless, anti-corruption international treaties, which were drawn up in the 1990s and at the beginning of the 21st century, continue to equate corruption to individual conduct revolving around the misuse of decision-making power or the alteration of the essence of a process, for one's own benefit or that of a third party. This prevents transnational corruption from being addressed effectively. Given this situation, it is necessary to review this approach in order to focus the prevention, investigation and punishment of this phenomenon on the organizations that promote it and on the scope of their corrupt practices.*

Corruption; Transnational Crime; Organized Crime

I. INTRODUCCIÓN

Cuando los bienes externos que recibe quien realiza una actividad humana (dinero, poder, reconocimiento, capacidad de influencia u otro tipo de interés personal) son priorizados por encima de la finalidad social objetiva que dota a esa actividad de sentido y legitimidad, nos encontramos, desde una perspectiva socioeconómica, ante el fenómeno de la corrupción<sup>1</sup>.

Además de suponer una desviación ética<sup>2</sup>, este fenómeno genera una situación de desigualdad e injusticia<sup>3</sup>, que puede afectar a amplios sectores de una sociedad y convertirse en un indicador de mala gobernanza<sup>4</sup>. Asimismo, puede llegar a reflejar una auténtica absolutización del poder<sup>5</sup>, que no distingue entre países en vías de desarrollo<sup>6</sup>

<sup>1</sup> ALLDRIDGE, 2001, pp. 287 y ss; MORALES, 2021, pp. 263 y ss; OLASOLO, 2021, pp. 827-833.

<sup>2</sup> No se puede aceptar una "corrupción buena" o la "legitimación" de cuotas de corrupción como barrera de contención de la violencia. Vid. CALDERO *et al.*, 2018, pp. 107 y ss; 193 y ss.

<sup>3</sup> En el sentido aristotélico de que no considera el mérito o demérito de las personas ni la igualdad de las cosas prescindiendo de las desigualdades personales, así como tampoco puede distribuir lo justo de manera proporcional a méritos o culpas. Vid. GARCÍA, 1973, pp. 9, 76 y ss; 99 y ss.

<sup>4</sup> MURPHY *et al.*, 1993, pp. 409 y ss.

<sup>5</sup> IBÁÑEZ, 1995, p. 27.

<sup>6</sup> GHAZI-TEHRAN y PONTELL, 2020, pp. 73 y ss; MADANIPOUR y THOMPSON, 2020, pp. 443 y ss.

y Estados con alta calidad democrática y fortaleza institucional<sup>7</sup>, que sin embargo podría ser reducido con políticas públicas de prevención situacional del delito<sup>8</sup>.

Numerosos estudios plantean que la corrupción, además de su extensión e impacto en términos de generalidad (amplitud del ámbito espacial en el que tiene lugar y alta cuantía de los recursos desviados) y sistematicidad (reiteración en el tiempo de las prácticas corruptas siguiendo patrones de conducta similares), se caracteriza por: (a) la coordinación para su desarrollo entre diversos participantes pertenecientes a los sectores público y privado (carácter organizado)<sup>9</sup>; y (b) su dimensión transnacional<sup>10</sup>. En este mismo sentido, el Preámbulo de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (CNUCC, 2003) alertaba ya casi hace dos décadas que los Estados Parte estaban “[c]onvencidos de que la corrupción ha dejado de ser un problema local para convertirse en un fenómeno transnacional que afecta a todas las sociedades y economías, lo que hace esencial la cooperación internacional para prevenirla y luchar contra ella”.

Los recientes trabajos en los últimos dos años de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) respecto de América Latina<sup>11</sup>, y de Fernández acerca de España<sup>12</sup> no hacen sino profundizar en esta cuestión, que ya venía siendo advertida también por varios autores y organizaciones como Transparencia Internacional<sup>13</sup>.

En lo que se refiere en particular a América Latina, la extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional de la corrupción se pueden observar en la mayoría de los países de la región, debido a la existencia de un diseño y funcionamiento institucional

---

<sup>7</sup> Esto no es óbice para que el “déficit democrático” tenga un impacto en los índices de corrupción y de impunidad, incluyendo “dentro de este concepto a los controles republicanos entre los distintos poderes de Estado, el papel de la prensa, la injerencia de los organismos de control del gasto público, etc”.. *Vid.* GALAIN, 2021, p. 388. En consecuencia, para MORENO (1995, p. 220), la principal diferencia entre los países en vías de desarrollo y los países desarrollados es que en los primeros las prácticas corruptas se extienden a todos los niveles, mientras que en los segundos se concentran en las más altas esferas del poder. Para ver casos concretos, VON LAMPE, 2016, pp. 261 y ss.

<sup>8</sup> Graycar y SIDEBOTTOM, 2012, pp. 385, 395 y ss.

<sup>9</sup> MORENO, 1995, pp. 205 y ss; JOLY, 2003, pp. 20 y ss, 99 y ss, 172 y ss; CORONADO, 2008, pp. 3 y ss; .

<sup>10</sup> Esta dimensión transnacional existe cuando el/los acto(s) de corrupción de que se trate(n) se comete(n) en: (a) más de un Estado; (b) dentro de un solo Estado, pero una parte sustancial de su preparación, planificación, dirección o control se realiza en otro Estado; (c) dentro de un solo Estado, pero entraña la participación de un grupo delictivo organizado que realiza actividades delictivas en más de un Estado; o (d) en un solo Estado, pero tiene efectos sustanciales en otro Estado. *Vid.* el artículo 3 (2) de la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional (CNUDOT o Convención de Palermo).

<sup>11</sup> CIDH. “Corrupción y derechos humanos”. Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019, párrafos 512-513.

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ, 2021, pp. 98 y ss. Este autor afirma que la corrupción vinculada a la malversación de bienes públicos genera anualmente el equivalente al 2,5% del PIB. Además, las prácticas corruptas constitutivas de delitos urbanísticos, o contra la ordenación del territorio, provoca una pérdida patrimonial anual mínima al Estado de otro 1,4% del PIB. El problema está íntimamente ligado con las estructuras clientelares de cuello blanco enquistadas estructuralmente en el poder político (i.e. urbanismo, ordenación del territorio y construcción). *Ibidem*, pp. 250-251.

<sup>13</sup> SANDOVAL, 2016, pp. 119 y ss; BERDUGO, 2016, pp. 24 y ss; Transparencia Internacional. Guía de lenguaje claro sobre la lucha contra la corrupción, 2009.

que, agravado por elementos culturales de tolerancia a este modo de actuar, permite y fomenta diversas formas de corrupción y opera mediante redes de poder, cuya principal función es brindar seguridad financiera y proteger y mantener en la impunidad los actos de corrupción que son funcionales a tales redes<sup>14</sup>. En consecuencia, la extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional de la corrupción se encuentran en estrecha relación con: (a) la seguridad financiera que se busca brindar al dinero ilícitamente obtenido (generalmente, canalizándolo hacia terceros países receptores de capital *off shore*); y (b) la seguridad jurídica, o impunidad frente al Derecho, que se trata de obtener en el ámbito nacional para quienes se benefician del mismo<sup>15</sup>.

A la luz de lo anterior, se puede afirmar que la corrupción no se presenta como una realidad ocasional caracterizada por la existencia de “unas pocas manzanas podridas” en aquellas instituciones públicas y organizaciones privadas en las que se manifiesta, sino que su amplia extensión, carácter organizado y dimensión transnacional<sup>16</sup> hace que vaya mucho más allá de ciertas conductas individuales realizadas con el fin de obtener un beneficio indebido<sup>17</sup>.

Sin embargo, a pesar de lo anterior, los tratados internacionales anticorrupción definen y abordan jurídicamente este fenómeno como si estuviera conformado por ciertas conductas aisladas de algunos agentes estatales o competidores en el mercado, tales como el soborno de funcionarios públicos nacionales, extranjeros y de organizaciones internacionales, el soborno privado, formas de desviación de bienes, el tráfico de influencias, el abuso de funciones, el enriquecimiento ilícito, el lavado de dinero, el encubrimiento y la obstrucción de la justicia<sup>18</sup>. Así sucede tanto en CNUCC, 2003, único instrumento internacional anticorrupción de alcance universal con 170 Estados Parte, como en la Convención para Combatir el Cohecho de Servidores Públicos Extranjeros

---

<sup>14</sup> Se sugiere considerar a la corrupción como un fenómeno estructural vinculado con la dominación social en SANDOVAL, 2016, pp. 122 y ss. En una línea crítica respecto de considerar la corrupción como un fenómeno reduccionista OLASOLO y GALAIN, en prensa.

<sup>15</sup> BLANCO, 2013, p. 153; FERNÁNDEZ, 2021, pp. 468 y ss.

<sup>16</sup> “La actual corrupción a gran escala es un fenómeno radical: ya no es individual sino inherente al sistema”. JOLY, 2003, p. 180.

<sup>17</sup> MILLER, 2017, pp. 5,7; . En algunos casos se trata de una cultura de corrupción derivada de una ideología postcolonial, CORONADO, 2008, pp. 4 y ss. Como explica JOLY, la comunidad internacional ha intentado desviar la atención de la corrupción estructural mediante la lucha contra el blanqueo de dinero vinculado al narcotráfico. Sin embargo, “[e]l blanqueo es un crimen lejano, achacado a los financistas *offshore*, en tanto que la corrupción es un crimen cercano que atañe a los hombres y a las mujeres que nos gobiernan”. JOLY, 2003, p. 173. De todas formas, la interrelación entre corrupción y blanqueo es cada vez más aceptada por la doctrina penal. GÓMEZ, 2021, pp. 1429 y ss.

<sup>18</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 144 y ss; 213 y ss. Algunas de estas conductas, como el lavado de dinero o la obstrucción a la justicia, si bien no constituyen en sentido estricto actos de corrupción, se encuentran estrechamente relacionados con los mismos. Además, las conductas de corrupción privada solo son recogidas en la CNUCC (2003), e incluyen, entre otras, solicitar coimas para otorgar determinadas obras en el ámbito privado, transferir dinero a quienes toman decisiones con el fin de recibir un trato preferencial en la contratación de bienes y servicios, o acordar entre varias compañías oligopolistas los precios a los que se ofrecerán o adquirirán ciertos productos con el fin de sustituir la competencia real por una aparente. *Vid.* BENITO, 2021, p. 597; 623-625; OLASOLO, 2021, p. 833.

en Transacciones Comerciales Internacionales de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (Convención OCDE, 1997) y en los varios tratados regionales elaborados por la Organización de Estados Americanos (Convención Interamericana contra la Corrupción, CICC, 1996), la Unión Europea (1997), el Consejo de Europa (1999) y la Unión Africana (2003).

De esta manera, la aproximación a la corrupción transnacional por los tratados internacionales anticorrupción (ya sea a efectos de homogeneizar su definición en los sistemas nacionales, delimitar la aplicación extraterritorial de las jurisdicciones internas en materia civil y penal, o reforzar la cooperación judicial internacional en sus actuaciones), se distingue sustancialmente de la manera en la que el propio derecho internacional aborda otros fenómenos que se caracterizan por su amplia extensión (sistematicidad o gran escala) y su carácter organizado<sup>19</sup>.

En este contexto, la sección 2, que presta especial atención a América Latina, analiza distintos aspectos de la extensión, naturaleza organizada y dimensión transnacional de la corrupción, incluyendo: (a) la seguridad financiera y la garantía de impunidad frente a la aplicación del Derecho que resultan necesarias para alcanzar su finalidad; (b) los tipos de organizaciones en las que se desarrolla; y (c) la destacada función de la delincuencia organizada *strictu sensu* en su promoción y fortalecimiento.

A continuación, en la sección 3, se analizan las razones por las que en la década de 1990 y principios del siglo XXI los tratados internacionales anticorrupción adoptaron una definición de la corrupción transnacional que, desconociendo su extensión y carácter organizado, la circunscribe a ciertas conductas individuales, dificultando así su abordaje integral (desde lo conceptual), lo que a su vez menoscaba sustancialmente la eficacia de su respuesta (política criminal).

Finalmente, en la sección 4 de conclusiones, se expone la necesidad de revisar esta aproximación con el fin de centrar la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria de la corrupción transnacional en las distintas organizaciones que la promueven y en la extensión de sus prácticas corruptas.

---

<sup>19</sup> Este es el caso, por ejemplo, de los crímenes de lesa humanidad respecto de los que el acento, en lugar de ponerse en las conductas individuales o modalidades de comisión, se coloca en el contexto en el que estas conductas se producen, el que se caracteriza por: (a) la generalidad o sistematicidad de la violencia contra la población civil; y (b) el carácter organizado de la violencia que se desarrolla de conformidad con la política de un Estado o de una organización. *Vid.* la definición de los delitos de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Vid.* también OLASOLO y MANÉ, 2021, pp. 672-678.

## II. LA EXTENSIÓN, EL CARÁCTER ORGANIZADO Y LA DIMENSIÓN TRANSNACIONAL DE LA CORRUPCIÓN: ESPECIAL ATENCIÓN A AMÉRICA LATINA

### 1. *Primera aproximación*

En su más reciente informe de 2019, la CIDH afirma la existencia de diversas formas de corrupción que conviven en América Latina, incluyendo “desde casos aislados o esporádicos a prácticas generalizadas y cotidianas, de formas individuales a sistemas de corrupción, de desviaciones de poder a captura del Estado por bandas criminales”, que tienen consecuencias negativas en múltiples aspectos, incluyendo el deterioro del sistema democrático, el estado de derecho y los derechos humanos<sup>20</sup>.

Según Transparencia Internacional (2009), estas formas de corrupción se pueden clasificar en dos grandes categorías: (a) la “corrupción menor”, que se produce en la relación directa entre el funcionario público y la ciudadanía (por ejemplo, los pagos para evitar sanciones o para acceder a la atención sanitaria o al sistema educativo) y (b) la “gran corrupción”, que se genera en las altas esferas del poder e involucra recursos importantes.

Respecto de la primera, Galain señala que las prácticas corruptas se incorporan como moneda de cambio en las relaciones entre privados y autoridades y funcionarios estatales, lo que hace que su abordaje sea mucho más complejo porque, salvo los casos de cohecho de mayor cuantía, la pequeña y cotidiana corrupción no es ni tan siquiera percibida como un delito por la población<sup>21</sup>, lo que favorece la continuidad de las prácticas corruptas y la impunidad de quienes incurren en las mismas<sup>22</sup>. De esta manera, se genera una cultura de tolerancia y normalización frente a la corrupción y la ilegalidad, donde el respeto a las leyes, las instituciones y la confianza depositada por la ciudadanía es desvalorizada socialmente; situación que se refuerza todavía más al percibirse la corrupción como un fenómeno social que no es posible controlar<sup>23</sup>.

Con relación a lo que Transparencia Internacional califica como “gran corrupción”, la doctrina ha desarrollado varios conceptos con el fin de describir con mayor precisión sus distintas variantes. Así, Hellman y Kaufmann<sup>24</sup> han elaborado el concepto de captura del Estado, que refleja una forma de corrupción en la que los actores privados tienen el poder para influir en la toma de decisiones por las autoridades estatales (ya sea a nivel local, regional o nacional), y lo utilizan para que se adopten políticas públicas o decisiones administrativas con las que esperan generar beneficios para sí mismos o para terceros, creando así una situación de dependencia. Esto sucede, por ejemplo, cuando la

---

<sup>20</sup> CIDH. “Corrupción y derechos humanos”. Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019, párrafos 512-513.

<sup>21</sup> GALAIN, 2021, pp. 385 y ss; GALAIN, 2021a, p. 749.

<sup>22</sup> GALAIN, 2021a, pp. 751 y ss.

<sup>23</sup> GARCÍA, 2009, p. 187.

<sup>24</sup> HELLMAN y KAUFMANN, 2001, pp. 31-35.

financiación ilegal de los partidos y las campañas políticas causan una influencia desproporcionada en favor de los financiadores y en perjuicio del conjunto de la población.

Por su parte, Garay, Salcedo-Albarán y Álvarez-Villa (2020) han desarrollado la distinción entre: (a) los casos de macrocorrupción, consistentes en formas sistémicas de corrupción que se dan con independencia de los individuos que las llevan a cabo, y que corresponden a formas criminales no necesariamente jerárquicas donde conviven actuaciones lícitas e ilícitas, realizadas por agentes estatales y no estatales, en un entramado complejo, sin claros límites territoriales; y (b) los casos agravados de macrocorrupción. Esta segunda categoría estaría compuesta por: (i) los supuestos de cooptación institucional, donde por medio de actos lícitos e ilícitos se captura una institución del Estado y se pone al servicio de intereses de actores estatales y no estatales, desnaturalizando sus funciones ordinarias; y (ii) las situaciones de captura completa del aparato del Estado, como sucedió en Perú durante el gobierno de Alberto Fujimori, donde las más altas esferas del gobierno, con influencia sobre todos los poderes públicos, pusieron el aparato estatal al servicio de un entramado de corrupción a gran escala<sup>25</sup>.

La CIDH se refiere a los casos agravados de macrocorrupción como “esquemas criminales de captura del Estado”, los que pueden darse en los ámbitos local, regional o nacional, y cuyas consecuencias son particularmente dañinas porque, además de menoscabar los pilares del Estado e impedir que puedan cumplir con sus fines, permiten que el crimen organizado ponga el poder público a su servicio<sup>26</sup>.

En particular los casos agravados de macrocorrupción, Sandoval pone el acento en un diseño y funcionamiento institucional que se dirige a proteger a las redes de poder que fomentan las dinámicas de corrupción que le son funcionales<sup>27</sup>.

Por su parte, la CIDH destaca los siguientes: (a) la debilidad institucional de la mayoría de Estados latinoamericanos, que disponen de una cobertura territorial insuficiente y adolecen de instituciones incapaces de cumplir plenamente con sus funciones; (b) el monopolio o concentración de recursos, poder y capacidad de influencia de actores privados en la toma de decisiones en sectores con alto impacto socioeconómico y político; (c) los amplios márgenes de discrecionalidad de las autoridades y funcionarios públicos en estos sectores, y la falta de control sobre sus actos (poca transparencia y deficiente rendición de cuentas), lo que provoca que el proceso de toma de decisiones sea más vulnerable a indebidas influencias externas y prácticas corruptas estructurales; y (d) el alto nivel de impunidad de agentes estatales y actores privados, lo que hace que el costo de la corrupción para unos y otros sea ampliamente superado por los beneficios que esperan obtener<sup>28</sup>.

---

<sup>25</sup> GARAY *et al.*, 2020, pp. 50-59. Vid. también, CIDH. “Segundo informe sobre situación de derechos humanos en Perú”. 2 de junio de 2000, p. 2.

<sup>26</sup> CIDH, 2018.

<sup>27</sup> La corrupción es un problema vinculado a la ausencia de control respecto del abuso de poder, SANDOVAL, 2016, pp. 125 y ss.

<sup>28</sup> CIDH, 2019, párr. 117.

A esto hay que añadir que, en un buen número de países latinoamericanos, el narcotráfico ha permitido a las organizaciones de la delincuencia organizada, cuyo operar supera las fronteras estatales, desarrollar auténticas estructuras de poder paralelas que gozan de impunidad, debido al alto grado de corrupción de las autoridades y funcionarios estatales (en particular, en los organismos policiales y en la administración de justicia) y a la violencia ejercida contra los agentes que rechazan las prácticas corruptas<sup>29</sup>, lo que amenaza con destruir su tejido social, político y económico<sup>30</sup>.

## 2. Seguridad financiera y garantía de impunidad

Para alcanzar su finalidad de obtener, directa o indirectamente, un lucro o ventaja indebida, ilegítima o injustificada que pueda mantenerse en el tiempo<sup>31</sup>, el fenómeno de la corrupción necesita de una doble “seguridad”: por un lado, la “seguridad financiera” para los activos mal habidos que trata de blindar el dinero ilícitamente obtenido dirigiéndolo hacia jurisdicciones confidenciales, y, por otro lado, la “seguridad frente a la aplicación del derecho”, que garantice la no persecución, la persecución oblicua o la impunidad de los corruptos.

La “seguridad financiera” se garantiza mediante una complicada ingeniería que combina distintos servicios brindados desde o bajo la égida de los grandes centros financieros de los países “centrales” o “hegemónicos”, con sucursales en las aproximadamente sesenta jurisdicciones confidenciales aún existentes<sup>32</sup>. Esto permite que los dineros ilícitos puedan ser repartidos entre los partícipes o socios de los grandes contratos públicos de la construcción, el petróleo, las armas, la aeronáutica, la extracción de minerales, la energía renovable o las telecomunicaciones, por poner solo algunos ejemplos.

En cuanto a la “seguridad frente a la aplicación del derecho”, esta depende, en primer lugar, de la complejidad de un sistema financiero instrumentalizado para borrar “las pistas del dinero” con el fin de imposibilitar la trazabilidad de los activos<sup>33</sup>. Asimismo, necesita, en segundo lugar, de otros actores que operan en distintos niveles institucionales<sup>34</sup> para garantizar el acceso transnacional y la impunidad de quienes previamente

---

<sup>29</sup> Este vínculo es evidente en el caso de Perú, HURTADO, 1995, pp. 156, 158, 162. Comparando el caso “Lava Jato” u Odebrecht brasileño con el “Lava Narco” peruano, SOBERÓN, 2017, pp. 87 y ss.

<sup>30</sup> CIDH, 2009, párrs. 33, 167.

<sup>31</sup> BERDUGO y LIBERATORE, 2012, pp. 9 y ss; LESSIG, 2011, pp. 13-20.

<sup>32</sup> HERNÁNDEZ, 2009, pp. 22 y ss; 41 y ss; 57 y ss; FERNÁNDEZ, 2021, pp. 274 y ss; 306 y ss; 384; SHAXSON, 2014, pp. 43 y ss; 162 y ss. Según este último autor, nos encontramos ante “un conjunto de redes de influencia controladas por las principales potencias mundiales”. Así, existiría una gran “zona británica” controlada desde Londres (Jersey, Guernesey, Isla de Man, Islas Caimán, Bermudas, Bahamas, Gibraltar, etc.), una “zona europea” (Suiza, Luxemburgo, Mónaco, Liechtenstein, Andorra, Madeira, etc.), una “zona de influencia de EE.UU” (Florida, Delaware, Nevada, Islas Marshall, Islas Vírgenes, Panamá, etc.) y una cuarta categoría que se “compone de rarezas inclasificables, como Somalia y Uruguay, que no han tenido demasiado éxito”. *Ibidem*, p. 41.

<sup>33</sup> FERNÁNDEZ, 2008, pp. 92 y ss; FERNÁNDEZ, 2013, pp. 63 y ss; 85.

<sup>34</sup> VON LAMPE, 2016, pp. 127 y ss; 267 y ss.

han borrado las huellas de la ilegalidad del dinero<sup>35</sup>. Además, en tercer lugar, se requiere la “asistencia profesional” de firmas contables y despachos de abogados para blindar la identidad de corruptos y corruptores<sup>36</sup>.

A esto hay que unir, como señala Ruggiero<sup>37</sup>, la connivencia de unos medios de comunicación devenidos en actores políticos o empresariales<sup>38</sup>, que defienden en gran medida al sistema económico como una “cuestión de Estado”<sup>39</sup>. Esto hace que el periodismo de investigación, que ha revelado los “Paradise Papers”<sup>40</sup>, los “Panamá Papers”<sup>41</sup> y los “Pandora Papers”<sup>42</sup>, tenga en la actualidad un alcance muy limitado, a pesar de: (a) la magnitud de los escándalos político-financieros provocados por los documentos expuestos; y (b) el debilitamiento que este tipo de periodismo genera en las seguridades necesarias para el éxito de una corrupción extendida, organizada y transnacional, al poner al descubierto los complejos entramados jurídicos que son funcionales y necesarios para el blindaje de las prácticas corruptas.

Con base en lo anterior, se puede afirmar que la corrupción invierte el sistema de valores, disminuye la eficacia del derecho<sup>43</sup>, y deja oculta la convergencia entre distintos intereses que operan como uniones de hecho entre emprendimientos legales e ilegales, en los que participan, entre otros, autoridades y funcionarios públicos, integrantes de partidos políticos, banqueros, empresarios, expertos en finanzas, contabilidad y derecho, y miembros de grupos al margen de la ley<sup>44</sup>.

<sup>35</sup> FERNÁNDEZ, 2013, pp. 51 y ss; 58 y ss; 71 y ss.

<sup>36</sup> SHAXSON, 2014, pp. 23 y ss; 183 y ss.

<sup>37</sup> RUGGIERO, 2008, pp. 140 y ss.

<sup>38</sup> RINCÓN, 2019, p. 317.

<sup>39</sup> LAURÍA, 2019, pp. 155, 156.

<sup>40</sup> Vid. <https://www.icij.org/investigations/paradise-papers/>. Esta base de datos “filtrada” principalmente de un estudio jurídico de Bermudas revela: a) la magnitud del dinero “evadido” y “circulante” en los paraísos fiscales; b) la titularidad de esos bienes en manos de personalidades de los cinco continentes relacionadas por un mínimo denominador común: su vinculación con el poder político y económico.

<sup>41</sup> Vid. <https://www.icij.org/investigations/panama-papers/five-years-later-panama-papers-still-having-a-big-impact/>. Este escándalo político-financiero pudo ser conocido debido a una coyuntura geopolítica muy particular en la que, por algún motivo que no conocemos en profundidad, distintos fondos escondidos en diversos centros financieros quedaron repentinamente “al descubierto”, afectando en particular, a la zona de influencia de los EE.UU en América Latina.

<sup>42</sup> Vid. <https://www.icij.org/investigations/pandora-papers/>. El reciente escándalo de los “Pandora Papers”, que incursionan en la zona de influencia británica, presentan una nueva situación de incertidumbre para quienes brindan la seguridad financiera funcional para el mantenimiento de las redes de corrupción. Posiblemente estos vientos huracanados que vienen “destapando” los refugios mejor guardados de los dineros ilícitos (o simplemente evadidos) sigan soplando en distintas direcciones, llegando incluso a tocar las costas de la propia Unión Europea.

<sup>43</sup> HASSEMER, 1995, pp. 149 y ss.

<sup>44</sup> JOLY, 2003, pp. 99, 102, 108, 140, 159 y ss; THOMPSON, 1995, pp. 7, 8; LESSIG, 2011, pp. 13-20.

### 3. *Tipos de organizaciones involucradas en la corrupción*

Con el fin de comprender mejor el carácter organizado de la corrupción, se pueden distinguir tres tipos de organizaciones involucradas en prácticas que, como hemos visto en las secciones anteriores, llevan, con relativa frecuencia a capturar (cooptar) los niveles local, regional e incluso nacional de la administración estatal de una buena parte de países de América Latina<sup>45</sup>:

- a) Las que existen y operan desde las distintas administraciones y poderes del Estado, como los casos de Alberto Fujimori en Perú<sup>46</sup>, Javier Duarte de Ochoa (exgobernador de Veracruz) en México<sup>47</sup> y el denominado Cartel de la Toga en Colombia<sup>48</sup>, entre otros muchos;
- b) Las que, como de manera emblemática ha mostrado el caso Odebrecht<sup>49</sup>, existen y operan desde fuera del Estado, pero dentro de una aparente legalidad en los ámbitos económico (empresas con departamentos de operaciones especiales/sobornos), financiero (banca de inversión como facilitador de delitos de lavado de activos), político (partidos políticos con tesorerías que gestionan una doble financiación lícita e ilícita), social (sindicatos y organizaciones no gubernamentales que recurren también a una doble financiación lícita e ilícita) y técnico (despachos contables y firmas de abogados que facilitan o encubren las prácticas corruptas);
- c) Las que operan principalmente al margen de la ley, ya se trate de delincuencia organizada *stricto sensu* o de grupos armados organizados que participan en conflictos armados<sup>50</sup>.

Mientras el primer tipo de organizaciones se caracteriza, entre otras cosas, por incurrir en delitos contra el patrimonio del Estado o la Hacienda Pública, las del segundo tipo centran su actividad en los delitos urbanísticos, fiscales, políticos, sobornos, malversación de bienes privados, administración desleal y otros delitos económicos<sup>51</sup>. En cuanto a las del tercer tipo, estas se especializan en el tráfico de bienes y servicios prohibidos (armas, estupefacientes, pornografía infantil, apuestas ilícitas, especies protegidas y seres humanos, entre otros) y en la búsqueda de mecanismos comerciales y servicios profesionales

<sup>45</sup> HELLMAN y KAUFMANN, 2001, pp. 31-35; ALBISU, 2016, pp. 2 y ss.

<sup>46</sup> Comisión Interamericana de Derechos Humanos. "Corrupción y derechos humanos". Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019.

<sup>47</sup> HERNÁNDEZ y ANZOLA, 2021, pp. 122-125.

<sup>48</sup> RAMÍREZ-MONTES y PEÑAFORT, 2021, pp. 85-91.

<sup>49</sup> FRONZA e INSOLERA, 2021, pp. 43 y ss; PADILLA, 2021, pp. 42 y ss; PIRES, 2019, pp. 187 y ss.

<sup>50</sup> OLASOLO y MANÉ, 2021, pp. 656-658. ALBRECHT se refiere al fenómeno que traspasa la criminalidad internacional y lesiona a los derechos humanos utilizando el concepto de *Gewaltökonomie* o "Economía de la violencia". ALBRECHT, 2007, pp. 153 y ss.

<sup>51</sup> FERNÁNDEZ, 2021, pp. 91 y ss; 259 y ss.

para que los fondos obtenidos ilícitamente puedan ser “ingresados” (blanqueados) en el sistema económico-financiero lícito<sup>52</sup>.

Estos tres tipos de organizaciones se caracterizan por su fluidez y por la tendencia a interactuar entre sí<sup>53</sup>, con independencia de que operen principalmente desde una aparente legalidad (ya sea al interior del Estado o desde fuera del mismo en los ámbitos económico, financiero, político, social y técnico) o al margen de la ley, lo que hace que se torne difícil el trazado de la frontera entre lo legal y lo ilegal<sup>54</sup>.

De esta manera la delincuencia organizada *strictu sensu* juega, sin duda, una función importante en el desarrollo y promoción de la corrupción, lo que es corroborado por las características que han desarrollado este tipo de organizaciones para realizar sus actividades. Así, en primer lugar, se organizan como auténticas estructuras empresariales clandestinas con una pluralidad de miembros que cooperan permanentemente de modo racional según el principio de división de funciones para: (a) conseguir sus objetivos empresariales consistentes en la maximización de los beneficios en los mercados prohibidos en los que operan; y (b) presentarse, en la medida de lo posible, como empresas económicas lícitas<sup>55</sup>.

En segundo lugar, se extienden y operan por medio de redes, de manera que sus miembros puedan confiar en un tejido de puntos de contacto en diferentes Estados con los que desarrollar sus actividades “de forma segura”. Dichas redes se caracterizan porque, si bien permanecen en el tiempo, son descentralizadas, flexibles, y se adaptan constantemente de acuerdo con las condiciones del contexto, construyendo conexiones con otros grupos, y formando cadenas de tráfico ilícito global<sup>56</sup>.

En tercer lugar, tienden a desarrollar su acción mediante el recurso a la amenaza y al ejercicio de la violencia, por lo que es frecuente que estructuras paramilitares formen parte de estas<sup>57</sup>. De esta manera, las organizaciones de la delincuencia organizada no se limitan a realizar operaciones económicas prohibidas, sino que recurren también a las amenazas, la destrucción de propiedad, las agresiones graves y los asesinatos o desplazamientos forzados frente a quienes suponen un obstáculo en el desarrollo de sus actividades económicas<sup>58</sup>.

---

<sup>52</sup> OLASOLO y GALAIN, 2018, pp. 150 y ss.

<sup>53</sup> LEROY, 1990, p. 6; OBOKATA y PAYNE, 2017, p. 11; PAOLI y VANDER BEKEN, 2014, pp. 14,15; RITCH, 2002, p. 571.

<sup>54</sup> En relación con la difuminación de los límites entre lo legal y lo ilegal y como un ejemplo extremo, SCHULTZE-KRAFT, 2019, pp. 17-36, se refiere al concepto de *Crimilegality* para describir una situación compleja que se puede dar en sistemas criminales híbridos (en particular se refiere a Colombia y Nigeria) donde los límites morales, normativos y sociales entre la legalidad y la ilegalidad-criminalidad se difuminan, y en los cuales mediante la violación de la ley oficial, la esfera ilegal-criminal de la vida social se vuelve legítima y moralmente aceptable, al mismo tiempo que la legal se vuelve ilegítima e inmoral.

<sup>55</sup> RITCH, 2002, p. 571; PAOLI y VANDER BEKEN, 2014, pp. 14,15; OBOKATA y PAYNE, 2017 p. 11.

<sup>56</sup> CASTELLS, 1998, p. 371; GILMAN, GOLDHAMMER y WEBER, 2011, pp. 270 y ss; NOGUERA, 2017, pp. 281 y ss.

<sup>57</sup> PAOLI y VANDER BEKEN, 2014, pp. 14, 15; OBOKATA y PAYNE, 2017, p. 11.

<sup>58</sup> OLASOLO, 2018, pp. 81-90.

Finalmente, para poder desplegar sus actividades a lo largo del tiempo, estas organizaciones requieren disponer de una conexión estructural con los poderes públicos (administrativo, legislativo y judicial) y privados (en particular, pero no exclusivamente, el sector económico-financiero) de los ámbitos material y territorial (local, regional, nacional y supranacional) en los que operan, lo que hace que la corrupción juegue un papel medular en sus actividades<sup>59</sup>.

Esta estrecha conexión con el sector económico-financiero y con el sistema socio-político encargado de diseñar la legislación anticorrupción y promover su aplicación (que ha sido particularmente estudiado en los últimos años en relación con los carteles del narcotráfico mexicanos, debido a su preponderancia en la exportación de estupefacientes hacia el mayor consumidor mundial de sustancias prohibidas, EE.UU)<sup>60</sup>, constituye un elemento central de su funcionamiento<sup>61</sup> y permite que las organizaciones de la delincuencia organizada no lleven a cabo sus transacciones ilícitas aprovechándose de “vacíos legales”, sino de la interacción social con las autoridades en los territorios y jurisdicciones en los que desarrollan sus actividades<sup>62</sup>.

En consecuencia, a mayor capacidad de acción de la delincuencia organizada mayor fortalecimiento y extensión de las prácticas de corrupción y de las redes que las promueven<sup>63</sup>.

---

<sup>59</sup> KLEEMANS, 2014, pp 33-38.

<sup>60</sup> ASTORGA, 2015, pp. 423 y ss; HARI, 2015, pp. 63 y ss; 125 y ss; 289 y ss; MEDEL y THOUMI, 2014, pp. 196 y ss; OLASOLO y GALAIN, 2018, pp. 148 y ss; O'NEIL, 2009, pp. 63 y ss; PATERNOSTRO, 1995, pp. 41 y ss; RÍOS, 2015, pp. 1433 y ss. Los estudios realizados muestran que los carteles mexicanos actúan junto con funcionarios públicos corruptos o dentro de un marco de aquiescencia, complacencia, no intervención o incorrecta intervención del Estado. En consecuencia, agencias y agentes estatales coparticipan activa o pasivamente de las actividades criminales. Además, una vez establecidos los pactos corruptos, la violencia se aplica no solo entre competidores por el mercado ilegal, sino también contra los funcionarios públicos no corruptos. Se refieren a la participación en el narcotráfico de las FARC colombianas y de movimientos guerrilleros en Perú: REXTON, 2016, pp. 36 y ss; FELBAB-BROWN, 2010, pp. 41 y ss.

<sup>61</sup> OBOKATA, 2006, p. 29; ARONOWITZ, 2003, p. 89; HAGAN, 1983, p. 29.

<sup>62</sup> KLEEMANS, 2014, pp. 33-38.

<sup>63</sup> Esto es precisamente lo que ha sucedido desde la caída del Muro de Berlín en 1989 como consecuencia de: (a) la desregulación de los mercados financieros (SÁNCHEZ y BLANCO, 2000, pp. 4 y s; CASTRESANA, 2004, pp. 213 y ss); (b) las innovaciones tecnológicas en las comunicaciones y las transacciones financieras (GLYNN, KOBRIN y NAIM, 1997, pp. 12-14; y (c) la instrumentalización de las poblaciones residentes que buscan escapar de la marginalidad en las áreas desconectadas para desarrollar una “economía criminal global” dirigida a proveer bienes y servicios prohibidos a quienes conforman la ciudadanía global en las áreas conectadas (CASTELLS, 1998, p. 371; MANTILLA, 2009, pp. 586, 587; OLASOLO, 2018, pp. 79, 80; OLASOLO y MANE, 2021, p. 651).

### III. EL DESCONOCIMIENTO DE LA EXTENSIÓN Y DEL CARÁCTER ORGANIZADO DE LA CORRUPCIÓN TRANSNACIONAL EN SU DEFINICIÓN EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES ANTICORRUPCIÓN

A pesar de que la extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional de la corrupción son difícilmente cuestionables, la actual definición de este fenómeno en los tratados internacionales anticorrupción, si bien reconoce esta última dimensión, desconoce los dos primeros elementos al equipararlo a ciertas conductas individuales como las que señalamos en la introducción de este trabajo<sup>64</sup>. Esto es, en gran medida, consecuencia de las particulares características del proceso en el que se desarrollaron los trabajos preparatorios de dichos tratados.

Este proceso se puede retrotraer a los trabajos desarrollados a principios de la década de 1970 en la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo (CNUCD), el Centro (CNUEM) y la Comisión (ComNUEM) de las Naciones Unidas sobre las Empresas Multinacionales y la OCDE. Su inicio fue resultado, en buena medida, de las filtraciones respecto de la manera en que la multinacional norteamericana de telecomunicaciones IT&T había hecho todo lo posible (incluyendo la aportación de importantes recursos financieros) para evitar que Salvador Allende ganara las elecciones chilenas de 1970 (*Washington Post*, 21/02/1972).

En un primer momento, el debate giró en torno a dos posiciones encontradas acerca de la definición normativa de la corrupción transnacional. Por un lado, los países en vías de desarrollo, organizados en el G-77 y en el Grupo de los Países No Alineados, y encabezados durante el periodo 1972-1973 por Chile (antes del golpe de Estado que provocó la muerte de Allende y la llegada al poder del general Pinochet), propusieron una definición jurídico-internacional de la corrupción transnacional que pusiera el énfasis en la excesiva influencia ejercida en su política interna por las empresas multinacionales con sede en los países desarrollados. Esta posición identificaba, por tanto, al sector privado de estos últimos como el principal causante del problema<sup>65</sup>.

Asimismo, EE.UU. propuso una definición normativa conforme a la cual solo serían relevantes para el derecho internacional aquellas prácticas corruptas consistentes en pagos ilícitos (sobornos) a autoridades y funcionarios públicos extranjeros (principalmente, pero no solamente, de países en vías de desarrollo), que eran moneda común en las transacciones comerciales internacionales. Esta propuesta suponía, por tanto, limitar la relevancia jurídico-internacional de la corrupción transnacional a lo siguiente:

1. Actividades en las que participara el sector público (autoridades y funcionarios públicos), excluyendo las desarrolladas por el sector privado (empresas multinacionales) sin intervención estatal;

<sup>64</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 95-99; 141 y ss.

<sup>65</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 75 y ss.

2. Actividades directamente vinculadas a países en vías de desarrollo (a quienes las autoridades y funcionarios corruptos representaban principalmente), dejando en un segundo plano la contribución por acción u omisión de los países desarrollados que eran sede de las empresas multinacionales; y
3. Ciertas acciones individuales como el soborno, que no permitían reflejar la naturaleza estructural del fenómeno de la corrupción<sup>66</sup>.

Ante el poco éxito inicial para lograr en los distintos organismos de las Naciones Unidas y en la OCDE la aceptación de su propuesta, EE.UU. decidió optar por la vía unilateral al recoger su contenido en la Ley de Prácticas Corruptas en el Extranjero (FCPA), aprobada en 1978. Con ello respondía tanto a las filtraciones en el comportamiento de IT&T en las elecciones chilenas de 1970 (que había generado gran preocupación por las repercusiones que la mala conducta empresarial de sus multinacionales podría tener en la eficacia de la política exterior norteamericana), como al caso Watergate (que había provocado una profunda inquietud en EE.UU. ante la constatación de que dichas empresas habían creado fondos de financiación al margen de la ley que podían ser utilizados para realizar pagos ilícitos tanto dentro como fuera del país)<sup>67</sup>.

Además, ante la mayor capacidad de influencia alcanzada por los países en vías de desarrollo en la década de 1970, EE.UU. y los demás países desarrollados de su entorno promovieron en la década siguiente la reconfiguración de la relación entre el Estado y el mercado sobre la premisa de que el libre funcionamiento de este último ofrecía el mejor mecanismo para la gobernanza tanto a nivel nacional como internacional. Como resultado, se redefinió la función del Estado, dando mayor relevancia a su actuación como agente económico y relegando paulatinamente a un segundo plano su papel como agente sociopolítico<sup>68</sup>.

Fruto de lo anterior, se fue progresivamente deslegitimando, a partir de la década de 1980, el papel del Estado como defensor del interés público frente a los excesos de las empresas multinacionales en la búsqueda por maximizar sus beneficios. Asimismo, se buscó reorientar la comprensión del fenómeno de la corrupción, haciendo énfasis en que el epicentro del problema era la acción sociopolítica de aquellos Estados que superaban las limitadas funciones que la doctrina neoliberal les encomendaba como agentes económicos<sup>69</sup>.

Todo esto se vio favorecido por la progresiva pérdida de importancia estratégica de los países en vías de desarrollo, lo que comenzó con la implantación de regímenes autoritarios en Sudamérica mediante golpes de Estado<sup>70</sup>, siguió con la crisis de la deuda externa en la década de 1980 (y la consiguiente necesidad de numerosos Estados en vías

<sup>66</sup> PUCKETT, 2010, pp. 815 y ss; TEACHOUT, 2016, pp. 102 y ss.

<sup>67</sup> BROEHL, 1996, pp. 59-65.

<sup>68</sup> STEDMAN JONES, 2014, pp. 269-271.

<sup>69</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 133 y ss.

<sup>70</sup> Tras los golpes de Estado en Paraguay (1954) y Brasil (1964), la década de 1970 sería testigo de los golpes de Estado en Chile (1973), Uruguay (1973), Argentina (1976) y Bolivia (1978).

de desarrollo de solicitar a las instituciones financieras internacionales créditos condicionados a la limitación de las funciones del Estado y a la reducción de su presupuesto nacional) y se agudizó con el fin de la Guerra Fría a partir de 1989<sup>71</sup>.

Esto no supuso, sin embargo, que de la noche a la mañana los países en vías de desarrollo dejaran de solicitar una regulación estructural (no limitada al soborno como proponía EE.UU.) de las empresas multinacionales para combatir la corrupción en aquellos foros, como la CNUCD, la CNUEM y la CNUCD, en los que el G-77 y el Grupo de los Países No-Alineados tenían una mayor capacidad de influencia. No obstante, con el paso del tiempo, el énfasis en el debate por la definición jurídico-internacional de este fenómeno fue inexorablemente pasando del sistemático mal comportamiento empresarial de las multinacionales de los países desarrollados, al mal gobierno estatal de algunas autoridades y funcionarios (comúnmente denominadas “manzanas podridas”), principalmente de los países en vías de desarrollo<sup>72</sup>.

Cuando EE.UU., motivado principalmente por su interés nacional en reequilibrar las condiciones de competencia entre sus multinacionales y las de terceros países desarrollados que no estaban sometidos a la FCPA (ni a ninguna otra legislación que se le pareciera), reintrodujo en 1989 en la OCDE (foro al que no tenían acceso los países en vías de desarrollo) la iniciativa de extender a nivel internacional la criminalización del soborno a funcionarios públicos extranjeros previsto en la FCPA, los demás Estados desarrollados (aliados político-militares, pero competidores económicos, de EE.UU.) no mostraron, en principio, ningún interés<sup>73</sup>.

Esto se debió a que la mayoría de los Estados desarrollados no solo no establecían en su legislación interna ningún tipo de responsabilidad civil, administrativa o penal por los sobornos pagados por sus multinacionales a funcionarios públicos de terceros países para obtener contratos y poder desarrollar allí sus actividades, sino que además contaban con legislaciones fiscales que permitían deducir como gastos de empresa dichos pagos ilícitos<sup>74</sup>. En consecuencia, la prohibición impuesta por la FCPA a las multinacionales norteamericanas de no realizar este tipo de sobornos o pagos ilícitos si no se quería incurrir en responsabilidad penal, ofrecía al resto de multinacionales una ventaja competitiva muy importante<sup>75</sup>.

Sin embargo, la capacidad de influencia de EE.UU. en el periodo inmediatamente posterior a la caída del Muro de Berlín era tal que, a pesar del desinterés inicialmente mostrado por los demás países desarrollados en el seno de la OCDE, el subsiguiente periodo entre 1994 y 1997 vio el establecimiento de lo que se ha denominado la “gobernanza anticorrupción”, fruto en gran medida de las diversas coaliciones promovidas

<sup>71</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 133,134; 223-226.

<sup>72</sup> JAKOBI, 2013, pp. 243 y ss.

<sup>73</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 99; 128,129; 134-143.

<sup>74</sup> PIETH, 1999, pp. 12-16; KATZAROVA, 2019, pp. 99; 128, 129; 134-143.

<sup>75</sup> PIETH, 1999, pp. 12-16.

directa o indirectamente por EE.UU. para extender la regulación de la FCPA a nivel internacional<sup>76</sup>.

De esta manera, el avance en las conversaciones en el seno de la OCDE y la adopción en 1994 de su Recomendación sobre el Soborno en las Transacciones Comerciales Internacionales (RBIBT), llevó a buscar una regulación similar en toda una serie de organizaciones regionales en las que EE.UU. y sus socios más cercanos tenían una gran capacidad de influencia, como la Organización de Estados Americanos (1996), la Unión Europea (1997) y el Consejo de Europa (1999). Esto, unido a la aprobación de la Convención OCDE (1997) y a los acuerdos alcanzados en el Banco Mundial, establecieron las bases para reintroducir en las Naciones Unidas la propuesta de adoptar una aproximación a la definición y abordaje de la corrupción transnacional en línea con lo propuesto por EE.UU.

Fruto de los debates sostenidos durante su proceso de negociación, la CNUCC (2003) ha superado la limitación de la definición normativa de corrupción a prácticas donde intervienen autoridades y funcionarios públicos (principalmente de los países en vías de desarrollo), que se puede encontrar en la convención OCDE y en las convenciones regionales arriba mencionadas, aprobadas todas ellas en la segunda mitad de 1990<sup>77</sup>.

Sin embargo, la CNUCC, al igual que la Convención OCDE y los instrumentos regionales anticorrupción, ha adoptado por influencia de EE.UU. una definición jurídico-internacional de corrupción transnacional que desconoce su extensión y su carácter organizado, para centrarse en la prohibición de ciertas acciones individuales que giran en torno al uso indebido del poder de decisión, o a la alteración de la esencia de un proceso, para beneficio propio o de un tercero<sup>78</sup>.

Este enfoque marca una profunda separación con la manera en la que el derecho internacional aborda otros fenómenos que se caracterizan por su extensión (naturaleza generalizada o sistemática) y por su carácter organizado. Este es el caso, por ejemplo, de los crímenes de lesa humanidad cuya definición jurídico-internacional requiere que las conductas individuales (o modalidades de comisión) sean llevadas a cabo como parte de una multiplicidad de actos de violencia graves (ataque) cometidos contra una población civil: (a) de manera generalizada (amplio ámbito territorial o alto número de víctimas)

---

<sup>76</sup> LARSON, 1997, pp. 237-241; GLYNN, KOBRIN y NAIM, 1997, pp. 17-19; ABBOTT y SNIDAL, 2002, pp. 141 y ss; PIETH, 2013, pp. 3 y ss.

<sup>77</sup> BENITO, 2021, pp. 623-625.

<sup>78</sup> KATZAROVA, 2019, pp. 227-232; PIETH, 2013, pp. 3 y ss; PUCKETT, 2010, pp. 815 y ss. El contenido del debate mantenido desde el inicio de la década de 1970 hasta la aprobación de la CNUCC refleja que, dependiendo de su composición, diferentes organizaciones y foros internacionales, como la CNUCD, la CNUEM, la CNUCD y el G-77 por un lado, y la OCDE, el Banco Mundial y el G-7 por otro, han ofrecido versiones contradictorias acerca de cómo debería entenderse y abordarse el fenómeno de la corrupción. Esto responde a los diferentes proyectos de construcción global propuestos por los países en vías de desarrollo y los países desarrollados, y cómo el declinar de la capacidad de influencia de los primeros y el fortalecimiento de los segundos (en particular, de EE.UU.) han provocado la convergencia en torno a la actual definición jurídico-normativa de dicho fenómeno.

o sistemática (reiteración en el tiempo siguiendo un mismo patrón de conducta); y (b) de conformidad con la política de un Estado o de una organización<sup>79</sup>.

Esta situación genera ciertos incentivos y desincentivos que afectan a la prevención, investigación y sanción de las organizaciones que promueven la corrupción transnacional y de la extensión de sus prácticas corruptas, limitando con ello, de manera significativa, la eficacia de la política de lucha contra la corrupción transnacional. Así, en primer lugar, desde la perspectiva de la función de armonización de los tipos penales en el ámbito interno, la actual definición jurídico-internacional de la corrupción transnacional supone un incentivo para que las jurisdicciones nacionales adopten también un modelo de conductas individuales que desconoce su extensión y carácter organizado. Esto a su vez genera, en segundo lugar, un desincentivo para promover estrategias nacionales, que puedan ser coordinadas internacionalmente, de lucha contra la corrupción transnacional, caracterizadas por centrar su acción preventiva, investigativa y sancionatoria en las organizaciones que la promueven y en la extensión de sus prácticas corruptas.

