

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXVI - Nº 1 • Junio 2023

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

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

Toda comunicación debe dirigirse
al Director/a de la Revista,
casilla 567, Valdivia, Chile, o a revider@uach.cl
www.revistaderechovaldivia.cl

Directorios y catálogos
Scopus
SCIELO
Latindex

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

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

HANS RICHTER BECERRA

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE

SUSAN TURNER 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

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente

SEBASTIÁN AGÜERO SAN JUAN,

Director Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA,

Director Instituto de Derecho Público

DARÍO PARRA SEPÚLVEDA,

Director Instituto de Ciencias Jurídicas, Puerto Montt

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 XXXVI - N° 1 (Junio 2023)

INVESTIGACIONES

<i>Epistemología y regulación jurídica de la prueba.</i> Mirjan Damaška (traducción de Claudio Meneses Pacheco)	9
<i>La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos.</i> Fernando Atria Lemaitre	27
<i>La declaración del vendedor acerca de la ausencia de gravámenes en la cosa vendida.</i> Feliciano Tomarelli Rubio	49
<i>La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso.</i> Hugo Cárdenas Villarreal	69
<i>La propiedad privada como canon: notas para su deconstrucción.</i> Pedro S. Guerra Araya	91
<i>Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno.</i> Diego Pardo Álvarez	113
<i>Trabas en el ejercicio del derecho humano a buscar y recibir asilo en Chile: el ingreso al procedimiento de asilo.</i> Fernanda Gutiérrez Merino, Francisca Vargas Rivas	137
<i>Consulta de pertinencia y fiscalización ambiental: una propuesta de armonización.</i> Jaime Phillips Letelier, Felipe Pavez Torrealba	161
<i>El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado.</i> Pablo Soto Delgado	183
<i>Taxatividad tributaria, elusión y seguridad jurídica: criterios para una evaluación.</i> Hugo Osorio Morales	205
<i>Radiografía del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo en Chile.</i> Eduardo Jequier Lehuédé	227

<i>El nuevo juicio de precario y la aplicación de la Ley N° 21.461 de 2022 al sistema de acciones reales.</i> Jorge Larroucau Torres	263
<i>¿Hacia dónde va la inimputabilidad? Entre las neurociencias y el modelo social de la discapacidad.</i> Ezequiel Mercurio	285
<i>Ley de Seguridad del Estado y delitos contra el orden público.</i> Myrna Villegas Díaz	307
<i>Delimitación del círculo de autores en la modalidad pasiva del delito de corrupción entre particulares en un “modelo de la competencia” y consecuencias asociadas a la exclusión del principal.</i> Osvaldo Artaza Varela	329

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Inaplicabilidad, reforma constitucional y vicios de forma (Tribunal Constitucional),</i> Ariel Pérez Aubel	351
<i>Aplicación supletoria de la Ley N° 19.886 y regulación del factoring en la contratación pública (Corte Suprema),</i> Juan Pablo Aburto Barahona	361
<i>Acerca del perfeccionamiento y la terminación del mandato judicial (Corte Suprema),</i> Jaime Alcalde Silva	373

RECENSIONES

<i>Pablo Eugenio Navarro, Sistemas normativos y lagunas en el derecho.</i> Recensión de Sebastián Agüero-SanJuan	383
--	-----

INVESTIGACIONES

Epistemología y regulación jurídica de la prueba*

Mirjan Damaška**

RESUMEN

La omnipresencia de los problemas cognitivos en el proceso judicial es menor de lo que generalmente se piensa. Los mecanismos óptimos de establecimiento de hechos dependen de una variedad de factores, de modo tal que quienes intenten mejorarlos enfrentan diferentes problemas en distintos escenarios procesales. Al examinar los factores en relación con las mejores prácticas probatorias, el autor se enfoca, en un primer momento, en los factores internos de la cultura judicial, tales como el variado perfil de los órganos decisores, el tipo de procedimiento y los objetivos de la justicia. Posteriormente, explora la influencia de factores extrajudiciales, tales como el papel de la ideología política, la estructura estatal y el contexto cultural general en las decisiones judiciales sobre los hechos. Se da especial importancia a la cuestión relativa a si las técnicas probatorias en entornos culturales radicalmente distintos se vuelven discontinuas e incommensurables. El trabajo termina con una nota de advertencia, sugiriendo que la ausencia de una adecuada taxonomía de los hechos sujetos a prueba dificulta en gran medida la aplicación de las perspectivas de la ciencia cognitiva en las decisiones judiciales concerniente a los hechos.

Juzgamiento sobre hechos; proceso adversarial; tribunales; cultura y prueba;
proceso inquisitivo; probabilidad; prueba legal

Epistemology and legal regulation of proof

ABSTRACT

In the legal process, there are fewer ubiquitous cognitive problems than is often thought. Optimal fact-finding arrangements depend on a variety of factors, so that those intent on improving these arrangements face different problems in different procedural settings. In examining factors with a bearing on best fact-finding practices, the author focuses first on factors that are internal to legal culture, such as the varying profile of decision-makers, the type of proceedings, and the objectives of justice. He then explores the influence of extra-legal factors, such as the role of political ideology, governmental structure, and the general cultural context on adjudicative fact-finding. Special attention is given to the question of whether radically different cultural environments render their proof-technologies discontinuous, or incommensurable. The paper ends on a cautionary note,

* "Epistemology and legal regulation of proof", *Law, Probability and Risk* (2003) 2, pp. 117-130. Traducción de Claudio Meneses Pacheco, profesor de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile; colaboración de Moira Romero Rojas, Ayudante alumna de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile.

** Profesor Emérito de Derecho de la Universidad de Yale, Estados Unidos de Norteamérica.

Artículo recibido el 20.7.2022 y aceptado para su publicación el 14.1.2023.

suggesting that the absence of a suitable taxonomy of facts subject to proof makes it very difficult to apply the insights of cognitive science to factual inquiries in adjudication.

Adjudicative fact-finding; adversary process; courts; culture and proof;
inquisitorial process; probability; legal proof

I. INTRODUCCIÓN

Es de aceptación general que la conveniencia de los mecanismos de establecimiento de los hechos del proceso judicial no se puede medir en términos de su capacidad de generar resultados precisos. El interés de quienes buscan prácticas cognitivamente óptimas no es idéntico al de aquellos que persiguen los mejores mecanismos de establecimiento judicial de los hechos. ¿Por qué? La razón más obvia es que la búsqueda de la verdad es solo un elemento de la actividad de juzgamiento, y que los valores que fomentan la verdad se deben contrapesar con otras necesidades compensatorias del proceso judicial, tales como la paz social, la dignidad humana, la estabilidad de las decisiones o el costo. Otra razón incorporada, aunque destacada con menos frecuencia, se deriva de la imbricación de los temas de Derecho y de hecho en los sistemas judiciales occidentales. A pesar de las considerables similitudes entre conjeturar acerca de los hechos y conjeturar respecto del Derecho, el mejor método para alcanzar una precisión probatoria no es siempre idéntico al mejor método para llegar a resultados apropiados desde el punto de vista jurídico. En algunas situaciones, puede que un método de establecimiento de hechos no tan perfecto sea más idóneo para conseguir los objetivos generales de una sentencia judicial, que un método superior en términos de su potencialidad para generar certezas¹. En pocas palabras, la regulación jurídica de la prueba se ve influenciada por factores tanto epistémicos como extraepistémicos.

Por lo general, es muy difícil diferenciar estos dos factores. La mayor dificultad la provocan factores que promueven, o parecieran promover, valores que fomentan tanto la verdad como valores colaterales. La prohibición de los métodos coercitivos de interrogación es una buena ilustración de ello. Se puede justificar no solamente por razones humanitarias, sino también porque protege al juzgador de los hechos de información cuestionable. O considérese el privilegio abogado-cliente. Se puede justificar plausiblemente no solo por razones de privacidad, sino también por motivos de alcanzar la verdad. Se puede argumentar que, sin el privilegio, los testigos podrían abstenerse de entregar a su abogado información que sea importante para obtener constataciones factuales

¹ Cuestiones de legislación nacional pueden ser resuelta por el tribunal con base en sus propias investigaciones. Esto sucede incluso en procesos adversariales de *common law*, que delega en los litigantes la responsabilidad de presentar evidencia. Es cierto que en algunas ocasiones se tratan cuestiones de Derecho foráneo de la misma manera que los temas fácticos comunes y corrientes. Sin embargo, incluso en jurisdicciones que aplican esta analogía al grado máximo, los asuntos de hecho y de Derecho no se tratan exactamente del mismo modo. Para todas las implicaciones de las analogías de hechos, véase SCHLESINGER *et al.* 1988. *Comparative Law*, 5^{ta} ed., Mineola, NY, pp. 81-88.

precisas. La pérdida inmediata de información en un caso particular, causada por el reconocimiento del privilegio, se puede justificar entonces por el hecho de ganar a largo plazo valores que conducen a la verdad. Aunque es difícil de hacer, la distinción entre factores epistémicos y extraepistémicos tiene una considerable importancia práctica². Si han de sopesarse debidamente los valores de verdad con sus rivales, los factores capaces de promover la precisión de las constataciones fácticas se deben mantener separados de los que sirven a otros propósitos. Faltando este prerrequisito, la doble consideración y otras distorsiones podrían estropear el proceso de equilibrio, oscureciendo la tensión de la aspiración de un sistema de justicia por lograr un establecimiento de hecho preciso y diversas limitaciones a esta aspiración.

En este trabajo limitaré mis observaciones solo a aquellos factores contextuales que llevan a quienes buscan estrategias cognitivamente óptimas por direcciones diferentes, impulsándolos a confrontar distintos problemas. Tales factores pueden inducir a científicos cognitivos, con el propósito de maximizar la precisión de los mecanismos de establecimiento de hechos en la vida real, a abandonar lo que para ellos son mecanismos ideales y concentrarse en cambio en el mejoramiento de aquellos que ya han sido aceptados por un sistema de enjuiciamiento. Si, por alguna razón, un sistema prescribe el uso del testimonio presencial (por ejemplo), un científico con una mentalidad realista dará por establecida esta forma de testimonio y se dedicará a minimizar sus falencias, incluso si le parece que las transcripciones de las declaraciones de los testigos proporcionarían una base más confiable para dictar una sentencia.

Cuando los juristas debaten sobre factores contextuales de este tipo, su sesgo profesional los lleva naturalmente a concentrarse en asuntos internos de la cultura jurídica. Los variados sistemas de justicia, el diseño procesal y los objetivos del proceso judicial se llevan la mayor parte de la atención, mientras que otros factores relacionados con el contexto cultural quedan relegados a un segundo plano. Comenzaré tomando la senda de los juristas y examinaré primero los factores internos de la cultura jurídica, limitándome a aquellos que se pueden percibir en los sistemas procesales occidentales. Solo después sucumbiré al encanto de lo exótico, enfrentaré las nubes difusas que rodean el concepto de cultura general y me aventuraré en algunas observaciones en relación con los factores de importancia para la elección de prácticas probatorias en sociedades radicalmente distintas.

² El análisis de factores realmente bivalentes se complica por la tendencia generalizada a exagerar la importancia de las consideraciones sobre la búsqueda de la verdad en instituciones y doctrinas de inspiración principalmente humanísticas. Una vez más, el rechazo a las confesiones coaccionadas es un buen ejemplo. No es realmente cierto, aunque se afirme a menudo, que las confesiones coaccionadas carezcan de valor probatorio. Una confesión de asesinato, por ejemplo, puede llevar al descubrimiento del cuerpo de la víctima y muchas otras confesiones también se pueden confirmar mediante evidencias posteriores. Los principales y más importantes motivos para rechazar los métodos coercitivos de interrogación guardan relación con preocupaciones humanísticas. La exageración de los elementos relacionados con la búsqueda de la verdad contenidos en la prohibición puede ser, en gran medida, un intento por ejercer una influencia positiva en los entes encargados de hacer cumplir la ley. Pueden, de hecho, ser más receptivos a argumentos respecto de la prevención de errores de hecho que a razonamientos que exalten la dignidad del individuo o valores similares. Véase DAMAŠKA, M. 1998. Truth in adjudication, *Hastings L.J.*, 49, 306-307.

II. LA MAQUINARIA DE JUSTICIA

Pasando a factores contextuales internos de la cultura jurídica, consideremos en primer lugar aquellos que se relacionan con las diversas características de la maquinaria de justicia, incluyendo los diferentes perfiles de los órganos decisores. Probablemente la pregunta más frecuente en relación con este tema es si los jueces profesionales y los jueces legos abordan la toma de decisiones de la misma manera. Si este no es el caso, entonces los mejores métodos probatorios para ambos tipos de juzgadores no necesitan ser idénticos. A pesar de la escasa prueba empírica acerca de esta materia, parece plausible esperar que realmente existan enfoques sutilmente diferentes respecto de la toma de decisiones. Basta señalar los distintos impactos de la actividad rutinaria y no rutinaria en los agentes cognitivos. En una feliz expresión, se ha dicho que la característica definitoria de una profesión es la tendencia de sus miembros por tratar como rutina lo que para otros representa una crisis³. Mientras más se involucre una persona en la actividad de juzgar, más curtida se hace: las materias acerca de las que hay que decidir le parecen meramente representativas de clases generales y gradualmente comienza a ver el establecimiento de los hechos como la ejecución relativamente poco apasionada de una tarea rutinaria. Por su lado, quienes ocasionalmente tienen que tomar decisiones no están sujetos a este cambio de actitud: aún conservan fresca su capacidad de percibir cada caso como un drama humano único. Estas actitudes divergentes de los jueces profesionales y los jueces legos, si es que en realidad existen, pueden influir en la elección de los mejores mecanismos para establecer hechos desde el punto de vista cognitivo. Puede que los legos necesiten evidencias diferentes, o con una estructura distinta, de las que necesitan sus homónimos profesionales. Para las causas penales hay, de hecho, algunas comprobaciones empíricas de que los primeros necesitan más prueba incriminatoria que los segundos para condenar⁴.

Otro factor poco observado es aquel relacionado con la composición del tribunal, a pesar de que también es importante para la elección de los mejores mecanismos probatorios. Supone el contraste entre la toma de decisiones por un solo juez y por un panel de jueces. Resulta irrelevante si son legos o profesionales. El contraste es importante porque los procesos de aprendizaje individuales y sociales no son idénticos: tomar decisiones con la tranquilidad del soliloquio interno o entre el clamor de las voces contendientes no plantea las mismas cuestiones. En un entorno colectivo se necesita una regulación especial para las deliberaciones grupales, regulación que debería estar basada en una variedad de consideraciones *sui generis* que incluyan cuestiones como la disparidad de propensiones al riesgo, tanto individuales como grupales. También es posible que los procesos psicológicos de la formación de creencias individuales no sean exactamente iguales cuando se toman decisiones en solitario a cuando se decide como miembro de un pequeño grupo de juzgadores. En el último contexto, la tensión entre posiciones justificables intuitiva y argumentativamente podría ser más pronunciada:

³ Véase HUGHES, E. 1953. *Men and Their Work*, Glencoe, IL., p. 84.

⁴ Véase KALVEN, H. y ZEISEL, H. 1966. *The American Jury*, Boston, MA, pp. 182-190.

concertar sentimientos y conocimientos puede ser más laborioso. Es sintomático que los reales estándares para la toma de decisiones (en comparación con los declarados) difieran en entornos individuales y colectivos. Los estándares destinados a la toma de decisiones grupales tienden a ser más externos o intersubjetivos que los dirigidos a los jueces individuales⁵.

El contraste entre tribunales unipersonales y colegiados también influye en la elección de los mejores mecanismos probatorios desde el punto de vista cognitivo. En los paradigmáticos tribunales de *common law*, las tareas acerca de establecimiento de los hechos están divididas entre el juez y el jurado, y esta división crea problemas que no se presentan en el contexto de los tribunales unipersonales. Surge el dilema, por ejemplo, si es más conducente a resultados fácticos precisos que el juez elimine evidencia que el jurado podría sobrevalorar, o si es mejor admitir tal evidencia y exigirle al primero que advierta al jurado sobre su carácter potencialmente engañoso.

III. EL DISEÑO DEL PROCESO JUDICIAL

La variación en el diseño general del proceso judicial es otro factor que afecta las cuestiones epistemológicas. La más prominente es la conocida, aunque distintamente formulada, oposición entre el modelo adversarial y el no adversarial. En la esfera del establecimiento de los hechos, esta oposición normalmente se expresa en la yuxtaposición de dos estructuras procesales fijas: en una estructura, la recopilación y formulación de evidencias está en manos de las partes y, en la otra (no adversarial), tales tareas son de responsabilidad oficial. La yuxtaposición implica una variación en la posición de quien dicta sentencia. En el modelo dominado por la oficialidad, el juez participa activamente en la búsqueda de la verdad, mientras que en el modelo dominado por las partes el juez asume una postura pasiva. Es mejor imaginar estas dos estructuras procesales contrarias como extremos de un continuo, con procedimientos reales como mezclas híbridas que gravitan hacia un extremo u otro y pasan en cierto punto de la zona adversarial a la no adversarial⁶. Cuál de estas dos estructuras tiene más posibilidades de generar resultados fácticos precisos es una cuestión empírica no resuelta, aunque acaloradamente debatida (un gran desafío para los científicos cognitivistas). Sin embargo, no es necesario especular acerca de la materia. Basta, a estos efectos, ilustrar cómo el modelo adversarial y su antípoda generan distintos problemas cognitivos.

En un contexto donde las partes juegan un rol importante en el establecimiento de los hechos, cobra importancia desarrollar iniciativas propias para contrarrestar o minimizar su tentación a involucrarse en conductas que distorsionen la verdad. No es realista

⁵ Muchas diferencias entre la epistemología individual y social han sido exploradas con gran perspicacia en GOLDMAN, A. 1986. *Epistemology and Cognition*, Cambridge, MA y 1999. *Knowledge in the Social World*, Oxford.

⁶ He intentado ubicar este punto distinguiendo las reformas transformadoras de las no transformadoras en los procedimientos penales continentales. Véase DAMAŠKA, M. 2001. *Models of Criminal Procedure* (Collected Papers of Zagreb Law School, vol. 51), pp. 477, 485-487.

esperar que sus búsquedas de intereses propios tengan con frecuencia un resultado fáctico deseable: los litigantes no se deben equiparar con quienes buscan ganancias propias en los mercados, a quienes puede guiar una mano invisible para producir beneficios generales. Como resultado, prácticas como la falta de divulgación de información de una parte a su oponente, o su inclinación a usar evidencias cognitivamente inferiores, pero tácticamente útiles, se han transformado en objeto de legítima preocupación⁷. Las maneras con que los litigantes preparan sus testigos para declarar ante el tribunal también pueden ser problemáticas. Para ellos (o su abogado) es normal hacer preguntas que propongan respuestas favorables a su causa. Sin embargo, como han observado los psicólogos, dichas preguntas tienen una potencial puesta en peligro de la verdad: pueden distorsionar las imágenes de la memoria⁸. Quienes se interesan por la capacidad del sistema adversarial para generar precisión, tampoco pueden pasar por alto la posibilidad de que las entrevistas realizadas por adversarios forenses con potenciales testigos puedan transformarse en un simulacro de juicio y producir testimonios inventados. La postura pasiva de los jueces también tiene sus problemas desde un punto de vista epistémico. Aunque esta postura indudablemente promueve la neutralidad, puede afectar negativamente la búsqueda de la verdad. Las personas tienen diferentes necesidades de aprendizaje, de las que los demás solo pueden hacer conjeturas más o menos ilustradas. Como en sus asuntos comunes y corrientes, es probable que los jueces aspiren a participar activamente en la obtención de conocimientos en torno a los que giran sus decisiones.

Los mecanismos procesales de establecimiento de hechos dominados por la oficialidad tienen, por supuesto, su propio potencial de poner en peligro la verdad. Los jueces proactivos requieren conocimientos avanzados de un caso —así como los testigos— para ser interrogadores efectivos. No obstante, desde la perspectiva epistémica, el hecho de que los responsables de tomar decisiones tengan conocimiento previo, representa una seria limitación. Los lleva tempranamente a formar hipótesis de lo sucedido y los vuelve más receptivos a la información que se ajuste a sus hipótesis tentativas, antes que a la información que se aparte de ellas. Fuera del peligro de este “error de muestreo”, representa un serio desafío para los sistemas dominados por la oficialidad el desarrollo de incentivos institucionales propicios contra el poderoso impulso del interés propio y partidista por desenterrar y desarrollar evidencias. En suma, tanto los estilos probatorios dominados por las partes como por la oficialidad tienen diferentes deficiencias epistémicas y los esfuerzos por mejorar su precisión en el establecimiento de los hechos necesariamente debe encontrar problemas divergentes. Lo que resulta realmente intrigante en ambos

⁷ El rechazo de información probatoria puede justificarse, en algunas situaciones, en el propósito de inducir a los litigantes a presentar la mejor evidencia disponible. Véase NANCE, D. 1991. Missing evidence, *Cardozo L. Rev.*, 13, 831, 836.

⁸ Compare LOFTUS, E., MILLER, D., y BURNS, H. 1978. Semantic integration of verbal information into a visual memory, *J. Experimental Psychology: Human Learning and Memory*, 4, 19-31. Dejo de lado la controvertida cuestión de si asignar roles a los testigos puede crear un sesgo en ellos, haciéndoles sentir que son miembros del equipo reunido por la parte que los ha llamado al estrado.

estilos no es lo perfectos o imperfectos que puedan ser, sino porque operan tolerablemente bien a pesar de las numerosas desviaciones de los mecanismos cognitivamente óptimos.

¿Se puede crear un sistema probatorio superior mediante una adecuada mezcla de elementos dominados por la oficialidad y por las partes? Los tribunales penales internacionales y varias jurisdicciones de *civil law* han comenzado a experimentar de manera reciente con una amalgama, en la que la producción de evidencia es responsabilidad principal de las partes, sin perjuicio de que los encargados de adoptar decisiones tienen poder para intervenir en el desarrollo de la prueba⁹. Siguiendo la misma línea, algunas jurisdicciones de *common law* están ensayando esquemas en los que se permite a los miembros del jurado formular preguntas¹⁰. Desafortunadamente, según lo ha demostrado la experiencia con las amalgamas creadas hasta la fecha, es difícil encontrar un equilibrio virtuoso entre las prácticas probatorias oficiales y las desarrolladas por las partes. En su hábitat natural, cada conjunto de prácticas forma parte de un todo procesal más grande que cuenta con su propia coherencia interna, capas de horizontes motivacionales y hábitos arraigados en los actores principales. La creación de una mezcla exitosa no es como ir de compras a una *boutique* de formas procesales desmontables, donde uno es libre de comprar algunas y rechazar otras.

Un ejemplo de este melancólico hecho es el intento de algunas jurisdicciones de *common law* para tornar activos a los jurados¹¹. Esta reforma puede representar una mejora de las prácticas predominantes en la actualidad bajo la condición de que la participación de los miembros del jurado en la producción de evidencia se mantenga estrechamente limitada. Una participación más incluyente puede causar estragos en los incentivos inherentes a los mecanismos probatorios dominados por las partes. Ellos generan un campo de tensión bipolar en donde hay poco espacio para acoger a un tercer actor. ¿Por qué los litigantes, o sus abogados, invertirían tiempo y dinero en preparar el escenario de sus estrategias probatorias cuando una sola pregunta del jurado puede estropear sus planes cuidadosamente elaborados de cómo dar testimonio de manera efectiva? Incluso con conocimiento previo del caso, los jurados activos pueden fácilmente transformarse en “huéspedes no invitados a la fiesta”¹²: entrometidos que entorpecen la interacción de las partes. Esto no quiere decir que la búsqueda de una amalgama exitosa sea fútil.

⁹ El movimiento por la reforma en las jurisdicciones de *civil law* fue promovido por el Código de Procedimiento Penal italiano de 1988. Véase GRANDE, E. 2000 Italian criminal justice: borrowing and resistance. *Am. J. Comp. L.*, 28, 227-260. Del híbrido procesal desarrollado en la justicia penal internacional, véase ORIE, A. 2002. Accusatorial and inquisitorial approach in international criminal proceedings prior to the Establishment of the ICC and in proceedings before the ICC (Cassese et al. eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary*, Vol. 2, Oxford, p. 95.

¹⁰ Véase, por ejemplo, SCHWARZER, W. 1990. Reforming jury trials. *U. Chicago L. Forum*, 119, 139.

¹¹ Sobre la cuestión de activar al juez, véase DAMAŠKA, M. 1997. The uncertain fate of evidentiary transplants: Anglo-American and Continental experiments. *Am. J. Comp. L.*, 55, 839, 849.

¹² La frase fue empleada por la jueza Patricia Wald en relación con su experiencia en un tribunal penal internacional, cuyas reglas permiten a los jueces intervenir en presentaciones de evidencia de las partes. WALD, P. 2001. The international tribunal for the former Yugoslavia comes of age. *Wash. U. J. of Law & Pol.*, 5, 87, 90-91.

Por el contrario, es un gran desafío para los arquitectos de las estructuras procesales y los científicos cognitivos. Es posible que algún día surja un híbrido satisfactorio, probablemente a partir de las experiencias provenientes de la práctica en aquellos tribunales en los que interactúan jueces y abogados de tradiciones jurídicas diferentes. Sin embargo, lo que se necesita es tener mayor cuidado que el demostrado hasta ahora por los potenciales reformistas. No debemos olvidar que se puede crear un híbrido que produzca resultados menos satisfactorios que las partes que lo componen en su forma pura. Como en la vida común y corriente, en la esfera de la justicia también existen muchas posiciones intermedias indeseables. Se puede privar a una persona de la soledad sin proporcionarle verdadera compañía.

IV. LOS OBJETIVOS DEL PROCESO JUDICIAL

Pocas personas podrían negar que la finalidad última del proceso judicial influye en la configuración de las prácticas probatorias. Sin embargo, aunque el cultivo de valores relacionados con la verdad sigue siendo importante para toda sentencia, es más bien poco lo que se puede extraer como objetivo transversal de la totalidad de los procedimientos judiciales en el mundo occidental. Contrario a lo que normalmente se cree, incluso su función instrumental no es constante: no todos los procedimientos han servido, o sirven, como medio para la aplicación del Derecho sustantivo en la misma medida. Solo en algunos casos se puede plausiblemente imaginar a las sentencias como la aplicación de normas predeterminadas a una constelación de hechos¹⁵, e incluso si ello es posible, las metas de los procedimientos reales seguirán siendo inestables y oscilarán entre la resolución de conflictos, como meta primordial, y la urgencia, sumida en lo administrativo, de implementar políticas estatales específicas.

Ante esta variedad de metas, parece poco probable que un solo estilo probatorio sea lo mejor para todos los procedimientos judiciales. Consideremos un pleito que surge de una disputa privada cuya resolución no imponga externalidades negativas a terceros o a la sociedad. Ya que los temas de políticas públicas (que no sean resoluciones de conflictos) están ausentes en este caso, en la mayoría de las jurisdicciones occidentales los tribunales están preparados para emitir juzgamiento sobre hechos acordados por los litigantes. Pocas veces se examina la conducta o el evento que dio origen al litigio,

¹⁵ Algunos procedimientos adquieren tal intensidad en la generación de normas, que hasta cierto punto comienzan a competir seriamente con la función de aplicación de la ley. Un ejemplo son los juicios de Derecho civil estadounidense en el interés público y los procedimientos en los que se cuestiona la constitucionalidad de una ley aplicable *prima facie*. Es cierto que la precisión en el establecimiento de los hechos sigue siendo pertinente incluso en estos procedimientos. Los responsables de tomar decisiones, incluso cuando se involucran en una actividad jurisprudencial intersticial, desean saber si existen hechos que los llevaron a legislar. Cf. TILLERS, P. 1988. *The Value of Evidence in Law. No. Ire. Leg. Q.*, 39, 167. Sin embargo, su impulso por dar forma a una norma deseable puede ser tan fuerte que se tiende a pasar por alto el hecho del caso que hizo surgir el tema "legislativo". Una constelación concreta de hechos en este caso puede convertirse en un mero pretexto para la creación de normas en sede judicial.

incluso si los jueces son escépticos respecto de la veracidad de los hechos estipulados. A fin de cuentas, la verdad se valora solo hasta donde lo permita el objetivo general del litigio, que es la resolución de conflictos¹⁴. ¿Puede esta actitud afectar la selección de mecanismos probatorios óptimos? Una respuesta positiva es sugerida por la posibilidad de que una práctica probatoria, deseable debido a sus propiedades generadoras de verdad, pueda volverse contraproducente en controversias de este género. El potencial de una práctica probatoria vigorosa, aunque favorable para descubrir los hechos verdaderos, podría intensificar en lugar de absorber la controversia subyacente. La exposición pública a los hechos verídicos puede, en algunas situaciones, volver a dar vida a una controversia que perdía fuerza.

También se debe considerar que no es necesario que los métodos probatorios óptimos sean idénticos en juicios que involucren conflictos acerca de un derecho y disputas que requieran la elucidación de condiciones previas para la aplicación de alguna política estatal. Las materias que se han de determinar en el último tipo de juicio no se pueden reducir fácilmente a la yuxtaposición de dos hipótesis contrarias. El tema de la culpa del acusado, por ejemplo, es susceptible a esta polarización, aunque no lo es la cuestión de dictar una sentencia óptima. Los hechos que tratan el problema de la conveniencia de cambios legislativos (“hechos legislativos”) también se resisten a la polarización¹⁵. Esto sugiere la posibilidad de que la organización del método probatorio en dos causas opuestas no sea equitativamente apropiada en toda la gama de procedimientos judiciales. Es revelador a este respecto que, incluso en las jurisdicciones de *common law*, en algunas causas se relaje la bipolaridad de las prácticas de obtención de pruebas¹⁶.

V. LA INFLUENCIA DE FACTORES POLÍTICOS

Pasemos ahora de los factores internos de la cultura jurídica a aquellos de la esfera política. En el debate de las conexiones entre los factores políticos y las prácticas probatorias, el rol de la ideología política es el que se lleva la mayor parte de la atención. Varios escritores han sostenido que los mecanismos de establecimiento de hechos son sensibles a los cambios en la ideología predominante, especialmente a las oscilaciones entre individualismo y colectivismo, clásicamente identificadas con orientaciones liberales y autoritarias. Por lo general, la influencia de estos factores se enfatiza en la forma cuando los valores relativos a la verdad se equilibran con otros valores y necesidades de un sistema procesal. Los gobiernos liberales, por ejemplo, se muestran más dispuestos a

¹⁴ Más adelante consideraré este tema en las culturas jurídicas donde la resolución de conflictos está divorciada del énfasis en la conducta, y donde las controversias forenses involucran asuntos ajenos a la resolución de pretensiones conflictivas de derechos individuales.

¹⁵ Siguiendo una línea similar, Lon Fuller ha intentado hacer una distinción entre asuntos “bipolares” y “policéntricos”. Véase FULLER, L. 1978. The forms and limits of adjudication. *Harv. L. Rev.*, 92, 353.

¹⁶ Los litigios en el interés público, por ejemplo, a menudo involucran a tantas partes y *amici curiae*, que comienzan a parecer un cuerpo “minilegislativo”.

proteger a los individuos contra el Estado en comparación a los regímenes autoritarios, incluso cuando el impulso protector complique la elucidación de la verdad¹⁷. Dejaremos la influencia de la ideología política a un lado, porque su impacto en los mecanismos probatorios se superpone al impacto de la oposición entre los procedimientos controlados oficialmente y los controlados por las partes. Un gobierno cuyo rol principal es proporcionar un marco libre de obstrucciones para las actividades privadas, está más dispuesto a confiarle la determinación de los hechos debatidos a las partes, en comparación a un gobierno intervencionista con una agenda exhaustiva de implementación de políticas.

Se advierten con menos frecuencia las conexiones entre la estructura del aparato gubernamental y las prácticas probatorias. Una buena introducción al estudio de estas conexiones es retratar dos actitudes diferentes para con la autoridad. Son útiles, *inter alia*, para comprender ciertos aspectos discrepantes entre los estilos probatorios en los sistemas angloamericanos y en los de Europa continental. Por diversas razones, las sociedades de Europa continental desarrollaron una tradición jerárquica de autoridad que se ha manifestado en una variedad de áreas, incluida la administración de justicia¹⁸. En esta última área, la autoridad jerárquica ha engendrado un proceso judicial multinivel que se desarrolla ante varios escalones de funcionarios. La tradición angloamericana, por su parte, desde un principio manifestó antipatía hacia el poder estatal concentrado y una preferencia por su fragmentación o distribución horizontal. El proceso judicial compatible con esta distribución normalmente se llevó a cabo ante un solo nivel de entes decisorios, los que estaban también “fragmentados” en dos cuerpos separados: juez y jurado.

Los procedimientos multinivel y de un solo nivel generan diferentes prácticas probatorias. En el procedimiento multinivel, la documentación escrita de la actividad oficial previa es un requisito esencial para su funcionamiento: las huellas de lo ocurrido en el nivel inferior deben conservarse para realizar auditorías superiores con posterioridad. Los registros de actividades previas se convierten así en la fuente de información más importante. El proceso judicial se desarrolla en plazos temporalmente discretos y el archivo del caso proporciona la conexión necesaria o la línea de vida entre ellos. Por el contrario, el procedimiento de un solo nivel no depende de documentos de acciones oficiales previas para integrar sus segmentos en un todo significativo. La comunicación oral y el testimonio presencial compiten con la evidencia escrita y pueden llegar a eclipsarla. Los procedimientos en este escenario tampoco deben asumir un carácter episódico: se pueden organizar como un hecho temporalmente continuo.

Teniendo en cuenta estas diferencias, es fácil comprender por qué los esfuerzos por mejorar la precisión del establecimiento de los hechos en procedimientos tanto multinivel como de único nivel enfrentan problemas dispares. En el entorno jerárquico,

¹⁷ En el contexto comparado, este tema ha sido desarrollado, sobre todo, por CAPPELLETTI, M. 1970. *Processo e Ideologie*, Bologna, pp. 11-20. Véase también GRIFFITHS, J. 1970. Ideology and criminal procedure. *Yale L. J.*, 79. 359.

¹⁸ Sobre la influencia que han ejercido estas dos tradiciones en los castigos penales, véase WHITMAN, J. Q. 2003. *Harsh Justice, passim*, Oxford, pp. 206-207.

la tarea más destacada es maximizar la precisión de la documentación y minimizar las deficiencias del estilo episódico en la toma de decisiones. En su antípoda, la tarea más urgente es reducir los posibles inconvenientes de la toma de decisiones ante el impacto de un testimonio oral volátil presentado en el transcurso de un solo episodio forense¹⁹.

La distancia desigual que separa a los jueces jerárquicos y no jerárquicos de las fuentes originales de información genera otra discrepancia más sutil. En los sistemas jerárquicos, los jueces están protegidos de las intensivas interacciones personales involucradas en la producción del testimonio: en los registros de las actividades previas en las que confían se filtran muchas de las complejidades de la vida a las que están expuestos regularmente sus colegas en los sistemas no jerárquicos. Cuanto más alejados estén los entes encargados de tomar decisiones de la plenitud de la vida o de la “cruda” realidad, más fácil les resulta concebir que su función es establecer hechos aislados que son jurídicamente pertinentes en un caso *sub judice*. La capacidad de mantener este limitado enfoque se manifiesta especialmente en los responsables de tomar decisiones en los escalones de autoridad más altos. Su elevada posición hace que se sientan empujados a asegurar la coherencia entre las causas y la toma de decisiones en los niveles inferiores, una tarea de supervisión que solo se puede realizar reduciendo el número de variables aplicables. Asimismo, a los jueces no jerárquicos, que están más cerca de la desordenada realidad social y se exponen a una constelación fáctica más difusa, les resulta más difícil reducir los hechos de las causas a sus sombras legalmente relevantes. Al estar menos preocupados por la coherencia en el sistema, adquieren un gusto por lo concreto y lo particular. Si el marcado enfoque de los funcionarios jerárquicos respecto de los hechos jurídicamente relevantes puede compararse con la caída en picada de un halcón, la actitud de los no jerárquicos se parece más al vuelo de un abejorro.

Estas sutiles diferencias en el temperamento de los jueces producen discrepancias en el *probandum*, es decir, los hechos que están sujetos a prueba en los sistemas jerárquicos y no jerárquicos. Los fundamentos fácticos de las decisiones jerárquicas están más alejados de la “crudeza” de la vida, editados de cerca, por así decirlo, para ajustarse al mundo artificial del material jurídico. En este contexto, las sentencias pueden aproximarse con cierta plausibilidad a la tarea de unir una situación empírica con un principio jurídico. En cambio, los fundamentos fácticos de las decisiones no jerárquicas están más próximos a la realidad social, en las que se entrelazan lo empírico y lo valorativo, lo fáctico y lo jurídico. La búsqueda de los hechos y de las cuestiones jurídicas pueden, por tanto, separarse con menos facilidad en un aparato de justicia no jerárquico que en uno organizado jerárquicamente. Si todo el resto permanece igual, entonces tiene sentido considerar por separado —más en este que en aquel— los métodos probatorios óptimos de aquellos mejores para la resolución de cuestiones jurídicas. En otras palabras, hay más espacio en los aparatos de justicia jerárquicos que en los no jerárquicos para realizar un estudio independiente de la capacidad que tienen los sistemas procesales de generar precisión.

¹⁹ He rastreado más afinidades entre la autoridad “jerárquicamente” y “coordinadamente” organizada, y mecanismos procesales en mi libro DAMAŠKA, M. 1986. *Faces of Justice and State Authority*, New Haven, pp. 47-56.

VI. LA INFLUENCIA DEL CONTEXTO CULTURAL GENERAL

La medida en la que la cultura general puede influir en las prácticas probatorias, aparte de sus aspectos legales y políticos, es objeto de controversia en varias disciplinas. Algunos antropólogos, cuyos intereses se extienden a sociedades radicalmente distintas, encuentran que esta influencia es tan fuerte que hace que la búsqueda de la verdad en diferentes medios culturales sea discontinua e inconmensurable. Distintas culturas, sostienen, están encerradas en burbujas epistémicas impenetrables: las personas pueden ser prisioneras de su forma particular de ser en el mundo, actuando irreflexivamente fuera de su código cultural. Otros creen en una capacidad panhumana para enfrentar las tareas probatorias con sencilla practicidad, de modo que razonar acerca de la validez de la prueba no es completamente inconmensurable a lo largo de las diferencias culturales. Máximas universales, afirman, pueden ser identificadas²⁰. Al menos en lo que respecta al juzgamiento, una posición intermedia entre estos dos puntos de vista —aunque más cercana al segundo— parece más apropiada: interactuando de maneras complicadas, tanto la naturaleza como la cultura desempeñan un papel en la conformación de las prácticas probatorias.

El mejor modo de destacar la sensibilidad del establecimiento judicial de los hechos al contexto cultural es observar los medios de prueba más conspicuos en sociedades que tienen visiones radicalmente diferentes de cómo funciona el mundo. En lugares donde la cosmovisión plantea una penetración continua de fuerzas sagradas en la experiencia cotidiana, algunos métodos tales como los juicios por ordalías constituyen, por excelencia, instrumentos para determinar la verdad. El aire que respiran los miembros de estas sociedades vibra con la tonalidad de las elucubraciones mágicas: prevalece la creencia de que se puede persuadir a las fuerzas sobrenaturales, siempre presentes en este mundo, para que intervengan en el proceso judicial y disipen las inquietantes incertidumbres. Pero donde se rompe la continuidad entre el mundo humano y lo sobrenatural, y la religión trascendente toma el lugar de la magia, la intervención rutinaria de las fuerzas sagradas en los asuntos humanos deja de ser parte del sistema de creencias de la sociedad²¹. Las ordalías caen en desgracia y son reemplazadas por mecanismos tales como los juramentos, basados en la creencia de que la divinidad, que no está dispuesta a involucrarse en la vida cotidiana, intervendrá y castigará a los perjurios en el más allá. Mientras persista esta creencia, el hecho de prestar juramento puede ser eficaz como un mecanismo para inducir

²⁰ Para la tesis de que culturas distintas generan epistemologías diferentes, véase SAHLINGS, M. 1981. *Historical Metaphors and Mythical Realities*. Ann Arbor, MI; OBEYESEKERE, G. 1990. *The Work of Culture: Symbolic Transformation in Psychoanalysis and Anthropology*, Chicago; toma una posición contraria. En un artículo influyente, un reflexivo abogado ha sostenido recientemente que existen formas de entrar en mundos culturalmente distantes: se pueden construir puentes para atravesar el abismo entre culturas; las creencias y sentimientos dominantes pueden ser “excavados”. Véase EWALD, W. 1995. Comparative jurisprudence: what was it like to try a rat? *U. Pa. L. Rev.*, 143, 1891, 1941-1942.

²¹ Véase BROWN, P. 1975. Society and the supernatural, *Daedalus*, Spring, pp. 133, 140. Para una discusión útil sobre la relación entre magia y religión, véase MALINOWSKI, B. 1948. *Magic, Science and Religion*, Garden City, NY.

la verdad. Sin embargo, con la separación aún mayor entre lo sagrado y lo profano, o con la pérdida total de la fe en lo primero, la confianza en el testimonio de los testigos se convierte en la pieza central de la tecnología probatoria. En la actualidad, las investigaciones referentes a establecimiento de hechos se realizan principalmente probando la credibilidad de las personas que entregan información al juez y el valor probatorio de su información. *Deus absconditus*, el papel del juramento pasa a un segundo plano o desaparece por completo. En nuestro tiempo, la ciencia y la tecnología han absorbido casi todo el numen del mundo. A medida que siguen penetrando en la sociedad política y civil, se establece un número cada vez mayor de hechos de importancia para el proceso judicial mediante el funcionamiento de sofisticados instrumentos técnicos y el uso de peritos como intérpretes de su “testimonio silencioso”. Puede que se esté forjando otro cambio en los medios de prueba predominantes, del que podríamos ser tan inconscientes como aquellas personas en las primeras etapas de las drásticas modificaciones previas en la tecnología del establecimiento de hechos. O, tal vez, cerramos los ojos a los síntomas del cambio debido a los desafíos que los nuevos avances de la ciencia y la tecnología podrían presentar para el funcionamiento de un Estado democrático. ¿Puede este funcionar correctamente si su ciudadanía depende cada vez más del conocimiento disponible solo para un grupo reducido, cuyo interés puede representar únicamente a un pequeño sector de la sociedad?²²

Pero no es necesario detenernos en culturas radicalmente diferentes para darnos cuenta de lo sensible que es el establecimiento de hechos al contexto cultural. Es redundante sugerir que nuestros jueces, al analizar la fuerza probatoria de los mensajes testimoniales y la credibilidad de sus portadores, se basan en inventarios de experiencias sociales y personales, estereotipos disponibles, tejidos de creencias heredadas y factores similares relacionados con la cultura²³. Incluso la forma como se emplean los medios de prueba compartidos en culturas similares puede verse afectada por factores culturales. Los métodos agresivos y de confrontación para producir evidencia testimonial, por ejemplo, parecen menos convenientes en sociedades donde la armonía social es muy apreciada que en aquellas en las que las virtudes de la armonía no ocupan un lugar elevado en la escala de valores. La menor conveniencia de los métodos litigiosos en el primero es atribuible, al menos en parte, a argumentos epistémicos²⁴.

²² La cuestión de si los cambios esbozados en la tecnología probatoria representan una forma de evolucionismo progresista, en el que las formas inferiores y más simples engendran otras superiores, tiene una complejidad vertiginosa por la que no puedo tomar posición.

²³ Considérese un ejemplo que involucra la valoración de la prueba de comportamiento. Los campesinos centroamericanos, cuando interactúan con una persona de autoridad, no la miran a los ojos. En su cultura, el contacto visual con tal persona se considera una señal de desafío o falta de respeto. Alguien que averigüe hechos y pertenezca a otra cultura podría interpretar este comportamiento como una indicación de falsedad, no de respeto.

²⁴ Se cree, por ejemplo, que un testigo que es sometido a un contrainterrogatorio hostil puede resultar menos creíble por resentimiento, frustración o alguna otra razón. Para un ejemplo similar, véase GOLDMAN, *A. op. cit. supra*, nota 5, pp. 147-148.

VII. CONTINUIDADES Y DISCONTINUIDADES DE LAS PRÁCTICAS PROBATORIAS

A pesar de la obvia y fuerte dependencia a los factores culturales que presentan las prácticas probatorias, las discontinuidades entre estas prácticas no son tan marcadas ni los contrastes entre ellas tan inconmensurables como para transformar las operaciones de conexión intercultural en un desesperado trabajo de Sísifo. La afirmación requiere considerable sustanciación debido a la tendencia de algunos círculos intelectuales a enfatizar “lo diferente” y dramatizar su condición de inescrutable para las personas ajenas. Sin embargo, la discusión en este trabajo se limitará a las discontinuidades entre las actitudes premodernas y modernas respecto del establecimiento judicial de los hechos en las sociedades occidentales. Al igual que los habitantes de los “tristes trópicos”, ahora se suele imaginar que los occidentales medievales estaban tan profundamente afectados por su peculiar mentalidad, que sus prácticas probatorias no se pueden relacionar significativamente con las nuestras.

Es oportuno señalar desde el principio que algunas diferencias en los mecanismos probatorios occidentales comúnmente atribuidas a la variación epistémica, están más relacionadas con diferentes focos de interés en el juzgamiento. Por razones que no deberían detenernos en este punto, el aparato probatorio de los sistemas procesales modernos en Occidente está orientado a averiguar conductas discretas o secuencias de hechos, con el fin de decidir un conflicto de derechos. Sin embargo, durante largos períodos en la historia occidental —y en algunas sociedades no occidentales hasta hoy— la conducta aislada solo representaba un hecho desencadenante de procedimientos cuyo objetivo principal era restablecer la armonía social interrumpida por este evento²⁵. Los “errores” vagamente desafiados tenían que ser “corregidos”, y en ese proceso, el carácter de una persona o su posición en la sociedad adquiría una importancia decisiva. Tomando prestada la metáfora de Mao, el ojo de los jueces estaba puesto más en el mar que en una ola. Esta orientación dio como resultado un modo de juzgar en el que las cuestiones de hecho y de Derecho no podían separarse en absoluto. En la medida que, en este contexto, tenga sentido extraer el establecimiento de hechos para analizarlo por separado, uno debe tener en cuenta que los agentes cognitivos en estas sociedades eran sensibles a una constelación de hechos mucho más amplia y difusa que sus contrapartes en los actuales sistemas occidentales. Más que las percepciones discrepantes de los agentes cognitivos, es la discrepante gama de hechos considerados por estos agentes lo que explica muchas diferencias relatadas.

Además de la percepción, también es fácil exagerar el grado en que los mecanismos probatorios de las sociedades medievales se basaban en procesos de razonamiento diferentes al nuestro. Uno puede sentirse tentado a pensar, por ejemplo, que no había enfoques pragmáticos acerca de estos mecanismos en sociedades cuyas visiones de mundo estaban impregnadas de creencias religiosas firmemente arraigadas. Las fuentes históricas disponibles revelan, sin embargo, que los enfoques pragmáticos, por extraños que nos

²⁵ Para un análisis interesante, véase SHOEMAKER, K. B. 1999. Criminal procedure in medieval European law. *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte*, 116, 174.

parezcan, ya eran conocidos en Occidente durante la Alta Edad Media. Un triste ejemplo son las justificaciones de la tortura judicial por parte de los primeros juristas romano-canónicos. Como la religión estaba en estrecha relación con las instituciones del siglo trece, ella sirvió de fundamento para el siguiente argumento: si una confesión puede salvar a un acusado pecador de los tormentos eternos en el infierno, ¿no es apropiado sumergirlo durante un tiempo en el mar absolutorio del dolor? En el marco del sistema de creencias de ese entonces, este argumento representa una forma primitiva de análisis de costo-beneficio, no menos racional que la apuesta de Pascal del siglo diecisiete²⁶.

O consideremos el ejemplo de los juicios por ordalías, que muchos consideran completamente discontinuos con nuestras actuales formas de resolver las incertidumbres fácticas. Los que comparten este punto de vista pasan por alto que en la sociedad medieval la perspectiva de la inminente intervención divina ejercía una poderosa presión psicológica en los litigantes. Aquellos que sabían que estaban equivocados se sentían impulsados a desistir de un reclamo o a confesar. Incluso si no admitían nada, la solemnidad en la preparación de las ordalías producía agonía en los culpables y serenidad en los inocentes. La evidencia del comportamiento resultante era posteriormente evaluada por los administradores de la ordalía, influenciando la calibración de su gravedad o la interpretación de su resultado²⁷. Tampoco se debe olvidar que se apelaba a la divinidad solo cuando los métodos para revelar la verdad, más cercanos a lo que nosotros entendemos por investigación racional, no lograban resolver las incertidumbres persistentes. En otras palabras, la intervención divina era tratada como último recurso en casos difíciles, esto es, en situaciones en las que incluso nuestras actuales respuestas a la falta de conocimiento presentan dificultades epistémicas. En lugar de recurrir a la divinidad, ahora apelamos a la experiencia científica. ¿Pero cómo pueden nuestros juzgadores, si no están seguros de los conceptos básicos de una disciplina, penetrar en sus complejidades, y mucho menos arbitrar disputas entre sus sumos sacerdotes? Confiar en la conducta de los expertos o en sus credenciales es cognitivamente sospechoso y está cerca de dejar al azar el resultado de los casos difíciles²⁸.

A veces también se exageran las discontinuidades en la comprensión de la probabilidad. Algunos autores afirman que en el período moderno temprano la gente pensaba

²⁶ Un ejemplo relacionado son las deliberaciones de autoridades judiciales de la época referente a si la tortura judicial es superior al uso de ayudantes de juramento. Aunque los perjurios están destinados al infierno, se argumentó, los criminales confesos pueden evitar este destino. Por tanto, es mejor someter a un “pecador” a tormentos, que tentar a los ayudantes de juramento a “perder su alma” al perjurar a sí mismos. En las fronteras de la cultura occidental, en países como Hungría, este argumento se utilizó hasta el siglo diecisiete. Véase KITONICH, J. 1619. *Directio Methodica Processus Consuetudinarii Inclyti Regni Hungariae*, Cap. 6, qu. 10, Nagyszombat.

²⁷ Véase COLMAN, R. V. 1974. Reason and unreason in early medieval law. *J. Interdisc. Hist.*, 4, 571, 589.

²⁸ Lo que no significa que confiar en medios parecidos a lanzar una moneda sea incorrecto en todas las situaciones. Según argumentó Kant en su crítica de la razón “pura”, la primera tarea de la razón es reconocer sus propias limitaciones y trazar los límites en los que puede operar. Véase ELSTER, J. 1989. *Solomonic Judgments: Studies in the Limitations of Rationality*, p. 17. Para un análisis profundo de los problemas cognitivos señalados por el empleo de peritos científicos, véase BREWER, S. 1998. Scientific testimony and intellectual due process. *Yale L. J.*, 107, 1535, 1616-1625.

que una proposición era probable si contaba con la aprobación de gente sabia y honesta. Se nos dice que les era ajeno el razonamiento a partir de las frecuencias empíricas en las que se basa nuestra comprensión actual de la probabilidad. Así, según lo expuesto por estos autores, las primeras invocaciones modernas de la probabilidad no fueron más que un prelude de la invocación de una rica confabulación de autoridad²⁹. Esta visión es falsa en algunos aspectos y en otros no es más que una caricatura del pensamiento premoderno. Si bien es cierto que los argumentos *ex autoritate* ocupaban un lugar privilegiado en los esquemas de los filósofos escolásticos, no ignoraban la frecuencia con la que ocurren los hechos. Tomás de Aquino, el filósofo más influyente de la Alta Edad Media, distinguió claramente las proposiciones sustentadas por una confirmación de autoridad de las proposiciones sustentadas por el hecho de ocurrir en la mayoría de los casos (*probabiliter et ut in pluribus*)³⁰. Lo que separaba su comprensión de la frecuencia de la nuestra es principalmente el eslabón perdido de una base estadística. Tampoco lo es la distinción que hizo el doctor Angélico entre dos tipos de apoyo a una proposición, sin contrapartes en el pensamiento moderno. Resalta a la vista el que muchos todavía compartan la idea de que la frecuencia de los hechos no sea equivalente al grado de creencia. ¿Sigue siendo respetable, o no, distinguir la probabilidad como grado de confirmación y la probabilidad como frecuencia relativa de los hechos?³¹

Para nuestros propósitos, más interesantes que las especulaciones de los filósofos escolásticos, son las opiniones de los fundadores del sistema probatorio romano-canónico en los siglos doce y trece³². Es una cuestión de registro histórico que la experiencia sensorial era, en esta opinión, el camino más seguro hacia la verdad, más valioso que los argumentos retóricos y la confianza en la autoridad³³. Es cierto que estos juristas desarrollaron un laberinto de reglas sobre la cantidad y calidad de la evidencia necesaria para determinar los hechos. Sin embargo, es un error creer que estas reglas convirtieron

²⁹ Véase, por ejemplo, HACKING, I. 1975. *The Emergence of Probability*, Londres, pp. 22-23, 41; COHEN, L. J. 1983. *The freedom of proof*. (W. Twining ed.). *Facts in Law*.

³⁰ Véase, por ejemplo, SUMMA THEOLOGIAE, Pars. I, Qu. 115, art. 6 (Ottawa, 1942). Para un buen análisis de esta interpretación protoestadística de la probabilidad, véase BYRNE, E. F. 1968. *Probability and Opinion*, The Hague, pp. 192, 222, 302. La interpretación tomista del siglo trece de la probabilidad como frecuencia ha sido ampliamente adoptada por los abogados. Se puede encontrar en el voluminoso y célebre libro de MENOCHIOUS, I. 1670. *De Praesumptionibus, Coniecturis, Signis et Indiciis*, Tomo 1, Lib. 1, Qu. 7, N° 36, Ginebra.

³¹ Véase CARNAP, R. 1950. *Logical Foundations of Probability*, Chicago. II, pp. 47-50.

³² Frente a los problemas prácticos, los juristas de la época no se sentían atemorizados por la autoridad de los filósofos escolásticos y, en ocasiones, satirizaban con gusto las reflexiones filosóficas. Un ejemplo divertido de ello es el desacuerdo de los juristas con los filósofos sobre la posibilidad de probar lo negativo (“Que el puente no es largo lo saben tanto los burros como los hombres”) Comparar HORN, N. 1967. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren* (Helmut Coing ed.), *Ius Commune*, Vol. I, Frankfurt, pp. 104, 138.

³³ Sobre la influencia de las visiones aristotélicas en la percepción sensorial en los fundadores del sistema probatorio romano-canónico, véase PH. LÉVY, J. 1939. *La Hierarchy des Preuves dans le Droit Savant du Moyen Age*, Paris, pp. 30, 44; HORN, N. *Philosophie in der Jurisprudenz der Kommentatoren*, in *op. cit. supra*. n. 32. Véase también DAMAŠKA, M. 1994. Hearsay in cinquecento Italy. *Studi in Onore di Vittorio Denti*, Vol. 2, pp. 61-63.

a los jueces en autómatas que tomaban determinaciones fácticas con base en la autoridad de las reglas, independientemente de sus creencias. Esparcidas entre las opiniones consultivas (*consilia*) de los más grandes juristas de la época, se encuentran referencias a casos en los que las aparentemente rígidas reglas probatorias “numéricas” se relajaron o se pasaron completamente por alto³⁴. Contrariamente a lo que a menudo se sostiene, en las causas penales los jueces rara vez, si es que alguna vez, se vieron obligados a sacar conclusiones positivas de culpabilidad contrarias a su mejor juicio.

Es posible encontrar una opinión compartida de que los jueces comenzaron a sacar conclusiones de los datos proporcionados por la investigación directa solo a mediados del siglo diecisiete. Antes de ese momento, las huellas dejadas por un hecho aún no constituían una base de inferencia. “Las cosas no sirvieron de evidencia, el mundo no dio señales”³⁵. Desde la perspectiva de nuestra era científica, hay algo de verdad en esta opinión. Las huellas de hechos pasados, utilizadas de forma rutinaria en la actualidad, pasaron en gran parte inadvertidas; aún no existía el conocimiento científico ni los instrumentos capaces de expandir nuestro alcance sensorial y detectar estas huellas. Sin embargo, dentro de los límites entonces existentes, se hacían inferencias a partir de los datos sensoriales observados. Como era de esperar, la gente medieval no dejó de darse cuenta de que las cenizas indican fuego o de que el trueno es señal de una tormenta que se acerca³⁶. Ya en el siglo trece se usaban expertos (*periti*) para establecer si una herida era mortal, si un matrimonio había sido consumado, si había tejido anal roto e incluso si una persona estaba loca³⁷.

La prueba de comportamiento (el que un testigo se ruborizara, por ejemplo) era muy apreciada, se anotaba en un expediente especial y se utilizaba para evaluar el valor probatorio del testimonio. La confianza en las huellas era crucial en las acusaciones de brujería. Tal como lo entendieron las autoridades romano-canónicas del siglo quince, la condena por *crimen magiae* requería que se estableciera un pacto con el diablo, un

³⁴ Véase ULLMAN, W. 1946. Medieval principles of evidence, *L. Q. Rev.* 62. pp. 77, 83. Una de las mayores autoridades del siglo catorce en evidencia romano-canónica recomendaba a los jueces que “siguieran su propia conciencia” al evaluar pruebas contradictorias. DE UBALDIS, B. 1590. *Consilia*, Vol. 4, cons. 455, N° 2, Venecia. En otro trabajo he tratado de disipar la errónea creencia sobre la rigidez del esquema probatorio original romano-canónico. DAMAŠKA D. 1987. The death of legal torture. *Yale L. J.*, 87, 860.

³⁵ Véase HACKING, I. *op. cit. supra*, nota 29. pp. 22-23, 41.

³⁶ Los dos ejemplos fueron utilizados por Menochius para ilustrar el significado de huellas o señales. Véase MENOCHIOUS *op. cit. supra*, nota 30, Tomo I, Lib. I. Qu. 7, N° 42 (“Una señal es cualquier cosa sujeta a la percepción sensorial y de la cual se puedan extraer argumentos”).

³⁷ Ya en 1209, un decreto del Papa Inocencio III exigía que un experto (*peritus*) determinara si cierto golpe era causa de muerte. El texto en latín de este decreto se puede encontrar en FLORIAN, E. 1961. *Delle Prove Penalì* 3ª ed, Varese-Milán, p. 520. El gran experto en asuntos procesales del siglo trece, Guillelmus Durantis, dedicó pasajes completos de su libro a la necesidad de confiar en las personas que tenían conocimiento y experiencia: DURANTIS, G. 1612. *Durandi Speculum Juris*, Liber II, partícula II, De Requisitione Consilii, *passim*, Frankfurt. Esta obra enciclopédica pasó por alrededor de 40 impresiones hasta finales del siglo diecisiete. Sobre la experiencia médica en el procedimiento romano-canónico temprano, véase también ASCHERI, M. 1980. Consilium sapientis, perizia medica e res iudicata. *Monumenta Juris Canonici*, Vol. 6, Serie C: Subsidia, Vaticano, pp. 533, 535.

contrato en el que una persona obtenía poderes sobrenaturales al aceptar tener relaciones sexuales con el demonio. La necesidad de probar este contrato impulsó la elaboración de numerosas reglas sobre señales externas de las que se podrían inferir tratos imaginarios con el inframundo³⁸. Incluso en el campo de este crimen imaginario el mundo daba señales, solo que la inferencia derivada de ellos estuvo manchada por ilusiones sociales.

VIII. EL CARÁCTER DIVERSO DE LOS HECHOS

La posibilidad de que hechos imaginarios puedan ser objetos de prueba en un litigio nos lleva a una observación final. El análisis anterior de los factores que influyen en el establecimiento de los hechos en un litigio ha pasado por alto las complejidades derivadas del carácter múltiple de los hechos sujetos a prueba. Más que una masa invariable, son un *omnium gatherum* de asuntos con una accesibilidad distinta al aparato cognitivo. Algunos son fenómenos empíricos autónomos, respecto de cuya existencia pueden llegar a un acuerdo tanto un miembro de una tribu de la selva amazónica como un filósofo de persuasión posmoderna. La mayoría de los demás hechos son productos de una construcción social de complejidad variable, de modo que su accesibilidad al conocimiento depende inevitablemente del contexto cultural envolvente. Si bien algunos de ellos pueden separarse de los juicios de valor con relativa facilidad, otros requieren evaluaciones sociales complejas. La mayoría de ellos se encuentran en el pasado, aunque algunos existen al momento de la investigación o constituyen predicciones de sucesos futuros. Algunos se relacionan con la pregunta sobre *si* algo sucedió y otros con la pregunta de *por qué* sucedió algo.

Resulta lógico que no todos los componentes de este popurrí fáctico planteen los mismos problemas cognitivos. Cuando, por ejemplo, el problema de hecho en una demanda judicial es predecir la probabilidad de un hecho futuro, la toma de decisiones sobre la base de estadísticas “escuetas” nos parece mucho más aceptable que en una demanda judicial donde el problema de hecho es la reconstrucción de un acontecimiento pasado. Por tanto, parece poco probable que un único método probatorio posea la misma capacidad de generar precisión, incluso en una única cultura homogénea. La identificación del mejor mecanismo de establecimiento fáctico desde el punto de vista cognitivo se facilitaría enormemente si existiera una escala en la que los hechos de diversa naturaleza pudieran organizarse en un todo inteligible. Desafortunadamente, en la actualidad no se dispone de una taxonomía de hechos que sirva para este propósito. Una vez que aparezca, será más fácil examinar con mayor profundidad las dependencias culturales del establecimiento de hechos y aplicar con mayor confianza las perspectivas de otras disciplinas al juzgamiento de cuestiones fácticas.

³⁸ Se requerían precauciones especiales para detectar “lágrimas falsas” en la bruja o el hechicero. Para un manual de los procedimientos del siglo quince que trata de estas señales, véase INSTITORIS, H. y SPRENGER, J. 1971. *Malleus Malificarum*, Parte 3, pregunta 15, Nueva York.

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100027

La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos

*Fernando Atria Lemaitre**

RESUMEN

Este artículo pretende explicar la noción de poder normativo y nociones derivadas de la misma, como la de acto jurídico. Habiéndola explicado, muestra la relevancia del análisis aplicando lo dicho a la ocupación y la tradición como modos de adquirir el dominio y la posesión.

Actos jurídicos; poderes normativos; tradición

On legal powers and the distinction between legal facts and acts-in-the-law

ABSTRACT

This paper attempts to explain the notion of legal power and related notions, such as 'acto jurídico' (acts-in-the-law). The notion thus explained is then applied to ocupatio and traditio as legal forms to acquire ownership and to become possessor.

Acts-in-the-law; normative powers; traditio

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Edimburgo. Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0200-9036>. Correo electrónico: fatria@derecho.uchile.cl.

Este artículo es parte del proyecto FONDECYT N° 1190014 ("Posesión y propiedad: la emergencia de la normatividad desde la facticidad"), del que el autor es investigador principal. Agradezco la colaboración de Germán Acevedo, Carlos Berner y Sofía Párvex. Agradezco también los comentarios de dos árbitros anónimos de la *Revista de Derecho* (Valdivia).

Artículo recibido el 29.12.2021 y aceptado para su publicación el 5.7.2022.

I. ACTOS JURÍDICOS, PODERES NORMATIVOS Y NULIDAD

En la manualística nacional, la noción de “acto jurídico” es construida por la vía de especificar las características de los hechos hasta llegar a ella. La especificación habitual procede más o menos del siguiente modo:

Los hechos “naturales o humanos” pueden tener o no consecuencias jurídicas. Cuando no las tienen, son “hechos materiales o irrelevantes”; cuando las tienen, son “hechos jurídicos”. Los hechos jurídicos pueden o no tener por causa la acción humana. Los primeros son “hechos jurídicos humanos” (o: voluntarios) y los segundos “hechos jurídicos naturales”. Los hechos jurídicos humanos pueden ser “consentidos o reprobados por el ordenamiento [jurídico]”, y entonces pueden ser denominados “hechos lícitos” o “hechos ilícitos”. Los hechos lícitos, por último, pueden ser actos jurídicos o hechos jurídicos voluntarios en sentido estricto¹.

Los actos jurídicos se distinguen de los hechos jurídicos en sentido estricto, conforme con la explicación tradicional, porque son realizados con la intención de producir los efectos jurídicos que el derecho les asigna. En efecto,

Para la doctrina tradicional acto jurídico es el que se realiza con el propósito o la intención de obtener un efecto jurídico... y hecho jurídico voluntario en sentido estricto es el hecho humano realizado sin el propósito o intención de obtener efectos jurídicos, los que se generan por la sola determinación de la ley, prescindiendo de la voluntad del sujeto que realiza el hecho y aún, en el caso de los hechos ilícitos, en contra de esa voluntad².

Alessandri y Somarriva dan, como ejemplo de un acto jurídico conforme con la doctrina tradicional, la ocupación:

La ocupación de una cosa de nadie, como ocurre con la pesca, es para los que siguen la doctrina tradicional, un acto jurídico, porque el que echa las redes al mar busca obtener el efecto jurídico de hacerse dueño de los peces capturados³.

Luego de constatar que conforme a otras teorizaciones la ocupación no calificaría como acto jurídico, Alessandri y Somarriva explican que la cuestión “no es bizantina, ya que las normas que rigen a los actos jurídicos no son por lo general aplicables a los

¹ ALESSANDRI *et al.*, 1998, §§1172, 1179 y 1181. Esta caracterización es estándar en la doctrina nacional y comparada. Véase, adicionalmente, VIAL DEL RÍO, 2006, pp. 14-24; DUCCI, 1995, p. 235; LEÓN, 1991, p. 8; BARCIA, 2008, pp. 19-21. Véase también TORRES, 2018, pp. 23-29. Para una discusión de la noción de acto jurídico en relación con la de “negocio jurídico”, véase VARAS, 2003, pp. 263-277.

² ALESSANDRI *et al.*, 1998, §1182-b. Análogamente, VIAL DEL RÍO, 2006, p. 24

³ ALESSANDRI *et al.*, 1998, p. 109.

hechos voluntarios en sentido estricto”⁴. Lo que ellos dicen de la ocupación puede decirse de todo acto en virtud del cual se adquiere la posesión: ¿es la adquisición de la posesión consecuencia de un *hecho jurídico* o de un *acto jurídico*? ¿Puede ser indistintamente consecuencia de uno o de otro? Antes de responder debemos tomar consciencia de la razón por la que es importante distinguir hechos de actos jurídicos, que incluye pero no queda suficientemente explicado con solo decir, como lo hacen Alessandri y Somarriva, que a unos y otros les son aplicables reglas distintas.

Para comenzar, podemos notar que hay aquí una apelación demasiado indiferenciada a la voluntad humana. En efecto, las razones por las que una persona puede realizar una acción son enormemente variadas. En *Riggs v Palmer*, el caso que Ronald Dworkin hizo famoso⁵ (y que Genaro Carrió rebautizó como “el caso del nieto apurado”⁶), el nieto que se sabía heredero testamentario de su abuelo lo asesinó para lograr la apertura de la sucesión. El problema que debió enfrentar el tribunal de Nueva York es si tenía derecho a la herencia pese a que había sido previamente condenado por el homicidio de su abuelo y en ausencia de una regla como la contenida en el artículo 968 N° 1. Podemos asumir que la acción de matar fue realizada con la intención precisa de obtener (uno de) los efectos jurídicos que el orden jurídico atribuía a la muerte del testador, es decir, abrir la sucesión. Pero es evidente que eso no lo hace un acto jurídico. Por consiguiente, la intención del agente de producir efectos jurídicos no es suficiente.

Ahora bien, lo anterior no es una objeción definitiva, porque es posible distinguir entre distintas formas de pretender producir efectos jurídicos. Pero debe advertirnos de la insuficiencia de apelar demasiado directamente a la voluntad del agente. Es claro que hay una diferencia entre matar a alguien, aun con la intención de producir (algunos de) los efectos jurídicos que se siguen de la muerte de una persona, y celebrar un contrato. Como veremos, la diferencia fundamental es que en un caso la situación jurídica de una persona cambia como consecuencia del ejercicio de un poder normativo, que implica la creación o modificación de una o más normas jurídicas, y en el otro la situación jurídica cambia no por una modificación en las normas, sino porque la acción realiza el supuesto de hecho de una norma, lo que implica consecuencias normativas. Por eso, el concepto de acto jurídico es dependiente del de poder normativo.

Esto explica una considerable diferencia entre hechos y actos jurídicos: mientras los primeros pueden ser lícitos o ilícitos, los segundos pueden ser válidos o nulos. Para el derecho el hecho culpable que causa daño a otro es tratado como un hecho que tiene consecuencias jurídicas porque realiza los hechos operativos de una regla jurídica que impone la obligación de indemnizar. Una compraventa, por su parte, tiene una dimensión adicional, porque aparece ante el derecho como un ejercicio de poderes normativos jurídicamente configurados, que entonces reclama ser *reconocido*. Las consecuencias jurídicas que se siguen de la compraventa no se siguen inmediatamente de la ocurrencia

⁴ ALESSANDRI *et al.*, 1998, §1182.

⁵ DWORKIN, 1968, después reproducido como DWORKIN, 1977, p. 23.

⁶ CARRIÓ, 2011, p. 229.

de ciertos hechos, sino del reconocimiento por el derecho de que en esos hechos hubo ejercicio de una potestad normativa. Por esto, para negar las consecuencias jurídicas de la compraventa no es necesario negar la ocurrencia de los hechos respectivos, es posible impugnar el reconocimiento de esos hechos como ejercicio de poder normativo; es posible apelar a que, pese a que en los hechos A hizo una oferta y B la aceptó, el contrato entre ellos es nulo, lo que implica: A y B ejercieron de modo defectuoso el poder normativo, y por consiguiente el derecho no reconocerá el contrato.

II. LA CARACTERIZACIÓN DE LOS PODERES NORMATIVOS

La noción de poder normativo (“potestad”) es parte del esquema de W. N. Hohfeld⁷. Eso ha llevado a la teoría analítica del derecho a discutirla con especial cuidado; parte de esa discusión es relevante para nosotros ahora⁸.

Ahora bien, la reflexión acerca de poderes normativos, aunque con base en Hohfeld, encontró un punto de inflexión en la obra de H. L. A. Hart para quien, de hecho, la unión de reglas que imponen deberes y que confieren facultades es “la clave de la ciencia del derecho”⁹. La diferencia es fundamental, explicaba Hart, porque se refiere a dos diversas funciones que el derecho cumple. Una es la que se desempeña mediante la imposición de deberes: es la de “establecer y definir ciertos tipos de conducta como algo que debe ser omitido o realizado por aquellos a quienes esa ley se aplica, cualquiera sean los deseos de estos”¹⁰.

La teoría del derecho ha tendido a exagerar la relevancia de esta función, en muchos casos viéndola como la función fundamental del derecho, a la que todas las demás son reducibles. Es gracias a Hart que este desbalance se ha corregido. Porque Hart vio que el derecho cumple también otra función:

Las reglas jurídicas que definen la manera de realizar contratos, celebrar matrimonios u otorgar testamentos válidos, no exigen que las personas actúen de modos determinados, lo quieran o no. Tales normas no imponen deberes u obligaciones. En lugar de ello, acuerdan a los particulares facilidades para llevar a cabo sus deseos, al otorgarles potestades para crear, mediante ciertos procedimientos específicos y bajo ciertas condiciones, estructuras de facultades y deberes dentro del cuadro coercitivo del derecho¹¹.

Hart llamó “secundarias” a las reglas de este segundo tipo, que confieren poderes normativos. Los poderes normativos pueden ser caracterizados inicialmente como lo hizo

⁷ HOHFELD, 1923.

⁸ Véase ATRIA, 2019, p. 61.

⁹ HART, 1963, pp. 101-102.

¹⁰ HART, 1963, p. 34.

¹¹ HART, 1963, p. 35.

Hohfeld, es decir, como medios a través de los cuales el derecho habilita a una persona para actuar de modo de producir cambios en las posiciones normativas suyas y de otros.

Esta caracterización, sin embargo, es demasiado simple, por la misma razón que se nos ha aparecido, que no permite distinguir hechos de actos jurídicos: el homicidio cometido por el nieto apurado y la celebración de un contrato modifican posiciones normativas. Una explicación más sofisticada de la noción de poder normativo, que constituye el objeto de este texto, debe dar cuenta de (a) la distinción entre poderes naturales (=de hecho) y poderes normativos, lo que implica (b) distinguir dos tipos de hechos institucionales, que llamaremos “interna” y “externamente” institucionales; armados con esa distinción, podremos volver al punto inicial para (c) distinguir entre modificar posiciones normativas mediante el ejercicio de un poder normativo y modificarlas por la realización de los hechos operativos de una regla de obligación.

La utilidad de la noción a ser explicada aquí se acreditará por referencia a la adquisición del dominio y la posesión. Aquí veremos aparecer una de las discusiones más antiguas acerca de la posesión: si es un hecho o un derecho.

1. *La distinción entre poderes naturales y normativos*

J. E. Penner, entre otros, ha destacado la importancia que, desde el punto de vista de la caracterización del derecho de propiedad, tiene la distinción entre poderes físicos y poderes normativos:

El derecho de uso exclusivo protege nuestra libertad de usar, es decir, nos protege de la interferencia de otros cuando estamos usando las cosas de las que somos propietarios. En ese sentido la propiedad protege el ejercicio de nuestros poderes naturales, nuestras capacidades físicas e intelectuales. Pero el derecho de uso exclusivo no eleva a esos poderes a la categoría de poderes normativos; ninguna norma del sistema es alterada cuando nos comemos un sándwich o cavamos en nuestro terreno. El caso es notoriamente diferente cuando miramos a nuestras capacidades sociales en relación con la propiedad... Esos poderes producen un cambio práctico en la manera en que las normas operan... Así se convierten en poderes jurídicos¹².

La diferencia relevante entre poderes “naturales” y “normativos” no radica en que solo uno de ellos es apto para producir consecuencias normativas. Un ejercicio de poderes naturales puede bien producir consecuencias normativas, pero la identificación de estos no es parte de la caracterización de ese poder. Si el dueño se come su sándwich hay consecuencias normativas (se extingue su derecho de dominio), pero si el dueño cava en su propio terreno eso en principio puede perfectamente no producir consecuencia normativa alguna. Podría por cierto producirlas, como cuando al cavar afecta la estabilidad del suelo y eso causa daños a la edificación vecina (véase, por ejemplo,

¹² PENNER, 2003, p. 76.

el art. 856 CC) o (para referirnos al caso clásico de abuso del derecho) seca el pozo del vecino¹³. Pero no necesita tenerlas para ser ejercicio de poderes naturales. La explicación de en qué consisten los poderes naturales no incluye referencia a las consecuencias normativas que su ejercicio puede, en su caso, causar. Las reglas institucionales, en las que el hecho de cavar recibe el estatus de “ejercicio de un derecho”, no *constituyen* sino *suponen* la existencia previa de los poderes naturales en cuestión (el poder de hecho de cavar). Cuando del ejercicio de poderes naturales resultan hechos institucionales, ello es porque hay reglas constitutivas que atribuyen a las consecuencias de esos ejercicios estatus institucionales. Nótese que en este caso se trata de atribución directa de estatus institucionales a la situación resultante del ejercicio del poder natural (*e.g.* dar muerte a una persona recibe el estatus institucional de “delito de) homicidio”).

Esto es precisamente distinto tratándose de poderes normativos. Ahora, las consecuencias de su ejercicio son parte de la caracterización de la potestad normativa en cuestión. Las consecuencias normativas son *internas* al poder respectivo, porque lo definen. Carece de sentido decir de la potestad normativa de disposición del dueño lo que puede decirse del poder natural de cavar: que puede ser ejercida sin consecuencias jurídicas.

2. *La distinción entre hechos “externa” e “internamente” institucionales*

La teoría del derecho conoce y ha usado con provecho la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales, y la distinción correlativa entre reglas constitutivas y reglas regulativas¹⁴. Las reglas regulativas regulan, como su nombre lo indica, determinados hechos, calificándolos de lícitos o ilícitos, ordenados, prohibidos o permitidos, etc. Un ejemplo de regla regulativa es el quinto mandamiento: “no matarás”. La regla impone directamente a sus destinatarios un deber, y permite calificar a una determinada acción como contraria al deber.

Una regla constitutiva, por otra parte, asigna a un determinado hecho bruto un estatus institucional, uno que no es reducible a las características fácticas del hecho en cuestión. Que A y B lleguen a un acuerdo acerca de algo es un hecho bruto, cuya existencia no supone la existencia previa de regla alguna. Pero que ese acuerdo tenga la significación de un contrato supone la existencia de una regla constitutiva en virtud de la cual los acuerdos logrados en tales y cuales condiciones “cuentan como” contratos. Esa regla constitutiva, entonces, impone al hecho bruto del acuerdo (en las condiciones y

¹³ JOSSERAND, 2018, p. 10.

¹⁴ Estas dos distinciones fueron formuladas por John Searle en SEARLE, 1969 y, en una versión más actualizada, SEARLE, 1995. En la teoría del derecho, véase MACCORMICK, 1973 y MACCORMICK Y WEIBERGER, 1986. Véase también RAZ, 1992 y MACCORMICK, 2007. VARAS, 2003 contiene un intento de aplicar la teoría de los actos de habla y la noción de “hecho institucional” a la clarificación del concepto de “negocio jurídico”, por referencia a la noción de “fuerza ilocucionaria” desarrollada por J. L. Austin. Comparte, así, el punto de partida de la explicación a ser desarrollada en este texto, la que sin embargo pretende introducir una distinción más fina con el objeto de explicar la relación existente entre actos jurídicos y poderes normativos.

con el contenido adecuado) el estatus institucional de “contrato”. Y ese estatus implica consecuencias institucionales: derechos, deberes, poderes, etcétera.

Esta distinción parece prestarse adecuadamente para explicar la distinción que hemos encontrado entre hechos y actos jurídicos. Un hecho jurídico como causar con culpa daño a otro sería un hecho bruto, y el artículo 2314 contendría una regla regulativa a su respecto, según la que los daños así causados han de ser imputados al agente que los causó, mientras la regla del artículo 1545 sería constitutiva, que crea la posibilidad de realizar actos que antes eran imposibilidades conceptuales. En efecto, el contrato no es posible antes de que existan reglas que, como el artículo 1545, lo definen y le atribuyen un estatus (el de fuente de las obligaciones, etc.)¹⁵.

Esto (que será denominado la “explicación simple” de la distinción entre hechos y actos jurídicos) nos sirve para avanzar, pero no es suficiente, y para explicar por qué debemos mirar con algo más de detención la distinción entre hechos brutos y hechos institucionales y la distinción correlativa entre reglas regulativas y reglas constitutivas. En la formulación que le dio a esta idea John Searle, una regla constitutiva tiene la forma de “X cuenta como Y en el contexto C”: X es un hecho bruto, Y un estatus institucional, C el contexto formado por otras reglas en virtud de las cuales Y no es solo una etiqueta, un nombre, sino un estatus. Esta diferencia entre una etiqueta y un estatus institucional es importante para distinguir una regla constitutiva como “un acuerdo entre dos personas en las condiciones tales-y-cuales cuenta como contrato” del caso, discutido por Searle, de “los objetos diseñados para sentarse sobre ellos cuentan como sillas”. En este segundo caso no hay una regla constitutiva, y no hay asignación de un estatus institucional, porque

Satisfacer el término X es ya suficiente para satisfacer el término Y, solo en virtud de la definición de la palabra “silla”. La “regla” solo añade una etiqueta, y por eso no es una regla constitutiva¹⁶.