Finalmente, en tercer lugar, se desincentiva el análisis acerca de la manera en que los distintos mecanismos jurisdiccionales que se han desarrollado en el derecho internacional desde 1990, y que se caracterizan por centrar su actuación en la prevención, investigación y sanción de fenómenos de violencia caracterizados por su extensión y carácter organizado, como los mencionados crímenes de lesa humanidad, podrían (o no) coadyuvar a ofrecer una respuesta más eficaz a la corrupción transnacional. Entre los mismos es oportuno destacar (a) los organismos internacionales que, como la Comisión Internacional contra la Impunidad en Guatemala, actúan en el ámbito interno para reforzar la capacidad de investigación de la Policía y del Ministerio Público; (b) las jurisdicciones penales especializadas de naturaleza híbrida (nacional/internacional) como las Salas Extraordinarias en los Tribunales de Camboya o las Salas Especializadas de Kósovo; (c) las jurisdicciones internacionales penales de ámbito regional, como la establecida por la Unión Africana por medio del Protocolo de Malabo o la propuesta de una Corte para América Latina y el Caribe (COPLA); y (d) las jurisdicciones internacionales penales de ámbito universal (incluyendo las propuestas de extender la jurisdicción material de la Corte Penal Internacional y de crear una Corte Penal Internacional contra la Corrupción)<sup>80</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha mostrado la existencia de amplia evidencia respecto de la extensión, el carácter organizado y la dimensión transnacional del fenómeno de la corrupción (incluyendo la seguridad financiera y la garantía de impunidad frente a la

<sup>79</sup> *Vid.* la definición de los delitos de lesa humanidad recogida en el artículo 7 del Estatuto de la Corte Penal Internacional. *Vid.* también OLÁSOLO y MANÉ, 2021, pp. 672-678.

<sup>80</sup> OLÁSOLO, 2021, pp. 869-882.

aplicación del Derecho que requiere) y en el tipo de organizaciones que promueven prácticas corruptas, particularmente en América Latina.

Sin embargo, debido a las particularidades del proceso de desarrollo de sus trabajos preparatorios, los tratados internacionales anticorrupción elaborados en la década de 1990 y a principios del siglo XXI, si bien reconocen su dimensión transnacional, desconocen los demás aspectos mencionados al equiparar este fenómeno a ciertas conductas individuales. Esto genera una serie de incentivos/desincentivos que, como hemos visto, limitan sustancialmente la eficacia de su respuesta.

Ante esta situación es necesario revisar esta aproximación con el fin de centrar la estrategia preventiva, investigativa y sancionatoria de la corrupción transnacional en las organizaciones que la promueven y en la extensión de sus prácticas corruptas. Para ello, el derecho internacional ofrece algunos modelos de abordaje de otros fenómenos caracterizados por su extensión y por su carácter organizado, como es el caso de la definición de los crímenes de lesa humanidad, que conviene explorar a estos efectos.

Asimismo, el propio derecho internacional ha creado desde 1990 distintos mecanismos jurisdiccionales especializados en la prevención, investigación y sanción de fenómenos de esta naturaleza y de las organizaciones que los promueven, por lo que conviene también analizar en qué medida podrían (o no) coadyuvar a ofrecer una respuesta más eficaz a la corrupción transnacional, una vez se haya producido su redefinición jurídico-internacional en los términos arriba propuestos.

Sin duda, la exploración de estos dos últimos aspectos amerita futuras investigaciones que los autores esperan poder realizar en próximos trabajos.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABBOTT, Kennet y SNIDAL, Duncan, 2002: "Values and Interests: International Legalization in the Fight Against Corruption", *Journal of Legal Studies*, Vol. 31, 3, pp. 141-178.
- ALBISU, Iñaki, 2016: "Paraguay: overview of corruption and anti-corruption", *Transparency International*, <https://knowledgehub.transparency.org/helpdesk/paraguay-overview-of-corruption-and-anti-corruption>
- ALBRECHT, Hans-Jörg, 2007: "International Kriminalität, Gewaltökonomie und Menschenrechtsverbrechen: Antworten des Strafrechts", *International Politik und Gesellschaft*, 2, pp. 153-169.
- ALLDRIDGE, Peter, 2001: "Reforming the criminal law of corruption", *Criminal Law Forum*, 11, pp. 287-322.
- ARONOWITZ, Alexis, 2003: "Trafficking in Human Beings: An International Perspective", Siegel, D.E. (eds.), *Global Organized Crime: Trends and Developments*: Kluwer Academic Publishers, Dordrecht, pp. 85-95.
- ASTORGA, Luis, 2015: *Drogas sin fronteras*, Debolsillo, Ciudad de México.
- BALLESTEROS, Julio, 2021: "España", Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 299-340.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, 2021: "Análisis de la política criminal contra la corrupción a la luz de las iniciativas internacionales y regionales desde el Derecho penal transnacional", en

- Olasolo *et al.* (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 595-640.
- BERDUGO, Gómez de la Torre, Ignacio, 2016: "Corrupción y Derecho penal. Condicionantes internacionales y reformas del Código Penal", *Revista Penal*, 37, pp. 23-45.
- BERDUGO, Ignacio y LIBERATORE, Ana, 2012: "Presentación", *Estudios sobre la Corrupción. Una reflexión hispano-brasileña*, Centro de Estudios Brasileños/Universidad de Salamanca, Salamanca, pp. 9-12.
- BLANCO Cordero, Isidoro, 2013: "Armonización en al UE de los delitos de corrupción. El caso de España", *European Inklings*, 2, Euskadi, pp. 152-204.
- BROEHL, Wayne, 1996: "The Persisting Case Against the Multinational Corporation", *Business and Economic History*, Vol. 25, 2, pp. 159-165.
- CALDERO, Michael, DAILEY, Jeffrey y WITHROW, Brian, 2018: *Police Ethics. The Corruption of Noble Cause*, 4 ed, Routledge, London.
- CASTELLS, Manuel, 1998: *La Era de la Información. Economía, Sociedad y Cultura, El Fin del Milenio*, Vol. III, Alianza Editorial, Madrid.
- CASTRESANA, Carlos, 2004: "Corrupción, globalización y delincuencia organizada", En Rodríguez García, N. y Fabián, E. (Coord.), *La corrupción en un mundo globalizado análisis multidisciplinar*, Ratio Legis, Salamanca, pp. 213-226.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2000: "Segundo informe sobre situación de derechos humanos en Perú". 2 de junio de 2000.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2019: Corrupción y derechos humanos. Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. 6 de diciembre de 2019.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2018: Resolución 1/18. Corrupción y Derechos Humanos. 2 de marzo de 2018.
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos, 2009: Informe sobre seguridad ciudadana y derechos humanos. Doc. Núm. OEA/Ser.L/V/II. Doc. 57. 31 de diciembre de 2009.
- CORONADO, Gabriela, 2008: "Discourses of Anti-corruption in Mexico: Culture of Corruption or Corruption of Culture?", *PORTAL Journal of Multidisciplinary International Studies*, 5, 1, pp. 1-23. file:///C:/Users/asus/Downloads/479-Article%20Text-2530-1-10-20080203.pdf
- ESER, Albin, SIEBER, Ulrich y ARNOLD, Jörg (eds.), 2012: *Strafrecht in Reaktion auf Systemumrecht: Vergleichende Einblicke in Transitionsprozesse*, Teilband 14, Duncker&Humblot, Berlin.
- FELBAB-BROWN, Vanda, 2010: *Shooting Up: Counterinsurgency and the War On Drugs*, The Brooking Institution, Washington D.C.
- FERNÁNDEZ Steinko, Armando, 2021: *La economía ilícita en España*, Alianza, Madrid.
- FERNÁNDEZ Steinko, Armando (ed.), 2013: *Delincuencia, finanzas y globalización*, CIS, Madrid.
- FERNÁNDEZ Steinko, Armando, 2008: *Las pistas falsas del crimen organizado: finanzas paralelas y orden internacional*, Catarata, Madrid.
- FRONZA, Emanuela e INSOLERA, Pietro, 2021: "El caso Odebrecht", en Olasolo *et al.* (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 43-76.
- GARAY Salamanca, Luis, SALCEDO-ALBARÁN, Eduardo y ÁLVAREZ-VILLA, Daphne, 2020: "Macro-Corrupción y Cooptación Institucional en el departamento de Córdoba, Colombia", Centro de Investigación Económica y Social, Laboratorio Latinoamericano de Probidad y Transparencia, Bogotá.
- GALAIN Palermo, Pablo, 2021: "Uruguay", en Olasolo *et al.* (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Iberoamericano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 383-442.

- GALAIN Palermo, Pablo, 2021a: "Los problemas de una política criminal de lucha contra la corrupción política mediante el castigo del abuso de la función. ¿Una estrategia exclusivamente uruguaya?", *Revista Política Criminal*, Vol. 16, Nº 32, pp. 745-773.
- GALAIN Palermo, Pablo y SAAD-DINIZ, Eduardo (eds), 2021: *Responsabilidad empresarial, derechos humanos y la agenda del derecho penal corporativo*, Universidad Andrés Bello y Tirant lo Blanch, Santiago de Chile.
- GARCÍA Máñez, Eduardo, 1973: *Doctrina aristotélica de la justicia*, Universidad Autónoma de México, México.
- GARCÍA Villegas, Mauricio, 2009: *Normas de Papel. La Cultura del Incumplimiento*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá.
- GEORGE, Susan, NAÏR, Sami, RAMONET, Ignacio y TODOROV, Tzvetan, 2005: *Frente a la razón del más fuerte*, Galaxia Gutenberg, Barcelona.
- GHAZI-TEHRAN, Adam y PONTELL, Henry, 2020: "Corruption in the United States and China: codes of conduct vs. crackdowns", *Crime, Law and Social Change*, pp. 73-92.
- GILMAN, Nils, GOLDHAMMER, Jesse y WEBER, Steven (eds.), 2011: *Deviant globalization: Black market economy in the 21st century*, Continuum, New York.
- GLYNN, Patrick, KOBRIN, Stephen y NAIM, Moisés, 1997: "The Globalization of Corruption", Elliott, K.A, *Corruption and the Global Economy*, Peterson Institute, Washington, DC, pp. 7-31.
- GÓMEZ Iniesta, Diego, 2021: "Blanqueo de dinero y corrupción pública", De Vicente *et al.* (Eds), *Libro Homenaje al Profesor Luis Arroyo Zapatero. Un derecho penal humanista*, Vol. II, Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, Madrid, pp. 1429-1449.
- GRAYCAR, Adam y SIDEBOTTOM, Aiden, 2012: "Corruption and control: a corruption reduction approach", *Journal of Financial Crime*, 19, 4, pp. 384-399.
- HAGAN, Frank, 1983: "The Organized Crime Continuum: A Further Specification of a New Conceptual Model", *Criminal Justice Review*, Vol. 8, pp. 52-57.
- HARI, Johann, 2015: *Tras el grito. Un relato revolucionario y sorprendente sobre la verdadera historia de la guerra contra las drogas*, Paidós, Argentina.
- HASSEMER, Winfried, 1995: "Posibilidades jurídicas, policiales y administrativas de una lucha más eficaz contra la corrupción", *Pena y Estado*, Del Puerto, Buenos Aires, pp. 149-154.
- HELLMAN, Joel y KAUFMANN, Daniel, 2001: *La captura del Estado en economías en transición*, Finanzas & Desarrollo.
- HERNÁNDEZ Jiménez, Norberto y ANZOLA RODRÍGUEZ, Sergio, 2021: "El caso Duarte", *Olasolo et al.* (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 107-132.
- HERNÁNDEZ Viguera, Juan, 2009: *Al rescate de los paraísos fiscales. La cortina de humo del G-20*, Icaria, Barcelona.
- HURTADO Pozo, José, 1995: "Corrupción: el caso peruano", *Pena y Estado*, Del Puerto, Buenos Aires, pp. 155-164.
- IBÁÑEZ, Perfecto, 1995: "Estado de derecho, jurisdicción y corrupción: una reflexión desde España", *Pena y Estado*, 1, Editores del Puerto, Argentina, pp. 23-32.
- JAKOBI, Anja, 2013: "The Changing Global Norm of Anti-corruption: From Bad Business to Bad Government", *Zeitschrift Für Vergleichende Politikwissenschaft*, Vol. 7, 1, pp. 243-264.
- JOLY, Eva, 2003: *Impunidad. La corrupción en las entrañas del poder*, Fondo de Cultura Económica, Argentina.
- KATZAROVA, Elitza, 2019: *The Social Construction of Global Corruption. From Utopia to Neoliberalism*, Palgrave McMillan.
- KLEEMANS, Edward, 2014: "Theoretical perspectives on Organized Crime", *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, file:///C:/Users/asus/Downloads/Kleemans2014\_Theoreticalperspectivesonorganizedcrime\_Finaldraft.pdf

- LARSON, Alan, 1997: "US Policy on Corruption", Elliott (Ed.). *Corruption and the Global Economy*, Peterson Institute, Washington, DC, pp. 237-241.
- LAURÍA, Sol, 2019: "Panamá", en Caparros, M. & Fonseca, D. (eds.), *Perdimos, ¿Quién gana la copa América de la corrupción?*, Planeta, Argentina, pp. 145-159.
- LEROY, Roger, 1990: *Microeconomía*, McGraw Hill, Bogotá.
- LESSIG, Lawrence, 2011: *Republic Lost: How Money Corrupts – and a Plan to Stop It*, Twelve, New York.
- MADANIPOUR, Ali y THOMPSON, Michael, 2020: "Is globalization linked to low corruption in OECD countries?", *Crime, Law and Social Change*, Vol. 73, pp. 443-455.
- MANTILLA, Silvia, 2009: "Hacia una perspectiva 'glocal' del conflicto armado en Colombia: dinámicas y actores en los espacios transfronterizos y transnacionales", *Revista Papel Político*, 14, 2, Bogotá, pp. 581-607.
- MEDEL, Mónica y THOUMI, Francisco, 2014: "Mexican Drug 'Cartels'", Paoli (ed.). *Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, pp. 196-218.
- MILLER, Seumas, 2019: "Corruption", *Hugh LaFollete (Ed.), International Encyclopedia of Ethics*, John Wiley&Sons Ltd, New Jersey, pp. 1-11.
- MORALES, José, 2021: "El Salvador", en Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 263-298.
- MORENO Ocampo, Luis, 1995: "La corrupción es una forma de abuso de poder", Pena y Estado, Del Puerto, Buenos Aires, pp. 205-226.
- MURPHY, Kevin, SHLEIFER, Andrei y VISHNY, Robert, 1993: "Why is Rent-Seeking So Costly to Growth?", *American Economic Review*, 83, Papers and Proceedings, pp. 409-414.
- NOGUERA Hidalgo, Angela Lucía, 2017: "La imposibilidad de preestablecer el comportamiento futuro de las organizaciones: una mirada desde la Estrategia". *Criterio Libre* 10, 16, pp. 281-290.
- OBOOKATA, Tom y PAYNE, Brian, 2017: *Transnational Organised Crime. A comparative Analysis*, Routledge, Londres.
- OBOOKATA, Tom, 2006: "Trafficking in Human Beings From a Human Rights Perspective: Towards a Holistic Approach", Martinus Nijhoff Publishers, Leiden.
- OLASOLO, Héctor, 2017: *Derecho Internacional Penal, Justicia Transicional y Crímenes Transnacionales*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- OLASOLO, Héctor, 2018: *International Criminal Law, Transnational Criminal Organizations and Transitional Justice*, Brill /Martinus Nijhoff, Boston-Leiden.
- OLASOLO, Héctor, 2021: "Conclusiones", en Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 827-884.
- OLASOLO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, 2018: Los Desafíos del Derecho Internacional Penal: Atención Especial a los Casos de Argentina, Colombia, España, México y Uruguay. Volumen 1. Colección Perspectivas Iberoamericanas sobre la Justicia, Tirant lo Blanch, Valencia, Disponible en: <https://www.iberoamericaninstituteofthehague.org/formacion-e-investigacion/coleccion-perspectiva-iberoamericana-sobre-la-justicia/volumen-1-coleccion-desafios-derecho-internacional-penal>.
- OLASOLO, Héctor y MANÉ GRANADOS, Carmen, 2021: "La respuesta desde los mecanismos de aplicación del Derecho internacional penal: especial atención a la corrupción asociada al crimen organizado transnacional", en Olasolo et al. (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 641-694.
- OLASOLO, Héctor y GALAIN PALERMO, Pablo, en prensa: "Reflexiones sobre la necesidad de ajustar la definición normativa de corrupción para reflejar su dimensión estructural", en Libro Homenaje a Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Universidad de Salamanca, Salamanca.

- O'NEIL, Shannon, 2009: "The Real War in Mexico: How Democracy Can Defeat the Drug Cartels", *Foreign Affairs*, Vol. 88, 4, pp. 63-77.
- PADILLA, David, 2021: "El virus de la corrupción y su combate en los casos de la transnacional Odebrecht", *Revista CAP*, 7, pp. 31-55.
- PAOLI, Letizia y VANDER BEKEN, Tom, 2014: "Organized Crime. A Contested Concept", *The Oxford Handbook of Organized Crime*, Oxford University Press, Oxford, pp. 13-31.
- PATERNOSTRO, Silvana, 1995: "Mexico as a 'Narco-democracy'", *World Policy Journal*, Vol. 12, pp. 41-47.
- PIETH, Mark, 1999: "International Efforts to Combat Corruption", Paper Presented at the 9th International Anti-Corruption Conference (IACC), Durban, South Africa, October 10-15. 1999.
- PIETH, Mark, 2013: "Introduction", Pieth, M., Low, L.A. y Bonucci, N. (ed.), *The OECD Convention on Bribery: A Commentary*, Segunda edición, Cambridge University Press, Cambridge, pp. 3-56.
- PIRES, Carol, 2019: "Brasil: Grabaciones encontradas", Caparros, M./Fonseca, D. (Eds), *Perdimos ¿Quién gana la copa América de la corrupción?*, Planeta, Argentina, pp. 187-199.
- PUCKETT, Blake, 2010: "Clans and the Foreign Corrupt Practices Act: Individualized Corruption Prosecution in Situations of Systemic Corruption", *Georgetown Journal of International Law*. Vol. 41, 4, pp. 815-860.
- RAMAZZINI, Fabio y DUARTE, Thamara, 2021: "Brasil", Olasolo *et al.* (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 175-194.
- RAMÍREZ-MONTES, Sandra y PEÑAFORT, Juan, 2021: "El caso del Cártel de la Toga", en Olasolo *et al.* (eds.), *Respuestas Nacionales e Internacionales al Fenómeno de la Corrupción: Particular Atención al Ámbito Ibero-Americano*, Volumen 12, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 77-106.
- REÁTEGUI, Félix (Ed.), 2012: *Transitional Justice*. Handbook for Latin America, Brasilia/New York.
- REXTON, Paul, 2016: *Drug Trafficking and International Security*, Rowman & Littlefield, London.
- RINCÓN, Omar, 2019: "Perder es ganar un poco", en Caparros, M. & Fonseca, D. (eds.), *Perdimos, ¿Quién gana la copa América de la corrupción?*, Planeta, Argentina, pp. 315-318.
- RÍOS, Viridiana, 2015: "How Government Coordination Controlled Organized Crime: The Case of Mexico's Cocaine Markets", *Journal of Conflict Resolution*, Vol. 59, 8, pp. 1433-1454.
- RITCH, Joseph, 2002: "They'll Make You an Offer You Can't Refuse: A Comparative Analysis of International Organized Crime", *Tulsa Journal of Comparative and International Law*. Vol. 9, pp. 569-606
- RUGGIERO, Vincenzo, 2008: *Crimes e mercados. Ensaio em Anticriminologia*, Lumen Juris, Rio de Janeiro.
- SÁNCHEZ García de Paz, Isabel y BLANCO CORDERO, Isidoro, 2000: "Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación de la ley penal en el espacio". En *Revista Penal*, Vol. 6, pp. 3-14.
- SANDOVAL, Irma, 2016: 'Enfoque de la corrupción estructural: poder, impunidad y voz ciudadana', *Revista Mexicana de Sociología*, vol. 78, 1, pp. 119-151.
- SCHULTZE-KRAFT, Markus, 2019: *Crimilegal Orders, Governance and Armed Conflict*, Palgrave Pivot, UK.
- SHAXSON, Nicholas, 2014: *Las islas del tesoro. Los paraísos fiscales y los hombres que se robaron el mundo*, Fondo de Cultura Económica, Argentina.
- SOBERÓN, Ricardo, 2017: "Algunas ideas centrales en torno a las dinámicas y la evolución del crimen organizado en América Latina", Ambos *et al.* (Eds.), *Drogas ilícitas y narcotráfico. Nuevos desarrollos en América Latina*, Konrad Adenauer, Bogotá, pp. 81-90.

- STEDMAN JONES, Daniel, 2014: *Hayek, Friedman, and the Birth of Neoliberal Politics*, Princeton University, Princeton and Oxford.
- STEPHENSON, Matthew y ARJON, Sofie, 2019: *An International Anti-Corruption Court? A synopsis of the debate*, Michelsen Institute.
- TEACHOUT, Zephyr, 2016: "Corruption in America. From Benjamin Franklin's Snuff Box to Citizens United", Harvard University Press.
- THOMPSON, Dennis, 1995: *Ethics in Congress: From Individual to Institutional Corruption*, Brookings Institute, Washington D.C.
- VON LAMPE, Klaus, 2016: *Organized Crime. Analyzing Illegal Activities, Criminal Structures, and Extra-legal Governance*, Sage, USA.



## Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas

*Jean Pierre Matus Acuña\**

### RESUMEN

*El trabajo describe las anomalías existentes en el tratamiento de los conocimientos especiales, el error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación, la ignorancia deliberada y la graduación de la culpabilidad y, a partir de ellas, presenta una defensa de los criterios individualizadores para establecer la responsabilidad penal frente a la aplicación de reglas de imputación basadas exclusivamente en consideraciones “objetivas” o “normativas”. Ello se fundamenta en el principio de culpabilidad y las distinciones aristotélicas entre lo involuntario, lo voluntario (intencional y no intencional), lo no involuntario por ignorancia responsable (deliberada o negligente) y lo no voluntario e indiferente, que permiten hacer operativo el sinalagma libertad-responsabilidad y superar de manera coherente las anomalías descritas.*

Conocimiento; intención; voluntariedad; responsabilidad

### *Four dogmatic anomalies and their overcoming through the conception of guilt as a subjective link to the act, with the help of certain Aristotelian distinctions*

### ABSTRACT

*The paper describes the existing anomalies in the treatment of special knowledge, the error on the objective assumptions of a cause of justification, deliberate ignorance, and the graduation of guilt and, based on them, presents a defense of individualizing criteria to establish criminal liability against the application of imputation rules based exclusively on “objective” or “normative” considerations. This is based on the principle of culpability and the Aristotelian distinctions between the involuntary, the voluntary (intentional and non-intentional), the non-involuntary due to responsible ignorance (deliberate or negligent) and the non-voluntary and indifferent, which make it possible to make the freedom-responsibility synallagma operative and overcome the anomalies described in a coherent manner.*

Knowledge; intention; voluntariness; responsibility

\* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. Ministro de la Corte Suprema de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6596-5661>. Correo electrónico: [jean.matus@gmail.com](mailto:jean.matus@gmail.com).

Artículo recibido el 23.7.2021 y aceptado para su publicación el 16.6.2022.

## I. INTRODUCCIÓN

Si por anomalía entendemos “el reconocimiento de que la naturaleza ha violado de algún modo las expectativas inducidas por el paradigma que gobierna la ciencia normal”<sup>1</sup>, es posible identificar al menos cuatro casos cuya solución viola de algún modo las expectativas inducidas por los presupuestos objetivos, sistemáticos y generalizadores de la responsabilidad penal que sostienen las doctrinas funcionalistas dominantes: la postfinalista de Roxin y la sociológica de Jakobs. Estos son: (i) el rol de los conocimientos especiales; (ii) el tratamiento del error en los presupuestos objetivos de una causal de justificación; (iii) la ignorancia deliberada; y (iv) la graduación de la culpabilidad atendiendo a la psicología del agente. En todas ellas, el criterio que define la afirmación de la responsabilidad penal o su graduación es individualizador, esto es, hace referencia a aspectos de la psicología y capacidades individuales del agente y no a la valoración del hecho por un “observador objetivo”, los resultados de la ordenación sistemática, una concepción normativa del dolo como atribución de conocimiento, o la de la culpabilidad en general como no evitación de la infracción objetiva de la norma, respectivamente.

En consecuencia, se procurará ofrecer un planteamiento que supere dichas anomalías con el auxilio de las categorías y distinciones que expone Aristóteles en su *Ética Nicomáquea*<sup>2</sup>. Este planteamiento integra el tratamiento de los cuatro problemas analizados bajo un punto de partida individualizador que considera como fundamento de la responsabilidad penal el principio de culpabilidad entendido como responsabilidad penal personal, basada en la prueba de la existencia de una vinculación subjetiva del hecho con el agente, con exclusión del *versari in re illicita* y de la responsabilidad objetiva.

En consecuencia, el texto se organizará como sigue: En el primer apartado se describirán las anomalías mencionadas y algunas de las propuestas para su reducción;

<sup>1</sup> KUHN, 1996, pp. 52-53.

<sup>2</sup> Las ideas de Aristóteles acerca de la responsabilidad personal aparecen también en la *Ética Eudemia* y en la *Gran Ética*. Sin embargo, se ha preferido aquí seguir únicamente los planteamientos de la *Ética Nicomáquea*, por ser más acabados en lo que interesa (la concepción de la voluntariedad y su distinción de la elección). Para una comparación del alcance y diferencias entre los textos del Estagirita en la materia, v. Rossi, 2012. Aunque en el texto se cita la traducción de la *Ética Nicomáquea* de Pallí (Madrid, 1977), se ha tenido a la vista también las de M. Araujo y J. Marías (Madrid, 1959), y E. Sinnott (Buenos Aires, 2007).

Sin embargo, se advierte que la lectura que aquí se hace de Aristóteles no pretende introducir en la discusión jurídica sus argumentos relativos a la virtud o el vicio ni a la calificación de los caracteres de las personas acerca de tales bases. Es más, a nuestro juicio, a partir de las propias distinciones del Estagirita se puede, como aquí se hace, dejar a los moralistas las discusiones morales tanto respecto de la calificación del hecho como por el carácter de las personas. De este modo, para lo que aquí se plantea resulta más o menos irrelevante el debate acerca de la consideración de la virtud y el vicio como presupuestos de la responsabilidad penal entre DUFF, 2002 y HUIGENS, 2004.

Tampoco se trata de sostener la autoridad de Aristóteles *per se* en estas materias, basada exclusivamente en la permanencia del interés por su obra en el transcurso de los siglos; que la lectura que se ofrece de la *Ética Nicomáquea* sea la correcta (desde luego no, pues carezco del dominio del idioma griego); o que de alguna manera Aristóteles haya formulado alguna “proto” teoría del delito, errores comunes cuando se hace referencia a la obra del Estagirita, según advierte TAMAHANA, 2004.

en el segundo, las categorías aristotélicas relevantes; en el tercero, se aplicarán esas categorías a la superación de dichas anomalías, y, finalmente, se expondrán unas breves conclusiones generales.

## II. ANOMALÍAS EN LA DOGMÁTICA DOMINANTE

### 1. *Los conocimientos especiales*

Frente a la sistemática de Welzel, en que la finalidad de la acción se entendía como fundamento de la responsabilidad penal<sup>3</sup>, Roxin ofrece la versión actualmente dominante de la teoría de la imputación objetiva en los delitos de resultado, según esta, no es esa finalidad lo que determina la responsabilidad, sino el hecho de realizar una conducta que sea imputable objetivamente, esto es, que cree un riesgo no permitido para un bien jurídico que se realiza en el resultado lesivo<sup>4</sup>. Ese riesgo, de conformidad con la denominación de esta teoría, ha de ser, por cierto, objetivo, esto es, previsible *ex ante* por un “observador objetivo”<sup>5</sup>.

Sin embargo, respecto del socorrido ejemplo del que aconseja a otro dar un paseo, sabiendo que en el camino hay un asesino al acecho, se afirma sin más que la muerte del paseante sería objetivamente imputable al que lo induce a tomar ese camino<sup>6</sup>. Y ello, a pesar de que, objetivamente, los conocimientos especiales del que aconseja ni crean ni aumentan el peligro creado por el tercero que acecha en el camino, si no se han concertado previamente para ello.

De este modo, se genera una anomalía en esta versión de la teoría de la “imputación objetiva”, pues la expectativa que genera es violada por el reconocimiento del valor que ha de darse a la “subjetividad” del agente para establecer si su conducta creó o no un “peligro objetivo” que se realiza en un resultado lesivo.

Quienes defienden esta versión de la teoría de la imputación objetiva estiman que esa anomalía sería solo aparente, esto es un “problema entre comillas”, ofreciendo argumentos dentro del marco teórico general en que se desarrolla para su reducción. Así, Greco sostiene que, en el sistema teleológico de Roxin, basado en consideraciones político-criminales, es necesario tomar en cuenta los conocimientos y otros aspectos subjetivos, en la medida que sean relevantes para determinar lo prohibido por el sistema jurídico, por cuanto “no es posible juzgar la existencia de un peligro sin tener en

<sup>3</sup> WELZEL, 1976, p. 51.

<sup>4</sup> ROXIN, 2006, p. 372.

<sup>5</sup> ROXIN, 2006, p. 378. Luego, en la perspectiva de este autor, los conocimientos, capacidades e intenciones del agente forman parte de otro nivel de análisis, el de la tipicidad subjetiva (dolo y culpa), mientras la culpabilidad, como categoría dentro de la teoría del delito, mantiene un carácter principalmente normativo, cuya exposición y análisis en profundidad escapa al propósito de este texto.

<sup>6</sup> ROXIN, 2006, p. 378.

cuenta lo que el delincuente sabe”, y ello debe hacerse antes de la pregunta acerca de la imputación a título de dolo o culpa<sup>7</sup>.

Sin embargo, esta respuesta solo deja en claro que el problema que ofrece la consideración de los conocimientos especiales del agente dentro de la “imputación objetiva” solo puede superarse alterando el punto de partida (que ya no es el del “observador objetivo”) o introduciendo otros puntos de partida (“el peligro subjetivo” como determinación de “lo prohibido”, desde el punto de vista político criminal).

En el extremo, si se considera que esta anomalía es tan relevante que no puede superarse ni reducirse en la forma propuesta por sus partidarios, sino mediante el abandono del “observador objetivo” y el traslado de la valoración de los conocimientos especiales al examen de los conocimientos exigidos para afirmar el dolo o la culpa, como propone Kindhäuser<sup>8</sup>, lo único que se hace es trasladar de lugar la anomalía. En efecto, para llegar a esta conclusión, se debe abandonar la idea de que la norma de comportamiento es una norma general, “válida” para “cualquiera”, que “se deja extraer” de la ley penal que sanciona su infracción<sup>9</sup> y, en su lugar, afirmar que “la norma que prohíbe arrojar piedras que pueden alcanzar la cabeza de la víctima y causarle la muerte (homicidio imprudente) es distinta a la que prohíbe hacer lo mismo contra un hemofílico, por lo que es necesario, en el segundo caso, que el autor sepa de la enfermedad de la víctima”<sup>10</sup>. En cambio, otros afirman que tal anomalía solo podría superarse ofreciendo para la constelación de casos que normalmente abarca la “imputación objetiva” otra ubicación sistemática, pero siempre considerando la valoración de las capacidades y conocimientos especiales del agente, sea en la tipicidad o en la antijuridicidad, como paso previo a la imputación subjetiva a título de dolo o culpa<sup>11</sup>.

En lo que aquí interesa, más allá de las anomalías que genera el tratamiento de los conocimientos especiales, lo relevante es que su carácter anómalo surge de la contradicción entre las ideas sistemáticas generalizadoras con las exigencias del principio de culpabilidad o responsabilidad personal por el hecho, que impone la necesidad recurrir a criterios individualizadores para su afirmación, incluyendo en algún punto del análisis la consideración de los conocimientos y capacidades individuales de cada cual al momento del hecho.

---

<sup>7</sup> GRECO, 2005, pp. 520 y 537.

<sup>8</sup> Este parece ser el sentido de la crítica de KINDHÄUSER, 2008, p. 29.

<sup>9</sup> KINDHÄUSER, 2013, p. 35. Desde esta perspectiva, solo los “delitos especiales” tendrían una especificación normativa tal que sus normas de conducta estarían destinadas a “determinadas personas”. Sin embargo, esta especificación no considera los conocimientos y capacidades especiales de cada integrante de ese círculo determinado de personas.

<sup>10</sup> CUELLO, 2020, p. 567.

<sup>11</sup> V., por todos, ROJAS, 2010, pp. 247-252, quien expone los planteamientos de Bustos y Frisch, acogiendo el de este último a base de la distinción entre normas de conducta y normas de sanción que adopta.

## 2. *El error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación*

Desde el punto de vista original de la teoría normativa de la culpabilidad desarrollada por Welzel, si la imputación a título de dolo y la culpa es un asunto propio de la “faz subjetiva del tipo”, entonces los casos de error de prohibición quedan excluidos del tratamiento del error de tipo (que excluye el dolo, pero deja subsistente la culpa en caso de ser vencible). En esta “teoría extrema de la culpabilidad”, los efectos del error de prohibición serían únicamente la exclusión de la culpabilidad, en caso de ser invencible, otorgando solo una atenuación al error vencible. Este error de prohibición puede recaer en el hecho institucional de estar o no prohibida (tipificada) una conducta o de encontrarse o no permitida por una causal de justificación, pero también en la presencia en el hecho de los presupuestos objetivos de una causal de justificación<sup>12</sup>. Luego, en el caso del padre que abate a su hijo que llega tarde confundiéndolo con un ladrón, solo correspondería excluir su culpabilidad si el error fuese invencible; pero si fuese vencible, porque bastarían unas palabras o “abrir un poco más los ojos” para salir de la confusión, correspondería sancionar por el delito doloso consumado de homicidio o parricidio (allí donde dicha figura subsiste), pues “solo es libre la elección del punto de partida (dentro de un determinado ámbito); todo lo demás se sigue forzosamente, aun cuando ciertas consecuencias a uno lo espanten”<sup>13</sup>.

Sin embargo, y a pesar de que la mayor parte de la dogmática postfinalista sigue considerando como “principio fundamental” y “piedra angular de la teoría del delito”<sup>14</sup> la estricta distinción entre un injusto personal (donde radicaría el juicio acerca del dolo y la culpa) y una culpabilidad “normativizada” (donde se determinarían los efectos del desconocimiento de la ilicitud, sin atención a la psiquis del agente sino únicamente a su exigibilidad o no), sus propuestas frente al problema específico del tratamiento del error de prohibición indirecto distan mucho de seguirse forzosamente de ese punto de partida.

En efecto, como sostiene Roxin, cuando se llega a este punto, surge un auténtico “caos de las teorías”<sup>15</sup>. De entre ellas destaca la llamada teoría limitada de la culpabilidad, que distingue del tratamiento del error de prohibición el que recae sobre los presupuestos objetivos en una causal de justificación, sosteniendo que los efectos de la teoría estricta solo serían aplicables al error directo y al indirecto, salvo en este último caso, donde el hecho de “no abrir más los ojos” debería imputarse a título de culpa y no de dolo, por razones de política criminal<sup>16</sup>. A la misma conclusión, aunque con diferente fundamento, llega la teoría de la culpabilidad que remite sus efectos al error de tipo, según esta, no hay razón para no seguir considerando el hecho como doloso, pues el agente no yerra en ningún elemento del tipo y ello sería necesario para valorar la participación de terceros en el hecho (lo que no podría hacerse de considerarse imprudente,

<sup>12</sup> WELZEL, 1976, p. 235s.

<sup>13</sup> WELZEL, 1944, p. 116.

<sup>14</sup> JESCHECK y WEIGEND, 2002, p. 456.

<sup>15</sup> ROXIN, 2006, p. 626, nota 88.

<sup>16</sup> ROXIN, 2006, p. 626.

como en la teoría limitada), pero se debe tratar conforme con la regla del error de tipo atendido el menor desvalor de una conducta que no expresaría contrariedad al derecho y su contenido de culpabilidad, al recaer en una circunstancia fáctica, no se diferenciaría del de la imprudencia<sup>17</sup>.

Luego, cualquiera que sea el fundamento esgrimido y su plausibilidad, lo cierto es que estas soluciones tienden a considerar el error como un fenómeno individual que se debe valorar desde la perspectiva del agente y teniendo en cuenta “su” culpabilidad, y de allí que difieran de un modo tan significativo de las expectativas inducidas por el paradigma de la “normativización” de la culpabilidad, la consecuente tripartición de la teoría del delito y sus forzosas consecuencias, validando con ello las protestas de Welzel frente a esta desviación teórica, que considera tanto un efecto de la “falsa alternativa de error de derecho y de hecho” proveniente del Derecho romano como de la “tesis equivocada de que las causales de justificación son características negativas del tipo y que su presencia excluye al tipo”<sup>18</sup>.

### 3. *La ignorancia deliberada*

Hoy son dominantes las ideas de que para afirmar la existencia del dolo basta la prueba del conocimiento de la probabilidad de realización del resultado, o en términos de la Sentencia del Tribunal Supremo en el caso de *La Colza*, “obrará con dolo el autor que haya tenido conocimiento del peligro concreto que deriva de su acción para los bienes jurídicos”<sup>19</sup>. Esta comprensión ha ido a parejas de la llamada “normativización del dolo”, doctrina que en una de sus variantes principales sostiene que sería imposible o poco confiable la prueba de los hechos o estados mentales volitivos (intención, aceptación o indiferencia) y que, por tanto, tales exigencias deberían abandonarse para la imputación a título de dolo, bastando para ello la atribución o adscripción del conocimiento del riesgo creado y la imputación de las consecuencias que de ello deriva el tribunal, según su apreciación de los hechos *ex re*, es decir, objetivamente. De este modo la calificación de una conducta como dolosa o imprudente sería solo consecuencia de su imputación como tal por parte del juez, para efectos de su penalidad, sin que se exija prueba alguna del hecho mental o subjetividad del agente que la justificaría<sup>20</sup>.

Luego, de esta forma de concebir la imputación a título de dolo surge la expectativa de que ante la imposibilidad de imputar el conocimiento, por haberse constatado la “ignorancia”, no existiría posibilidad de la imputación subjetiva a título doloso.

Sin embargo, cuando se presentan supuestos de ignorancia deliberada, en el sentido de intencionalmente buscada para evitar una potencial responsabilidad penal, parte importante de la doctrina que afirma el dolo como conocimiento y rechaza sus aspectos

<sup>17</sup> JESCHECK y WEIGEND, p. 500.

<sup>18</sup> WELZEL, 1976, p. 236.

<sup>19</sup> Tribunal Supremo de España, 23.4.1992 (Ponente: Magistrado D. Enrique Bacigalupo), Rol 3654-1992.

<sup>20</sup> RAGUÉS, 2004, p. 19.

volitivos termina afirmando la imputación a título de dolo. Para ello se recurre, en algunos casos, a su asimilación con el dolo eventual, argumentando que “dado que si se tiene intención de ignorar es porque, en realidad, se sabe lo que se ignora”<sup>21</sup>. Otros afirman que, si la ignorancia no puede reconducirse a un caso de dolo eventual, porque el sujeto, de “manera intencionada”, ha “evitado adquirir incluso aquellos conocimientos mínimos que requiere el dolo eventual”, se debe aplicar una regla de imputación diferenciada, con las mismas consecuencias penales que las atribuidas al dolo. Y ello significaría que “la inclusión de semejantes casos en el concepto de dolo impedirá seguir definiendo esta figura a partir del conocimiento”<sup>22</sup>. Incluso Jakobs, en un contexto más amplio, considera que el desconocimiento atribuible a la “indiferencia” puede fundamentar la imposición de una pena a título de dolo, frente a la imputación culposa de quien ignorando lo que hace infringe una norma, resultado de ello padece el dolor de una *poena naturalis*<sup>23</sup>.

De este modo, se reintroduce en la teoría del dolo aquello que tanta tinta había costado extraer: la *intención* y la *indiferencia*, esto es, dos estados mentales que, como tales, pertenecen a la *psiquis* del autor y a la necesaria determinación de su responsabilidad personal, en el sentido de individual y como persona de “carne y hueso” en las circunstancias vitales en que actúa, pero nada tienen que ver con la imputación del dolo solo a partir del conocimiento, acreditado, atribuido o esperado en su “rol” de persona “en derecho”<sup>24</sup>.

---

<sup>21</sup> JAÉN, 2021, p. 307.

<sup>22</sup> RAGUÉS, 2013, pp. 18

<sup>23</sup> JAKOBS, 1991, p. 259.

<sup>24</sup> Por cierto, también la aceptación de la “ignorancia deliberada” como categoría asimilable al dolo sería anómala si este se concibe como conocimiento más voluntad (finalidad o aceptación), en la forma tradicional (p. ej., ROXIN, 2006, p. 437), pues sin conocimiento, no hay aceptación ni intención de realizar el tipo que se trate. Por eso, algunos autores que sostienen esta posición evitan la anomalía concluyendo que “la ignorancia deliberada en sentido estricto solo pueda ser considerada imprudencia” (GRECO, 2014, p. 76). Sin embargo, lo que aquí interesa no es dar cuenta de las múltiples respuestas posibles ante este problema, sino destacar el aspecto anómalo de su aceptación como figura asimilable al dolo si se sostiene que este exige aspectos cognitivos, aquí ausentes de entrada, pues como señala RAGUÉS, 2014, p. 143, “la ignorancia deliberada también incluye un factor subjetivo —a saber, el carácter intencionado del desconocimiento— cuya prueba no debe de resultar precisamente menos compleja que la del propio conocimiento”.

En cambio, para las variantes de las teorías “normativas” del dolo que lo estiman exclusivamente como regla de imputación, esto es, de valoración del hecho para establecer las consecuencias penales a imponer al responsable, no existiría anomalía alguna en afirmar que los supuestos de “ignorancia deliberada” deban pensarse como dolosos por las razones que se señalen al efecto. Así, p. ej., PÉREZ BARBERÁ, 2012, p. 171, sostiene que si bien, en su concepto, “dolo no es ni voluntad ni conocimiento”, “ello, sin embargo, no significa que voluntad y conocimiento, así como sus ausencias correspondientes, no jueguen papel alguno respecto de estas categorías”, pues “tales estados mentales, en tanto datos fácticos que son, pueden, llegado el caso y junto con otros, ser relevantes para la conformación de los supuestos de hecho individuales que deban ser considerados dolosos o imprudentes”.

#### 4. *La graduación de la culpabilidad*

Una última anomalía en la actual dogmática de la teoría del delito que aquí esbozaremos tiene que ver con la arraigada idea de que la culpabilidad en sentido estricto sería una categoría exclusivamente normativa, liberada de las referencias psicológicas de su formulación clásica que incluía en ella el dolo como intención y la culpa como un déficit de actualización de las capacidades personales para prever y evitar lo evitable. Según esta conceptualización, recurrir a criterios psicológicos para establecer la existencia de la culpabilidad o su graduación sería sino contradictorio, al menos irrelevante.

Sin embargo, la necesidad de recurrir a criterios psicológicos, esto es, individualizadores y, al mismo tiempo, la imposibilidad de hacer operativas las eximentes de inexigibilidad de otra conducta sobre la base exclusiva de un criterio generalizador es aceptada ahora incluso por Jakobs, quien afirma que “poder graduar la declaración de culpabilidad del autor, solo lo puede llegar a permitir una culpabilidad psicologizada”, limitando con ello el dogma funcionalista de la identificación de la persona en derecho (y de su culpabilidad), exclusivamente como “competente por la evitación de la realización de un tipo penal”<sup>25</sup>. En efecto, en el texto citado, Jakobs enfrenta la cuestión de la posibilidad de que en una teoría funcional de la culpabilidad, esta pueda regularse en *grados*, como cuando en la “criminalidad política” se discute el cambio el título de autor a cómplice u otra reducción de la pena de los que ejecutan los hechos materialmente en el marco de una orden de un Estado totalitario en el que se encuentran “adoctrinados” —como en el caso Staschinskij o en los juicios a los criminales nazis o a los tiradores del muro—; o en la criminalidad “no política” se discute aceptar “motivos de atenuación” en ciertos asesinatos motivados o “justificados” por la costumbre islámicas —órdenes de comunidades, venganza de sangre, “derechos” sobre las mujeres—. El problema —según Jakobs— se reduciría a una sola pregunta: ¿Se debe proceder en la constatación de la culpabilidad o de un “motivo de atenuación” psicológicamente, tratando de comprender al acusado o normativamente, constatando la correspondencia de la conducta con la norma? En los extremos abstractos, la respuesta sería siempre errada: o bien se cae en el puro psicologismo (“disociado de la configuración normativa de la comunidad”) donde el *tout comprendre* llevaría necesariamente al *tout pardonner* y entonces la culpabilidad como tal perdería sentido; o se cae en el puro normativismo (“disociado del bienestar” de los miembros “de carne y hueso” de la sociedad), donde no existiría posibilidad alguna de graduación: la misma culpabilidad se constataría en un hurto famélico y en un homicidio en un ataque de furia, “pues el hecho debía evitarlo tanto el ladrón como el homicida, ya que la norma como tal no conoce otra cosa que su evitabilidad o no”. Por tanto, señala el ex-Profesor de Bonn que “una solución solo puede encontrarse en un punto intermedio, que ofrezca una superación de los puntos de partida abstractos: la estructura de la comunidad en su concreta realidad, su bienestar configurado por medio

<sup>25</sup> JAKOBS, 2006, p. 840.

del Derecho. Lo que esa comunidad psicológicamente ‘tolera’, puede tener lugar, y lo que esa sociedad normativamente ‘requiere’, debe exigirse”<sup>26</sup>.

De nuevo, la introducción de elementos psicológicos en el desarrollo de una teoría cuyos fundamentos rechazan explícitamente toda consideración del ser humano como entidad psicofísica y cuyo bienestar material no sería relevante para el Derecho, contraría abiertamente la teoría en que se introducen. Y ello no se ve compensado por la autoridad de quien de este modo renuncia a las consecuencias de su propio desarrollo teórico, pues ello solo significa eso: que uno de los presupuestos teóricos fundamentales que se predicán para construir el sistema dogmático que se trata (la responsabilidad penal se fundamenta exclusivamente en la no evitación de la infracción normativa por la persona en derecho) no es sostenible cuando se trata de graduar la culpabilidad y se debe renunciar a él y reintroducir la prueba y apreciación de aspectos psicológicos solo predicables de ser humano “de carne y hueso” y no de la “persona en derecho”.

### III. LAS CATEGORÍAS Y DISTINCIONES ARISTOTÉLICAS RELEVANTES PARA LA SUPERACIÓN DE LAS ANOMALÍAS DESCRITAS

En los cuatro casos planteados, las doctrinas dominantes superan las anomalías presentadas reconociendo en algún punto del desarrollo de los problemas presentados que, tratándose de personas naturales, solo puede ser responsable penalmente un ser humano concreto, de “carne y hueso”, con sus capacidades, conocimientos, decisiones y constreñimientos internos y externos<sup>27</sup>. Ello es una buena noticia para quienes entendemos que el derecho penal es derecho de la culpabilidad personal –entendida como la vinculación subjetiva del agente con el hecho como presupuesto de su responsabilidad–, garantizada por las constituciones democráticas occidentales y los tratados internacionales sobre derechos humanos. En efecto, a pesar de sus diferentes puntos de partida, las doctrinas funcionalistas actualmente dominantes se alejan en los casos complejos de las potenciales desviaciones hacia la *versari in re illicita* y la responsabilidad penal objetiva a que podrían conducir criterios puramente objetivos, sistemáticos y generalizadores, prefiriendo, para el problema concreto planteado, una solución que remite a criterios individualizadores<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> JAKOBS, 2006, pp. 834-839. Acerca de otras desviaciones hacia la “realidad” y la aceptación de criterios “individualizadores” dentro de la teoría funcionalista de JAKOBS, v. SILVA-SÁNCHEZ, 2006, p. 377.

<sup>27</sup> En consecuencia, todo lo que aquí se dirá no es aplicable a los criterios para determinar la responsabilidad penal de las personas jurídicas que, al no ser de “carne y hueso”, careen de psiquis y no son susceptibles de actuar por motivaciones individuales, pasiones o temores.

<sup>28</sup> Por criterio individualizador se entiende aquí tanto la consideración de la vinculación subjetiva del hecho con la persona responsable como sus conocimientos especiales, sus capacidades cognitivas, su intencionalidad y su capacidad para enfrentar estímulos externos o internos, establecidos mediante las inferencias forenses al uso. Tratándose de conocimientos e intención, esa vinculación es llamada aquí “estado mental”. En cambio, un criterio objetivo, sistemático y generalizador sostiene que basta para afirmar la responsabilidad del agente la aplicación de una regla “normativa” o de “valoración” del hecho –establecido mediante las inferencias

A nuestro juicio, la mejor explicación de por qué las anomalías descritas se resuelven de este modo, se encuentra en las diferentes distinciones que realiza Aristóteles a propósito del estudio de la responsabilidad individual como presupuesto para distribuir premios y castigos, en la forma que aquí se expondrán.

Estas distinciones, que el Estagirita estima podrían ser útiles “para los legisladores, con vistas a los honores y castigos”<sup>29</sup>, son las siguientes: i) la distinción de lo involuntario frente a lo voluntario, lo mixto, lo no voluntario y no involuntario como límite y presupuestos de la responsabilidad individual; ii) la distinción de lo intencional frente a lo voluntario no intencional y las otras formas de responsabilidad personal; iii) la distinción entre la responsabilidad por el hecho y su justicia o injusticia; y iv) la distinción entre la justicia e injusticia del hecho por el que se es responsable y el juicio ético del carácter de la persona.

La primera distinción establece uno de los presupuestos y límites fundamentales de la responsabilidad personal: se es responsable de lo voluntario y no de lo involuntario. Voluntario “podría parecer que es aquello cuyo principio está en el mismo agente que conoce las circunstancias concretas en las que radica la acción”, esto es, “lo que hace uno estando en su poder hacerlo y sabiendo, y no ignorando, a quién, con qué y para qué lo hace; por ejemplo, a quién golpea, con qué y para qué, y todo ello no por accidente ni por fuerza (como si alguien, cogiendo la mano de otro y contra la voluntad de este, golpea a un tercero, porque, entonces, no depende de la mano que golpea)”<sup>30</sup>. En consecuencia, son involuntarias las cosas “que se hacen por fuerza o por ignorancia; es forzoso aquello cuyo principio es externo y de tal clase que en él no participa ni el agente ni el paciente”<sup>31</sup>.