La diferencia entre una etiqueta y un estatus institucional, entonces, es que el estatus tiene consecuencias normativas al interior del sistema normativo compuesto por la regla constitutiva y otras reglas, que siguiendo a Neil MacCormick podemos llamar reglas consecuenciales y terminativas¹⁷. Las reglas consecuenciales son precisamente las que fijan el contenido del estatus institucional respectivo, indicando cuáles son sus consecuencias normativas, y las reglas terminativas son las que especifican el modo en que el estatus se termina por consumación (como los modos de extinguir las obligaciones, etc.).

Si las etiquetas se distinguen de los estatus porque estos, pero no aquellas, suponen reglas consecuenciales y terminativas, las reglas constitutivas necesitan ser parte de sistemas, no pueden existir solas. Por eso no hay hechos institucionales en lo que

¹⁵ Véase la discusión acerca del carácter institucional de las promesas y contratos en MACCORMICK Y RAZ, 1972.

¹⁶ SEARLE, 1995, p. 44.

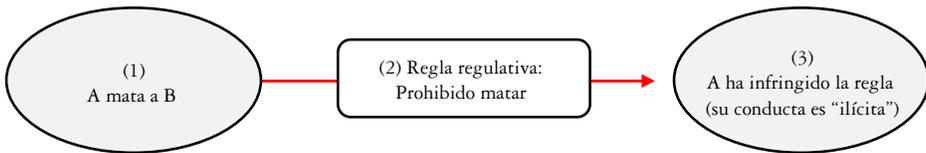
¹⁷ MACCORMICK, 1973, pp. 5-6.

Hart llamó “una estructura de reglas primarias de obligación”. Con ese término (nótese: “estructura”, no “sistema”) Hart describe un conjunto de reglas sociales cada una de las cuales impone un deber (no matar, no robar, etc.), pero “sin una legislatura, tribunales o funcionarios de ningún tipo”¹⁸.

Las reglas que el grupo observa no formarán un sistema, sino que serán simplemente un conjunto de pautas o criterios de conducta separados, sin ninguna marca común identificatoria, excepto, por supuesto, que ellas son las reglas que un grupo particular de seres humanos acepta. A este respecto se parecerán a nuestras reglas de etiqueta¹⁹.

El grupo tradicionalmente (consuetudinariamente, etc.) acepta un conjunto de reglas. Cada regla impone una obligación, y esa obligación no debe nada a ninguna de las otras reglas que el grupo acepta. En virtud de cada regla, hay una acción o un conjunto de acciones que son sancionadas por el grupo. Esto se representa en la Figura Nº1.

Figura Nº 1. Reglas regulativas, hechos brutos



La noción de sistema normativo aparece cuando surgen reglas secundarias, que no son reglas que imponen obligaciones sino reglas que confieren facultades o, como Hart alternativamente las caracteriza²⁰, reglas que se refieren a otras reglas: reglas que especifican las condiciones para que las demás reglas del sistema sean reconocidas como formando parte del mismo (“reglas de reconocimiento”), reglas que confieren facultades a determinados funcionarios para decidir con autoridad que las reglas del sistema han sido infringidas, y entonces que una determinada consecuencia normativa es debida (“reglas de adjudicación”), y reglas que confieren a alguien facultad para crear, modificar o derogar las reglas existentes (“reglas de cambio”)²¹.

¹⁸ HART, 1963, p. 114.

¹⁹ HART, 1963, pp. 114-115.

²⁰ En relación con esta ambigüedad (y su solución), véase MACCORMICK, 1981, pp. 103-106.

²¹ Acerca del sentido de distinguir entre reglas de cambio y reglas de reconocimiento, como una condición requerida por la existencia de poderes normativos, véase ATRIA, 2020, pp. 589-592.

Aquí no nos interesa, naturalmente, hacer una exposición de la teoría del derecho de Hart, sino solo notar que la emergencia de las reglas secundarias y la noción de “sistema” jurídico implica que lo que antes eran reglas regulativas pasan a ser reglas constitutivas²². En efecto, la regla ya no es “no matarás”, sino “el que mate a otro será sancionado” y esta sanción será impuesta por un determinado órgano con competencia para ello. Que el órgano tenga competencia, aportada por una regla secundaria de adjudicación, implica que la declaración de ese órgano de que A ha cometido un delito y por consiguiente merece una determinada sanción no es puramente descriptiva, sino constitutiva de un estatus, el de “(autor de un) delito”, estatus que satisface las condiciones anteriores para ser considerado un término Y. Y entonces la regla que crea el delito de homicidio es también una regla constitutiva, porque es entendida como atribuyendo al hecho de que una persona mate a otra el estatus institucional de “delito (de homicidio)”, cuyas consecuencias las fijan otras reglas del sistema, etc. Así, con la emergencia de este segundo nivel de reglas, surgen los hechos institucionales. Esto tiene una consecuencia importante: lo que se dice respecto de matar a otro se puede decir de cualquier otra acción que se hace jurídicamente relevante. La “relevancia jurídica” de un hecho es su relevancia en el contexto de un sistema institucional, y esa relevancia implica que ese hecho contribuye a especificar las condiciones de creación, consecuencias o extinción de estatus institucionales²³.

Esta es la razón por la que la explicación simple de la distinción entre hechos y actos jurídicos no es correcta. No podemos decir, como lo hacíamos tentativamente más arriba, que la regla del artículo 2314 es una regla regulativa, precisamente porque es parte de un sistema institucional, y cumple la función de atribuir a un agente el estatus de “deudor” y a otro el de “acreedor”. Las fuentes de las obligaciones, por cierto, son un ejemplo paradigmático de reglas de las que MacCormick llamaba “institutivas”, que crean hechos institucionales. Es que es claro que las obligaciones son hechos institucionales, como lo son las categorías de acreedor, deudor, etcétera.

Por consiguiente, los hechos jurídicos son también hechos institucionales, y por eso lo que hemos llamado la “explicación simple” de la distinción entre hechos y actos jurídicos no es suficiente. Pero que los hechos jurídicos y los actos jurídicos, el hecho que causa culpablemente daño a otro y el contrato, sean ambos hechos institucionales, no debe llevarnos a ignorar las diferencias que hay entre ellos. A eso debemos atender ahora.

Porque algunos hechos institucionales son más iguales que otros. Ya hemos observado que hay hechos que son institucionales por ser, por así decirlo, producidos *al interior* de la institución, mediante el ejercicio de potestades normativas institucionalmente conferidas, y hechos institucionales que lo son porque alguna regla constitutiva les atribuye directamente, sin la mediación de poderes institucionalmente configurados, ese estatus. Así (aunque después veremos que también esto es demasiado simple), un contrato es un hecho institucional que surge al interior de la institución, en el sentido de que algo vale como contrato solo en la medida en que es reconocido como *ejercicio de*

²² Véase ATRIA, 2002, p. 22ss.

²³ Véase ATRIA, 2002, p. 17.

potestades institucionales (la potestad contractual). Pero un delito no es un hecho institucional *en el mismo sentido*, porque el delito no debe su estatus institucional al hecho de ser reconocido como ejercicio válido de una suerte de potestad delictual. Un delito es un hecho bruto (es decir, un hecho que no requiere de reglas constitutivas para existir, como matar a otro) al que las reglas institucionales le atribuyen directamente (sin la mediación de poderes institucionales) un estatus institucional.

Los hechos jurídicos son hechos a los que las reglas le atribuyen directamente un estatus institucional, creando así hechos “externamente” institucionales. A esas reglas las llamaremos “externamente constitutivas” (e-constitutivas). Los actos jurídicos, por su parte, son hechos creados mediante el ejercicio de poderes institucionalmente configurados. A las reglas constitutivas que crean hechos “internamente” institucionales las llamaremos “internamente constitutivas” (i-constitutivas).

Podríamos decir que las reglas e-constitutivas son reglas que, examinadas aisladamente, tienen las características propias de las reglas regulativas (=califican una acción que existe con independencia de la regla como “lícita” o “ilícita”), pero que devienen reglas constitutivas por ser parte de un sistema institucional. Recuérdese la distinción hartiana entre el paso de un régimen de reglas primarias de obligación a un sistema jurídico, explicado por la emergencia de reglas secundarias. El régimen de reglas primarias de obligación es un conjunto de reglas regulativas, cada una de las que existe independientemente de las demás porque respecto de cada una de ellas se satisfacen las condiciones para la existencia de reglas sociales. El surgimiento de las reglas secundarias no necesita cambiar el contenido de esas reglas primarias de obligación, pero claramente las hace hechos institucionales, porque ahora existen no porque respecto de cada una de ellas se satisfagan las condiciones para que exista como regla social, sino porque son reconocidas por la regla de reconocimiento. En este sentido detrás de cada regla e-constitutiva hay (o podría haber, en el sentido de: tiene sentido pensarlas como correspondiendo a) una regla regulativa que es transformada en un hecho institucional porque se inserta en un sistema de reglas institucionales.

Las reglas i-constitutivas, por su parte, no pueden ser analizadas de este modo. Se trata de reglas que confieren poderes para crear hechos institucionales. Esos poderes deben su existencia a la institución misma. Por tanto, no hay un equivalente regulativo para las reglas i-constitutivas.

Esta es una diferencia que aparece cuando Hart explica que la nulidad no puede ser entendida como sanción. La posibilidad de la nulidad es la marca característica de las reglas i-constitutivas. Por eso pensar las reglas que confieren poderes institucionales como reglas que imponen obligaciones sujeta a la amenaza de la sanción de la nulidad es, como correctamente dice Hart, “una fuente (y un signo) de confusión”²⁴. Tratándose de las reglas e-constitutivas, es siempre posible distinguir una regla de comportamiento de una regla de sanción, de modo que la primera puede ser analizada con independencia de la segunda. La regla de comportamiento es la que directamente califica el hecho bruto

²⁴ HART, 1963, p. 43.

respectivo de lícito o ilícito; la de sanción es la que especifica las consecuencias jurídicas de la realización de una acción ilícita. Pero cuando se trata de reglas i-constitutivas esta distinción es imposible, porque no hay una calificación directa de un hecho bruto. Hart hace esta distinción del modo más claro posible sin recurrir a la idea de hechos institucionales, todavía no disponible cuando escribió *El Concepto de Derecho*:

En el caso de las reglas del derecho penal, es lógicamente posible y podría ser deseable que hubiera tales reglas aun cuando no se amenazara con castigo u otro mal. Se puede sostener, por supuesto, que en tal caso no habría reglas jurídicas; sin embargo podemos distinguir claramente la regla que prohíbe cierta conducta, por un lado, y el establecimiento de sanciones a ser aplicadas si la regla es transgredida, por otro, y suponer que la primera existe sin la segunda... Pero no hay la posibilidad lógica de hacer tal distinción entre la regla que requiere el cumplimiento de ciertas condiciones, por ejemplo, la firma de testigos para que haya un testamento válido, y la llamada sanción de “nulidad”. En este caso, si el no cumplimiento de esta condición no trajera aparejada la nulidad, no podría decirse inteligiblemente que la regla existe sin sanciones, ni siquiera como regla no jurídica: El establecimiento de la nulidad es parte de la regla misma de este tipo, de una manera distinta a como el castigo está ligado a una regla que impone deberes²⁵.

Con esta distinción ahora podemos volver a la distinción entre hechos y actos jurídicos. Los hechos jurídicos son hechos e-institucionales, es decir, hechos brutos a los que las reglas constitutivas del derecho atribuyen directamente un estatus institucional; los actos jurídicos son hechos i-institucionales, es decir, hechos institucionales que existen en virtud de que el derecho reconoce, en los hechos brutos respectivos, el ejercicio de poderes normativos institucionalmente creados.

En la Figura N° 1 aparecía representada una regla primaria de obligación de aquellas a las que Hart se refiere. No hay hechos institucionales, no hay reglas constitutivas, solo hay una regla regulativa que califica como “ilícita” una determinada acción. Pero cuando emergen las reglas secundarias, y con ellas el sistema se institucionaliza, las antiguas reglas regulativas devienen reglas e-constitutivas, como se muestra en la Figura N° 2.

Es que ahora las reglas son parte de una realidad institucional (son válidas porque son reconocidas conforme con la regla de reconocimiento, etc.). Por consiguiente (3), en la Figura N° 2, es un hecho institucional. En la Figura N° 2, sin embargo, (3) aparece como parte de la realidad no institucional. Es que se trata de un hecho externamente institucional. Es un hecho que satisface, como (3) en la Figura N° 1, la caracterización de los hechos regulados por reglas regulativas (pueden ser caracterizados con independencia de la regla), pero que es regulado por una regla constitutiva. En ese sentido es externo a la institución, y por eso aparece en la Figura N° 2 como parte del mundo no institucional.

Ahora podemos introducir la noción de reglas i-constitutivas, y hechos i-institucionales. Esto es representado en la Figura N° 3.

²⁵ HART, 1963, p. 44.

Figura N° 2. Reglas e-constitutivas, hechos e-institucionales (hechos jurídicos)

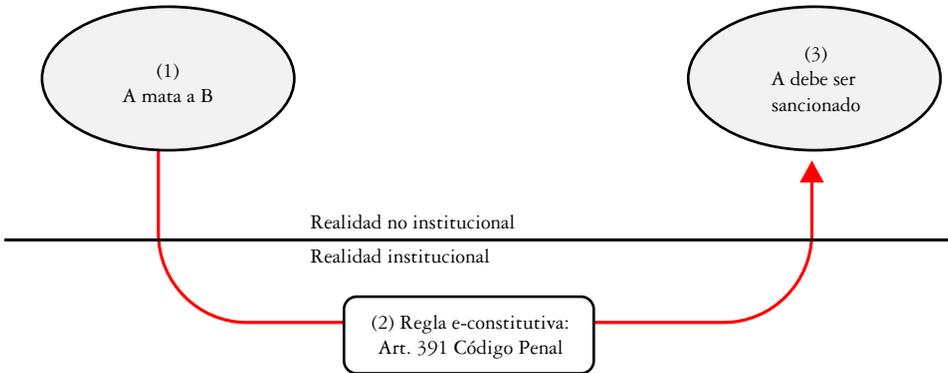
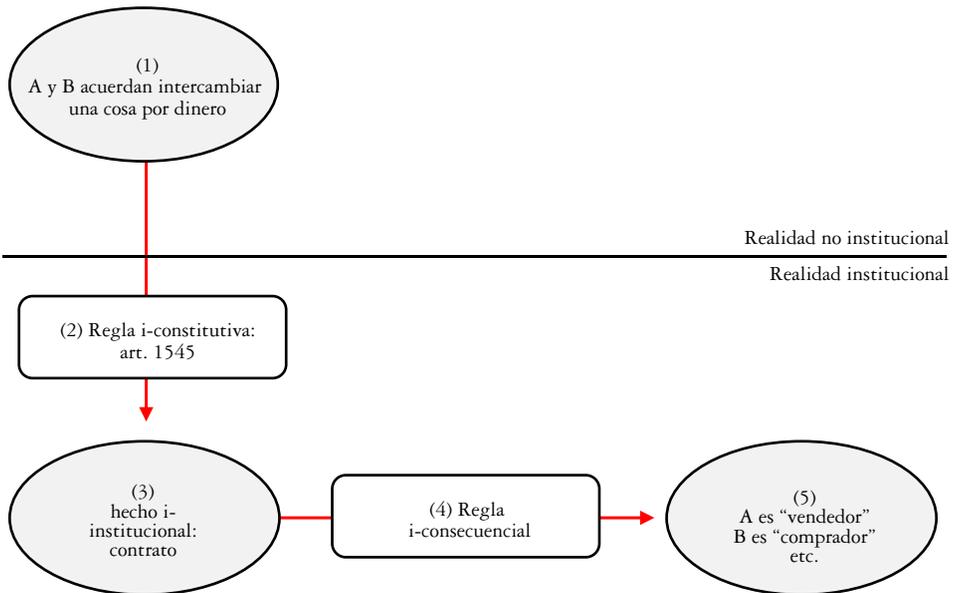


Figura N° 3. Reglas i-constitutivas, hechos i-institucionales (actos jurídicos)



Las reglas i-constitutivas le atribuyen, como las reglas e-constitutivas, un estatus institucional a un hecho bruto, pero lo hacen de un modo especial. En efecto, ellas reconocen en ese hecho, si las condiciones son las requeridas, el ejercicio de un poder normativo institucionalmente conferido. Este momento de reconocimiento (y su negación, la nulidad) es lo característico de los hechos i-institucionales (en el derecho privado, actos jurídicos).

3. *la distinción entre ejercer poderes y realizar hechos operativos de normas que imponen deberes*

Joseph Raz ha sostenido que

Uno no puede identificar un poder jurídico con la capacidad de realizar un acto que tenga consecuencias jurídicas. Esto implicaría la consecuencia paradójica de que las personas tienen poderes jurídicos para violar el derecho (¿necesitamos poderes jurídicos para eso?). Un poder jurídico solo puede ser identificado por las razones que llevan al derecho a vincular esas consecuencias jurídicas a ese acto²⁶.

Esta observación de Raz no es pacífica. Comentando este pasaje, Matthew Kramer ha sostenido que

Desde una perspectiva hohfeldiana, lo que está en juego en este extracto no es un poder para violar el derecho; es más bien un poder para cambiar ciertas posiciones normativas violando el derecho. Cada persona está por cierto habilitada para violar el derecho, y en consecuencia cada persona tiene (por definición) un poder hohfeldiano en ese respecto. No hay nada en la definición de “potestad” de Hohfeld que implique que una potestad o el ejercicio de una potestad debe ser deseable desde la perspectiva del titular de la potestad o de los funcionarios del sistema jurídico²⁷.

El concepto de potestad interpretado como lo hace Kramer niega distinciones que son jurídicamente importantes, y por consiguiente Raz tiene razón: no toda acción que modifica posiciones normativas es ejercicio de una potestad. Es la distinción entre modificar posiciones normativas mediante el ejercicio de potestades creadas por normas que confieren facultades y causar la modificación de posiciones normativas al actuar de modo de realizar los hechos operativos de reglas que imponen obligaciones. Negar esta diferencia, como lo hace Kramer, es negar la distinción hartiana fundamental entre reglas que confieren poderes y reglas que imponen deberes, con la consecuencia especialmente implausible de que la categoría que desaparece es la de reglas que imponen obligaciones, que sería absorbida por la de reglas que confieren facultades.

Y desaparece también la distinción entre hechos y actos jurídicos, que como ya hemos explicado, supone que hay actos que tienen consecuencias normativas que no son ejercicio de potestades y otros que tienen consecuencias jurídicas en virtud de ser ejercicio de potestades. Sin esta distinción no es posible entender lo especial de la nulidad. Solo los actos que son ejercicio de poderes normativos pueden ser nulos. Solo los actos, pero no los hechos jurídicos, pueden ser nulos, porque solo los actos jurídicos son ejercicio de potestades, y por consiguiente solo ellos suponen para su eficacia que ese ejercicio

²⁶ RAZ, 1994, p. 267.

²⁷ KRAMER, 2000, p. 104.

de potestades sea reconocido por el derecho como un ejercicio válido de la potestad respectiva. Y la nulidad es el des-conocimiento de ese pretendido ejercicio de potestades.

Lo anterior muestra que es importante hacer la distinción que Kramer niega, entre consecuencias jurídicas de la acción que no son ejercicio de potestades (hechos jurídicos) y consecuencias que son debidas en virtud del ejercicio de potestades normativas. ¿Cómo trazar esa distinción?

Raz afirma, en el pasaje mencionado más arriba, que la diferencia está en las razones que llevan al derecho a vincular las consecuencias con el acto respectivo:

Un acto es un ejercicio de potestades jurídicas solo si la razón para atribuirle consecuencias jurídicas es que se cree deseable habilitar a las personas para realizar ese acto como un medio de lograr esas consecuencias, si ellas así lo quieren²⁸.

La referencia a la deseabilidad de habilitar a las personas para realizar un acto como un medio para lograr determinadas consecuencias es sin embargo demasiado gruesa, porque que un acto sea un medio para lograr ciertos fines, y que ese acto sea “habilitado” por el derecho no es suficiente para distinguir poderes fácticos de poderes normativos. Una posibilidad de continuar es especificar con más detalle las razones a las que hace referencia Raz. Así lo hace, por ejemplo, Andrew Halpin, que sostiene que lo característico de las potestades es que protegen *esferas de decisión*. Esto se trata de que

El titular de la potestad tiene la capacidad o la autoridad para decidir una cuestión donde la decisión tendrá consecuencias jurídicas en la posición de otro²⁹.

La solución defendida por Raz/Halpin, sin embargo, mira demasiado a la sustancia para resolver un problema estructural. Lo que necesitamos es un criterio para diferenciar poderes naturales de poderes normativos. El ejercicio de poderes naturales también depende de decisiones de quienes tienen esos poderes, y el derecho por cierto crea un “perímetro de protección”³⁰ alrededor de ellas para proteger una esfera de decisión sobre el uso de poderes naturales. Pero como observaba Penner, esto no transforma esos poderes en poderes normativos.

Una vía alternativa³¹, que no mira las razones por las que existen reglas que confieren los pretendidos poderes sino a su modo de operación, es la defendida por Neil MacCormick:

²⁸ RAZ, 1994, p. 268.

²⁹ HALPIN, 1996, p. 140.

³⁰ HART, 1982, p. 171.

³¹ Que es una vía alternativa para solucionar el mismo problema es claro cuando MacCormick explica que si no fuera por la función que la “invocación” de la regla tiene (explicada a continuación en el texto principal), “estaríamos forzados a aceptar la extraña conclusión de que entre los poderes conferidos... por el derecho hay poder para cometer actos ilícitos” (MACCORMICK, 1981, p. 74).

¿Qué es lo que significamos cuando llamamos a todos estos poderes normativos, y no simplemente cosas que las personas pueden hacer, como hablar inglés? La clave está en que los actos que son ejercicio de poderes normativos son actos que necesaria e intrínsecamente invocan la regla de alguna manera³².

La regla necesita ser en este sentido “invocada” cuando se trata de hechos i-institucionales, porque esos hechos son el resultado del ejercicio de poderes institucionalmente configurados.

En la explicación de MacCormick la “invocación” de la regla es la diferencia específica que caracteriza, entre las acciones humanas que tienen consecuencias normativas, a los actos de ejercicio de potestades normativas, que nosotros aquí (y MacCormick³³) llamamos “actos jurídicos”. La explicación de MacCormick es superior a las anteriores porque explica algo que más tarde será importante: la idea de que las potestades son intrínsecamente normativas. Esto aparece en la explicación de MacCormick en la idea de que las potestades normativas no solo suponen reglas, sino suponen que esas reglas son invocadas por las partes que pretenden ejercer esos poderes, y que esta invocación debe ser reconocida por el derecho.

Que esos poderes sean “invocados” no es, por cierto, una cuestión psicológica o de hecho. Por eso es útil, y clarificador, invertir los términos y atender no a la invocación de los poderes, sino al hecho de que esa invocación debe ser reconocida por el derecho. Un poder normativo es ejercido mediante un acto que se realiza en la medida en que es reconocido por el derecho como un acto de ejercicio del poder en cuestión.

Nótese que no puede decirse lo mismo de los poderes naturales, incluso cuando su ejercicio tiene consecuencias jurídicas: el poder de cavar se realiza materialmente, y esa realización no depende de que sea reconocido por el derecho (sin perjuicio de que el hecho de cavar o el socavón resultante pueden ser el supuesto de hecho de alguna regla jurídica). Como ha observado MacCormick, esto significa que

Si el contrato [por el cual A vende un predio a B] es válido, A por cierto tendrá la obligación de transferir la propiedad a B cuando corresponda. La regla que exige el cumplimiento de las obligaciones en este caso exigirá a A que ejerza su poder para transferir la propiedad a B. Y por cierto A podrá ser sancionado si no cumple el contrato. Pero la sanción será por incumplimiento de contrato, no por infringir las reglas sobre la transferencia del dominio³⁴.

El derecho reconoce un acto de ejercicio de poderes normativos cuando el ejercicio del poder ha sido *regular*, es decir, cuando se ha sujetado a las condiciones que el propio derecho fija para su ejercicio y ulterior reconocimiento. Cuando el poder es ejercido

³² MACCORMICK, 1981, p. 73.

³³ MACCORMICK, 1981, p. 104.

³⁴ MACCORMICK, 1981, pp. 85-86.

de modo irregular, el derecho puede reconocerlo parcialmente (es decir, reconocer solo algunos de sus efectos como en el caso del art. 1688, o solo respecto de ciertas personas, como en el caso del art. 1905, etc.) o simplemente desconocerlo.

Los hechos que hemos llamado “internamente” institucionales son por eso susceptibles de nulidad, mientras los que son “externamente” institucionales no lo son. Aunque se trata en ambos casos de hechos institucionales, los contratos, y no los homicidios, pueden ser nulos, porque el poder de matar se realiza matando, mientras el poder de contratar se realiza contratando. Y que se haya o no celebrado un contrato es algo que depende de lo que el derecho dispone; pero que se haya matado a alguien no depende de lo que dispone el derecho, sino de las acciones de un individuo y su contribución a causar la muerte en otro. En el caso del homicidio, entonces, uno podría decir: el derecho llega en un segundo momento, cuando se trata de calificar normativamente las consecuencias del ejercicio de ciertos poderes físicos; en el caso de contratar el derecho aparece en un primer momento: cuando se trata de definir el poder normativo y sus condiciones de operación.

Por eso es acertada la observación de Hart de que la nulidad no puede ser entendida como sanción. La nulidad no es algo que se añade a las reglas que confieren poderes para proveer a los agentes de “incentivos” para actuar conforme con las reglas: es simplemente la contracara del hecho de que los poderes normativos solo “cuentan como” ejercidos cuando el derecho reconoce su ejercicio, lo que “necesaria e intrínsecamente” (MacCormick) implica la posibilidad de des-conocerlos cuando han sido ejercidos de modo imperfecto.

III. LA UTILIDAD DEL ANÁLISIS ANTERIOR: OCUPACIÓN Y TRADICIÓN

Hemos visto que Alessandri y Somarriva usan la ocupación para mostrar la relevancia de distinguir entre hechos y actos jurídicos. La ocupación es el apoderamiento de una cosa que carece de dueño con ánimo de hacerse del dominio. Para la teoría tradicional, que define a los actos jurídicos como hechos voluntarios y lícitos, realizados con la finalidad de obtener efectos jurídicos, la ocupación sería un acto jurídico (ignoremos por ahora que el apoderamiento de una cosa ajena sería por cierto ilícito), “porque el que echa las redes al mar busca obtener el efecto jurídico de hacerse dueño de los peces capturados”³⁵. Con la misma lógica habría que decir que el homicidio cometido por el nieto apurado de Carrió es también un acto jurídico, pues es realizado con la finalidad de abrir la sucesión.

Las consideraciones anteriores, espero, son suficientes para mostrar el error de este criterio: es un criterio que confunde hechos externamente institucionales y hechos internamente institucionales, y por eso no puede hacer la segunda de las distinciones necesarias para entender la noción de poder normativo, la distinción entre efectos jurídicos que son consecuencia del ejercicio de poderes normativos y efectos jurídicos que

³⁵ ALESSANDRI *et al.*, 1998, §1182-b.

son consecuencia de la realización de los hechos operativos de una regla de comportamiento, y así niega la distinción entre reglas que imponen deberes y reglas que confieren poderes. El asesinato cometido por el nieto apurado es un ejercicio de poderes naturales cuya realización se espera (por el agente) que realice el supuesto de hecho de la norma que especifica el momento en que se abre la sucesión. Y como no es un ejercicio de un poder normativo, en términos de MacCormick diríamos que el nieto al cometer el asesinato no “invoca” norma alguna o, en la inversión que hemos preferido más arriba, que no reclama reconocimiento alguno por el derecho. Y como no reclama reconocimiento alguno por el derecho, el derecho no puede desconocerlo. Esto quiere decir, por cierto, que la distinción válido/nulo no se aplica al homicidio del testador, y que no se trata entonces de un acto jurídico.

Ahora podemos dar un paso importante en la explicación: la distinción entre hechos y actos jurídicos no está en los hechos mismos sino en la interpretación jurídica del significado de los hechos. La dicotomía se encuentra en el nivel del sentido (las interpretaciones), no en el nivel del acontecer. No es que *lo que ha acontecido* ha de ser o un hecho o un acto jurídico, porque lo que ha acontecido puede ser tratado como hecho o como acto. Es que al tratarlo como hecho se le está negando su dimensión como acto y viceversa.

Así, el delito de estafa supone la realización de un contrato y la subsiguiente disposición patrimonial, que cuando se trata de transferir el dominio es civilmente una tradición. Tanto el contrato como la tradición son para el derecho civil actos jurídicos, es decir, suponen el ejercicio exitoso de poderes normativos. Como son actos jurídicos, admiten ser calificados de válidos o nulos. La nulidad declarada del contrato opera con efecto retroactivo (art. 1687), lo que quiere decir que, en tanto acto jurídico, es decir en tanto hecho i-institucional, el contrato nunca existió. Pero esto no implica negar que en tanto hecho jurídico, como un acuerdo entre dos individuos con una determinada finalidad, el contrato o la tradición efectivamente ocurrieron, y el delito para el que el contrato fue un medio no desaparece al declararse la nulidad civil del contrato. Es decir, al mirar los hechos que acontecieron la distinción hecho/acto jurídico no aparece. Ella solo aparece al momento de interpretar esos hechos, ya como la realización de los hechos operativos de una regla de conducta (como la que prohíbe la estafa), ya como ejercicio de una potestad normativa.

Volvamos ahora a la ocupación, donde también aparece esta posibilidad de que el mismo hecho bruto sea interpretado por reglas e-constitutivas y por reglas i-constitutivas. El que se apodera de una cosa que no tiene dueño ejerce, por una parte, un poder natural de apoderamiento: en virtud del ejercicio de ese poder natural, la cosa es ahora detentada por el apoderador con ánimo de dueño. La consecuencia del apoderamiento es que el apoderador detenta materialmente la cosa con ánimo de dueño y, por tanto, en virtud de una regla e-constitutiva (art. 700), es poseedor. La posesión del apoderador es entonces un hecho e-institucional, que genera por ciertas consecuencias jurídicas, pero que no es el resultado del ejercicio de poderes normativos. Pero adicionalmente la ocupación es un modo de adquirir el dominio de las cosas que no pertenecen a nadie (art. 606), y esto sí es ejercicio de un poder normativo, porque sí requiere ser reconocido

por el derecho. El que ocupa una cosa “invoca” su poder normativo de hacerse dueño mediante la ocupación, y a esta invocación corresponde el reconocimiento del derecho de que ahora es dueño. Si las condiciones de la ocupación como modo de adquirir no se satisfacen, la ocupación en tanto modo de adquirir el dominio será desconocida por el derecho, y el apoderador no se hará dueño en virtud de la ocupación.

Así, el que se apodera con ánimo de hacerse el dominio de una cosa que parece perdida adquiere la posesión de esa cosa, porque ha ejercido el poder natural de apoderamiento. Pero su pretensión de ser dueño por ocupación no es reconocida por el derecho, porque las cosas que parecen perdidas no pueden adquirirse por ocupación³⁶.

Lo mismo vale para la tradición. Debido a la incomparablemente mayor importancia dogmática y práctica de la tradición, conviene sin embargo repasar el argumento con detención, como una manera de terminar de mostrar la relevancia del análisis de los poderes normativos desarrollado aquí.

Como la ocupación, la tradición también se realiza mediante el ejercicio de un poder natural, que en este caso es el de entregar la cosa, “significando una de las partes a la otra que le transfiere y el dominio”. Nótese cómo la idea maccormickeana de “invocación” del poder normativo es aquí explícita. Como ya lo hemos visto en general, esta invocación debe ser reconocida por el derecho, y eso ocurrirá cuando el poder normativo haya sido ejercido regularmente, conforme con las reglas que lo configuran. Estas reglas están en los artículos 672-679. La infracción de esas reglas implica la nulidad de la tradición, es decir, implica el desconocimiento de la transferencia del dominio que las partes intentaron hacer.

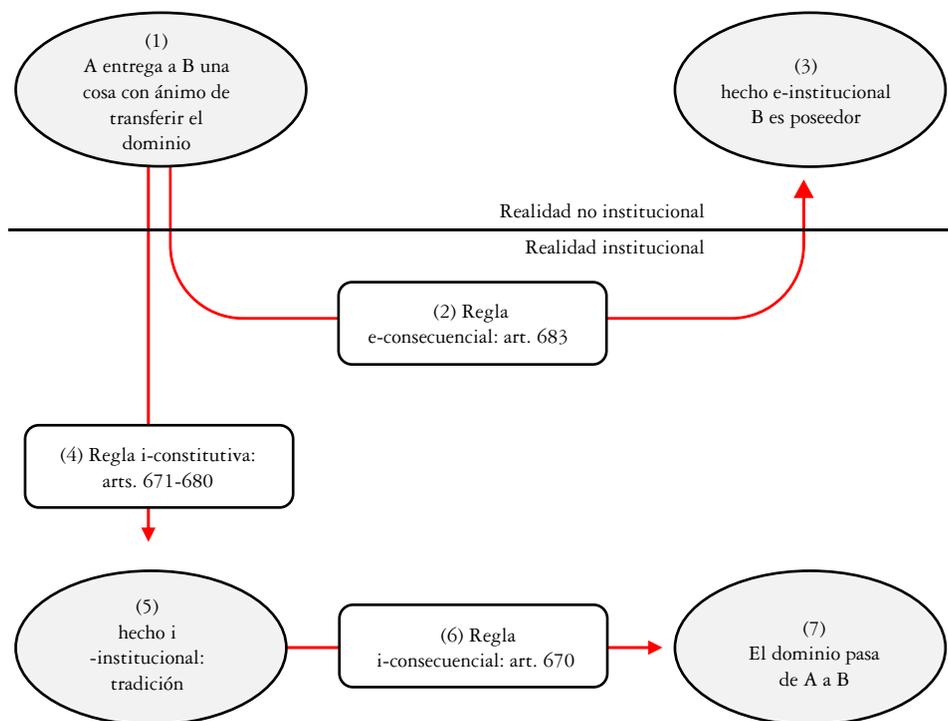
Pero lo anterior no niega que los hechos naturales mediante los cuales el poder se ha intentado ejercer se han realizado. Es decir, la nulidad de la tradición no quiere decir que no ha habido entrega material de la cosa, que la cosa ha dejado de estar en poder del tradente y está ahora en poder del adquirente. La pregunta es qué efecto jurídico tiene este hecho. La respuesta está en el artículo 683:

Art. 683. La tradición da al adquirente, en los casos y del modo que las leyes señalan, el derecho de ganar por la prescripción el dominio de que el tradente carecía, aunque el tradente no haya tenido ese derecho.

Nótese que esta regla no se refiere al efecto de la tradición en la transferencia del dominio, sino a su efecto posesorio. Como la posesión es un hecho, lo que tiene efectos posesorios no es el ejercicio de una potestad jurídica, sino un hecho jurídico. Y cuando este hecho ha ocurrido, con el resultado de que ahora la cosa dejó de estar en manos del tradente y está en poder del adquirente, quien la detenta con ánimo de dueño, el adquirente es poseedor en virtud de la regla e-constitutiva del artículo 700 y de su corolario (véase el antepenúltimo párrafo del *Mensaje* del Código Civil), el artículo 683. Todo esto es graficado en la Figura N° 4.

³⁶ ATRIA, 2017.

Figura N° 4. Reglas i-constitutivas y e-constitutivas, respecto del mismo hecho



Las observaciones anteriores permiten explicar diferenciadamente los efectos de la tradición. Suele decirse que ella tendría tres efectos: (1) la transferencia del dominio del tradente al adquirente (art. 670), si el tradente es dueño; (2) la transferencia de todos los derechos reales transferibles que el tradente tenga sobre la cosa (art. 682) y (3) la adquisición por el adquirente de la posesión (art. 683)³⁷. Estos tres efectos se producirían desde el momento en que se entiende hecha la tradición, con independencia de la forma en que la tradición se realiza³⁸. Si el argumento desarrollado más arriba es correcto, esto no es así. Los efectos (1) y (2) más arriba son consecuencias de la tradición como hecho i-institucional, y pueden ser propiamente considerados efectos de la tradición. Pero el (3) no es uno de los efectos de la tradición. En esto Luis Claro Solar acierta:

³⁷ Así lo explica CORRAL, 2020, pp. 311, 316-318.

³⁸ "En los casos de entrega simbólica, la posesión se adquirirá desde el momento en que se entienda hecha la entrega, aunque no haya habido aún aprehensión material de la cosa, ya que desde ese momento la cosa pasa a estar bajo el control del adquirente" (CORRAL, 2020, p. 317). Los casos de entrega simbólica son precisamente casos en que no hay (todavía) entrega material, por lo que el momento en que ocurren es anterior al momento en que el adquirente se hace fácticamente con el poder sobre la cosa.

El adquirente no adquiere la posesión de la cosa, objeto de la tradición, por medio de la tradición; no sucede al tradente en la posesión de la cosa en virtud de la tradición; sino que la adquiere en virtud de su acto unilateral de apropiación que elimina la posesión actual del tradente, si este estaba en posesión de la cosa al transferírsela, o la posesión del verdadero poseedor si el tradente no era poseedor de ella. La expresión “da” es impropia: la tradición del que no es dueño, no da nada, porque no es tradición; *coloca* únicamente al adquirente en situación de adquirir la posesión de la cosa y el derecho de prescribir el dominio, de que el tradente carecía, o de adquirir el dominio, aun antes de que la prescripción se realice, si el tradente, que no era dueño, al tiempo de efectuar la tradición, adquiere después el dominio caso, este último, en que el adquirente habría adquirido el dominio desde el momento de la tradición. No es, pues, la tradición la que da al adquirente el derecho de ganar por prescripción el dominio, que no pudo darle la tradición, sino la posesión que adquiere el adquirente al tomar la cosa con intención de adquirir el dominio³⁹.

Solo hay un punto que corregir en este agudo pasaje de Claro Solar: el derecho de ganar el dominio por prescripción el adquirente lo recibe no de la tradición, porque es e-consecuencia de la regla e-constitutiva del artículo 700; pero el derecho a hacerse dueño de la cosa si el tradente adquiere el dominio después de la tradición (art. 682 inc. 2º) es una i-consecuencia de la regla i-constitutiva del artículo 684.

Como el adquirente no adquiere la posesión en virtud de la tradición, no es la tradición lo que lo hace poseedor: es la entrega con ánimo de transferir el dominio ((1) en la Figura N° 4). Esa es una de las maneras de realizar la tradición, llamada “real”. ¿Qué ocurre con las formas no reales, simbólicas, de tradición? La respuesta es la de Peñailillo:

En tal caso, el adquirente, si bien tiene el ánimo de dueño porque recibió en tradición, no tendrá posesión, porque le faltará el elemento tenencia (*corpus*). Sería la situación de alguien que vende una cosa ajena, nunca la ha gobernado, efectúa el comprador la tradición simbólica, por ej., mostrándosela, conforme con el artículo 684, y luego de dos años el adquirente pretendiendo que la ganó por prescripción e intenta reivindicarla contra el dueño, quien, a todo esto, no tiene noticias de la maniobra porque él nunca ha sido turbado en la posesión de su objeto⁴⁰.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo pretende haber hecho una contribución a la discusión de los poderes jurídicos y a su integración dentro de una teoría institucional del derecho, es decir, una teoría que mira al derecho como hechos institucionales. Para eso, la distinción hecho

³⁹ CLARO SOLAR, 1979, p. 252, §728.

⁴⁰ PEÑAILILLO, 2019, p. 752.

bruto/hecho institucional, que constituye el punto de partida de una teoría de ese tipo, se muestra como demasiado simple. Los poderes normativos suponen distinguir distintos tipos de hechos institucionales, consecuencia de distintos tipos de reglas constitutivas. Hay reglas que atribuyen directamente un estatus institucional a hechos brutos y otras que crean poderes para crear hechos institucionales. Esta diferenciación es necesaria para poder explicar por qué los contratos y los testamentos pueden ser nulos, pero no los homicidios ni las estafas.

La distinción sirve también para arrojar luz acerca de la naturaleza de la posesión como un hecho. Esto es importante porque, en la larga discusión dogmática de esta noción, la importancia de la facticidad de la posesión queda a veces oculta bajo fórmulas eclécticas del tipo “la posesión es un hecho que es tratada como un derecho” u otras similares. Esta fórmula es correcta, pero para usarla sin que oculte la importancia de que sea un hecho hay que introducir un instrumental conceptual que permita diferenciar un hecho tratado como si fuera un derecho sin serlo y un hecho que es tratado como un derecho porque lo es. Este artículo ha pretendido contribuir a desarrollar parte de ese instrumental.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESSANDRI, A., M. SOMARRIVA Y A. VODANOVIC, 1998: *Tratado de los Derechos Reales*, volumen 1, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ATRIA, F., 2002: *On Law and Legal Reasoning*, Oxford, Hart Publishing.
- ATRIA, F., 2017: “Sobre el título en la posesión, las cosas al parecer perdidas y la ocupación”, en Schopf, A. y J. C. Marín (eds), *Libro homenaje a Enrique Barros. Lo público y lo privado en el derecho*, Santiago, Thomson Reuters.
- ATRIA, F., 2019: “La posesión y la emergencia de la normatividad desde la facticidad”, en Pereira, E. (ed): *Fundamentos Filosóficos del derecho Civil Chileno*, Santiago, Rubicón.
- ATRIA, F., 2020: “Una réplica para seguir conversando”, en Gallego, J. (ed): *El Derecho y sus Construcciones. Diálogos con La Forma del Derecho de Fernando Atria*, Lima, Palestra.
- BARCIA, R., 2008: *Lecciones de Derecho Civil Chileno. Del acto jurídico*, volumen 1. Del acto jurídico, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CARRIÓ, G., 2011: “Principios jurídicos y positivismo jurídico”, en *Notas sobre Derecho y Lenguaje*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, Lexis Nexis; ed.orig. 1970.
- CLARO SOLAR, L., 1979: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, volumen 3.7. De los bienes, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CORRAL, H., 2020: *Curso de Derecho Civil. Bienes*, Santiago, Legal Publishing.
- DUCCI, C., 1995: *Derecho Civil: Parte General*, Santiago de Chile, Jurídica de Chile.
- DWORKIN, R. M., 1968: “Is Law a System of Rules?”, en Summers (ed): *Essays in Legal Philosophy*, Oxford, Blackwell.
- DWORKIN, R. M., 1977: “The model of rules (I)”, en Dworkin, R., *Taking Rights Seriously*, Cambridge, MA, Harvard University Press.
- HALPIN, A., 1996: “The concept of a legal power”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, volumen 16 N° 1, pp. 129-152.
- HART, H. L. A., 1963: *El Concepto de Derecho* (trad. de G Carrió), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- HART, H. L. A., 1982: "Bentham on legal rights", en Hart, H. L. A., *Essays on Bentham. Jurisprudence and Political Theory*, Oxford, Clarendon Press.
- HOHFELD, W. N., 1923: "Fundamental legal conceptions I", en Cooke, W. W. (ed): *Fundamental Legal Conceptions and Other Essays*, New Haven, CT, Yale University Press; ed.orig. 1913.
- JOSSERAND, L., 2018: "Relatividad y abuso de los derechos", en *Del Abuso de los Derechos y Otros Ensayos*, Santiago, Temis/Ediciones Olejnik.
- KRAMER, M., 2000: "Rights without Trimmings", en Kramer, M., N. E. Simmonds y H. Steiner, *A Debate on Rights*, Oxford, Oxford University Press.
- LEÓN, A., 1991: *La Voluntad y la Capacidad en los Actos Jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MACCORMICK, D. N., 1973: *Law as institutional fact*, volúmen 52, Edinburgh, University of Edinburgh.
- MACCORMICK, D. N., 1981: *H L A Hart*, Stanford, CA, Stanford University Press.
- MACCORMICK, D. N., 2007: *Institutions of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MACCORMICK, D. N. Y J. RAZ, 1972: "Voluntary Obligations and Normative Powers", en Proceedings of the Aristotelian Society, Supplementary Volumes, volúmen 46 N° 59-102. <http://www.jstor.org/stable/4106798>
- MACCORMICK, D. N. y O. WEIBERGER, 1986: *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, D. Reidel; ed.orig. 1986.
- PEÑAILILLO, D., 2019: *Los Bienes. La Propiedad y otros Derechos Reales*, Santiago, Thomson Reuters.
- PENNER, J., 2003: *The Idea of Property in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- RAZ, J., 1992: *Practical Reason and Norms* (trad. de J Ruiz Manero), Princeton, Princeton University Press; ed.orig. 1975.
- RAZ, J., 1994: "Legal rights", en *Ethics in the Public Domain*, Oxford, Oxford University Press.
- SEARLE, J., 1969: *Speech Acts*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SEARLE, J., 1995: *The Construction of Social Reality*, London, Allen Lane; The Penguin Press.
- TORRES, A., 2018: *Acto Jurídico*, volúmen i, Lima, Jurista Editores.
- VARAS, J. A., 2003: "El negocio jurídico como acto de lenguaje", en *Actualidad Jurídica*, volúmen 7 N° 263-292. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/el-negocio-juridico-como-acto-de-lenguaje/>
- VIAL DEL RÍO, V., 2006: *Teoría General del Acto Jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

La declaración del vendedor acerca de la ausencia de gravámenes en la cosa vendida

*Feliciano Tomarelli Rubio**

RESUMEN

El presente trabajo pretende dilucidar cuál es la naturaleza jurídica y efectos de la declaración del vendedor respecto de la ausencia de gravámenes en la cosa que vende. Para ello, el trabajo comienza con un análisis de la naturaleza y función de las declaraciones y garantías como institución del Derecho de los contratos, para luego seguir a un estudio pormenorizado de la declaración en cuestión. En ese contexto, fue necesario estudiar la potencial relación de la declaración acerca de ausencia de gravámenes con las obligaciones del vendedor bajo el contrato de compraventa, y revisar la jurisprudencia nacional que existe en la materia. Finalmente, se proponen reflexiones para armonizar la declaración del vendedor relativa a la ausencia de gravámenes con nuestro ordenamiento jurídico.

Declaraciones y garantías; ausencia de gravámenes

The seller's declaration about the absence of burdens over the sold thing

ABSTRACT

The present work intends to elucidate the legal nature and effects of the seller's representation regarding the absence of encumbrances over the sold good. To this end, the paper starts with an analysis of the nature and function of representations and warranties as an institution of contract law, and continues with a specific study of the seller's representation regarding the absence of encumbrances over the sold good. In such context, it was required to study the potential relationship of the above-mentioned declaration with the obligations that the contract of sale naturally imposes on the seller, and to review the existing national case law on the subject. Finally, reflections to harmonize the seller's representations about the absence of encumbrances with our legal system are proposed.

Representations and warranties; absence of encumbrances

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Máster en Derecho, Columbia University, Estados Unidos. Profesor de Derecho Civil, Universidad de los Andes, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5932-9316>. Correo electrónico: ftomarelli@miuandes.cl.

El presente trabajo se enmarca dentro del programa de Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes (Chile), financiado gracias a Beca ANID, Doctorado Nacional, año 2021.

Artículo recibido el 17.3.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas, debido a la masificación de la contratación transfronteriza y la globalización, la contratación civil y comercial chilena ha recibido gran influencia anglosajona. Probablemente, la manifestación más clara de ello ha sido la proliferación de las *representations and warranties* o declaraciones y garantías¹.

Para ser precisos, las declaraciones y garantías no son exactamente lo mismo². Por un lado, las *representations* son afirmaciones que una parte realiza sobre el objeto del contrato u otro elemento relevante para la relación contractual, en las que se basa la contraparte para contratar; y por el otro, las *warranties* son promesas que una de las partes hace acerca de determinadas cualidades de la cosa objeto del contrato u otro asunto de hecho o de derecho que sea relevante para la contraparte, siendo responsable de su veracidad³. No podemos detenernos aquí en todas las diferencias teóricas entre estas instituciones, pero dentro de las más importantes que tradicionalmente se destacan están el derecho a solicitar una indemnización ante la infracción de una *warranty*⁴, y la posibilidad de configurarse hipótesis de *misrepresentation* en caso de que la infracción de una *representation* cumpla ciertos requisitos que la hacen especialmente grave⁵, lo que podría conducir a rescindir el contrato⁶.

Sin embargo, como sostiene la American Bar Association, *the technical difference between the two has proven unimportant in acquisition practice*⁷, ya que la gran mayoría de los contratos que tratan esta materia incluyen ambas voces conjuntamente, de manera que una de las partes “declara y garantiza” cierta información a la otra⁸. Por esta razón, en este ensayo seguiremos la sugerencia de Freund⁹ y hablaremos indistintamente de ambas.

Así, las *representations and warranties* pueden recaer en distintos asuntos relevantes para la relación contractual. Por ejemplo, pensemos en un contrato por el que se vende una empresa o negocio. En dicho contrato seguramente se incluirán, entre otras,

¹ El presente trabajo se abocará a las declaraciones y garantías que han sido incorporadas por las partes al contrato, de modo que, no nos referiremos a las declaraciones que las partes puede intercambiar en la fase de tratativas preliminares. Sobre el particular, Lopez, 2019, pp. 93 y ss.

² BARROS y ROJAS, 2010, p. 4.

³ Ainger v. Michigan Gen. Corp. Sobre las diferencias, SERFILIPPI, 2012.

⁴ CHRISTOU, 2001, p. 346; SMITH, 2006, p. 193.

⁵ Véase, FARNSWORTH, 2004, p. 237.

⁶ CHITTY, 2008, p. 103-133. En Estados Unidos los tribunales son más reticentes a otorgar indemnizaciones de daños por el solo hecho de la *misrepresentation*, requiriéndose que ella haya sido dolosa o culposa. En Inglaterra, de acuerdo con la *Misrepresentation Act* de 1967, es posible que se otorgue sin acreditarse la culpabilidad del emisor. Sobre el particular véase RECART, 2020, p. 569.

⁷ “La práctica en materia de adquisiciones ha probado que la diferencia técnica entre las dos no es importante” (traducción libre). ABA Model Stock Purchase Agreement. Committee on mergers and acquisitions, 2011, p. 77.

⁸ American Bar Association Mergers & Acquisitions Market Trends Subcommittee, 2009. Sin embargo, el uso de las expresiones “represents & warrants” de forma conjunta ha sido objeto de discusión en la doctrina norteamericana, puede verse en ADAMS, 2013, p. 14 y en el caso *Sycamore Bidco Ltd. v. Breslin*.

⁹ FREUND, 1975, p. 153. En el mismo sentido, WEST y SHAH, 2007, p. 5; y ADAMS, 2008, p. 287.

declaraciones respecto de la rectitud de los estados financieros de la empresa, la suficiencia de los activos para llevar a cabo el negocio, el cumplimiento de la normativa tributaria, ambiental y laboral por parte de la compañía, así como la ausencia de gravámenes de las acciones que se están vendiendo.

De suyo, el lector podrá pensar que esto no es del todo novedad, pues, desde antiguo, los contratos de compraventa de inmuebles en Chile contienen una cláusula donde se estipula que el inmueble se encuentra “libre de gravámenes”.

Así, en el presente trabajo pretendemos dilucidar cuál es la naturaleza jurídica y efectos de la declaración del vendedor respecto de la ausencia de gravámenes de la cosa que vende. Para ello, comenzaremos refiriéndonos a la naturaleza y función de las declaraciones y garantías como institución del Derecho de los contratos. Luego, en el segundo apartado, nos adentraremos en la declaración del vendedor acerca de la ausencia de gravámenes de la cosa que vende, para tal efecto deberemos visitar las obligaciones que el contrato de compraventa naturalmente le impone al vendedor. En el tercer apartado realizaremos algunos comentarios de la jurisprudencia que existe respecto de la materia en Chile. Finalmente plantaremos nuestras conclusiones pertinentes al objeto del presente trabajo.

I. DECLARACIONES Y GARANTÍAS: NOCIONES GENERALES DE SU FUNCIONAMIENTO Y RECEPCIÓN EN EL DERECHO CIVIL CHILENO

1. *Asimetría de la información y recepción en Chile*

Las declaraciones y garantías surgieron en el ámbito de las fusiones y adquisiciones (M&A por siglas en inglés), en donde existe una marcada asimetría de la información entre las partes del negocio¹⁰. Por un lado, el vendedor o enajenante generalmente es el dueño del activo subyacente o negocio, y tiene un alto grado de conocimiento respecto de este. La contraparte, el comprador o adquirente, suele contar con escasa información en un comienzo, generalmente solo ha revisado la información pública disponible. Así, el comprador para obtener mayor certeza respecto del estado y cualidades de la cosa que compra o adquiere, comúnmente solicita declaraciones y garantías al vendedor¹¹, por las que se deja constancia de dichas cualidades en el contrato¹².

Dicha práctica contractual llevó al desarrollo legal y doctrinal de las *representations and warranties* en el *common law*¹³, pero ese no ha sido el caso del Derecho continental ni de nuestro país. Pese a que nuestro ordenamiento jurídico no contiene una regulación

¹⁰ Del particular, mucha literatura se ha escrito en la academia norteamericana desde la descripción del “mercado de los limones” en AKERLOF, 1970.

¹¹ CÁRDENAS y REVECO, 2018, p. 149 y ss.

¹² Véase, GOLDBERG, 2014, p. 1037.

¹³ A modo de ejemplo, véase su tratamiento en el Uniform Commercial Code (§2-312 a 2-318), y a nivel doctrinal en FARNSWORTH, 2004, pp. 236 y ss; STARK, 2014, capítulo 3; CARTWRIGHT, 2016, parte II.4.II; SMITH, 2006, parte III.10; TREITEL, 2007, capítulo 9, entre otros.

legal de las declaraciones y garantías, no dudamos que las partes estén habilitadas para incluirlas en sus contratos en virtud de la autonomía de su voluntad y la libertad contractual, lo que ha sido reconocido en sede arbitral¹⁴. En particular, el artículo 1887 del Código Civil otorga a las partes del contrato de compraventa¹⁵ amplia libertad para moldear su contrato, pudiendo agregar “cualesquiera otros pactos accesorios lícitos; y se regirán por las reglas generales de los contratos”.

2. *Sentido y alcance de la cláusula*

Luego, es oportuno preguntarse: ¿qué son las declaraciones y garantías en nuestro ordenamiento jurídico? Siguiendo las dicotomías tradicionales de nuestro Derecho Civil respecto de las cosas (arts. 565 y siguientes), apresuradamente, podríamos pensar que son derechos personales u obligaciones. Sin embargo, para el Código Civil las obligaciones tienen por objeto una prestación de dar, hacer o no hacer algo, y ante su incumplimiento, el acreedor, normalmente puede exigir el cumplimiento forzado de la prestación. ¿Comparten las declaraciones y garantías estos principios?

Al respecto, en la doctrina nacional se han esgrimido algunas opiniones. Enrique Barros y Nicolás Rojas, pese a reconocer que no es fácil calificar las declaraciones y garantías dentro de las clasificaciones tradicionales de las obligaciones, concluyen que las declaraciones y garantías pueden ser calificadas como obligaciones de resultado en nuestra tradición del Derecho Civil, las que se van a cumplir toda vez que lo declarado por el emisor sea verdadero al momento del contrato, satisfaciéndose, de esa forma, el interés del acreedor¹⁶.

En un sentido similar, Alcalde Rodríguez afirma que “la garantía de veracidad y efectividad de las declaraciones formuladas por el vendedor constituyen una obligación que nace de la misma compraventa y, por lo mismo, la responsabilidad que se genera en este ámbito queda regida por el estatuto de la responsabilidad contractual”¹⁷. De esta forma, el autor asocia las declaraciones y garantías con la noción de obligación, la que podría ser “incumplida” por una de las partes, dando lugar a responsabilidad contractual.

Asimismo, Ricardo Quezada reconoce la dificultad de calificar a las declaraciones y garantías como obligaciones por las razones ya anotadas, pero luego añade que “el sentido y alcance de las declaraciones y garantías en la compraventa de una empresa es el de constituir cualidades prometidas que especifican la identidad de la cosa vendida, de modo tal que, al infringirse tal estipulación, la tradición no constituye pago”¹⁸. Detallando su postura, el autor señala que toda vez que se utilizan las declaraciones y garantías en contratos de compraventa de negocios o empresas, el vendedor contrae una obligación de dar, cuyo cumplimiento supone la tradición de aquello que fue objeto

¹⁴ CAM, 1998, rol 74-97.

¹⁵ WEGMANN, 2020.

¹⁶ BARROS y ROJAS, 2010, p. 9.

¹⁷ ALCALDE, 2008, p. 254.

¹⁸ QUEZADA, 2015, p. 18.

del contrato. Así, dicha obligación de dar no se cumpliría si el objeto de la tradición es algo distinto al debido, pues las declaraciones representan “cualidades prometidas de la cosa vendida”¹⁹.

3. *Nuestra opinión*

Como hemos adelantado, nos parece claro que las declaraciones y garantías no tienen por objeto una “prestación”, elemento estructural de la noción tradicional de obligación²⁰. Comúnmente en nuestra doctrina se entiende por obligación aquella relación jurídica en la que una persona —el deudor— debe una determinada prestación a otra —el acreedor—, quien tiene la facultad de exigirla, pudiendo constreñir a la primera a satisfacerla²¹. Luego, la prestación constituye el objeto de la obligación, debiendo el deudor “dar, hacer, o no hacer” algo en favor del acreedor (arts. 1438 y 1460 CC)²². De suyo, para que el deudor se libere de dicha relación jurídica deberá cumplir la prestación efectuando el pago de lo debido²³.

En contraste, quien emite una declaración representa y garantiza en favor de su contraparte cierto estado de las cosas (comúnmente relacionado con el objeto de contrato), por lo que no es necesario que despliegue (o se abstenga de) ninguna actividad para “cumplir” con la declaración. Así, la utilidad de las declaraciones y garantías están en que, si ellas terminan siendo falsas, el autor de las declaraciones deberá indemnizar a la contraparte por los perjuicios que la falsedad de la declaración le trajo²⁴.

En otras palabras, las declaraciones no contienen una prestación que el emisor de la declaración deba cumplir en el futuro, por el contrario, ellas se agotan al momento en que se emiten²⁵. La veracidad y precisión de las *representations and warranties* se debe

¹⁹ QUEZADA, 2015, p. 27.

²⁰ En el mismo sentido, WEGMANN, 2021.

²¹ En este sentido, ABELIUK, 2008, p. 36; ALESSANDRI, SOMARRIVA y VODANOVIC, 2001, pp. 7-11; MEZA BARROS, 2001, p. 11; PEÑAILILLO, 2008, p. 78. Díez-Picazo prefiere hablar de “relación obligatoria”, y sostiene que la esencia de la relación obligatoria radica en la “cooperación social”. Díez-PICAZO, 1996, p. 154. Sobre el concepto moderno de obligación en el derecho español puede verse MORALES, 2006.

²² Díez-PICAZO, 1996, p. 71.

²³ Respecto del particular, FUEYO, 2004, pp. 53 y ss; MEZA BARROS, 2001, p. 324; MEJÍAS, 2008, p. 473.

²⁴ No solo esta es la posición jurisprudencial dominante en los países del common law, sino que, además, en la mayoría de los casos las mismas partes dejan esto estipulado en el contrato, siendo la indemnización de perjuicios el único remedio disponible para las partes, quienes renuncian a otros remedios. Kling & Eileen, 2011, § 15.02. Lo anterior no quita a que por medio de las declaraciones el vendedor derechamente engañe al comprador, llegándose a hipótesis de error o dolo como vicios del consentimiento (hipótesis de misrepresentation y fraud en el derecho anglosajón). Dichas hipótesis, por su propia naturaleza, quedan fuera de lo que las partes pueden convenir en materia de remedios. ABRY Partners V, L.P. v. F & W Acquisition LLC (Del. Ch. 2006). Glenn D. West and W. Benton Lewis, Jr, 2009.

²⁵ WILLISTON, 1936, § 69:5, “false representation made by a defendant, to be actionable, must relate to an existing fact or a past event”.

analizar contemplando la situación de hecho o de derecho objeto de la declaración al momento de celebrarse el contrato y el contenido de este último²⁶.

De esta forma, proponemos entender las declaraciones y garantías como estipulaciones contractuales cuyo efecto es generar responsabilidad contractual para el caso que lo declarado no tenga asidero en la realidad, al ser esta la forma en que ellas naturalmente protegen el interés del destinatario de la representación²⁷. Por lo demás, ya los juristas romanos admitían que el vendedor garantizare mediante estipulaciones al comprador la existencia de ciertas cualidades de la cosa, y le otorgaban al comprador la *actio incerti* para obtener el “valor de su interés” en caso que la estipulación no tuviere asidero en la realidad²⁸.

Lo anterior no quita que (a) las partes puedan otorgar otros efectos a la falsedad de la declaración, como la posibilidad de resolver el contrato, tema al que volveremos más adelante; o (b) que por la magnitud y características de la infracción y de los hechos que la rodean, se configuren hipótesis de error o dolo, según las reglas generales, al igual como en el derecho anglosajón se puede llegar a hipótesis de *misrepresentation or fraud* en casos calificados²⁹.

II. DECLARACIÓN ACERCA DE LA AUSENCIA DE GRAVÁMENES Y LAS OBLIGACIONES DEL VENDEDOR

1. *La obligación de entrega o tradición del vendedor*

Al revisar la jurisprudencia nacional acerca de la declaración de la ausencia de gravámenes (cuyo análisis se ve en el apartado III siguiente), nos percatamos que nuestros tribunales suelen analizar dicha declaración en relación con las obligaciones que el contrato de compraventa impone al vendedor, muchas veces entremezclando los efectos de ambas instituciones. Así, nos detendremos brevemente en el funcionamiento y coexistencia de las obligaciones del vendedor, para luego referirnos a los efectos que la declaración de la ausencia de gravámenes debería generar bajo nuestro Código Civil.

De acuerdo con el artículo 1824 del Código Civil, *las obligaciones del vendedor se reducen en general a dos: la de entrega o tradición, y el saneamiento de la cosa vendida*³⁰. Desde una perspectiva lógica, en primer lugar, el vendedor debe cumplir con su obligación de

²⁶ En el mismo sentido, WEGMANN, 2021.

²⁷ “[...] no resulta un contrasentido admitir vinculaciones contractuales sobre hechos o estados de la realidad, pues tal vinculación no significa obligarse a que la realidad sea diferente, algo imposible, sino garantizar el interés del otro contratante en un determinado estado de la realidad, indemnizándole en los casos en que la realidad sea de otro modo” BARROS y ROJAS, 2010, p. 9.

²⁸ GUZMÁN, 1996, p. 149.

²⁹ Al respecto no es posible ahondar acá, ver notas 7 y 8.

³⁰ Sin perjuicio de que estas obligaciones tienen fuente legal, no se debe desconocer la importancia de las estipulaciones de las partes a tal efecto. ALESSANDRI, 2011, p. 573.

entregar la cosa, la que se ve satisfecha cuando el vendedor efectúa la *entrega o tradición* (art. 1824 CC) de la cosa que indica el contrato (art. 1828 CC). Luego surge la obligación de saneamiento, la que busca garantizar la posesión tranquila, útil y pacífica de la cosa vendida por parte del comprador, lo que se materializa en la obligación que pesa sobre el vendedor respecto de la evicción de la cosa y su responsabilidad por los vicios ocultos³¹.

De esta forma, es admisible preguntarnos, en caso que la cosa vendida esté afecta a un gravamen, ¿ello incide en el cumplimiento de la obligación de entregar del vendedor o dice relación con su obligación de saneamiento?

Para inclinarnos por la primera opción, habría que sostener que el vendedor tiene una obligación de transferir la cosa al comprador sin que ella esté afecta a derechos en favor de terceros. Sin embargo, la gran mayoría de la doctrina nacional³², siguiendo a Alessandri³³, ha estimado que, bajo el código de Bello, el vendedor no tiene una obligación de transferir el dominio de la cosa que vende³⁴. Andrés Bello, en este punto, siguió al Derecho Romano³⁵ y se alejó del *Code*³⁶, pues el vendedor cumple su obligación de entregar, desplazando materialmente la cosa al comprador y transfiriéndole los derechos que tenga de la misma (entrega material y jurídica)³⁷. Así, en caso de que el vendedor sea dueño de la cosa vendida, la compraventa servirá como título traslativo de dominio que antecederá la transferencia de la propiedad, lo que solo tendrá lugar por medio de la tradición. En cambio, si el vendedor no es el dueño de la cosa, la compraventa es plenamente válida (art. 1815 CC), pero no servirá de antecedente para la transferencia del dominio, pues, *nadie puede transferir más derechos que los que tiene* (art. 682 CC), pudiendo el comprador llegar al dominio por medio de la prescripción adquisitiva, como poseedor de la cosa (art. 683 CC). Este razonamiento, desde antiguo, ha sido reconocido por nuestra jurisprudencia³⁸.

³¹ Esta distinción temporal se puede ver con claridad en el fallo de la Corte Suprema, 19.01.2015, rol 10.758-2014, "Rodríguez Gallegos y otra con Sociedad Forestal Matraquin Limitada y en Orlandi Ortiz con Fernández Vásquez". Asimismo, comentando el Código Civil Español, Durán se pronuncia en el mismo sentido. DURÁN, 2002, pp. 49-55.

³² BARROS, 1932, p. 121; MEZA, 1995, p. 111; Díez, 1988, pp. 142-143; BARCIA, 2008, pp. 75-76.

³³ Arturo Alessandri Rodríguez en su memoria de prueba sostuvo por primera vez esta posición (1917), que luego fue recogida en su obra acerca de la compraventa y promesa de venta que aquí citamos.

³⁴ Díez-PICAZO, 2012, p. 46.

³⁵ Al respecto véase los textos de Ulpiano y Africano en D.19.1.11.2, D.19.1.11.13 y D.19.1.30.1, en donde no se le impone al vendedor una obligación de hacer dueño de la cosa al comprador. En el mismo sentido, ZIMMERMANN, 1992, p. 278; COING, 1996, p. 568. Guzmán Brito añade "posiblemente esta característica de la compraventa romana vino de sus vinculaciones con el comercio con peregrinos, quienes no podían ni dar ni recibir en dominio civil". GUZMÁN, 1996, p. 138.

³⁶ ALESSANDRI, 2011, p. 656.

³⁷ En nuestra doctrina, esta es la posición mayoritaria. Con ligeras variaciones, véase en: ALESSANDRI, 2011, p. 660; ABELIUK, 2008, p. 74; MEZA BARROS, 2001, p. 58; VIDAL, 2007, p. 130 y Díez, 1988, p. 60. En contra, UGARTE, 1970, pp. 151-193.

³⁸ Corte de Concepción, 23.06.1976, RDJ, t. 73, sec. 4^a, p. 174; Corte de Temuco, 29.03.1939, RDJ, t. 40, sec. 1^a, p. 304; y Corte de Temuco, 02.09.1936, RDJ, t. 37, sec. 2^a, p. 1; Corte Suprema, 26.09.2011, rol 9480-2009.

Ahora bien, si el vendedor no tiene una obligación de transferir el dominio de la cosa vendida, ¿podría tener una obligación de transferir el dominio libre de gravámenes? Siendo coherentes con lo anterior, el vendedor debe efectuar la entrega material y jurídica de la cosa, dejando al comprador como poseedor de la cosa vendida, lo que no se ve afectado si la cosa no era de propiedad del vendedor o se encuentra afecta a derechos en favor de terceros³⁹. Lo último, sería relevante:

- (i) Si el dueño de la cosa o los titulares de gravámenes sobre la cosa vendida ejercieren sus derechos e intentaren privar –total o parcialmente– de la cosa al comprador, caso en el cual, este podría activar la obligación de saneamiento de la evicción del comprador (artículos 1837 y siguientes del Código Civil)⁴⁰; o
- (ii) Si el comprador se percatare de la existencia del gravamen con anterioridad a pagar el precio, caso en el cual tiene a mano la excepción de inminente evicción que consagra el artículo 1872 del Código Civil, que lo habilita a depositar el precio ante el juez mientras no se haga cesar la perturbación o se aseguren las resultas del juicio.

Consiguientemente, el hecho de que la cosa vendida haya contado con gravámenes o derechos a favor de terceros cuya causa sea anterior a la venta (art. 1839 CC) no debería incidir en el cumplimiento de la obligación de entregar, sino que solo será relevante para la obligación de saneamiento. De esta forma, la existencia de gravámenes o derechos en favor de terceros en la cosa vendida, *per se*, no constituye un incumplimiento de la obligación de entregar bajo el contrato de compraventa⁴¹. Igualmente, nos parece descartable que la existencia de un gravamen público en la cosa vendida constituya un vicio redhibitorio bajo nuestra legislación (art. 1858 regla tercera del Código Civil)⁴².

Lo anterior no implica una aceptación legal de la existencia de gravámenes en la cosa vendida. Solo estamos sosteniendo que la existencia de dichos derechos no debería ser relevante para efectos del cumplimiento de la obligación de entregar, sino que solamente para efectos del saneamiento de la evicción⁴³.

³⁹ Como ya indicamos, lo anterior es consecuencia de que Bello siguió al Derecho Romano en esta materia. GUZMÁN, 1996, pp. 144, 145.

⁴⁰ ABURTO y DE LA MAZA, 2017, p. 153; ALESSANDRI, 2011, pp. 51-59.

⁴¹ ABURTO y DE LA MAZA, 2017, p. 167. En un sentido similar, pero con cierta desazón, Vidal, 2017, p. 257. En la misma línea, Corte de Apelaciones de La Serena, 20.05.2014, rol 612-2013, “[...] que es perfectamente posible enajenar un bien hipotecado, y ello no pone al vendedor en un incumplimiento *ex ante*”.

⁴² Véase, Corte de Apelaciones de La Serena, 20.05.2014, rol 612-2013. Igualmente, la Corte de Apelaciones de Santiago ha rechazado que la existencia de deficiencias jurídicas de la cosa constituya vicios redhibitorios. Corte de Apelaciones de Santiago, 13.03.1988, RDJ 1988, II.18.

⁴³ ABURTO y DE LA MAZA, 2017, p. 78; ALESSANDRI, 2011, pp. 57-59. Al respecto, ilustrativo nos parece el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia, 16.11. 2009, rol 339-2009, en el caso “Toro Mancilla, Rodrigo con Banco Santander”, el que fue objeto de recurso de casación en el fondo, siendo rechazado por la Corte Suprema, 26.09.2011, rol 9480-2009.

2. *Obligación de entregar lo que reza el contrato. Generalidades*

Sin perjuicio de lo indicado en el acápite anterior, producto de la autonomía de la voluntad, las partes podrían estipular que el vendedor debe entregar una cosa libre de gravámenes. En tal sentido, De la Maza sostiene que las partes tienen la posibilidad de moldear la obligación de entregar la cosa a la luz del artículo 1828 del código, pudiendo definirla agregando la necesidad de que la cosa se encuentre libre de gravámenes. En ese caso, señala el mencionado autor, la obligación de entregar se incumpliría si la cosa vendida está afecta a derechos en favor de terceros, pues el vendedor no estaría entregando “lo que reza el contrato”⁴⁴.

La postura antes mencionada ha tenido, como veremos, cierta recepción jurisprudencial. Sin embargo, incluso en los casos en donde ha sido recogida, los tribunales han dado gran importancia a la publicidad de los gravámenes (al encontrarse inscritos en registros públicos), rechazando las pretensiones del comprador por dicho motivo, lo que no es concordante con la postura del profesor De la Maza. Si el vendedor se “obligó” a transferir la cosa exenta de gravámenes, no debería ser relevante que el comprador conociera de su existencia al momento de contratar, pues, igualmente debería tener acceso a los remedios contractuales producto del incumplimiento de su contraparte. Por el contrario, si el vendedor efectuó una “declaración” acerca de la ausencia de gravámenes, el conocimiento que pueda tener la contraparte acerca de su falsedad sí es relevante, pues no estaba confiando en la veracidad de la declaración al momento de comprar, y ello debería afectar sus acciones o remedios⁴⁵.

En nuestra opinión, la contradicción antes mencionada se explica por un impreciso entendimiento del alcance de las obligaciones del vendedor bajo el contrato de compraventa y el verdadero sentido de las declaraciones del vendedor que puedan agregarse al contrato, lo que toma especial relevancia si las partes no fueron lo suficientemente claras en su acuerdo. Así, a continuación, nos referiremos brevemente a los contornos de la obligación de entregar del vendedor.

3. *Obligación de entregar lo que reza el contrato y la existencia de gravámenes*

Cuando el artículo 1828 del Código Civil señala que “el vendedor es obligado a entregar lo que reza el contrato”, simplemente prescribe que el vendedor no se liberará de su obligación para con el comprador si entrega una cosa distinta a la acordada. Lo anterior es plenamente concordante con el artículo 1569 del mismo cuerpo normativo, que ordena que el pago se efectúe “en conformidad con el tenor de la obligación”. De

⁴⁴ DE LA MAZA, 2012, pp. 95-114.

⁴⁵ En TOMARELLI, 2019, pp. 820 y ss, sostenemos que dicha confianza si debiese ser un elemento relevante bajo nuestro Derecho para efectos de que el destinatario de la declaración pueda beneficiarse de ella, pero ello no es unívoco en las jurisdicciones del *common law*.

suyo, el acreedor no puede ser obligado a aceptar una cosa distinta a la convenida, incluso si fuese de mayor valor que la última⁴⁶.

Dicha conclusión, además, se entrelaza con la historia del establecimiento del artículo 1828 del Código Civil. Este se encontraba presente en el proyecto de 1853 (artículo 2015), pero Bello no dejó notas respecto de las fuentes particulares, por lo que ha sido trabajo de la doctrina dilucidar cuáles fueron.

En primer lugar, Alessandri sostiene que la ley 11 número 1° del título I del Libro XIX del *Digesto* establece “una regla análoga” al artículo 1828 del Código Civil, consistente en que el vendedor debe entregar la misma cosa que vendió, con todos sus frutos y accesorios, en el estado en que se encontraba al momento del contrato⁴⁷.

En un sentido diverso, Carlos Amunátegui⁴⁸ indica que la fuente del artículo 1828 estaría en el artículo 1616 del *Code: Le vendeur est tenu de délivrer la contenance telle qu'elle est portée au contrat, sous les modifications ci-après exprimées*⁴⁹. Nos parece probable que Andrés Bello se haya inspirado en la redacción de la norma francesa para escribir el artículo 1828, pues sus similitudes son evidentes, pero su sentido y alcance nos parecen distintos. Inmediatamente después del artículo 1616, el Código de Napoleón regula la compraventa de inmuebles, distinguiendo si se hizo con indicación de cabida o como cuerpo cierto. En cambio, Bello después del artículo 1828 agregó dos reglas que parecen atenuar el tenor literal del 1828, pues el vendedor no solo deberá entregar lo que “reza el contrato”, sino que ciertas cosas que, pese a no estar expresamente incluidas en el mismo, la compraventa “comprende naturalmente”, como las crías que el animal lleva en su vientre o amamanta (art. 1829 CC), y los accesorios o inmuebles por adherencia o destinación (art. 1830 CC). Lo anterior, parece más concordante con D.19.1.11, que justamente se refiere a las prestaciones que el contrato comprende naturalmente (*quae naturaliter insunt huius iudicii potestati*). Así, el vendedor debe entregar lo que reza el contrato, pero no solamente lo que reza el contrato. Una vez aclarado lo anterior (atenuado el tenor literal del art.1828), el código de Bello pasa a regular la venta de inmuebles (arts. 1831 a 1833).

Asimismo, a partir de las notas del Proyecto de 1853 sabemos que Andrés Bello tuvo como fuente primordial para redactar el título relativo a la obligación de entregar del vendedor la regulación de las *Siete Partidas* de Alfonso X⁵⁰. Lo que tiene toda lógica, porque, como ya indicamos, el código de Bello siguió al Derecho Romano en materia de entrega de la cosa y transferencia del dominio, el que se recoge en las

⁴⁶ En este sentido, Alessandri sostiene que, en virtud del artículo 1828 el vendedor contrae la obligación de entregar “la misma cosa que vendió”, con todos sus frutos y accesorios y en el estado en que se encuentre al tiempo del contrato. ALESSANDRI, 2011, p. 723.

⁴⁷ ALESSANDRI, 2011, p. 722.

⁴⁸ AMUNÁTEGUI, 2019, p. 480.

⁴⁹ El vendedor está obligado a entregar la cabida que se expresó en el contrato, con las modificaciones que se indican a continuación (traducción libre).

⁵⁰ En el título sexto “De las obligaciones del vendedor i primeramente de la obligación de entregar” del Proyecto de 1853 solo se encuentran notas referentes de las *Siete Partidas*, en particular a la Ley 27, título 5.

Siete Partidas. Luego, la ley XXI (título V, Quinta Partida), contiene una vieja regla del Derecho Romano, conocida como *aliud pro alio*⁵¹, que Bello plasmó en el artículo 1569, y luego reafirma en sede de compraventa (art. 1828), sancionando al vendedor cuando entrega una cosa distinta a la convenida, no quedando, por tanto, liberado de su obligación de entregar⁵².

Para efectos de la correcta interpretación del artículo 1828 –en lo que nos importa para el objeto del presente trabajo– resulta también relevante otro artículo del Proyecto de 1853 que finalmente no pasó al Código Civil. El artículo 2036 del Proyecto de 1853 indica “Si la evicción recayere sobre servidumbres u otros derechos reales de que el comprador no tuvo ni con mediana diligencia de su parte pudo tener noticia al tiempo de la venta, i si los gravámenes fueren tales, que sea presumible que conocidos no hubiera comprado, tendrá derecho a pedir la rescisión de la venta”. La norma en cuestión gozaba de una sólida tradición⁵³, incluido el artículo 1405 del Proyecto de Código Civil Español que tiene una redacción muy similar⁵⁴.

El mencionado artículo no fue incluido en el Proyecto Inédito⁵⁵, por lo que tampoco se incluyó en el Proyecto de 1855, ni, consiguientemente, se encuentra en el Código Civil. Lo anterior nos parece relevante. Andrés Bello se inclinó por incluir en la regulación de la evicción el supuesto en donde la cosa vendida está afecta a un gravamen, y no como un supuesto de incumplimiento de la obligación de entregar.

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 2036 fue eliminado por la Comisión Revisora del Proyecto de 1853. Lamentablemente no existen, o no se han encontrado aún⁵⁶, las actas de las más de 300 sesiones que habría tenido la Comisión Revisora. En nuestra opinión, es posible que la Comisión Revisora haya estimado que el artículo era innecesario, pues, el proyecto de 1853 incluía el artículo 2033 (actual 1852), que prescribe que en su inciso final “si la evicción no recae sobre toda la cosa vendida, i la parte evicta es tal, que sea de presumir que no se habría comprado la cosa sin ella, habrá derecho a pedir la rescisión de la venta”. Luego, en caso de que existiere un gravamen o derecho real sobre la cosa, que el comprador no conociere y este fuere de relevancia, de manera que sea presumible que el comprador no hubiere contratado si hubiese conocido del gravamen, podrá resolver el contrato por esta vía, siendo innecesario el artículo antes citado.