Desde esta perspectiva, la ignorancia o el error es uno solo: un hecho mental que consiste en desconocer o tener una falsa representación de la realidad material o institucional en que se desarrolla la conducta y que depende de las capacidades y conocimientos individuales o especiales de cada cual en tanto “poder” para hacer o no hacer (conocer o no), esto es ser principio de o tomar parte en lo que se hace o deja de hacer<sup>32</sup>. En consecuencia, también debiera ser único su efecto: exclusión de la responsabilidad, siempre que ese error no tenga su origen en ni dependa del agente.

---

forenses al uso—, pero solo en su aspecto objetivo (sin atender a los “conocimientos” ni “intenciones” del agente), como resultado de una aproximación sistemática (en el caso del “error de prohibición”) y de general aplicación (sin tomar en cuenta las condiciones personales del agente para la determinación de la pena).

<sup>29</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1109b, 35.

<sup>30</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1111b, 20, y 1135a, 20. Nótese que aquí el “para qué” no significa finalidad, sino más bien un conocimiento general de la causalidad originada por el hecho, pues el Estagirita, como se verá enseguida, distingue con claridad entre los hechos voluntarios y los intencionales, producto de la elección y deliberación.

<sup>31</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110a.

<sup>32</sup> GARCÍA, 2008, p. 1, destaca esta idea de poder como capacidad personal para calificar el hecho de voluntario o “no involuntario”, sobre la base de la idea de “poder hacerlo y sabiendo”, expresada en ARISTÓTELES, 1977, 1135a, 20.

De aquí se desprende que la voluntariedad (*bekousion*), entendida estrictamente como la realización de una conducta libre de fuerza o error, es un presupuesto de la responsabilidad por la acción u omisión que se trate. Esta voluntariedad en nuestros sistemas democráticos no puede sino identificarse con la libertad jurídica de actuación<sup>33</sup>. En efecto, ella es uno de los presupuestos generales de la responsabilidad personal y hace operativo en el sistema jurídico el sinalagma libertad-responsabilidad, pues su comprobación permite hacer responsable al agente por su conducta jurídicamente libre y su ausencia, eximirlo de ello. En este sentido, para el derecho penal de la culpabilidad, voluntariedad y libertad jurídica son conceptos indistinguibles del de responsabilidad o, más precisamente, de las condiciones personales y sociales, legalmente determinadas, que hacen posible atribuirle al agente las consecuencias jurídicas de un hecho. De este modo, afirmar la existencia de la libertad jurídica como fundamento de la culpabilidad no importa admitir la existencia del libre albedrío como concepto moral o metafísico<sup>34</sup>, ni negar la determinación causal de la existencia humana<sup>35</sup>, sino únicamente establecer las condiciones para hacer efectiva, jurídicamente, la responsabilidad personal. Esta es la misma idea de libertad jurídica que legitima la elección de autoridades y el ejercicio de su autoridad así como los llamados derechos de libertad que las constituciones democráticas occidentales garantizan, como, p. ej., libertad de conciencia, personal, de enseñanza, libertad de emitir opinión e informar, de trabajo, para adquirir el dominio de las cosas y para crear y difundir las artes, etc. Desde el punto de vista de sus consecuencias, esta es la clase de libertad que legitima hacer valer en juicio los contratos, atribuir la autoría e invención de las obras intelectuales y de la propiedad industrial<sup>36</sup> y, por cierto, la imposición de penas por las conductas que, en ejercicio o abusando de tales libertades, suponen una afectación a otros intereses constitucionalmente reconocidos.

Luego, si lo voluntario es uno de los presupuestos de la responsabilidad, lo involuntario será de la indulgencia; y si lo voluntario importa libertad de actuación, lo involuntario no, pues se hace por fuerza, “por ejemplo, si uno es llevado por el viento o por hombres que nos tienen en su poder”<sup>37</sup>, o por ignorancia.

---

<sup>33</sup> Desde la teoría de la agencia, se define esta libertad jurídica como el “sentimiento subjetivo de ser causalmente responsable de sus actos y de sus consecuencias” (BIGENWALD y CHAMBON, 2019, p. 3).

<sup>34</sup> Como el DE AQUINO, 1994, p. 37, para quien la libertad es una facultad de voluntad y de razón cuyo objeto propio es el fin –Dios, en un sentido teologal– y el bien.

<sup>35</sup> En efecto, bien se puede postular que, desde el punto de vista sociológico o causal, la sola existencia de un ordenamiento jurídico, en la medida que se emplea como instrumento para la dirección de las conductas humanas, demuestra que las personas se encuentran sujetas a estímulos externos que se espera las motiven o, al menos, hagan reaccionar a su gran mayoría, como sostiene KELSEN, 1979, p. 105.

<sup>36</sup> Es interesante destacar que, en estos casos, el sinalagma libertad-responsabilidad importa como consecuencias del ejercicio de la libertad no una sanción sino un “honor” o, más precisamente, el reconocimiento en todo caso de la “paternidad” de una obra intelectual o de la calidad de “inventor” de un objeto de propiedad industrial (art. 6bis del Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas, 1886; y art. 4ter Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, 1883).

<sup>37</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110a.

Sin embargo, en la doctrina aristotélica no todo lo que se hace por fuerza o ignorando puede considerarse involuntario y, en consecuencia, libre de responsabilidad.

En efecto, respecto de lo primero, habría que distinguir entre la fuerza física de los ejemplos del viento incontrolable y el secuestro, de aquellos otros estímulos externos, como la coerción y la necesidad. Señala Aristóteles que frente a tales estímulos el hecho puede ser relativamente voluntario, porque está en el agente hacer o no lo que se exige o lo que la necesidad requiera para evitar el mal que se enfrenta, pero también absolutamente no voluntario, porque “uno hace lo que no debe por causas que sobrepasan la naturaleza humana y que nadie podría soportar”<sup>38</sup>, y por eso los llama mixtos. El Estagirita cita como tales causas cometer un delito bajo amenaza de que si no lo hace se dará muerte a un familiar que se tiene retenido<sup>39</sup> o arrojar al mar la carga de un navío en caso de tempestad para salvarse y salvar a los demás; pero rechaza que se puedan alegar como causas para obtener indulgencia el temor a una maldición y otras razones “ridículas”<sup>40</sup>. Es decir, siendo voluntaria la conducta, la excusa radica en la naturaleza de la causa, esto es, en el carácter socialmente aceptable o no –noble o vergonzoso, en los términos del Estagirita– del motivo particular que la impulsa<sup>41</sup>. En consecuencia, la actuación motivada por el placer, la pasión, el apetito o el deseo no pueden considerarse excusadas por ese solo hecho, pues “es ridículo culpar a la causa externa, y no a nosotros mismos, cuando hemos sido tan fácilmente cazados por estas cosas, y atribuirnos las acciones hermosas, pero imputar las vergonzosas al placer”, al tiempo que “las pasiones irracionales no son menos humanas, de manera que las acciones que proceden de la ira y el apetito también son propias del hombre” y “es absurdo considerarlas involuntarias”<sup>42</sup>.

Lo más interesante de esta distinción es que, contrario al ejercicio de la fuerza física como hecho comprobable mediante las inferencias forenses al uso, determinar lo que se considere “sobrepasa la naturaleza humana” depende no solo de comprobar la voluntariedad del hecho y la existencia de los motivos de la actuación, sino de la valoración social del motivo que lo impulsa la conducta, esto es, si se estima noble o ridículo. Luego, aunque esos motivos no sean abstracciones sino realidades comprobables que impactan la psiquis de las personas o se originan en sus pasiones o emociones, para aceptar la excusa o la atenuación debe distinguirse entre aquellos que hacen el hecho socialmente tolerable o no. Según Aristóteles, solo los motivos nobles permitirían una excusa o atenuación, como el interés de salvar a los parientes de una muerte a manos de quien los amenaza (lo que hoy denominaríamos fuerza moral irresistible, *duress* en el derecho anglosajón) o la salvación de un barco y sus pasajeros para evitar su naufragio (estado de necesidad

<sup>38</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110a, 25.

<sup>39</sup> Este es el argumento del filme *Nick of time*, de John Badham, 1995.

<sup>40</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110a, 5 y 25.

<sup>41</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110a, 20: “soportar las mayores vergüenzas sin un motivo noble o por uno mediocre es propio de un miserable”. No obstante, debe distinguirse aquí el juicio a la persona del juicio al hecho. Lo que importa, a efectos jurídicos, es que el motivo que no sea noble, esto es, aceptable jurídicamente por la comunidad, no excusa.

<sup>42</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110b, 15 y 1111b.

o *necessity*). En cambio, las motivaciones ridículas, como las pasiones, apetitos, deseos y otros motivos psicológicos no menos humanos para el actuar, en ningún caso alcanzan a constituir una excusa, esto es, una razón suficiente –desde el punto de vista social– para perdonar al agente<sup>43</sup>.

En cuanto a la falta de voluntariedad por la ignorancia en el actuar, señala Aristóteles que, primero, se debe distinguir entre la actuación “por” ignorancia propiamente tal de la que se hace “con” ella. “Por ignorancia” se actuaría cuando el error no tiene un principio en ni depende de uno mismo y recae sobre las circunstancias particulares en las que se desarrolla la conducta y a las que esta se refiere (como cuando se actúa engañado por un tercero o por un defecto físico que altera la percepción de la realidad). Solo cuando se actúa “por ignorancia” el hecho es involuntario, destinatario de “compasión y perdón”<sup>44</sup>. Así, en los casos en que el agente cree que “su hijo es un enemigo”, “o que la punta de hierro de la lanza tenía un botón; o que una piedra cualquiera era una piedra pómez; o dando una bebida a alguien para salvarlo, matarlo por el contrario; o queriendo a uno darle una palmadita, noquearlo como en el pugilato”, si el error que no tiene su origen ni depende del agente, se actúa por ignorancia y ello hace involuntaria la conducta y, por tanto, irresponsable al agente<sup>45</sup>. Además, el Estagirita no desconoce la posibilidad de errar sobre el hecho institucional de la licitud o ilicitud de la conducta (y, por tanto, actuar involuntariamente a causa de ese error), advirtiendo solamente que en tales casos no parece razonable, en general, considerar involuntaria la conducta de quienes “ignoran ciertas materias legales que deben saberse y que no son difíciles”<sup>46</sup>, como las reglas sociales básicas que se transmiten mediante la escolarización, los medios de comunicación masivos y la socialización del sujeto (*ignorantia crassa et supina*).

En cambio, cuando se actúa “con ignorancia”, el hecho no sería involuntario, si la causa de la ignorancia está en uno mismo: “el término “involuntario” tiende a ser usado no cuando alguien desconoce lo conveniente, pues la ignorancia en la elección no es causa de lo involuntario” y por ello los “legisladores” “castigan y toman represalias de los que han cometido malas acciones sin haber sido llevados por la fuerza o por una ignorancia de la que ellos mismos no son responsables”, esto es, “castigan el mismo hecho de ignorar, si el delincuente parece responsable de la ignorancia” por su propia

---

<sup>43</sup> Se manifiesta aquí, entonces, ya desde Aristóteles, el aspecto normativo de las causales de inexigibilidad de otra conducta, dentro de la culpabilidad como elemento del delito: su aceptación está limitada por lo que la sociedad considera tolerable (noble, en los términos del Estagirita) en cada momento histórico.

<sup>44</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1111a.

<sup>45</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1111a, 10. Se anticipa así el Estagirita a la solución dominante respecto del error de tipo vencible (responsable, pero no elegido, en los términos aristotélicos), pues la mayor parte de los ejemplos propuestos parecen de negligencia atribuible al carácter vencible del error. Sin embargo, el propósito de su exposición en este lugar no es fundamentar la regla de imputación de la negligencia entendida como error vencible, sino destacar el punto del caso de su invencibilidad, en que, por no ser el agente responsable del error, no es responsable de la conducta que ejecuta “por ignorancia”. En cambio, si el error es vencible, actuará “con ignorancia”, será responsable de ella y de su conducta y, en nuestro sistema, lo consideraremos negligente; salvo que la ignorancia sea deliberada, caso en el que se tiende a asimilar al actuar doloso.

<sup>46</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1113a, 30.

elección o deliberación o “en los casos en los que la ignorancia parece tener por causa la negligencia, porque estaba en su poder no ser ignorantes, ya que eran dueños de poner atención”<sup>47</sup>. En consecuencia, también habrá responsabilidad en los hechos “no involuntarios”, realizados “con ignorancia” responsable, deliberada o negligente.

Además, el Estagirita da cuenta de la existencia de otro grupo de conductas que, no siendo involuntarias, tampoco califica como voluntarias, sino como “no voluntarias”, por lo que también pueden dar origen a responsabilidad personal: se trata de los casos de quienes actúan por ignorancia, pero sin “desagrado”, “dolor” o “pesar” por lo realizado, por lo que, por esa indiferencia en la actuación, no estaría justificada a su respecto la conmiseración o la indulgencia<sup>48</sup>.

Solo una vez que se ha presentado y resuelto la distinción fundamental entre lo involuntario y lo voluntario, “no involuntario” o “no voluntario” y, por tanto, afirmada la responsabilidad del agente por el hecho, Aristóteles aborda el problema de la elección o intención, señalando que existen “acciones hechas impulsivamente” que “llamamos voluntarias, pero no elegidas”, y “es evidente que la elección es algo voluntario, pero no es lo mismo que ello, dado que lo voluntario tiene más extensión”, pues “de los actos voluntarios, unos los realizamos con intención y otros sin ella; con intención, cuando son objeto de una previa deliberación; sin intención, cuando no van precedidos de deliberación”<sup>49</sup>.

En resumen, sobre la base de estas distinciones, es posible ofrecer un panorama más amplio de las conductas de las que cada uno puede ser responsable: i) los hechos voluntarios e intencionales, producto de la elección y deliberación; ii) los hechos voluntarios no intencionales, sino repentinos o espontáneos; iii) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia deliberada; iv) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia negligente; y v) los hechos “no voluntarios”, realizados por ignorancia, pero que no causan “desagrado”, “dolor” ni “pesar”<sup>50</sup>.

Sin embargo, el Estagirita no nos ofrece criterios para una eventual valoración jurídica diferenciada de esos cinco tipos de conducta, aunque admite que ello es posible cuando hace ver que, en casos de ignorancia deliberada, como la del ebrio voluntario, los

---

<sup>47</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1110b, 30, 1113b, 20 y 30 y 1114a. La referencia que en 1110b, 30 se hace a la “maldad” como causa de la elección de la ignorancia puede suprimirse en este contexto, pues el hombre “malvado” en el sentido aristotélico es quien hace del vicio y lo injusto un hábito o costumbre y, por tanto, la maldad es un juicio al carácter de la persona y no a un hecho concreto o la motivación que se tenga para decidir su realización. En ese caso, es mejor hablar de una elección por lo injusto en el caso concreto, esto es, lo que solo es conveniente para uno, sin provecho o aprobación de la comunidad.

<sup>48</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1111a, 20. En el texto, se califica este grupo de conductas como “no voluntarias”, pero sin alcanzar a ser *involuntarias*.

<sup>49</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1111b, 10 y 1135b, 10.

<sup>50</sup> Como las categorías aristotélicas están orientadas a determinar la responsabilidad por lo que se hace, su aplicación a las omisiones debe referirse a la responsabilidad de lo que se hace en vez de lo debido, pues lo debido en cada caso no depende del agente. Sin embargo, un estudio acabado de las omisiones desde esta perspectiva no es posible en este lugar.

legisladores incluso imponen el doble de la pena<sup>51</sup>, e insiste que, para los efectos de la calificación de las conductas como virtuosas o no, lo relevante es su carácter voluntario e intencional, pues “siempre que está en nuestro poder el hacer, lo está también el no hacer, y siempre que está en nuestro poder el no, lo está el sí, de modo que si está en nuestro poder el obrar cuando es bello, lo estará también cuando es vergonzoso, y si está en nuestro poder el no obrar cuando es bello, lo estará, asimismo, para obrar cuando es vergonzoso”<sup>52</sup>.

Finalmente, Aristóteles nos recuerda que existe una diferencia entre la calificación del hecho como virtuoso o vicioso y la del carácter de las personas, pues “las acciones no son voluntarias del mismo modo que los modos de ser”<sup>53</sup>. En efecto, en su perspectiva, el juicio ético se refiere a la virtud como costumbre o hábito y, por esta razón, al carácter de las personas. En ese juicio, las conductas particulares pueden no tener mayor relevancia, una vez que ese carácter se ha formado, de modo que el malvado puede realizar aisladamente un hecho virtuoso y el prudente cometer alguna injusticia, sin que ello altere el juicio ético a su persona, pues siendo la virtud y el vicio costumbres o hábitos, “una golondrina no hace verano”<sup>54</sup>.

En consecuencia, si lo que importa a efectos de determinar la responsabilidad jurídica por el hecho no es calificar a las personas por su carácter virtuoso o malvado, sino su vinculación subjetiva con las conductas que realizan, podemos prescindir completamente del enjuiciamiento moral de su carácter.

#### IV. UTILIDAD DE LAS CATEGORÍAS ARISTOTÉLICAS PARA SUPERAR LAS ANOMALÍAS ANTES DESCRITAS

Aristóteles no podría en modo alguno haberse ocupado de la teoría del delito, concepto inexistente en la época de la transcripción de sus enseñanzas. Sin embargo, dejando de lado el enjuiciamiento del carácter de los agentes; las categorías y distinciones que presenta para diferenciar aquellos hechos de lo que somos responsables de lo que no, antes de realizar sobre esos hechos un juicio moral, parecen plenamente compatibles con la idea del principio de culpabilidad, entendido como responsabilidad personal por la conducta propia, con exclusión del *versari in re illicita* y de la responsabilidad objetiva. Y, sobre todo, permiten hacer plenamente operativo el sinalagma libertad-responsabilidad, que se encuentra en las bases de las constituciones y sistemas jurídicos democráticos occidentales.

Y por ello resultan aplicables para ordenar las ideas que permitan una exposición coherente de las respuestas que la dogmática actual ha presentado para superar las

---

<sup>51</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1113b, 30: “a los embriagados, se les impone doble castigo; pues el origen está en ellos mismos, ya que eran dueños de no embriagarse, y la embriaguez fue la causa de su ignorancia”.

<sup>52</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1113b, 5-10.

<sup>53</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1114b, 30.

<sup>54</sup> ARISTÓTELES, 1977, 1135b, 20 y 1098a, 15.

anomalías que generan el tratamiento de los conocimientos especiales, el error de los presupuestos objetivos de las causales de justificación, la ignorancia deliberada y la graduación de la culpabilidad.

Ese reordenamiento ha de partir por la aceptación de que en nuestros sistemas occidentales la responsabilidad personal tiene como presupuesto la libertad jurídica y como límite aquello que socialmente se considera tolerable<sup>55</sup>.

Pero la libertad jurídica no es un concepto abstracto, sino que remite a la idea de que somos responsables por aquello que tiene su origen o depende de uno y, por tanto, a la del establecimiento de un criterio individualizador para todos aquellos aspectos que inciden en determinar si lo que se hace o deja de hacer tiene su origen en o depende de uno. En ese sentido, la comprobación en juicio de las capacidades y conocimientos especiales, esto es, particulares del agente, resulta fundamental para determinar de qué puede ser o no personalmente responsable, como presupuesto tanto para la imputación objetiva de la conducta a un tipo penal como para su imputación subjetiva, a título doloso o culposo, pues serán nuestros conocimientos y capacidades personales los que determinarán el ámbito de nuestra libertad. Y para ello es irrelevante que esos conocimientos sean generales, predicables de un “observador objetivo”, o individuales, producto de la educación y experiencia “especiales” de cada uno. De otro modo, ya que no cualquiera tiene los conocimientos y capacidades de Einstein, deberíamos decir que él no es responsable del desarrollo de la teoría de la relatividad ni atribuirle por ello el reconocimiento que le corresponde, lo que es absurdo. En consecuencia, el “problema” de los conocimientos especiales no es, efectivamente, un problema real: todos concuerdan en considerarlos para afirmar la responsabilidad o no en los casos concretos. El “problema” es que ello no es coherente con una teoría que asume como punto de partida un criterio objetivo y generalizador, referido a las exigencias aplicables a todas las personas por igual. Luego, solo desde el punto de vista individualizador, atento a la prueba de los conocimientos que posee el agente en el caso concreto, que para él son siempre “especiales” o “individuales” –y que bien pueden coincidir en muchos aspectos con los “generales” de su grupo social– es posible una explicación coherente de la aplicación del sinalagma libertad-responsabilidad en todos los casos relevantes.

En cuanto al error acerca de los presupuestos objetivos de una causal de justificación, la respuesta aristotélica es igual de coherente con sus presupuestos y el principio de culpabilidad: toda ignorancia involuntaria excluye la responsabilidad penal, recaiga en los medios, modo de ejecución y circunstancias concretas en que se realiza la conducta y, entre ellas, el hecho institucional de su prohibición (siempre que sea arduo su

---

<sup>55</sup> De este modo, se admite que la aceptación de los criterios individualizadores no excluye los normativos: los primeros permiten fundamentar la responsabilidad personal, los segundos, limitan las excusas o defensas, como sucede, p. ej., en el caso de las acciones “mixtas”, donde se distingue entre motivos de actuación nobles, que permiten el perdón, de aquellos ridículos, que no excusan. La sola prueba de la condición individual no es suficiente para eximir de responsabilidad, pues si era voluntaria, dependerá de la valoración social del motivo eximirlo o no de pena. En este aspecto, la propuesta aristotélica también da cuenta de la idea de la normativización de la culpabilidad, al menos respecto de las defensas vinculadas a la inexigibilidad de otra conducta.

conocimiento). Y aunque los presupuestos objetivos de una causal de justificación pueden contar tanto entre el hecho institucional de su prohibición como entre las circunstancias materiales concretas en las que se desarrolla la conducta, un error involuntario a su respecto excluye la responsabilidad.

Por si se ha actuado con ignorancia de la que se es responsable, entonces podremos atender la causa de esa ignorancia para determinar el grado de responsabilidad del agente, ya que estuvo en él conocer o no, esto es, actualizar o no sus capacidades: si esa ignorancia fue deliberada, con la intención de evitar la responsabilidad, será “deliberada”, asimilable al dolo directo o intencional; pero si solo proviene de la falta de actualización de sus capacidades personales, una “ignorancia culpable”, asimilable a la imprudencia<sup>56</sup>. De aquí se sigue otra consecuencia de la aceptación de las distinciones aristotélicas: la posibilidad de distinguir, como en este caso, entre la responsabilidad personal por la conducta como requisito de la culpabilidad en un sentido amplio y su calificación a título doloso o culposo, apareciendo así el dolo y la culpa como reglas de imputación o valoración de esa conducta responsable.

Finalmente, en cuanto a la graduación de la culpabilidad, poco se podrá agregar para reconocer aquí que ella, en cuanto se permite por un sistema jurídico determinado, solo puede hacer referencia a criterios que tomen en cuenta al ser humano que se juzga en tanto tal, esto es, la forma en que le afectan los estímulos externos para afirmar que se encuentra o no superado por una fuerza o necesidad que exceden la naturaleza humana, así como la valoración de las emociones que motivan su actuar.

## V. CONCLUSIONES

1. Las teorías funcionalistas actualmente dominantes, en las versiones de Roxin y Jakobs, recurren en ciertos casos a criterios individualizadores e incluso psicológicos para determinar la responsabilidad penal, como sucede especialmente en el tratamiento de los conocimientos especiales, el error sobre presupuestos objetivos de una causal de justificación y la ignorancia deliberada, así como para la graduación de la culpabilidad. Ello es compatible con el principio de culpabilidad, entendido como responsabilidad personal que afirma la existencia de una vinculación subjetiva del agente con el hecho, rechaza el *versari in re illicita* y la responsabilidad objetiva. Sin embargo, tales soluciones pueden considerarse también como anomalías de dichas doctrinas, pues esas soluciones individualizadoras no son esperables a partir de los criterios objetivos, sistemáticos y generalizadores que ellas proponen para el establecimiento de la responsabilidad penal y su graduación.

---

<sup>56</sup> A la constatación fáctica del Estagirita acerca de este tratamiento diferenciado pueden sumarse las razones de peligrosidad y necesidad de pena que ofrece RAGUÉS (2013), pp. 28-30, y la observación de SPANGENBERG, 2017, p. 69, en el sentido de que la ignorancia deliberada podría “sancionarse más gravemente que la que proviene de la negligencia”.

2. Una propuesta teórica para la superación coherente de tales anomalías pasa por reemplazar esos puntos de partida objetivos, normativos y generalizadores por otros que no generen expectativas que deban ser contradichas o abandonadas en su aplicación a los casos difíciles que se ha analizado: tratamiento de los conocimientos especiales, del error sobre los presupuestos objetivos de las causales de justificación, de la ignorancia deliberada y de la graduación de la culpa.
3. En lo que no están referidas al juicio ético del hecho o del carácter de las personas, las distinciones propuestas por Aristóteles son útiles para intentar una reconstrucción del tratamiento de los problemas expuestos, coherente y respetuosa del principio de culpabilidad.
4. En consecuencia, se propone, en primer lugar, distinguir entre las reglas o criterios para considerar a una persona responsable por un hecho de aquellas destinadas a su calificación como constitutiva de la realización de un tipo penal determinado y estas de las que valoran la subjetividad subyacente como “dolosa” o “culposa”, según las reglas de imputación subjetiva aplicables en los sistemas de derecho continental.
5. Una persona es responsable de un hecho cuando este tiene su origen en o depende de ella su realización o no, es decir, cuando es jurídicamente libre en el momento de su realización, porque actúa u omite sin mediación de la fuerza externa o ignorancia de la que no es responsable, sea que recaiga sobre las circunstancias concretas del hecho como sobre la de su prohibición o no. Ello debe determinarse respetando el principio de culpabilidad, esto es, con atención a criterios individualizadores que atiendan al poder o capacidad de cada cual para resistir la fuerza externa o conocer la realidad material e institucional en que el hecho se realiza o se omite.
6. Aristóteles propone los siguientes casos en que una persona puede ser responsable de un hecho, por su actuación libre de fuerza externa e ignorancia no responsable: i) los hechos voluntarios e intencionales, producto de la elección y deliberación; ii) los hechos voluntarios no intencionales, sino repentinos o espontáneos; iii) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia deliberada; iv) los hechos “no involuntarios”, realizados con ignorancia negligente; y v) los hechos “no voluntarios”, realizados por ignorancia, pero que no causan “desagrado”, “dolor” ni “pesar”.
7. Determinada la responsabilidad y que el hecho está descrito como delito en la ley, su valoración para efectos de asignarle una pena diferenciada o no es también materia de la legislación. En nuestros sistemas continentales las reglas generales de imputación subjetiva tradicionales suelen asignar el valor de “dolo” a los hechos voluntarios, intencionales (dolo directo) o no (dolo eventual); reservándose el valor de “culpa” para lo que se hace con ignorancia culpable. A la ignorancia deliberada, en cambio, se le suele imputar el valor de “dolo”. Y a los hechos no voluntarios pero respecto de los cuales hay indiferencia, se discute si deben ser tratados como dolosos o culposos<sup>57</sup>. En todos los casos la regla de imputación ha

---

<sup>57</sup> HUIGENS, 1998, p. 453 identifica este grupo de casos con lo que se entiende hoy por negligencia o culpa; mientras JAKOBS, 1992, p. 259 lo reconduce a un supuesto de dolo.

- de considerar como hechos sobre los que se aplica la subjetividad real del agente: su intención o falta de, la deliberación o falta de y el desagrado o indiferencia ante su realización<sup>58</sup>.
8. No obstante, también es posible que el legislador establezca reglas especiales de asignación de valor a la subjetividad del agente, como sucede con las infracciones a las leyes de tránsito relativas al manejo en estado de ebriedad que se elevan a la calidad de delitos autónomos, sancionándolos con una pena similar a la del delito doloso de homicidio y que, sin esa especial tipificación se deberían considerar, en caso de que a la infracción siguiese un resultado de muerte particular, cuasidelitos o delitos culposos de homicidio, con la pena inferior asignada por regla general a tales hechos.
  9. El error sobre los presupuestos objetivos de una causal de justificación se puede considerar como uno que recae sobre el hecho institucional de su prohibición o sobre las concretas circunstancias de la acción. En ambos casos, su tratamiento penal ha de ser el mismo: si es inevitable no hay responsabilidad, por ser el acto involuntario, cometido por ignorancia. Pero si es responsable o evitable, su pena dependerá de la regla de imputación subjetiva que se aplique por su carácter deliberado o negligente.
  10. Determinada la responsabilidad penal del agente y aplicada la regla de imputación subjetiva (dolo o culpa), todavía es posible plantearse si al agente se le impondrá o no una pena y el grado que ha de tener, atendida la consideración de los motivos individuales de la actuación, que las leyes suelen regular en relación con las eximentes relativas a la inexigibilidad de otra conducta (coerción o *duress* y necesidad o *necessity*) y la introducción de diferentes circunstancias atenuantes. En estos casos, la imposición y medida de la pena está condicionada a la comprobación de ciertos aspectos de la subjetividad del agente, esto es, la existencia del miedo y el efecto en su conducta de la necesidad y los estímulos y pasiones alegados. Pero ello no es suficiente: aquí es donde los aspectos “normativos” de la culpabilidad, esto es, las consideraciones sociales acerca de lo tolerable o no, operan como límite para la admisión o no de la excusa o la atenuación alegadas.

---

<sup>58</sup> VAN WEEZEL, 2021, p. 206, sostiene desde un punto de vista funcionalista sociológico un procedimiento similar, esto es, que previo a la adscripción de valor “dolo” o “culpa” a un hecho, debe acreditarse la “representación referencial” a valorar, destacando el carácter fáctico de esta y el normativo de aquellas. La diferencia con lo que aquí se plantea es que el autor, desde el punto de vista de la doctrina dominante, concibe el dolo principalmente como “conocimiento” y, por tanto, ofrece parámetros normativos donde se confunden las exigencias para la atribución del hecho a la persona de aquellas necesarias para darle el valor de “dolo” o “culpa” a la actuación que se trate.

## BIBLIOGRAFÍA

- AQUINO, Tomás, 1994: *Suma Teológica, Parte I-II* (Ed. Regentes de Estudios Provincias Dominicanas de España), Madrid.
- ARISTÓTELES, 1977: *Ética Nicomáquea* (trad. J. Pallí), Madrid: Gredos.
- BIGENWALD, Ariane y CHAMBON, Valerian, 2019: "Criminal responsibility and neuroscience: Not revolution yet", *Frontiers in Psychology*, volumen 10.
- CUELLO Contreras, Joaquín, 2020: "¿Tipicidad sin tipo subjetivo? Sobre lo inescindible del tipo objetivo y el tipo subjetivo en teoría del delito", *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, volumen 36.
- DUFF, Anthony, 2002: "Virtue, Vice, and Criminal Liability: Do We Want an Aristotelian Criminal Law?", *Buffalo Criminal Law Review*, volumen 6, Nº 1.
- GARCÍA, N., Antonio, 2008: "Aristóteles: El concepto de elección y su relación con el determinismo de su Ética", *A Parte Rei. R. de Filosofía*, Nº 60.
- GRECO, Luis, 2005: "Das Subjektive an der objektiven Zurechnung: Zum 'Problem' des Sonderwissens", *ZStW*, volumen 117, Nº 3.
- GRECO, Luis, 2014: "Comentario al artículo de Ramón Ragués", *Discusiones: ignorancia deliberada y Derecho Penal*, número 13.
- HUIGENS, Kyron, 2004: "On Aristotelian Criminal Law: A Reply to Duff", *Notre Dame J.L. Ethics & Pub. Pol'y*, volumen 18, Nº 2.
- JAÉN V., Manuel, 2021: "Evolución del concepto del dolo", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 133-I, Época II.
- JAKOBS, Günther, 1991: *Strafrecht. Allgemeiner Teil, 2.ª ed.*, Bonn: De Gruyter.
- JAKOBS, Günther, 2006: "Die Schuld der Fremden", *ZStW*, volumen 118, Nº 4.
- JESCHECK, Hans-Heinrich y WEIGEND, Thomas, 2002: *Tratado de Derecho penal*, 5.ª ed. (Trad. M. Olmedo), Granada: Comares.
- KELSEN, Hans, 1979: *Teoría Pura del Derecho*, 2.ª Ed. (Trad., R. Vernengo), México: UNAM.
- KINDHÄUSER, Urs, 2008: "El tipo subjetivo en la construcción del delito. Una crítica a la teoría de la imputación objetiva" (trad. J. P. Mañalich), *InDret*, Nº 4/2008.
- KINDHÄUSER, Urs, 2013: *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Baden-Baden: Nomos.
- KUHN, Thomas, 1996: *The Structure of Scientific Revolutions*, Chicago: The University of Chicago Press, 1996, pp. 52-53.
- PÉREZ Barberá, Gabriel, 2012: "Dolo como reproche. Hacia el abandono de la idea de dolo como estado mental", *Pensar en Derecho*, número 1.
- RAGUÉS, Ramón, 2004: "Consideraciones sobre la prueba del dolo", *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº 4.
- RAGUÉS, Ramón, 2013: "Mejor no saber. Sobre la doctrina de la ignorancia deliberada en Derecho penal", *Discusiones*, volumen 13, Nº 2.
- RAGUÉS, Ramón, 2014: "A modo de contrarréplica: la ignorancia deliberada y su difícil encaje en la teoría dominante de la imputación subjetiva", *Discusiones: ignorancia deliberada y Derecho Penal*, número 13.
- ROJAS, Luis Emilio, 2010: "Lo subjetivo en el juicio de imputación objetiva: ¿aporía teórica?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXIII, Nº 1.
- ROSSI, Gabriela, 2012: "Los tratamientos de lo involuntario en las éticas de Aristóteles: una cuestión de métodos", en *Ideas y Valores (Bogotá)*, volumen 41, Nº 150.
- ROXIN, Claus, 2006: *Strafrecht Allgemeiner Teil, T. I, 4.ª ed.*, Múnich: C.H. Beck.
- SILVA-SÁNCHEZ, Jesús M.ª, 2006: "Del Derecho abstracto al Derecho 'real'". Recensión a Günther Jakobs, La pena estatal: significado y finalidad (traducción y estudio preliminar de M.

- Cancio Meliá y B. Feijóo Sánchez), Thomson-Civitas, Madrid, 2006, 182 págs., *InDret*, N° 4/2006.
- TAMAHANA, Brian, 2004: "Aristotle and modern law", by Richard O. Brooks and James Bernard Murphy (eds.). Ashgate Publishing Company, 2003. 722 pp., *Law & Courts*, volumen 14, N° 3.
- VAN WEEZEL, Alex, 2021: "Intención, azar e indiferencia. El dolo no intencional en la dogmática penal chilena del siglo XXI", *Ius et Praxis*, volumen 27, N° 1.
- WELZEL, Hans, 1944: "Über den substantiellen Begriff des Strafrechts", en Bockelmann, Paul *et al.*: *Probleme der Strafrechtserneuerung. Eduard Koblrausch zum 70 Geburtstage*, Berlín: De Gruyter.
- WELZEL, Hans, 1976: *Derecho penal alemán*, 11.<sup>a</sup> ed. (trad. J. Bustos y S. Yáñez), Santiago: Editorial Jurídica.



## El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile

*Javier Wilenmann von Bernath\**  
*Juan Pablo Arístegui Spikin\*\**

### RESUMEN

*Pese a la concentración en el estudio de un imaginario del derecho penal adversarial y centrado en comportamientos especialmente reprochables, la práctica del sistema penal tiende a operar en una realidad distinta: la de los delitos de baja entidad. En ellos, casos rutinarios son procesados con dosis muy bajas de conflicto. El presente artículo tematiza esta realidad, poniendo de relieve las principales características de este modo de operación, las razones por las que predomina en la práctica, y dando un vistazo inicial a su modo de funcionamiento en Chile.*

Proceso penal; procedimiento simplificado; organización; sistema penal

### *Misdemeanors processing in Chilean criminal justice*

### ABSTRACT

*Although our legal imaginaries focus on adversarial criminal processes correlated with serious wrongdoing, low-level criminal justice dominates practice. In this very different reality, legal operators process in extremely short amount of time routinary cases. Processing takes place with little to no contestation. The paper examines this reality, giving a broad picture of its main characteristics, the reasons that explain its practical dominance, giving a first glimpse into the organization of mass processing in Chile.*

Criminal procedure; simplified procedure; organization; criminal justice system

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Albert-Ludwig Universität Freiburg, Alemania. Profesor Asociado, Facultad de Derecho Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Orcid: <https://orcid.org/0000-0003-4237-3537>. Correo electrónico: javier.wilenmann@uai.cl.

\*\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Master en Razonamiento Probatorio, Universidad de Girona, España. Master en Derecho Penal, Universidad de Toronto, Canadá. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7653-5912>. Correo electrónico: juan.aristeguispikin@uai.cl

Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt 1210444 sobre Complejidad Institucional y Derecho Penal.

Artículo recibido el 3.8.2021 y aceptado para publicación el 12.1.2022.

## INTRODUCCIÓN

La academia jurídica sobrerrepresenta una imagen adversarial, moralmente cargada, y adjudicativa del derecho penal. En la imagen dominante, el derecho penal supone confrontaciones de larga duración entre roles opuestos, en las que se discute acerca de la suficiencia de la prueba para condenar a una persona y respecto del carácter constitutivo o no de delito de una clase de conducta<sup>1</sup>. El derecho penal está además moralmente cargado, en tanto depende de concepciones diferenciadas de responsabilidad personal y el tipo de conductas que criminaliza son asimilables a conductas obviamente incorrectas tales como matar o violar a otra persona. Por último, el derecho penal asume una imagen altamente adjudicativa: el rol de un tribunal es resolver imparcialmente, considerando todas las pruebas y argumentos de las partes, en relación con la culpabilidad de una persona y la pena que esta merece o que resulta necesaria<sup>2</sup>.

La hegemonía de esta imagen se asienta en múltiples causas. La configuración de la academia jurídica sigue, en parte, las definiciones de la educación jurídica. Y en la enseñanza del derecho se asume que un buen abogado es quien es capaz de discutir sofisticadamente en materias del contenido del derecho. En su mejor versión, el buen estudiante sabe también discutir y probar, en contextos adversariales, hechos fundantes de una calificación jurídica favorable. Este imaginario jurídico sigue, a su vez, las fijaciones de la profesión legal. El sistema penal es equiparado, en ese sentido, con aquellos espacios de trabajo dominados por abogados. Los espacios judiciales y con orientación adjudicativa dominan; los espacios administrativos no están en el centro de sus preocupaciones, especialmente cuando se trata de acciones que tienen lugar en la calle. Por último, nuestras tradiciones intelectuales también se concentran en un ámbito moralmente cargado: la pregunta por la justificación del castigo y el modelamiento de un sistema de atribución de responsabilidad personalísima se encuentran a la base de la autocomprensión del derecho penal continental o de la filosofía del castigo anglosajona.

En este artículo, no pretendemos criticar esa fijación de la cultura jurídica por lo que es: con sus limitaciones, la fijación adversarial, moralmente cargada y adjudicativa del derecho penal, tiene razones de ser. Lo que nos interesa hacer es concentrarnos en aquello que no alcanza a ser visto a causa de esa hegemonía cultural, a saber, la hegemonía práctica y la relevancia social de la verdadera concentración en la persecución de delitos de bajo nivel. Entendemos por delitos de bajo nivel aquellas conductas típicas respecto de las que la policía puede ejecutar arrestos en situación de flagrancia pero cuya pena formal no supera de un umbral mínimo de relevancia. Como veremos, en Chile la práctica tiende a equipararlos con los delitos que pueden ser tramitados conforme con el procedimiento simplificado, esto es, al menos el piso de la pena probable debe estar en presidio menor en su grado mínimo.

<sup>1</sup> El punto ha sido ampliamente advertido en la literatura comparada. Véase BIBAS, 2019; FEELEY, 1979b; NATAPOFF, 2017.

<sup>2</sup> De la imagen adjudicativa del funcionamiento del sistema penal, las contribuciones clásicas en la contraposición con otros modos son FEELEY y SIMON, 1992; y KOHLER-HAUSMANN, 2018.

En nuestros sistemas penales, los casos que tienen las características que asume el imaginario jurídico son una minoría extrema<sup>3</sup>. La gran masa del sistema penal se refiere antes a delitos de baja entidad. Impulsadas por control policial y privado estable, cientos de miles de personas transitan anualmente por audiencias de muy corta duración, con patrones de conductas conocidos y resultados preestablecidos y determinables en segundos<sup>4</sup>. A las detenciones en general no les siguen declaraciones de prisión preventiva y pese a la pérdida de libertad inicialmente mediada por un arresto, la imposición de condenas tiende a no implicar penas privativas de libertad. Pero las acciones de la policía se encuentran en un espectro importante orientadas a proveer de control respecto de estas conductas y la mayor parte de los términos del sistema penal se concentran aquí, produciendo cientos de miles de anotaciones penales y penas de supervisión en comunidad (“penas sustitutivas”). Esta es la práctica dominante y ella domina también cualitativamente la experiencia de los usuarios. Como veremos en la sección III, esta concentración también se produce en Chile. Y ella es además invisible para quienes estudiamos el derecho y el sistema penal.

Al analizar la relevancia del derecho penal de baja entidad, perseguiremos dos objetivos. En abstracto, el artículo presenta un argumento respecto de la distancia entre derecho penal de baja entidad y la imagen dominante del derecho penal y un argumento acerca de la importancia práctica de esta forma de derecho penal. Este es el objeto de las dos primeras secciones del artículo. La sección I presenta una descripción fenoménica agregada de las características centrales del derecho penal de baja entidad advertidas por la literatura extranjera. Esta imagen muestra dos factores determinantes: distancia sustancial con la imagen hegemónica del derecho penal; y, con limitaciones, dominio práctico en la organización de los sistemas penales. La sección II se pregunta y presenta un argumento por las causas de esta distancia y de la influencia del derecho penal de baja entidad en las formas dominantes de organización penal. La contribución del artículo en estas dos partes es teórica.

El artículo tiene, sin embargo, además un objetivo concreto: entregar una imagen, con la información disponible, de los rasgos de funcionamiento del derecho penal chileno a este respecto. A causa de las limitaciones de los estudios existentes, la información empírica que contiene este artículo es, de entrada, insuficiente. Pero es mucho más de lo que se encuentra disponible. Este es el objeto de la sección III.

---

<sup>3</sup> Este es el punto central de la literatura reciente acerca de *misdemeanors* en Estados Unidos. Una reconstrucción sistemática puede encontrarse en NATAPOFF, 2015; La misma, 2018, cap. 2.

<sup>4</sup> En general, Simonson 2014. Para una cuantificación relativa de la entidad de la justicia penal de baja entidad en Estados Unidos, véase STEVENSON y MAYSON, 2017.

## I. LA DISTANCIA ENTRE EL DERECHO PENAL DE BAJA ENTIDAD Y EL DERECHO PENAL CULTURALMENTE DOMINANTE

El derecho penal de baja entidad no se condice con las imágenes dominantes en la cultura jurídica. En Estados Unidos, donde un importante cuerpo de literatura concierne al tema ha existido desde los años 60, su funcionamiento tiende a ser descrito con metáforas cuyo objeto es resaltar esta distancia. Popularizada por el informe *The Challenge of Crime in a Free Society*<sup>5</sup> la metáfora de la “justicia de producción en cadena” es probablemente la más extendida de ellas<sup>6</sup>. Empujando el punto, en la literatura también se encuentran caracterizaciones tales como “justicia de basura”<sup>7</sup> o McJusticia<sup>8</sup>. La justicia penal de baja entidad funciona con modos de producción industriales y estandarizados. Entre nosotros, la descripción de delitos o justicia penal de bagatela cumple funciones similares, aunque se enfoca menos en el modo de producción que en el carácter irrelevante o contrario a la autocomprensión continental (de *ultima ratio*) del derecho penal.

La primera característica que se tiende a resaltar del derecho penal de baja entidad dice relación con la percepción y el uso del tiempo. En el derecho penal de baja entidad, los tiempos de decisión son extremadamente breves. En 1971, un estudio registró que, en un tribunal de delitos menores en Estados Unidos, el 72% de las audiencias duraba menos de 1 minuto (Mileski 1971, 479). En ocasiones, el tiempo de duración puede incluso bajar de los 20 segundos: un tiempo suficiente solo para *pronunciar* una decisión. En un estudio empírico que llevamos a cabo en el 14 Juzgado de Garantía de Santiago, nuestros registros no fueron muy distintos: las audiencias tienden a durar menos de 3 minutos, siendo por lejos la mayor parte del tiempo dedicada a identificar a los asistentes<sup>9</sup>. La información registrada por el propio Poder Judicial no es muy distinta, como muestra la Tabla 1.

Tabla 1. Audiencias más prevalentes y tiempo de duración promedio de audiencia

Tipo_audiencia	Total	Duración_promedio
AUDIENCIA DE CONTROL DE LA DETENCIÓN	81.015	18
AUDIENCIA DE JUICIO ORAL SIMPLIFICADO	33.678	7

<sup>5</sup> President's Commission of Law Enforcement and Administration of Justice 1967, 128.

<sup>6</sup> Véase por ejemplo NATAPOFF, 2015; NUTTER, 1962; SALET y TERPSTRA, 2019; TATA, 2019.

<sup>7</sup> BOWERS, 2012.

<sup>8</sup> ROBINSON, 2018.

<sup>9</sup> FANDIÑO *et al.*, 2017, p. 64, reportan que el tiempo de duración promedio de audiencias de procedimiento simplificado bajó de 20 minutos en 2011 a 13 minutos en 2014. Los tiempos que nosotros observamos a mediados de 2019 son considerablemente más cortos. Ello puede deberse a tres causas: que hayan seguido disminuyendo; que la localidad sea especialmente rápida; o que el concepto del “procedimiento simplificado” contenido en el reporte en cuestión se refiera solo a las audiencias de juicio simplificado.

Tipo_audiencia	Total	Duración_promedio
AUDIENCIA DE PROCEDIMIENTO SIMPLIFICADO	28.228	4
AUDIENCIA DE PREP. DE JUICIO ORAL SIMPLIF.	26.098	6
AUDIENCIA DE AUMENTO PLAZO PARA INVESTIGAR	23.527	8
AUDIENCIA DE FORMAL. DE LA INVESTIGACIÓN	20.415	6
AUDIENCIA DE LEY 18.216.	18.587	5
AUDIENCIA DE PROCEDIMIENTO ABREVIADO	18.458	8
AUDIENCIA DE PREPARACIÓN JUICIO ORAL	17.882	10
AUDIENCIA DE APERCIB. O COMUNIC. DE CIERRE	10.796	11

Fuente: Números.pjud.cl.

Nota: los datos se refieren a audiencias celebradas el 2018 por Juzgados de Garantía en el Centro de Justicia de Santiago.

La Tabla 1 muestra los diez tipos de audiencias más prevalentes y su duración promedio. Aunque varias de estas audiencias —como la de control de detención— se refieren tanto a delitos graves como a delitos de baja entidad, algunas se refieren exclusivamente a los últimos. Este es ante todo el caso de la audiencia de juicio oral simplificado (promedio 7 minutos para un juicio), las otras audiencias de procedimiento simplificado (promedio 4 minutos) y la audiencia de preparación del juicio oral simplificado (promedio 6 minutos). Para quien espere un ejercicio con atención individual, los tiempos pueden parecer cortos. Pero el contenido real de discusión tiende a ser mucho más bajo: el único evento constante que se produce en las audiencias, y que toma tiempo, es la identificación de los comparecientes.

En la literatura jurídica, esto es usualmente tomado como un punto crítico, incompatible con un sistema mínimamente decente. Entre nosotros, Juan Sebastián Vera ha criticado los problemas epistémicos vinculados con la celeridad en la toma de decisiones<sup>10</sup> mientras que Mauricio Duce ha enfatizado el riesgo de condena de inocentes que produce la poca ponderación de la prueba<sup>11</sup>. Por cierto, estos estudios asumen el modelo de investigación de la justicia penal consistente en verificar desviaciones frente a estándares normativos preasignados —aquí vinculados al modelo adjudicativo—. Esto, como veremos, es problemático. Pero ellos apuntan correctamente a la primera característica

<sup>10</sup> VERA, 2020.

<sup>11</sup> DUCE, 2019.

central del derecho penal de baja entidad: en él, el costo del tiempo es un factor de relevancia constante y de incidencia directa sobre la práctica<sup>12</sup>.

Un segundo factor que caracteriza a la justicia penal de baja entidad es la presión que ejerce la masa sobre los actores y las organizaciones. En la vieja discusión sobre el surgimiento de las prácticas de justicia negociada en Estados Unidos, el punto tuvo tal relevancia que prácticamente desarrolló una etiqueta propia: el concepto *caseload constraints/pressures*<sup>13</sup> describe las presiones transformativas que ejerce la tendencia a la acumulación de cientos o miles de casos de baja entidad sobre la justicia penal. En 1980, el clásico estudio de Michael Lipsky sobre los burócratas de ventanilla (*street-level bureaucrats*) caracterizó la situación como “el problema de los recursos”: a causa del flujo constante y masivo de *inputs*, en estos ámbitos se trabaja endémicamente con poco tiempo, poca información, legajos que se acumulan, una sensación mayoritaria de los usuarios de lentitud e ineficacia y, paradójicamente, con procesos de toma de decisión eficientes<sup>14</sup>. Esto suele estar en contradicción con expectativas profesionales: no solo el derecho supone que cada decisión se tome siguiendo un análisis de toda la información considerada relevante por el cuerpo profesional en cuestión. Pero las condiciones de trabajo requieren tomas de decisión basadas en muy poca información y sin tiempo de ponderación. Aunque esta realidad a veces se describe como un problema en la estructuración de la oferta —muy pocos trabajadores para la demanda de trabajo existente—, en realidad se trata de ámbitos en los que el alcance de la demanda se adapta a las condiciones de provisión. Si la justicia es percibida como más eficaz —como indudablemente ha pasado con la reforma procesal penal— entonces la extensión de las prácticas de criminalización sustantiva se amplía<sup>15</sup>.