⁵¹ D 12.2.1.2: *aliud pro alio invito creditorum solvi non potes*. También en D. 18.1.9.2. Al respecto, véase RODRÍGUEZ, 2017, pp. 277-287; DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 93-125.

⁵² VIDAL, 2017, p. 236.

⁵³ Florencio García Goyena concuerda el art. 1405 de su proyecto con el art. 1638 del Código Civil francés, el 1643 del Código sardo, el 1538 del Código holandés, el 183 del Código prusiano, el 2491 de la Luisiana, y el 1483 del Código napolitano. Igualmente, cita como fuentes D 21.1.61, 19.1.41, 18.1.73, entre otras. GARCÍA GOYENA, 1852, p. 395.

⁵⁴ Artículo 1405 Proyecto de Código Civil Español (inciso primero). “Si la finca vendida se halla gravada, sin haberse hecho mención de ello en la escritura, con alguna carga o servidumbre no aparente de tal naturaleza que haya lugar a presumir que el comprador no la hubiere adquirido si la hubiere conocido, puede optar entre la rescisión del contrato o la indemnización respectiva”.

⁵⁵ Del Proyecto Inédito, GUZMÁN, 2006, pp. 1289 y ss.

⁵⁶ Véase, SALINAS, 1977, p. 39.

4. *Obligación de entregar lo que reza el contrato: la jurisprudencia*

La Corte Suprema ha tenido la oportunidad de pronunciarse acerca de los contornos de la obligación de entregar del vendedor en varias oportunidades. En lo atinente a este trabajo, el máximo tribunal ha sostenido que el vendedor incumple el contrato si entrega una cosa distinta a la convenida, lo que tiene lugar cuando no hay concordancia entre la cosa identificada en el contrato y lo que entrega el vendedor. Como cuando el vendedor entrega “sal de cura” en una concentración cercana al 8,0% en vez de “sal nitrificada” en una concentración de 0,8%⁵⁷, o entrega unos rodillos de laminación con una composición química distinta a la estipulada en el contrato⁵⁸, o entrega un fertilizante con boro que daña las plantas en vez de un fertilizante a base de sulfato de zinc que las nutre⁵⁹, o entrega un camión que no cumple las especificaciones técnicas estipuladas en el contrato de manera que no sirve para el objeto convenido⁶⁰. En la misma línea, René Abeliuk (redactor del fallo “Cecinas La Preferida S.A. con sociedad Comercial Salinak Limitada”) asocia el incumplimiento del vendedor de su obligación de entregar con la noción del error sustancial⁶¹, lo que tiene lugar cuando el comprador recibe algo distinto –conceptualmente– a lo comprado.

Luego, nos podemos preguntar ¿deja la cosa de ser la misma si se encuentra afecta a algún gravamen?, ¿el inmueble ubicado en Av. Arturo Prat número 1879, que se vendió “libre de gravámenes”, dejó de ser el mismo inmueble porque se encuentra afecto a un gravamen? En nuestra opinión, el inmueble en cuestión no dejó de ser el mismo –es decir, no perdió su identidad e individualidad– por el hecho de estar afecto a una carga. Lo anterior ha sido reconocido por nuestra doctrina al aplicar el *aliud pro alio* a compraventas de especie o cuerpo cierto bajo (donde nuestra problemática tendrá mayor aplicación), afirmándose que no hay incumplimiento de la obligación de entregar si la cosa entregada es la que acordaron las partes, aunque ella está afecta a un defecto, pudiéndose en ese caso configurar un vicio redhibitorio (de concurrir los requisitos de dicha institución al caso en cuestión)⁶².

Ahora bien, en la hipótesis que estudiamos, dicho “defecto” constituirá una infracción a una declaración del vendedor, pero no por ello “entregó una cosa distinta” ni incumple su obligación de entregar, sino que deberá indemnizar los daños que la falsedad de la declaración le cause al comprador, sin perjuicio de su obligación de saneamiento y de alguna otra consecuencia que las partes hayan estipulado al efecto.

⁵⁷ Cecinas La Preferida S.A. con sociedad Comercial Salinak Limitada, Corte Suprema, 27.07.2005, rol 5320-2003.

⁵⁸ Zorin S.A. con Compañía Siderúrgica Huachipato S.A., Corte Suprema, 31.11.2012, rol 3325-2012.

⁵⁹ Sociedad Agrícola y Forestal Vista El Volcán Limitada con Coagra S.A., Corte Suprema, 13.03.2017, rol 30.979-2017.

⁶⁰ Fuentes Rodríguez, José Belisario con Canteras Lonco S.A., Corte Suprema, 24.03.2011, rol 3789-2009.

⁶¹ Cecinas La Preferida S.A. con sociedad Comercial Salinak Limitada, Corte Suprema, 27.07.2005, rol 5320-2003. Comentando el mismo fallo, Caprile (2007), p. 429.

⁶² Al respecto, DE LA MAZA y VIDAL, 2018, pp. 94, 107-110. VERDA y BEAMONTE, 2010, pp. 269 y ss.

III. DOS COMENTARIOS ACERCA DE LA JURISPRUDENCIA RECAÍDA EN LA DECLARACIÓN DE AUSENCIA DE GRAVÁMENES

La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia de nuestro país respecto del objeto del presente trabajo no es unívoca, pudiéndose encontrar distintos criterios para resolver controversias que comprenden la falsedad de una estipulación contractual en donde se señale que la cosa vendida se encuentra exenta de gravámenes. De esta forma, nos referiremos a dos temáticas relevantes que vemos en nuestra jurisprudencia a propósito de la declaración en estudio.

1. *La declaración del vendedor carece de valor si el gravamen se encuentra inscrito en registros públicos*

Al menos en dos casos analizados podemos ver que los tribunales de justicia no otorgan valor a la declaración del vendedor si el gravamen constaba inscrito en registros públicos, imputándole al comprador el conocimiento de este por la publicidad del gravamen⁶³.

Por ejemplo, en “Jaime Aníbal Velasco Vial con Mario Fernández Giordano” (Corte de Apelaciones de Santiago, 18 de noviembre de 2002)⁶⁴, el actor compró el 50% de los derechos sobre unos inmuebles, y en el contrato respectivo se estipuló que los inmuebles se encontraban libres de gravámenes a excepción de los indicados en el contrato. Asimismo, el comprador declara conocer el estado de la propiedad. Al percatarse el comprador que el inmueble se encontraba afecto a una hipoteca no mencionada en el contrato, demanda al vendedor para que le indemnice los perjuicios del caso. Ante esta disyuntiva, la Corte de Apelaciones de Santiago indicó que:

“La controversia radica en determinar si Jaime Aníbal Velasco Vial, al adquirir, el 21 de julio de 1998, el 50% de los derechos de las oficinas 851 y 852 del octavo piso del edificio de calle Bandera N° 341, Santiago, tuvo conocimiento que en dichos inmuebles se constituyó hipoteca para garantizar un crédito otorgado a sus propietarios, con motivo de la reprogramación de una deuda anterior y si Velasco Vial se hizo cargo de la misma”.

La Corte termina rechazando la demanda del comprador porque:

“El conocimiento de la hipoteca a lo menos se deduce del hecho que las inscripciones y anotaciones que se realizan en los registros que lleva el Conservador de Bienes Raíces de Santiago, tiene un carácter público, sin que pueda alegarse ignorancia de

⁶³ Corte de Apelaciones de La Serena, 20.05.2014, rol 612-2013. Corte de Apelaciones de Santiago, 18.11.2002, rol 1529-2001.

⁶⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 18.11.2002, rol 1529-2001.

su existencia, puesto que la inoponibilidad por falta de publicidad, es la sanción adecuada de reclamar en tal evento, la que no se ha deducido, pues las partes se encuentran contestes en el hecho contrario, esto es que efectivamente la hipoteca constaba en tales libros”.

El fallo antes aludido fue objeto de recursos de casación en la forma y en el fondo, siendo ambos rechazados por la Corte Suprema⁶⁵.

Así, podemos ver que se rechazaron las pretensiones del demandante/comprador por el hecho de que el gravamen constaba en un registro público y este no podría haberlo ignorado. Lo que hay, en el fondo, es una sanción a una supuesta negligencia del comprador, quien no se percató que la cosa que compró estaba afecta a una hipoteca que gozaba de publicidad.

En nuestra opinión, si el destinatario de una representación tuviera un deber de verificar la veracidad de las declaraciones y garantías de la contraria, toda la institución de las *representations and warranties* carecería de sentido. Por el contrario, el destinatario de la representación descansa en ella para efectos de contratar, pues quien emite la declaración es responsable de su falsedad, debiendo indemnizar los perjuicios que ello cause.

Es oportuno destacar que lo anterior no significa que el conocimiento que tenga el destinatario de la representación sea irrelevante. Como ya hemos indicado, debido a que concebimos a la declaración de la ausencia de gravámenes como una estipulación contractual distinta a la obligación de entregar, el conocimiento que pueda tener el comprador acerca de su falsedad sí nos parece importante. Si el destinatario sabe, efectivamente, que la declaración es falsa al momento que ella se emitió, mal puede confiar en ella para contratar, lo que va a afectar sus derechos para buscar resarcimiento⁶⁶.

Por último, es necesario aclarar que los fallos citados, a nuestro entender, no constituye jurisprudencia, porque en distintos fallos se aprecia que la publicidad de los gravámenes no es óbice para que el comprador se beneficie de la declaración del vendedor⁶⁷.

2. *Incumplimiento de obligación de entregar la cosa que reza el contrato*

En algunos fallos de nuestros tribunales superiores de justicia vemos cierta confusión entre las obligaciones que le caben al vendedor con relación a la entrega de la cosa y los efectos de la declaración del vendedor respecto de la ausencia de gravámenes. Sin embargo, siendo justos con nuestras Cortes, ellas deben lidiar con las pretensiones y argumentos expuestos por las partes, los que no contribuyen a la adecuada solución de las controversias.

⁶⁵ Corte Suprema, 16.12.2003, rol 248-2003.

⁶⁶ TOMARELLI, 2019, pp. 824 y ss. Véase también RECART, 2020, pp. 570 y ss.

⁶⁷ Por ejemplo, Corte de Apelaciones de Valdivia, 16.11.2009, rol 339-2009; Corte de Apelaciones de Concepción, 1.12.1993, rol 1171-1992; Corte de Apelaciones de Concepción, 6.10.2015, rol 975-2015.

Así, por ejemplo, en “Silva Escandón con Dosque Contreras” (Corte de Apelaciones de Concepción, 1º de diciembre de 1993), la Corte tuvo que fallar un caso que deriva de la infracción a una declaración del vendedor relativa a que el inmueble en venta se encontraba libre de gravámenes⁶⁸. Solo después de celebrado el contrato, el comprador se percató de la existencia de una hipoteca y prohibición de gravar y enajenar, ante lo cual deduce una acción de cumplimiento específico del contrato, solicitando que se alcen los gravámenes respectivos. Adicionalmente, el actor demanda una indemnización de perjuicios.

Al respecto, la Corte de Apelaciones de Concepción declara:

“Que el Código Civil impone al vendedor la obligación de entrega de la cosa vendida y la de garantía de que ella no contiene vicios ocultos, así como la de responder de su evicción, según los artículos 1824 y 1837. Por su parte, la obligación de entregar implica entre nosotros, tanto la de hacer la tradición, como la de pasar materialmente la cosa a poder del comprador. Pero lo que el vendedor ha de entregar es la misma cosa que se individualiza en el contrato y esa obligación solo se cumple si lo entregado es la cosa tal y como ha sido convenida, de forma que, faltándole alguna parte o afectándole algún derecho en favor de un tercero que pueda producir su evicción, el vendedor no ha cumplido cabalmente su obligación [...] En las palabras de eminentes autores cuando la compraventa recaiga sobre un cuerpo cierto, el vendedor está obligado igualmente a entregar la cosa tal y como ha sido convenida, querida por las partes; en consecuencia, si la cosa vendida y entregada está afectada por un vicio oculto, ignorado por el comprador, o si lleva consigo una posibilidad de evicción, el vendedor no ha cumplido con su obligación de entrega (H.L. y J. Mazeaud, Lecciones de Derecho Civil, parte 3, vol., n. 937)”⁶⁹.

Como se aprecia, la Corte se apoya en la obra de los hermanos *Mazeaud* para fundamentar su fallo. Sin embargo, dichos autores en la obra citada comentan la legislación francesa en este sentido, la que tiene una gran diferencia con la chilena. Los contratos en Francia producen efectos reales (no meramente personales), estando el vendedor obligado a transferir el dominio de la cosa, no siendo válida la compraventa de cosa ajena (arts. 1583 y 1599 del *Code*). Así, nos habría parecido más valioso que la Corte hubiere sostenido su fallo desde la integración de la declaración del vendedor acerca de la ausencia de gravámenes en la obligación de entregar⁷⁰, lo que no fue muy desarrollado.

⁶⁸ Acerca del punto, el fallo indica “[...] se dijo por las partes que la venta se hacía en el estado que se encuentra actualmente el departamento, con todos sus usos, derechos, costumbres y servidumbres, libre de todo gravamen, prohibición y embargo, con todo lo edificado y planteado”, lo que interpreta como una declaración. Corte de Apelaciones de Concepción, 1.12.1993, rol 1171-1992.

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 1.12.1993, rol 1171-1992.

⁷⁰ En igual sentido, Corte de Apelaciones de Concepción, 6.10.2015, rol 975-2015.

Similar razonamiento al de “Silva Escandón con Dosque Contreras” ha manifestado la Corte Suprema⁷¹, la que señaló que conforme con el artículo 1828 del Código Civil, el vendedor está obligado a entregar lo que reza el contrato, lo que incluiría la ausencia de gravámenes y litigios, si así se estipuló en la convención. A nuestro entender, más que incumplimiento de la obligación de entregar, los antecedentes del caso parecen acercarse más a una hipótesis de fraude o dolo. El vendedor conocía, fehacientemente, de la existencia de ciertos litigios que afectaban el inmueble vendido, los que no dio a conocer al comprador, y declaró en el contrato su inexistencia. Lo anterior podría ser suficiente para anular el contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 1458 del Código Civil, pues si el comprador hubiere conocido de dichos litigios no hubiere contratado. Así, resulta llamativo que la Corte Suprema haya recurrido a estos antecedentes para fundamentar su fallo⁷², lo que no debería ser necesario, ya que el incumplimiento de la obligación de entregar es un hecho objetivo. En otras palabras, si el vendedor sabía o no de la existencia de los litigios no debería ser un elemento determinante para resolver si dicha obligación se cumplió o no.

IV. CONCLUSIONES

1. Las declaraciones y garantías no comparten los elementos estructurales de las obligaciones, al no contener una prestación que el emisor de la declaración deba efectuar en favor del destinatario de la misma. Así, no existe una prestación que pueda “cumplirse forzosamente”, por lo que el remedio natural ante la falsedad de una declaración es la indemnización de perjuicios.
2. No nos parece acertado entrelazar los efectos de la declaración de ausencia de gravámenes con la obligación de entrega del vendedor. Lo anterior desconoce la entidad propia de las declaraciones y garantías, y afecta la estructura conceptual de las obligaciones del vendedor bajo el Código Civil, en donde la privación de la cosa por existencia de gravámenes anteriores a la venta es materia de evicción, y no de falta de entrega.
3. La infracción de la declaración acerca de la ausencia de gravámenes sobre la cosa vendida hace responsable al vendedor por los perjuicios que ello traiga al

⁷¹ Corte Suprema, 18.10.2018, rol 4259-2018.

⁷² *De ahí que, como acontece en la especie habiendo convenido las propias partes que el inmueble se vendía libre de hipotecas, gravámenes y litigios, si el vendedor al momento de celebrarse la compraventa tenía conocimiento de litigios pendientes o circunstancias que previsiblemente podrían llegar a afectar total o parcialmente el ejercicio de las facultades dominicales sobre la cosa comprada, ha guardado silencio al respecto, limitándose meramente a efectuar la entrega jurídica del bien (en este caso inscribiéndola en el Registro de Propiedad del Conservador de Bienes Raíces de Río Bueno), dicha circunstancia redundante inevitablemente en un incumplimiento o cumplimiento imperfecto de la obligación del vendedor, a la luz del principio de buena fe objetiva que consagra el artículo 1546 del Código Civil, conforme con el cual “los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella.* Corte Suprema, 18.10.2018, rol 4259-2018.

- comprador. Lo anterior no obsta a que las partes convengan otra cosa, y que, por ejemplo, se acuerde que el comprador tenga derecho a resolver el contrato en la misma hipótesis.
4. El conocimiento del comprador acerca del gravamen en cuestión solo resulta relevante si concebimos a la declaración del vendedor como una institución distinta a la obligación de entregar. Así, si el comprador tiene conocimiento real y efectivo de la existencia del gravamen, no pudo haber confiado en su veracidad al momento de contratar. Por lo que, nos parece razonable que no tenga derecho a una indemnización en dicho caso.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, RENÉ, 2008: *Las obligaciones*, (5° edición), Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ABURTO Y DE LA MAZA, 2017: "Falta de conformidad jurídica y tutela del comprador", *Revista Ius et Praxis*.
- ADAMS, KENNETH, 2013: "Eliminating the phrase represents and warrants from contracts", *The Tennessee Journal of Business Law*, Vol. 16, Issue 2 (Spring 2015).
- ADAMS, KENNETH, 2008: *A Manual of Style for Contract Drafting*, (2° edición), Estados Unidos, American Bar Association.
- AKERLOF, GEORGE, 1970: "The Market for 'Lemons': Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *The Quarterly Journal of Economics*, Oxford University Press, Vol. 84, n°3.
- ALCALDE, ENRIQUE, 2008: "La cláusula de 'declaraciones y garantías' en la venta de una empresa: naturaleza jurídica y efectos", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 17.
- ALESSANDRI, ARTURO, 2011: *De la Compraventa y Promesa de Venta*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ALESSANDRI R., ARTURO; SOMARRIVA U, MANUEL; VODANOVIC H, ANTONIO, 2001: *Tratado de las obligaciones*, Tomo I, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- AMUNÁTEGUI, CARLOS, 2019: *Código Civil de Chile, edición anotada, concordada y con fuentes*, Chile: Editorial Tirant lo blanch.
- ARMIJO, JOSÉ MANUEL, 2010: "Hacia una noción amplia de incumplimiento contractual", Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.
- BARAONA GONZÁLEZ, JORGE, 1998: *El retraso en el cumplimiento de las obligaciones*, Madrid: Editorial Dykinson, S.L.
- BARCIA, RODRIGO, 2008: *Lecciones de Derecho Civil*, Tomo IV, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS ERRÁZURIZ, ALFREDO, 1932: *Curso de Derecho Civil. Tomo III, Segundo Año, Segunda Parte. Trato De Los Contratos Y Demás Fuentes De Las Obligaciones*, Santiago: Editorial Nascimento.
- BARROS, ENRIQUE Y ROJAS, NICOLÁS, 2010: "Responsabilidad por declaraciones y garantías contractuales", en Comisión Organizadora VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (edit.), *Estudios de Derecho Civil V*, pp. 511-526, Santiago: Legal Publishing Chile.
- CAPRILE BIERMANN, BRUNO (2007) "Las acciones del comprador insatisfecho: El cúmulo actual y la tendencia al deber de conformidad", en Estudios de Derecho Civil. Jornadas Nacionales de Derecho Civil 2005-2009, Tomo III, 2011. pp. 417-431. Santiago: AbeledoPerrot,
- CÁRDENAS, HUGO, Y REVECO, RICARDO, 2018: *Remedios Contractuales*, Santiago: Thomson Reuters.
- CARTWRIGHT, JOHN, 2016: *Contract Law*, (3° edición), Oxford y Portland: Hart Publishing.

- CHITTY, J., & BEALE, H. G., 2008: *Chitty on contracts*, Londres: Sweet & Maxwell.
- CHRISTOU, RICHARD, 2001: *Drafting Commercial Agreements*, (2ª edición), Londres: Sweet & Maxwell.
- COING, HELMUT, 1996: *Derecho Privado Europeo*, Volumen I y II. Madrid: Fundación Cultural del Notariado.
- COMMITTEE ON MERGERS AND ACQUISITIONS, SECTION OF BUSINESS LAW, AMERICAN BAR ASSOCIATION, 2011: *Model Stock Purchase Agreement with commentary*, Nueva York: ABA Book Publishing.
- DE LA MAZA, IÑIGO, 2012: "Configuración de la obligación de entregar a través de la autonomía privada: derechos de terceros". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* (Valparaíso, Chile), volumen XXXIX.
- DE LA MAZA, IÑIGO, 2015: "Contratos especiales". Comentario de jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n° 24.
- DE LA MAZA Y VIDAL, 2018: "Aliud pro alio, incumplimiento contractual y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile.
- DÍEZ DUARTE, RAÚL, 1988: *La Compraventa en el Código Civil Chileno*, Santiago: Editorial jurídica Ediar-ConoSur.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, 1996: *Fundamentos del derecho civil patrimonial, Volumen II: Relaciones obligacionales: deuda, responsabilidad, crédito, caución, cumplimiento, modificación, fianza y extinción de la relación obligatoria*, Madrid: Editorial Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, LUIS, 2012: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Volumen IV: Las particulares relaciones obligatorias, compraventa, arrendamientos, contratos*, Madrid: Editorial Civitas.
- DURÁN RIVACOBA, RAMÓN, 2002: *Evicción y saneamiento*, Cizur Menor, Navarra: Editorial Aranzadi.
- FARNSWORTH, E. ALLAN, 2004: *Contracts*, (cuarta edición), Nueva York: Aspen Publishers.
- FENOY PICÓN, NIEVES, 2006: *El sistema de protección del comprador*, Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles.
- FREUND, JAMES, 1975: *Anatomy of a merger*, Estados Unidos: Law Journal Press.
- FUEYO LANERI, FERNANDO, 2004: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, (3ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA GOYENA, FLORENCIO, 1852: *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*, Madrid.
- GILI, M^a ÀNGELS, 2010: "Compraventa de acciones: causa del contrato y remedios frente al incumplimiento de las manifestaciones y garantías", *Revista para el Análisis del Derecho (Facultad de Derecho, Universitat Pompeu Fabra)*, Vol. 2.2010.
- GLENN D. WEST AND W. BENTON LEWIS, JR, 2009: *Contracting to Avoid Extra-Contractual Liability—Can Your Contractual Deal Ever Really Be the "Entire" Deal?*
- GOLDBERG, VICTOR, 2014: "Protecting Reliance", *Columbia Law Review*, Vol. 114.
- GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO, 1996: *Derecho privado romano*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GUZMÁN, ALEJANDRO, 2006: "El Código Civil de Chile en sus ciento cincuenta años y crónica de un congreso internacional de conmemoración", Santiago de Chile: Vida Jurídica.
- HOWSON, PETER, 2017: *The essentials of M&A Due diligence*, United Kingdom, Editorial: Routledge.
- KLING Y EILEEN, 2011, *Negotiated acquisitions of companies, subsidiaries and divisions*, § 15.02, n.45, Law Journal Press.
- LOPEZ, PATRICIA, 2019: *La Tutela Precontractual del Acreedor*, Santiago, Thomson Reuters.
- MEJÍAS ALONZO, CLAUDIA, 2008: "El incumplimiento contractual y sus modalidades", en GUZMÁN BRITO, ALEJANDRO (editor), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Valparaíso, 2007. Santiago: Legal Publishing.
- MEZA BARROS, RAMÓN, 2001: *Manual de Derecho Civil. De las obligaciones*, (9ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.

- MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, 2006: "Evolución del concepto de obligación en el derecho español", en MORALES MORENO, ANTONIO MANUEL, *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra: Editorial Civitas.
- PEÑAILILLO, DANIEL, 2006: *Los bienes: la propiedad y otros derechos reales*, (4ª edición), Santiago, Chile: Editorial Jurídica.
- QUEZADA, RICARDO, 2015: "La responsabilidad del vendedor por infracción a las declaraciones y garantías: resolución parcial, rebaja del precio e indemnización de perjuicios", *Revista de Derecho Escuela de Postgrado*, n° 8.
- RECART, JOAQUÍN 2020: "Sobre el conocimiento del comprador, antes de la firma del contrato o del cierre, de la falsedad de las declaraciones y garantías", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 47, n° 2.
- RODRÍGUEZ, JAVIER, 2017: "Aliud pro alio e indemnización por vicios de la cosa comprada. Corte Suprema, 13 de marzo de 2017, rol N° 30.979-2017", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29.
- SALINAS, CARLOS, 1977: "Notas en torno a las actas de los proyectos de 'Código Civil' chileno". *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*.
- SAMUEL WILLISTON & RICHARD A. LORD, 1990: *Williston on Contracts*, (4th ed. 1990), KF801. W53 1990 – Second Floor & Westlaw Edge.
- SCHOPF, ADRIÁN, 2020: "Las cláusulas de indemnidad en el derecho de contratos", *Estudios de Derecho Civil XV*, Editorial Thomson Reuters.
- SERFILIPPI, CLAUDE, 2012: "A New York Lawyer in London: Representations and Warranties in Acquisition Agreements—What's the Big Deal?", *Corporate practice newswire*, Chadbourne & Parke LLP, New York, N.Y.
- SMITH, STEPHEN A. J., 2006: *Atiyah's Introduction to the Law of Contracts*, (6° edición), Nueva York: Oxford University Press Inc.
- STARK, TINA, 2006: "Nonbinding Opinion. Another view on reps and warranties". Disponible en: <https://www.americanbar.org/content/dam/aba/publications/blt/2006/01/opinions-reps-warranties-200601.pdf>.
- STARK, TINA L., 2014: *Drafting Contracts, How and Why Lawyers Do What They Do*, (2° edición), Nueva York: Aspen Publishers
- TOMARELLI, FELICIANO, 2019: "Las cláusulas de sandbagging y sus límites en el Derecho Chileno", *Estudios de Derecho Civil XIV*.
- TREITEL, G.H., 2007: *The law of contract*, (12° edición), Londres: Thomson Reuters.
- UGARTE, JOSÉ JOAQUÍN, 1970: "La Obligación Esencial del Vendedor de Transferir el Dominio", en UGARTE MAC HALE, TOMÁS P. Y DEL VALLE, JAIME, *Estudios en Honor de Pedro Lira Urquieta*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERDA Y BEAMONTE, José, 2010: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, (2ª edición), Cizur Menor, Thomson Reuters.
- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, 2017: "La protección del comprador en el Código Civil: desde la fragmentación a un modelo unitario como instrumento eficaz para la resolución de conflictos en torno al incumplimiento del vendedor", Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso: Ediciones Universitarias Valparaíso.
- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, 2007: "Cumplimiento e Incumplimiento contractual en el Código Civil: Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 34, n° 1.
- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, 2006: "La protección del comprador. Régimen de la Convención de Viena y su contraste con el Código Civil", Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.

- VIDAL OLIVARES, ÁLVARO, y OVIEDO ALBÁN, JORGE, 2018: "Protección del comprador por defectos materiales de la cosa vendida. Desde la fragmentación a un régimen unitario", en *Vniversitas*, (136), 206-226.
- WEGMANN, ADOLFO, 2020: "Cláusulas de 'declaraciones y garantías' en la compraventa de acciones de una sociedad anónima I. Algunas observaciones metodológicas", *El Mercurio Legal*.
- WEGMANN, ADOLFO, 2021: "Cláusulas de 'declaraciones y garantías' en la compraventa de acciones de una sociedad anónima: ¿la falsedad declarativa como incumplimiento contractual? (Parte 2)", *El Mercurio Legal*.
- ZIMMERMANN, REINHARD, 1992: *The Law of Obligations. Roman foundations of the civilian tradition*, Cape Town: Juta & Co Ltd.

Jurisprudencia nacional citada

- CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN 1998, rol 74-97.
- CÁMARA DE COMERCIO DE SANTIAGO, CENTRO DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, sentencia de 10 de julio de 2015, rol 1526-2015.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 1 de diciembre de 1993, rol 1171-1992.
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de 6 de octubre de 2015, rol 975-2015.
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de 20 de mayo de 2014, rol 612-2013.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 7 de junio de 2010, rol 7399-2008.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 18 de noviembre de 2002, rol 1529-2001.
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de 13 de marzo de 1988, RDJ 1988, II.18.
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, sentencia de 16 de noviembre de 2009, rol 339-2009.
- CORTE DE CONCEPCIÓN, sentencia de 23 de junio de 1976, RDJ, t. 73, sec. 4ª, p. 174.
- CORTE DE TEMUCO, sentencia de 29 de marzo de 1939, RDJ, t. 40, sec. 1ª, p. 304.
- CORTE DE TEMUCO, sentencia de 2 de septiembre de 1936, RDJ, t. 37, sec. 2ª, p. 1.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 13 de marzo de 2017, rol 30.979-2017.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 16 de diciembre de 2003, rol 248-2003.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 18 de octubre de 2018, rol 4259-2018.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 19 de enero de 2015, rol 10.758-2014.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 22 de septiembre de 2009, rol 5263-2009.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 24 de marzo de 2011, rol 3789-2009.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 26 de septiembre de 2011, rol 9480-2009.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 27 de julio de 2005, rol 5320-2003.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 31 de octubre de 2012, rol 3325-2012.
- CORTE SUPREMA, sentencia de 9 de septiembre 2014, rol 17141-2014.

Jurisprudencia extranjera citada

- COURT of Chancery of Delaware, New Castle, February 14, 2006, *ABRY Partners V, L.P. v. F & W Acquisition LLC*, (891 A.2d 1032).
- UNITED States District Court for the Southern District of New York, August 28, 1979, *Ainger v. Michigan General Corp.* (476 F. Supp. 1209. No. 75 Civ. 2027).
- ENGLAND and Wales High Court, November 30, 2012, *Sycamore Bidco Ltd. v. Breslin*, November (EWHC 3443 (Ch)).

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100069

La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso

*Hugo Cárdenas Villarreal**

RESUMEN

Los deberes de información y el consentimiento informado han ido cobrando relevancia en el contexto de la responsabilidad médica. Este trabajo revisa las exigencias que impone el nuevo paradigma de la relación médico-paciente en materia de consentimiento informado, y centra su análisis en las hipótesis de responsabilidad por el incumplimiento de estas. Se sostiene que para una resolución armónica de los problemas que se identifican cuando existe responsabilidad por su incumplimiento, es necesario hacer una sistematización de los casos, distinguiendo si se trata de casos de negligencia simple o doble; y si existe o no daño corporal.

Responsabilidad médica; consentimiento informado; derecho a la autodeterminación y autonomía del paciente

*Liability in the consent era: non informed risks,
non consented resections and others rising hipotesis*

ABSTRACT

The information duties and the informed consent have been gaining more and more relevance in the medical liability context. This paper reviews the requirements that the new paradigm imposes on the doctor-patient relationship, regarding the informed consent field, and focuses its analysis on the consequences of their breach. It is held that to give an harmonic resolution to the problems in the liability hypothesis for breach of these duties, it is necessary to do a systematization of the cases, distinguishing between "simple negligence cases" and "double negligence cases", and between the cases with bodily harm and non bodily harm.

Medical malpractice; informed consent; self determination and patient autonomy

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Complutense de Madrid, España. Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor Asistente, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0262-922X>. Correo electrónico: hcardenas@derecho.uchile.cl

Este trabajo se enmarca en el proyecto FONDECYT de iniciación N° 11201117 "La teoría de la pérdida de la chance en el derecho chileno de daños", del que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 14.6.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

Los deberes de información que tienen los prestadores médicos para con sus pacientes se tratan, generalmente, a propósito de una etiqueta que ha conocido la fama: el consentimiento informado. La diferente nomenclatura se explica, simplemente, según el lado de la relación a la que se preste atención: los “deberes de información” son un antecedente necesario del “consentimiento informado”; si el médico no informa oportunamente al paciente, no puede existir un consentimiento real por parte de este último¹.

No obstante lo anterior, conviene tener presente desde el inicio la distinción entre: (i) la información que tiene fin terapéutico o preventivo respecto del estado del paciente; y (ii) la información que tiene por finalidad que el paciente consienta informadamente (válidamente) un tratamiento². La distinción es importante porque permite visualizar de entrada que, en el ámbito de la información, hay dos grandes núcleos de interés que entran en juego: el interés en la autodeterminación del paciente (derecho a decidir), por un lado; y, el interés del paciente en recibir un tratamiento médico diligente, por otro.

En Chile, hasta bien entrado el último decenio, el tema prácticamente era desconocido para la jurisprudencia, y no había merecido el interés de una doctrina especializada que permanecía más pendiente de lo que, con algo de impropiedad del lenguaje, podríamos denominar la conducta técnica de los facultativos³. Sin embargo, a partir de la publicación de la Ley N° 20.584 de 2012 que reguló los derechos y deberes de los pacientes (en adelante LDDP) la situación empezó a cambiar. Y aunque siempre se puede hacer más, es un hecho que hoy existe un cuerpo considerable de doctrina y jurisprudencia respecto de la materia⁴, y ya no es extraño encontrar un apartado acerca de incumplimiento de obligaciones de información en los reclamos que llegan a las instancias de mediación y a los tribunales de justicia.

En términos generales, el tema presenta ciertos problemas que dicen relación con la determinación del contenido de la información y el medio con la que debe ser entregada; con la prestación del consentimiento en casos de pacientes con características especiales (*v. gr.*, menores de edad o personas en situación de discapacidad de origen intelectual); y con la identificación de la o las personas que están obligadas a entregar y custodiar la información. Desde el punto de vista de la responsabilidad civil, los principales problemas

¹ En relación con la distinción entre deber de informar y el consentimiento informado: VALLESPINOS y OSSOLA, 2010, pp. 205 y ss.

² En el derecho comparado véase: STAUCH, 2008; DEUTSCH y SPICKHOFF, 2008; y AGÓN, 2017. En el derecho nacional, la distinción puede encontrarse en DE LA MAZA, 2010a; y PARRA, 2020.

³ Advértase que la bibliografía jurídica chilena que se había dedicado específicamente al tema antes del 2012, prácticamente se reducía a los trabajos de DOMÍNGUEZ, 2001; MIRANDA, 2006; BRANTT, 2008; FIGUEROA, 2010; DE LA MAZA, 2010a; y DE LA MAZA, 2010b.

⁴ Daremos cuenta de la jurisprudencia en la medida en que se vayan abordando los distintos problemas. Respecto de la literatura jurídica (civil), desde la publicación de la LDDP, han abordado el tema del consentimiento informado: FIGUEROA, 2012; PARRA, 2013; CORNEJO y VALLEJO, 2014; WHAL, 2014; LIRA, 2014; PIZARRO, 2015; DE LA MAZA, 2017; LEIGHTON, 2018; PARRA *et al.*, 2018; PIZARRO, 2018; PARRA y RAVETLLAT, 2019; PARRA, 2020, ESPARZA-REYES *et al.*, 2020; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021; DOMÍNGUEZ, 2021.

pasan por esclarecer las etapas del acto médico en las que el facultativo debe entregar información al paciente, así como la finalidad con que esa información se entrega; con la posibilidad de reconocer como una hipótesis de daño la sola afectación del derecho a ser informado; y, en términos generales, con la manera de establecer la vinculación causal entre la hipótesis de daño de la que se trate y el incumplimiento (o cumplimiento defectuoso) de los deberes de información.

En este trabajo nos hemos propuesto como objetivo abordar los principales problemas que genera el tema desde el punto de vista de la responsabilidad civil. Sostendremos que el cambio de paradigma que la relación médico-paciente ha experimentado en los últimos años exige que todos los deberes de información que tienen los médicos sean considerados como parte de la *lex artis*; que la vulneración de la autonomía del paciente es un daño que debe ser indemnizado con independencia de que se vincule con una afección corporal; y que, aun habiéndose ejecutado el tratamiento de manera diligente, la verificación de determinados riesgos (no informados) podrán imputarse objetivamente al facultativo mediante el criterio de la “suficiencia de la información”.

En lo estructural, el trabajo está dividido en dos partes. En la primera, analizaremos el régimen de los deberes de información médica (en especial, del consentimiento informado en Chile), y delimitaremos el problema a la luz de los desarrollos del nuevo paradigma de la relación médico-paciente (participativo-informativo). En la segunda parte haremos una taxonomía de los distintos tipos de casos que se han presentado en la jurisprudencia nacional, y analizaremos críticamente las distintas soluciones que se han planteado tanto por la doctrina como en la propia jurisprudencia.

I. LOS DEBERES DE INFORMACIÓN Y EL CONSENTIMIENTO INFORMADO EN EL NUEVO PARADIGMA DE LA RELACIÓN MÉDICO-PACIENTE

En una muy apretada síntesis, cuando se habla de cambio de paradigma en el ámbito del consentimiento se quiere poner de manifiesto que, en los últimos años, se ha evolucionado de un modelo de relación médico-paciente “paternalista” a un modelo “participativo-informativo”. En el primero, el médico decide lo que es más conveniente para el paciente, guiado por el principio de beneficencia; mientras que, en el segundo, se reconoce el derecho de la persona a ser parte de las decisiones en materia de salud⁵.

En el nuevo modelo se construye sobre el principio de autonomía del paciente. Como tempranamente consignaron Beauchamp y Childress, se trata de una autonomía que comprende (como mínimo) la capacidad de los pacientes para regirse por sus propias decisiones. Y ello implica tener libertad respecto de constricciones externas e internas,

⁵ En relación con el cambio de paradigma véase: COUCEIRO, 1999, pp. 99 y ss.; COUCEIRO, 2012, p. 147; BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2013, pp. 99 y ss. En Chile véase: PARRA, 2013, pp. 207-213; y PARRA, 2019, pp. 141 y ss.

lo que –a su vez– hace necesario que los pacientes tengan una comprensión adecuada de las circunstancias que determinan su decisión⁶.

Como se trata de informar al paciente, naturalmente que la carga de informar recaerá en la parte médica de la relación. De esta manera, como se verá en el siguiente apartado, el tránsito hacia el nuevo modelo ha visto cómo el catálogo de los deberes de información que pesan sobre los facultativos se ha ido engrosando cuantitativa y cualitativamente.

Aparte de lo recién referido, la importancia de reconocer una nueva idea central (paradigma), radica en la necesidad que emerge con ella de acometer los desarrollos teóricos que permitan explicar (y predecir) la realidad a base de esa nueva idea⁷. Por lo mismo, si nos tomamos en serio el llamado paradigma de la autonomía, es de esperar que empecemos a descubrir nuevos problemas disciplinares, y –sobre todo– que empecemos a dar nuevas soluciones a los viejos problemas.

1. *Información preventiva e información asentiva: una distinción fundamental*

Ya adelantamos que una de las consecuencias del asentamiento del paradigma de la autonomía es que el catálogo de los deberes de información que tienen los prestadores médicos se ha visto engrosado cuantitativa y cualitativamente. Para que esa afirmación se entienda a cabalidad, es necesario distinguir entre la llamada información clínica, terapéutica o preventiva, por una parte; y de la que llamaremos, a falta de un mejor nombre, información asentiva, por otra.

Por un lado, cuando se habla de información terapéutica o preventiva se está hablando de la información que tiene por finalidad principal instruir al paciente (o la persona que lo cuida) para que coopere con el tratamiento de salud que esté recibiendo⁸. Esta información se suele tratar en el marco del deber consejo médico y puede incluir, por poner algunos ejemplos, la indicación de hacer ciertos ejercicios después de una intervención quirúrgica o la dosis en que se debe ingerir un medicamento.

Por otro lado, se puede distinguir con claridad la información que el médico debe proporcionar al paciente con la finalidad de que este concurra, mediante su asentimiento o consentimiento, a la decisión de someterse a uno u otro tratamiento⁹. Normalmente se entiende que comprende la información del diagnóstico, el curso del proceso, y los riesgos de la intervención. Este tipo de información se suele tratar en el marco de los

⁶ BEAUCHAMP y CHILDRESS, 2013, pp. 99 y ss.

⁷ KUHN, 2006, pp. 20 y ss.

⁸ Esta distinción véase en: LAUF y UHLENBRUCK, 1999, pp. 460 y ss.; y DEUTSCH, 1999, pp. 84 y ss. En Chile esta distinción es recogida por: DE LA MAZA, 2010b, y PARRA, 2020, pp. 104-105. Actualmente, mediante el concepto de información terapéutica, se busca establecer un deber de información en la industria farmacéutica. Amarilla, 2003, p. 1

⁹ JARAMILLO, 2002, pp. 221 y ss.

requisitos de validez del consentimiento¹⁰ y de las causales de justificación (específicamente, por la intromisión en la integridad física del paciente)¹¹.

Como se aprecia, los dos tipos de información responden a finalidades muy diferentes y, podría decirse, que son el arquetipo de la información del paradigma paternalista y del paradigma de la autonomía, respectivamente. Así las cosas, se podría decir que hasta la aparición en escena del modelo de la autonomía los médicos solo tenían deberes de información (consejo) de carácter terapéutico o preventivo y, por lo mismo, la aparición del nuevo modelo trajo consigo un aumento cuantitativo de los deberes de información (ahora a los deberes preventivos se deben sumar los deberes asentivos).

Cualitativamente hablando, la evolución se explica en atención al tipo de bien jurídico que cada modelo pretende proteger. En el paradigma “paternalista”, no cabe duda de que el interés a proteger es la integridad física y psíquica de los pacientes; mientras que en el modelo “participativo informativo”, además de la integridad física y psíquica de los pacientes, se busca proteger con igual intensidad la autonomía de los pacientes.

La distinción recién referida es fundamental para responder la pregunta (también fundamental) por la vinculación entre los dos tipos de información y la *lex artis médica*. Al respecto, parece que no hay discusión acerca de la pertenencia de los deberes de información terapéutica. Sin embargo, ciertos fallos (como el que revisamos más arriba) y alguna doctrina parecen sostener la idea de que los deberes de información asentiva no pertenecen a la *lex artis* médica. En este orden de ideas, ha sostenido Agón López, que la información terapéutica forma parte del deber asistencial del médico y que “si se infringe esa información se puede afectar la *lex artis* (...). Diferente es la información que permite que el consentimiento informado sea válido”¹².

Respecto de este asunto, nos parece que si nos tomamos en serio la vigencia del modelo de la autonomía del paciente no se puede sino entender que la información asentiva forma parte, al igual que la información terapéutica, de los deberes de información que están a cargo del médico. De lo anterior que no pueda predicarse –con apego a la lógica– que “un acto médico fue realizado correctamente, pero no fue debidamente consentido por el paciente”. Bajo la razón del paradigma de la autonomía, tan parte del acto médico es la información asentiva como la terapéutica y, por ello, la infracción de ambos tipos de deberes supone una infracción a la *lex artis* médica apta para comprometer la responsabilidad del facultativo, en caso de que se acredite el resto de los extremos del juicio de responsabilidad.

La tesis recién expuesta es pacífica en el derecho comparado¹³ y, parece ser la tendencia en la doctrina especializada¹⁴ y en la jurisprudencia nacional. En este sentido

¹⁰ JARAMILLO, 2002, pp. 221 y ss. El autor sostiene que existen dos fases en las que interviene la voluntad jurídica del paciente: (i) la fase de formación del contrato médico; y (ii) la fase de ejecución del mismo.

¹¹ Véase, AGÓN, 2017, p. 26.

¹² AGÓN, 2017, p. 27. En el mismo sentido LÓPEZ-CHAPA, 2007, pp. 221 y ss.

¹³ Véase en Reino Unido: *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*, y en España: Tribunal Supremo, 23.02.2005, 1610-2005.

¹⁴ HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, p. 18. En el mismo sentido: PARRA, 2020, pp. 112-113.

se dejó escrito en *Pastor con Goñi* que dejó dicho que “(...) el médico infringió la *lex artis*, toda vez que no obró con la debida diligencia y cuidado cuando decidió hacer la resección del nervio facial de un tumor del tipo Schwannoma y, que para tal determinación, era necesario contar con la autorización de la paciente o al menos de sus familiares (...)”¹⁵. En el mismo sentido, en *Sánchez con Ibáñez* la Corte Suprema sostuvo que “entre los componentes de la *lex artis*, se ha dicho, está precisamente aquel a que se refiere la recurrente, esto es, la comunicación de los riesgos del tratamiento al paciente”¹⁶.

Por cierto que, desde el punto de vista de la responsabilidad, entre los dos tipos de información que venimos analizando, la que más problemas presenta es la que tiene por finalidad conseguir el consentimiento del paciente. Por ello, el legislador introdujo algunas reglas que conviene revisar someramente antes de adentrarnos en los problemas que presentan los diferentes tipos de casos que ha enfrentado la jurisprudencia chilena.

2. *La positivación del modelo de la autonomía en Chile: para que el consentimiento sea informado, la información debe ser “suficiente”*

En abril del 2012 fue publicada la LDDP. Se trata de un texto que le dedicó un párrafo completo a los deberes de información (párrafo 5°); y otro (párrafo 7°), específicamente, al derecho a la autonomía del paciente. Aunque con muchos años de retraso respecto de otras jurisdicciones¹⁷, con esta regulación se afirma que el ordenamiento chileno consagró positivamente el modelo participativo-informativo de la relación médico-paciente.

Específicamente, en el artículo 14 se reguló el deber de información que hemos llamado asentiva bajo la denominación “consentimiento informado”. En lo que aquí interesa, la regla citada estableció que “toda persona tiene derecho a otorgar o denegar su voluntad para someterse a cualquier procedimiento o tratamiento vinculado a su atención de salud”. Y en el inciso segundo agregó que “este derecho debe ser ejercido en forma libre, voluntaria, expresa e informada, para ello será necesario que el profesional tratante entregue información adecuada, suficiente y comprensible.

A partir de la regulación mencionada, la doctrina y la jurisprudencia han ido requiriendo que la información asentiva debe ser veraz, oportuna, comprensible, adecuada, y suficiente¹⁸. Y aunque todos los requisitos tienen su importancia, no hay duda de que la pregunta más importante que se debe despejar dice relación con la suficiencia de la

¹⁵ 12° Juzgado Civil de Santiago, 29.08.2005, rol C-4421-2001. Este pronunciamiento fue confirmado por la Corte Suprema el 26 de enero de 2012. Corte Suprema, 26.01.2012, rol 8352-2009.

¹⁶ Corte Suprema, 15.06.2015, rol 11078-2014, considerando 7°.

¹⁷ Por ejemplo, en EE.UU. los primeros desarrollos fueron a mediados del siglo XX. Véase STAPLES y MOULTON, 2006, p. 437

¹⁸ Un desarrollo de estos requisitos en el derecho nacional puede verse en: MIRANDA, 2006, pp. 39 y ss.; BRANTT, 2008, pp. 505 y ss.; FIGUEROA, 2010, pp. 199 y ss.; DE LA MAZA, 2010b, pp. 89 y ss.; FIGUEROA, 2012, pp. 1347 y ss.; PARRA, 2013, pp. 1578 y ss.; WHAL, 2014, pp. 8-14; LIRA, 2014, pp. 23-27; PIZARRO, 2015, pp. 97 y ss.; LEIGHTON, 2018, pp. 175-203; PIZARRO, 2018, pp. 909-912; PARRA, 2020, pp. 101 y ss.; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, p. 19; y DOMÍNGUEZ, 2021, pp. 649 y ss.

información. En términos generales, se trata de determinar el contenido de la información que se debe entregar al paciente para que este pueda ejercer su derecho a decidir si someterse o no a un tratamiento; y, en términos específicos, se trata de determinar cuáles son los riesgos que el facultativo debe informar.

En los ordenamientos pertenecientes al círculo de derecho anglosajón, el problema se resuelve por referencia a dos estándares o parámetros: el estándar basado en el médico (*physician-based standard*), por un lado; y el estándar basado en el paciente (*patient-based standard*), por otro. Así, en el Reino Unido y en aproximadamente la mitad de las jurisdicciones de Estados Unidos se utiliza el estándar basado en el paciente. Según este estándar —que en EE. UU. fue fijado en *Canterbury v. Spence*, y en U.K en *Montgomery v. Lanarkshire Health Board*—, el médico debe informar “todos los riesgos materiales”. Y un riesgo será considerado material, si se estima que una persona razonable, en la posición del paciente, tomaría en consideración ese riesgo (o conjunto de riesgos) al momento de decidir si someterse o no a un tratamiento¹⁹.

En los ordenamientos pertenecientes al círculo de derecho romano la cuestión se suele plantear en torno a la necesidad de informar los riesgos que se pueden asociar a una intervención en atención a si, por una parte, los mismos son (o no) comúnmente asociables al tratamiento; y, por otra, a si los riesgos son más o menos graves. En Francia, por ejemplo, la Corte de Casación ha sostenido que la información será suficiente cuando se haya informado de “todos los riesgos frecuentes”, y de “todos los riesgos graves” (sean o no frecuentes)²⁰.

En Chile, respecto de lo que aquí se analiza, la doctrina parece inclinarse por la solución que exige informar los riesgos típicos de la intervención (más o menos graves) y aquellos riesgos infrecuentes que se consideren graves²¹. Aunque aún escasa, la jurisprudencia parece seguir la misma línea²².

II. DISTINTOS CASOS, DISTINTOS PROBLEMAS, DISTINTAS SOLUCIONES

Una de las principales debilidades que se pueden advertir en muchos de los estudios que se han dedicado al tema de los deberes de información y al consentimiento informado, es que discuten el tema de forma abstracta²³. Al no distinguir los diferentes

¹⁹ *Canterbury v. Spence*, 464 F.2d 772, 784 (D.C. Cir. 1972). Para una detallada síntesis de la evolución jurisprudencial en EE.UU., véase: STAPLES y MOULTON, 2006, p. 445.

²⁰ Cass. 1er civ., 2.10.2002. Ahora bien, este criterio fue flexibilizado por el Código de Salud Pública del mismo país, que indicó que se tienen que informar los riesgos frecuentes, y los riesgos serios normalmente predecibles. *Code de la Santé Publique*, artículo 1111-2.

²¹ Entre otros: LARRAÍN, 2004, p. 228; PARRA, 2013, pp. 1580 y ss.; WHAL, 2014, p. 20; PIZARRO, 2015, pp. 103 y ss.; PIZARRO, 2018, p. 910; HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, pp. 20-21.

²² Véase, *Wageman con Vidal*. Corte Suprema, 28.01.2011, rol 5849-2009, considerando 15°, sentencia de reemplazo.

²³ Una temprana excepción a esta aproximación se observa en DE LA MAZA 2010a y 2010b.

tipos de caso, no se advierte con la claridad que sería necesaria, que los mismos generan problema de índole distinta y que, por lo mismo, requieren distintas soluciones.

Por lo anterior, en lo que sigue haremos una taxonomía de los distintos tipos de casos que, hasta la fecha, exhibe la jurisprudencia nacional. La clasificación se hará a base de dos criterios: primero, distinguiremos los casos según si la transgresión de la *lex artis* que supone el defecto de información va acompañada (o no) de una negligencia técnica en la ejecución del tratamiento no consentido; y, luego, distinguiremos cada supuesto según si en el caso se verificó (o no) un daño corporal.

1. *Casos de transgresión simple de la lex artis: hay negligencia en la recabación del consentimiento, pero el tratamiento fue ejecutado correctamente*

Bajo esta rúbrica revisaremos aquellos casos en los que existe una infracción al consentimiento informado en el contexto de una intervención técnicamente bien ejecutada. Sin duda, desde el punto de vista del derecho de la responsabilidad civil, se trata del tipo de casos que más problemas genera. Entre estos, tendrán especial relevancia aquellos que dicen relación con la vinculación causal entre la negligencia y el daño demandado.

Como ya se advirtió, conviene, a su vez, distinguir cada uno de estos supuestos según se haya verificado (o no) un daño corporal. Esta distinción nos permitirá formular dos preguntas fundamentales. Por un lado, podríamos preguntarnos si corresponde indemnizar la sola lesión a la autodeterminación del paciente; y, por otro, si en los casos en los que existe daño corporal y daño a la autodeterminación, corresponde otorgar dos partidas indemnizatorias diferenciadas.

1.1. Intervenciones no consentidas con daño corporal

En el grupo de casos de intervenciones no consentidas que generan daño corporal se pueden distinguir, a su vez, dos subconjuntos: por un lado, están los casos en los que el paciente resulta dañado a consecuencia de la realización de un riesgo que no le fue informado (debiendo serlo) cuando se recabó el consentimiento para la intervención; y, por otro, aquellos casos en los que el paciente resulta dañado a consecuencia de la realización de un riesgo que no le fue informado cuando se recabó el consentimiento para la intervención, porque sobrevino durante la misma.

Aunque en los subgrupos de casos recién referidos el principal problema será determinar si, de haber sido informado, el paciente hubiese consentido la intervención; el momento en que se manifiesta el riesgo hace que surjan algunas diferencias que conviene tratar por separado.

a) Casos en los que se verifica un riesgo no informado y asociado a la intervención programada

Se trata de supuestos en los que el paciente sufre un daño corporal producto de la verificación de un riesgo no informado. Es el tipo de más frecuente aparición en la

práctica y, en lo que aquí interesa, el problema más relevante que genera dice relación con la posibilidad de vincular causalmente la falta del consentimiento con los daños corporales derivados de la verificación de un riesgo no informado.

Respecto de este asunto, en el derecho comparado se observan al menos dos modelos de solución. Así, se pueden distinguir el modelo que podríamos denominar de “presunción hipotética negativa” del consentimiento del paciente, por una parte; y el modelo de la “presunción hipotética positiva” del consentimiento del paciente, por otra.

Pertencen al primero, las jurisdicciones en las que se presume que el paciente no habría autorizado la intervención de haber sido informado del riesgo que se realizó y, por lo mismo, solo admitirán como excusa liberatoria la prueba –que estará a cargo del médico–, de que el paciente habría dado su consentimiento para que se le realizara la intervención, de haber sido informado oportunamente del riesgo que, finalmente, se realizó (consentimiento hipotético negativo). Entre los ordenamientos que participan de este modelo se pueden mencionar el derecho alemán y el derecho español²⁴. En ellos, al funcionar a base de una presunción negativa, si el médico no logra probar que el paciente habría dado su consentimiento para que se le realizara la intervención, se dará por acreditado completamente el vínculo causal, y se indemnizarán todos los daños corporales relacionados con el riesgo que se verificó.

Por su parte, pertenecen al segundo modelo las jurisdicciones en las que se presume que el paciente habría autorizado la intervención de haber sido informado del riesgo que se verificó y, por lo mismo, corresponderá al paciente acreditar que no se habría sometido a dicha intervención, para hacer responsable al médico. Un ejemplo paradigmático de este modelo se puede ver en jurisdicción del derecho francés. En ella, es el paciente quien debe acreditar que no se habría sometido a la intervención de haber sido informado de los riesgos relacionados. Sin esta prueba no se dará por acreditado el vínculo causal y, por lo mismo, no se indemnizarán los daños corporales relacionados con el riesgo que se verificó²⁵.

En Chile, la cuestión ha sido abordada escuetamente y de manera, más bien, poco sistemática. De hecho, la mayoría de los trabajos respecto del consentimiento informado no tratan el tema de la responsabilidad que su transgresión puede generar, ni los problemas que se han presentado en los diferentes casos conocidos por la jurisprudencia. No obstante lo anterior, por lo que aquí interesa, la doctrina nacional se puede clasificar a base de dos criterios: primero, respecto de su adscripción a alguno de los dos modelos probatorios ya referidos; y, segundo, respecto de la integridad de la reparación de los daños que se puedan vincular causalmente con el defecto de información de que se trate.

²⁴ Acerca del funcionamiento de este modelo en Alemania véase: FINN, 2016, pp. 60-63 y STAUCH, 2008, p. 117. En un diferente sentido, la jurisprudencia española ha sostenido que el consentimiento informado funciona como un instrumento de distribución de riesgos, por lo que si no existe consentimiento o no se otorga toda la información sobre los riesgos de un procedimiento, entonces el paciente no pudo haber aceptado los riesgos, los que deben ser asumidos íntegramente por el médico. Una reconstrucción de las diversas tendencias jurisprudenciales en España véase en AGÓN, 2017, pp. 279 y ss.

²⁵ Véase: VINEY y SARGOS, 2012, pp. 1121 y ss.

Respecto del primer criterio, en la doctrina chilena Domínguez Águila y Larraín Paez parecen adscribir al modelo de la “presunción hipotética positiva”²⁶; mientras que Corral Talciani, Barros Bourie y De La Maza, defienden con claridad el modelo de la “presunción hipotética negativa”²⁷. En palabras de Barros, “una vez que se encuentra acreditado que el médico no dió la información debida, este puede excusarse probando la voluntad hipotética del paciente”²⁸. Respecto del segundo criterio (integridad de la reparación), aunque con diferentes fundamentos, autores como Larraín Paez y Pizarro Wilson parecen considerar que solo se debe indemnizar la “pérdida de la oportunidad de evitar los daños”²⁹. Por otro lado, autores como Hernández Paulsen y Chahuán Zedán consideran que en este tipo de casos debiera indemnizarse todo el daño que estos autores identifican con la materialización del riesgo no informado³⁰.

Respecto de los temas aquí tratados, la jurisprudencia nacional aún es escasa y poco reflexiva como para poder extraer alguna tendencia. Sin embargo, al menos en *Tienken con Clínica Las Condes* la Corte de Apelaciones de Santiago pareció razonar dentro del modelo de la “presunción hipotética positiva”. En el caso la Corte rechazó la demanda considerando que los documentos acompañados por la parte demandante eran insuficientes “(...) para tener por demostrado que ese empeoramiento es consecuencia del incumplimiento del deber de información en que incurrieron los demandados”³¹. Respecto del segundo criterio (integridad de la reparación), en la jurisprudencia chilena se observan dos líneas diferentes de argumentación. Así, por un lado, están las sentencias en las que parece estarse indemnizado solo la vulneración de la autodeterminación del paciente, al otorgar una partida indemnizatoria aduciendo que se habría perdido una chance “de decidir”; y, por otro lado, están las sentencias en las que parece estarse indemnizando la lesión de la integridad física y psíquica, al otorgar una indemnización a título de daño moral, pero vinculando el mismo con el sufrimiento y la angustia que la materialización del riesgo le ocasionó al paciente.

Un ejemplo de los primeros casos referidos en el párrafo precedente es *Franzinetti con Hospital de la Fuerza Aérea*. Allí, la paciente perdió ambos pezones como consecuencia de una infección que se produjo en el marco de una intervención de reducción mamaria. Al resolver el caso, la Corte Suprema sostuvo “(...) que al no haberse informado a la paciente sobre el riesgo que la operación conllevaba y sobre el cual se ha hablado extensamente más arriba, esta perdió la oportunidad o posibilidad de optar por no someterse a aquella,

²⁶ DOMÍNGUEZ, 2001, p. 331. LARRAÍN, 2004.

²⁷ CORRAL, 2003; BARROS, 2006; y DE LA MAZA, 2010a y 2010b.

²⁸ BARROS, 2006, p. 686.

²⁹ LARRAÍN, 2004, p. 227; PIZARRO, 2015, p. 119; PIZARRO, 2018, p. 911; DOMÍNGUEZ, 2021, p. 669 y ss.

³⁰ HERNÁNDEZ y CHAHUÁN, 2021, pp. 22-23. Por otra parte, hay doctrina que no plantea su posición de forma clara pero que parece inclinarse por indemnizar todos los daños corporales vinculados con el riesgo no informado. DE LA MAZA, 2010a, y DE LA MAZA, 2010b.

³¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 18.06.2015, rol 5396-2014, considerando 7°. Confirmada por Corte Suprema, 28.09.2015, rol 10519-2015.

o buscar otros tratamientos alternativos para su dolencia”³². Conviene tener presente que en el caso se concedió una indemnización de \$ 4.000.000, a título de daño moral. Un ejemplo de los segundos casos referidos en el párrafo precedente es *Wagemann con Vidal*. En este, la paciente se sometió a una cirugía de reducción mamaria luego de la cual sus pezones quedaron ubicados de manera notoriamente asimétrica. Al resolver este caso, la Corte sostuvo que se indemnizaba la “afectación anímica o psíquica ocasionada a la demandante, traducida en la aflicción, angustia, preocupación y molestias que ha padecido en relación directa con el resultado de la praxis del demandado, como asimismo, el impacto natural en sus intereses extrapatrimoniales vinculados a su desarrollo físico”³³. Conviene tener presente que en este caso se concedió una indemnización de \$ 30.000.000, a título de daño moral.

En una muy apretada síntesis, puede decirse que la doctrina chilena se inclina por el modelo de de la “presunción hipotética negativa” en el que la carga de la prueba de lo que el paciente hubiera decidido le corresponde al médico; y que, respecto del daño indemnizable cuando se verifica un riesgo no informado, aún se debate entre otorgar una indemnización que cubra íntegramente la materialización del riesgo no informado o otorgar una indemnización a título de pérdida de una chance (aunque el manejo conceptual de la categoría no permite extraer con claridad si se refieren a la “chance de decidir” o a la “chance de evitar el daño”). Como se ha visto, el problema en la jurisprudencia recién se ha empezado a ver y, por lo mismo, es pronto para sacar conclusiones.

En nuestra opinión, un tratamiento racional de este tipo de casos exige que se siga el modelo de “presunción hipotética negativa”, por un lado; y que, por otro, en lo que dice relación con los daños extrapatrimoniales, se otorgue una partida indemnizatoria orientada a reparar la lesión al derecho a la autodeterminación del paciente (daño incorporeal), y otra (u otras) orientada a reparar los daños en que se materializó el riesgo no informado (debiendo serlo).

El modelo de “presunción hipotética negativa” tiene ventajas comparativas que recomiendan su utilización. En primer lugar, ese modelo permite proteger de mejor manera los derechos de los pacientes, al poner la carga de la prueba del consentimiento hipotético en el médico. Esta solución es razonable, si se tiene presente la asimetría de información que existe en la relación médico-paciente, y que los facultativos dispondrán de mayores recursos para demostrar lo que razonablemente hubiera hecho un paciente de características análogas. Además, al funcionar en base a un razonamiento que tiene un esquema declaradamente presuntivo, tiene la ventaja de facilitar la prueba del vínculo de causalidad entre la omisión de la información y los daños en que el riesgo se materializó, sin recurrir a otros expedientes —como la pérdida de la chance de evitar un

³² Corte Suprema, 01.06.2020, rol 29094-2019, considerando 12°. Este es el único caso en el que la jurisprudencia ha hecho uso de la pérdida de una chance para indemnizar casos de infracción al consentimiento informado.

³³ Corte Suprema, 28.01.2011, rol 5849-2009, considerando 31°.

mal—, que se han venido utilizando últimamente, y algo descontroladamente (hay que decirlo), para facilitar la prueba de la causalidad en el ámbito médico³⁴.

Con respecto a la extensión de la reparación, ya adelantamos que nos parece importante que se otorgue una partida indemnizatoria para reparar el daño incorporal que sufrió la persona del paciente (lesión del derecho de autodeterminación), y otra (u otras) orientada a reparar los daños corporales en que se materializó el riesgo no informado. Lo anterior, porque a ello nos empuja el principio de la reparación integral del daño; si ya se acreditó la causalidad entre la negligencia y los daños en que se materializó el riesgo, no existe ninguna razón normativa para excluir la indemnización. Además, y he aquí lo más importante, porque reparar ambas afectaciones con partidas indemnizatorias diferenciadas es una exigencia lógica del paradigma participativo-informativo, y nos permitirá consolidar el derecho a la autodeterminación de los pacientes. Otra cosa, además de violentar la constitución, simplemente equivaldría a negar la autonomía de los pacientes en el mismo corazón de la era del consentimiento.

b) Casos en los que se verifica un riesgo que surgió durante la operación y no fue informado: la extralimitación del facultativo

Se trata aquí de casos que se dan mientras el médico se encuentra realizando una intervención consentida por el paciente, cuando sobrevienen circunstancias imprevistas que lo ponen ante la disyuntiva de realizar (o no) un procedimiento que está indicado en la *lex artis*, para el cual no tiene la autorización del paciente. Deberá decidir si toma el riesgo para sí y continúa con la intervención, o si la detiene para recabar el consentimiento del paciente trasladándose así los riesgos de la intervención. En estos casos, el problema radica tanto en determinar el límite de la actuación de los médicos ante el advenimiento de circunstancias imprevistas, como en determinar la extensión de los daños por los que se debe responder en estas hipótesis.

En el derecho comparado este tipo de casos se trata de forma conjunta con los casos de verificación de un riesgo no informado, ya que se considera que en ambos casos existe un defecto de la información³⁵. No obstante lo anterior, la cuestión de los límites de la actuación médica ante situaciones imprevistas es un elemento que únicamente se encuentra en este tipo de casos, y, por lo mismo, nos pareció oportuno darle un tratamiento particular y diferenciado.

Aunque el supuesto prácticamente no ha sido atendido por la doctrina nacional, si podemos encontrar alguna jurisprudencia que se ha pronunciado respecto de este tipo de problemas. Y, si bien es pronto para hablar de tendencias jurisprudenciales, si encontramos pronunciamiento de los tribunales en que, ante situaciones no previstas en el consentimiento original, se ha sostenido que el médico tiene el deber de detener el procedimiento para informar al paciente y obtener su autorización. En este sentido puede

³⁴ BLÜMEL, 2022, pp. 50 y ss.

³⁵ Véase FINN, 2016, p. 60.

verse en *Pastor con Goñi*. En el caso, en el marco de una operación para la extracción de un tumor. El médico removió la masa a pesar de que esta se encontraba en una posición mucho más compleja (y de difícil acceso) de la que los exámenes habían previsto. A pesar de que no le había informado a la paciente de los posibles riesgos de extraer un tumor que se encontraba en esta posición, el médico decidió igualmente extraerlo, lesionando el nervio facial, y provocándole una parálisis facial permanente. Uno de los fundamentos de la demanda es que la paciente había prestado su consentimiento para la resección del tumor, a través del procedimiento que habían conversado y convenido, pero que la operación que finalmente realizó el médico entrañaba riesgos diferentes (mucho más graves), que la paciente no había aceptado.

Al conocer de este caso, la sentencia de la primera instancia concluyó que, a pesar de que no había existido ninguna negligencia técnica en el procedimiento, "(...) el médico se apartó de la *lex artis* al hacer la resección, ya que esta requería de la autorización de la paciente o su familia, por los mayores riesgos que significaba"³⁶.

La decisión a la que arribaron los tribunales en este caso parece correcta. La principal función del consentimiento informado es dar legitimidad a una acción que, de no mediar la voluntad del paciente, sería considerada una agresión ilegítima. La actual regulación del consentimiento informado (regida por el paradigma participativo-informativo), solo permite la actuación médica sin el consentimiento del paciente en hipótesis calificadas, como lo es el riesgo vital del paciente.

Parece entonces, que una respuesta armónica con la regulación legal (y el paradigma que rige la relación médico paciente) exige que el procedimiento médico siempre sea consentido y, que por lo tanto, el límite de la actuación del médico estará dado por la voluntad del paciente. Cualquier actuación del médico que se desvíe del programa obligacional consentido originalmente por el paciente debe considerarse como una extralimitación y, por lo tanto, una actuación no consentida. En estos casos, para ajustarse a la *lex artis*, el prestador médico tendrá que detener la intervención, informar al paciente, y obtener su consentimiento para el nuevo plan de tratamiento.

1.2. Intervenciones no consentidas solo con daño in-corporal

Lo característico de estos casos es que se produce una indiscutida negligencia en la recabación del consentimiento (no hay consentimiento informado), pero no se materializa ninguno de los riesgos que debieron haber sido informados, ni se incurre en ninguna negligencia técnica que pueda relacionarse con un daño corporal. Este tipo de casos se ha perfilado como una hipótesis en ascenso en los últimos años y, en términos técnico-jurídicos, plantea la interrogante sobre si la sola vulneración al derecho de la

³⁶ Corte Suprema, 26.01.2012, rol 8352-2009, considerando 3°. Un caso análogo, pero resuelto de manera diferente es *Fernandez con Clínica las Condes*. En este caso, a pesar de sostenerse que el consentimiento informado no incluía la posibilidad de resección del útero de la paciente, el juzgador sostuvo que el médico no requería consentimiento adicional, toda vez que presumió que la paciente sabía que esto podía suceder, por el historial médico que tenía. 15° Juzgado Civil de Santiago, 08.09.2011, rol C-5291-2009, considerando 51°.

autodeterminación constituye o no un daño indemnizable. Se podría decir que estamos solamente ante daños incorporales.

En el derecho comparado, esta no es una cuestión pacífica. Así, un sector de la doctrina se inclina por rechazar de plano la posibilidad de indemnizar la sola vulneración del derecho a la autodeterminación. Los que se sitúan en esta postura exigen como requisito *sine qua non* para que se pueda otorgar una indemnización que en los hechos se haya verificado un daño corporal³⁷. Sin embargo, otra parte de la doctrina y la jurisprudencia en el horizonte comparado ha sostenido que la sola vulneración de la autodeterminación sí debiera ser indemnizada, toda vez que se trata de un interés tutelado con independencia de las lesiones a la integridad física o psíquica³⁸.

En Chile, aunque las más recientes investigaciones han hecho notar que se trata de dos hipótesis dañosas diferentes cuya indemnización debe otorgarse a través de partidas diferentes³⁹, también existe un sector autorizado de la doctrina que se ha manifestado contrario a esa posibilidad⁴⁰. Respecto de la jurisprudencia, aunque todavía es demasiado pronto para hablar de tendencias, veremos enseguida como, al menos en dos oportunidades, los tribunales han tenido que resolver el dilema de indemnizar sin que en los hechos se haya verificado “propiamente” un daño corporal.

En nuestra opinión, la vulneración (solo o acompañada) del derecho del paciente a decidir sobre su cuerpo y condición de salud constituye un daño in-corporal que debe indemnizarse. Y ello –básicamente–, por dos razones. La primera, es que el argumento de los que se oponen no parece del todo correcto, porque se construye sobre una premisa difícilmente aceptable, esto es, que la indemnización del daño moral exige como requisito *sine qua non* que el que lo reclama haya sufrido un daño en su cuerpo. La segunda, es que la reparación de la dignidad del paciente que se ha visto afectada por la vulneración de su derecho a la autodeterminación no es más que una consecuencia lógica de la operación del principio de la reparación integral del daño en el paradigma de la autonomía que, supuestamente, describe y dirige la relación médico paciente en el derecho contemporáneo.

Con todo, no se puede desconocer que la indemnización de una daño de naturaleza in-corporal (porque afecta la dimensión intelectual de la persona) genera nuevos y espinosos problemas que deberán ser afrontados de manera particular. Y en este contexto, nos parece que sería útil distinguir (al menos inicialmente) dos grupos de casos dentro de la categoría de las indemnizaciones no consentidas que tiene como consecuencia un daño in-corporal. Así, por un lado, se podrían tratar casos de actuaciones médica fuera de los límites del consentimiento que tienen un resultado “técnicamente” exitoso (o

³⁷ Véase: ATAZ, 1985, p. 54; GALÁN, 2004, pp. 1 y ss; GARCÍA, 2006, p. 827.

³⁸ RIBOT, 2007, p. 59; LLAMAS POMBO, 2010, p. 54; XIOL, 2012. Véase Tribunal Supremo Español, 12.04.2016, 29680-2016. En el mismo sentido: Tribunal Supremo Español, 13.05.2011, 44711-2011; y Tribunal Supremo Español, 26.03.2012, 34727-2012.

³⁹ PARRA, 2020, p. 114.

⁴⁰ DOMÍNGUEZ, 2021, pp. 669 y ss. También se muestran contrarios a otorgar una indemnización por la sola vulneración del derecho a la autodeterminación del paciente HERNÁNDEZ y CHAHUAN, 2021, p. 23.

en los que no puede hablarse propiamente de daño corporal); y, por otro lado, aquellos casos de muy común ocurrencia en la práctica en los que –simplemente– se obtiene la aquiescencia del paciente para la intervención sin informar adecuadamente de los riesgos, pero no se materializa ningún daño asociado a esos riesgos no informados.

Como veremos a continuación, esta distinción nos permitirá analizar algunos casos que han sido resueltos por la jurisprudencia nacional, en los que parece haberse concedido una indemnización por la ola afectación a la autodeterminación.

a) Casos de actuaciones médicas fuera de los límites del consentimiento con resultado técnicamente “exitoso” o “inocuo”

Dentro de esta categoría podemos situar los casos de intervenciones médicas no autorizadas por los pacientes pero que les “aprovechan” y las resecciones no-consentidas de órganos, en las que convendrá distinguir según el estado en que se encontraba el órgano referido. Así, si el médico resecciona un órgano funcional, entonces nos encontramos ante una situación de doble negligencia (en el consentimiento y en el diagnóstico) que tuvo como consecuencia, además, un daño corporal. En ese caso hay acuerdo generalizado en que se debería una indemnización, y solo sería problemático determinar si se debería dar una partida indemnizatoria autónoma por la vulneración de la autodeterminación del paciente. Por otro lado, si el órgano reseccionado por el médico no era funcional o, incluso, si se trataba de un órgano afectado por una enfermedad, entonces podría entenderse que no se habría producido un daño corporal. Y, de comprenderse así el supuesto, habría que preguntarse si el paciente debería ser indemnizado por la resección no consentida.

Respecto de las intervenciones médicas no autorizadas por los pacientes pero que les “aprovechan” el ejemplo es otro que el célebre caso Beraud. En este, el entonces ministro de la Corte Suprema Lionel Beraud se sometió a una intervención quirúrgica que tenía como objetivo insertar una prótesis en su cadera izquierda pero, debido a un error en la preparación del paciente, terminaron por insertársela en la cadera derecha. Si bien el caso tiene múltiples aristas de estudio, en lo que aquí interesa, la Corte Suprema sostuvo que el consentimiento del sr. Beraud era para la operación de su cadera izquierda, por lo que la operación de la cadera derecha no fue consentida y, por lo tanto, no había contrato sobre esta.

Podría sostenerse que el paciente no sufrió “propiamente” un daño corporal, puesto que la operación de la cadera derecha también debía realizarse en unos meses más. La operación resultó “exitosa” desde el punto de vista técnico y, efectivamente, tiempo después se realizó la otra intervención. De allí que no se podría decir, “propiamente”, que la actuación médica le causó un daño corporal al ministro Beraud. Sin perjuicio de lo anterior, el ministro demandó una indemnización y la Corte Suprema estimó que sí existió un daño consistente en la vulneración de su autodeterminación⁴¹.

Respecto de los casos de resecciones no consentidas de órganos no funcionales, la jurisprudencia chilena no ha tenido la oportunidad de pronunciarse. Sin embargo, en la

⁴¹ Corte Suprema, 20.06.1996, rol 33393-1995.

actualidad, el 8° Juzgado Civil de Santiago se encuentra conociendo un caso en el que una paciente fue intervenida con el objeto de extraer la endometriosis adherida a sus órganos reproductivos. Durante la operación los médicos estimaron que los ovarios se encontraban en malas condiciones y decidieron extraerlos sin contar con la autorización de la paciente.

Por cierto, que la prueba resultará fundamental para determinar la extensión de los daños indemnizables pues, lógicamente, variará según se determine la funcionalidad o disfuncionalidad de los ovarios. Pero, en cualquier caso, si se prueba que no se contaba con el consentimiento de la paciente, nos parece innegable que se habría producido una grave afectación de la autonomía de la paciente, y que no hay razones de peso para no indemnizarla. Por el contrario, en *De Frutos con Fisco de Chile* la Corte Suprema validó una indemnización por el sufrimiento generado por la conculcación de su derecho a la autodeterminación sexual y reproductiva⁴², expresando que en esta materia “el derecho y deber de información posee una intensidad superior a la que presenta y es exigible en otras prestaciones médicas”⁴³.

b) Casos en los que no se informan todos los riesgos que debieron informarse, pero no se materializa daño alguno

Probablemente la hipótesis de la rúbrica sea la más común en una práctica nacional, puesto que en ella persiste el uso de formularios de consentimientos informados genéricos, sin expresión de riesgos, ni alternativas de tratamiento (todas estas exigencias de la Ley N° 20.584). Ya hemos visto que la intervención sin información afecta la autonomía de los pacientes, sin embargo, probablemente debido a que en muchísimos casos las intervenciones resultan exitosas o sin consecuencias negativas apreciables, prácticamente no se presentan demandas reclamando la indemnización de la referida afectación.

No obstante práctica referida, especulativamente podríamos preguntarnos si estos casos, en lo que indudablemente se afecta la autonomía de los pacientes, tienen alguna particularidad que recomiende no conceder una indemnización. Y, aunque no se dice explícitamente, parece que ante estos casos existe cierto recelo de que se arme una industria de la litigación en contra de los facultativos que, finalmente, podría acabar perjudicando a los propios pacientes.

Nos parece que cuando la doctrina se opone a la procedencia de indemnizar “la sola vulneración del derecho a la autodeterminación” está pensando en este tipo de supuestos y, específicamente, en evitar el efecto referido en el párrafo precedente. Como ya hemos adelantado, si se demanda y se prueba la afectación del derecho no vemos razones fuertes para no indemnizar el daño in-corporal que se le causa al paciente cuando se recaba su consentimiento sin informarle de los riesgos a los que se le expondrá.

⁴² Corte Suprema, 27.09.2021, rol 44150-2020, considerando 16°. La Corte Suprema sostuvo que en materia de salud sexual y reproductiva los deberes de información se agravan, por lo que se debe informar todo tipo de riesgos y métodos complementarios.

⁴³ Corte Suprema, 27.09.2021, rol 44150-2020, considerando 6°.

La regulación de la reparación y el control de una eventual industria de la litigación en estos casos debe canalizarse a través de la fijación de la cuantía de las indemnizaciones y no negando en términos conceptuales la procedencia de la indemnización. Y es que, como ya hemos repetido varias veces, negar la indemnización es lo mismo que negar la existencia del derecho a la autodeterminación de los pacientes; y esa es una postura que no es consistente con el paradigma decisorio.

2. *Casos de doble transgresión de la lex artis: negligencia en la recabación del consentimiento y negligencia en la ejecución del tratamiento*

En muchos de los casos que se presentan en la actualidad concurren negligencias vinculadas al deber de recabar el consentimiento informado con y negligencias técnicas. A efectos de mantener la simetría del argumento, también distinguiremos dentro de estos casos, aquellos casos donde existe daño corporal, de aquellos en los que se verifica exclusivamente un daño in-corporal.

2.1. Casos de doble transgresión con daño corporal

Como se verá a continuación, la vinculación de los daños con uno de los dos tipos de negligencia que concurren genera interesantes problemas que conviene ver por separado.

a) Casos de daño corporal provocado exclusivamente por la negligencia en la recabación del consentimiento

En aquellos casos en los que existe daño corporal pero no podemos vincular dicho daño a la negligencia técnica del facultativo, entonces puede ser que el perjuicio sufrido por el paciente esté vinculado con la falta de información. De ser así las cosas, esta hipótesis sería –prácticamente– idéntica a la tratada en el punto 1.1 de este trabajo y, por lo mismo, valga aquí lo dicho en esa sección.

b) Casos de daño corporal provocado exclusivamente por la negligencia técnica

En aquellos casos en los que existe un daño corporal que puede ser atribuido causalmente a una negligencia técnica, se nos presenta un posible problema de infracobertura de daños, porque la afectación del derecho a la autonomía, que también tiene lugar, pasa a un segundo plano, cuando no resulta derechamente invisibilizada.