La tercera característica dice relación con la omnipresencia de técnicas de organización formal para hacer frente a las condiciones de trabajo. Estas técnicas suelen estar en contradicción con las formas de trabajo profesionales tradicionales: un abogado o un equipo de abogados debiera llevar un caso hasta su fin. El conocimiento específico del caso y la responsabilidad con el cliente o usuario debieran dominar la distribución del trabajo. Fuera de ello, este debiera distribuirse equitativamente entre los miembros de la organización. Pero en el derecho penal de baja entidad, las organizaciones manejan distintas técnicas de estructuración para aumentar su eficiencia y mantener el flujo de procesamiento —es mucho más frecuente que se utilicen técnicas de organización tomadas de la administración pública o de empresas productivas que una estructuración basada en el principio profesional—<sup>16</sup>. Los jueces no trabajan a base de un legajo fijo de casos,

<sup>12</sup> En general véase también VIGOUR, 2006; KOSTENWEIN, 2018; CIOCCHINI, 2012.

<sup>13</sup> NARDULLI, 1979; JONES, 1979; FEELEY, 1979a.

<sup>14</sup> LIPSKY, 1980, p. 29.

<sup>15</sup> LIPSKY, 1980, pp. 33s.

<sup>16</sup> Esto, por cierto, cambia dependiendo de la demanda: en zonas urbanas densas, la justicia penal tiende a asumir formas de estructuración formal tendientes a aumentar el *output*. En zonas rurales ello generalmente no es así.

sino que administradores centrales distribuyen audiencias entre salas<sup>17</sup>. Las agencias de fiscales no mantienen el principio profesional de “un abogado, un caso” sino que generan especialización por tipo de actuación, concentran el trabajo en un solo tipo de acción de procesamiento, y generan cadenas complejas para poder absorber al menos parte de la demanda<sup>18</sup>.

En cuarto lugar, en el derecho penal de baja entidad se tienden a desarrollar patrones de relación entre actores jurídicos que se desvían de las expectativas de la profesión legal. Popularizado por un cuerpo de literatura conocido en Estados Unidos como “el grupo de trabajo de la sala del tribunal” (*courtroom workgroup*)<sup>19</sup>, el trabajo interinstitucional entre roles antagónicos pasa a tener un carácter colaborativo<sup>20</sup>. Todas las partes tienden a estar de acuerdo en cómo debe ser tratado cada tipo de caso y tienden a estar de acuerdo en qué define a cada tipo de caso. A causa de la especialización organizacional, los mismos individuos trabajan constantemente en procesar juntos delitos de baja entidad, por lo que muchas veces el objetivo central de sus conductas es mantener buenas relaciones entre ellos.

En quinto lugar, desde el punto de vista de los usuarios del sistema, estos tienden a experimentar su paso por el sistema penal como demoras y lentitud en obtener resoluciones y, cuando finalmente enfrentan audiencias, en ser testigos de rituales difícilmente comprensibles<sup>21</sup>. Al mismo tiempo, probablemente el carácter más llamativo de la justicia penal de baja entidad es la disminución de la intensidad coercitiva a medida que avanza el proceso<sup>22</sup>: el caso empieza, muchas veces, con un arresto, una o dos noches privado de libertad, la asistencia altamente controlada a una audiencia de control de detención, pero después de esta el usuario se va con lo que entiende no es una condena —una suspensión condicional— o, de seguir adelante, pasa a tener que experimentar demora antes de que se dicte una sentencia que, de ser condenatoria, muy probablemente no será privativa de libertad. Contra lo que asume la literatura jurídica, la condena tiende a tener menor relevancia coercitiva, pero el proceso tiene un peso decrecientemente disruptivo de la vida cotidiana. Esto es lo que fue popularizado por Malcolm Feeley con la imagen de que en la justicia penal de baja entidad “el proceso es, en esencia, el castigo”<sup>23</sup>.

Pese a lo anterior, la última característica de la justicia penal de baja entidad dice relación con su alto impacto social<sup>24</sup>. Los juicios no son espectaculares, las condenas no

---

<sup>17</sup> Al respecto DIXON, 1995; SPOHN, 2021.

<sup>18</sup> WRIGHT y MILLER, 2002.

<sup>19</sup> HEUMANN, 1978; El mismo, 1975; EISENSTEIN y JACOB, 1977; EISENSTEIN, FLEMMING, y NARDULLI, 1988.

<sup>20</sup> El clásico en esta literatura es SUDNOW, 1965. Por cierto, este mecanismo se produce tanto en delitos de baja como de alta entidad. Pero es mucho más prevalente en los primeros.

<sup>21</sup> KOHLER-HAUSMANN 2018, p. 110; LIPSKY 1980, p. 30.

<sup>22</sup> Esta es la caracterización que FEELEY 1979b, p. 205, cita de un texto de Daniel Freed: “De todas las paradojas del sistema penal, pocas son tan importantes como el hecho de que jueces y carceleros encarcelan a mucha más gente antes que después de ser condenados”.

<sup>23</sup> FEELEY, 1979b.

<sup>24</sup> Esto ha sido destacado recientemente por NATAPOFF 2015; La misma, 2018.

tienden a ser mayores, pero se trata de un ámbito del sistema penal cuyo impacto social es enorme. Con patrones de conductas más previsibles que los de los delitos de mayor intensidad, la policía opera con mucho mayor control de resultados en este ámbito<sup>25</sup>. Las prácticas de control social se concentran aquí, y son cruciales para generar la impresión de orden en barrios comerciales o residenciales en zonas sujetas a gentrificación<sup>26</sup>. El derecho penal de alta entidad, por sus propias características, solo puede funcionar respecto de una cantidad reducida de individuos. Frente a ello, cientos de miles o incluso millones de personas enfrentan anualmente a la justicia de baja entidad<sup>27</sup>; forjando la imagen dominante del trabajo policial y persecutorio en las poblaciones afectadas<sup>28</sup>. Y en ellas, pese a la falta de castigos espectaculares, las consecuencias sí pueden ser importantes. Las condenas son formalmente condenas y los contactos policiales son registrados por las instituciones estatales. En el primer caso, su anotación genera efectos directos o colaterales en las perspectivas de empleo, de obtener prestaciones sociales o reconocimientos de estatus de las personas<sup>29</sup>. En el segundo caso, el registro del control aumenta la probabilidad de ser sujeto de un mayor nivel de control y sanción en el futuro. Como además el modo de organización del trabajo es más proactivo que en las formas más reactivas vinculadas a los delitos más graves o al combate de organizaciones, es mucho más probable que sesgos raciales o de clase se manifiesten más intensamente aquí<sup>30</sup>.

En resumen, el derecho penal de baja entidad es masivo, rápido, proactivo, experimentado con hastío y confusión tanto por trabajadores como usuarios, no atento a detalles por diseño práctico, y tiene un alto impacto social. ¿Qué explica estas características y la importancia que, en la práctica, tiende a tener esta clase de derecho penal?

## II. EL DOMINIO PRÁCTICO DEL DERECHO PENAL DE BAJA ENTIDAD

La literatura jurídica tiende a enfrentarse al derecho penal de baja entidad con lo que uno puede llamar el “modelo de la distorsión”. De acuerdo con este modelo, el fenómeno se mira y se analiza a la luz de expectativas normativas fijadas por la imagen dominante del derecho penal. Los delitos de baja entidad son estudiados para dar cuenta

---

<sup>25</sup> El trabajo fundamental en establecer el vínculo entre prácticas de control policial masivo y funcionamiento de la justicia penal de bajo nivel es KOHLER-HAUSMANN 2018; La misma, 2014.

<sup>26</sup> BECK, 2020.

<sup>27</sup> Para cuantificaciones véase NATAPOFF, 2018, cap. 1-2; STEVENSON y MAYSON, 2017.

<sup>28</sup> ROBERTS, 2011; ROTH, 2018; SIMONSON, 2014.

<sup>29</sup> Una revisión de la enorme literatura respecto del impacto colateral puede encontrarse en KIRK y WAKEFIELD, 2018. En Chile este trabajo no ha sido mayormente desarrollado, aunque la Defensoría Penal Pública maneja algunos registros de efectos colaterales de condenas. La tarea es jurídicamente más difícil de lo que parece: mientras los efectos directos de condenas tienden a centralizarse en un ámbito de la legislación (penal), los efectos colaterales están desperdigados por sectores y no siempre tienen fuente legal.

<sup>30</sup> MURAKAWA y BECKETT, 2010; GOLUB, JOHNSON, y DUNLAP, 2007.

de la distancia con expectativas de litigación, de ponderación de la prueba, o de producción de la justicia principalmente a base de juicios adversariales<sup>31</sup>.

El modelo de la distorsión tiene una estructura sencilla: detecta diferencia, valora negativamente esa diferencia, y, a veces, la vincula muy gruesamente a procesos políticos resistidos. Los vínculos causales son muchas veces implausibles, pero este no es el centro de las consideraciones del modelo de la distorsión. Aunque el postulado de las causas juega un rol retórico, su centro se encuentra en la denuncia de la práctica como distorsión. Por ello, las explicaciones de las que hace uso ponen el acento en procesos macrosociales o políticos de alto nivel valorativamente cargados. El desarrollo de prácticas judiciales o persecutorias orientadas al *output*, mediadas por formas de manejo cercanas a aquellas de las grandes burocracias estatales o de las empresas privadas, sería el resultado de transformaciones de mayor entidad: el auge del neoliberalismo, del *new public management*<sup>32</sup> o de una cultura postmoderna en que la evaluación de riesgos desplaza a las consideraciones de derechos<sup>33</sup>.

El modelo de la distorsión, en cambio, no funciona bien cuando lo que interesa es entender por qué y cómo se origina una justicia penal de baja entidad, con las características expuestas, en contextos políticos muy distintos. Como la práctica es distorsión, sus mecanismos precisos no son vistos con demasiado interés<sup>34</sup>. Pero esto es precisamente lo que nos interesa aquí: ¿qué hace surgir patrones de trabajo tan abiertamente desviados de las expectativas de la profesión legal, pese a que ella domina estos espacios de trabajo?

Una larga línea de investigación sociolegal, inspirada en la sociología organizacional, provee respuestas a estas preguntas. La idea general es sencilla: con la generalización de expectativas de control de baja entidad, la presión que ejerce el surgimiento de demanda masiva exige adaptación de las prácticas de trabajo. Para describir lo que implica esta adaptación, podemos comparar dos aproximaciones al trabajo y a la producción tomados de un clásico estudio de Charles Perrow<sup>35</sup>. Un primer tipo de acercamiento a la producción se estructura en torno a la idea de “búsqueda” de particularidades en el material de trabajo. El artista que trabaja sobre un lienzo, el detective que recibe

---

<sup>31</sup> En la literatura jurídica comparada, el modelo de la distorsión se encuentra omnipresente. En Estados Unidos, la prevalencia de la justicia negociada y de la estandarización del trabajo en delitos de baja entidad ha mantenido una constante atención por la “vuelta de los juicios de jurados”. Véase KLEINFELD, 2017; BIBAS, 2012. La “burocratización” tiende en esos casos a ser vista como la causante de la desaparición del buen viejo derecho penal adversarial. En Alemania y en otros países, la distorsión es a veces vista como influida por la geopolítica: el avance de la “americanización” del proceso penal se encontraría en su base. Véase recientemente, en forma más o menos crítica, MOMSEN, 2020.

<sup>32</sup> BRANDARIZ-GARCÍA, 2016; MCLAUGHLIN, MUNCIE, y HUGHES, 2001; SALET y TERPSTRA, 2019; VIGOUR, 2006, pp. 435-8.

<sup>33</sup> BRANDARIZ, 2015, p. 110. En parte la literatura más conservadora tiende a hacer los mismos vínculos. Véase el clásico SILVA SÁNCHEZ, 2006.

<sup>34</sup> Esto es probablemente una generalización injustificada: existen representantes del modelo de la distorsión que entienden el origen organizacional del problema, aunque exploran modos de hacerle frente. Un buen resumen es presentado por JOHNSON, 4998, pp. 252-5. Probablemente el más enérgico exponente contemporáneo de este modo de pensamiento es el juez Stephanos Bibas. Véase BIBAS, 2012.

<sup>35</sup> PERROW, 1967.

información para solucionar un caso, no puede simplemente tratarlo de modo idéntico a otros casos anteriores. Debe “buscar” las particularidades del material que recibió y, a partir de ello, debe producir en relación con objetivos especialmente tallados al caso. Este es el modelo en el que se asienta la cultura jurídica dominante. Ella exige dedicación individual, exaltación de diferencias entre casos, y concesión de tiempo para ponderar argumentos probatorios y normativos. La idea misma del proceso adversarial programa la “búsqueda” en los roles involucrados: cada parte debe exaltar interpretaciones distintas del caso y el juez debe resolver basado en cuál resulta más adecuada<sup>36</sup>. El segundo modelo de trabajo, en cambio, estandariza ciertos elementos que constituyen al material de trabajo, descarta las diferencias, y ejecuta siempre las mismas acciones sobre el mismo tipo de material para llegar siempre al mismo resultado. Un modelo de producción eficiente requiere adoptar una orientación de producción de esta clase. El peso de la demanda fuerza también a los actores y organizaciones en ámbitos jurídicos a asumir esta aproximación.

Un segundo factor que contribuye a la transformación de los modos de producción dice relación con el manejo de la incertidumbre. En abstracto, una decisión racional requiere ser justificada a base de una gran cantidad de información que lleve a concluir cuál es el mejor camino de acción para conseguir un propósito determinado. El modelo de búsqueda supone el procesamiento de toda esa información. Pero en organizaciones complejas, con *inputs* constantes y endémica falta de información –unida probablemente a falta de definición de objetivos de la producción: ¿para qué perseguimos delitos de baja entidad?– se genera incertidumbre. La estandarización evita el costo de la incertidumbre: el operador solo necesita tener la poca información que se encuentra estandarizada y sabe lo que le corresponde hacer como definición racional propia de la organización<sup>37</sup>. Si recibo un hurto, por ejemplo, solo necesito fijarme en que esté presente el parte policial y una descripción y fotografía de las especies sustraídas y recuperadas. Si esos elementos están, procedo. Si falta, termino el procesamiento del caso poniendo término. Sé lo que debo hacer, pese a la ambigüedad en los objetivos.

Estos factores hacen surgir prácticas de trabajo con características distintas del modelo de la adjudicación. Podemos caracterizarlas a partir de tres categorías generales: introducción de lógicas de organización eficiente; orientación puramente formal al trabajo, y surgimiento de formas de trabajo colaborativas.

La primera categoría agrupa la tendencia a la utilización de técnicas de producción eficientes en el trabajo jurídico de bajo nivel. Estas técnicas incluyen a la ruptura del principio de distribución del trabajo dominante en la profesión legal; la ruptura de la radicación de un caso en un juez en la judicatura; la imposición de formas de organización orientadas a mantener el flujo a nivel de todas las organizaciones involucradas;

---

<sup>36</sup> Puesto en general: la imagen tradicional del derecho y la judicatura está abiertamente ligada al modelo de producción de la “búsqueda”.

<sup>37</sup> Por referencia al concepto de racionalidad encarnada (*bounded rationality*) de March y Simon, así ALBONETTI, 1987, p. 294.

y el modelamiento de procesos de trabajo y sistemas computacionales, de modo tal de estandarizar el procesamiento de cada tipo de *input*<sup>38</sup>.

La segunda categoría describe la reacción, desde el punto de vista de la cultura jurídica, a la dedicación a resolver casos de baja entidad. Como se trata de tipos de casos considerados poco relevantes, extremadamente repetitivos y con procesos de trabajo adaptados para exaltar estas condiciones, el único propósito común que tienden a desarrollar los actores es querer disponer de la mayor cantidad de casos o audiencias en el menor tiempo posible<sup>39</sup>. Los casos son, después de todo, casos de “bagatela”; basura que no debiera realmente llegar al sistema penal, que no exige exhibir los tipos de competencias profesionales que los operadores han sido socializados para valorar, y que rompe con la idea de *ultima ratio*<sup>40</sup>.

Finalmente, la tercera categoría –la idea de colaboración– describe el tipo de actitudes que los actores jurídicos desarrollan entre sí en estas condiciones. Enfrentados constantemente a trabajar en conjunto y en disponer de este tipo de casos poco valorados, con una alta presión de mantener eficiencia, los actores jurídicos pasan a desarrollar procesos de trabajos colaborativos. Todos saben cómo debe disponerse de cada tipo de caso y si un nuevo operador se comporta de un modo incompatible con esas expectativas, ellos son típicamente castigados por los otros operadores<sup>41</sup>.

Por supuesto, las características particulares que adopta la práctica a base del influjo de estos mecanismos varían. En los años 70, Malcolm Feeley postuló, famosamente, que los actores habían “sustantivizado” la operación del derecho: se había generado un modo de cumplir con la función de castigar por la perpetración del delito alejada de la estructura legal que supuestamente debe proveer esa función (la pena). La tendencia a resolver los casos mediante acuerdos estandarizados podía explicarse como un equilibrio en que el usuario se ahorra molestias futuras y el fiscal el alto costo que había pasado a significar una condena producto de la revolución de garantías constitucionales de la corte Warren. Recientemente, Issa Kohler-Hausmann ha postulado que los actores jurídicos en los tribunales de delitos menores en Nueva York han adoptado una orientación sustantiva distinta<sup>42</sup>. Con un influjo todavía mayor de casos vinculados a pobreza y marginalidad producto de la política de tolerancia cero de la policía de la ciudad de Nueva York, los actores legales han asumido una política estandarizada con tres modos de tratamiento dependiendo de características personales de los imputados: marcar durante cierto tiempo al actor mediante la suspensión condicional de la persecución; imponerle molestias y

---

<sup>38</sup> A diferencia de los otros, estos son aspectos que sí han sido discutidos en la literatura nacional –básicamente por la injerencia que pretensiones de aumento de eficacia tuvieron en la programación de la Reforma Procesal Penal–. Pese a ello, no hay en lo que alcanzamos a ver descripciones y análisis del modo en que ha influido la evolución de los modelos organizacionales de los distintos actores del sistema en su desempeño.

<sup>39</sup> LEVIN, 1975; LIPSKY, 1980, cap. 4; NARDULLI 1979.

<sup>40</sup> FEELEY 1979a.

<sup>41</sup> Este es un hallazgo que puede encontrarse desde los trabajos iniciales de (SUDNOW 1965).

<sup>42</sup> KOHLER-HAUSMANN, 2018, cap. 2.

control durante el proceso; o realizar alguna clase de intervención coercitiva. Todos los actores saben *grosso modo* cómo atribuir casos a cada modo de actuación: ello se encuentra estandarizado a base de información personal.

En todas estas investigaciones, lo crucial es advertir que el modelo adjudicativo ha desaparecido: como expresión de un programa de *búsqueda*, es simplemente inviable en un contexto de procesamiento masivo de delitos de baja entidad. Este es el problema central del modelo de la distorsión: se asienta sobre la crítica de una práctica inexistente y altamente improbable. Mientras el sistema penal siga siendo utilizado para proveer de control y sanciones para la perpetración de delitos de baja entidad, el modelo adjudicativo no puede informar su funcionamiento. Todavía más: aun pasando por alto la inviabilidad práctica del modelo adjudicativo en este ámbito, su preferencia normativa tampoco es evidente. Aunque, juzgado adjudicativamente, es altamente probable que el sistema produzca falsos positivos al operar burocráticamente –como las decisiones se toman con poca información, hay efectivamente riesgos de condena de inocentes–, produce muchísimos más falsos negativos. Su operación –a nivel de procesamiento– permite que se deje sin sancionar a cientos de miles de culpables. Un cambio hipotético a un modo de funcionamiento basado en expectativas adjudicativas podría tener, en ese sentido, consecuencias sociales nefastas<sup>43</sup>: debido al potencial criminógeno de la ejecución penal en delitos de esta clase, haría probablemente mucho más mal que bien<sup>44</sup>.

Uno podría, por cierto, extraer de esto la conclusión de que el sistema penal debiera retirarse del control masivo de conductas tales como el hurto, los daños a la propiedad, el microtráfico, etc. Esa es una discusión posible: ella implica discutir acerca de modos alternativos de imponer reglas. Desde la expansión de la justicia restaurativa hasta la sustitución por un derecho infraccional, hay al menos ideas para plantear esta discusión<sup>45</sup>. Pero esta no es la discusión que alienta el modelo de la distorsión, cuyo centro se encuentra, más bien, en abogar por la imposición de un modelo adjudicativo en este ámbito. La preponderancia del modelo de la distorsión en las incipientes discusiones académicas respecto de justicia penal de baja entidad genera así efectos problemáticos.

El desarrollo de esta discusión en Chile se encuentra trunco, sin embargo, por una segunda razón. A diferencia de ámbitos comparados, prácticamente no sabemos cómo opera la justicia penal de baja entidad en Chile. Los pocos estudios empíricos existentes, como hemos visto, se han orientado a demostrar la distorsión. Pero simplemente no existen estudios que intenten reconstruir cómo funciona la práctica. En la próxima sección presentamos en términos generales algunos hallazgos vinculados a ello.

---

<sup>43</sup> El argumento en cuestión también ha sido desarrollado por KOHLER-HAUSMANN 2018, pp. 264-8.

<sup>44</sup> No existen muchos estudios causales del efecto de las prácticas de persecución de delitos de baja entidad. Un *working paper* económico sugiere, sin embargo, que el paso de modelos basados en la no persecución hacia modelos basados en imposición de condenas aumenta la disposición a cometer delitos de esta clase. Véase AGAN, DOLEAC, y HARVEY, 2021.

<sup>45</sup> La mayor parte de ellas se desentiende, sin embargo, de las razones por las que el recurso al derecho penal tiende a imponerse pese a todo: porque cuenta con grandes burocracias de imposición de entrada, resolviendo con ello aparentemente las dificultades de ejecución que tienen las alternativas; y porque produce mayor rendimiento político. A este respecto véase WILENMANN. 2021.

### III. EL DERECHO PENAL DE BAJA ENTIDAD EN CHILE: UNA APROXIMACIÓN INICIAL

Hasta ahora nos hemos concentrado en dar cuenta de modo teórico de la relevancia de la investigación de los delitos de baja entidad. Pero, como hemos visto, esa relevancia se concentra en la influencia que ellos ejercen en la práctica. Para apreciar de mejor modo esta influencia en nuestro sistema, en esta sección buscamos cumplir dos objetivos. La sección presenta primero la evidencia descriptiva agregada disponible en la prevalencia de los delitos de baja entidad. Buscamos con esto pasar de la conjetura teórica respecto de la relevancia práctica de los delitos de baja entidad, a causa de las necesidades de producción que imponen, a presentar evidencia de que, en los hechos, esta forma de operación tiene una influencia central en el sistema chileno. El segundo objetivo de esta sección dice relación con explorar las formas de trabajo que dominan en Chile. Como hemos visto, los delitos de baja entidad son un ámbito de investigación relevante porque permiten entender cómo se comporta un sistema penal al enfrentar el desafío de la masividad. Para dar cuenta de este comportamiento presentamos evidencia de un estudio cualitativo que llevamos a cabo el 2019.

#### 1. *La prevalencia de los delitos de baja entidad en Chile*

Podemos caracterizar la prevalencia de los delitos de baja entidad y su relevancia en el sistema mirando dos fuentes de datos administrativos. El primero se refiere a la información policial. La Figura 1 muestra la evolución en el número de denuncias y arrestos de delitos que son de baja y alta entidad.

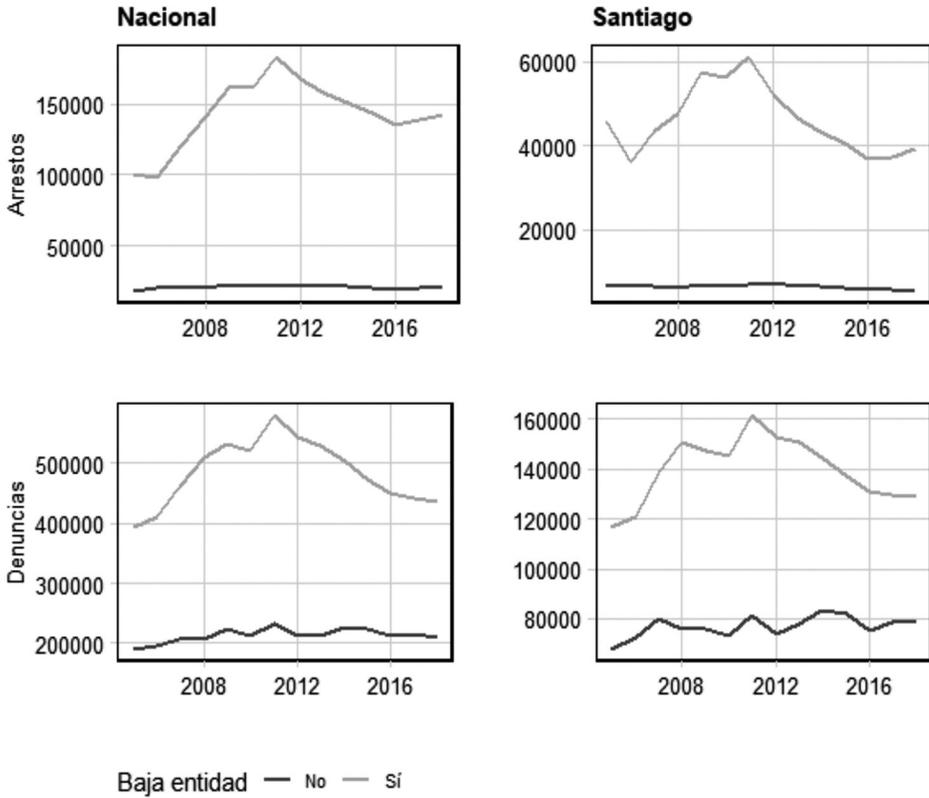
Los datos policiales permiten caracterizar mejor que datos de otra fuente la prevalencia total del tipo de ingresos. Es importante, sin embargo, mirar la Figura 1 con cuidado, porque agrega información de distinta escala. La figura muestra cómo los arrestos y denuncias se concentran en delitos de menor entidad tanto a nivel nacional como a nivel de la provincia de Santiago. La distancia es mayor tratándose de arrestos —donde uno esperaría mayor concentración en delitos graves— que de denuncias. Pero esto se explica probablemente por la mucho mayor tendencia a denunciar delitos graves que de baja entidad. En cualquier caso, la Figura 1 confirma que los arrestos policiales se concentran en delitos de baja entidad y, con ello, que las causas que ingresan por esta vía al sistema judicial son abrumadoramente de baja entidad.

El segundo tipo de datos relevantes son de naturaleza judicial. Los datos judiciales permiten caracterizar el flujo de procesamiento y los términos y con ello la prevalencia relativa de sanciones por tipo de delito. Para caracterizar la prevalencia de sanciones asociadas a delitos de alta y baja entidad, el mejor modo de proceder es distinguiendo términos por tipo de procedimiento<sup>46</sup> —ello permite saltar el problema de la enorme

---

<sup>46</sup> No utilizamos el procedimiento monitorio por la desconexión con la posibilidad de arrestos. Recuérdese: lo que interesa es caracterizar tipos de tramitaciones que, en general, se conectan con prácticas coactivas de control policial.

Figura 1. Evolución de la prevalencia de arrestos y denuncias de distinta entidad



Fuente: Subsecretaría de Prevención del Delito.

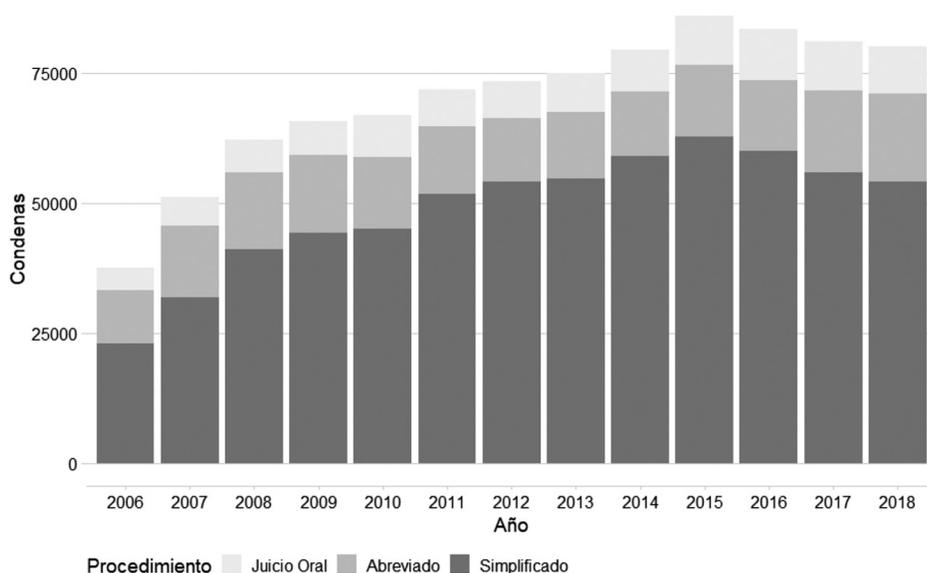
Nota: La categoría delitos de baja entidad agrupa a las amenazas, daños, hurtos, lesiones leves, riñas, violencia intrafamiliar y desórdenes. La categoría de baja entidad incluye a todos los otros delitos de mayor connotación social (homicidios, robos, violaciones, lesiones). Por favor notar que los valores del eje Y cambian en cada figura.

dispersión en los registros de delitos a nivel judicial. Como veremos, ella es además compatible con la noción de delitos de baja entidad que manejan los operadores legales. La Figura 2 muestra la evolución de las condenas producidas en cada tipo de procedimiento a nivel nacional.

La Figura 2 muestra cómo también las condenas se concentran en delitos de baja entidad. Por definición legal, la condena máxima en este procedimiento es el presidio menor en su grado mínimo –la vara más baja de los simples delitos–. Pese a que se trata así formalmente de los delitos ubicados en un grado en una escala de ocho, aquí se concentran alrededor del 80% de las condenas del sistema.

Tanto la información policial como judicial muestran el peso relativo de los delitos de baja entidad en el sistema penal chileno: contado por cabeza, ellos dominan

Figura 2. Condenas a nivel nacional por tipo de procedimiento



Fuente: Corporación Administrativa del Poder Judicial.

sin contrapeso. Esta información es, por cierto, insuficiente para caracterizar ese peso de modo exhaustivo. Aunque dominan por cabeza, no necesariamente dominan en el tiempo y recursos totales que les entrega el sistema. En los delitos de mayor complejidad o gravedad, cada caso procesado consume más tiempo y recursos, por lo que la descripción por cabeza exagera la importancia de esta clase de delitos. Tampoco presentamos evidencia de todas las formas de procesamiento. Los términos por otras causas son más numerosos que las condenas. Pero, con sus limitaciones, las condenas pueden ser operacionalizadas de mejor modo para medir la prevalencia relativa, ya que al momento en que se producen están necesariamente conectadas con una clasificación de tipos de procedimientos por gravedad del delito.

Con sus limitaciones, la evidencia de la que disponemos muestra la hegemonía por cabeza en los ingresos, en los casos que se tramitan, y en las condenas producidas por el sistema penal chileno. Sabemos que, al menos medido por caso, los ingresos y los egresos condenatorios del sistema se concentran ampliamente en delitos de estas clases. Es probablemente que esto sea todavía más intenso en salidas de otro tipo, como los simples descartes de casos (archivo provisional, no perseverar, principio de oportunidad). Con seguridad, una parte sustancial del trabajo de oficina y de audiencia del sistema penal se refiere a esta clase de delitos. ¿Pero cómo trabajan los actores en la práctica?

## 2. *La operación en el procesamiento de los delitos de baja entidad: una exploración inicial*

El trabajo del sistema penal en el procesamiento de delitos de baja entidad requiere el establecimiento de prácticas que se desvían del modelo adjudicativo. Frente a un homicidio, el tipo de trabajo fija el itinerario: el hecho requiere investigación policial, acumulación de pruebas, y procesamiento adversarial. Ese modo de acción no funciona aquí: la práctica no tiende a ser reactiva, la actitud no tiende a ser ni adjudicativa ni adversarial, y ella es mucho más dependiente de técnicas de organización formal orientadas a maximizar el *output* que en los otros ámbitos en que dominan la responsabilidad profesional por el caso.

Esta caracterización es principalmente negativa: sabemos a qué *no* se parece el derecho penal de baja entidad. No es reacción a hechos graves utilizando una gran cantidad de recursos investigativos y de procesamiento; tampoco es persecución constante de una organización o grupo determinado de personas<sup>47</sup>. Pero fuera de categorías abstractas, esto no nos dice nada todavía acerca de las características concretas de la práctica. ¿Qué es lo que los actores estandarizan? ¿Qué técnicas de organización utilizan y qué influencia tienen en el comportamiento individual?

La literatura nacional prácticamente no tiene respuestas a esta pregunta. Por ello, el 2019 llevamos adelante un estudio cualitativo exploratorio, buscando reconstruir las prácticas en cuestión en un caso extremo: la comuna de La Florida. A causa de la importancia del *retail*, en ella se concentra una gran cantidad de recursos en la persecución de delitos de baja entidad. Ello ha conducido a una burocratización intensa del trabajo en el procesamiento. Por ello, tomamos el trabajo penal en la comuna como un caso extremo de burocratización y concentración en delitos de baja entidad y lo utilizamos para entender la práctica. Para ello realizamos y analizamos 23 entrevistas semiestructuradas con fiscales, defensores y jueces del ámbito en cuestión, y observamos 95 audiencias de cuatro clases: audiencias de control de detención, audiencias “del 395” –esto es, audiencias de procedimiento simplificado para determinar si el imputado reconoce culpabilidad–, audiencias de preparación del juicio oral simplificado, y audiencias de juicio oral simplificado. Aquí no nos interesa, por cierto, exponer con detalle el diseño de la investigación ni analizar las categorías sociológicas que extrajimos de ella. Lo que nos interesa es tomar los hallazgos más generales obtenidos de ese trabajo de investigación empírica para caracterizar la operación de la justicia de bajo nivel en Chile. Se trata así de presentar una imagen descriptiva preliminar del derecho penal de baja entidad en acción.

Tres características permiten describir la operación de la justicia penal de baja entidad en nuestro campo: la existencia de una comprensión operativa de justicia penal de bajo nivel; la adopción de un modo de organización formal dominante, basada en unidades especializadas que controlan el flujo de casos masivos; y la emergencia de prácticas estandarizadas de trabajo organizacional a base de proxies formales.

---

<sup>47</sup> A este respecto véase WILENMANN, 2020.

La primera característica apunta a la emergencia de un ámbito de trabajo diferenciado, al menos en ambientes urbanos densos, en la persecución de delitos de baja entidad. Aunque, a diferencia de otros países, el sistema jurídico chileno no distingue entre tribunales de delitos de alto y bajo nivel<sup>48</sup>, en la práctica se ha impuesto una distinción operativa. Los operadores identifican como ámbito de ejercicio de baja entidad aquella que involucra a los procedimientos monitorio y, ante todo, simplificado, a menos que involucren algún aspecto que transforme la tramitación en “compleja”<sup>49</sup>.

Este tratamiento operativo ha implicado el surgimiento de una verdadera práctica diferenciada. A nivel organizacional, varias Fiscalías Regionales disponen que las causas de procedimiento simplificado que no sean complejas sean tramitadas por una misma unidad, mientras que varios Juzgados de Garantía agrupan las audiencias vinculadas a causas del procedimiento simplificado en una o varias salas cada día (en La Florida: la sala 903). Por decisión organizacional, ello genera el surgimiento de un ámbito de ejercicio propio: todas aquellas causas que deben ser enviadas a las unidades correspondientes y tramitadas en las salas “del simplificado” concentran el derecho penal de baja entidad. Como veremos, en ese ámbito el trabajo se estandariza, la orientación a la contestación disminuye, y las audiencias son extremadamente cortas.

En términos de organización formal, el flujo de causas ha hecho que se generen modos de organización tendientes a hacer más eficiente el manejo de asuntos que el propio sistema asume como “poco complejos”. La organización probablemente más influida por estos procesos es el Ministerio Público. Esta influencia se reconduce a dos fuentes. Por una parte, la presión es política. La alta cantidad de archivos provisionales y otras formas de disposición no sancionatoria que se genera en este ámbito ha sido siempre una fuente de crítica para el Ministerio Público<sup>50</sup>. En la última gran reforma que terminó con la Ley de Fortalecimiento al Ministerio Público, la inversión de recursos públicos en su desarrollo estuvo supeditada, como primera condición, al mejoramiento de sus procesos y resultados en el ámbito de delitos de baja entidad<sup>51</sup>. Ella es también un pilar del plan estratégico del actual Fiscal Nacional<sup>52</sup>.

Pero la segunda fuente es mucho más importante: el flujo mismo de denuncias y arrestos. A causa de la obligación legal de hacerse cargo, al menos formalmente, de todos los casos que ingresan al sistema, el Ministerio Público está obligado a utilizar parte importante de sus recursos en disponer de la enorme masa de delitos de baja entidad que se producen en el país. Con ello, la institución requiere de un sistema de organización formal que pueda absorber ese flujo. Poco después de que entrara en marcha la Reforma Procesal Penal, ello condujo al Ministerio Público a centralizar sus procesos de trabajo

---

<sup>48</sup> La distinción más conocida es entre *felonies* y *misdemeanors* en buena parte de los estados de Estados Unidos.

<sup>49</sup> Esto tiene reflejo orgánico: hay unidades que se encargan de causas más complejas y otras que concentran las causas masivas.

<sup>50</sup> Véase, por ejemplo, FANDIÑO *et al.* 2017, pp. 55s.

<sup>51</sup> Biblioteca del Congreso Nacional 2015, 102.

<sup>52</sup> Véase Fiscalía Nacional, 2016.

que involucran delitos de baja entidad: algunos funcionarios se dedican exclusivamente a leer partes y denuncias; otros funcionarios se dedican exclusivamente a audiencias de control de detención<sup>53</sup>. En los hechos, distintas iteraciones con la organización de este principio de distribución del trabajo han llevado al modo actual de organización del trabajo en delitos de baja entidad del Ministerio Público.

La estructura actual del modelo es sencilla de entender. El Ministerio Público centraliza en dos instancias el manejo de la logística de ingreso y distribución de causas en ámbitos masivos. Una unidad que tiene distintos nombres en distintas jurisdicciones, pero es generalmente conocida como “TCMC” (Tramitación de Causas de Menor Complejidad) centraliza el ingreso de las denuncias que no implican arrestos. En los lugares más burocratizados, ello es hecho por una subunidad denominada “Preclasificación”. Su función es leer todas las denuncias, querellas y partes que no involucren arrestos, y a partir de ello derivar a las unidades correspondientes o sugerir la toma de decisiones de disposición (generalmente bajo archivo provisional)<sup>54</sup>. Además, en la mayor parte de los territorios burocratizados, la unidad de TCMC es la encargada de tramitar aquellas causas que son designadas como de baja complejidad. En algunos de estos territorios, en su pretensión de obtener más resultados sancionatorios de causas de baja complejidad, se ha creado una segunda subunidad que centraliza la tramitación de aquellas que tienen imputado conocido, conocidas como unidades de Línea Media o Mediana Complejidad.

La segunda unidad que concentra las funciones logísticas del sistema es la Unidad de Flagrancia. La Unidad de Flagrancia centraliza el manejo de las detenciones y los controles de detención, además de servir de unidad de consulta a la policía en relación con el resguardo del sitio del suceso. Con ello, ella maneja el ingreso de las causas que se inician por detención. Para poder adaptarse mejor al flujo de arrestos realizados por las policías, las Unidades de Flagrancia asumen una competencia regional y no local. En las Unidades de Flagrancia se preparan las carpetas con los antecedentes necesarios para que cada fiscal de flagrancia tome todos los controles de detención que son asignados a una sala en un turno determinado, manteniendo en ellas toda la información estandarizada necesaria para este desempeño y, en casos más complejos, instrucciones adicionales.

La Unidad de Flagrancia es un arreglo que permite un desempeño eficiente porque operacionaliza una exigencia legal –el control de detención– para manejar la logística de ingreso y porque usa un principio básico de distribución de trabajo: un abogado se hace cargo de una sala durante todo un turno y un equipo administrativo prepara los materiales para que ello sea posible. Este arreglo es posibilitado, al menos en Santiago, por el modo en que operan los controles de detención. La administración central del

---

<sup>53</sup> Estas prácticas de distribución del trabajo son insuficientemente resaltadas en el informe más completo existente acerca del funcionamiento del sistema penal y por el Ministerio Público: FANDIÑO *et al.*, 2017, pp. 88ss. Pero el informe sí provee de información de perfiles de las distintas fiscalías regionales.

<sup>54</sup> En realidad, las oficinas locales comúnmente cuentan con una instancia previa a la preclasificación que tiene lugar al asignarle RUC a la causa. Allí, el funcionario en cuestión a veces debe realizar una primera operación de clasificación. Pero incluso bajo este modelo, las causas de menor entidad terminan también en Preclasificación.

Centro de Justicia centraliza el manejo de los controles de detención disponiendo un número determinado para cada día<sup>55</sup>. El flujo es manejado por el número de salas y no por el número de causas, con lo que el arreglo más eficiente para tomar todas las audiencias es simplemente tener un abogado por sala en cada turno. Ello permite que cada abogado pueda ver hasta 30 o 40 audiencias en un solo turno. La Defensoría Penal Pública puede seguir el paso, simplemente manteniendo turnos equivalentes. Ello ha hecho que en algunas locaciones (como La Florida o San Bernardo) utilice programas piloto de generación de unidad especializadas equivalentes a la unidad de flagrancia del Ministerio Público.

Esta forma de distribución de trabajo se ha generalizado en otras partes de la tramitación de delitos de baja entidad, al menos en algunos tribunales de Santiago. Los tribunales disponen que todas las audiencias de procedimiento simplificado se concentren en una o varias salas cada mañana. Como se trata de audiencias cortas y estandarizadas —mucho más que las algo más variables audiencias de control de detención—, el administrador del tribunal puede programar también varias decenas por sala, y el Ministerio Público y la Defensoría pueden seguir el paso manteniendo un abogado, con carpetas preparadas, por sala.

El tercer aspecto determinante de la práctica del derecho penal de baja entidad dice relación con la estandarización del trabajo en disponer de los casos. A diferencia de los otros dos aspectos, es probable que la forma precisa que toma la estandarización sea más sensible a las particularidades de cada ambiente de trabajo —i.e. a la cultura que se genera en cada tribunal—. El derecho chileno ofrece varias opciones que pueden servir para la estandarización y automatización del trabajo. Fiscales y defensores podrían, por ejemplo, estandarizar primeros arrestos como causas que llevan a hacer uso del principio de oportunidad al momento del control de detención, luego aplicar suspensiones condicionales respecto de sujetos con causas dispuestas de este modo (o reincidencias), impulsar condenas y penas sustitutivas respecto de sujetos detenidos con suspensiones vigentes, y así sucesivamente. En La Florida, en cambio, la mayor parte de los casos se estandariza en su tratamiento a base de expectativas de prueba. Las audiencias preliminares proceden sin contestación; las audiencias de juicio terminan con la absolución si llega al menos un testigo que dé cuenta de que el imputado perpetró el delito (en general, hurtos en *retail*) y en absolución en otros casos.

Aquello que se repite en la práctica de los delitos de baja entidad no son así necesariamente los mismos patrones de estandarización. Lo que se repite es el hecho de la estandarización: el material de trabajo —los casos— se asume tiene pocas variaciones posibles y respecto de cada variación los actores saben cuál es el tratamiento que se debe seguir. Ese tratamiento se despliega en pocos segundos y es confiable, reforzado no solo por la socialización en el modo en que se hacen las cosas cuando se incorpora alguien nuevo, sino también por reforzamiento por castigo entre las organizaciones respecto de

---

<sup>55</sup> Esta es una forma muy recurrente de organización a nivel nacional: programar bloques de audiencias similares. Véase FANDIÑO *et al.*, 2017, p. 68.

sujetos que se desvían de las expectativas. Si en una comunidad todos saben que en una audiencia de control de detención de un hurto no puede pedirse prisión preventiva ni generar largas formalizaciones, la llegada de un nuevo fiscal que se comporte de este modo va a ser controlada por el juez y los defensores, haciendo su vida mucho más difícil de lo que es para los demás fiscales.

Una última característica particular del derecho penal de baja entidad en Chile dice relación con el desplazamiento del conflicto adversarial desde el nivel de los actores individuales hacia el nivel de las organizaciones. Las organizaciones sí adecuan sus modos de funcionamiento, intentando obtener mejores resultados conforme con las expectativas puestas en su rol. En su gestión, todas ellas son dependientes de que se mantenga el flujo eficiente. Las autoridades de las organizaciones movilizan esta dependencia sistemática al interactuar con otros actores: la realización de acciones que pongan en riesgo el flujo es descrita como “deslealtad con el sistema (o con la Reforma Procesal Penal)”. Las exigencias de “lealtad” tienden a ser eficaces. Pero las organizaciones mantienen espacio para cambiar sus estrategias dentro de las alternativas que permiten mantener ese flujo.

La imagen descriptiva que entregamos aquí es ciertamente insuficiente para caracterizar adecuadamente el sistema. Ella se concentra en un solo ambiente (La Florida) y aquí ni siquiera podemos presentar en detalle la evidencia cualitativa de la que disponemos. Pero el punto de la sección no es analítico, sino que busca apuntar a los aspectos centrales que debieran ser investigados con detalle y mucha más varianza en investigaciones futuras. No conocemos de otras investigaciones que se concentren, por ejemplo, en estudiar el manejo de flujo en las distintas divisiones del Ministerio Público o la influencia que tiene la coordinación en el Centro de Justicia. Por ahora solo podemos apuntar a su rol central en el funcionamiento del sistema y describir a grandes rasgos en qué consiste. Pero investigaciones futuras debieran analizarlo con mucho más detalle, respecto de distintos delitos, y analizando de mejor forma las variaciones nacionales.

#### IV. CONCLUSIONES

El artículo se concentra en dar cuenta de la preponderancia práctica de un derecho penal de baja entidad, cuyas características centrales se oponen al derecho penal típicamente asumido y valorado por penalistas y procesal-penalistas. El artículo explica las razones de esta imposición, así como las características centrales de su particular funcionamiento en Chile. Aunque el artículo utiliza parte de la información de un estudio realizado en La Florida y permite dar cuenta de algunas hipótesis derivadas de este, el nivel de conocimiento que tenemos del funcionamiento de este derecho penal de baja entidad es bajo. Esa escasez de conocimiento es tanto jurídica –las reglas centrales que lo habilitan son apenas estudiadas– como empírica. La academia jurídica haría bien en poner su foco en estas prácticas.

## BIBLIOGRAFÍA

- AGAN, Amanda, Jennifer L. DOLEAC, and Anna HARVEY, 2021: "Misdemeanor Prosecution", *SSRN Electronic Journal*, <https://doi.org/10.2139/ssrn.3814854>.
- ALBONETTI, Celesta, 1987: "Prosecutorial Discretion: The Effects of Uncertainty", *Law & Society Review*, 21 (2): 291-314.
- BECK, Brenden, 2020: "Policing Gentrification: Stops and Low-Level Arrests during Demographic Change and Real Estate Reinvestment", *City & Community*, 19 (1): 245-72.
- BIBAS, Stephanos, 2012: *The Machinery of Criminal Justice*, New York: Oxford University Press.
- BIBAS, Stephanos, 2019: "Small Crimes, Big Injustices", *Michigan Law Review*, 117 (6): 1025-42.
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional, 2015: "Historia de La Ley 20.861". <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4084/>.
- BOWERS, Josh, 2012: "The Normative Case for Normative Grand Juries", *The Wake Forest Law Review*, 47: 319-59.
- BRANDARIZ-GARCÍA, José A., 2016: "El New Public Management y Las Políticas Penales", *Revista Nueva Foro Penal*, 87 (12): 181-219.
- BRANDARIZ-GARCÍA, José A., 2015: "Gerencialismo y Políticas Penales", *Revista Eletronica Direito e Sociedade*, 3 (1): 109-38.
- CIOCCHINI, Pablo, 2012: "Domando a La Bestia: Las Reformas En La Justicia Penal Bonaerense Para Eliminar La Demora Judicial", *Derecho y Ciencias Sociales*, 7: 203-23.
- DIXON, Jo, 1995: "The Organizational Context of Criminal Sentencing", *American Journal of Sociology*, 100 (5): 1157-98.
- DUCE, Mauricio, 2019: "Los Procedimientos Abreviado y Simplificado y El Riesgo de Condenas Erróneas En Chile: Resultados de Una Investigación Empírica", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 26 (e3485).
- EISENSTEIN, James, Roy FLEMMING, y Peter NARDULLI, 1988: *The Contours of Justice: Communities and Their Courts*, Boston: Little, Brown and Co.
- EISENSTEIN, James, y Herbert JACOB, 1977: *Felony Justice: An Organizational Analysis*, Boston: Little, Brown and Co.
- FANDIÑO, Marco, Gonzalo RUA, Leonardo MORENO, and Gonzalo FIBLA, 2017: "Desafíos de la Reforma Procesal Penal en Chile", Santiago.
- FEELEY, Malcolm, 1979a: "Perspectives on Plea Bargaining", *Law & Society Review*, 13 (2): 199-209.
- FEELEY, Malcolm, 1979b: *The Process Is the Punishment*, New York: Russell Sage Foundation.
- FEELEY, Malcolm, y Jonathan SIMON, 1992: "The New Penology", *Criminology*, 30 (4): 449-74.
- FISCALÍA Nacional, 2016: "Plan Estratégico Ministerio Público 2016-2022", Santiago. <http://online.fliphtml5.com/cxcn/ycnx/#p=1>.
- GOLUB, Andrew, Bruce D. JOHNSON, y Eloise DUNLAP, 2007: "The Race/Ethnicity Disparity in Misdemeanor Marijuana Arrests in New York City", *Criminology & Public Policy* 6 (1): 131-64. <https://doi.org/10.1111/j.1745-9133.2007.00426.x>.
- HEUMANN, Milton, 1975: "A Note on Plea Bargaining and Case Pressure", *Law & Society Review*, 9 (3): 515-28.
- HEUMANN, Milton, 1978: *Plea Bargaining: The Experience of Prosecutors, Judges, and Defense Attorneys*, Chicago/London: The University of Chicago Press.
- JOHNSON, David T., 1998: "The Organization of Prosecution and the Possibility of Order", *Law & Society Review*, 32 (2): 247-308.
- JONES, Juanita, 1979: "A Research Note on Caseloads, Plea Bargaining, and the Operation of the Criminal Justice System", *The Justice System Journal*, 5 (1): 88-96.

- KIRK, David S., and Sara WAKEFIELD, 2018: "Collateral Consequences of Punishment: A Critical Review and Path Forward", *Annual Review of Criminology*, 1 (1): 171-94.
- KLEINFELD, Joshua, 2017: "Manifesto of Democratic Criminal Justice", *Northwestern University Law Review*, 111 (6): 1367-1412.
- KOHLER-HAUSMANN, Issa, 2014: "Managerial Justice and Mass Misdemeanors", *Stanford Law Review*, 66 (3): 611-94.
- KOHLER-HAUSMANN, Issa, 2018: *Misdemeanorland*, Princeton (NJ): Princeton University Press.
- KOSTENWEIN, Ezequiel, 2018: "Decidir Rápido, Condenar Pronto.El Proceso de Flagrancia Desde La Sociología de La Justicia Penal", *Estudios Socio-Jurídicos*, 20 (1): 13-44.
- LEVIN, Martin, 1975: "Delay in Five Criminal Courts", *The Journal of Legal Studies*, 4 (1): 83-131.
- LIPSKY, Michael, 1980: *Street-Level Bureaucracy: The Dilemmas of the Individual in Public Services*, New York: Russell Sage Foundation.
- MCLAUGHLIN, E., John MUNCIE, Gordon HUGHES, 2001: "The Permanent Revolution: New Labour, New Public Management and the Modernization of Criminal Justice", *Criminology & Criminal Justice*, 1 (3): 301-18.
- MILESKE, Maureen, 1971: "Courtroom Encounters: An Observation of a Lower Criminal Court", *Law & Society Review*, 5 (4): 473-538.
- MOMSEN, Carsten, 2020: "Standardisierung im Fahrlässigkeitsrecht und im Verfahrensrecht - von der generellen Norm zum Individuellen Standard bei der Verfolgung von Wirtschaftsstraftaten", *Zeitschrift Für Die Gesamte Strafrechtswissenschaft*, 131 (4): 1009-35.
- MURAKAWA, Naomi, y Katherine BECKETT, 2010: "The Penology of Racial Innocence: The Erasure of Racism in the Study and Practice of Punishment", *Law & Society Review*, 44 (3-4): 695-730.
- NARDULLI, Peter, 1979: "The Caseload Controversy and the Study of Criminal Courts", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 70 (1): 89-101.
- NATAPOFF, Alexandra, 2015: "Misdemeanors". *Annual Review of Law and Social Science*, 11 (1): 255-67.
- NATAPOFF, Alexandra, 2017: "The Penal Pyramid", In *The New Criminal Justice Thinking*, editado por Sharon Dolovich y Alexandra Natapoff, 71-98, New York: New York University Press.
- NATAPOFF, Alexandra, 2018: *Punishment without Crime*, New York: Basic Books.
- NUTTER, Ralph H., 1962: "The Quality of Justice in Misdemeanor Arraignment Courts", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, 53 (2): 215-18.
- PERROW, Charles, 1967: "A Framework for the Comparative Analysis of Organizations", *American Sociological Review*, 32 (2): 194-208.
- PRESIDENT'S Commission of Law Enforcement and Administration of Justice, 1967: "The Challenge of Crime in a Free Society".
- ROBERTS, Jenny M., 2011: "Why Misdemeanors Matter: Defining Effective Advocacy in the Lower Criminal Courts", *University of California Davis Law Review*, 45: 277-372.
- ROBINSON, Gwen, 2018: "Delivering McJustice? The Probation Factory at the Magistrate's Court", *Criminology & Criminal Justice*, 19 (5): 605-21.
- ROTH, Jessica A., 2018: "The Culture of Misdemeanor Courts", *Hofstra Law Journal*, 46 (1): pp. 215-52.
- SALET, Renze, and Jan TERPSTRA, 2019: "Criminal Justice as a Production Line: ASAP and the Managerialization of Criminal Justice in the Netherlands", *European Journal of Criminology*.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús María, 2006: *La Expansión Del Derecho Penal*. 2. Edición, Montevideo/ Buenos Aires: BdeF.
- SIMONSON, Jocelyn, 2014: "The Criminal Court Audience in a Post-Trial World", *Harvard Law Review*, 127 (8): 2174-2232.

- SPOHN C., 2021: Specialized Units and Vertical Prosecution Approaches. In: Wright RF, Levine KL, and Gold RM (eds) *The Oxford Handbook of Prosecutors and Prosecution*. Oxford University Press, pp. 258-272. DOI: 10.1093/oxfordhb/9780190905422.013.13.
- STEVENSON, Megan, y Sandra MAYSON, 2017: "The Scale of Misdemeanor Justice", *Boston University Law Review*, 98: 731-77.
- SUDNOW, David, 1965: "Normal Crimes: Sociological Features of the Penal Code in a Public Defender Office", *Social Problems*, 12 (3): 255-76.
- TATA, Cyrus, 2019: "'Ritual Individualization': Creative Genius at Sentencing, Mitigation, and Conviction", *Journal of Law and Society*, 46 (1): 112-40.
- VERA, Juan Sebastián, 2020: "Los Problemas de La Rapidez o Ultraceleridad de Las Audiencias En Los Procedimientos Penales de 'Menor Importancia' Para El Sistema de Justicia Penal", *Revista de Derecho Universidad Católica de Coquimbo* 27.
- VIGOUR, Cécile, 2006: "Justice: L'introduction d'une Rationalité Managériale Comme Euphémisation Des Enjeux Politiques", *Droit et Société*, N° 63-64 (2): 425.
- WILENMANN, Javier, 2020: "El Derecho Frente a La Resistencia a La Criminalización", *Politica Criminal*, 15 (29): 310-30.
- WILENMANN, Javier, 2021: "It Is the Interaction Not a Specific Feature! A Pluralistic Theory of the Distinctiveness of Criminal Law", *Criminal Law and Philosophy*, en prensa.
- WRIGHT, Ronald, y Marc MILLER, 2002: "The Screening/Bargaining Tradeoff", *Stanford Law Review*, 55 (1): 29-118.



## La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva

*Juan Pablo Mañalich Raffo\**

### RESUMEN

*El artículo ofrece una propuesta de interpretación restrictiva de la formulación legislativa de la variante de administración desleal conocida como “infidelidad”, en consideración al déficit de precisión que la aqueja. Después de presentar una caracterización global del injusto común a las dos variantes del delito, así como una explicación de la exigencia de que el autor sea portador de un “deber de tutela patrimonial”, se argumenta a favor de la tesis de que el perjuicio ha de ser irrogado en el desempeño de las tareas o funciones que convierten al autor en garante del patrimonio comprometido.*

Administración desleal; infidelidad; deber de tutela patrimonial

### *Breach of trust as a variant of disloyal administration: a restrictive reconstruction*

### ABSTRACT

*The article offers a proposal for restrictively fixing the scope of the legislative formulation of the variant of disloyal administration known as “breach of trust”, in light of the lack of precision that affects it. After presenting a global characterization of the wrongfulness-basis shared by the two variants of the offense, as well as an explanation of the requirement that the offender be the subject of a “duty of patrimonial protection”, it is argued that the detriment to the victim’s patrimony must be brought about within the realm of tasks or functions that ground the offender’s specific position of duty.*

Disloyal administration; breach of trust; patrimonial protection duty

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesor titular, Departamento de Ciencias Penales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4999-1469>. Correo electrónico: [jpmanalich@derecho.uchile.cl](mailto:jpmanalich@derecho.uchile.cl).

La investigación cuyos resultados son aquí presentados fue acometida en la preparación de una díada de informes en derecho referidos a casos cuyas circunstancias no condicionan la orientación argumentativa de la presente contribución.

Artículo recibido el 29.9.2021 y aceptado para su publicación el 25.1.2022.

I. LA “INFRADERMINACIÓN” DE LA VARIANTE TÍPICA DE INFIDELIDAD  
COMO DESAFÍO A LA LEGITIMIDAD DE LA CRIMINALIZACIÓN  
DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

La tipificación del delito de administración desleal, plasmada en el N° 11 del art. 470 del Código Penal (en adelante: CP) como resultado de la Ley N° 21.121, responde íntegramente al modelo regulativo del § 266 del Código Penal alemán (en adelante: StGB)<sup>1</sup>. Esto no impide reconocer que entre uno y otro texto legal existen, con todo, algunas diferencias de importancia.

En primer lugar, es posible notar que, mientras que la disposición alemana alude al “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos” únicamente al especificar los presupuestos de la variante típica de infidelidad, la disposición chilena define explícitamente la posición del autor, tanto para la variante de abuso como para la de infidelidad, por medio de la exigencia de que aquel tenga “a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de alguna parte de este”. Esto determina que bajo el art. 470 N° 11 del CP no sea necesaria maniobra interpretativa alguna para sustentar una reconstrucción “monista” del tipo<sup>2</sup>.

Una segunda divergencia significativa consiste en que, en los términos de la disposición alemana, una mera relación “fáctica” de confianza especial puede bastar para convertir a una persona en potencial autora de administración desleal por infidelidad<sup>3</sup>, en tanto que para la realización de la variante de abuso es imprescindible que el poder de disposición que el potencial autor ha de tener respecto del patrimonio protegido esté conferido por “la ley, un encargo de la autoridad pública o un acto jurídico”<sup>4</sup>. De acuerdo con el texto legal chileno, en cambio, para ser autor del delito, bajo una y otra variante por igual, es necesario estar a cargo de la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otra persona, o de una parte de este, “en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”<sup>5</sup>.

En lo demás, las manifiestas coincidencias en la fijación de los presupuestos típicos del delito en cuestión determinan que el tipo formulado en el art. 470 N° 11 del CP admita ser dogmáticamente reconstruido a partir de las claves que provee el debate doctrinal y jurisprudencial alemán<sup>6</sup>. Una de esas claves apunta a la generalizada

<sup>1</sup> Al respecto, BOFILL *et al.*, 2019, pp. 69 y ss.; GÁLVEZ, 2020, pp. 752 y ss., 755 y s., 766. Véase también MAÑALICH, 2020, pp. 339 y ss. De los pormenores del modelo regulativo alemán, ROJAS, 2009, *passim*; también PASTOR y COCA, 2016, pp. 51 y ss.

<sup>2</sup> Acerca de esto, *infra*, II.2.

<sup>3</sup> Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 12, 25 y ss.

<sup>4</sup> Al respecto, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 12, con la precisión de que para la realización de la variante de infidelidad también podría venir en consideración la infracción de un deber que represente la contracara de un poder de decisión conferido por un título de cualquiera de esas últimas tres clases.

<sup>5</sup> De ello, MAÑALICH, 2020, p. 357. La irrelevancia típica de la posición del llamado “administrador de hecho” es explícitamente afirmada por BOFILL *et al.*, 2019, p. 73.

<sup>6</sup> Ello fue tempranamente sugerido, *de lege ferenda*, por HERNÁNDEZ, 2005, pp. 241 y ss., 256 y ss.

denuncia de la “infradeterminación estructural” que afectaría al tipo en cuestión<sup>7</sup>, lo que se ve reflejado en la controversia acerca de la admisibilidad constitucional del § 266 del StGB<sup>8</sup>. La preocupación se circunscribe, empero, a la formulación de la variante de infidelidad<sup>9</sup>, hasta el punto de que la sugerencia de una posible contravención del mandato constitucional de determinación no llega a ser planteada, en lo absoluto, a propósito de la formulación de la variante de abuso<sup>10</sup>.

Con la decisión del Tribunal Constitucional Federal alemán (en adelante: BVerfG) de 23 de junio de 2010<sup>11</sup>, la controversia ha quedado zanjada a favor de la conformidad del § 266 del StGB con el mandato de determinación susceptible de ser extraído, indirectamente, de la garantía de reserva de ley consagrada en el art. 103, párr. 2º, de la Ley Fundamental alemana<sup>12</sup>. El BVerfG estableció que el déficit de determinación que aquejaría al supuesto de hecho del § 266 admitiría ser compensado mediante la sujeción del órgano judicial llamado a aplicar la norma de sanción a un “mandato de precisión” (*Präzisierungsgesbot*), que se traduciría en la exigencia de que la interpretación de la disposición legal fije “contornos claros” a la norma así formulada<sup>13</sup>. Si bien esto supone validar un esquema de distribución compartida, para la legislación y la jurisdicción, de la tarea de fijar el alcance de las normas de sanción penal<sup>14</sup>, ello no alcanzaría a volver admisible una maniobra de pretendida rectificación judicial de un déficit de precisión que sobrepasara el umbral a partir del cual habría que reconocer, sin más, una vulneración legislativa del mandato de determinación<sup>15</sup>.

Asimismo, el BVerfG afirmó que de la prohibición de analogía, en cuanto parámetro de aplicación de la respectiva norma de sanción, se seguiría una “prohibición de

---

<sup>7</sup> Al respecto, y distinguiendo entre semejante “infradeterminación” –susceptible de ser interpretativamente compensada– y una “indeterminación” –sin más inadmisibles bajo el mandato constitucional de determinación– de la respectiva forma de comportamiento punible, véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 4, 11 y 24.

<sup>8</sup> En referencia al § 266 del StGB, véase el enérgico llamado de atención de TIEDEMANN, 2008, n.m. 3. Al respecto, también PASTOR y COCA, 2016, pp. 26 y s. Acerca del problema en inmediata referencia al texto legal chileno, MAÑALICH, 2020, p. 342.

<sup>9</sup> Véase PASTOR y COCA, 2016, p. 63. El punto es correctamente notado por GÁLVEZ, 2020, p. 758. *De lege ferenda*, ya HERNÁNDEZ, 2005, p. 258.

<sup>10</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 24.

<sup>11</sup> BVERFGE 126, 170. Véase KUHLEN, 2011, *passim*; SALIGER, 2011, *passim*; detalladamente, SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 13, 24 y ss., 27 y s.

<sup>12</sup> En general al respecto, KUHLEN, 2012, pp. 153 y ss. Nótese que, bajo la Constitución Política de la República de Chile todavía vigente, el mandato de determinación está explícitamente formulado en el inc. 9º del N° 3 de su art. 19.

<sup>13</sup> BVERFGE, 126, 170, párr. 81. Al respecto, KUHLEN, 2011, pp. 248 y s.; también KUHLEN, 2011, pp. 169 y ss.; SALIGER, 2011, p. 904.

<sup>14</sup> Así KUHLEN, 2011, p. 249, destacando que un corolario de ello tendría que consistir en la extensión de la garantía contra la retroactividad desfavorable a los cambios jurisprudenciales. Para un rechazo, *inter nos*, de la postulación de semejante “mandato de precisión” como estándar aplicable en la aplicación de la ley penal, véase empero CONTRERAS, 2021, pp. 176 y s.

<sup>15</sup> Pues como observa KUHLEN, 2012, p. 168, “una semejante ‘subsanación’ de la infracción constitucional está descartada, ya que al juez le es lisa y llanamente imposible acometer por medio de la ley la determinación de la punibilidad que el mandato de certeza impone al legislador”.

desfiguración” (*Verschleifungsverbot*) de los elementos en los que se descompone el tipo legalmente formulado, consistente en la proscripción de una interpretación que lleve a que la demarcación de esos elementos resulte difuminada o disuelta<sup>16</sup>. En palabras del BVerfG, la prohibición así delineada apuntaría a que

“la interpretación de los conceptos con los cuales el legislador ha caracterizado la conducta conminada con pena no puede conducir a que, en definitiva, se anule nuevamente la restricción de la punibilidad lograda de esa manera. Los elementos de los tipos penales en particular, entonces, no pueden ser interpretados, incluso dentro del sentido posible de las palabras, de manera tan extensa que se fundan con otros elementos típicos, es decir, que necesariamente sean realizados junto con los otros”<sup>17</sup>.

En tal medida, esta “prohibición de desfiguración” habría de operar como una garantía de interpretación “sistemática” de la disposición legal a favor del ciudadano<sup>18</sup>.

En los términos de la disposición legal chilena, parecería que la variante típica de infidelidad podría verse realizada mediante la ejecución u omisión de una “acción cualquiera”, resultante en un menoscabo para el patrimonio cuya salvaguardia o gestión está a cargo del autor, siempre que la ejecución o la omisión de la acción respectiva haya sido, además, manifiestamente contraria al interés del titular de ese patrimonio. La incertidumbre en cuanto a la fisonomía de la acción cuya ejecución u omisión hubiera de tener relevancia delictiva a este título lleva a que, también respecto del art. 470 N° 11, sea pertinente la drástica denuncia de Ransiek, según quien, a primera vista al menos, “el § 266 es siempre aplicable”, en el sentido de que, “especialmente en el derecho penal económico, es la norma que viene en consideración con total independencia de cuál sea la materia específica de la que se trate”<sup>19</sup>.

Justamente porque la sospecha de que una norma de sanción penal pudiera ser “siempre aplicable” es imposible de reconciliar con un sistema de derecho penal sometido al principio de legalidad, es necesario ofrecer criterios que hagan posible dotar de contornos más nítidos al tipo formulado en el art. 470 N° 11, y esto quiere decir, en particular: a su variante de infidelidad.

---

<sup>16</sup> BVERFG, 126, 170, párr. 79. Al respecto, KUHLEN, 2011, p. 248; también KUHLEN, 2012, p. 170 (de donde se toma la traducción, aquí favorecida, del término alemán *Verschleifung*); SALIGER, 2011, p. 903.

<sup>17</sup> BVERFG, 126, 170, párr. 79 (según la traducción ofrecida por BÉGUELIN y DIAS).

<sup>18</sup> Así KUHLEN, 2011, p. 248.

<sup>19</sup> RANSIEK, 2004, p. 634.

## II. LA ESTRUCTURA TÍPICA DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL

### 1. *La administración desleal como delito especial contra el patrimonio perpetrado “desde dentro”*

Para dar forma a una propuesta interpretativa del art. 470 N° 11 del CP que contribuya a determinar el ámbito típico de la administración desleal con base en criterios dogmáticamente aceptables, es posible echar mano a algunas premisas que se podrían extraer del debate alemán. Entre ellas, las siguientes pueden ser tenidas por indiscutibles.

Primeramente, es pacífico que la administración desleal tiene el carácter de un delito cuyo injusto específico consiste en la irrogación de un perjuicio patrimonial a una persona (natural o jurídica) cuyo patrimonio es, en todo o en parte, administrado por el autor<sup>20</sup>. Esta caracterización preliminar vuelve inteligible que, de manera generalizada, se sostenga que la administración desleal se correspondería con un ataque al patrimonio ajeno perpetrado “desde dentro”<sup>21</sup>. Esta descripción metafórica suele sustentarse en una comparación de las estructuras típicas de la administración desleal y de la estafa, en consideración a que esta exhibiría, por contraste, el carácter de un ataque patrimonial desplegado “desde fuera”<sup>22</sup>.

En efecto, es propio de toda estafa que su autor no dé lugar por sí mismo a la disposición patrimonialmente perjudicial, lo que hace reconocible la función del engaño como núcleo del comportamiento típicamente relevante: el autor de una estafa provee, en contra de una pretensión de veracidad susceptible de ser esgrimida a su respecto, información falsa basada en que otra persona habría de materializar, bajo el error resultante del engaño, la respectiva disposición perjudicial. En cambio, el autor de una administración desleal detenta un poder de decisión, referido a uno o más componentes del patrimonio de otra persona, conferido por el titular de ese mismo patrimonio<sup>23</sup>. Esto se traduce en que el potencial autor se encuentre en posición de ajustar o no el ejercicio de su poder de decisión a los lineamientos fijados por el titular del patrimonio, los que definen los términos de la “relación interna” existente entre ambos<sup>24</sup>. Con ello, el carácter delictivo de una irrogación de perjuicio patrimonial a título de administración desleal depende de que ese perjuicio represente el resultado de un ejercicio del respectivo poder

---

<sup>20</sup> Cómo deba ser definida la noción de perjuicio patrimonial, depende de cuál sea la concepción del patrimonio que se asuma como premisa dogmática; al respecto, ROJAS, 2009, pp. 139 y ss.; MAÑALICH, 2020, pp. 348 y ss.

<sup>21</sup> Para lo que sigue, MAÑALICH, 2020, pp. 347 y s.

<sup>22</sup> Bajo sistemas jurídicos que tipifican, asimismo, un delito genérico de extorsión como forma de coacción patrimonial, esta también aparece como paradigma de un ataque contra el patrimonio perpetrado “desde fuera”; véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 1.

<sup>23</sup> El poder de decisión en cuestión admite ser identificado con un poder de “disposición” *lato sensu*, resultando ulteriormente especificado, en el marco de la variante de abuso, como un poder de “disposición” *stricto sensu*, a saber: como un poder de enajenación o vinculación obligacional, referido al patrimonio en cuestión, cuyo ejercicio resulte jurídicamente eficaz respecto de terceros.

<sup>24</sup> KINDHÄUSER, 2018, pp. 346 y s.

de decisión que sobrepase los límites impuestos por la relación que vincula al autor con el titular del patrimonio.

Lo anterior está internamente conectado con la asimismo pacífica caracterización de la administración desleal como un delito especial propio<sup>25</sup>. Esto se funda en que, para ser considerado como autor del delito, es necesario tener a cargo “la salvaguardia o la gestión” del patrimonio —en todo o en parte— de otra persona. Y esto significa, a su vez, que la posición de autor de un delito de administración desleal es equivalente a una posición de garante de protección del patrimonio comprometido<sup>26</sup>.

## 2. *Abuso e infidelidad como variantes típicas “integradas”*

Una segunda premisa interpretativa que es posible extraer del debate doctrinal y jurisprudencial alemán consiste en la tesis de que el tipo de la administración desleal tiene la estructura de una disyunción (inclusiva) de dos variantes típicas, que suelen etiquetarse como “abuso” e “infidelidad”. La disposición legal chilena consagra una y otra variante al especificar que la irrogación de perjuicio patrimonial ha de tener lugar o bien por medio de un ejercicio abusivo de facultades “para disponer” por cuenta del, o “para obligar[...]” al, titular del patrimonio comprometido, o bien mediante la ejecución o la omisión de “cualquier otra acción de modo manifiestamente contrario” al interés del titular del patrimonio comprometido<sup>27</sup>. Para hacer referencia a una y otra variante típica, en lo que sigue se hará uso, ocasionalmente, de las expresiones “abuso patrimonial” e “infidelidad patrimonial”, respectivamente.

Sin embargo, el consenso reconocible en cuanto a la coexistencia de una y otra variante típica no se extiende a la determinación de la relación en la que ellas se encontrarían. La controversia consistió, tradicionalmente, en el enfrentamiento de una “concepción dualista” y una “concepción monista”: mientras que la primera sostiene que, en sentido estricto, el abuso patrimonial y la infidelidad patrimonial se corresponderían con dos tipos diferentes, la segunda proclama la asimilación de ambas formas de administración desleal como variantes de un mismo tipo<sup>28</sup>. Así planteada, la disputa ha quedado zanjada a favor de la concepción monista<sup>29</sup>, fundamentalmente en razón del giro experimentado

---

<sup>25</sup> Véase KINDHÄUSER, 2018, pp. 315 y s.; también SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 29. En referencia a la disposición legal chilena, MAÑALICH, 2020, p. 357.

<sup>26</sup> Al respecto, MAÑALICH, 2020, pp. 353 y ss.

<sup>27</sup> Véase MAÑALICH, 2020, pp. 357 y s.

<sup>28</sup> Sobre ello, y detalladamente, KINDHÄUSER, 2018, pp. 329 y ss. Un panorama de la controversia es ofrecido en ROJAS, 2009, pp. 144 y ss.; así como en PASTOR y COCA, 2016, pp. 52 y ss.

<sup>29</sup> Una muestra elocuente de ello se encuentra en el más reciente planteamiento de Schünemann, quien a pesar de su inequívoco favorecimiento dogmático de la concepción dualista ha terminado aceptando la consolidación de una concepción monista como resultado de una consistente praxis jurisprudencial, lo que lo lleva a defender, resignadamente, una concepción monista restringida; véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 13 y ss.

por la jurisprudencia del Tribunal Supremo Federal alemán (en lo que sigue: BGH) a partir de su pronunciamiento recaído en el caso de “la tarjeta de cheques”<sup>30</sup>.

Mediante su decisión, el BGH estableció la premisa, en lo fundamental indiscutida desde entonces, de que para la realización tanto de la variante de abuso como de la variante de infidelidad es necesario que el potencial autor tenga el estatus de garante de protección del patrimonio afectado. Esto equivale a afirmar que, a pesar de lo sugerido por la sintaxis del § 266 del StGB, la exigencia de que el potencial autor sea portador de un “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos” sería común a ambas variantes típicas, y no privativa de la variante de infidelidad<sup>31</sup>.

Sobre el trasfondo de la imposición doctrinal y jurisprudencial de la concepción monista, la controversia ha tendido a quedar reducida al enfrentamiento de dos versiones alternativas de esa concepción, conocidas como la versión “restringida” y la versión “irrestringida”<sup>32</sup>. Según la concepción monista restringida, la exigencia homogénea de que como autor de administración desleal venga en consideración una persona en la que recaiga un deber especial de tutelar el patrimonio de la potencial víctima sería compatible, empero, con que solamente para la configuración de una infidelidad patrimonial se exija que el autor esté investido de un poder de decisión significativamente autónomo<sup>33</sup>. En contraste con ello, la concepción monista irrestringida equipara íntegramente los presupuestos de la posición en la que ha de encontrarse el autor de una y otra variante de administración desleal, también en lo tocante al requisito de que el poder de decisión que se le ha conferido esté revestido de una medida elevada de autonomía<sup>34</sup>. La consecuencia sistemática más importante que se sigue de la adopción de la versión irrestringida de la concepción monista consiste en que, en sus términos, la variante de abuso tenga que ser entendida como una especificación de la variante –en tal medida: “general”– de infidelidad.

Como esto ya ha sido sostenido en otro lugar, la mejor reconstrucción posible de la versión irrestringida de la concepción monista de la administración desleal la provee lo que, en el marco del debate doctrinal alemán, Kindhäuser ha caracterizado como una “concepción integrada”<sup>35</sup>. Se trata de una versión de concepción monista que procura identificar un conjunto de presupuestos comunes a ambas variantes típicas, por la vía de combinar o –valga la redundancia– “integrar” los presupuestos inmediatamente distintivos de cada una de ellas. Esto produce un efecto de restricción recíproca del alcance de una y otra variante<sup>36</sup>. Así, y por un lado, el autor de administración desleal por abuso necesita en todo caso exhibir el estatus de garante de protección del patrimonio por él

---

<sup>30</sup> BGH, 26.07.1972 - 2 StR 62/72. Al respecto, véase MAÑALICH, 2020, pp. 353 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>31</sup> Al respecto, *supra*, I.

<sup>32</sup> Véase KINDHÄUSER, 2018, pp. 329 y ss.; PASTOR y COCA, 2016, p. 55.

<sup>33</sup> En esta dirección, ROJAS, 2009, pp. 151 y ss., 154.

<sup>34</sup> Así, por ejemplo, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 6 y s.

<sup>35</sup> KINDHÄUSER, 2018, pp. 331 y ss., 338 y ss.

<sup>36</sup> Sobre esto, MAÑALICH, 2020, pp. 355 y s.

administrado. Pero al mismo tiempo, y por otro lado, también tratándose de una administración desleal por infidelidad es necesario que al potencial autor haya sido conferido un poder para “disponer” (*lato sensu*) del patrimonio cuya salvaguardia o gestión se le ha confiado, el que, aun sin estar necesariamente revestido de eficacia jurídica ante terceros, amerite ser normativamente compensado mediante la sujeción de su detentador a la pretensión de que ese poder sea ejercido lealmente<sup>37</sup>.

Esta última consideración apunta al núcleo del injusto de la administración desleal, que como tal es común a sus dos variantes. La elucidación de ese núcleo de injusto depende, crucialmente, de cómo sea descrita la relación en la que se encuentran sus dos componentes basales. Estos quedan conjuntamente expresados en la exigencia de que la irrogación de perjuicio para el patrimonio de la víctima tenga lugar por medio de un comportamiento distintivamente desleal, desplegado por quien es garante de protección de ese mismo patrimonio<sup>38</sup>. Esto lleva a articular la relación en que han de encontrarse la irrogación de perjuicio y la deslealtad como una relación de conexión funcional: la pretensión de lealtad a la que se encuentra sometido el potencial autor no es sino la contracara de la confianza depositada por el titular del patrimonio a cuya preservación o gestión favorable aquel se encuentra obligado. En tal medida, la lealtad esperable del potencial autor cumple la función de compensar la vulnerabilidad (relativa) del patrimonio frente a quien aparece, precisamente, como garante de su protección en el ejercicio de un poder (autónomo) de decisión referido a ese mismo patrimonio<sup>39</sup>.

### 3. *La exigencia de identidad entre el patrimonio administrado y el patrimonio perjudicado*

De lo anterior es posible extraer una consecuencia ulterior, a saber: que la realización del tipo de la administración desleal presupone la existencia de una relación de identidad entre el interés patrimonial que ha de honrar el potencial autor, por un lado, y el interés patrimonial comprometido por el comportamiento eventualmente delictivo, por otro<sup>40</sup>. Ello descansa en el presupuesto adicional de que entre el titular del patrimonio a cuya protección se encuentra obligado el autor y el titular del patrimonio que experimenta el perjuicio resultante del comportamiento de aquel exista, asimismo, una relación de identidad<sup>41</sup>.

Esta doble exigencia de identidad queda explícitamente plasmada en la disposición legal chilena: el perjuicio ha de ser irrogado a la persona cuyo patrimonio es, en todo o

<sup>37</sup> KINDHÄUSER, 2018, pp. 331 y s., 349 y s.; coincidentemente, WACHTER, 2019, pp. 313 y ss.

<sup>38</sup> Para lo que sigue, véase MAÑALICH, 2020, pp. 347 y s.

<sup>39</sup> Así KINDHÄUSER, 2018, p. 347.

<sup>40</sup> Véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 101; KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 59; SALIGER, 2017, § 266, n.m. 43. Para una clarificación de la función que, en este contexto, cumple el concepto de interés patrimonial, véase KINDHÄUSER, 2018, p. 352: “Frente a ello, el concepto de interés patrimonial concierne a la fijación de la finalidad determinante para el deber de tutela patrimonial, a la cual está vinculado el autor en el marco de la relación fiduciaria y que tiene que realizar con la competencia de decisión a él conferida”.

<sup>41</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 101.

en parte, aquello que el potencial autor tiene a su cargo salvaguardar o gestionar, y es el “interés del titular del patrimonio afectado” lo que tiene que verse contrariado por el comportamiento desplegado por el garante de ese mismo patrimonio<sup>42</sup>. Esto condiciona, entre otras cosas, quién sea la persona (natural o jurídica) que pudiera contar como víctima del eventual delito<sup>43</sup>, y así también quién sea la persona cuyo eventual “acuerdo” (*Einverständnis*) con el comportamiento desplegado por el potencial autor tendría que llevar a descartar la relevancia típica de ese mismo comportamiento<sup>44</sup>.

### III. LOS PRESUPUESTOS DE LA POSICIÓN DE DEBER TÍPICAMENTE RELEVANTE

#### 1. El “deber de tutela patrimonial” como marca de la posición de garante

Como ya se observara, un rasgo sobresaliente de la tipificación de la administración desleal bajo el art. 470 N° 11 del CP, en contraste con lo establecido en el § 266 del StGB, consiste en la descripción explícitamente homogénea, para ambas variantes típicas, de la posición de garante que funge como marca de autoría. En efecto, como potencial autora de administración desleal solo se puede considerar a una persona que tenga “a su cargo la salvaguardia o la gestión” del patrimonio, o de una parte del patrimonio, de otra persona, “en virtud de la ley, de una orden de la autoridad o de un acto o contrato”.

Para dar mayor precisión a esta especificación legal de los presupuestos de la autoría, es posible echar mano al método con el que la jurisprudencia alemana ha ido progresivamente determinando las características que habría de exhibir el correspondiente “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos”. El método en cuestión consiste en el recurso a un “catálogo de indicios”, que en rigor tendrían que ser entendidos como criterios o indicadores<sup>45</sup>, en atención a estos, habría que evaluar si, dadas las particularidades

---

<sup>42</sup> En el contexto del art. 470 N° 11 del CP, es claro que la frase adverbial “de modo manifiestamente contrario al interés del titular del patrimonio afectado” debe tomarse como calificando, exclusivamente, a la descripción que especifica la variante de infidelidad. Esto se funda en que el carácter abusivo del ejercicio de un poder de disposición revestido de eficacia jurídica, exigido por la formulación de la variante –valga la redundancia– de abuso, entraña que un comportamiento típicamente relevante a este último título haya de ser considerado *per se* “contrario al interés del titular afectado”; así MAÑALICH, 2020, pp. 357 y s.

<sup>43</sup> La que, según el art. 108 del Código Procesal Penal, ha de ser identificada con el “ofendido por el delito”.

<sup>44</sup> Latamente al respecto, KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 66 y ss.; también PASTOR y COCA, 2016, pp. 143 y ss., aunque valiéndose de la expresión “consentimiento”; coincidentemente, GARCÍA, 2020, pp. 154 y ss. Para una diferenciación de las nociones de consentimiento y acuerdo como categorías –funcional y estructuralmente divergentes– de exclusión del injusto propio de determinadas formas de comportamiento delictivo, véase MAÑALICH, 2019a, pp. 603 y ss., 606 y ss., con referencias ulteriores.

<sup>45</sup> Véase KINDHÄUSER, 2018, pp. 344 y s., 349 y ss. A diferencia de un indicio, cuya relación con aquello de lo que es indiciario es de naturaleza empírica –en el sentido, por ejemplo, en que la presencia de humo en un lugar es indiciaria de que en las cercanías hay, o ha habido, fuego–, un indicador se encuentra conceptualmente conectado con aquello de lo que es indicativo. Para esta distinción, véase PUPPE, 2011, pp. 39 y ss.

del caso del que se trate, se está o no en presencia de un deber cuya infracción pudiera ser delictiva a título de administración desleal<sup>46</sup>. Y la fijación de ese catálogo necesita quedar legitimada por su congruencia con el específico fundamento de punibilidad de la administración desleal<sup>47</sup>. Según Saliger, ese fundamento respondería a la caracterización de esta como “el ejercicio dolosamente contrario a un deber, y conectado con [la generación de] una desventaja patrimonial, de una posición fiduciaria de poder interna a una esfera patrimonial ajena”<sup>48</sup>. Para aludir a un deber de esta categoría, en lo que sigue se hará uso de la expresión “deber de tutela patrimonial”<sup>49</sup>.

Bajo el modelo de teoría de las normas aquí favorecido, esta última noción tiene que ser tomada, más bien, como un descriptor auxiliar que hace posible identificar una posición jurídica que convierte a quien la ocupa en potencial autor de administración desleal, en estricta relación con el patrimonio de cuya tutela se trate. En tal medida, quien ocupa semejante posición es alguien de quien, en los términos de la norma de sanción del art. 470 N° 11, puede decirse que tiene a su cargo la gestión o la salvaguarda del patrimonio de otro. Esto equivale a decir que esa persona es destinataria de una norma de comportamiento cuya contravención es punible bajo esa norma de sanción, siendo esa norma de comportamiento la que le impone el deber de evitar o impedir lealmente, según corresponda, la irrogación de un perjuicio patrimonial. Y este es el deber cuya infracción puede ser delictiva *sub specie* administración desleal<sup>50</sup>.

Con ello, y en contra de lo que se seguiría de la categorización dogmática de la administración desleal como un delito “de infracción de un deber”<sup>51</sup>, el deber de tutela patrimonial no puede ser identificado, *stricto sensu*, con el deber cuya infracción es potencialmente delictiva a ese título. Más bien, se trata de que la posición jurídica “extrapenal” que convierte a alguien en portador de un deber de tutela de un patrimonio ajeno, y así en garante (de protección) de este, lo convierte también en *intranseus* de cara al posible quebrantamiento de la norma de comportamiento reforzada por esa norma de sanción<sup>52</sup>.

<sup>46</sup> Al respecto, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10 y s.

<sup>47</sup> Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 11.

<sup>48</sup> SALIGER, 2006, p. 17.

<sup>49</sup> Véase la descripción ofrecida por PASTOR y COCA, 2016, pp. 56 y ss., quienes hablan de un “deber de custodia patrimonial”.

<sup>50</sup> Cómo haya que individualizar la o las normas de comportamiento en cuestión, no es algo que necesite ser analizado aquí. *Prima facie* al menos, cabría pensar en una estrategia de individuación dualista, que juxtaponga la prohibición de producir perjuicios para el patrimonio respectivo, sea por medio de una disposición jurídicamente vinculante, sea (en general) mediante el ejercicio del poder de decisión conferido al agente, por un lado, y el requerimiento de impedir perjuicios para el patrimonio respectivo en ejercicio de ese mismo poder de decisión, por otro.

<sup>51</sup> Para un rechazo general de esta categoría, a propósito de los delitos de malversación y de fraude al fisco, véase MAÑALICH, 2020, pp. 364 y ss.; en específica referencia a la administración desleal, CONTRERAS, 2019, pp. 58 y ss., 62 y ss.

<sup>52</sup> Para la correspondiente conceptualización de los delitos especiales (“propios”), véase MAÑALICH, 2019b, pp. 357 y ss.; en específica referencia a los delitos de omisión impropia *qua* delitos especiales de garante, MAÑALICH, 2014a, pp. 241 y ss.

Qué consecuencias pueda tener la específica fisonomía de la posición de garante así fundamentada para la determinación más precisa de las modalidades de comportamiento potencialmente constitutivas de infidelidad patrimonial, será analizado más abajo<sup>53</sup>.

## 2. *Los criterios y su ejemplificación*

En lo fundamental, un deber “de tutela patrimonial” sería un deber cuyo “contenido esencial” consiste en una “preocupación autorresponsable por el patrimonio ajeno”<sup>54</sup>. Esto se traduciría en que como criterios de reconocimiento de semejante deber reclamen preeminencia, ante todo, los siguientes: (1) “la orientación al interés ajeno” (*Fremdnützigkeit*) de la preocupación por el patrimonio tutelado en cuanto “deber principal”; y (2) la “autonomía” y “significación” de la responsabilidad que habría de ser desplegada en el cumplimiento de tal deber<sup>55</sup>. En cuanto al primero de estos dos criterios, el énfasis tendría que quedar puesto en que el deber de tutela patrimonial forme parte, aun cuando de manera no exclusiva, del núcleo de la relación que vincula al potencial autor con el titular del patrimonio afectado, sin que se trate, por el contrario, de un deber más bien “acompañante” o puramente colateral<sup>56</sup>. En cuanto al segundo criterio, lo primordial sería que en el cumplimiento del respectivo deber el potencial autor goce de un determinado “espacio de juego” para la toma de decisiones, sin encontrarse sometido a medidas o mecanismos de control más o menos inmediato dispuestos por el titular del patrimonio<sup>57</sup>.

En el marco de la praxis judicial alemana, la aplicación de los criterios así obtenidos ha dado lugar a la consolidación de una determinación casuística de un conjunto de tareas o funciones cuyo desempeño tendría relevancia típica, y que —haciendo abstracción de aquellas fundadas en una relación puramente fáctica de confianza especial, no cubiertas por la disposición legal chilena<sup>58</sup>— admiten ser organizadas en función de si el título en cuya virtud la respectiva tarea o función es fiduciariamente encomendada al potencial autor consiste en la ley, un encargo de la autoridad pública o un acto o negocio jurídico<sup>59</sup>. Siendo esta tripartición a todas luces equivalente a la plasmada en el art. 470 N° 11 del CP, es claro que de ello es posible extraer directrices que orienten la aplicación de la norma de sanción formulada en la disposición legal chilena.

Así, y en términos del derecho alemán, como portadores de un deber de tutela patrimonial “en virtud de la ley” habría que reconocer al curador (en relación con el patrimonio de la persona sometida a curatela); al síndico (respecto del patrimonio sometido

<sup>53</sup> *Infra*, IV.2.

<sup>54</sup> SALIGER, 2006, p. 17; también SALIGER, 2017, § 266, n.m. 11.

<sup>55</sup> SALIGER, 2006, p. 17; también SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10.

<sup>56</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10.

<sup>57</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 10.

<sup>58</sup> *Supra*, I.

<sup>59</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 13 y ss. Para una exhaustiva presentación de esa misma tipología casuística, véase SCHÜNEMANN, 2014, “§ 266”, n.m. 126 y ss.; también KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 56 y ss.

al respectivo proceso concursal); al liquidador (respecto del patrimonio sometido a liquidación); al albacea (respecto de la masa hereditaria), entre otros<sup>60</sup>. Como portadores de un deber de tutela patrimonial “en virtud de un encargo de la autoridad pública”, vendrían en consideración el alcalde (respecto del patrimonio municipal), los funcionarios de hacienda (respecto del patrimonio fiscal), el director de un hospital clínico (respecto de los recursos que conforman su presupuesto), entre muchos otros<sup>61</sup>. Finalmente, como portadores de un deber de tutela patrimonial “en virtud de un acto o negocio jurídico” destacarían el mandatario (en cuanto habilitado para ejecutar un encargo de significación patrimonial para el mandante); los integrantes del directorio de una persona jurídica organizada como asociación, como partido político, como corporación, como fundación, como sociedad anónima (en cada caso: respecto del patrimonio de la correspondiente persona jurídica); el o los administradores de una sociedad de responsabilidad limitada y el oficial de cumplimiento (asimismo respecto del patrimonio de la correspondiente persona jurídica); el agente de comercio y el contador o asesor tributario (en ambos casos: respecto del patrimonio del mandante); el notario (respecto de los bienes involucrados en el negocio documentado con su intervención), entre muchos otros<sup>62</sup>.

Para ejemplificar el punto, considérese cómo resultan satisfechos los criterios ya mencionados en referencia a quienes se desempeñan como directores de una sociedad anónima, según cómo su posición jurídica queda configurada en los términos del derecho chileno<sup>63</sup>. Por un lado, se impone aquí la referencia al llamado “principio de lealtad fiduciaria”, que gobernaría la manera en que cada director ha de actuar en consideración a los intereses de la respectiva sociedad anónima<sup>64</sup>. Esto es suficientemente expresivo de que esa posición jurídica queda estructurada como “orientada al interés ajeno”, que aquí se identifica con el interés de la sociedad cuya administración compete a quienes conforman su directorio. Por otro lado, el hecho de que a los directores sea reconocido un considerable margen de autonomía, sobre la base de la validación, a su respecto, de un “principio de libre apreciación de los negocios”<sup>65</sup>, hace reconocible que a ellos se atribuye un espacio de juego para la decisión cuya amplitud justifica imponer a cada uno de ellos un deber de tutela patrimonial, en el sentido ya analizado<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 13.

<sup>61</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 14.

<sup>62</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 15.

<sup>63</sup> Que ello es así, resulta indubitable en atención a la regla de agravación establecida en el inc. 3° del N° 11 del art. 470, aplicable respecto de quienes tienen a su cargo la administración (del patrimonio) de una sociedad abierta o especial. Esta regla presupone, como es obvio, que en general la posición de quienes administran (el patrimonio de) una sociedad comercial sea típicamente relevante bajo el inc. 1° del mismo artículo.

<sup>64</sup> Un pormenorizado análisis de la estructura y el alcance de los deberes fiduciarios que recaen sobre los directores de las sociedades anónimas, y en particular del “principio de lealtad fiduciaria” que los sustenta y delimita, es ofrecido por BARROS, 2021, pp. 916 y ss. Al respecto, véase también BERNET, 2017, pp. 110 y ss.

<sup>65</sup> Al respecto, BARROS, 2021, pp. 908 y ss.

<sup>66</sup> Para un exhaustivo análisis de las posibles configuraciones que puede exhibir, en el ámbito societario, la infracción del deber fundamentado por la respectiva norma de comportamiento, desde el punto de vista de la dogmática de la intervención en el hecho punible, véase CONTRERAS, 2019, pp. 67 y ss.

#### IV. LA RECONSTRUCCIÓN RESTRICTIVA DE LA VARIANTE TÍPICA DE INFIDELIDAD

##### 1. *¿La infidelidad patrimonial como delito (puramente) resultativo?*

Al ser contrastada con la variante típica de abuso, la de infidelidad se distingue por la circunstancia de que la relevancia típica del comportamiento del potencial autor puede quedar fundada en su incidencia puramente fáctica en el patrimonio cuya salvaguardia o gestión le ha sido confiada<sup>67</sup>. Esto significa, más exactamente, que una acción cuya ejecución u omisión sea potencialmente delictiva a este título no necesita corresponderse con un acto jurídico (en lo que aquí interesa: un acto capaz de producir una alteración jurídicamente eficaz del patrimonio de la eventual víctima), sino que puede asumir la forma de una acción puramente “material”<sup>68</sup>.

Es en este preciso sentido que, en el contexto del art. 470 N° 11 del CP, tendría que ser tomada la frase adjetival “cualquier otra”, con la que es caracterizada la acción cuya ejecución u omisión pudiera ser constitutiva de infidelidad patrimonial. Tal como ya se observara, empero, la realización de la variante de infidelidad depende, en todo caso, de que el comportamiento del potencial autor se presente como el ejercicio de un poder de decisión sobre el patrimonio conferido por el titular de este, que resulte en un perjuicio para ese mismo patrimonio<sup>69</sup>.

Pero esta última constatación no logra dotar de contornos suficientemente precisos a la variante típica de infidelidad. Ello solo se puede alcanzar si se clarifica la conexión que tendría que ser reconocible entre la específica posición de sujeto de un deber de tutela patrimonial que ha de ocupar el potencial autor, por un lado, y la modalidad de comportamiento con el que aquel puede llegar a irrogar el correspondiente perjuicio patrimonial *qua* resultado típico, por otro.

Para advertir qué puede estar en juego aquí, es oportuno partir considerando la concepción de la variante de infidelidad que, en el debate doctrinal alemán, ha sido sobre todo defendida por Schünemann. Esta concepción destaca por la renuncia a cualificar la modalidad de comportamiento que pudiera ser constitutiva de infidelidad patrimonial en atención a la especificidad de la posición que convierte al potencial autor en garante del patrimonio expuesto al perjuicio. La crítica a la que otro sector de la doctrina alemana ha sometido el planteamiento de Schünemann puede proveernos de algunas premisas para sustentar una concepción alternativa que pueda, a su vez, iluminar la interpretación del art. 470 N° 11 del CP en lo que ahora interesa.

Lo definitorio de la concepción defendida por Schünemann consiste en su orientación a imponer a la variante de infidelidad la estructura propia de un delito (puramente) “resultativo”, esto es, de un delito cuyo injusto se agotaría en el condicionamiento de

<sup>67</sup> Véase KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 64; SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 56.

<sup>68</sup> Así SALIGER, 2017, § 266, n.m. 36.

<sup>69</sup> Recuérdese que el correspondiente poder de decisión admite ser identificado con un poder para “disponer” *lato sensu* –lo que quiere decir: aunque sea de manera puramente fáctica– del patrimonio de cuya protección el potencial autor es garante; véase *supra*, nota 23.

un resultado de cierta índole<sup>70</sup>. El punto de partida del que arranca Schünemann es difícilmente discutible: también en la variante de infidelidad, la administración desleal tiene el carácter de un delito de resultado, consistiendo el respectivo resultado en la desventaja patrimonial que ha de generar el comportamiento del autor, sin que su contenido de injusto pueda ser reducido a la mera infracción de un deber (“extrapenal”)<sup>71</sup>. Acertadamente, Schünemann vincula esta caracterización con la observación de que, también tratándose de la variante de infidelidad, el autor ha de condicionar el resultado de perjuicio abusando de un “señorío protector” (*Obbutsberrschaft*) que tendría que ser ejercido, empero, en interés del titular del patrimonio afectado<sup>72</sup>.

Esto último es enteramente reconciliable con la concepción “integrada” del injusto de la administración desleal, aquí favorecida<sup>73</sup>. Pues la exigencia de que la respectiva infidelidad patrimonial quede asociada a un ejercicio abusivo del poder de decisión conferido al potencial autor es expresiva de cómo los presupuestos de la variante típica de infidelidad admiten ser perfilados por medio de su homologación con los presupuestos de la variante típica de abuso. El problema está, sin embargo, en que Schünemann no se atiene a la premisa así enunciada.

Ello se ve reflejado en su afirmación de que, en el contexto del § 266 del StGB, la alusión al “deber de velar por intereses patrimoniales ajenos” únicamente demarcaría “la consecuencia jurídica de la posición de protección generadora del deber y con ello la cualificación como autor”<sup>74</sup>. Traducida a los términos del art. 470 N° 11 del CP, la tesis de Schünemann consiste en que la exigencia de que el potencial autor tenga “a su cargo la salvaguardia o la gestión” del patrimonio comprometido solo cumpliría la función de demarcar la posición (de garante) que aquel ha de ocupar. Y esto equivale a decir que esa cláusula de la disposición legal carecería de implicaciones para determinar en qué puede consistir la modalidad de comportamiento típicamente relevante. De esto tendría que seguirse, entonces, que la ejecución o la omisión de –literalmente– “cualquier acción” por parte de quien tiene a su cargo la salvaguardia o la gestión del patrimonio de otro podría realizar la variante típica de infidelidad, en la medida en que la ejecución u omisión de esa acción resulte perjudicial para ese mismo patrimonio.

Que, en referencia al § 266 del StGB, Schünemann se muestra enteramente dispuesto a validar esta última afirmación, queda de manifiesto en el pasaje siguiente: “Así, el tipo de la infidelidad exhibe en lo demás, como delito especial de garante contra el patrimonio, la misma estructura que el daño de cosa del § 303 [del] StGB en cuanto delito general contra la propiedad”<sup>75</sup>. Esta es una toma de posición extremadamente elocuente para lo que aquí interesa, toda vez que el delito de daño es un paradigma de delito de resultado

<sup>70</sup> En detalle acerca de la categoría de los delitos de resultado puros, MAÑALICH, 2014b, pp. 17 y ss., 32 y ss.