Por diferentes razones, la doctrina nacional ha calificado este tipo de casos como “casos fáciles”. Según esta doctrina, ello se explica porque, desde la perspectiva de la responsabilidad, no se presentan los mismos problemas causales o de extensión de los daños que ya revisamos precedentemente⁴⁴. Ahora bien, la baja complejidad de estos

⁴⁴ DE LA MAZA, 2010a, pp. 130 y ss.

supuestos es solo aparente, ya que la existencia de una negligencia técnica no elimina la pregunta por los daños vinculados con la infracción de los deberes de la información que también se verifican en el caso.

Una buena muestra de lo referido puede verse en *Torres con Servicio de Salud de San Felipe*. En los hechos, la paciente acudió al Hospital para realizarse una reducción mamaria bilateral, procedimiento que finalmente terminó con la extracción completa de sus dos mamas (mastectomía bilateral). Con posterioridad, el médico tratante le explicó a la paciente que hizo la mastectomía porque creyó haber visto un tumor maligno. En la demanda sostuvo que la paciente nunca dio su consentimiento para la mastectomía bilateral y, además, que el médico no indicó ningún examen prequirúrgico para descartar la presencia de cáncer.

La sentencia de primera instancia, que fue confirmada por la Corte de Apelaciones y la Corte Suprema⁴⁵, sostuvo que en el caso no se contó con el consentimiento de la paciente para realizar la mastectomía. Además, indicó que en el caso se verificó una negligencia técnica, ya que el médico debió haber ordenado exámenes preoperatorios para descartar cáncer, y no debió haber realizado la extracción sin haber tenido el resultado de la biopsia de tejidos. A pesar de que la sentencia de primera instancia dio por acreditada tanto la infracción al deber de información como la negligencia técnica⁴⁶, el daño moral que se otorgó solo hizo referencia al sufrimiento de la víctima por el daño corporal, y no vinculó ninguna partida a la afectación de la autonomía de la paciente.

Como se puede apreciar, en el caso la discusión se centra, únicamente, en la incorrección técnica del procedimiento y los daños vinculados, mientras que la infracción al consentimiento informado no pasa de ser más que un agregado dentro de la negligencia “principal” del médico⁴⁷.

Si se quiere ser coherente con el paradigma participativo-informativo esta jerarquía de negligencias (y de daños) debe cambiar. La aplicación del nuevo paradigma debe significar que, en la práctica, ya no sea admisible considerar que las negligencias (y los daños) vinculadas con los procedimientos técnicos sean más graves que las vinculadas con el cumplimiento de los deberes de información.

Lo anterior también significa, que no pueden dejar de reparar aquellos daños vinculados con la vulneración a la autonomía por el solo hecho de que, en el caso, la vinculación causal entre los daños corporales demandados y la negligencia es de más fácil determinación. Lo anterior equivaldría a que el paciente no fuera reparado integralmente, y que no se le reconociera a la autodeterminación del paciente su estatus de derechos.

Para poder diferenciar todos los daños que se indemnizan (y evitar que existan supuestos en los que queden ciertos daños sin indemnización) sería útil contar con partidas diferenciadas en las que se indique qué afectación indemnizan y a qué título. Ello

⁴⁵ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 12.07.2013, rol 449-2013; Corte Suprema, 30.01.2014, rol 9006-2013.

⁴⁶ 2° Juzgado de Letras de Los Andes, 24.12.2012, rol C-131-2010.

⁴⁷ En el mismo sentido: Corte Suprema, 27.06.2013, rol 2332-2012; Corte Suprema, 10.03.2016, rol 21373-2015; Corte Suprema, 09.06.2016, rol 7402-2016; y Corte Suprema, 21.02.2018, rol 18172-2017.

permitiría garantizar la reparación integral de los pacientes, y evitar que se invisibilicen las lesiones incorporales que éstos sufren.

2.2. Casos de doble negligencia solo con daño in-corporal

Un segundo tipo de casos son aquellos en los que, a pesar de existir una doble negligencia, el paciente no sufre “propia” un daño corporal. Dentro de este tipo distinguiremos aquellos casos en que el daño in-corporal se vincula causalmente con la recabación del consentimiento informado; de aquellos en los que el daño in-corporal se vincula con la negligencia técnica.

a) Casos de daño incorporal vinculado con la negligencia en la recabación del consentimiento informado

En aquellos casos en los que existe un daño incorporal pero no se puede vincular con la negligencia del facultativo, entonces puede ser que el perjuicio sufrido por el paciente esté vinculado con la falta de información. De ser así las cosas, esta hipótesis sería –prácticamente– idéntica a la tratada en el punto 1.2 de este trabajo y, por lo mismo, valga aquí lo dicho en esa sección.

b) Casos de daño incorporal provocado por la negligencia técnica

Un último y particular tipo de casos de doble transgresión se da cuando el paciente ve lesionada su autonomía, a consecuencia de una negligencia técnica. Usualmente, este tipo de casos no es tratado dentro de los trabajos que se relacionan con el consentimiento informado pues, en estricto rigor, no existe ninguna infracción a los deberes de información. Sin embargo su tratamiento en esta sede reviste una radical importancia, pues permite advertir cómo el cambio de paradigma que está operando transformó un caso simple de negligencia médica, en un caso ícono de la afectación a la autonomía.

Se trata de los supuestos de anticoncepciones fallidas en los que, a consecuencia de una negligencia médica en la instalación de un mecanismo anticonceptivo, se produce un embarazo no deseado. Lo importante de este tipo de casos es que ante la dificultad que supone comprender el nacimiento de una criatura como un daño corporal, la doctrina generó una justificación basada en la autonomía reproductiva del paciente, dando de esta manera uno de los mejores ejemplos de cómo la sola afectación del derecho a la autodeterminación puede ser efectivamente considerado un daño.

En nuestro medio el mejor ejemplo de este tipo de reconocimiento puede verse en *Rosas con Servicio de Salud de Chiloé*. En el caso, la señora Rosas solicitó que la esterilizaran durante la cesárea que se le practicó para el nacimiento de su tercer hijo. Luego de la operación el médico le manifestó que la había esterilizado pero algunos meses después la señora Rosas presentó un nuevo embarazo. Luego de algunos meses la paciente descubrió que estaba embarazada nuevamente, por lo que demandó al Servicio de Salud.

En el caso, cuya sentencia quedó firme después de un pronunciamiento de la Corte Suprema, se consideró que efectivamente se había vulnerado la autonomía y la

autodeterminación sexual y reproductiva de la demandante, por lo que se condenó al Servicio de Salud de Chiloé a pagarle una indemnización de \$ 15.000.000 por concepto de daño moral, monto que con posterioridad la Corte de Apelaciones aumentó a \$ 35.000.000.

Como se puede apreciar, la lesión a la autonomía de los pacientes como daño indemnizable no es extraña para la jurisprudencia chilena y, por lo mismo, el desafío que tenemos por delante parece tener que ver más con el desarrollo dogmático de la noción a la luz del paradigma dominante.

CONCLUSIONES

1. En los últimos años, se ha evolucionado de un modelo de relación médico-paciente de corte “paternalista” a un modelo “participativo-informativo”. El nuevo modelo se construye sobre el principio de autonomía del paciente y, por lo mismo, la información es clave. Tanto la información asentiva como la información terapéutica son partes del acto médico y, por tanto, la infracción de ambos tipos de deberes supone una infracción a la *lex artis* médica.
2. Uno de los principales problemas que genera la omisión del consentimiento informado tiene que ver con la vinculación causal con los riesgos que se materializaron. Su solución pasa por determinar si, de haber sido informado, el paciente hubiese consentido la intervención. Ante dicho problema, el modelo de la “presunción hipotética negativa” tiene ventajas comparativas que recomiendan su utilización. Por un lado, ese modelo permite proteger de mejor manera los derechos de los pacientes, al poner la carga de la prueba del consentimiento hipotético en el médico; y, por otro lado, al funcionar en base a un razonamiento que tiene un esquema declaradamente presuntivo, tiene la ventaja de facilitar la prueba del vínculo de causalidad entre la omisión de la información y los daños en que el riesgo se materializó, sin recurrir a otros expedientes, como la pérdida de la chance de evitar un daño.
3. Es necesario realizar un tratamiento diferenciado de los diferentes casos que se puedan presentar. La vulneración del derecho del paciente a decidir sobre su cuerpo y condición de salud constituye un daño in-corporal que debe indemnizarse. La reparación de la dignidad del paciente que se ha visto afectada por la vulneración de su derecho a la autodeterminación no es más que una consecuencia lógica de la operación del principio del principio de la reparación integral del daño.

BIBLIOGRAFÍA

- AGÓN, Juan, 2017: *Consentimiento informado y responsabilidad médica*, Madrid: Wolters Kluwer,
- AMARILLA, Manuel, 2003: La información terapéutica, un concepto que involucra a todos los agentes del sector. Disponible en: <https://eupharlaw.com/historico/noticias/DM19062003.pdf>. [Fecha consulta: 28.04.2022]

- BEAUCHAMP, Tom y Childress, James, 2001: *Principles of biomedical ethics* (5° edición), Oxford: University Press.
- BLÜMEL, Florencia, 2022: *La pérdida de una chance en la responsabilidad civil médica. Doctrina y Jurisprudencia*, Santiago: Rubicón.
- CHAN, Sarah, Tulloch, Ed, Cooper, Sarah, Smith, Andrew, Wojcik, Wojtek, Norman, Jane, 2017: "Montgomery and informed consent: where are we now", *BMJ (Clinical research ed.)*, N° 357, pp. 357-359. Disponible en: <https://www.bmj.com/content/bmj/357/bmj.j2224.full.pdf>. [Fecha de Consulta: 02.05.2023]
- COUCEIRO, Azucena, 1999: *Bioética para clínicos*, Madrid: Triacastela.
- COUCEIRO, Azucena, 2012: *La relación clínica: historia, modelos instrumentos y retos* en Bioética clínica, en Beca, Juan Pablo, y Astete, Carmen (Coord.), Santiago: Editorial Mediterráneo.
- DE la Maza, Íñigo, 2010a: "Consentimiento informado y relación de causalidad", *Cuadernos de análisis jurídico. Colección de derecho privado VI, U. Diego Portales, Santiago*, pp. 127-144.
- DE la Maza, Íñigo, 2010b: "Consentimiento informado, una visión panorámica", *Revista Ius et Praxis*, año 16, N°2, pp. 89-120.
- DE la Maza, Íñigo, 2017: "Consentimiento informado: un poco de realismo". *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XXX, N° 2, pp. 111-131.
- DEUTSCH, Erwin y Spickhoff, Andreas, 2008: *Medizinrecht: Arztrecht, Arzneimittelrecht, Medizinproduktrecht und Transfusionsrecht*. Springer: Berlín.
- DOMÍNGUEZ, Ramón, 2001: "Comentario de jurisprudencia", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 210, año LXIX, pp. 327-331.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, 2021: "La exigencia de consentimiento informado como hipótesis de responsabilidad civil: su regulación en Chile" en Lepin, Cristián y Stitckin, Nicolás (directores), *Estatutos especiales de responsabilidad civil*, Santiago: Tirant Lo Blanch, pp. 649-673.
- ESPARZA-REYES, Estefanía, Beltrán, Víctor, y Beltrán, Pamela, 2020: "La obligación de informar y el consentimiento informado en odontología: una mirada crítica más allá de la regulación normativa", *Acta Bioethica*, vol. 6, N°2, pp. 195-204.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2012: "Consentimiento informado en la nueva ley de derechos y deberes de los pacientes", *Revista Médica Chile*, N° 140, pp. 1347-1351.
- FINN, Markus, 2015: "Aspectos fundamentales de la responsabilidad civil alemana en el ámbito de la cirugía estética", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, pp. 55-75.
- GARCÍA, María, 2006: "Incumplimiento del deber de información, relación de causalidad y daño en la responsabilidad civil médica", en Llamas, Eugenio (coord.), *Estudios de derecho de obligaciones. Homenaje al profesor Mariano Alonso Pérez, Tomo I*, Madrid: La Ley, pp. 823 y ss.
- HERNÁNDEZ, Gabriel y Chahuán, Felipe, 2021: "Consentimiento informado en las prestaciones de salud", *Acta Bioethica*, vol. 27, N° 1, pp. 17-25.
- JARAMILLO, Carlos, 2002: *Responsabilidad civil médica. La relación médico paciente: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Bogotá: Pontificia Universidad Javierana.
- LAUF, Adolf y Uhlenbruck, Wilhelm, 1999: *Handbuch des Arztrechts*, München: Beck.
- LIRA, Francisca, 2014: "El deber de informar al paciente por parte del equipo de salud en la ley 20.854", en Milos, Paulina y Corral, Hernán (editores), *Derechos y deberes de los pacientes. Estudios y textos legales y reglamentarios, Cuadernos de Extensión Jurídica*, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 23-27.
- LLAMAS, Eugenio, 2010: "Daño moral por falta de información de tratamientos médicos alternativos", *Práctica de Derecho de Daños*, N° 82.
- LÓPEZ-CHAPA, Sara, 2007: *Autonomía del paciente y libertad terapéutica*, Barcelona: Bosch.

- MIRANDA, Francisco, 2006: "Algunas consideraciones en relación con el denominado consentimiento informado", en Chomalí, May y Mañalich, Jaime (editores), *La desconfianza de los impacientes*, Santiago: Editorial Mediterráneo, pp. 39 y ss.
- PARRA, Darío, 2013: "La obligación de informar al paciente. Cuestiones sobre el derecho a ser informado", *Revista Médica Chile*, Nº 141, pp. 1578-1583.
- PARRA, Darío, 2020: "Los deberes de información en el ámbito médico. Configuración, contenido y autodeterminación del paciente", en Pianovsky, Carlos y Rosenvald, Nelson (coordinadores), *Novas Fronteiras da Responsabilidade Civil*, Brasil: Editorial Foco, pp. 105-116.
- PARRA, Darío, Mendoza, Pamela, y Concha, Ricardo, 2018: "La necesidad terapéutica como criterio para determinar el contenido de las obligaciones del médico", *Revista Jurídicas*, vol. 15, nº 1, pp. 154-170.
- PARRA, Darío y Ravetllat, Isaac, 2019: "El consentimiento informado de las personas menores de edad en el ámbito de la salud", *Revista Ius et Praxis*, año 25, Nº3, pp. 215-248.
- PIZARRO, Carlos, 2015: "En oposición al consentimiento hipotético informado", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, vol. 44, Nº1, pp. 97-120.
- PIZARRO, Carlos, 2018: "Actualidad del deber de informar en Chile", *Revista Médica de Chile*, vol. 146, pp. 909-912.
- RIBOT, Jordi, 2007: "La responsabilidad civil por falta de consentimiento informado", *Revista de Derecho Privado*, Año 91, Mes 6, pp. 29-62.
- STAPLES, Jaime y Moulton, Benjamin, 2006: "Rethinking Informed Consent: The Case for Shared Medical Decision-Making", *American Journal of Law & Medicine* 32, no. 4, pp. 429-502.
- STAUCH, Marc, 2008: *The law of medical negligence in England and Germany*, Oxford: Hart Publishing.
- VINEY, Geneviève y Sargos, Pierre, 2012: "Le devoir d'information du médecin", *Revue des contrats*, núm. 3, pp. 1104 y ss.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, sentencia de 27 de septiembre de 2021, rol 44150-2020.
- CORTE Suprema, sentencia de 1 de junio de 2020, rol 29094-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de abril de 2020, rol 19022-2018.
- CORTE Suprema, sentencia de 21 de febrero de 2018, rol 18172-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de 10 de marzo de 2016, rol 21373-2015.
- CORTE Suprema, sentencia de 9 de junio de 2016, rol 7402-2016.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de septiembre de 2015, rol 10519-2015.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 29 de enero de 2015, rol 6350-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 15 de junio de 2015, rol 11078-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de septiembre de 2014, rol 9006-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 31 de julio de 2013, rol 4327-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de junio de 2013, rol 2332-2012.
- CORTE Suprema, sentencia de 2 de octubre de 2013, rol 4325-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 26 de enero de 2012, rol 8352-2009.
- CORTE Suprema, sentencia de 28 de enero de 2011, rol 5849-2009.
- CORTE Suprema, sentencia de 15 de noviembre de 2010, rol 3779-2010.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de noviembre de 2006, rol 757-2006.
- CORTE Suprema, sentencia de 20 de noviembre de 2002, rol 4837-2011.
- CORTE Suprema, sentencia de 20 de junio de 1996, rol 33393-1995.

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100091

La propiedad privada como canon: notas para su deconstrucción

*Pedro S. Guerra Araya**

RESUMEN

El artículo indaga en los rasgos de la propiedad privada en tanto paradigma jurídico superpuesto a uno de orden económico, al que son funcionales las formulaciones normativas y la dogmática jurídica de la propiedad. Se repasa la evolución de los sistemas de ideas acerca de la propiedad privada hacia la construcción de un canon propietario privatista, que expresa la mejor versión posible de la propiedad. A partir de ello se busca develar una lógica económica que ha resultado fundamental para la construcción de un canon jurídico, en tanto única forma posible de aproximación a las relaciones entre las personas y los bienes. Dicho canon puede ser interpelado a partir de los desarrollos tecnológicos y las nuevas formas de transacción que estos permiten, que cuestionan la validez de lo propiedad privada como forma única de aprovechamiento de bienes.

Propiedad; economía de la propiedad privada; capitalismo

Private property as a canon: notes for its deconstruction

ABSTRACT

The article investigates the features of private property as a legal paradigm that has been overlapped in an economic one, to which the normative formulations and legal dogmatics of property are functional. The evolution of the systems of ideas about private property is reviewed towards the construction of a private property canon that expresses the best possible version of property. From this, the article seeks to show an economic logic that has been fundamental for the construction of a legal canon, as the only possible way of approximating the relationships between people and the goods. That canon can be contested, based on technological developments and the new forms of transaction that they allow, which question the validity of private property as the only form of use of goods.

Property; property economics; capitalism

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Políticas Públicas y Sociales, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Doctor en Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6886-2422>. Correo electrónico: psguerra76@gmail.com.

Artículo recibido el 20.7.2022 y aceptado para su publicación el 3.1.2023.

I. INTRODUCCIÓN

Desde la clausura definitiva del mundo feudal y el comienzo de lo que Beaud llamó “la larga marcha hacia el capitalismo”¹, un complejo sistema de ideas viene acompañando la instauración de un sistema político y económico que se fundamenta en el trabajo asalariado y la propiedad privada. En ese sentido, la gran transformación que se sigue de la clausura de los campos abiertos y su propietarioización, es el resultado de un cambio en las mentalidades que permiten un cierre epocal² y la inauguración de un nuevo orden, que se legitima en el derecho subjetivo y el imperio de la ley. Este orden arranca de desarrollos de la filosofía política, en los que la elaboración de justificaciones para la apropiación privada de bienes que antes pertenecían a todos (y a nadie en particular) van a establecer las bases de nuevas formas de producir y transar bienes en el mercado.

El paisaje de ideas de que acompaña ese proceso de alumbramiento del capitalismo está marcado especialmente por el auge de liberalismo político, que será proclive a nuevas lecturas del derecho de propiedad, de antiquísima data en los sistemas jurídicos. La propiedad va a transitar, en ese sentido, hacia una consagración de su forma privada porque esa es la forma más funcional al sistema capitalista y sus modos de acumulación. El punto culmine de la modernización de la propiedad va a ser su establecimiento como derecho subjetivo absoluto sobre bienes materiales, mediante fórmulas normativas codificadas, impersonales y de alcance universal. Como se verá, a partir de este punto la propiedad iniciará un largo derrotero hacia su descomposición conceptual, de la mano de los cambios políticos y económicos que marcarán las varias fases del desarrollo capitalista.

En ese contexto, las fórmulas normativas acerca de la propiedad privada se asientan en paradigmas filosóficos que se implantan en los sistemas jurídicos, conformando un canon propietario que reacciona ante los estatutos feudales superando sus raíces teológicas y éticas, para constituir un derecho despersonalizado y una racionalidad propia, en tanto incentivo al trabajo que la sociedad capitalista requiere³. Bajo esas premisas este estudio busca indagar críticamente en los rasgos fundamentales de ese paradigma propietario que se canoniza en la modernidad a partir de fundamentos jurídicos y económicos, pero que suelen quedar ocultos en una aproximación puramente dogmática de la propiedad privada. Los primeros dan cuenta de sus rasgos dogmáticos en el contexto de un cambio de época y un giro en la dirección de las ideas sobre el derecho. A su turno, el canon económico permite explicar el rol que la propiedad privada va a tener en la expansión del capitalismo, a base de un sentido común (o comúnmente compartido) que sugiere que la asignación de derechos de propiedad privada es la forma más eficiente de llevar los bienes a su mejor uso. Si la propiedad construye, con las herramientas del derecho subjetivo, un instituto legal funcional a un modo de producir, es posible advertir que los

¹ BEAUD, 1984.

² POLANYI, 1992.

³ MACPHERSON, 1975, p. 106.

cambios que la tecnología genera en los modos de producir y transar derechos, pueden establecer las bases para la construcción de nuevos paradigmas respecto de la apropiación y, quizás, para la superación de su carácter puramente privado. Esta trayectoria de cambio está dominada, en buena parte, por una ruptura en la unidad conceptual de la propiedad en que se asienta el canon jurídico, que responde a esos nuevos modos de producción y transacción.

El artículo se organiza de la manera siguiente: un primer capítulo se dedica al desarrollo de las ideas que la modernidad ofrece para la justificación de la propiedad, y la forma en que estas construyen un canon propietario, en tanto modelo de características perfectas, o la mejor versión posible de la propiedad. Una segunda parte indaga en el canon jurídico de la propiedad, y los rasgos más significativos de este, es decir, su carácter exclusivo y excluyente. Una tercera parte explora la propiedad privada como canon económico y la forma en que el sistema normativo instaura las bases para un modo de explotación económica específico de los bienes, bajo la premisa de que solo la propiedad privada puede ofrecer las condiciones óptimas de uso de los bienes. Finalmente, bajo el acápite de “un horizonte de crítica” se ofrece una reflexión acerca de las líneas de falla que muestra la propiedad como canon, cuyas imperfecciones pueden llevar a su deconstrucción y, en buena medida, a nuevos paradigmas propietarios.

II. LA CANONIZACIÓN DEL PARADIGMA

La entronización de un paradigma individualista de la propiedad privada, al servicio de un sistema capitalista, ha recibido una consagración normativa general en las sociedades occidentales. En ese sentido, los sistemas jurídicos que clausuran el régimen feudal, son de orden individualista y en ellos se mezclan las ideas de la propiedad como un derecho subjetivo, provenientes del iusnaturalismo, y la influencia del pensamiento económico⁴. Es tal su potencia ideológica que suele escaparse a los estudios dogmáticos que la propiedad privada se articula como condición de crecimiento y prosperidad en una determinada coyuntura histórica económica, y en esa lógica se protege y defiende. Su pretendida validez universal puede, por tanto, ser cuestionada a partir de los cambios en las condiciones tecnológicas de producción e intercambio, que en buena medida impugnan algunos elementos sustanciales del canon propietario, como se verá.

El aparato dogmático de la propiedad privada, que termina por volcarse en los códigos decimonónicos, y por supuesto en el Código Civil de Andrés Bello, es receptivo a la idea de una propiedad despersonalizada y desritualizada, y a la vez se basa de manera patente en la idea del derecho de excluir a otros en el ejercicio de los actos propietarios. Bell y Parchomovsky hacen el punto al señalar que, en el marco de la propiedad como sistema de protección del valor, la exclusión de otros permite a su dueño, entre otras cosas, fijar un precio de uso de ese bien objeto de propiedad, lo que en definitiva constituye el

⁴ CORDERO y ALDUNATE, 2008, p. 379.

derecho del dueño a extraer de forma completa el valor de esa propiedad⁵. Macpherson, no obstante, sostiene que la idea de exclusión no siempre fue así de consustancial al derecho de propiedad, y que es el capitalismo el que termina de suprimir la idea de lo común como una forma de propiedad, que había de alguna manera convivido con la propiedad privada en el mundo premoderno. Se dirá, por lo pronto, que aun cuando la dogmática civil otorgue pocas pistas al respecto (y se esfuerce más bien en despolitizar la propiedad en la asepsia que proporciona la ley), la decisión de vertebrar el derecho de propiedad privada a partir de la exclusión, es una de orden político y económico, que se instala mediante un canon jurídico particular. Es el nuevo signo de las relaciones sociales y productivas que surge a fines del siglo XVII, el que acaba por sepultar las formas propietarias comunes⁶. De esta manera, como se verá, es posible establecer un contrapunto entre la propiedad privada que aparece modernamente y el canon comunitario, propio del mundo medieval, con su característica dispersión y fragmentación.

Esta transición en la dogmática de la propiedad, y su avance hacia el derecho subjetivo, es fundacional para la modernidad política y económica, y su vocación hegemónica va a necesitar de una canonización, esto es de su elevación a la mejor forma posible de propiedad. Como se ha argumentado, este proceso va a decantar en dos formas de canon propietario. La primera, que interesa al derecho, es jurídica. Pero detrás de esta se oculta, sin gran disimulo, como se ha venido sosteniendo, un canon económico de la propiedad. En lo que sigue se exploran ambas variantes del canon, bajo la premisa de que deben entenderse en una relación sinérgica: el canon jurídico de la propiedad no es otra cosa que un vector del canon económico.

1. *El canon jurídico de la propiedad*

La propiedad que se compone a partir del pensamiento liberal es, como se ha visto, de cuño exclusivamente privado, y se articula en una oposición a la propiedad común y a las múltiples formas de apropiación que el mundo medieval ofrecía. La variante jurídica del canon es el producto de la universalidad de la ley y se manifiesta en las formulaciones normativas de esta y las reglas que establece para el acceso, el uso y la transferencia de la propiedad. En ese sentido hay que distinguir, con Waldron, entre una noción de propiedad, considerada como reglas de acceso y control de las personas sobre las cosas; y una noción de propiedad privada, comprendida como

“(…) un sistema que asigna objetos particulares, como piezas de tierra, a un individuo particular para que este la use y administre como desee, con exclusión de otros (...) y con exclusión de cualquier otro control minucioso de la sociedad”⁷.

⁵ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005, p. 598.

⁶ MACPHERSON, 1975, pp. 106-107.

⁷ WALDRON, 2016, p. 1.

Es posible, entonces, identificar un canon jurídico de la propiedad privada, que posee rasgos similares, en cualquier momento y lugar donde el sistema capitalista haya hecho su labor colonizadora. Este canon se identifica en poderes específicos que el propietario detenta sobre los bienes y que se establece mediante fórmulas jurídicas concretas y universales en su alcance. En términos simples, la primera acepción de propiedad puede resumirse en las reglas que gobiernan el acceso y el control que las personas tengan respecto de una larga serie de objetos que pueden ser apropiados. Giuliano Martignetti⁸ ha señalado que mediante la etimología de la palabra misma “propiedad” se puede adivinar la relación contrapuesta entre personas y cosas. La noción de propiedad articula una compleja red de relaciones a partir de la pertenencia exclusiva de un objeto a una persona, máxime cuando esta se consagra como un derecho subjetivo. Esta última implicación jurídica es de gran relevancia, pues permite distinguir a la propiedad como un derecho que se opone a otra u otras formas posibles de detentar una cosa material, como es la posesión⁹. Ya se avizora aquí un rasgo distintivo del canon moderno de la propiedad, esto es su carácter de derecho subjetivo oponible a otras personas, uno de los varios poderes que se pueden ejercer en una cosa material y cuya variedad y posibilidades de transacción y aprovechamiento dará más adelante lugar a la teoría de la propiedad como un *bundle of rights* o haz de derechos.

Estos rasgos distintivos ya inducen una concepción de la propiedad como derecho real, oponible a todos los demás que no lo detentan. W. N. Hohfeld¹⁰ desarrolló a comienzos del siglo XX esta idea, al identificar los derechos reales (*in rem*) como aquellos que detenta una persona en contra de una clase amplia e indefinida de personas¹¹. De esta forma, los derechos reales, y siendo la propiedad el más importante de esta clase, no se dirigen en contra de cosas sino en contra de una amplia variedad de personas que cargan con un deber de respetar ese derecho¹². Ahora bien, como Hohfeld reflexiona, esto implica una amplia variedad de posibles relaciones, actuales y futuras. Hohfeld afirma que los derechos *in rem* no implican un solo derecho con un solo deber correlativo. Más bien hay aquí una compleja trama de relaciones compuesta por muchos derechos separados, actuales y potenciales, cada uno de ellos posee un deber correlativo que descansa en una persona o grupo de personas¹³. Ello da origen a relaciones de deberes cuyo contenido varía, y es a la vez una evidencia de la adaptabilidad de los derechos, y en especial del de propiedad, a distintas coyunturas económicas y transaccionales que son esencialmente dinámicas.

⁸ MARTIGNETTI, 2002.

⁹ MARTIGNETTI, 2002, p. 1301.

¹⁰ HOHFELD, 1964.

¹¹ HOHFELD, 1964, p. 72.

¹² Esta idea, por elemental que parezca, permite desarticular una largamente sostenida noción de que existen derechos que se ejercen contra personas específicas (derechos personales, comúnmente llamados créditos); y derechos que recaen contra (o “en”) cosas. Hohfeld sostendrá, en definitiva, la artificialidad de tales distinciones, relevando que las relaciones jurídicas se producen, en suma, entre personas y respecto de estas, variando más bien por una cuestión de escala.

¹³ HOHFELD, 1964, p. 92.

La propiedad se construye, en esta lógica, como un conjunto (de variable complejidad) que el dueño puede ejercer sobre una cosa respecto de todos los no dueños. Esta posición del dueño se construye mediante diversas formas de posicionamiento, expresadas en poderes específicos y transables, amparadas en una compleja red de reglas que van a tener sentido cuando se miran en contextos específicos.

Las bases sociales, económicas y políticas que se establecen en Europa a partir de la Revolución Francesa permiten una configuración específica de la propiedad como derecho subjetivo fundado en la naturaleza de la persona humana¹⁴ que se imbrica con la idea de un sujeto político profundamente moderno, individuado pero a la vez abstracto, destinatario de una norma jurídica general que, a diferencia del privilegio medieval, le dispensa un trato “bajo la denominación del anónimo ‘el que’ o ‘quien’”¹⁵. A partir de esto se ha pretendido construir una visión esencialista de la propiedad a base de una sola forma de articular deberes y derechos sobre bienes, y que ha sido fuertemente influida por el liberalismo político. Es posible, no obstante, encontrar argumentos para desarticular esa posición y, tal vez, ensayar una reconstrucción alternativa de la propiedad.

a) Un haz de derechos

Esta reconstrucción de la idea misma de la propiedad obliga a repasar la contradicción aparente entre una noción esencialista, que la comprende como un solo, único y despótico dominio que un dueño ejerce a su antojo sobre una cosa, y la práctica política y económica de esta. Esta idea va a experimentar una erosión en sus bases conceptuales a propósito de su evolución en el contexto de los sistemas capitalistas en que opera. Esta evolución puede trazarse tanto en la filosofía jurídica de la propiedad y la descomposición conceptual que esta ofrece como en el mismo canon económico de la propiedad, desde un poder de acción sobre una cosa hacia el resguardo del valor económico de esos bienes, y la variedad de usos y posibilidades de aprovechamiento económico de estos, como apuntan Bell y Parchomovsky¹⁶.

Ya se aventuraba, con Hohfeld, la evolución en la dicotomía entre derechos personales y derechos reales y la comprensión de estos últimos como una variedad de relaciones jurídicas entre titulares de derechos y de deberes correlativos. Es preciso, entonces, indagar en los impactos que esta idea va a tener en la reconceptualización de la propiedad y su avance hacia una variedad de formas de ejercer derechos sobre un bien a base de una serie de relaciones jurídicas independientes entre sí y que van a descomponer la noción más unitaria que se construye en los albores del liberalismo. Como se adelantaba, una correcta interpretación de los derechos reales es, para Hohfeld, una que los considera como una más de las distintas formas de derechos que residen en una persona y que

¹⁴ CORDERO, 2008, p. 495.

¹⁵ CORDERO, 2008, p. 497; CORDERO y ALDUNATE, 2008, p. 380.

¹⁶ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005.

están relacionados con deberes correlativos que residen en muchas diferentes personas¹⁷. De esta forma la expresión derechos reales (léase para estos efectos como derechos de propiedad) aluden a una de tantas y múltiples formas de derechos respecto de otros y que no tiene sentido tratar como si fueran una sola. De ahí que Hohfeld denomina la propiedad como un “interés legal” relacionado con un objeto y que consiste en un complejo de derechos agregados, privilegios, poderes e inmunidades¹⁸. Esta variedad de intereses están amparados en la ley, que facilita a su vez ciertas reglas para su aprovechamiento y transferencia, y que se sostienen en la posibilidad de exclusión de otros (todos o algunos).

Estas ideas acerca de la propiedad, fruto de una relectura del positivismo jurídico y de la jurisprudencia analítica norteamericana,¹⁹ poseen el efecto de trazar de modo quizás definitivo la noción unitaria que creció y se hizo fuerte en el auge de la propiedad liberal. Permite, por lo pronto, desentronizar a la propiedad privada como una posición jurídica fundamental y unitaria y comprenderla en realidad como una composición variable de muchas piezas que conducen a muchas relaciones posibles. Estas, como se sostendrá, van a obedecer en los hechos a las distintas formas de aprovechamiento económico de bienes cada vez más diversos. De la misma forma, las ideas de Hohfeld, desarrolladas a principios del siglo XX, tendrán una trayectoria posterior en la ideación del *bundle of rights* que planteó A.M. Honorè, de enorme influencia en la descomposición conceptual de la propiedad. Sobre todo, y como destaca Horwitz, estas ideas tendrán el efecto de sustituir la idea de la propiedad absoluta por una que la mira como una creación social²⁰, estableciendo las bases para una reconfiguración de sus bases.

Honorè define la propiedad como “los derechos legales, deberes y otros incidentes que aplican (...) a la persona que tiene el mayor interés en una cosa que pueda ser admitida por el sistema legal”²¹. La atención está puesta en la noción de la propiedad que denomina *liberal* o completa, que se despliega por medio de varias facultades estándar radicadas de forma copulativa en la persona del propietario. Cualquier arreglo que no contemple esas facultades se considera una versión no liberal del derecho de propiedad privada o una forma modificada de esta. Honorè²² considera la existencia de once *leading incidents* que constituyen, si se quiere, la versión liberal completa de la propiedad: el derecho a poseer, el de usar, el de administrar, el derecho a los réditos de un bien, el derecho al capital y el de la transmisibilidad, son los más relevantes para los efectos de considerar al derecho de propiedad como una piedra angular de un sistema capitalista. De ahí la denominación de *bundle of rights* o haz de derechos que para Honorè constituye la propiedad y cuyas características cardinales se construyen a partir del derecho de

¹⁷ HOHFELD, 1964, p. 95.

¹⁸ HOHFELD, 1964, p. 96.

¹⁹ HORWITZ, 1992, pp. 145-167.

²⁰ HORWITZ, 1992, p. 154.

²¹ HONORÈ, 1993, p. 370.

²² HONORÈ, 1993, p. 370.

excluir a otros en el uso de los bienes, el poder de destrucción de la cosa y la inmunidad ante la expropiación.

Tanto las nociones que avanzaba Hohfeld como la teoría del *bundle of rights* se pueden entender como una respuesta a la conceptualización de William Blackstone de la propiedad como el solo y despótico dominio que una persona puede tener sobre una cosa, y como una subversión de la concepción unitaria de la propiedad que impera en el pensamiento liberal. Corresponde, en ese sentido, a una mirada realista del derecho de propiedad, con tanto valor descriptivo como tuvo en su momento la visión blackstoniana, que logra vencer una noción monolítica y reemplazarla por una de carácter contextual y relacional sin desentenderse completamente del carácter absoluto del dominio²³. La noción misma del haz de derechos mira más bien a una descomposición del derecho de propiedad privada en una serie de poderes que muestran distintos grados de intensidad de control sobre los bienes o, lo que es equivalente, distintas formas de aprovechamiento económico de estos que especifican el dominio despótico, pero sin cuestionarlo. El haz de derechos, como va argumentarse más adelante, refleja distintos posicionamientos jurídicos de una cosa, que relaciona a su dueño con una larga secuencia de “otros” y que es funcional a esos aprovechamientos económicos. Sobre todo, el *bundle of rights* posee la aptitud de socavar esas bases conceptuales de la propiedad, apartándola de la propiedad centrada en la tierra para avanzar hacia la protección de valor económico de los bienes en los que recae²⁴.

Denis R. Johnson²⁵ llama la atención tanto sobre el carácter metafórico del *bundle of rights* como sobre el énfasis de la propiedad privada en una dimensión social: el derecho de propiedad no relaciona solo a una cosa con una persona, sino que primordialmente es una relación entre personas. De esto se va a derivar una consecuencia radical en la concepción de la propiedad: si, en su clásica dimensión liberal, esta servía solo a los propietarios, comprenderla en una dimensión social compromete otra clase de deberes de los propietarios para con su entorno. Pero junto con ello, Johnson muestra que detrás de la noción de *bundle of rights* hay también una crisis de la noción liberal a partir del surgimiento de otras clases de bienes apropiables, en especial los intangibles en los que también podía existir una forma de propiedad y que no funciona de la misma manera que la propiedad sobre la tierra. La abstracción de la propiedad en una serie desmontable de derechos evidencia la crisis de la propiedad clásica haciendo patente su vulnerabilidad y las dificultades de defenderlo²⁶.

La reconceptualización que propone la idea del *bundle of rights* es precisamente una apertura no solo en la dogmática de la propiedad, sino una nueva comprensión de esta

²³ KLINK y PARCHOMOVSKY, 2017.

²⁴ La aparición de nuevas formas de propiedad, especialmente sobre bienes intangibles representativos de un valor económico va a obligar a la jurisprudencia a considerar nuevas formas en que la propiedad puede ser vulnerada o interferida mediante acciones que reduzcan el valor de mercado de esos bienes. Véase en ese sentido a HORWITZ (1992, p. 147).

²⁵ JOHNSON, 2007.

²⁶ HORWITZ, 1992, p. 147.

como una función política que había sido enmascarada de alguna forma por la versión liberal clásica²⁷. En ese sentido, la desintegración de la propiedad privada en varios poderes separables entre sí y disponibles por sí mismos, sirve a un propósito de apertura social de una institución profundamente individualista y conceptualmente unitaria. Esta apertura, y la consolidación de la idea de un derecho descompuesto o desarmado en piezas móviles no está desligada de un contexto social y político específico que afectaba, a mediados del siglo XIX, a EE.UU. Hay en esto una influencia determinante del momento de transición de la economía desde un sistema primordialmente agrario (que coincide con la noción de Blackstone) hacia una economía basada en la información²⁸. Es indudable que el surgimiento de una economía basada en intangibles va a interpelar de modo sustancial a las instituciones claves del capitalismo, que no tardarán en recomponer sus bases conceptuales, y que la idea del haz de derechos va a mostrarse como más adaptada a nuevos condicionamientos económicos de la propiedad. El haz de derechos es, en suma, parte de un canon normativo que acoge de manera mucho más dinámica los diversos intereses que puedan concurrir en bienes que trascienden la economía basada en la tierra.

b) Los elementos del canon propietario

La desintegración de la propiedad privada en una variedad de poderes, separables entre sí, no obsta a considerar que aún en contextos de gran sofisticación dogmática, el derecho de propiedad compone un canon jurídico a partir de dos elementos esenciales: su carácter absoluto y la exclusividad de su ejercicio. Estos dos rasgos, de enorme persistencia, permiten justamente contextualizar a la propiedad privada como pieza clave del desarrollo capitalista y ensayar, más adelante, su crítica. No debe perderse de vista que la formulación que la dogmática jurídica propone para la propiedad no es sino una expresión de una formulación política y económica a la que sirve. Como lo hace Rodotà, es útil explicar la dogmática propietaria a propósito de sus expresiones más significativas: el Código Civil francés, con su artículo 544, representa un punto culmine de esa dogmática individualista, o “la carta fundamental de equilibrio propietario”²⁹. Es aquí donde confluyen en una fórmula prescriptiva propia del derecho, las características capitales de exclusividad y el carácter absoluto del dominio. Sin perjuicio de su relación dialógica, es posible separar su estudio para ensayar una crítica a estos, y partir de estos a la propiedad misma.