<sup>71</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 29.

<sup>72</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 29.

<sup>73</sup> *Supra*, II.2.

<sup>74</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 56.

<sup>75</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 56.

puro, o “resultativo”<sup>76</sup>. A este respecto, no deja de ser revelador que Schünemann hable del “tipo” –y no más bien de la “variante”– de la infidelidad, también en este preciso contexto. Más allá de que esto pueda ser indiciario de una resistencia latente de su parte a la consolidación de una concepción monista de la administración desleal<sup>77</sup>, la sugerencia de que la configuración de una infidelidad patrimonial se correspondería con la realización de un tipo distinto de aquel cuya realización sería constitutiva de un abuso patrimonial podría volver más plausible la caracterización de la primera como un auténtico delito resultativo contra el patrimonio.

El problema radica, sin embargo, en que la concepción dualista de la administración desleal, conducente a la postulación de “dos tipos” diferentes, se encuentra doctrinal y jurisprudencialmente superada en el debate alemán, lo que es admitido por Schünemann<sup>78</sup>. Con ello, es inconsistente pretender atribuir un carácter puramente resultativo a la variante de infidelidad, si ello no puede valer respecto de la variante de abuso. Y tendría que ser obvio que esta última variante *no* tiene la estructura propia de un delito resultativo. Pues para que se configure una administración desleal por abuso es necesario que el autor menoscabe el patrimonio a cuya protección está obligado por la vía de ejercer –valga la redundancia– abusivamente un poder de enajenación o de vinculación obligacional referido a ese mismo patrimonio, a través de cuyo ejercicio este pueda resultar afectado de manera jurídicamente eficaz.

*Ergo*, si una caracterización “resultativista” de la variante típica de abuso se encuentra descartada, entonces nada distinto puede valer para la variante típica de infidelidad, en la medida en que la diferencia entre una y otra tenga que entenderse acotada a la modalidad de comportamiento en el que el garante del respectivo patrimonio habría de condicionar el resultado de perjuicio<sup>79</sup>. De ahí que, como observa Saliger, a partir de las premisas que hace suya la concepción monista irrestricta, hoy dominante, la apelación al deber de velar por el patrimonio de la potencial víctima no solo sea “constitutiva para la determinación del círculo de autores”, sino que también “fija el marco para la identificación de la concreta infracción de deber” en la que pueda consistir el comportamiento típicamente relevante<sup>80</sup>.

## 2. *La relatividad posicional de la deslealtad típicamente relevante*

Si la interpretación del art. 470 N° 11 del CP ha de honrar el postulado de que el injusto del delito allí tipificado tiene que quedar determinado por un núcleo común a

<sup>76</sup> Véase MAÑALICH, 2020, pp. 332 y ss.

<sup>77</sup> Véase *supra*, nota 29.

<sup>78</sup> Así SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 13, dando cuenta del “señorío” jurisprudencial ostentado por la construcción monista a lo largo de un lapso que –en 2014– se extendía ya por cuarenta años.

<sup>79</sup> Así ya MAÑALICH, 2020, pp. 356 y s.

<sup>80</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 9. Esto es compatible con que, a diferencia de lo sugerido por SALIGER, aquí se sostenga que el respectivo deber de tutela patrimonial no es idéntico al deber cuya infracción es delictiva a título de administración desleal; *supra*, III.1.

ambas variantes, entonces también tratándose de la variante de infidelidad es necesario que el perjuicio patrimonial sea irrogado mediante un comportamiento que admita ser caracterizado como una instancia de deslealtad en la administración del patrimonio de la víctima. Y esta caracterización no admite ser reducida al hecho de que el comportamiento en cuestión haya resultado, eventualmente, en un perjuicio para el patrimonio cuya protección fuera confiada al potencial autor.

Esto último puede entenderse como una aplicación específica de lo que, en su jurisprudencia concerniente a la admisibilidad constitucional de la tipificación de la administración desleal<sup>81</sup>, el BVerfG acuñó como la “prohibición de desfiguración” de los elementos del tipo<sup>82</sup>. Así como esta prohibición volvería inadmisibile pretender fundar la existencia del perjuicio típicamente exigido en el hecho de que al potencial autor sea atribuible la infracción del respectivo deber de tutela patrimonial, así también sería improcedente pretender inferir la existencia de la infracción de tal deber a partir de la sola constatación de la generación de un perjuicio patrimonial por parte del garante del respectivo patrimonio<sup>83</sup>. Esto habla decisivamente en contra de interpretar la formulación de la variante de infidelidad como si esta se correspondiera con un delito puramente resultativo de perjuicio patrimonial perpetrado por un garante del patrimonio afectado.

La vía más promisoría para ajustar la interpretación del art. 470 N° 11 del CP a la ya aludida “prohibición de desfiguración”, en lo específicamente concerniente a los presupuestos de una infidelidad patrimonial, consiste en condicionar la relevancia típica del comportamiento desplegado por el potencial autor a que ese comportamiento quede internamente conectado con el desempeño de las tareas o funciones que fundamentan el respectivo deber de tutela patrimonial y que lo convierten, así, en garante del patrimonio comprometido<sup>84</sup>. Según Saliger, esto se traduciría en que la o las normas “externas al derecho penal” que sirvan de sustento a la posición de deber ocupada por el potencial autor tendrían que exhibir un “carácter a lo menos mediatamente protector del patrimonio ajeno”<sup>85</sup>. De ahí que, verbigracia, una posición de deber instituida por una norma orientada a la promoción o al resguardo de un interés público no pueda convertir a quien la ocupa en potencial autor de administración desleal<sup>86</sup>. Pero es todavía más importante notar lo siguiente: la prohibición de desfiguración que tendría que ser observada en la interpretación de la disposición legal volvería insostenible una concepción de la infidelidad patrimonial que lleve a hacer equivalentes, como indicativas de una posible infidelidad patrimonial, la infracción de un deber de tutela patrimonial y la infracción de un deber jurídico cualquiera que pudiera recaer sobre el garante del

<sup>81</sup> *Supra*, I.

<sup>82</sup> Así, explícitamente, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 50, rechazando la pretensión de derivar un deber de tutela patrimonial a partir de la prohibición general de dañar el patrimonio ajeno.

<sup>83</sup> Así, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 8.

<sup>84</sup> Véase KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62 y s.

<sup>85</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 37.

<sup>86</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 38 y s.

patrimonio comprometido, también cuando ello pudiera resultar en un perjuicio para ese mismo patrimonio<sup>87</sup>.

Como ejemplos de situaciones en las que el garante del patrimonio afectado indudablemente infringiría un deber, condicionando un perjuicio para ese patrimonio, pero sin que la infracción de ese deber pudiera ser constitutiva de administración desleal por infidelidad, Saliger nos propone, entre otros, los siguientes: (1) el caso del gerente de una sociedad que, a sabiendas, deja estacionado el automóvil de la firma en un lugar donde rige una prohibición de estacionamiento, lo que desencadena una multa que habrá de ser soportada por la persona jurídica en cuanto propietaria del vehículo; y (2) el caso del miembro del directorio de la sociedad que controla una cadena de supermercados que, por la noche, ingresa clandestinamente en un establecimiento de la cadena y se lleva dos botellas de vino<sup>88</sup>. En ambos casos estaríamos, indudablemente, ante la infracción de un deber jurídico por parte de quien es, además, portador de un deber de tutela respecto del patrimonio que resulta respectivamente perjudicado. En ambos casos, sin embargo, el deber infringido es enteramente inconexo respecto del deber de tutela patrimonial<sup>89</sup>. Y esto equivale a decir que, en casos como estos, el perjuicio no es generado desde la específica posición que convierte al potencial autor en garante del patrimonio afectado<sup>90</sup>.

No deja de ser relevante que, en contraste con la solución así alcanzada por Saliger, Schünemann se incline decididamente por sostener que, en casos como los recién analizados, habría que asumir la configuración de una infidelidad patrimonial<sup>91</sup>. Para sustentar este aserto, Schünemann afirma que también en casos de estas características la generación del perjuicio se desenvolvería “dentro del círculo patrimonial confiado para ser custodiado”<sup>92</sup>. Pero esto no puede estimarse satisfactorio. Pues no está en cuestión que, en los casos aquí considerados, el perjuicio efectivamente recae en el patrimonio cuyo resguardo ha sido encomendado a quien, en tal medida, cuenta como garante de su protección. El punto es que, si esta última constatación fuera tenida por suficiente para entender configurada una infidelidad patrimonial, entonces esta resultaría reducida a una forma puramente resultativa de administración desleal. Y tal como ya se ha mostrado, ello supondría renunciar a identificar un núcleo de injusto común para las dos variantes típicas de administración desleal, lo que es incompatible con las premisas que impone la adopción de una concepción monista.

Con ello, la pregunta tiene que ser, más bien, la siguiente: en casos como los aquí considerados, ¿cabría decir que la generación de ese perjuicio tiene lugar mediante un

<sup>87</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42.

<sup>88</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42.

<sup>89</sup> Así SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42.

<sup>90</sup> Coincidentemente, KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62. Véase también PASTOR y COCA, 2016, p. 121, quienes argumentan en referencia inmediata a las particularidades del texto del art. 252 del Código Penal español.

<sup>91</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 102.

<sup>92</sup> SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 102.

ejercicio desleal del específico poder de decisión conferido por el titular de ese patrimonio? De acuerdo con lo ya sostenido, la respuesta solo puede ser negativa.

No estaría de más recordar que, tal como ella se encuentra formulada en el art. 470 Nº 11 del CP, la variante típica de infidelidad se desdobra en una modalidad de comportamiento activo (“ejecutando”), por un lado, y otra modalidad de comportamiento omisivo (“omitiendo”), por otro<sup>93</sup>. Esto último es consistente con que la posición jurídica ocupada por el potencial autor lo convierta en garante de protección del patrimonio comprometido<sup>94</sup>. Para que se configure una infidelidad patrimonial por omisión será necesario, entonces, que la acción omitida por el potencial autor sea una acción a cuya ejecución él haya estado específicamente obligado en el desempeño de sus funciones o tareas *qua* garante del patrimonio en cuestión.

### 3. *La irrelevancia criteriológica de la eventual realización concomitante del tipo de un delito común*

En contra de lo sugerido por Schünemann, la delimitación así obtenida del deber cuya infracción puede ser delictiva a título de administración desleal, en consideración al ámbito de tareas o funciones en el que queda radicada la posición de garante del potencial autor, no es incompatible en lo absoluto con que la infracción de ese deber pudiera ser coextensiva con la realización del tipo de un delito común –en el sentido de “no-especial”– contra la propiedad o el patrimonio<sup>95</sup>. Es obvio, por ejemplo, que el jefe de la sucursal de una casa comercial incurriría en administración desleal por infidelidad, si él se hiciera del dinero disponible en una caja registradora del recinto, sin que ello hubiera de verse afectado por el hecho de que –dependiendo de las particularidades del sistema jurídico de referencia– ese mismo comportamiento también pudiera tener relevancia típica en la forma de un delito (común) de apropiación de cosa ajena<sup>96</sup>.

De ahí que no tenga relevancia alguna la consideración de si el perjuicio irrogado desde la específica posición de garante asociada al deber de tutela patrimonial pudiera haber sido igualmente irrogado por alguien que no fuera portador de semejante deber y que contara, así, como *extraneus*<sup>97</sup>. Antes bien, lo determinante es si la irrogación del eventual perjuicio para el patrimonio a cuya tutela el potencial autor está obligado se corresponde con la generación de un perjuicio que aquel tendría que haber evitado o impedido, precisamente, en el desempeño de las tareas o funciones que lo sitúan en

<sup>93</sup> En referencia a la disposición legal alemana, KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 60 y 64; SALIGER, 2017, § 266, n.m. 51.

<sup>94</sup> Véase SALIGER, 2017, § 266, n.m. 51.

<sup>95</sup> Véase SCHÜNEMANN, 2014, § 266, n.m. 102.

<sup>96</sup> Así KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62.

<sup>97</sup> KINDHÄUSER, 2017, § 266, n.m. 62; coincidentemente, SALIGER, 2017, § 266, n.m. 42. En una dirección tendencialmente opuesta argumentan PASTOR y COCA, 2016, p. 121, poniendo el foco en la pregunta de si el poder fáctico del que se vale el potencial autor al dar lugar al perjuicio es uno que podría ser ejercido, de la misma manera, por un *extraneus*, en cuyo caso habría que descartar la realización del tipo de la administración desleal.

la correspondiente posición de garante. En palabras de Saliger, “[e]l autor tiene que infringir el concreto deber *no solamente con ocasión de su resguardo del patrimonio, sino al mismo tiempo en cuanto guardián del patrimonio*”<sup>98</sup>.

#### BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Enrique, 2021: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (2ª edición), tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BERNET, Manuel, 2017: “El deber de lealtad de los directores y los contratos en conflicto de interés”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 8.
- BOFILL, Jorge, JELVEZ, Valeria y CONTRERAS, Sebastián, 2019: “Consideraciones sobre el nuevo delito de administración desleal en el derecho chileno”, *Revista Derecho y Sociedad*, N° 52.
- CONTRERAS, Marcos, 2019: “Intervención delictiva y administración desleal societaria”, *Doctrina y Jurisprudencia Penal*, N° 39.
- CONTRERAS, Lautaro, 2021: “Mandato constitucional de determinación y delitos imprudentes de homicidio y lesiones”, *Política Criminal*, volumen 16, N° 6.
- GÁLVEZ, Jorge, 2020: “La pérdida de una oportunidad: ¿perjuicio típico en el delito de administración desleal del Código Penal chileno?”, en Nicolás Acevedo, Rafael Collado y Juan Pablo Mañalich (coordinadores), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 749-773.
- GARCÍA, Percy, 2020: “Aproximación al estudio del delito de administración fraudulenta: modelos de regulación y problemas dogmáticos”, *InDret*, 4.2020.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2005: “La administración desleal en el derecho penal chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen XXVI.
- KINDHÄUSER, Urs, 2017: “§ 266”, en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen (coordinadores), *Strafgesetzbuch. Nomos Kommentar* (5ª edición), tomo III, pp. 869-936.
- KINDHÄUSER, Urs, 2018: *Abhandlungen zum Vermögensstrafrecht*, Baden-Baden: Nomos.
- KUHLEN, Lothar, 2011: “Gesetzlichkeitsprinzip und Untreue”, *Juristische Rundschau*, 6/2011.
- KUHLEN, Lothar, 2012: “Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de analogía”, en Juan Pablo Montiel (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons, pp. 151-172.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014a: “Omisión del garante e intervención delictiva. Una reconstrucción desde la teoría de las normas”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, N° 2.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014b: *Norma, causalidad y acción*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires y São Paulo: Marcial Pons.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2019a: “*Volenti non fit iniuria*. Sobre la función y la estructura del consentimiento como categoría jurídico-penal”, en Manuel Cancio *et al.* (editores), *Libro Homenaje al Profesor Dr. Agustín Jorge Barreiro*, Madrid: UAM Ediciones, volumen I, pp. 595-608.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2019b: “Tentativa, error y dolo. Una reformulación normológica de la distinción entre tentativa y delito putativo”, *Política Criminal*, volumen 14, N° 27.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2020: *Estudios sobre la parte especial del derecho penal chileno*, Santiago: Thomson Reuters.

<sup>98</sup> SALIGER, 2017, § 266, n.m. 45 (cursivas en el original).

- PASTOR, Nuria y COCA, Ivó, 2016: *El delito de administración desleal*, Barcelona: Atelier.
- PUPPE, Ingeborg, 2011: *Kleine Schule des juristischen Denkens* (2ª edición), Gotinga: Vandenhoeck & Ruprecht.
- RANSIEK, Andreas, 2004: “Risiko, Pflichtwidrigkeit und Vermögensnachteil bei der Untreue”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 116.
- ROJAS, Luis Emilio, 2009: “El tipo de la administración desleal en el Derecho penal alemán”, *Revista Penal*, Nº 23, 2009.
- SALIGER, Frank, 2006: “Gibt es eine Untreuemode? Die neuere Untreuedebatte und Möglichkeiten einer restriktiven Auslegung”, *HRRS* Januar/2006.
- SALIGER, Frank, 2011: “Auswirkungen des Untreue-Beschlusses des Bundesverfassungsgerichts vom 23.6.2010 auf die Schadensdogmatik”, *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 11/2011.
- SALIGER, Frank, “§ 266”, en Robert Esser *et al.*, *Wirtschaftsstrafrecht (Kommentar mit Steuerstrafrecht und Verfahrensrecht)*, Colonia: Dr. Otto Schmidt, pp. 613-713.
- SCHÜNEMANN, Bernd, 2014, “§ 266”, en Gabriele Cirener *et al.* (coordinadores), *Leipziger Kommentar StGB online*, Berlín y Boston: De Gruyter.
- TIEDEMANN, Klaus, 2008: *Wirtschaftsstrafrecht. Besonderer Teil*, tomo II (2ª edición), Colonia y Múnich: Carl Heymann.
- WACHTER, Matthias, 2019: “Pflichtverletzung und Vermögensbetreuungspflicht bei der Untreue”, *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, volumen 131.

### *Legislación citada*

- CÓDIGO Penal de la República de Chile.
- CÓDIGO Penal del Reino de España.
- CÓDIGO Penal (*Strafgesetzbuch*) de la República Federal de Alemania.
- CÓDIGO Procesal Penal de la República de Chile.
- CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile.

### *Jurisprudencia citada*

- TRIBUNAL Supremo Federal (*Bundesgerichtshof*), Alemania, sentencia de fecha 26 de julio de 1972, 2 StR 62/72.
- TRIBUNAL Constitucional Federal (*Bundesverfassungsgericht*), Alemania, sentencia de fecha 23 de junio de 2010, BVerfGE 126, 170. (Traducción al español: Béguelin, José y Dias, Leandro, 2018: “Decisión del Tribunal Constitucional Federal [BVerfG] del 23 de junio de 2010 [BVerfGE 126, 170] sobre administración fraudulenta”, *En Letra: Derecho Penal*, año IV, núm. 7).

## Problemas de determinación de la pena en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte

Guillermo Oliver Calderón\*  
Laura Mayer Lux\*\*

### RESUMEN

*El presente trabajo tiene por objeto examinar algunos problemas relativos a la determinación de la pena del delito de manejo en estado de ebriedad causando lesiones gravísimas o muerte, derivados de las reglas introducidas por la Ley N° 20.770 (comúnmente denominada “Ley Emilia”) al artículo 196 bis de la Ley N° 18.290 (también conocida como Ley de Tránsito). El texto se centra en tres cuestiones específicas: la (im)procedencia de aplicar el numeral 2° del artículo 196 bis al delito de manejo en estado de ebriedad que provoque lesiones gravísimas; la (im)procedencia de aplicar atenuantes o agravantes de eficacia extraordinaria en caso de manejo en estado de ebriedad que cause la muerte o lesiones gravísimas, y la (im)procedencia de rebajar la pena de inhabilidad perpetua para conducir vehículos por la concurrencia de atenuantes comunes en el delito de manejo en estado de ebriedad que ocasione la muerte o lesiones gravísimas.*

Atenuantes o agravantes de eficacia extraordinaria; inhabilidad perpetua para conducir; prescripción gradual

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidades de Barcelona y Pompeu Fabra, España. Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4485-1870>. Correo electrónico: [guillermo.oliver@pucv.cl](mailto:guillermo.oliver@pucv.cl).

\*\* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Bonn, Alemania. Profesora de Derecho Penal, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1968-6578>. Correo electrónico: [laura.mayer@pucv.cl](mailto:laura.mayer@pucv.cl).

Trabajo redactado en el marco del Proyecto FONDECYT Regular N° 1200744, titulado “Los delitos nucleares de la Ley de Tránsito: fundamentos y determinación de la pena”.

Los autores agradecen al ayudante del Departamento de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Sr. Joaquín Torres Oyaneder, por sus valiosas observaciones y sugerencias.

Trabajo recibido el 21.10.2021 y aceptado para su publicación el 10.3.2022.

*Problems related to the determination of the punishment in the crime of driving while intoxicated resulting in very-serious injuries or death*

ABSTRACT

*The purpose of this paper is to examine some problems related to the determination of the punishment of the crime of driving while intoxicated causing very-serious injuries or death, derived from the rules introduced by Law No. 20.770 (commonly called "Emilia Law") to article 196 bis of Law No. 18.290 (also known as the Traffic Law). The text focuses on three specific issues: the (in)applicability of numeral 2° of article 196 bis to the crime of driving while intoxicated that causes very-serious injuries; the (in)applicability of mitigating or aggravating factors of extraordinary efficacy in the event of driving while intoxicated that causes death or very serious injuries; and the (in)applicability of mitigating the punishment of perpetual inability to drive vehicles due to the concurrence of common mitigating factors in the crime of driving while intoxicated that causes death or very serious injuries.*

Mitigating or aggravating factors of extraordinary efficacy; perpetual inability to drive; gradual prescription

INTRODUCCIÓN

El 16 de septiembre de 2014 se publicó en el Diario Oficial la Ley N° 20.770 (comúnmente llamada "Ley Emilia") que, entre otras cosas, estableció en el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito reglas especiales para la determinación de la pena del delito de manejo en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o sicotrópicas (en adelante, "manejo en estado de ebriedad"), en caso de que se causare la muerte de alguna persona o las lesiones indicadas en el artículo 397 numeral 1° del Código Penal, esto es, lesiones gravísimas. Se trata de reglas especiales de determinación legal<sup>1</sup> de la pena si se las compara con la reglamentación ordinaria para conmensurar el castigo penal aplicable, que se prevé en el Párrafo 4° del Título III del Libro I del Código Penal, titulado "De la aplicación de las penas".

El presente trabajo tiene por objeto examinar tres de los posibles problemas interpretativos que pueden plantearse a partir de lo dispuesto en el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito. Si bien no se trata de los únicos problemas imaginables, ellos han sido seleccionados atendida la relevancia teórica y práctica que puede tener su estudio. En primer lugar, se analizará la (im)procedencia de aplicar el numeral 2° del artículo 196 bis de la Ley N° 18.290 al delito de manejo en estado de ebriedad que provoque lesiones gravísimas. En segundo lugar, se evaluará la (im)procedencia de aplicar atenuantes o agravantes de eficacia extraordinaria (*v. gr.*, las de los artículos 72, 73 o 103 del Código

<sup>1</sup> Que sean reglas de determinación legal de la pena se debe a que esa es la naturaleza de las reglas generales que se ven alteradas por ellas y que regulan los efectos de las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal en la fijación del marco dentro del cual el tribunal debe precisar la pena a aplicar. En este sentido, MAÑALICH, 2010, p. 45; OLIVER, 2016, p. 768. En contra, considerando que las reglas alteradas son de individualización judicial de la pena, VAN WEEZEL, 1997, pp. 469-471.

Penal) en caso de manejo en estado de ebriedad que cause la muerte o lesiones gravísimas. Finalmente, se revisará la (im)procedencia de rebajar la pena de inhabilidad perpetua para conducir por la concurrencia de atenuantes comunes en el delito de manejo en estado de ebriedad que ocasione la muerte o lesiones gravísimas.

I. (IM)PROCEDENCIA DE APLICAR EL NUMERAL 2º DEL ARTÍCULO 196 BIS DE LA LEY N° 18.290 AL DELITO DE MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD QUE PROVOQUE LESIONES GRAVÍSIMAS

De acuerdo con el encabezado del artículo 196 bis de la Ley N° 18.290:

“[p]ara determinar la pena en los casos previstos en los incisos tercero y cuarto del artículo 196, el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y, en su lugar, aplicará [entre otras, la siguiente regla]:

2.- Si, tratándose del delito previsto en el inciso tercero del artículo 196, concurren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el tribunal impondrá la pena de presidio menor en su grado máximo. Si concurren una o más agravantes y ninguna atenuante, aplicará la pena de presidio mayor en su grado mínimo”.

Por su parte, el artículo 196 inciso tercero de la Ley N° 18.290 establece:

“Si se causare alguna de las lesiones indicadas en el número 1º del artículo 397 del Código Penal o la muerte de alguna persona, se impondrán las penas de presidio menor en su grado máximo, en el primer caso, y de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo, en el segundo. En ambos casos, se aplicarán también las penas de multa de ocho a veinte unidades tributarias mensuales, de inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica y el comiso del vehículo con que se ha cometido el delito, sin perjuicio de los derechos del tercero propietario, que podrá hacer valer conforme a las reglas generales del Código Procesal Penal”.

De la lectura del último de los preceptos citados, es posible desprender que el legislador sanciona, con una pena privativa de la libertad distinta, dos situaciones que son, efectivamente, diversas desde el punto de vista de los resultados lesivos que la conducta genera para terceros. Tratándose del manejo en estado de ebriedad en virtud del cual se provoca la muerte de una persona, la pena corporal a imponer será la de presidio menor en su grado máximo a presidio mayor en su grado mínimo; en cambio, si solo se causan lesiones gravísimas mediante ese mismo comportamiento, la pena privativa de la libertad aplicable será la de presidio menor en su grado máximo. En otras palabras, el legislador ha contemplado una pena mayor para el supuesto más grave (manejo en estado de ebriedad que ocasiona la muerte) y una pena menor para el supuesto menos grave (manejo en estado de ebriedad que provoca lesiones gravísimas).

Los problemas se generan a partir de lo dispuesto en el artículo 196 bis numeral 2° de la Ley de Tránsito. Esta norma establece, en primer lugar, el efecto que es posible asignar a la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante para el caso en que se cometa manejo en estado de ebriedad que cause la muerte de alguna persona o manejo en estado de ebriedad que ocasione lesiones gravísimas.

Si se verifica el primero de dichos supuestos, la regla en comento impone aplicar la pena de presidio menor en su grado máximo<sup>2</sup>, con lo que la presencia de una o más atenuantes y ninguna agravante genera el efecto de excluir el grado máximo de la pena abstracta prevista para el manejo en estado de ebriedad que provoca la muerte, esto es, se descarta la aplicación del presidio mayor en su grado mínimo.

En cambio, si se verifica el segundo de dichos supuestos, es decir, manejo en estado de ebriedad que causa lesiones gravísimas, y concurren solo una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, el artículo 196 bis numeral 2° de la Ley N° 18.290 parece obligar al tribunal a imponer, igualmente, la pena de presidio menor en su grado máximo, que es exactamente la sanción abstracta que ya se prevé para la comisión de dicho delito; con lo que pierde toda eficacia la concurrencia de una o más atenuantes (y ninguna agravante) en un evento como el indicado.

Frente a ello, surgen a lo menos dos posibles alternativas interpretativas:

Si se considera la literalidad del artículo 196 bis numeral 2° de la Ley N° 18.290, es posible sostener que el legislador fue claro y que determinó un efecto concreto para el caso en el que concurrieren una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, a saber, imponer la pena de presidio menor en su grado máximo. En la misma línea, si el legislador no ha hecho distinciones respecto de la clase de delito a la que sería aplicable dicha regla (si solo al manejo en estado de ebriedad que provoca la muerte o también al que causa lesiones gravísimas), no corresponde que el intérprete efectúe distingos, menos aún si el tenor de la norma es así de claro. Esta alternativa asume que bastaría el elemento gramatical de interpretación de la ley penal para esclarecer el sentido y alcance del precepto legal<sup>3</sup>.

No obstante, la claridad del sentido de una disposición normativa no depende solamente de la inteligibilidad de su tenor literal, sino también de que sus discursos, frases, expresiones o términos no sean contradictorios, insuficientes o excesivos<sup>4</sup>. La alternativa recién planteada pone de manifiesto una incoherencia valorativa insalvable,

---

<sup>2</sup> Dicha regla ha sido aplicada por la jurisprudencia incluso en un caso que se consideró subsumible en el artículo 75 del Código Penal, por haberse verificado "varios delitos producto de la concurrencia de un solo hecho". Corte de Apelaciones de Copiapó, 12.1.2016, rol 373-2015, considerando 7°.

<sup>3</sup> Lo que no implica sostener que dicho método sea más relevante o que prefiera a otros (*vid.*, por ejemplo, GÓMEZ y BUSTOS, 2014, p. 178), sino que el método gramatical, en tanto primer paso de la labor interpretativa (con matices, HURTADO, 1992, pp. 334-335), sería suficiente para definir el significado del enunciado normativo respectivo.

<sup>4</sup> Así, GUZMÁN, 2007, pp. 127-130.

así como una respuesta desproporcionada desde el punto de vista del castigo aplicable. En efecto, la interpretación literal de la norma acarrea que la concurrencia de una o más atenuantes y ninguna agravante solo provoque un efecto beneficioso para el condenado en caso de que lleve a cabo un manejo en estado de ebriedad que cause la muerte, pero no en caso de que el resultado lesivo sea el de lesiones gravísimas. En ese sentido, si el legislador decidió conferir alguna clase de efecto a la presencia de una o más circunstancias atenuantes (y ninguna agravante) frente al resultado más grave (muerte) del manejo en estado de ebriedad, lógico sería entender que también asigne alguna clase de efecto a la presencia de tales circunstancias si es que se verifica un resultado de menor intensidad que aquel (lesiones gravísimas).

Al mismo tiempo, desde el punto de vista de la necesaria relación que ha de existir entre la gravedad del delito y la intensidad del castigo asociado al mismo<sup>5</sup>, es evidente que la interpretación literal en relación con el supuesto que aquí se examina tiene como consecuencia la imposición de la misma pena frente a situaciones que no revisten la misma entidad y, con ello, una vulneración del principio de proporcionalidad penal. Por eso, resulta preferible favorecer una interpretación sistemática y teleológica<sup>6</sup>, que tenga en cuenta tanto la gravedad que se atribuye al homicidio y a las lesiones, en este caso, gravísimas, al interior de la Parte Especial; como la relevancia que tienen los bienes jurídicos subyacentes a dichos comportamientos, a saber, la vida y la integridad corporal en sentido amplio o salud<sup>7</sup>, respectivamente. Como se podrá advertir, la interpretación que planteamos no implica recurrir a simples conjeturas respecto del fin de la ley<sup>8</sup>, sino que a criterios objetivables como la entidad de los comportamientos realizados y la importancia de los intereses que ellos afectan.

La afirmación de que existe una incoherencia valorativa en el numeral 2º del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito se reafirma al constatar que el numeral 3º de la misma disposición atribuye efectos beneficiosos a la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes para reducir el marco penal, previamente agravado en la forma y en los casos que indica el inciso cuarto del artículo 196 de la misma ley, pero de un modo que deja claro que el efecto reductor de la pena se aplica no solo al manejo en estado de ebriedad

---

<sup>5</sup> En esa línea, *v. gr.*, MIR, 2016, pp. 138-139. Con referencias a la idea de proporcionalidad en sentido estricto, en tanto parte integrante de la proporcionalidad en sentido amplio, véase FERNÁNDEZ, 2010, p. 52.

<sup>6</sup> El método sistemático “comprende factores como el acatamiento de la jerarquía normativa o la consistencia y coherencia de la interpretación propuesta en relación con el sistema al que pertenece el término o enunciado”, mientras que el método teleológico (o funcional) “propone atribuir al enunciado legal indeterminado un significado concordante con la finalidad que persigue la institución regulada en el enunciado”. GÓMEZ, 2008, pp. 53-54. Por su parte, sugiere una vinculación muy estrecha entre ambos métodos, SILVA, 2006, p. 395, al sostener que “[l]a llamada ‘interpretación’ teleológica constituye, en realidad, una reconstrucción racional de los enunciados jurídico-penales legales, cuya legitimación es fundamentalmente sistemática”.

<sup>7</sup> *Vid.*, por ejemplo, KINDHÄUSER, 2017, pp. 800 y ss. en relación con p. 847; POLITOFF *et al.*, 2011, pp. 21 y ss. en relación con pp. 111 y ss.

<sup>8</sup> En ese sentido, en cambio, a propósito de la interpretación teleológica, GUASTINI, 2015, pp. 27-28.

que provoca la muerte, sino también al manejo en estado de ebriedad que causa lesiones gravísimas<sup>9</sup>.

Por lo demás, la mencionada incoherencia valorativa no es consistente con el hecho de que en nuestro sistema de determinación de la pena las circunstancias atenuantes de responsabilidad penal producen efectos más intensos que las agravantes<sup>10</sup>. Tal inconsistencia se advierte al comparar los nulos efectos que el artículo 196 bis numeral 2º de la Ley de Tránsito atribuye a la concurrencia de una o más atenuantes respecto del manejo en estado de ebriedad que causa lesiones gravísimas, con los efectos que la misma disposición asigna a la concurrencia de una o más agravantes respecto de idéntica figura delictiva, como se explica *infra*.

Por las razones indicadas y sobre la base de una argumentación como la señalada, sería posible sustentar una interpretación que evite una incoherencia valorativa en los efectos que se asignan a la concurrencia de una o más atenuantes y ninguna agravante en caso de que se lleve a cabo un manejo en estado de ebriedad que ocasione lesiones gravísimas. Ello implicaría, para dicho supuesto, que el juez imponga el *mínimum* de la pena aplicable, es decir, la mitad inferior del presidio menor en su grado máximo, debiendo luego, dentro del límite resultante de la operación indicada, considerar las restantes reglas de determinación del castigo<sup>11</sup>. Ello además guardaría armonía con el efecto que el numeral 2º del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito explícitamente atribuye al caso en que concurran una o más atenuantes y ninguna agravante en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte y, también, con el efecto que el numeral 3º del mismo artículo expresamente asigna al caso en que concurran una o más atenuantes y ninguna agravante en la hipótesis calificada de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones gravísimas. En ambos supuestos, el efecto consiste en la imposición del grado mínimo de la pena, explicitando la ley, en el segundo caso, que para ello se dividirá por mitad el período de su duración, siendo la más alta de estas partes el máximo y la más baja el mínimo.

Se nos podría replicar que la interpretación que proponemos es innecesaria, porque al mismo resultado podría llegarse, simplemente, aplicando el artículo 69 del Código Penal. No obstante, tal réplica pasaría por alto que dicho artículo no solo alude a las atenuantes y agravantes concurrentes, sino también a la extensión del mal producido por el delito. La aplicación de este último criterio podría llevar a imponer, pese a la concurrencia de una o más atenuantes, una pena que se acerque más al límite máximo del marco penal que a su límite mínimo. Además, las discrepancias existentes en la

---

<sup>9</sup> La argumentación aquí planteada parte de la base de que en el artículo 196 inciso tercero de la Ley de Tránsito se consagra lo que podríamos denominar la hipótesis básica del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones gravísimas, y que en el inciso cuarto de ese mismo precepto se recoge lo que podríamos llamar la hipótesis calificada de dicho delito. A nuestro juicio, de esa forma es posible asignar algún sentido a la referencia que el artículo 196 bis numeral 3º de la Ley de Tránsito efectúa al "delito establecido en el inciso cuarto del artículo 196".

<sup>10</sup> *Vid.*, CURY, 2011, p. 765. En la misma línea, VAN WEEZEL, 1997, p. 481: "Las atenuantes pesan más que las agravantes".

<sup>11</sup> A la misma conclusión llega PINEDA, 2022, pp. 251-252.

doctrina<sup>12</sup> y en la jurisprudencia<sup>13</sup> acerca del contenido de este criterio, propio de la individualización judicial de la pena, hacen inconveniente utilizarlo en la solución del problema aquí analizado, que es de determinación legal de la sanción.

Adicionalmente, el artículo 196 bis numeral 2° de la Ley de Tránsito dispone, en segundo lugar, el efecto que cabe atribuir a la concurrencia de una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante para el caso en que se cometa manejo en estado de ebriedad que provoque la muerte de alguna persona o manejo en estado de ebriedad que cause lesiones gravísimas. En dicho supuesto, se produce un efecto similar e incluso más grave que el ya examinado.

Así, en el evento de que se verifique el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte, y concurren una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, el artículo 196 bis numeral 2° de la Ley N° 18.290 obliga al tribunal a imponer la pena de presidio mayor en su grado mínimo, que corresponde al grado superior de la sanción abstracta que ya se prevé para la comisión de dicho delito.

Por el contrario, en caso de que se lleve a cabo un manejo en estado de ebriedad que provoque lesiones gravísimas, y se verifiquen una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante, el artículo 196 bis numeral 2° de la Ley N° 18.290 parece obligar al tribunal a imponer, igualmente, la pena de presidio mayor en su grado mínimo, con lo que se genera el efecto, no de imponer el grado superior, sino de aumentar en un grado la pena prevista, es decir, se la exaspera y se pasa de una sanción de presidio menor en su grado máximo a una de presidio mayor en su grado mínimo. Ese aumento de pena, que se sale del límite máximo contemplado para dicho delito, ni siquiera se prevé para el manejo en estado de ebriedad que causa la muerte, esto es, para el resultado más gravoso, siendo nuevamente necesario corregir interpretativamente la disposición en comento.

En ese sentido, y sobre la base de las consideraciones sistemáticas y teleológicas expuestas *supra* —y no desde una aproximación meramente gramatical al artículo 196 bis de la Ley de Tránsito—, cabría concluir que no debe imponerse lo que parece desprenderse literalmente de la segunda parte del numeral 2° del artículo 196 bis de la Ley N° 18.290, sino que el *máximo* de la pena prevista para el manejo en estado de ebriedad que provoca lesiones gravísimas, esto es, la mitad superior de la sanción que para él se contempla. Ello sería consistente con el efecto que el numeral 2° del citado artículo 196 bis atribuye al caso en que concurren una o más agravantes y ninguna atenuante en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte y, también, con el efecto que el numeral 3° del mismo artículo asigna al caso en que concurren una o más agravantes y ninguna atenuante en la hipótesis calificada de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones gravísimas; en ambos casos, el efecto consiste en la imposición del grado máximo de la pena.

La tesis que aquí se formula no implica vulnerar la legalidad, porque se la presenta como un planteamiento de *lege lata*, es decir, como propuesta de interpretación de la ley.

<sup>12</sup> Por todos, puede verse RODRÍGUEZ, 2013, pp. 921-962.

<sup>13</sup> Véase MORALES, s.d., en prensa.

En cualquier caso, incluso si se sostuviera que infringe la legalidad, debe tenerse presente que aquí se asume que ella debe ser entendida como garantía y límite al ejercicio de la potestad punitiva del Estado<sup>14</sup>. Esto último es relevante, porque tanto si concurren una o más agravantes (y ninguna atenuante) como sí lo hacen una o más atenuantes (y ninguna agravante), se favorecería al imputado, introduciendo los dos correctivos antes referidos.

## II. (IM)PROCEDENCIA DE APLICAR ATENUANTES O AGRAVANTES DE EFICACIA EXTRAORDINARIA EN CASO DE MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD QUE CAUSE LA MUERTE O LESIONES GRAVÍSIMAS

De acuerdo con lo señalado *supra*, el encabezado del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito establece que, con el fin de determinar la pena aplicable al manejo en estado de ebriedad que provoca la muerte, o bien, lesiones gravísimas a otra persona, el tribunal respectivo no tomará en cuenta lo que disponen los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal.

Recordemos que estos últimos preceptos establecen reglas generales respecto de ponderación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal, ya sea atenuantes o agravantes. Y que el hecho de excluir su aplicación –posibilidad que en el último tiempo también se ha extendido a otros grupos de delitos<sup>15</sup>– implica la consagración de un “marco rígido”<sup>16</sup> para la determinación de la pena a imponer, lo que se traduce en impedir rebajas o aumentos de grados.

Ahora bien, no son esas las únicas reglas que prevé el Código Penal chileno respecto de la ponderación de circunstancias modificatorias, lo que plantea la pregunta de si resultan o no aplicables las reglas contempladas en dicho cuerpo legal (distintas de las que consagran los artículos 67, 68 y 68 bis) a los supuestos de manejo en estado de ebriedad que causen la muerte o lesiones gravísimas. En particular, lo que se busca esclarecer es la eventual aplicabilidad de algunas circunstancias atenuantes o agravantes de eficacia extraordinaria, como la regulada en el artículo 72 (que consagra la agravante de comisión

---

<sup>14</sup> En ese sentido, por ejemplo, ARROYO, 1983, p. 18: “El principio de legalidad aparece y se desarrolla como una garantía del ciudadano y de sus derechos fundamentales, frente a la privación o restricción de sus derechos por el Estado. Es decir, se trata de una garantía frente a la imposición estatal de condiciones desfavorables y no frente a condiciones favorables”. En términos similares, con referencia al principio de retroactividad de las normas penales favorables, HUERTA, 1993, p. 97.

<sup>15</sup> *Vid.*, a propósito de su aplicación a los delitos de robo, hurto y receptación (artículo 449 del Código Penal), así como destacando su establecimiento para determinados delitos de la Ley de Tránsito (artículo 196 bis) y de la Ley sobre Control de Armas (artículo 17 B), ESCOBAR, 2018, p. 382, n. 2. A ellos es posible añadir ciertos ilícitos vinculados con la colusión (artículo 62 del Decreto Ley N° 211). *Vid.*, también, OLIVER, 2021, p. 135.

<sup>16</sup> Dicha expresión no solo se reconoce a nivel doctrinal (así, *v. gr.*, VILLEGAS, 2019, p. 40), sino que también se ha planteado jurisprudencialmente. *Vid.*, por ejemplo, Corte de Apelaciones de Santiago, 28.10.2016, rol 2890-2016, disponible en *Revista de Ciencias Penales*, 2017, pp. 328-336. En la misma línea, Tribunal Constitucional, 20.5.2020, rol 8232-2020, considerando 39°.

de delitos con la intervención de menores de edad<sup>17</sup>), la establecida en el artículo 73 (que contempla la denominada eximente incompleta privilegiada<sup>18</sup>) o la prevista en el artículo 103 (regla que también se conoce como prescripción gradual<sup>19</sup>), todos del Código Penal.

En relación con esta materia, debe tenerse presente que las diversas regulaciones que han consagrado, con posterioridad a la Ley N° 20.770, “marcos rígidos” para el establecimiento de la pena, no se caracterizan precisamente por su homogeneidad. En otras palabras, a pesar de que todas ellas restringen el margen de libertad que tiene el juez y excluyen la aplicación de las reglas generales acerca de ponderación de circunstancias modificatorias, lo hacen en cada caso con ciertas particularidades, que impiden hablar de un solo sistema rígido de imposición del castigo aplicable.

Lo que acabamos de señalar obstaculiza la posibilidad de realizar en forma segura, a partir de lo dispuesto en las otras regulaciones que establecen “marcos rígidos”, argumentaciones *a contrario sensu* en la identificación de las reglas de determinación de la pena que deben considerarse excluidas del delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de muerte o lesiones gravísimas. Por ejemplo, el artículo 17 B inciso segundo de la Ley sobre Control de Armas indica que “el tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor a la señalada por la ley al delito, salvo lo dispuesto en los artículos 51 a 54 [...] del Código Penal”. Algo similar establece el artículo 62 del Decreto Ley N° 211, al indicar respecto del delito de colusión, que “[e]l tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley, salvo que procedan las circunstancias establecidas en los artículos 51 a 54 del Código Penal”. El artículo 196 bis de la Ley de Tránsito no hace referencia alguna a los artículos 51 a 54 del Código Penal, pese a ello, no sería aceptable argumentar, *a contrario sensu*, que no son procedentes en esta materia las rebajas de pena allí previstas para las etapas de desarrollo del delito anteriores a la consumación y para las formas de intervención delictiva distintas de la autoría, entre otras razones, porque tales rebajas no están contenidas en las únicas disposiciones que el citado artículo 196 bis impide aplicar, a saber, los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal<sup>20</sup>.

Como se ha visto más arriba, el encabezado del artículo 196 bis ordena al tribunal no tomar en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal y aplicar, “en su lugar”, las cinco reglas que a continuación enuncia. Eso significa que el ámbito de aplicación de estas normas es el mismo que el de los artículos excluidos, esto es, el de la presencia de una o más circunstancias modificatorias de responsabilidad penal comunes o de efecto ordinario. En otras palabras, cuando concurren una o más de estas circunstancias modificatorias, sus efectos serán determinados por las reglas del artículo 196 bis. Ello permite afirmar que las circunstancias atenuantes o agravantes de eficacia extraordinaria, en general, son aplicables a los delitos de manejo en estado de ebriedad

<sup>17</sup> Respecto del sentido y alcance de dicha agravante, véase PINTO, 2020, pp. 478 y ss.

<sup>18</sup> *Vid.*, sobre ella, MATUS y VAN WEEZEL, 2016, pp. 381-382.

<sup>19</sup> En relación con su fundamento y requisitos, puede consultarse GUZMÁN, 2016, pp. 483-484.

<sup>20</sup> Un razonamiento análogo puede verse en PINEDA, 2022, pp. 253-254.

con resultado de muerte o lesiones gravísimas. Por ejemplo, con independencia de lo difícil que es imaginar su presencia en estos delitos<sup>21</sup>, sería teóricamente aplicable la agravante del artículo 72 del Código Penal. No lo impide el hecho de que la regla del numeral 5° del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito declare, en su primera parte, que “[e]l tribunal no podrá imponer una pena que sea mayor o menor al marco fijado por la ley”, porque como ya lo señalamos, tal regla es aplicable a las atenuantes y agravantes comunes, no a las de eficacia extraordinaria.

Por la misma razón, es también aplicable la atenuante privilegiada de eximente incompleta, del artículo 73 del Código Penal. Las circunstancias de que, por un lado, tal atenuante se regule por una disposición distinta de las expresamente excluidas en el encabezado del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito y que, por otro, su eficacia sea extraordinaria, así lo corroboran. Esta conclusión no se ve alterada por el hecho de que, en su segunda parte, la citada regla del numeral 5° del artículo 196 bis declare que, “[c]on todo, podrá imponerse la pena inferior en un grado si, tratándose de la eximente del número 11 del artículo 10 del Código Penal, concurriere la mayor parte de sus requisitos, pero el hecho no pudiese entenderse exento de pena”. En efecto, a pesar de la evidente similitud del fraseo con el primer inciso del artículo 73 del Código Penal, tal semejanza no puede entenderse como una prohibición de aplicar este último artículo, porque no ha sido expresamente excluido. Ello permite negar que la única atenuación posible sea la que surge de una verificación incompleta de los requisitos del referido artículo 10 numeral 11°. Lo previsto en la segunda parte de la citada regla del numeral 5° del artículo 196 bis bien puede ser comprendido como un caso especial de atenuante muy calificada<sup>22</sup>, que la ley ha querido dejar subsistente, en lugar del excluido artículo 68 bis del Código Penal<sup>23</sup>, que también permite rebajar la pena en un grado. En consecuencia, por ejemplo, si una persona, conduciendo un automóvil en estado de ebriedad, en reacción defensiva, embistiera con el vehículo a un agresor ilegítimo y le causara lesiones gravísimas o la muerte, sin que concurren todos los requisitos de la legítima defensa, pero sí el mayor número de ellos, se le podría aplicar la atenuante privilegiada del artículo 73 en relación con el artículo 10 numeral 4° del Código Penal<sup>24</sup>. Otro tanto

---

<sup>21</sup> Especialmente si se adhiere al planteamiento que, para aplicar dicha agravante, exige que se utilice a un menor de edad para la perpetración del delito y que se lo haga en razón de su edad. Así, PINTO, 2020, pp. 488-489.

<sup>22</sup> *Vid.*, ETCHEBERRY, 2010b, p. 184, quien acepta la posibilidad de que, para los efectos del artículo 68 bis del Código Penal, puedan ser consideradas muy calificadas “las circunstancias atenuantes que derivan de las eximentes incompletas”.

<sup>23</sup> De otra opinión, Tribunal Constitucional, 4.7.2017, rol 2897-2015, considerando 42°. Según dicha sentencia, una de las ideas centrales que subyace a las reglas del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito es que “nunca se podrá imponer una pena inferior al marco penal (por muchas circunstancias atenuantes, incluso privilegiadas, que concurren, tales como irreprochable conducta anterior, locura o demencia incompleta por alcoholismo o drogadicción, haber colaborado sustancialmente con el esclarecimiento de los hechos o procurado con celo reparar el mal causado, etcétera), salvo el caso que la atenuante privilegiada de eximente incompleta sea el estado de necesidad exculpante”.

<sup>24</sup> De otra opinión, PINEDA, 2022, pp. 254-256.

sucedería si el delito se cometiera por una persona que se encuentre en una situación de imputabilidad disminuida<sup>25</sup>. Estos ejemplos demuestran que existen casos que son distintos de la eximente incompleta de estado de necesidad exculpante y cuya debida consideración, desde el punto de vista del castigo penal, resulta pertinente.

Con todo, una interpretación armónica de este asunto debería llevar a plantear que la medida de la rebaja de pena aplicable en casos como los examinados es la que se contiene en el artículo 196 bis numeral 5° de la Ley de Tránsito, es decir, la disminución en solo un grado de la penalidad abstracta. Ello debería ser así, para evitar la aparente incoherencia que se produciría si, en casos de eximente incompleta no expresamente regulados en dicho artículo, se efectuara una rebaja de pena mayor que la prevista en el supuesto allí descrito. Por tanto, en caso de que se aplicara el artículo 73 del Código Penal en relación con eximentes de la responsabilidad penal distintas de la del artículo 10 numeral 11° del mismo cuerpo legal, el juez, en principio, no podría rebajar la pena más que en un grado, salvo que tuviera poderosísimas razones para efectuar un descuento mayor del castigo a imponer.

En lo que respecta a la posibilidad de aplicar la rebaja de pena regulada en el artículo 103 del Código Penal, *a priori*, podría pensarse que ello no es procedente, atendido lo que ese mismo precepto dispone. Efectivamente, el artículo 103 ordena “considerar el hecho como revestido de dos o más circunstancias atenuantes muy calificadas y de ninguna agravante y aplicar las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 sea en la imposición de la pena, sea para disminuir la ya impuesta”. Es decir, dicho artículo establecería una forma de disminuir el castigo que no permitiría rebajar en uno o más grados, por media prescripción, las penas privativas de libertad asignadas al manejo en estado de ebriedad que causa lesiones gravísimas o la muerte, porque las reglas de los artículos 67 y 68, que serían las aplicables, no podrían ser tomadas en consideración por el tribunal, al impedirlo el encabezado del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito, que por lo demás entró en vigencia con posterioridad al artículo 103 del Código Penal.

Tal interpretación resulta problemática al menos por dos motivos. En primer lugar, porque implicaría que, a diferencia de la pena privativa de la libertad, la de inhabilitación perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica sí podría ser disminuida en las hipótesis de prescripción gradual, por las razones que señalaremos en la siguiente sección, diferencia que cuesta imaginar que corresponda a la voluntad del legislador. En segundo lugar, porque supondría que se excluye la aplicación de la media prescripción para el manejo en estado de ebriedad que provoca lesiones gravísimas o la muerte, pero no así para casos de mayor gravedad, como podría ser la comisión de un homicidio simple doloso. Para evitar semejante consecuencia, resulta preferible favorecer una interpretación

---

<sup>25</sup> Ello sería así siempre que se acepte que, cualquiera sea el delito de que se trate, el artículo 73 del Código Penal es aplicable a las hipótesis de imputabilidad disminuida, cuestión debatida entre nosotros. Se decanta, convincentemente, por la tesis afirmativa, BESIO, 2021, pp. 179-209.

distinta del artículo 103 del Código Penal, que asuma que su descripción debe colmarse con el contenido de los artículos 65, 66, 67 y 68 del mismo cuerpo legal<sup>26</sup>.

En ese orden de ideas, nos encontraríamos ante un supuesto de remisión normativa, esto es, frente a un caso en que “un texto legal (la llamada *norma de remisión*) se refiere a otras(s) disposición(es) (el denominado *objeto de la remisión*) de forma tal que esta(s) última(s) debe(n) considerarse parte integrante [de] la normativa que incluye la norma de remisión”<sup>27</sup>. Esa particular manera de redactar los preceptos, que se sustenta en “motivos de economía legislativa, para evitar repeticiones inútiles”<sup>28</sup>, tiene como efecto que *la norma de remisión incorpora el objeto de remisión a la normativa propia*<sup>29</sup>.

Gracias a ello sería posible afirmar que el contenido de las reglas de los artículos 65, 66, 67 y 68 del Código Penal, cuya aplicación es necesaria para que opere lo dispuesto en el artículo 103 de ese mismo cuerpo legal, en realidad forma parte de este último precepto. Tal manera de interpretar el texto del artículo 103 del Código Penal permite que la exclusión que el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito efectúa en relación con los artículos 67 y 68 del Código Penal no afecte las posibilidades de aplicar la prescripción gradual a los casos de manejo en estado de ebriedad que provocan lesiones gravísimas o la muerte, justamente, porque ella no importa aplicar directamente los artículos 67 y 68, sino que el contenido de las reglas que ellos prevén y que integran lo dispuesto en el artículo 103 del referido Código.

Este planteamiento se ve reforzado porque, al menos desde un punto de vista formal, el legislador chileno optó por no excluir explícitamente la aplicación del artículo 103 del Código Penal a la hora de consagrar las reglas de determinación de la pena para el manejo en estado de ebriedad causando lesiones gravísimas o la muerte, contenidas en el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito<sup>30</sup>.

---

<sup>26</sup> Por su parte, sostiene que la prescripción gradual se encuentra más emparentada con la prescripción que con las circunstancias modificatorias de responsabilidad penal, siendo entonces aplicable en todos los casos de “marcos rígidos” existentes en la legislación chilena, PARRA, 2019, pp. 278-279. En ese sentido, dicho autor llega a la misma conclusión que aquí se sostiene, pero mediante una argumentación diversa de la que se desarrolla en el presente trabajo.

<sup>27</sup> SALVADOR, 1984, p. 979 (cursivas en el original).

<sup>28</sup> Así, con referencia a las denominadas “remisiones internas”, OSSANDÓN, 2009, p. 175.

<sup>29</sup> SALVADOR, 1984, p. 979 (cursivas en el original).

<sup>30</sup> Asimismo, PARRA, 2019, pp. 278-279. Por su parte, PINEDA, 2022, pp. 256-258, plantea que sí puede aplicarse lo dispuesto en el artículo 103, pero argumentando a partir de la naturaleza jurídica de la prescripción gradual.

### III. (IM)PROCEDENCIA DE REBAJAR LA PENA DE INHABILIDAD PERPETUA PARA CONDUCIR POR LA CONCURRENCIA DE ATENUANTES COMUNES EN EL DELITO DE MANEJO EN ESTADO DE EBRIEDAD QUE OCASIONE LA MUERTE O LESIONES GRAVÍSIMAS

De acuerdo con lo indicado *supra*, el manejo en estado de ebriedad que acarrea la muerte o lesiones gravísimas de otra persona se encuentra conminado con una pena corporal, con una multa, con el comiso del vehículo con el que se cometió el delito, así como con una inhabilidad perpetua para conducir vehículos de tracción mecánica. Precisamente en relación con este último castigo, surge la duda respecto de si a él resulta aplicable la regla que impide rebajar la pena a imponer, contenida en el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito. Dicho en otras palabras, ¿el “marco rígido” que se consagra en dicho precepto alcanza o no a la pena de inhabilidad perpetua para conducir?

Para dar respuesta a dicha interrogante, es posible recurrir al elemento gramatical de interpretación de la ley penal. Según lo ya señalado, el encabezado del artículo 196 bis de la Ley de Tránsito dispone que, para efectos de determinar la pena a imponer, tratándose del manejo en estado de ebriedad que provoca la muerte o lesiones gravísimas, “el tribunal no tomará en consideración lo dispuesto en los artículos 67, 68 y 68 bis del Código Penal”. Como se puede advertir, el artículo 196 bis de la Ley de Tránsito no hace referencia alguna al artículo 65 del Código Penal, razón por lo que no advertimos razones que apunten a excluir la rebaja de pena allí prevista para el caso de que concurra una pena indivisible.

Es oportuno recordar que el referido artículo 65 dispone que “[c]uando la ley señala una sola pena indivisible, la aplicará el tribunal sin consideración a las circunstancias agravantes que concurran en el hecho. Pero si hay dos o más circunstancias atenuantes y no concurre ninguna agravante, podrá aplicar la pena inmediatamente inferior en uno o dos grados”.

Por su parte, la inhabilitación perpetua para conducir vehículos motorizados constituye una pena indivisible, ya que, atendida su naturaleza, ella no es fraccionable temporalmente<sup>31</sup>. Además, tal inhabilitación perpetua constituye una pena principal respecto de las demás que, copulativamente, se establecen en el artículo 196, por la sencilla razón de que ella no puede ser calificada de pena accesoria. Efectivamente, penas accesorias son las que requieren de una pena principal a la que deben ir agregadas o que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras las lleven consigo<sup>32</sup>. En el fondo, se trata de sanciones que no pueden aplicarse independientemente, sino que van unidas a otra denominada “principal”<sup>33</sup>. Como no es ese el caso de la inhabilitación perpetua

<sup>31</sup> *Vid.*, GARRIDO, 2018, pp. 268-269; ORTIZ y ARÉVALO, 2017, p. 112.

<sup>32</sup> NOVOA, 2019, p. 284, proponiendo una definición basada parcialmente en lo que dispone el artículo 22 del Código Penal. Por su parte, dicho precepto establece: “Son penas accesorias las de suspensión e inhabilitación para cargos y oficios públicos, derechos políticos y profesiones titulares en los casos en que, no imponiéndolas especialmente la ley, ordena que otras penas las lleven consigo”.

<sup>33</sup> *Vid.*, Corte de Apelaciones de La Serena, 22.2.2017, rol 10-2017.

para conducir vehículos, es posible concluir que ella constituye una pena principal, en el sentido ya indicado.

Siendo entonces la pena de inhabilitación perpetua para conducir tanto indivisible como principal, ella integra el ámbito de aplicación –relativamente limitado– del artículo 65 del Código Penal<sup>34</sup>, norma que, como se dijo, sí debe ser considerada en el proceso de determinación de la pena del manejo en estado de ebriedad que cause la muerte o lesiones gravísimas.

Refuerza lo anterior la circunstancia de que la pena en comento se encuentra establecida tanto para el manejo en estado de ebriedad que provoca la muerte como para el manejo en estado de ebriedad que ocasiona lesiones gravísimas a otra persona. Ya que dichos resultados son diversos desde el punto de vista de los bienes jurídicos involucrados y de la intensidad de su afectación, se hace todavía más necesario identificar fundamentos orientados a imponer castigos proporcionales frente a su verificación. Y ello podría conseguirse si, por ejemplo, se rebaja la pena de inhabilitación perpetua para conducir en caso de que el manejo en estado de ebriedad provoque lesiones gravísimas y no la muerte de otro. O bien, *v. gr.*, este último resultado, pero concurriendo varias circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal.

Ahora bien, una cuestión que no se encuentra resuelta en la ley y que se debe esclarecer por la vía interpretativa es la relativa a la manera en la que puede rebajarse la pena de inhabilitación perpetua para conducir vehículos motorizados. Tal problemática surge, pues, no obstante que la pena aludida se encuentra mencionada en el artículo 21 del Código Penal, no ocurre lo mismo con las escalas contempladas en el artículo 59 del mismo cuerpo legal, planteándose entonces la duda en torno a qué reglas aplicar en el caso que examinamos.

Una primera alternativa ha sido defendida, entre nosotros, por Matus y van Weezel, autores a juicio de quienes “la proliferación de penas especiales no comprendidas en las escalas” unida a la “falta de reglas especiales como las dispuestas para las penas divisibles no contempladas en el art. 56 (la multa, la caución, la sujeción a la vigilancia de la autoridad)”, permite concluir que la rebaja podrá hacerse “a la pena de multa correspondiente”<sup>35</sup>. Según dichos autores, ello importaría una aplicación analógica a favor del imputado<sup>36</sup> de las reglas establecidas para las penas que sí se comprenden en

<sup>34</sup> En ese sentido, desde un punto de vista general, COUSO, 2011, p. 586.

<sup>35</sup> MATUS Y VAN WEEZEL, 2016, p. 340.

<sup>36</sup> Si bien la analogía *in malam partem* es valorada por toda la doctrina como un caso de infracción del principio de legalidad, tratándose de la analogía *in bonam partem*, tiende a imponerse la corriente favorable a su admisión. Así, por ejemplo, a juicio de GARRIDO, 2018, p. 36, no existe prohibición para emplear la analogía a favor del acusado, “porque no se afectan sus derechos ni sus garantías”. En contra, ETCHEBERRY, 2010a, p. 114, quien sostiene que toda analogía (tanto desfavorable como favorable) “es incompatible con la naturaleza misma de la ley penal, al menos en un sistema fundamentado en el principio de la reserva”. Dentro de la jurisprudencia chilena, son muchos los fallos que, en diversos contextos, han aceptado la analogía *in bonam partem*. *Vid.*, solo a modo ejemplar, Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 2.12.2019, rol 552-2019; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 20.3.2017, rol 228-2017.

las escalas<sup>37</sup>. En todo caso, es oportuno destacar que Matus y van Weezel no efectúan dicho razonamiento teniendo a la vista específicamente la pena de inhabilitación perpetua para conducir vehículos motorizados, razón por la que no podemos afirmar con certeza si es que llegarían a idéntica conclusión en caso de que fuera aquella la pena cuya determinación se estuviese discutiendo.

Una segunda posibilidad para efectuar la rebaja de pena, que aquí se sostiene, pasa por aplicar analógicamente –también en beneficio del acusado– las escalas graduales del artículo 59 del Código Penal, en concreto, la prevista en el numeral 4° o 5° de dicho precepto<sup>38</sup>. De acuerdo con esa posibilidad, que ha encontrado reconocimiento en nuestra jurisprudencia<sup>39</sup>, el juez podría partir de la inhabilitación absoluta perpetua (o de la inhabilitación especial perpetua), en este caso, para conducir vehículos e ir descendiendo a la inhabilitación absoluta temporal en su grado máximo (o a la inhabilitación especial temporal en su grado máximo), y así sucesivamente, hasta llegar al supuesto de inhabilitación (absoluta o especial) temporal en su grado medio.

A nuestro juicio, si bien esta última alternativa implica, efectivamente, emplear escalas de penas distintas a la de inhabilitación absoluta perpetua para conducir vehículos motorizados, las escalas contempladas en el numeral 4° o 5° del artículo 59 del Código Penal aluden a las penas que más se parecen a la de inhabilitación absoluta perpetua para conducir, circunstancia que puede hablar a favor de su consideración. Por otra parte, tales escalas tienen la virtud de contemplar un listado de penas que va descendiendo gradualmente en intensidad, cuestión que constituye una ventaja político-criminal frente al salto abrupto que se produciría si es que se pasa, directamente, de la inhabilitación absoluta perpetua para conducir vehículos motorizados a la pena de multa.

#### IV. CONCLUSIONES

El artículo 196 bis de la Ley de Tránsito establece reglas especiales de determinación legal de la pena para el delito de manejo en estado de ebriedad, en caso de que se provoque la muerte de otra persona, o bien, lesiones gravísimas. En relación con los tres problemas que plantean dichas reglas y que fueron objeto del presente artículo, se puede concluir lo siguiente:

En cuanto al problema relativo a la (im)procedencia de aplicar el numeral 2° del artículo 196 bis al delito de manejo en estado de ebriedad causando lesiones gravísimas, es posible sustentar una interpretación que se aleje de lo que la literalidad de dicho

---

<sup>37</sup> MATUS y VAN WEEZEL, 2016, p. 340. *Vid.*, también, OLIVER, 2016, pp. 781-782 con referencias ulteriores.

<sup>38</sup> Con matices, PINEDA, 2022, p. 267, en el sentido de proponer, a partir de la normativa legal aplicable, una escala nueva, que comienza en la inhabilitación perpetua; sigue con la suspensión hasta por cinco años, 36 meses o 2 años, respectivamente, de la licencia de conducir; hasta llegar a la pena de multa.

<sup>39</sup> Corte de Apelaciones de La Serena, 22.2.2017, rol 10-2017; Corte de Apelaciones de La Serena, 8.1.2016, rol 618-2015.

numeral dispondría para los efectos que se asignan a la concurrencia de una o más circunstancias atenuantes y ninguna agravante, o bien, de una o más circunstancias agravantes y ninguna atenuante. Tal interpretación conduce a que el juez aplique el *mínimum* o el *máximum* de la pena, respectivamente, debiendo luego, dentro del límite resultante de dicha operación, considerar las restantes reglas de determinación del castigo.

Tratándose del problema relativo a la (im)procedencia de aplicar atenuantes o agravantes de eficacia extraordinaria en caso de manejo en estado de ebriedad que cause la muerte o lesiones gravísimas, hemos concluido que ellas sí son aplicables a aquel supuesto, ya que las disposiciones que establecen dichas circunstancias no han sido excluidas por el artículo 196 bis, cuyo ámbito de aplicación es el de las circunstancias modificatorias de eficacia ordinaria.

Finalmente, respecto de la (im)procedencia de rebajar la pena de inhabilidad perpetua para conducir vehículos por la concurrencia de atenuantes comunes en el delito de manejo en estado de ebriedad que provoque la muerte o lesiones gravísimas, es posible sustentar una rebaja de dicho castigo mediante una aplicación analógica, en beneficio del acusado, de las escalas graduales del artículo 59 del Código Penal, en concreto, las contempladas en el numeral 4° o 5° de dicho precepto.

#### BIBLIOGRAFÍA

- ARROYO, Luis, 1983: "Principio de legalidad y reserva de ley en materia penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 3, N° 8, pp. 9-46.
- BESIO, Martín, 2021: "Eximentes incompletas y art. 73 del Código Penal. El caso de la atenuante de imputabilidad parcial", en Jaime COUSO, Héctor HERNÁNDEZ y Fernando LONDOÑO (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 179-209.
- COUSO, Jaime, 2011: "Artículo 65", en Jaime COUSO y Héctor HERNÁNDEZ (directores), *Código Penal Comentado, Parte General, Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 585-593.
- CURY, Enrique, 2011: *Derecho Penal, Parte General* (10ª edición), Santiago de Chile, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- ESCOBAR, Javier, 2018: "¿Permite el artículo 449 del Código Penal compensar racionalmente la agravante de reincidencia con una circunstancia atenuante? (Sentencias Rit N° 221-2017 y 419-2017 del 3er Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXXI, N° 1, pp. 375-386.
- ETCHEBERRY, Alfredo, 2010a: *Derecho Penal, Parte General* (reimpresión de la 3ª edición), Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ETCHEBERRY, Alfredo, 2010b: *Derecho Penal, Parte General* (reimpresión de la 3ª edición), Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- FERNÁNDEZ, José Ángel, 2010: "El juicio constitucional de proporcionalidad de las leyes penales: ¿la legitimación democrática como medio para mitigar su inherente irracionalidad?", *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año 17, N° 1, pp. 51-99.
- GARRIDO, Mario, 2018: *Derecho Penal, Parte General* (reimpresión de la 2ª edición), Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

- GÓMEZ, Javier, 2008: "La interpretación de la ley penal como actividad dogmática", *Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales (ICADE)*, N° 74, pp. 37-60.
- GÓMEZ, Pilar y BUSTOS, Miguel, 2014: "Principio de legalidad y criterio gramatical como límite a la interpretación de la norma penal", *Revista Penal México*, N° 6, pp. 169-190.
- GUASTINI, Riccardo, 2015: "Interpretación y construcción jurídica", *Revista de Teoría y Filosofía del Derecho (Isonomía)*, N° 43, pp. 11-48.
- GUZMÁN, Alejandro, 2007: *Las reglas del Código Civil de Chile sobre interpretación de las leyes*, Santiago de Chile, Lexis Nexis.
- GUZMÁN, José Luis, 2016: "Título V: De la extinción de la responsabilidad penal", en Sergio Politoff y Luis Ortiz (directores), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (reimpresión de la 1ª edición), Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 433-487.
- HUERTA, Susana, 1993: "El derecho fundamental a la legalidad penal", *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, N° 39, pp. 81-113.
- HURTADO, José, 1992: "A propósito de la interpretación de la ley penal", *Nuevo Foro Penal*, N° 57, pp. 327-348.
- KINDHÄUSER, Urs, 2017: *Strafgesetzbuch, Lehr- und Praxiskommentar* (7ª edición), Baden-Baden, Nomos.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2010: "¿Discrecionalidad judicial en la determinación de la pena en caso de concurrencia de circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal?", *Informes en Derecho. Doctrina Procesal Penal 2009*, N° 7, pp. 41-67.
- MATUS, Jean Pierre y VAN WEEZEL, Alex, 2016: "§ 4. De la aplicación de las penas", en Sergio Politoff y Luis Ortiz (directores), *Texto y comentario del Código Penal chileno* (reimpresión de la 1ª edición), Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 323-382.
- MIR, Santiago, 2016: *Derecho Penal, Parte General* (10ª edición), Barcelona, Reppertor.
- MORALES, Leticia, s.d.: "Análisis jurisprudencial sobre la aplicación de la cláusula 'mayor o menor extensión del mal producido por el delito' contenida en el artículo 69 del Código Penal", en Guillermo Oliver (director), *Problemas actuales de determinación de la pena en el derecho penal chileno*, Valencia, Tirant lo blanch, en prensa.
- NOVOA, Eduardo, 2019: *Curso de Derecho Penal Chileno, Parte General* (reimpresión de la 3ª edición), Tomo II, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- OLIVER, Guillermo, 2021: "Algunos problemas del nuevo sistema de determinación de pena de los delitos de hurto y robo", en Jaime Couso, Héctor Hernández y Fernando Londoño (editores), *Justicia criminal y dogmática penal en la era de los derechos humanos. Estudios en homenaje a Jorge Mera Figueroa*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 133-153.
- OLIVER, Guillermo, 2016: "Algunos problemas de aplicación de reglas de determinación legal de la pena en el Código Penal chileno", *Política Criminal*, volumen 11, N° 22, pp. 766-793.
- ORTIZ, Luis y ARÉVALO, Javier, 2017: *Las consecuencias jurídicas del delito* (reimpresión de la 1ª edición), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- OSSANDÓN, María Magdalena, 2009: *La formulación de tipos penales*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- PARRA, Francisco, 2019: "Los efectos de la media prescripción penal", *Revista de Derecho de la Universidad de Concepción*, volumen 87, N° 246, pp. 247-285.
- PINEDA, Pablo, 2022: "Algunos problemas de determinación de la pena en la Ley de Tránsito (Ley N° 18.290) a raíz de las modificaciones introducidas por la 'Ley Emilia' (Ley N° 20.770)", en Guillermo Oliver (director), *Problemas actuales de determinación de la pena en el derecho penal chileno*, Valencia, Tirant lo blanch, pp. 227-281.

- PINTO, Andrea, 2020: "Prevalimiento de menores", en Manuel González (coordinador), *Circunstancias atenuantes y agravantes en el Código Penal Chileno*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago, pp. 477-490.
- POLITOFF, Sergio; MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2011: *Lecciones de Derecho Penal Chileno, Parte Especial* (reimpresión de la 2ª edición), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ, Luis, 2013: "La noción de mal producido por el delito en el ámbito de la criminalidad sexual", en Alex van Weezel (editor), *Humanizar y renovar el derecho penal. Estudios en memoria de Enrique Cury*, Santiago de Chile, Legal Publishing-Thomson Reuters, pp. 921-962.
- SALVADOR, Pablo, 1984: "La Disposición Final Tercera de la Compilación catalana y la técnica legislativa de las remisiones estáticas", *Anuario de Derecho Civil*, volumen 37, Nº 4, pp. 975-1006.
- SILVA, Jesús, 2006: "Sobre la 'interpretación' teleológica en Derecho Penal", en Miguel Díaz y Juan García (coordinadores), *Estudios de filosofía del Derecho penal*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 365-395.
- VAN WEEZEL, Alex, 1997: "Compensación racional de atenuantes y agravantes en la medición judicial de la pena", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 24, Nº 3, pp. 459-502.
- VILLEGAS, Myrna, 2019: "La Ley Nº 17.798, sobre control de armas. Problemas de aplicación tras la reforma de la Ley Nº 20.813", *Política Criminal*, volumen 14, Nº 28, pp. 1-53.

### *Normas jurídicas citadas*

- CÓDIGO Penal chileno, publicado con fecha 12 de noviembre de 1874.
- DECRETO con Fuerza de Ley Nº 1, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Decreto Ley Nº 211, de 1973, publicado con fecha 7 de marzo de 2005.
- LEY Nº 18.290, Ley de Tránsito, publicada con fecha 7 de febrero de 1984.
- LEY Nº 17.798, sobre Control de Armas, publicada con fecha 13 de abril de 1978.

### *Jurisprudencia citada*

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 4 de julio de 2017, rol 2897-2015.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 20 de mayo de 2020, rol 8232-2020.
- CORTE de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia de 2 de diciembre de 2019, rol 552-2019.
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 20 de marzo de 2017, rol 228-2017.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 22 de febrero de 2017, rol 10-2017.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 28 de octubre de 2016, rol 2890-2016 (disponible en 2017: *Revista de Ciencias Penales* [6ª Época], volumen XLIV, Nº 1).
- CORTE de Apelaciones de Copiapó, sentencia de 12 de enero de 2016, rol 373-2015.
- CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 8 de enero de 2016, rol 618-2015.

# **JURISPRUDENCIA COMENTADA**



## Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile (Corte de Apelaciones de Temuco)

*The rights of indigenous peoples in the context  
of mining concessions' constitution procedures in Chile  
(Temuco Appeal Court)*

*Comentario de Felipe Guerra Schleef\**

C.A. de Temuco

Temuco, veintiocho de septiembre de dos mil veinte.

### VISTOS Y CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que, compareció [...] la **COMUNIDAD INDÍGENA CARIMÁN SÁNCHEZ Y GONZALO MARÍN**, en procedimiento voluntario de constitución de concesión minera de exploración, de conformidad a lo dispuesto en el artículo 12 del Convenio N° 169 de la Organización Internacional del Trabajo y del artículo 22 del Código de Procedimiento Civil, haciéndose parte en el presente procedimiento en calidad de tercero excluyente, por tener interés actual en su resultado y detentar derechos incompatibles con el solicitante “Inversiones Huife Ltda”., empresa que, desde el año 2012, ha intentado intervenir el territorio mediante la construcción de la “Central Hidroeléctrica Llançalil”, omitiendo abiertamente las disposiciones del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo el cual se encuentra vigente en Chile.

SEGUNDO: Que, la solicitud de la recurrente, fue desestimada atendido “lo dispuesto en el artículo 1 y siguientes de la Ley 19.253 que establece normas sobre protección, fomento y desarrollo de los indígenas y crea la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que en su Título II Del Reconocimiento, protección y desarrollo de los

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Becario ANID en el programa de Programa de Doctorado en Derecho, mención Constitucionalismo y Derecho, de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8377-4225>. Correo electrónico: [felipe.guerra.schleef@gmail.com](mailto:felipe.guerra.schleef@gmail.com).

El presente trabajo se enmarca en el contexto de la investigación doctoral titulada “Extrayendo Consentimiento: Política(s) de participación indígena en el contexto de actividades extractivas en Chile”.

indígenas establece cuales son las Tierras Indígenas, y especialmente lo dispuesto en el artículo 1 de la Ley 18.248 en adelante Código de Minería; que establece en su artículo 2 que: “La concesión minera es un derecho real e inmueble; distinto e independiente del dominio del predio superficial..”. Teniendo además en consideración lo dispuesto en el artículo 34 del mismo cuerpo legal que establece que al procedimiento de constitución de la concesión minera no le será aplicable lo dispuesto en los artículos 92 y 823 del Código de Procedimiento Civil y advertido que la petición realizada por la **COMUNIDAD INDÍGENA CARIMÁN SÁNCHEZ Y GONZALO MARÍN**, dice relación con considerarse aquel tercero excluyente; verificado que su petición no cumple con lo peticionado en la norma contemplada en el artículo 22 del Código de Procedimiento Civil por cuanto no se refiere a la cosa litigada (pedimento minero) y no puede considerársele tampoco legítimo contradictor, por cuanto su petición no se enmarca dentro de las hipótesis contempladas en el artículo 34 del Código de Minería, referido a lo dispuesto en sus artículos 61 a 70 y 84”.

TERCERO: Que, conforme al artículo 13 N° 2 del Convenio 169 de la OIT que se encuentra vigente desde el 15 de septiembre de 2009: “La utilización del término “tierras” en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”. Asimismo, el artículo 15 agrega: “1. Los derechos de los pueblos interesados a los recursos naturales existentes en sus tierras deberán protegerse especialmente. Estos derechos comprenden el derecho de esos pueblos a participar en la utilización, administración y conservación de dichos recursos. 2. En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

CUARTO: Que, la normativa antes citada no solo tiene relevancia en cuanto a la consagración del derecho de los referidos pueblos originarios existente en nuestra patria a los recursos naturales existentes en sus tierras, sino que y ello en directa relación y consecuencia con lo anterior en cuanto a que se consagra en el artículo 12, el deber del Estado de dar protección contra la violación de estos derechos. En efecto la referida norma dispone: “Los pueblos interesados deberán tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos.

QUINTO: Que, el artículo 6°, inciso segundo de la Constitución Política del Estado consagra el “principio de supremacía constitucional y de vinculación directa de la

Constitución”, al disponer que “los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo”, lo que conlleva “la sujeción de las personas, grupos, organismos, autoridades y poderes públicos a la Constitución”.

**SEXO:** Que el art. 5 inciso segundo de la Constitución Política establece que el ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.

**SÉPTIMO:** Que, la norma anterior conlleva la agregación automática al listado de libertades y derechos contenido en el art. 19 de la Constitución Política, de aquellos que contienen los tratados ratificados y vigente en Chile, que se refieren a “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”, esto es a toda disposición concerniente a la protección de los derechos humanos, cualquiera sea el tratado internacional al efecto vigente en nuestro país.

**OCTAVO:** Que, en este contexto el alcance de las normas del Código de Minería, debe ser interpretado conforme a los derechos que el Convenio 169 de la OIT garantiza a los Pueblos Originarios, ya que en caso de duda debe hacerse una interpretación conforme a la Constitución y a los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales y caute-  
lados por el artículo 5 de la Carta Magna.

**NOVENO:** Que, el artículo 34 del Código de Minería dispone que: “ al procedimiento de constitución de la concesión minera no le será aplicable lo dispuesto en los artículos 92 y 823 del Código de Procedimiento Civil, y toda cuestión que se suscite durante su tramitación se substanciará en juicio separado, sin suspender su curso. El juez, de oficio, podrá corregir los errores que observe en la tramitación, salvo que se trate de actuaciones viciadas en razón de haberse realizado éstas fuera del plazo fatal indicado por la ley”.

**DÉCIMO:** Con todo, como se indicó, el artículo 15 N° 2 del Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, promulgado en nuestro país con posterioridad al Código de Minería, dispone que en caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, cuestión que se cumple en nuestro país como así lo explicita el inciso primero del artículo 1 del Código de Minería, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras.

**UNDÉCIMO:** Que, en este contexto, cabe entender que, la prohibición prevista en el artículo 34 del Código de Minería de permitir la oposición de legítimos contradictores,

en los términos del artículo 823 del Código de Procedimiento Civil, en los proceso de constitución de concesiones mineras, no se aplica cuando la oposición la presentan integrantes de pueblos originarios en amparo de sus tierras, toda vez que la normativa aprobada por nuestro país impone que antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en tierras indígenas, debe consultarse a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, condición que no se cumple si se determina que conforme al artículo 34 del Código de Minería, la oposición debe ser planteada en un juicio separado.

**DUODÉCIMO:** Que, en tal evento no es posible descartar de plano la comparecencia de la recurrente, simplemente por razones de texto y sin entrar a analizar el fondo de su presentación, en particular la eventual afectación de tierras indígenas como consecuencia de la solicitud de concesión minera planteada, y de la procedencia en el caso de autos de la Consulta Indígena para lo cual es fundamental conocer en forma previa del informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que es el organismo legalmente habilitado para aclarar esta situación.

**DECIMOTERCERO:** Que, teniendo en consideración que para poder pronunciarse sobre las solicitudes de la recurrente, el Tribunal A quo, debe no solo escuchar a las partes, sino que también requerir informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, en relación a la procedencia de los capítulos de la presentación del recurrente, será acogida la apelación presentada en los términos que se indicará, dejándose sin efecto lo obrado en la forma que se indicará.

Y, visto, además, lo prevenido en los artículos 12 y 15 del Convenio 169 de la OIT, artículo 34 del Código de Minería, artículos 186, 188 170 y 171 del Código de Procedimiento Civil, **SE REVOCA** la resolución apelada de fecha veinticuatro de febrero de dos mil veinte, solo en cuanto **SE DECLARA** que en cuanto a la petición Principal, y del Primer, Segundo y Tercer otrosí se provee: “para resolver informe previamente la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena sobre la eventual afectación de tierras indígenas como consecuencia de la solicitud de concesión minera planteada, y de la procedencia en el caso de autos de la Consulta Indígena”. En cuanto al cuarto otrosí, se provee: “como se pide oficiase en los términos solicitados”. En todo lo demás anotado se mantiene dicha resolución.

Como consecuencia de lo anterior, y de conformidad al artículo 83 del Código de Procedimiento Civil, déjese sin efecto todo lo obrado en estos autos a contar de la fecha de la dictación de la resolución recurrida, suspendiéndose la tramitación del procedimiento, hasta la total resolución de la incidencia generada por la presentación formulada por la recurrente.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante señor Roberto Contreras Eddinger.

Rol N° Civil-297-2020 (pvb).

## COMENTARIO

El fallo que se comenta representa un avance histórico para el ejercicio de los derechos de participación indígena, al ser la primera vez que un tribunal chileno reconoce la procedencia de implementar procesos de consulta previa en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras que afectan los territorios de los pueblos indígenas. Sin embargo, antes de continuar con el análisis de este importante precedente para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en Chile, resulta fundamental entregar algunos antecedentes para contextualizar el conflicto que se ventilaba en este caso.

Respecto de esta causa, el conflicto involucraba las tierras comunitarias en las que fue relocalizada la Comunidad Indígena Carimán Sánchez y Gonzalo Marín en Llanclil (comuna de Pucón, Región de La Araucanía) en el 2013, luego de que la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) adquiriera sus tierras ancestrales en Huilio (comuna de Freire, Región de La Araucanía), para entregárselas a una comunidad indígena de otro territorio, provocando un conflicto que persiste hasta nuestros días<sup>1</sup>. De esta forma, las tierras que actualmente tiene esta Comunidad en propiedad comunal en el territorio de Llanclil, le fueron entregadas por la CONADI a modo de compensación en el contexto de una política de reparación al amparo del art. 20 b) de la Ley N° 19.253.

Sin embargo, desde el arribo de la Comunidad al territorio de Llanclil, su plan de vida asociado a sus nuevas tierras se ha visto seriamente amenazada como consecuencia de las acciones de una empresa particular, Inversiones Huife Limitada, para impulsar un proyecto hidroeléctrico en el área<sup>2</sup>, sin consulta y consentimiento de las diversas comunidades mapuches que habitan estos valles. En este contexto, los procedimientos para la constitución de estas concesiones mineras por parte de Inversiones Huife Limitada en el territorio de la Comunidad, en lugar de tener como objetivo el aprovechamiento de los minerales del subsuelo, buscaban utilizar al estatuto especial del minero para imponer gravámenes y servidumbres a los predios superficiales y viabilizar, de este modo, el desarrollo de su proyecto hidroeléctrico en un contexto de fuerte oposición de las comunidades mapuches y locales.

Fue precisamente esta situación la que fundó la presentación de la Comunidad para hacerse parte en el procedimiento de constitución de concesiones mineras de exploración tramitado ante el Juzgado de Letras de Pucón. De esta forma, recurriendo al Convenio 169 de la OIT, la Comunidad argumentó que el régimen de concesiones mineras debía

---

<sup>1</sup> GONZÁLEZ, Karina, MEZA-LOPEHANDÍA, Matías, SÁNCHEZ CURIHUENTRU, Rubén, 2007: *Política de Tierras y Derechos Territoriales de los Pueblos Indígenas en Chile: el caso de las Comunidades "Carimán Sánchez y Gonzalo Marín" y "Comunidad Manuel Contreras"*, Documento de Trabajo N° 6, Temuco: Observatorio Ciudadano.

<sup>2</sup> Este proyecto hidroeléctrico corresponde a la "Pequeña Central Hidroeléctrica Llanclil", la cual fue calificada ambientalmente favorable por la RCA N° 26/2019, de la Comisión de Evaluación Ambiental de la Araucanía. Sin embargo, por medio de la Res. Ex. N° 202099101391, de 25 de mayo de 2020, la Dirección Ejecutiva del Servicio de Evaluación Ambiental acogió parcialmente 9 de 11 reclamaciones administrativas interpuestas por observantes ciudadanos (las reclamaciones PAC), dejando sin efecto la RCA N° 26/2019, por lo cual en la actualidad dicho permiso ambiental no se encuentra vigente.

ser interpretado a la luz de este tratado internacional pertinente a derechos indígenas, lo que implicaba reconocerle su derecho a participar del procedimiento de constitución de dichas concesión minera en su territorio; solicitar la apertura de un proceso de consulta previa; y oponerse al otorgamiento de dichas concesiones.

Sin embargo, al rechazar las peticiones de la Comunidad, todo el fundamento de la resolución del Juzgado de Letras de Pucón se limitó a distinguir entre la concesión minera y el derecho del predio superficial, para efectos de negar formalmente la concurrencia de derechos incompatibles sobre el objeto litigioso, y a sostener que, de acuerdo con el art. 34 del Código de Minería, no resultaba procedente oponerse en este tipo de procedimientos voluntarios. Es precisamente en contra de dichas determinaciones del Juzgado de Letras de Pucón, que la Comunidad interpuso el recurso de apelación que sería acogido por las sentencias de la Corte de Apelaciones de Temuco que se comentan.

Para acoger los recursos interpuestos por la Comunidad, la Corte de Apelaciones de Temuco se funda en la noción de “Bloque de constitucionalidad” para ampliar la base normativa aplicable al presente caso, incorporando aquellos derechos indígenas garantizados en el Convenio 169 de la OIT como parámetros de constitucionalidad y convencionalidad para interpretar el alcance de las disposiciones del Código de Minería. En este contexto, particularmente relevante para la Corte son los derechos de los pueblos indígenas garantizados en los artículos 12<sup>3</sup>, 13<sup>4</sup> y 15 párr. 2<sup>5</sup> del Convenio 169.

A juicio de la Corte, estas disposiciones tienen dos consecuencias relevantes en los procedimientos de constitución de concesiones mineras que afectan territorios de pueblos indígenas. En primer lugar, la Corte sostiene que la prohibición prevista en el art. 34 del Código de Minería, que impide la oposición en los procesos de constitución de concesiones mineras, “[...] no se aplica cuando la oposición la presentan integrantes

---

<sup>3</sup> El artículo 12 del Convenio 169 garantiza el derecho de los pueblos indígenas y tribales a: “[...] tener protección contra la violación de sus derechos, y poder iniciar procedimientos legales, sea personalmente o bien por conducto de sus organismos representativos, para asegurar el respeto efectivo de tales derechos. Deberán tomarse medidas para garantizar que los miembros de dichos pueblos puedan comprender y hacerse comprender en procedimientos legales, facilitándoles, si fuere necesario, intérpretes u otros medios eficaces”.

<sup>4</sup> El artículo 13 del Convenio 169 señala que:

“1. Al aplicar las disposiciones de esta parte del Convenio, los gobiernos deberán respetar la importancia especial que para las culturas y valores espirituales de los pueblos interesados reviste su relación con las tierras o territorios, o con ambos, según los casos, que ocupan o utilizan de alguna otra manera, y en particular los aspectos colectivos de esa relación.

2. La utilización del término ‘tierras’ en los artículos 15 y 16 deberá incluir el concepto de territorios, lo que cubre la totalidad del hábitat de las regiones que los pueblos interesados ocupan o utilizan de alguna otra manera”.

<sup>5</sup> El párrafo 2º del artículo 15 del Convenio 169 de la OIT, establece que: “En caso de que pertenezca al Estado la propiedad de los minerales o de los recursos del subsuelo, o tenga derechos sobre otros recursos existentes en las tierras, los gobiernos deberán establecer o mantener procedimientos con miras a consultar a los pueblos interesados, a fin de determinar si los intereses de esos pueblos serían perjudicados, y en qué medida, antes de emprender o autorizar cualquier programa de prospección o explotación de los recursos existentes en sus tierras. Los pueblos interesados deberán participar siempre que sea posible en los beneficios que reporten tales actividades, y percibir una indemnización equitativa por cualquier daño que puedan sufrir como resultado de esas actividades”.

de pueblos originarios en amparo de sus tierras” (considerando 11°). Esto, a su vez, lleva a la Corte a reconocer la obligación de implementar procesos de consulta previa con los pueblos indígenas en los procedimientos para la constitución de concesiones mineras que puedan afectar sus territorios, si es que se comprueba que en el caso en particular se produce la afectación exigida como elemento que se genere de este derecho, “[...] para lo cual es fundamental conocer en forma previa del informe de la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena que es el organismo legalmente habilitado para aclarar esta situación” (considerando 12°).

De esta forma, mediante una interpretación armónica de las disposiciones del Código de Minería y el Convenio 169, la Corte admite la posibilidad de que cuando estén en cuestión territorios de pueblos indígenas, las gestiones judiciales voluntarias para constituir concesiones mineras pueden tornarse en procedimientos contenciosos, debiendo examinarse la necesidad de abrir un proceso de consulta previa.

Ahora bien, aun cuando esta sentencia representa un avance importante para el ejercicio de los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras que afectan sus territorios, el razonamiento de la Corte abre algunas interrogantes interesantes. Esto es lo que sucede, por ejemplo, con las preguntas respecto de cómo debiera insertarse un proceso de consulta indígena en el contexto de una gestión judicial de constitución de concesión minera y quién debiera ser el órgano responsable de llevar a cabo dicho proceso.

En efecto, como sabemos, los procedimientos concesionales mineros se tramitan ante los tribunales civiles, mientras que el derecho de los pueblos indígenas a la consulta previa, conforme lo disponen expresamente los artículos 6 y 15 párr. 2° del Convenio 169, es una obligación de los “gobiernos”<sup>6</sup>. Si bien la doctrina nacional ha reconocido que la constitución de una concesión minera es una función netamente administrativa, a pesar de tramitarse ante un tribunal de justicia<sup>7</sup>; no es menos cierto que implementar un proceso de consulta es un desafío de proporciones para un tribunal, que no cuenta con los recursos técnicos ni económicos para desplegar un proceso de diálogo de estas características.

Sin embargo, considero que una interpretación armónica del Convenio 169 de la OIT y la Ley N° 19.253, debiera llevarnos a concluir que el órgano responsable de la implementación de un proceso de consulta en una gestión judicial de estas características es la CONADI, al ser este:

“[...] el organismo encargado de promover, coordinar y ejecutar, en su caso, la acción del Estado en favor del desarrollo integral de las personas y comunidades indígenas,

---

<sup>6</sup> Así lo ha reconocido expresamente la OIT. Ver, entre otros: Oficina Internacional del Trabajo, 2013: *Manual para los mandantes tripartitos de la OIT. Comprender el Convenio sobre pueblos indígenas y tribales*, 1989 (núm. 169), Ginebra: Departamento de normas internacionales del trabajo, pp. 14-15.

<sup>7</sup> VERGARA BLANCO, Alejandro, 1998: “Esquema del procedimiento concesional minero chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 12, p. 254.

especialmente en lo económico, social y cultural y de impulsar su participación en la vida nacional” (art. 39, Ley N° 19.253).

Lo anterior, por una parte, permite reconocer la procedencia de implementar procesos de consulta previa en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile cuando se verifique el principal elemento generador de este deber estatal –la susceptibilidad de afectación directa–, al mismo tiempo que mantiene la responsabilidad por la ejecución de dicho proceso en el gobierno.

## ¿Debe responder el autor de una violación por el suicidio de la víctima? Análisis de una decisión judicial controvertida

*Should the rapist be held liable for the victim's suicide?  
A review of a controversial court decision*

*Comentario de Bruno Rusca\**

Córdoba, seis de agosto de dos mil veintiuno.

Comentario de sentencia de la Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Córdoba, Argentina, integrada por tres vocales y ocho jurados populares, en proceso penal “Insaurralde, Walter Manuel p.s.a. abuso sexual con acceso carnal calificado, etc”. (SAC 9055601), en virtud de la cual se condenó al acusado por unanimidad a la pena de prisión perpetua por el delito de abuso sexual seguido de la muerte de la víctima, previsto en el artículo 124 del Código Penal argentino.

De los fundamentos de la sentencia que será objeto de comentario; en particular, la descripción del hecho objeto de la acusación:

[...] Seguidamente, por medio de Auto N° 39 (28/06/2021) –rectificadorio del Auto N° 32 de fecha 03/06/2021–, se reformuló el hecho en los términos del art. 388 del C.P.P., a saber: “en fecha que no se ha podido precisar con exactitud, pero probablemente en el transcurso del año dos mil ocho y hasta septiembre del año dos mil catorce, el imputado Walter Manuel Insaurralde abusó sexualmente de su hija biológica S. A. I., nacida el 04/09/2000. Los hechos acaecieron en un número indeterminado de ocasiones y sin solución de continuidad, en oportunidad en que la niña junto a su hermano C. de entonces 3 años de edad, concurrían a visitar a su padre [...] En dichas ocasiones el imputado Insaurralde llamaba a su hija a su dormitorio diciéndole: que “fuera donde estaba él, si no, ya iba a ver lo que iba a hacer”, y de tal modo, en un primer espacio temporal desarrolló las siguientes

---

\* Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Argentina. Profesor de Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5460-9207>. Correo electrónico: [bruno.rusca@uach.cl](mailto:bruno.rusca@uach.cl).

El autor agradece a Izabele G. Kasecker por la lectura de una versión previa del trabajo y por sus valiosas observaciones y sugerencias, las que han enriquecido sustancialmente el producto final.

acciones: introducía una de sus manos por debajo de la ropa de la niña y le efectuaba tocamientos en su zona genital y hacía que ella lo masturbara a él, a la vez que la amedrentaba diciéndole que no contara, sino: iba a matar a su hermano y a su mamá. Dicho accionar se prolongó en el tiempo hasta las vacaciones escolares de invierno del año 2010; durante las cuales y en fecha no establecida con precisión, comenzó a desarrollar una segunda modalidad de agresión sexual en contra de su hija, quien ya contaba con la edad de nueve (09) años; para lo cual, y siempre bajo el mismo estado de amedrentamiento ya creado en la niña, en horas de la noche, en ocasiones en las que, aprovechando que estaba acostado en su habitación en la misma cama que la víctima, y que sus otros hijos –C. y Johana– se encontraban durmiendo, procedió a besarla en sus labios a la vez que le decía que se callara y no dijera nada, que se quedara quieta; para seguidamente sacarle la ropa que vestía e introducirle su pene en la vagina; accionar que el imputado continuó llevando a cabo en un número no determinado de ocasiones y sin solución de continuidad, hasta el mencionado mes de septiembre del año dos mil catorce. [...] De esta manera, las conductas descritas precedentemente y desplegadas por Walter Manuel Insaurralde, desarrolladas en un especial contexto de vulnerabilidad personal, familiar y social de la niña, generaron las condiciones de un riesgo no permitido y ocasionaron en S.A.I. un grave daño en su salud mental. Lo que implicó, a partir del año 2017, la aparición constante y cotidiana de imágenes intrusivas (flashback) de las vivencias abusivas antes descritas, las que se hacían más vívidas al momento de intentar conciliar el sueño, por lo que la victimización sufrida se encontraba presente en su día a día. Todo lo anterior irrumpió en la vida de S.A.I., a partir de la fecha señalada, interfiriendo y alterando sus relaciones interpersonales, de modo tal que le generaron un constante sufrimiento psíquico que se tradujo en, al menos, tres intentos de suicidio (entre 2017 y 2018) y otros actos de autoagresión, tales como infligirse cortes en su cuerpo. Ese constante sufrimiento, que implicó un grave daño psíquico, determinó directamente que S.A.I. pusiera fin a su vida el día 19/01/2020. En esa fecha mientras la víctima se encontraba en el interior de su domicilio sito en calle Rafael Obligado Nº 5152 de Barrio Villa Uquiza de esta Ciudad de Córdoba, más precisamente en su dormitorio, tomó un arma de fuego y se disparó en la cabeza, lo que le ocasionó inmediatamente la muerte. [...] De esta manera, el suicidio fue la única salida que S.A.I. encontró para poner fin a su constante sufrimiento psíquico, originado en los abusos cometidos por su padre durante años”.

De los fundamentos de la sentencia que será objeto de comentario; en particular, de la justificación de la imputación del delito de abuso sexual seguido de muerte:

[...] Además de la confirmación de que los abusos infligieron sin lugar a dudas un daño psicológico en la víctima e influyeron en semejante determinación, debemos resaltar que Walter Manuel Insaurralde estaba al tanto de esa situación desesperante para S.A.I. Sabía de su depresión, de sus autolesiones, como también que luego del

encuentro del día del niño, había intentado suicidarse. De más está decir que nada hizo para frenar el martirio por el que transitaba su hija.

Sin duda alguna el incoado por medio de sus abusos, puso en riesgo la salud psíquica de su hija y de su vida, y esa contingencia conocida por él, se reflejó en los ataques que ella misma le propinó a su cuerpo en un principio, y por último a su vida, con el consabido resultado muerte, ya que finalmente fruto del desorden mental que le produjeron, terminó por dispararse en la cabeza.

Tan luego, que el resultado muerte de S.A.I. haya sido autoinflingido, lejos está de haber sido una decisión libre de ella, sino que provino del comportamiento prohibido de Insaurrealde. Esos abusos sexuales, provocaron un grave daño psíquico que motivaron sin duda alguna, las actitudes impulsivas consistentes en varios intentos de autoagresión, hasta que se produjo el desenlace fatal. Precisamente ese daño pretende evitar el legislador cuando prohíbe *ex ante* la conducta que se enrostra.

[...] En razón de tratarse del primer caso de estas características –por lo menos a nivel nacional–, entiendo correcto el *nomen iuris* dispuesto –*homicidio con motivo de abuso sexual*–. La razón de ello tiene su explicación en que se debe seguir con las mismas denominaciones típicas dispuestas por el legislador en situaciones semejantes. Así, cuando de una acción dolosa en la que se pretende lesionar a una persona, termina por provocarse la muerte, el parlamentario lo intituló como homicidio preterintencional (art. 81 inc. 1, b C. Penal), aunque de hecho constituyen lesiones calificadas por el resultado fatal.

Para no extenderme demasiado con la nomenclatura, señalo ejemplificativamente como casos idénticos en cuanto a su apelativo, homicidio en riña o agresión (art. 95 C. Penal); homicidio con motivo y ocasión de robo (art. 165 C. Penal).

Del abuso sexual como figura típica hablamos al principio. Corresponde ahora desarrollar la calificante de esa conducta, por el resultado mortal. Se trata de un delito complejo, ya que se compone de un hecho principal en el que se da la ofensa a la integridad sexual, y del resultado muerte por parte de esa víctima. La consumación del delito exige la concurrencia del abuso sexual o su tentativa y el fallecimiento del damnificado.

El homicidio es un suceso eventual que no se debe enmarcar dentro de los designios del autor, debido a que en ese caso entraríamos dentro del contexto de otra figura penal. Si bien debe existir un nexo causal entre el abuso y el deceso, el término “*resultare la muerte*” abarca también a las violencias que no sean propias del ataque sexual. Por ello es que se incluyen en la figura del art. 124 C. Penal, los resultados mortales accidentales –culposos–; los que se produzcan por un obrar elusivo de la propia víctima vg. caída intentando escapar; los que se ocasionen por casos fortuitos vg. el desplome del techo en lugar de cautiverio, o un infarto en medio de la acción; y también los suicidios que provengan del martirio psicológico provocado en el damnificado por el ataque a su integridad sexual.

Considero que el autor con su acción delictiva, pone en riesgo el bien jurídicamente protegido por la norma –vida–, y de esta manera asienta las condiciones para que esa contingencia se cumpla en el resultado mortal.

#### COMENTARIO

Sin dudas, la violación constituye una de las conductas más graves y aberrantes que alguien puede cometer contra otra persona. Como afirman Gardner y Shute, quizás incluso forme parte de esa clase de hechos ilícitos que nunca admiten una justificación<sup>1</sup>. Más allá de las consecuencias físicas que la violación es capaz de ocasionar, como enfermedades de transmisión sexual, problemas ginecológicos o embarazos no deseados, en muchos casos, los daños psicológicos que experimenta la víctima son devastadores; entre otros padecimientos, ella puede sufrir ansiedad, depresión, trastorno de estrés postraumático, sentimientos de autoinculpación, pérdida de confianza en sí misma, insomnio, miedo a tener relaciones sexuales, etcétera<sup>2</sup>. Si, además, como en el caso que se analiza aquí, la víctima es una niña y el autor del delito resulta ser su propio padre, la gravedad de la violación adquiere una dimensión espeluznante.

Ahora bien, aunque por el carácter escalofriante de los acontecimientos narrados podría parecer obvio que el violador debe responder por la decisión de la víctima –ya mayor de edad– de suicidarse, la cuestión no es tan sencilla. A diferencia de lo afirmado por el tribunal, es dudoso que el suicidio de la víctima sea la realización del peligro que precisamente la norma pretende evitar; o, expresado de otra manera, no es claro que el fin de la norma penal que prohíbe la violación seguida de muerte consista en evitar *esa* clase de muertes<sup>3</sup>. En todo caso, se sostiene que, si bien el violador debe responder por los daños psíquicos que ocasiona la violación, es problemático atribuirle responsabilidad también por las acciones de la víctima que, como el suicidio, sean consecuencia de tales padecimientos mentales.

El análisis de la decisión del tribunal requiere, previamente, examinar algunas reglas de imputación jurídico-penal. Como es sabido, para responsabilizar a una persona por la producción de un daño, es necesario que, entre la acción y el resultado, además de

---

<sup>1</sup> GARDNER, John y SHUTE, Stephen, 2007: “The Wrongness of Rape”, en John Gardner, *Offences and Defences. Essays in the Philosophy of Criminal Law*, Oxford, Oxford University Press, p. 1.

<sup>2</sup> GREEN, Stuart P., 2020: *Criminalizing Sex. A Unified Liberal Theory*, New York, Oxford University Press, p. 67. A menudo, se sostiene que cuando la víctima pertenece a grupos históricamente desventajados, como el colectivo de mujeres o algunas minorías sexuales, la violación provoca también daños estructurales o sistémicos, pues da lugar a que los miembros del grupo modifiquen sus pautas de comportamiento por temor a ser violados. Al respecto, véase CHIESA, Luis E., 2020: “Sexual Lynching”, *Cornell Journal of Law and Public Policy*, Vol. 29, pp. 768-778.

<sup>3</sup> El Código Penal argentino dispone que cuando del delito de abuso sexual resultare la muerte de la víctima, se aplicará al autor la pena de prisión perpetua. En concreto, establece el artículo 124 de dicho código: “Se impondrá reclusión o prisión perpetua, cuando en los casos de los artículos 119 y 120 resultare la muerte de la persona ofendida”.

una relación de causalidad, medie una relación de riesgo<sup>4</sup>. Ello se determina de acuerdo con dos principios. Por un lado, la conducta realizada por el agente debe involucrar la creación de un riesgo no permitido<sup>5</sup>. El punto de vista que se emplea para enjuiciar tal cuestión es si un observador ficticio, con los conocimientos de una persona promedio, antes del hecho *–ex ante–* hubiera considerado que esa acción era peligrosa para el bien jurídico protegido.

Por otro lado, el riesgo no permitido creado por el agente debe *realizarse* en el resultado<sup>6</sup>. No se configura este requisito cuando, a pesar de que el comportamiento del agente dio lugar a la creación de un riesgo no permitido, el alcance del tipo penal no tiene por finalidad evitar esa clase de riesgos y sus consecuencias<sup>7</sup>. La concurrencia de dicho presupuesto se determina en función del análisis de todas las circunstancias conocidas con posterioridad a la realización de la acción *–ex post–*. Particularmente, una circunstancia que excluye la imputación tiene lugar cuando el resultado debe atribuirse a la *competencia* de la víctima, esto es, cuando ella libre y voluntariamente decidió colocarse en una situación de peligro.

Como se podrá advertir, en este caso, el problema radica justamente en determinar si el suicidio es la realización del riesgo creado por la violación o, por el contrario, si constituye una decisión de competencia de la víctima. Por supuesto, en ocasiones, la decisión de la víctima de asumir un comportamiento riesgoso debe imputarse al autor del delito. En particular, ello ocurre cuando alguien se expone razonablemente a un peligro para intentar eludir una agresión *–v. gr.: la mujer que, para escapar de una violación inminente, salta desde el segundo piso del balcón–*<sup>8</sup>. En tales situaciones, debe imputarse al autor no solo el ataque contra la integridad sexual, sino también las consecuencias de los riesgos que, como es posible esperar, puede asumir la víctima para evitar la agresión<sup>9</sup>.

Es posible que el suicidio de la víctima, en ciertos casos, resulte asimilable a una acción de salvamento razonable y, por tanto, sea imputable al autor del delito. Así, pues, en relación con el tipo penal de *stalking*, el Tribunal Federal de Justicia alemán (BGH) ha sostenido que, si el suicidio es consecuencia directa del grave menoscabo en la calidad de vida de la víctima causado por el delito, su muerte constituye precisamente la realización del riesgo que dicha norma penal pretende evitar<sup>10</sup>. Sin embargo, lo característico del delito de *stalking* es que el acosador, mediante diferentes comportamientos, lleva adelante un hostigamiento persistente contra la víctima, lo que da lugar a una

---

<sup>4</sup> STRATENWERTH, Günter, 2008: *Derecho Penal. Parte General I. El hecho punible* (trad. de M. Cancio Meliá y M. A. Sancinetti), Buenos Aires, Hammurabi, pp. 152 y ss.

<sup>5</sup> ROXIN, Claus, 1997: *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito* (trad. de la 2ª edición alemana de D. Luzón Peña, M. Díaz y García Conlledo, J. de Vicente Remesal), Madrid, Civitas, p. 363.

<sup>6</sup> CÓRDOBA, Fernando J., 2021: *Elementos de la teoría del delito* (1ª edición), Buenos Aires, Hammurabi, p. 71.

<sup>7</sup> ROXIN, 1997, p. 364.

<sup>8</sup> El ejemplo es de CÓRDOBA, 2021, p. 77.

<sup>9</sup> CÓRDOBA, 2021, p. 77.

<sup>10</sup> BGH 4 StR 375/16.

afectación continua de su vida cotidiana; por ejemplo, él puede llamarla por teléfono doscientas veces al día, esperarla todos los días a la salida de su trabajo o enviar mensajes reiteradamente a su familia y amigos<sup>11</sup>. Como consecuencia de estas acciones, la víctima sufre una restricción severa de su privacidad y libertad, y puede llegar a sentir un miedo constante por su vida. En tal caso, la decisión de suicidarse no es libre y, por tanto, debe imputarse al autor del delito, porque la víctima se encuentra frente al sometimiento *permanente* del acosador.

La misma solución podría aplicarse en otras situaciones, como, por ejemplo, en el ámbito de la violencia doméstica. En la medida en que, por las particularidades que adquiere la violencia al interior del espacio doméstico, e independientemente de los episodios concretos de maltrato físico, el hombre ejerce un abuso psicológico constante sobre la mujer maltratada<sup>12</sup>, parecería sensato imputar el suicidio de la víctima también al abusador. Empero, en contraposición a los escenarios de *stalking* o violencia doméstica, en los que la víctima se halla sujeta al dominio del autor del delito, la situación es diferente en el contexto de la violación; en este caso, la víctima del delito no experimenta una restricción permanente de su libertad y privacidad. Ciertamente, la mujer que, años después de sufrir el abuso sexual, decide suicidarse no actúa bajo el poder *real* del abusador y, por tanto, resulta más difícil asimilar su comportamiento a una acción de salvamento razonable.

Asimismo, a diferencia de lo sostenido por el tribunal, no es suficiente para responsabilizar al autor de la muerte de la víctima el hecho de que el suicidio haya estado motivado en el sufrimiento psíquico ocasionado por la violación. En efecto, el razonamiento en que se fundamenta la sentencia conlleva el riesgo de atribuir al agente responsabilidad por resultados extremadamente remotos. Así, por ejemplo, si una persona ha sufrido la amputación de una pierna y muchos años después de salir del hospital, al intentar caminar con muletas, se lesiona gravemente, no podrían imputarse tales lesiones al responsable del accidente que dio lugar a la amputación<sup>13</sup>. Y esta conclusión se mantiene incluso cuando ambos daños están causalmente relacionados y aun que la

---

<sup>11</sup> Entre otras legislaciones, el Código penal español establece en su art. 172 ter el delito de *stalking*: “1. Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevando a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana: 1.ª La vigile, la persiga o busque su cercanía física. 2.ª Establezca o intente establecer contacto con ella a través de cualquier medio de comunicación, o por medio de terceras personas. 3.ª Mediante el uso indebido de sus datos personales, adquiera productos o mercancías, o contrate servicios, o haga que terceras personas se pongan en contacto con ella. 4.ª Atente contra su libertad o contra su patrimonio, o contra la libertad o patrimonio de otra persona próxima a ella (...)”.

<sup>12</sup> Acerca de los ciclos y las características de la violencia doméstica, puede verse CHIESA, Luis E., 2008: “Mujeres maltratadas y legítima defensa: La experiencia angloamericana”, en Ruiz Tagle y Valpuesta Fernández (editoras), *Ni el aire que respiras. Pensamiento científico ante la violencia de género*, Sevilla, Fundación Cajasol, pp. 227-228.

<sup>13</sup> El ejemplo es de ROXIN, 1997, p. 1012.

amputación de la pierna incrementa *ex ante* el riesgo de que ocurran futuros accidentes relacionados con la dificultad para caminar<sup>14</sup>.

De todos modos, a partir del razonamiento del tribunal, alguien podría objetar que existe una diferencia sustancial entre, por un lado, el cojo que se lesiona al intentar caminar con muletas y, por otro lado, la víctima de la violación que decide acabar con su vida. Aunque en ambas situaciones la conducta que ocasiona el primer daño incrementa de modo sustancial el riesgo de que ocurra el segundo daño, en el ejemplo del cojo, las lesiones derivadas de la caída deben imputarse a la propia víctima porque ella asumió *libremente* el riesgo que involucra caminar con muletas. En cambio, según este mismo razonamiento, como en el escenario de la violación el suicidio es una consecuencia del sufrimiento psíquico ocasionado por el delito, no constituiría una decisión *libre* de la víctima y, por tanto, debería imputarse al abusador.

Sin embargo, el argumento resulta más problemático de lo que parece. Si la razón por la cual la decisión de suicidarse no es libre reside en que se halla influida por los padecimientos mentales derivados de la violación, como argumentó de hecho el tribunal, entonces también deberían imputarse al autor del delito otra clase de comportamientos de la víctima. Piénsese, por ejemplo, en un caso en el que la víctima de una violación, años después de sufrir ese hecho de abuso sexual, en vez dañarse a sí misma, desarrolla cierta tendencia de agresividad hacia otros; concretamente, supóngase que ella comete, a su vez, actos de violación<sup>15</sup>. En tal caso, pareciera que, de acuerdo con el razonamiento del tribunal, como dichos comportamientos son una consecuencia del sufrimiento psíquico ocasionado por el abuso sexual precedente, no podrían considerarse actos libres y deberían imputarse también al autor de la primera violación. Empero, es evidente que la responsabilidad del agente no puede extenderse hasta abarcar resultados tan remotos.

En este sentido, el punto de vista en que se fundamenta la sentencia tiene la potencialidad para atribuir al autor de la violación daños respecto de los cuales él no debería responder. Y la razón de esta dificultad se explica por la ausencia en el razonamiento del tribunal de una referencia más precisa a la cuestión de la realización del riesgo en el resultado. Ciertamente, aunque por las consecuencias psíquicas que tiende a producir, la violación puede incrementar el riesgo de suicidio de la víctima, ello no es suficiente para atribuir tal resultado al autor del delito. Es necesario determinar, además, si el suicidio configura una de las consecuencias comprendidas en el ámbito de protección del tipo penal de violación seguida de muerte.

En principio, un criterio relevante para establecer si las consecuencias del riesgo creado por el autor están abarcadas por la norma penal consiste en la posibilidad de planificar

---

<sup>14</sup> ROXIN, 1997, pp. 1012-1013.

<sup>15</sup> La hipótesis planteada no constituye un escenario alejado completamente de la realidad; de hecho, existen diferentes investigaciones empíricas respecto del tema. Una revisión de esta literatura puede verse en GLASSER, M., KOLVIN, I., CAMPBELL D., GLASSER A., LEITCH I. y FARRELLY S., 2001: "Cycle of child sexual abuse: links between being a victim and becoming a perpetrator", *British Journal of Psychiatry*, Vol. 179, Issue 6, pp. 482-494.

racionalmente su evitación con la no permisión de esa conducta<sup>16</sup>. Así, por ejemplo, el ámbito de protección del tipo penal de homicidio abarca los daños a la salud física que normalmente conducen a un resultado mortal —*v. gr.*: si la víctima de la violación fallece por sofocación producto del estrangulamiento llevado a cabo por el autor para consumar el hecho—, pero no la muerte que, a pesar de derivar de una lesión provocada de modo ilícito por el autor, es resultado de factores imprevisibles, como, por ejemplo, si luego de sufrir una herida, la víctima fallece por un incendio en el hospital<sup>17</sup>. La evitación de esa clase de consecuencias no puede efectivamente planificarse de antemano y, por tanto, no configura la realización del riesgo *característico* de la conducta prohibida.

Precisamente, en este punto radica el problema. Mientras que, mediante la prohibición de la violación, se puede contar con la evitación de los daños físicos y psíquicos que en general provoca dicho comportamiento, no es posible racionalmente prever ya el modo en que la víctima reaccionará ante los padecimientos mentales derivados del delito. La planificación del comportamiento en este ámbito resulta por demás dificultosa, porque la reacción de las personas frente al sufrimiento psíquico puede ser extremadamente diversa y depende de la influencia de una multiplicidad de factores. A este respecto, la conclusión de que en el suicidio de la víctima se realiza el riesgo característico de la violación, asume que, con la prohibición de este comportamiento, es posible controlar cursos causales sumamente complejos, cuyas consecuencias, en verdad, parecen muy difíciles de prever.

Esto no implica afirmar, sin embargo, que la decisión de la víctima de acabar con su propia vida constituya un dato irrelevante para la determinación de la responsabilidad del agente. Por el contrario, un acto tan extremo como el suicidio sirve como evidencia fundamental de la gravedad del daño psicológico causado por la violación. Y, por supuesto, la responsabilidad por ocasionar tal daño corresponde exclusivamente al autor<sup>18</sup>; empero, al imputarle a este también la muerte de la víctima, la decisión del tribunal ha ido demasiado lejos.

---

<sup>16</sup> CORDOBA, 2021, pp. 73-75; JAKOBS, Günter, 1996: *La imputación objetiva en el derecho penal* (Trad. de M. Cancio Meliá), Buenos Aires, Ad-Hoc, pp. 101 y ss.

<sup>17</sup> El ejemplo ha sido extraído de ROXIN, 1997, pp. 373-374.

<sup>18</sup> Según el Código Penal argentino, la escala penal aplicable al delito de abuso sexual se agrava considerablemente cuando dicho acto da lugar a una grave daño en la salud física o *mental* de la víctima (art. 119 inc. a).

## El derecho internacional como excusa para cuantificar el derecho al agua (Corte Suprema)

### *International Law as an Excuse for Quantifying the Right to Water (Supreme Court)*

*Comentario de Álvaro Paúl Díaz\**

Santiago, veintitrés de marzo de dos mil veintiuno.

#### VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus motivos décimo quinto a décimo sexto, que se eliminan.

#### Y SE TIENE EN SU LUGAR Y, ADEMÁS, PRESENTE:

PRIMERO: Que comparece don Fernando Martínez Mercado, abogado del Instituto Nacional de Derechos Humanos, en favor de las personas que habitan las comunidades de Petorca, Cabildo, La Ligua, particularmente en favor de once personas naturales que se individualizan en el libelo y que habitan en esas localidades, y recurre de protección en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y en contra de la Gobernación Provincial de Petorca, debido a la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer esas localidades, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contagio del Covid-19, en dichos municipios.

SEGUNDO: Que, en síntesis, la acción constitucional se funda en la escasez hídrica que afecta a los valles interiores de la provincia de Petorca desde el año 2002, habiéndose adoptado una serie de medidas desde el año 2012, la que ha ido renovando, siendo la más reciente el Decreto Supremo Nº 308 de 20 de agosto de 2019, que declaró zona de catástrofe estos territorios por doce meses. En lo que incide con el recurso de apelación

---

\* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de los Andes, Chile. Abogado. Magíster en Derecho, Universidad de Oxford, Inglaterra. Doctor en Derecho, Trinity College Dublin, Irlanda. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3882-450X>. Correo electrónico: [alvaro.paul@uc.cl](mailto:alvaro.paul@uc.cl).

Este trabajo se basa en la presentación hecha en los XI Coloquios de Derecho Internacional, "Relación del Derecho Internacional y del Derecho Nacional: Nuevas Perspectivas".

deducido, afirman que se proporcionó a los habitantes de esas comunidades 100 litros diarios de agua por persona, los que fueron reducidos a 50 litros diarios por persona, mediante el Ordinario Nº 18.087 de la Subsecretaría del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, de agosto de 2016.

[...]

TERCERO: Que en su libelo, la parte recurrente solicita la adopción concreta de las siguientes medidas:

1. Se ordene proveer a la Provincia de Petorca de agua potable en cantidad suficiente y adecuada para que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contención del contagio del COVID-19, en razón del estado de alerta sanitaria, declarado por el Decreto Supremo Nº 4 de 2020, del Ministerio de Salud.
2. La recurrida, en virtud del Decreto Supremo Nº 4 de 2020, debe adquirir agua de manera directa y satisfacer el requerimiento de cantidad suficiente y adecuada por contexto de Covid-19.
3. Se considere como estándar de provisión de agua lo establecido en el Decreto Supremo Nº 41 de 2016.
4. Se ordene dejar sin efecto la Resolución Nº 458/2020, por arbitraria e ilegal y por carecer de una debida fundamentación.

[...]

UNDÉCIMO: Que, respecto al suministro de agua potable a la población afectada por escasez hídrica, tal como ha sido resuelto en la causa Rol 72.198-2020, de esta Corte Suprema, el Estado de Chile, al ratificar diversos Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos y otros instrumentos propios del Derecho Internacional, ha adquirido voluntariamente una serie de obligaciones que resultan vinculantes, por expresa disposición del artículo 5, inciso 2º, de la Constitución Política de la República, en relación con sus artículos 1º y 4, todos los cuales se insertan en el Capítulo I del Texto Político, intitulado “De las Bases de la Institucionalidad”.

Así, el artículo 4 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos garantiza el derecho a la vida, desarrollando la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos el concepto de “vida digna”, que incluye el derecho de acceso al agua. En la misma dirección, la Convención establece el derecho a la integridad personal en su artículo 5 Nº 1: “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”.

En este orden de consideraciones, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Comunidades Indígenas Miembros de la Asociación Lhaka Honhat (Nuestra Tierra) v. Argentina”, Fondo, Reparaciones y Costas, por sentencia de 6 de febrero de 2020, señaló que: “Párrafo 222. El derecho al agua se encuentra protegido por el artículo 26 de la Convención Americana. Ello se desprende de las normas de la Carta de la OEA, en tanto las mismas permiten derivar derechos de los que, a su vez, se desprende

el derecho al agua. Párrafo 227. El Comité DESC ha señalado que “el derecho al agua entraña tanto libertades como derechos”. Las primeras implican poder “mantener el acceso a un suministro de agua” y “no ser objeto de injerencias”, entre las que puede encontrarse la “contaminación de los recursos hídricos”. Los derechos, por su parte, se vinculan a “un sistema de abastecimiento y gestión del agua que ofrezca a la población iguales oportunidades de disfrutar del derecho”. Destacó también que “[e]l agua debe tratarse como un bien social y cultural, y no fundamentalmente como un bien económico”, y que “los siguientes factores se aplican en cualquier circunstancia: a) La disponibilidad. El abastecimiento de agua de cada persona debe ser continuo y suficiente para los usos personales y domésticos [...]. b) La calidad. El agua necesaria para cada uso personal o doméstico debe ser salubre [...]. Además, el agua debería tener un color, un olor y un sabor aceptables [...]. c) La accesibilidad. El agua y las instalaciones y servicios de agua deben ser accesibles para todos, sin discriminación alguna, dentro de la jurisdicción del Estado Parte”.

También, se debe considerar lo prevenido en la Convención Interamericana sobre Derechos de las Personas Mayores, ratificada por el Estado el 1 de septiembre de 2017, que en su artículo 25 reconoce el derecho al agua como parte del derecho a vivir en un medio ambiente sano, en los siguientes términos: “Art. 25. Derecho a un medio ambiente sano. La persona mayor tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano y a contar con servicios públicos básicos, a tal fin los Estados Parte adoptarán las medidas pertinentes para salvaguardar y promover el ejercicio de este derecho, entre ellas:

- a) Fomentar el desarrollo pleno de la persona mayor en armonía con la naturaleza.
- b) Garantizar el acceso de la persona mayor en condiciones de igualdad a servicios públicos básicos de agua potable y saneamiento, entre otros”.

Por su parte, el artículo 24.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño prescribe que:

“Art. 24.1: Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud [...]. 2. Los Estados Partes asegurarán la plena aplicación de este derecho y, en particular, adoptarán las medidas apropiadas para: c) Combatir las enfermedades y la malnutrición [...] mediante, entre otras cosas, [...] el suministro de alimentos nutritivos adecuados y agua potable salubre [...]; e) Asegurar que todos los sectores de la sociedad, y en particular los padres y los niños, conozcan los principios básicos de la salud y la nutrición de los niños, las ventajas de la lactancia materna, la higiene y el saneamiento ambiental y las medidas de prevención de accidentes, tengan acceso a la educación pertinente y reciban apoyo en la aplicación de esos conocimientos [...]”.

DUODÉCIMO: Que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) de la Organización de Naciones Unidas ha señalado que los Estados tienen el deber de satisfacer la obligación de protección consistente en establecer garantías destinadas a

impedir que terceros, incluidos agentes no estatales, menoscaben o pongan en peligro en modo alguno el disfrute del derecho al agua, la cual "(...) comprende, entre otras cosas, la adopción de las medidas legislativas o de otra índole que sean necesarias y efectivas para impedir, por ejemplo, que terceros denieguen el acceso al agua potable en condiciones de igualdad y contaminen o exploten en forma no equitativa los recursos de agua, con inclusión de las fuentes naturales, los pozos y otros sistemas de distribución de agua" (Comité DESC. Observación General Nº 15. párr. 23, disponible en <http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/epcomm15s.html>).

El Comité, en la señalada Observación General Nº 15, ha definido el derecho al agua como "el derecho de todos a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico". Asimismo, ha precisado que este derecho comprende solo los usos personales y domésticos, esto es, consumo, lavado de ropa, preparación de alimentos y la higiene personal y doméstica. No considera el agua necesaria para la agricultura y el pastoreo, la que está comprendida en el derecho a una alimentación adecuada, particularmente tratándose de los pequeños agricultores.

A su vez, conforme a las directrices entregadas por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el derecho al agua se debe garantizar en los siguientes extremos:

- a) Disponibilidad: El abastecimiento de agua ha de ser continuo y suficiente para la satisfacción de las necesidades básicas de la persona. La OMS ha señalado que esto supone entre 50 y 100 litros de agua por persona.
- b) Calidad: El agua debe ser salubre y exenta de sustancias que puedan implicar un riesgo para la salud.
- c) Accesibilidad: Las personas deberían acceder al agua en condiciones de igualdad y no discriminación. Además, las fuentes de agua han de estar a una distancia razonable, lo que en concepto de la OMS supone una distancia menor a mil metros del hogar y treinta minutos en tiempo de traslado.

La variable económica no puede constituir un factor que excluya de este derecho a los sectores más vulnerables de la población, lo que no implica que ésta sea gratuita, pero sí que no existan barreras económicas que dificulten el acceso a este derecho.

- d) Las personas tienen derecho a la información en forma cabal y completa, sobre todas las cuestiones relativas al uso del agua en su comunidad (Folleto Informativo Nº 35: "El derecho al agua". Elaborado por la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos en Ginebra, [www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf)).

DÉCIMO TERCERO: De las disposiciones recientemente citadas, emerge nítidamente una conclusión irredargüible: toda persona, por su dignidad de tal, tiene el derecho humano de acceso al agua potable, en condiciones de igualdad y no discriminación; derecho que posee, como correlato, el deber del Estado de garantizar el acceso en las mencionadas condiciones.

DÉCIMO CUARTO: Que, si el derecho al agua es un derecho humano fundamental, con mayor razón lo es tratándose de ciertos grupos vulnerables y categorías protegidas por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: los pobres de zonas urbanas y rurales; las mujeres (Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, 1979); los niños (Convención sobre los Derechos del Niño, 1989); las personas con discapacidad (Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, 2006); los refugiados y las personas internamente desplazadas; y los pueblos indígenas (Folleto Informativo N° 35: “El derecho al agua”, op. Cit., páginas 19 a 26).

DÉCIMO QUINTO: Que, respecto de estos grupos y categorías protegidas, la obligación del Estado es especialmente intensa considerando la situación de vulnerabilidad en que se encuentran. De esta manera, el Estado de Chile, a través del Ministerio del Interior y Seguridad Pública y los demás órganos competentes debe asegurar la provisión de, a lo menos, 100 litros diarios por persona, respecto de estos grupos o categorías protegidas, modificando los criterios y requisitos establecidos en el Oficio Ordinario N° 18.087 de 18 de agosto de 2016, de la Subsecretaría del Interior, a fin de garantizar el acceso del vital elemento a favor de estos grupos.

DÉCIMO SEXTO: Que, de todo lo que se ha venido señalando hasta acá, fluye con nitidez el deber del Estado de garantizar el acceso de los recurrentes y de la población al agua, en una proporción no inferior a 100 litros diarios por persona, de manera que se constata una actuación deficiente de las recurridas al no adoptar todas las medidas necesarias para asegurar no solo a los actores, sino a la comunidad toda, especialmente a las categorías protegidas por el Derecho Internacional, el acceso al agua, omisión que deviene en ilegal y arbitraria y que vulnera la garantía de igualdad ante la ley.

DÉCIMO SÉPTIMO: Que, por todo lo razonado, el recurso de protección deducido deberá ser acogido, sin que sea un obstáculo para ello que la recurrida, Seremi de Salud de la Región de Valparaíso, luego de acogerse el Recurso de Protección Rol N° 13.983-2020, que dejó sin efecto la Resolución N° 458, que fijaba una cantidad de 50 litros diarios para el consumo humano, dictará la Resolución N° 470 de 30 de abril de 2020, que nuevamente fija la cantidad máxima de agua para consumo diario en 50 litros por persona, pues hasta la fecha no ha cambiado las circunstancias que permitirían una eventual disminución del recurso hídrico, proporcionado para el consumo humano, sino que por el contrario éstas se han agravado dado lo prolongado del tiempo en que la pandemia del Covid-19 sigue afectando a la población mundial, circunstancia que evidentemente exige incrementar medidas de higiene y salubridad en la población, brindándose la tutela correspondiente en la forma que se dirá en lo resolutivo.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en el artículo 20 de la Constitución Política de la República y en el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, **se revoca** la sentencia apelada de ocho de octubre de dos mil veinte, dictada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, y en su lugar se declara que **se acoge** el recurso de protección deducido, solo en cuanto se ordena a los recurridos Secretaria Regional

Ministerial de Salud de Valparaíso, y la Gobernación Provincial de Petorca, adoptar todas las medidas necesarias, a fin de asegurar a los recurrentes y a la comunidad de Petorca, con especial énfasis en las categorías protegidas por el Derecho Internacional, un abastecimiento de agua para uso y consumo humano no inferior a 100 litros diarios por persona, para lo cual deberán coordinarse con las autoridades del nivel central, Regional y comunal competentes, a fin de dar cumplimiento a lo ordenado por esta Corte.

Específicamente, deberán recabar de la Subsecretaría del Interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública la modificación a la brevedad del Oficio Ordinario Nº 18.087 de 18 de agosto de 2016, y la transferencia de recursos con cargo al presupuesto de dicha repartición pública, para atender a situaciones de emergencia y al pago de gastos extraordinarios relativos a la compra de camiones aljibe, destinados al abastecimiento de agua potable de sectores de la Provincia de Petorca, afectados por la situación de extrema escasez hídrica que afecta a varias Regiones del país, entre ellas, la Quinta Región de Valparaíso.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la Ministra señora Ravanales. Rol Nº 131.140-2020.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. María Eugenia Sandoval G., Sra. Adelita Ravanales A., Sr. Mario Carroza E. y el Abogado Integrante Sr. Álvaro Quintanilla P. No firma, no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, la Ministra Sra. Sandoval por haber cesado en funciones.

## COMENTARIO

### I. *Introducción*

Es difícil imaginar la vida actual de una persona usando menos de 100 litros diarios de agua. De hecho, el uso promedio de un chileno se acerca más al doble de dicha cantidad (unos 172 litros<sup>1</sup>). Comentaremos en este trabajo una sentencia referida al derecho al agua, un tema de gran relevancia, atendida la situación crítica que se vive en muchos poblados a nivel nacional por la escasez de este recurso. Este comentario no busca referirse a la cantidad mínima de agua que necesitamos ni intenta negar que la crisis hídrica es uno de los grandes problemas que afectan materialmente al país. Tampoco hace juicios contrarios a la existencia de un derecho al agua desde un punto de vista sustantivo. Lo que se pretende es reflexionar acerca del modo cómo algunos tribunales –la Corte Suprema en este caso– afirman que el Derecho internacional exige más

---

<sup>1</sup> MARTICORENA, Jessica, 2020: “Consumo de Agua Promedio por Persona en Chile Supera la Media de Europa, Aunque Está Muy por Debajo de la de Estados Unidos”, *El Mercurio* (02/02/2020), B10.

de lo que realmente hace. En efecto, en ocasiones los tribunales utilizan instrumentos internacionales no vinculantes para afirmar la existencia de obligaciones inexistentes y, en la práctica, terminan constituyéndose en creadores de normas nacionales.

Los jueces están llamados a aplicar el Derecho, sea que tenga su origen en el fuero nacional o internacional. En efecto, el Derecho internacional empieza a formar parte del nacional una vez que se incorpora a este, sin perjuicio de que algunas normas del Derecho internacional incorporadas al nacional puedan no ser autoejecutables (lo que dependerá de múltiples factores<sup>2</sup>). En el ámbito internacional existe también el *soft law*, que carece de poder vinculante. Como sabemos, este es un concepto de *bolsillo de sastre* que se usa para referirse a cualquier instrumento internacional que contenga expectativas de comportamiento estatal, que no sea un tratado internacional. El *soft law* o Derecho blando no se incorpora como norma al Derecho nacional, por lo que no puede ser aplicado por nuestra judicatura como una fuente jurídica en sí misma<sup>3</sup>.

## II. *Antecedentes del caso*

En marzo de 2021, la Corte Suprema falló la apelación de un recurso de protección presentado en favor de los habitantes de Petorca, Cabildo y La Ligua, en contra de la Secretaría Regional Ministerial de Salud de Valparaíso y de la Gobernación Provincial de Petorca. Esta acción se dedujo alegando “la omisión ilegal de adoptar las medidas necesarias para proveer agua potable en cantidad suficiente y adecuada, para abastecer esas localidades, a efectos de que la población pueda ejercer las medidas de higiene y saneamiento necesarias para la prevención y contagio del Covid-19, en dichos municipios”.

Este caso se presenta en el contexto de la escasez hídrica que afecta a las antedichas localidades desde hace casi dos décadas, que ha hecho que se les declare zonas de catástrofe y de alerta sanitaria. El principal motivo de este recurso venía dado porque, luego de determinarse que debía proporcionarse a los habitantes de estas localidades una cantidad de 100 litros diarios de agua por persona, se redujo al poco tiempo a 50 litros diarios. El principal argumento que daban los recurrentes, fue que esta última cantidad “se encuentra por debajo de los 100 litros mínimos de consumo humano diario, que ha fijado la Organización Mundial de la Salud”, y que las exigencias sanitarias que habría traído la actual pandemia agravarían los efectos de su situación. El Estado alegó que, entre los fundamentos de su medida, figuraba la dificultad de almacenar la cantidad indicada y la generación de mayores costos.

Al fallar, la Corte Suprema dio lugar al recurso y revocó la sentencia de primera instancia. Ordenó que debía proveerse agua en una cantidad de 100 litros diarios por persona. En lo que respecta a la argumentación respecto del derecho al agua, la Corte

---

<sup>2</sup> FUENTES TORRIJO, Ximena y PÉREZ FARÍAS, Diego, 2018: “El Efecto Directo del Derecho Internacional en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, año 25, N° 2, pp. 140-151.

<sup>3</sup> El Tribunal Constitucional comprendió esta distinción en un caso donde se le argumentó sobre la base de simples recomendaciones de la Organización Internacional del Trabajo. Tribunal Constitucional, 9.5.2016, rol 3016(3026)-16-CPT, cons. 53-57.

Suprema reiteró lo previamente afirmado en la sentencia *Gallardo con Anglo American Sur S.A.*<sup>4</sup> En tal sentido, gran parte de lo que se afirma en este trabajo podría también predicarse de dicha sentencia.

Este comentario destacará principalmente el modo cómo la Corte Suprema fijó el deber de entregar una cantidad determinada de agua a los pobladores de las comunidades afectadas. Ello, porque el razonamiento de la Corte muestra un desconocimiento de la distinción entre el Derecho internacional, propiamente tal, y el *soft law*. Quizá el ejemplo más llamativo de esta utilización de *soft law* es la cita, en un par de ocasiones, de un “folleto informativo” (cons. 12º.d y 14º). En efecto, aunque dicho folleto sea un documento trabajado, no parece adecuado que el máximo tribunal de un Estado lo considere como una fuente de Derecho.

### III. *Argumentación basada en soft law*

El punto de partida de la argumentación de la Corte Suprema es el hecho irrefutable de que el Estado de Chile se encuentra obligado por lo dispuesto en diversos tratados internacionales en materia de derechos humanos (cons. 11º). Al afirmar esto, la Corte se basa en el artículo 5, inciso 2 de la Constitución, que afirma que la soberanía está limitada por los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, reconocidos en tratados internacionales ratificados por Chile. No era necesario fundamentar la obligación que se tiene de respetar los tratados en esta norma, ya que el Estado se encuentra obligado por todo tipo de tratados internacionales que ha ratificado, no solo por los de derechos humanos. En efecto, el artículo 5, inciso 2, es más relevante para determinar la jerarquía de los tratados –tema que no se discute en este caso, pues aquí se impugnan solo normas de la potestad reglamentaria–, que la existencia de una obligación general de cumplimiento de los mismos.

Posteriormente, la Corte se refirió a la existencia del derecho humano al agua, que se consagra en ciertas normas vinculantes referidas a grupos vulnerables, cuales son, la Convención sobre los Derechos del Niño (Art. 24.2.c) y la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos de las Personas Mayores (Art. 25.b). Sin embargo, estas normas no consagran un derecho al agua para la generalidad de la población. Para determinar si el derecho al agua es aplicable a todos los individuos de la sociedad, era necesario hacer una mayor argumentación, que la Corte Suprema omite. En efecto, para afirmar la existencia de un derecho humano al agua se requiere hacer un desarrollo argumentativo. En lugar de hacerlo, la Corte Suprema toma la vía fácil de acudir a argumentos de autoridad, basándose en *soft law* emitido por algunos órganos internacionales, pero olvida que tales instrumentos no obligan, por lo que su argumentación no resulta convincente.

La Corte Suprema hace un gran despliegue de *soft law* en su sentencia. Ella parece querer inundar al lector con este tipo de referencias, para hacerlo olvidar que una suma

<sup>4</sup> Corte Suprema, 18.1.2021, rol 72.198-2020.

de instrumentos no vinculantes no puede generar efectos obligatorios. Debemos reconocer que muchos consideran que el Derecho internacional no es un sistema binario donde encontramos solo instrumentos vinculantes e instrumentos no vinculantes, sino que es uno donde existe una relatividad normativa, de modo que el *soft law* tendría una cierta obligatoriedad. Esta opinión, sin embargo, contraría en gran medida el modo como se comportan los Estados a nivel internacional, y también la Corte Internacional de Justicia (aunque va en línea con el modo como la Corte Interamericana de Derechos Humanos usa estos instrumentos). Además, es contrario al entendimiento mayoritario en el debate nacional, lo que quedó en claro cuando el expresidente Piñera decidió no firmar el Pacto Mundial para una Migración Segura, Ordenada y Regular (que a pesar de llamarse “pacto”, es solo un acuerdo no vinculante). En efecto, en ese momento se le argumentó profusamente en los medios que él no debía tener miedo de firmar dicho pacto, ya que no era vinculante.

Tampoco puede negarse que el *soft law* tiene cierta utilidad al momento de interpretar el Derecho, pero hay que usarlo con muchísimo cuidado, para evitar la tentación de crear Derecho donde no existe. Como afirma un autor clásico, en el tema de la relatividad normativa, “la acumulación de no-derecho o prederecho no es más adecuada para crear Derecho, de lo que es tres veces nada para crear algo”<sup>5</sup>. El problema es que la Corte Suprema no parece notar esto. De hecho, en ocasiones ha usado como fuente del Derecho algunos instrumentos que ni siquiera constituyen *soft law*, sino que instrumentos privados elaborados por ciertas personalidades<sup>6</sup>. Por eso, ella debiera darle una mayor estructura y racionalidad a su uso de *soft law*.

#### IV. *Determinación de una política pública que no sustenta ni en soft law*

Uno de los temas más cuestionables del fallo es el modo cómo extrae la supuesta obligación estatal de entregar 100 litros de agua diarios por persona. En efecto, incluso en el entendido de que el Derecho internacional consagrara para el caso de Chile un derecho humano al agua para la generalidad de las personas (y no solo para los niños y los adultos mayores), ello no es equivalente a afirmar que existe la obligación de entregar un número determinado de litros. Si el Derecho internacional no consagra una cantidad específica, ello debiera estar entregado a la definición por parte de las autoridades nacionales competentes, que conocen las necesidades de la población y las posibilidades materiales de cubrirlas. No obstante, la Corte Suprema fue atrevida, y afirmó que “fluye con nitidez” que el Estado debe garantizar agua en una cantidad de 100 litros por persona. La expresión “fluye con nitidez” no se ajusta a la realidad, y parece querer encubrir una argumentación deficiente.

<sup>5</sup> WEIL, Prosper, 1983: Towards Relative Normativity in International Law?, *The American Journal of International Law*, volumen 77, p. 147 (la traducción es nuestra).

<sup>6</sup> Por ejemplo, cuando basó una decisión en los Principios de Yogyakarta. Corte Suprema, 29.5.2018, rol 70584/2016, cons. 12°.

En efecto, la misma Corte reconoce que la “OMS ha señalado que [la disponibilidad del agua] supone entre 50 y 100 litros de agua por persona” (cons. 12°, letra a). Por ello, si el *soft law* aludido recomienda la entrega de entre 50 y 100 litros de agua, no se entiende por qué la Corte ordena la entrega de 100 litros, en lugar de permitir que el Estado siga entregando los 50 litros que ya estaba poniendo a disposición de la población. Por lo demás, ni siquiera existe una obligación de entregar 50 litros, ya que la OMS no tiene el poder para generar obligaciones para los Estados en esta materia. Por último, el mismo folleto aludido por la Corte Suprema afirma que podría decirse que el mínimo es de 20 a 25 litros por persona al día, aunque dicho mínimo generaría preocupaciones sanitarias<sup>7</sup>.

Tampoco queda claro por qué la Corte Suprema ordena hacer entrega del agua “con cargo al presupuesto” de la Subsecretaría del Interior. En efecto, que algo sea derecho humano no significa que deba ser entregado de forma gratuita. Así, por ejemplo, existe el derecho humano básico y fundamental a la alimentación, pero ello no implica que sea el Estado el que deba entregarla en forma gratuita y generalizada a los habitantes de ciertas comunas.

## V. Conclusiones

La sentencia comentada se une a otras donde la Corte Suprema ha exhibido falta de precisión y cuidado al momento de presentar sus argumentos basados en el Derecho internacional. En esta sentencia, la Corte usa instrumentos vinculantes y no vinculantes para crear a nivel nacional una obligación que no existe a nivel internacional. Con ello, en lugar de aplicar el Derecho, la Corte Suprema termina encontrando derechos nuevos, inmiscuyéndose en las labores legislativas. Asimismo, la Corte Suprema se embarca en la definición de políticas públicas al determinar la cantidad y la forma en que debe entregarse el agua, ejerciendo el rol de los miembros del Gobierno. Al hacerlo, la Corte Suprema va en contra de uno de los principales axiomas del Estado de Derecho –probablemente el mayor avance jurídico que nos ha dado la modernidad–, cual es que los órganos públicos solo pueden realizar las acciones para las que se les ha dado competencia.

Asimismo, puede también decirse que con sentencias como la comentada, la Corte Suprema está dando microgolpes a la separación de poderes y a la democracia, pues los ciudadanos votan por los parlamentarios para que redacten leyes, y por el Gobierno para que defina las políticas públicas. Ellos no votan por los jueces, en atención a que estos tienen la función técnica de aplicar la ley escrita. Sin embargo, la Corte Suprema comienza a ejercer funciones que le son ajenas, sin tener la legitimidad democrática necesaria para hacerlo. No puede dudarse que la Corte Suprema tuvo buenas intenciones al dictar este fallo, pero el fin no justifica los medios.

---

<sup>7</sup> Oficina del Alto Comisionado para los DD.HH., ONU Habitat y OMS, 2011: *El Derecho al Agua, Folleto Informativo* N° 35, p. 9. Disponible en <https://www.ohchr.org/sites/default/files/Documents/Publications/FactSheet35sp.pdf> [Fecha de consulta: 6.5.2022]

# **RECENSIONES**



## Recensiones

DR. VICENTE CABEDO MALLOL y DR. ISAAC RAVETLLAT BALLESTÉ, *Los derechos de la infancia y la adolescencia en las constituciones europeas*, España, Tirant lo Blanch, 2020, 158 p.

Dos destacados juristas investigadores que dedican su quehacer a la academia y a la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia entregan en la obra *Los derechos de la infancia y la adolescencia en las constituciones europeas*, el resultado de una investigación realizada de manera pormenorizada y rigurosa respecto de las constituciones del Viejo Continente. El objetivo ha sido identificar los elementos claves del proceso de incorporación de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en las cartas magnas de los países que integran Europa, como así también realizar un análisis acerca de cuáles han sido los avances, retrocesos y desafíos que se debieron afrontar para lograrlo. Al igual que en Latinoamérica, los derechos reconocidos por la Convención de los derechos del niño de 1989, trajo aparejada la constitucionalización de los mismos, proceso de reconocimiento pleno del niño como sujeto que marcó un antes y un después en el estatus jurídico de la persona desde el inicio del reconocimiento de su personalidad. Sin lugar a dudas, el resultado de la investigación es de trascendental relevancia para el derecho comparado, para la academia y para seguir avanzando en el estudio de la materia tanto a nivel europeo, latinoamericano como de otros continentes.

La hipótesis que nos plantean los autores en este estudio es que el proceso de constitucionalización de los derechos de la infancia y la adolescencia acometido en el contexto europeo no obedece a un modelo único y está llamado, eso sí, a dotar a los niños, niñas y adolescentes de una mayor visibilidad social que venga a considerarlos, definitivamente, como ciudadanos y ciudadanas titulares de derechos con capacidad de intervención autónoma.

En virtud de lo expuesto, el libro aparece dividido en dos grandes apartados: en el primer capítulo, se ofrecen al lector unas ideas generales acerca del proceso de constitucionalización de los derechos de la niñez y la adolescencia en Europa, así como también se analiza el diferente ritmo con el que los Estados europeos han ido reflejando y visibilizando en sus cartas magnas a los niños, niñas y adolescentes. De esta manera se entrega un análisis del aspecto clave que delinea las normas jurídicas que regulan los derechos de niñas, niños y adolescentes, y que a la vez, pasaron a constituir el eje vertebrador de la concepción actual del niño como sujeto, y más allá, de la persona como centro de atención del derecho. Se delimita claramente y se posiciona la cuestión como parte del derecho público teniendo en consideración los derechos humanos.

En el segundo capítulo, se procede al examen pormenorizado de ciertos principios y derechos dimanantes de la Convención sobre los Derechos del Niño que, de manera más o menos acertada, sí han encontrado algún acomodo en los textos constitucionales europeos. Así, por destacar algunos, se aborda el derecho de los niños, niñas y adolescentes

a ser cuidados por sus progenitores, se analiza detalladamente el principio del interés superior del niño y de la niña, así como se evalúa concienzudamente la recepción constitucional del derecho de las niñas, niños y adolescentes a expresar sus opiniones en aquellas cuestiones que les competen. El estudio de estos principios y derechos es empleado por los autores como claro indicador del verdadero trato irrogado a los niños, niñas y adolescentes en las diferentes cartas magnas europeas: ya sea como seres dependientes, hijos e hijas de familia, y ciudadanos de futuro; o, por el contrario, como agentes activos de presente llamados a participar en su propio proceso de desarrollo integral, así como en la construcción de la sociedad que les rodea. Se destaca también la incorporación de algunos de los derechos económicos, sociales y culturales de las niñas, niños y adolescentes, que a la vez, es una de las novedades de la Convención y cuyo tratamiento es en sí mismo un indicador de avance para el reconocimiento real de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia.

En suma, esta obra aporta al lector y a la lectora una mirada contingente y crítica acerca del procedimiento de constitucionalización de los derechos de la niñez y la adolescencia suscitado en el contexto normativo europeo. Los autores mediante un análisis metódico de todas las constituciones europeas constatan, como resultado, que si bien las constituciones de los países de la Europa del Este y los euroasiáticos, con democracias jóvenes y textos fundamentales relativamente nuevos, han incorporado en su articulado preceptos alusivos a los derechos de la niñez y la adolescencia, no se vislumbra, en cambio, una voluntad uniforme, homogénea y clara por parte del resto de Estados del viejo continente por adaptar sus normas supremas a las previsiones dimanantes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Lo anterior les lleva a concluir la necesidad de reformular buen número de constituciones europeas, para asegurar con ello que los derechos de la niñez y la adolescencia se garanticen y protejan por medio de los mecanismos contenidos en dichas cartas fundamentales.

*Claudia Sanabria Moudelle\**

---

\* Máster en Derecho de Familia e Infancia y Máster en Globalización, Desarrollo y Cooperación, Universidad de Barcelona, España. Docente investigadora, Universidad Iberoamericana, Paraguay. ORCID <https://orcid.org/0000-0001-8106-6412> . Correo electrónico: sanabriamoudelle@gmail.com

## 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](http://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 (2ª 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 postpuestos 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](http://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

John Finniss y el punto de vista interno del punto de vista interno. Fernán Rioseco Pinochet  
Feminismos jurídicos: aportes para el análisis del rol del Derecho y del género en América Latina.  
Natalia Cárdenas Marín

### DERECHO CIVIL

Aplicación de la Convención de Viena sobre contratos de compraventa internacional de mercaderías en la operación de *leasing* financiero, Mauricio Inostroza Sáez  
La acción de repetición en la responsabilidad civil por accidentes del trabajo. Elementos, vigencia y rol de una herramienta olvidada. José Luis Diez

### DERECHO DEL TRABAJO

El retiro de confianza en el ordenamiento laboral peruano. Necesidad de un reexamen en clave protectora. Javier Hildebrando Espinoza Escobar  
Análisis de la legislación iberoamericana sobre inclusión laboral de personas con discapacidad con perspectiva de género. Sofía Alarcón García, Luis Díaz García, Kevin Ritz Parra

### DERECHO ADMINISTRATIVO

Funciones jurisdiccionales de las Superintendencias en Colombia. Claves para comprender esta forma de administrar justicia desde el ejecutivo. Nelson Hernández Meza, María Lourdes Ramírez Torrado, María de Jesús Illera Santos

### DERECHO CONSTITUCIONAL

El marco legal del trabajo callejero: la imposición de un orden sin los trabajadores, Paz Irrázabal González

La limitación de derechos políticos vía administrativa en Colombia y la renuencia del Estado a adecuar su legislación interna. José Reynel Cristancho Díaz  
¿Es constitucional despenalizar el aborto, más allá de causales? Rodolfo Figueroa García Huidobro

### DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

La insuficiencia del enfoque de los tratados internacionales anticorrupción para abordar la corrupción transnacional organizada. Héctor Olasolo, Pablo Galain Palermo

### DERECHO PENAL

Cuatro anomalías dogmáticas y su superación a través de la concepción de la culpabilidad como vinculación subjetiva con el hecho, con el auxilio de ciertas distinciones aristotélicas. Jean Pierre Matus Acuña

El procesamiento de delitos de baja entidad en Chile. Javier Wilenmann von Bernath, Juan Pablo Arístegui Spikin

La infidelidad patrimonial como variante de administración desleal: una reconstrucción restrictiva. Juan Pablo Mañalich Raffo

Problemas de determinación de la pena en el delito de manejo en estado de ebriedad con resultado de lesiones gravísimas o muerte. Guillermo Oliver Calderón, Laura Mayer Lux

---

## JURISPRUDENCIA COMENTADA

---

Los derechos de los pueblos indígenas en el contexto de los procedimientos de constitución de concesiones mineras en Chile (Corte de Apelaciones de Temuco), Felipe Guerra Schleef

¿Debe responder el autor de una violación por el suicidio de la víctima? Análisis de una decisión judicial controvertida (Cámara Tercera en lo Criminal y Correccional de la ciudad de Córdoba, Argentina), Bruno Rusca

El Derecho Internacional como excusa para cuantificar el derecho al agua (Corte Suprema), Álvaro Paúl Díaz

---

## RECENSIONES

---

Vicente Cabedo Mallol, Isaac Ravetllat Ballesté, *Los derechos de la infancia y la adolescencia en las constituciones europeas*. Recensión de Claudia Sanabria Moudelle