Como ya ensayaba William Blackstone a fines del siglo XVIII, la propiedad privada lleva en sí misma el derecho de exclusión, que funciona como un disuasivo a todos los no propietarios, para no intervenir en los actos que el propietario quiera, a su arbitrio, ejercer sobre el objeto de apropiación. A partir de esto, los sistemas jurídicos han construido una

²⁷ JOHNSON, 2007.

²⁸ JOHNSON, 2007, p. 225.

²⁹ RODOTÀ, 1986, p. 101.

dogmática del derecho de propiedad que advierte a los terceros de un deber de abstención respecto de cualquier acto que pueda perturbar el dominio. Douglas y McFarlane han entendido que la particularidad de los derechos de propiedad se entiende no mirando tanto a las facultades que el dominio otorga sino más bien a ese deber de abstención, es decir, a un deber negativo con el que todos los no dueños cargan y que el dueño, titular del derecho subjetivo de propiedad, puede imponer a voluntad a todos esos no dueños. Lo específico de los derechos de propiedad radica en los deberes que todos los demás, como sujeto colectivo, tienen respecto del propietario en relación con el uso de un bien del cual es dueño, y esta es la base del carácter social del derecho de propiedad. Esto, evidentemente, cambia el foco del corazón de los derechos de propiedad y lo traslada desde el sujeto titular de los derechos y las facultades o poderes que le asisten sobre la cosa, hacia los terceros que asumen deberes respecto de ese titular del dominio³⁰.

Aun reconociendo que la exclusión es una característica esencial de la propiedad moderna, es necesario poner de relieve en qué contextos transaccionales específicos es posible afirmarla como un principio inmutable. El análisis de la evolución de los medios de producción es útil para poner en entredicho la premisa fundamental del derecho a excluir como base fundamental de la propiedad privada. En efecto, si se piensa que los derechos de propiedad aparecen modernamente siguiendo la trayectoria del capitalismo y que son funcionales a esta, es preciso concluir que la propiedad en la que piensa la modernidad liberal es la propiedad de la tierra: la exclusión, dotada ahora de contenido, se va a relacionar íntimamente con el aprovechamiento de los frutos de la tierra y una puesta en valor de esta, que ya se anuncia en el pensamiento lockeano. En un principio se podrá comprender la expresión “frutos” de forma literal, y así lo comprende Locke al referirse a los frutos silvestres de la tierra, cuya apropiación es anterior a la de la tierra misma³¹. Pero al poco andar esta idea va a complejizarse notoriamente: la tierra, se descubrirá, no solo produce frutas y verduras que alimentan a las extensas familias que componen el feudo medieval, sino que además (o incluso en vez de) produce renta, también llamada “frutos civiles” en la doctrina del derecho civil. De esta manera la exclusión que conllevan los derechos de propiedad privada va a ampliar su campo de influencia a una larga serie de bienes económicamente valiables que se seguirán de la explotación de la tierra. En la lógica propietarizadora, los cercos físicos ya no funcionarán, y será necesario poner atención a otras formas de afirmar “esto es mío”.

Pero la complejización no termina ahí: la evolución de los medios de producción no va a quedarse por mucho tiempo atada a la tierra. Con el tiempo el ingenio humano va a producir otros bienes, que no estarán sujetos a los límites físicos propios de la tierra y donde las barreras de orden material que permiten que el derecho de exclusión opere, van a desaparecer haciendo de esta un imposible o al menos encareciéndola sensiblemente. No es posible desconocer al derecho de exclusión como un emblema del cambio de paradigma propietario que trae consigo la modernidad y del quiebre con el mundo feudal.

³⁰ DOUGLAS y MCFARLANE, 2013, pp. 220-224.

³¹ LOCKE, 1998, p. 65.

Pero como Rodotà muestra, el análisis debe recorrer otro camino: en este, la propiedad privada va a descender del pedestal en que la filosofía liberal clásica la ha colocado como máxima expresión de la libertad humana y logro político capital en el ascenso de la burguesía, para centrar el análisis en el rol económico que la literatura le ha asignado. En esa línea de estudio, la exclusión aparece mucho más evidentemente ligada a la voluntad de imponer una explotación individual de los medios de producción de bienes escasos, cualquiera sea su naturaleza. Por esta razón las nuevas categorizaciones de bienes que aparezcan en la economía y la forma en que el derecho las reciba, pueden desafiar ese carácter exclusivo/excluyente. Baste señalar, siguiendo a Harold Demsetz, que habiendo costos asociados a la exclusión esta se volverá en algunos casos imposible o muy cara; y en ciertos momentos se convertirá derechamente en una fuente de ineficiencia. Si solo el derecho a excluir puede permitir la explotación de un bien para sí mismo por el dueño, no podrá ya justificarse esa exclusión cuando la posesión y el uso propio no impiden el de terceros, ni el de terceros la propia; si la pradera no es posible de cercar ¿por qué habrían de haber derechos de exclusión sobre ella?³² ³³. La exclusión, en esta lógica, es una contingencia tecnológico-política antes que una esencia de la propiedad misma.

El segundo rasgo dogmático de los derechos de propiedad privada es el carácter absoluto de estos. También este puede rastrearse en la concepción de Blackstone, a la que se ha hecho mención antes, cuando este resalta el carácter despótico con que el dueño está facultado para actuar respecto de lo propio. Este rasgo está también presente en el artículo 544 del Código Civil francés de 1804³⁴, cuando define el derecho de propiedad como “el derecho de gozar y disponer de las cosas del modo más absoluto”. Y en el Código Civil chileno, cuando establece en el artículo 582 que la propiedad es el derecho sobre una cosa para “gozar y disponer de ella arbitrariamente”. Esta expresión del derecho de propiedad evidencia nuevas formas de soberanía, esta vez radicada en la relación sujeto-cosa, e intermediada y posibilitada por un derecho subjetivo del que la ley es fuente y resguardo.

Es oportuno preguntarse aquí, por tanto, cuál es la estructura económica y las bases de intercambios a las que sirve el canon moderno de la propiedad. En ese sentido, asoma con claridad que la disciplina jurídica de la propiedad se construye teniendo en cuenta principalmente la tierra, o la propiedad raíz. Son, como dice Rodotà, esas exigencias, o más bien esas lógicas transaccionales, las que establecen los límites y el carácter de la

³² DEMSETZ, 1964, p. 18; HETTINGER, 1989, p. 35.

³³ No se debe perder de vista el rol que los derechos de exclusión que acompañan el dominio van a jugar en el establecimiento del valor de los bienes en un mercado. Demsetz explica que el sistema de derechos de propiedad privada cumple, en un sistema económico dado, la función de excluir del uso de un bien a quienes que no han pagado por él. Su existencia como derecho subjetivo propio del dominio va a revelar el valor social de esos bienes. Hay a partir de esto una función de valoración de los bienes y servicios que se sigue de la existencia de los derechos de propiedad privada. “El precio de un caramelo es exacto en cuanto a medir el valor social porque refleja la capacidad de cada comprador para controlar el uso de su mercancía adquirida, ya sea para revenderlo, entregarlo a la caridad, para sus hijos o para su propio consumo”. DEMSETZ, 1964, p. 18.

³⁴ Rodotà destaca que el Código Civil francés constituye el punto de arranque de nuevas empresas, tanto dentro como fuera de Francia. No hay duda de que el Código de Bello es una de ellas.

propiedad privada, de manera que el carácter absoluto del dominio obedece también a ello³⁵. Una de las consecuencias de la concepción propietaria moderna es justamente la posibilidad de comprender la propiedad en términos de racionalización de la explotación de la tierra, que resulta más económica en la medida en que el propietario ejerza todas las posibles acciones sobre los bienes³⁶. El carácter absoluto en el ejercicio de los poderes propietarios no solo es una construcción dogmática, sino que sirve a un modo de concebir la economía que pone los acentos en las eficiencias que se derivan de una determinada forma de asignar los derechos de propiedad que concentra poderes absolutos en un solo dueño. Las eficiencias a las que sirve un derecho de propiedad privada absoluto y exclusivo son, con todo, dinámicas, máxime si se considera en contextos de desarrollo tecnológico rápidamente cambiantes.

Si bien el rasgo absoluto de la propiedad está fuertemente anclado en consideraciones económicas, no debe soslayarse el carácter de declaración de principios políticos que lleva implícita. En la genealogía que desarrolla Cordero³⁷ hay una interesante reflexión acerca del establecimiento del artículo 544 del Código Civil francés en que, como se ha visto, el carácter absoluto está concebido en un grado superlativo. Aquí Cordero enfatiza el carácter de cierre epocal que la definición de la propiedad representa, cuando afirma que esta tiene la finalidad de “ratificar la abolición definitiva de cualquier derecho feudal sobre la tierra y legitimar las transferencias de propiedad que se habían producido entre los años 1789 y 1804”³⁸. A partir de esto la propiedad ya no es solo un artilugio dogmático, sino que toma el verdadero carácter de declaración política en el contexto del ascenso del capitalismo. Claro que, como cualquier declaración altisonante, “fruto de la euforia y el entusiasmo”³⁹, la propiedad concebida así no tardará en evidenciar sus límites. No solo los límites materiales, que van a comenzar a aparecer nítidamente: la imposibilidad de un derecho verdaderamente ilimitado se hace más evidente ante la realidad de una vida crecientemente social antes que individual⁴⁰.

³⁵ RODOTA, 1986, p. 121.

³⁶ RODOTA, 1986, p. 114.

³⁷ CORDERO, 2008.

³⁸ CORDERO, 2008, p. 499.

³⁹ CORDERO, 2008, p. 500.

⁴⁰ Para CORDERO y ALDUNATE, 2008, pp. 383-384, el Código francés concibe el carácter absoluto más bien en un sentido histórico que no se contradice con un sistema de libertades de acción subordinado a la ley. Este sistema de límites se articula, en la concepción liberal, en deberes negativos de no hacer, y en el ámbito de los conflictos individuales. Las facultades del Estado de limitar el ejercicio de los poderes dominicales no son distintas de aquellas que le permiten regular el ejercicio de cualquier otra libertad mediante leyes y reglamentos. Esto, para los autores, generaría un flanco donde introducir la idea de “función social de la propiedad”, que extiende las potestades reguladoras “a un ámbito que va más allá del choque de derechos entre particulares (...) permitiendo disponer límites a la propiedad en vistas a la consecución de fines colectivos de carácter positivo (y no de mera protección frente a actos nocivos)”. Sin perjuicio de discutir que la función social de la propiedad sea suficiente para la persecución activa de esos fines, lo cierto es que la comprensión de la propiedad como una libertad más dentro del catálogo que ofrece la filosofía liberal y su respectiva producción normativa, sitúa a este derecho en un lugar bastante más debajo del que el liberalismo le había dado. Al mismo tiempo, el reconocerle otras propiedades o funciones al dominio obedece más que nada a

De ahí que la vida social demande límites y reglas para una convivencia armónica. Aquí la ley representará el primer límite, en tanto fuente primordial de ese derecho subjetivo, como voluntad que se impone a la otra, bajo el amparo de la ley⁴¹. De esta forma la propiedad no tardará en transformarse en el escenario de un conflicto por el establecimiento de límites de orden político a las facultades inicialmente absolutas del *dominus*. En efecto, y a medida que el auge del capitalismo genere legiones de postergados, el tener y el no tener serán las causas de conflictos sociales y políticos en que el interés particular (de los que poseen) colisionará con los que no poseen y con aquellos que se ven perjudicados en algún grado por el ejercicio propietario de los que sí.

Una de las líneas maestras que articula la crisis del absolutismo propietario es el desmembramiento conceptual de la propiedad en varias formas o “propiedades”. Esta idea trasciende de alguna forma la noción de *bundle of rights*, que explica Honoré: ya no se trata solo de que la propiedad se componga de varios poderes propietarios, de cuya suma es el resultado. Más bien se avanza hacia una ruptura de la unidad conceptual de la propiedad, que había sido un rasgo fundante de la noción más clásicamente liberal. Aquí la doctrina civilista va a plantear la idea de una pluralidad de propiedades, reconociendo que los vaivenes de un mundo productivo en permanente cambio van a generar otras clases de bienes y distintos regímenes jurídicos para estos. Será “(...) el término de la era de ‘la propiedad’ y el comienzo de la era de ‘las propiedades’”⁴².

2. *El canon económico de la propiedad privada*

Este estudio sostiene la premisa de que el canon jurídico de la propiedad se construye en una filosofía política concreta y específica a un contexto político y económico, de modo que establece las bases de la detentación e intercambio en una economía dada. Detrás de esa filosofía, adpta a la libertad individual, se esconde un objetivo de orden económico, esto es conducir los bienes de que los hombres y las mujeres se servían, hasta el advenimiento de la modernidad, en una lógica común, hacia su mejor aprovechamiento de modo privado, exclusivo y excluyente. De este modo, la propiedad privada constituye un paradigma de la modernidad, que tanto se asienta en un canon jurídico, expresión de su propia filosofía política, como en una concepción económica en la que los derechos de propiedad privada aparecen como la única forma de obtener el mejor aprovechamiento de bienes escasos.

En ese sentido, si la filosofía liberal ofrece una narrativa acerca de la libertad humana y la organización del poder, ese mismo soporte teórico sirve a la justificación económica de la propiedad. Como señala Carol Rose, la respuesta que la economía clásica pensó para la asignación de la propiedad, remite a Locke, toda vez que distribuye derechos de

una distinta forma de internalizar o externalizar el aprovechamiento de un activo sobre el que se verifican distintas formas de derechos, que no se limitan necesariamente a la forma propietaria. Véase, en ese sentido, a CALABRESI y MELAMED, 1972.

⁴¹ DUGUIT, 1987, p. 27.

⁴² CORDERO, 2008, p. 513.

propiedad que premian el trabajo útil⁴³. Esta respuesta no ha variado significativamente, ni en el transcurso del tiempo ni mediante las sucesivas (y a veces superpuestas) fases del desarrollo capitalista: en la noción lockeana la propiedad nace de un mérito que se premia por medio de la propiedad. Esta idea es posible rastrearla en la economía clásica⁴⁴ y, más adelante, en los paradigmas que el análisis económico del derecho construye (o quizás solo reitera) respecto de la propiedad.

a) Los fundamentos económicos de la propiedad

En general, el análisis económico de la propiedad busca responder la pregunta de por qué asignar derechos de propiedad privada y cómo y a quiénes efectuar esa asignación. Barzel ofrece un punto de partida al articular una versión económica de los derechos de propiedad como la capacidad de un sujeto de consumir una mercancía o los servicios de un activo, ya sea directamente o de forma indirecta mediante su intercambio⁴⁵. En un sentido similar, Shavell refiere, amparado por la propiedad, a dos formas subsidiarias de derechos. Los posesorios, que permiten usar los bienes impidiendo que otros lo hagan; y los de transferencia, que permiten el intercambio de los bienes y su circulación en un mercado⁴⁶. El análisis económico de los derechos de propiedad supera en buena medida las explicaciones de la filosofía política, y por cierto el carácter ficcional del relato lockeano, y permite responder las preguntas desde una perspectiva más bien dinámica, en que ciertas apropiaciones originales tienen lugar en las economías a partir de cambios en las tecnologías de aprovechamiento de bienes y la expansión constante de esas fronteras que el capitalismo permite y fomenta. Barzel ofrece una mirada dinámica a estos procesos, en que los individuos se apropian económicamente de los bienes, los delimitan y con el tiempo confían su protección a un sistema normativo, impuesto por el soberano y más tarde por el Estado⁴⁷. Como se ve, las apropiaciones originarias obedecen a contingencias económicas precisas, que más adelante van a ser objeto (o no) de juridificación. A partir de ese reconocimiento normativo de los derechos de propiedad se va a conformar una relación entre los ciudadanos y el Estado que ha sido de capital importancia en la modernidad. Esa conformación institucional, en tanto *reglas del juego*⁴⁸, determina qué se puede apropiar y cómo hacerlo, para ello provee una larga serie de reglas que se codifican. En esas reglas se asienta una parte fundamental del contrato social y la relación política entre ciudadano y Estado⁴⁹.

⁴³ ROSE C., 2010 b, p. 56.

⁴⁴ Adam Smith consideraba a la propiedad sobre el trabajo de cada uno como la más sagrada e inviolable de las propiedades, y la base de todas las demás propiedades. SMITH A., 1994, p. 182.

⁴⁵ BARZEL, 1997, p. 3.

⁴⁶ SHAVELL, 2004, pp. 9-10.

⁴⁷ BARZEL, 1997, p. 90.

⁴⁸ NORTH, 1993.

⁴⁹ De ahí que la debilidad de los derechos de propiedad produzcan inestabilidades políticas y, como consecuencia, malos resultados en las economías en el largo plazo. ACEMOGLU y JOHNSON, 2005; DE SOTO, 2000.

Como sea, las ideas del análisis económico ensayan justificaciones a este proceso dinámico de apropiación: el sentido común que se viene construyendo se articula en la línea argumental de los incentivos que la propietarización asigna para el mejor uso económico de los bienes. Richard Posner lo pone de manifiesto:

“Los incentivos apropiados se crean parcelando derechos mutuamente excluyentes para el uso de recursos particulares entre los miembros de la sociedad. Si cada parcela de tierra es de propiedad de alguien (...), los individuos tratarán de maximizar el valor de la tierra mediante el cultivo u otros mejoramientos”⁵⁰.

Este punto de vista es fundamental en la explicación que, modernamente, se ha construido para los derechos de propiedad. La maximización del beneficio se produce cuando los intercambios voluntarios, mediados por el contrato, movilizan los bienes desde quienes los valoran menos hacia quienes los valoran más. Las partes que negocian derechos de propiedad formulan soluciones cooperativas de intercambio; a partir de estas se genera un excedente que es aprovechado por los intervinientes de esa operación, de una manera en que el valor de todos los efectos perjudiciales y benéficos de esos bienes va a ser internalizado por las partes de la transacción⁵¹.

A partir de esto, los derechos de propiedad privada se sitúan como una fórmula única de captación de beneficios que compite con otras formas posibles de propiedad. Al igual que en el pensamiento de Locke a fines del siglo XVII, la moderna configuración de los derechos de propiedad parece enfrentarse a la misma dicotomía entre propiedad privada y propiedad común. Como se desprende del trabajo de Harold Demsetz⁵², los derechos de propiedad privada se sostienen en la oposición a la forma comunitaria de propiedad. Mientras los regímenes de propiedad común producen una fuga de recursos y, eventualmente su agotamiento en el pozo sin fondo de lo que siendo de todos no es en realidad de nadie, la propiedad privada maximiza los beneficios para el agregado de la sociedad y hace que esa explotación sea sustentable en el tiempo. Demsetz contribuye a delinear la respuesta a la pregunta de cuándo otorgar derechos de propiedad, sobre la base de las externalidades positivas que estos provocan y que permiten internalizar. Para Demsetz los derechos de propiedad “se desarrollan para internalizar las externalidades cuando las ganancias de la internalización son más altas que los costos de la internalización”⁵³. Esta internalización, en esa lógica, solo puede tener lugar mediante transacciones libres de derechos de propiedad bien definidos. Pero a la vez es el resultado de cambios dinámicos en el valor económico de esos derechos lo que viene a plantear a los derechos de propiedad como una contingencia económico-tecnológica. Son los cambios en las condiciones de aprovechamiento lo que permite, en definitiva, que las internalizaciones tengan lugar,

⁵⁰ POSNER, 2007, p. 69.

⁵¹ COOTER y ULEN, 2008, pp. 119-121; DEMSETZ, 1966, p. 62.

⁵² DEMSETZ, 1967.

⁵³ DEMSETZ, 1967, p. 350.

superando las limitaciones de un régimen de aprovechamiento en comunidad. Este, en toda su premodernidad, impide que los mejores usos internalicen los beneficios, y a la vez fomenta la sobreexplotación que agota los bienes externalizando completamente los efectos negativos⁵⁴.

Es evidente, en ese sentido, que el diseño de los derechos de propiedad está determinado por una mayor o menor presencia de los componentes de derecho subjetivo, con distintas intensidades y coherentes con determinadas funcionalidades económicas. La idea del *bundle of rights*, en tanto descomposición de la propiedad en varios elementos (y a riesgo de su propia desintegración), es útil para ampliar los horizontes económicos del paradigma propietario, comprendiéndolo en el contexto de una variedad de economías, que no siempre responden al canon privatista. Los incidentes que Honoré describe son en definitiva meras manifestaciones del derecho central de disfrutar y proteger el valor⁵⁵.

b) La economía detrás del haz propietario

Estas elaboraciones de la propiedad como un paradigma económico, permiten situar bajo una nueva luz los aspectos más significativos de la propiedad como canon jurídico. En primer lugar los caracteres de exclusión/exclusividad en tanto poderes jurídicos sobre los bienes aparecen dotados de una función económica, en tanto permiten que los bienes sean explotados por un propietario que asume la internalización de costos y beneficios amparado en un derecho de manera individual, dejando fuera todos los no dueños.

Pero de la misma forma, la noción de la propiedad como un haz de derechos es un mecanismo que permite una descomposición de las utilidades económicas que proporciona la propiedad. La abstracción que representa el haz de derecho expresa con claridad una transición de la propiedad concreta, tangible, hacia una forma de proteger el valor de mercado de los bienes⁵⁶, y de las muchas formas en que puede producirse su extracción. Elinor Ostrom y Charlotte Hess⁵⁷ proveen una estructura analítica de esta desintegración de la propiedad, en tanto autoridad concedida u otorgada a una persona o colectivo de individuos para llevar a cabo acciones particulares en dominios específicos. Estos son: el derecho de acceso, el derecho de retirar productos; el de administración o regulación de los recursos; el de exclusión, es decir determinar quién ejerce esos derechos; y el derecho de enajenación (alienación)⁵⁸.

Este último, el más esencial, es el que caracteriza generalmente al derecho de propiedad, o esta suele identificarse más claramente con aquel, de manera que en su ausencia, la propiedad simplemente se podría considerar como mal definida, o inexistente. Pero su importancia es no solo de orden dogmático en la definición de la naturaleza de la propiedad. Al mismo tiempo que el derecho de enajenación es la expresión más completa

⁵⁴ Véase el trabajo de Ronald Coase. COASE, 1992.

⁵⁵ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005, p. 587.

⁵⁶ HORWITZ, 1992, p. 149.

⁵⁷ OSTROM y HESS, 2010.

⁵⁸ OSTROM y HESS, 2010, p. 59.

de los poderes del sujeto sobre los bienes, en él radica la esencia de la economía de la propiedad, pues es esa facultad del dominio la que permite transferir en un mercado los bienes hacia su mejor valoración o hacia su uso más económico. Como afirma Demsetz, el derecho de transferir la propiedad es una condición sustancial para que la internalización de los beneficios sea aprovechada por las partes de la transacción, impidiendo que estos caigan en el pozo de lo común. De ahí que el canon jurídico de la propiedad, y la construcción que la dogmática hace del derecho, resulta funcional al resguardo del valor económico de ciertos bienes, impidiendo que terceros accedan a ese valor.

La propiedad privada aparece en esta perspectiva teórica como un dispositivo de captación de valor⁵⁹ en las distintas formas en que este pueda presentarse.

III. UN HORIZONTE DE CRÍTICA: HACIA NUEVAS TRANSICIONES

Como se ha venido sosteniendo, la propiedad privada es un artefacto jurídico que, antes que dar cuenta de una filosofía acerca de la naturaleza del hombre (y de la mujer, por cierto), articula un sistema económico y social denominado capitalismo, en torno a ciertos modos de poseer la riqueza y aprovechar sus frutos. Estos modos son el epítome de la evolución de formas jurídicas de larga data, que confluyen con un conjunto de cambios de paradigma y son a la vez la llave de la construcción de los que, como recuerda Kuhn, reemplazarán a los antiguos y constituirán nuevas verdades. En esta coyuntura, la forma privada de la propiedad aparece como *el* arreglo que se han dado las sociedades construidas al alero de la modernidad capitalista, casi un sinónimo con la propiedad privada y esta última, a su vez, con la propiedad exclusiva⁶⁰. Esta confusión afecta de manera patente la trayectoria de la idea de propiedad, y de alguna forma es un obstáculo para su evolución.

Una primera trizadura en este dogma, como se ha señalado ya, es la idea del *bundle of rights*, que viene a mostrar que la noción unitaria de la propiedad puede desintegrarse en varios poderes sobre las cosas que traducen distintas formas de aprovechamiento económico, que se van a seguir a partir de cambios en las tecnologías de producción e intercambio. Es, si se quiere, un punto de partida para la crisis propietaria, que se verificará con mucha más fuerza a medida que las contingencias tecnológicas descosifican el capital y sitúan su producción y acumulación en intangibles que no son susceptibles de posesión material. Estos bienes son un espacio de crisis de las estructuras clásicas de la propiedad, que están diseñadas primordialmente para la tierra y sus aprovechamientos.

Una segunda línea de falla intuye, con Waldron⁶¹, que la propiedad privada no es el único arreglo posible, ni la única forma de gobernar la manera en que los hombres y las mujeres se aprovechan de las cosas. Para Waldron hay tres especies de arreglos propietarios

⁵⁹ BELL y PARCHOMOVSKY, 2005.

⁶⁰ MACPHERSON, 1978, p. 2.

⁶¹ WALDRON, 2016.

que una sociedad se puede proporcionar; la propiedad común, en que los bienes están disponibles para todos o algunos de los miembros de la sociedad, garantizando el libre acceso de estos; la propiedad colectiva, en que la sociedad como un todo y mediante sus mecanismos de representación, determina qué destino se dará a qué bienes mediante un proceso de toma de decisiones colectiva. La propiedad privada, en cambio, es

“(...) una alternativa tanto a la propiedad colectiva como a la común. En un sistema de propiedad privada, las reglas de la propiedad están organizadas en torno a la idea de que varios recursos en disputa son asignados a la autoridad decisional de individuos particulares”⁶².

Esto obliga al análisis crítico de los arreglos institucionales que las sociedades de Occidente se han dado para el gobierno de ciertos bienes intangibles que, debido a las contingencias tecnológicas, no son escasos sino abundantes. Hay un universo de bienes en que la disputa por el control de la escasez no es tal, y en que los derechos de propiedad obedecen más bien a una decisión política de conceder su control exclusivo y excluyente mediante la forma propietaria a determinados individuos. Cuando los bienes se vuelven abundantes gracias a las innovaciones tecnológicas, las razones y justificaciones que elabora la filosofía del derecho de propiedad se vuelven débiles y ofrecen un flanco crítico para elaborar nuevos marcos para nuevas formas de aprovechamiento.

Si, como propone Waldron, la propiedad privada es un proceso de toma de decisión colectiva que un grupo humano efectúa y por tanto es un sistema de reglas sociales, no es imposible pensar que esas decisiones puedan reescribirse a partir de la subversión del canon que se desarrolla, buscando otras formas de propiedad que no necesariamente son privadas. La función de la propiedad, como señala Martignetti⁶³, consiste en una posición que esta adopta dentro del sistema social y económico capitalista, en donde su función va a ser bien distinta de aquella que en otros momentos ha cumplido y de aquella o aquellas que pueda cumplir en el futuro. Dicho de manera llana, allí donde la propiedad, en su forma privada, sirvió los intereses del naciente capitalismo, puede mañana cumplir la tarea de servir los intereses de sectores específicos de la sociedad. La función de la propiedad privada alude fundamentalmente al rol de esta como medio de asignación de recursos en una economía y, por tanto, en el control de la distribución del poder y de las retribuciones en una sociedad dada. La propiedad se transforma en un valor compartido en todo el espectro social y por tanto legitimado por este en su conjunto⁶⁴. La propiedad privada es algo que todos los componentes de una sociedad dada concuerdan respetar, pero que a la vez todos anhelan obtener por los medios que la ley contempla. Para ello, la construcción que la dogmática propone traza con claridad

⁶² WALDRON, 2016, p. 3.

⁶³ MARTIGNETTI, 2002.

⁶⁴ MARTIGNETTI, 2002, pp. 1305-1306.

líneas que delimitan las distintas formas en que un bien puede ser detentado y usado: la propiedad privada es, de entre varias, la que mayores poderes puede ofrecer a su titular.

Pareciera, no obstante, que los demás arreglos posibles en torno a la forma en que las personas se apropian de las cosas y se sirven de ellas, han quedado eclipsados por el imperio de la propiedad privada, que se ha inscrito en los sistemas de derecho privado como única forma posible de abordar la relación cosa-persona⁶⁵. Ugo Mattei afirma, en esa lógica, que uno de los productos de los cercamientos de tierras a finales de la Edad Media fue precisamente el establecimiento de un paradigma propietario binario que “coloniza enteramente el imaginario, agotan el ámbito de lo público y lo privado en una suerte de juego de suma cero”⁶⁶ ¿Qué posibilidades ofrece el futuro de la propiedad? No es necesario, tal vez, mirar hacia adelante, sino más bien hacia atrás. Es en las formas premodernas y plurales de propiedad donde radican las claves para reconstruir un canon propietario no privatista que sirva a economías que transitan hacia los intangibles y a sociedades que miran hacia lo plural y lo colectivo como forma de organización. Esta relectura política de la propiedad tendrá, sin duda, un impacto significativo en la construcción de un canon que, como si de un juguete de plástico se tratara, puede desdoblarse y ofrece un número variable de formas.

BIBLIOGRAFÍA

- ACEMOGLU, Daron y JOHNSON, Simon, 2005: “Unbundling Institutions”, *Journal of Political Economy* 113, 5, pp. 949-995.
- BARZEL, Yoram, 1997: *Economic Analysis of Property Rights*, Cambridge UP, Cambridge.
- BEAUD, Michel, 1984: *Historia del Capitalismo, de 1500 a nuestros días*, 1ª edición en español, Traducido por Manuel Serrat Crespo, Barcelona, Ariel.
- BELL, Abraham y PARCHOMOVSKY, Gideon, 2005: “A Theory of Property”, *Cornell Law Review* 90, 3, pp. 531-615.
- CALABRESI, Guido y MELAMED, Douglas, 1972: “Property Rules, Liability Rules and Inalienability; One View of the Cathedral”, *Harvard Law Review* 85, 6, pp. 1089-1128.
- COASE, Ronald, 1992: “El Problema del Costo Social”, Editado por Centro de Estudios Públicos, *Estudios Públicos*, 45, pp. 81-134.
- CORDERO, Eduardo, 2008: “De la Propiedad a las Propiedades: La Evolución de la Concepción Liberal de la Propiedad”, *Revista de Derecho* de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXI, pp. 493-525.
- CORDERO, Eduardo y ALDUNATE, Eduardo, 2008: “Evolución Histórica del Concepto de Propiedad”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, XXX. Pp. 345-385.
- COOTER, Robert y ULEN, Thomas, 2008: *Derecho y Economía*, Traducido por Eduardo L. Suárez, Mexico DF, Fondo de Cultura Económica.

⁶⁵ En el mismo sentido véase a ROSE C., 1994; ROSE C., 2000. En especial, en este último texto, la autora presenta una nueva categorización de los derechos de propiedad que desarma, y vuelve armar, las habituales formas de comprender la propiedad a partir de los ejes anticomún-común/colectivo-individual.

⁶⁶ MATTEI, 2013, pp. 50-51.

- DE SOTO, Hernando, 2000: *El Misterio del Capital*, Traducido por Mirko Lauer y Jessica Mc Lauchlan, Lima, Perú, El Comercio de Lima.
- DEMSETZ, Harold. 1967. "Toward a Theory of Property Rights", *The American Economic Review* 57, 2, pp. 347-359.
- DOUGLAS, Simon, y MCFARLANE Ben, 2013: "Defining Property Rights", en James Penner y Henry Smith (editores), *Philosophical Foundations of Property Law*, Oxford, UK, Oxford University Press, pp. 219-243.
- DUGUIT, Leon, 1987: *Las Transformaciones Generales del Derecho Privado desde el Código de Napoleón*, Traducido por Carlos Gonzalez Posada, Valparaíso, Chile, EDEVAL.
- HETTINGER, Edwin, 1989: "Justifying Intellectual Property", *Philosophy & Public Affairs*, 18, 1, pp. 31-52.
- HOHFELD, W.N., 1964: *Fundamental Legal Conceptions*, New Haven, Yale University Press.
- HONORÉ, A.M., 1993: "Ownership", en Patricia Smith (editora), *The Nature and Process of Law: An Introduction to Legal Philosophy*, New York, Oxford University Press, pp. 370-375.
- HORWITZ, M. (1992). *The transformation of American Law, 1870-1960: the crisis of legal orthodoxy*. Oxford, U.K.: Oxford University Press.
- JOHNSON, Denise R., 2007: "Reflections on the Bundle of Rights", *Vermont Law Review*, 32, 2, pp. 247-272.
- KLICK, Jonathan, y PARCHOMOVSKY, Gideon, 2017: "The Value of the Right to Exclude: An Empirical Assessment", *University of Pennsylvania Law Review* 165, 4, pp. 917-966.
- LOCKE, John, 1998: *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*, Barcelona, Altaya.
- MACPHERSON, Crawford, 1975: "Capitalism and the Changing Concept of Property", en Eugene Kamenka y R.S Neale (editores), *Feudalism, Capitalism and Beyond*, Canberra, Australian University Press, pp. 104-124.
- MACPHERSON, Crawford, 1978: *Property: Mainstream and Critical Positions*, Toronto, University of Toronto Press.
- MARTIGNETTI, Giuliano, 2002: *Propiedad*, en Norberto Bobbio, Nicola Matteucci y Gianfranco Pasquino (editores), *Diccionario de Política Vol. 2*, México D.F., Siglo XXI, pp. 1300-1317.
- MATTEI, Ugo, 2013: *Bienes Comunes. Un Manifiesto*, Traducido por Gerado Pisarello, Madrid, Trotta.
- NORTH, Douglass C., 1993: *Instituciones, Cambio Institucional y Desempeño Económico*, 1ª Edición en Español, Traducido por Agustín Bárcena, México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- OSTROM, Elinor, y HESS Charlotte, 2010: *Private and Common Property Rights*, en Boudewijn Bouckaert (editor), *Encyclopedia of Law and Economics*, Vol. 5, Northampton, Massachusetts, Edward Elgar Publishing Limited, pp. 53-106.
- POLANYI, Karl, 1992: *La Gran Transformación; Los Orígenes Políticos y Económicos de Nuestro Tiempo*, Primera edición en español, Traducido por Eduardo L. Suarez. México D.F., Fondo de Cultura Económica.
- POSNER, Richard. 2007: *El Análisis Económico del Derecho*, Traducido por Eduardo Suarez, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- RODOTA, Stefano, 1986: *El Terrible Derecho: Estudios sobre la Propiedad Privada*, Traducido por Luis Díez-Picazo, Madrid, Civitas.
- ROSE, Carol, 2010: "Las Contribuciones de la Economía al Derecho de Propiedad", en Carol Rose, *El Derecho de Propiedad en Clave Interdisciplinaria*, traducido por Lucas Grosman, Buenos Aires, Fundación Universidad de Palermo, pp. 55-73.
- ROSE, Carol, 1994: *Property & Persuasion: essays on the History, Theory, and Rhetoric of Ownership*, Boulder, Colorado, EE.UU, Westview Press.
- SHAVELL, Steven, 2004: *Foundations of Economic Analysis of Law*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press of Harvard University Press.

- SMITH, Adam, 1994: *La Riqueza de las Naciones*, Primera Edición de Bolsillo de 1994, Tercera Edición de 2011, Séptima Reimpresión de 2017, Traducido por Carlos Rodríguez Braun, Madri, Alianza.
- WALDRON, Jeremy. 2016: "Property and Ownership". En Edward Zalta (editor), *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Metaphysics Research Lab, Stanford University. <https://plato.stanford.edu/archives/win2016/entries/property/>.

Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno

*Diego Pardo Álvarez**

“El punto central no es quién hace la ley, sino lo que debe hacerse para solucionar los problemas de la gente”.

Iván Aróstica

Ministro del Tribunal Constitucional de Chile¹

RESUMEN

La Constitución Política atribuye competencia al Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de proyectos de reforma constitucional. La noción de una reforma constitucional inconstitucional apela a la existencia de límites jurídicos de la potestad de reforma constitucional. Este artículo descarta varias alternativas de justificación e interpretación de los límites de la potestad de reforma constitucional y favorece, en cambio, una lectura restrictiva formal de tales límites como los únicos compatibles con los principios de la democracia y de la soberanía popular. Esta interpretación restrictiva tiene una enorme significación para la comprensión de la potestad de reforma constitucional en tiempos de redefinición constitucional.

Potestad de reforma; Reforma constitucional inconstitucional; soberanía

The limits of the constitutional amending power in Chilean constitutional law

ABSTRACT

The Chilean Constitution puts under the Constitutional Court's jurisdiction the review of constitutional amendments. The notion of an unconstitutional constitutional amendment appeals to

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Georg-August-Universität Göttingen, Alemania. Profesor Asistente, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5869-7133>. Correo electrónico: diego.pardo@uai.cl

Investigación realizada en el contexto del proyecto FONDECYT de iniciación en investigación n° 11200291 “Creación y reforma constitucional mediante reglas de la mayoría calificada”, del que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 12.4.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

¹ Consignadas por el desconcierto. <https://www.eldesconcierto.cl/nacional/2021/04/27/fallo-del-tc-ministro-arostica-enciende-las-alarmas-en-la-moneda-por-el-10-y-habla-de-posible-inhabilitacion-de-brahm.html>.

the existence of legal limits to the constitutional amending power. This article discards several alternatives of interpretation of the constitutional amendment's limits and favors, instead, a formal, restrictive reading of such limits as the only ones compatible with the principles of democracy and popular sovereignty. This restrictive interpretation has enormous significance for understanding the amending power in times of constitutional change.

Amending power; Unconstitutional constitutional amendment; sovereignty

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA: EL ENIGMA DE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional de Chile declaró recientemente “inconstitucional una ley de reforma constitucional”². Esta enigmática noción, como ya reconoce el propio tribunal, podría tener un sentido trivial o uno paradójico. Trivial, porque una reforma de la ley constitucional es siempre contraria a la propia ley constitucional. Si la potestad de reforma es una potestad jurídica que permite agregar, modificar o derogar disposiciones constitucionales, puede –por definición– contradecir lo dispuesto por las disposiciones constitucionales reformadas. Luego, declarar una reforma constitucional inconstitucional equivaldría a afirmar que una reforma de la Constitución cambia la Constitución: una tautología, un razonamiento siempre correcto y, por tanto, trivial.

Para no serlo, toda declaración de inconstitucionalidad de una reforma constitucional tendría que asumir como presupuesto la existencia de una o de un conjunto de normas que limiten la propia potestad de reforma. No por contradecir la ley constitucional que pretende reformarse –eso sería trivial–, sino por contradecir *este* conjunto de normas que actúa como límite de la potestad de reforma, podría declararse “inconstitucional” una reforma constitucional. Limitar la potestad de reforma supondría, luego, la existencia de normas de jerarquía superior a las normas contenidas en las disposiciones constitucionales. El alegato de inconstitucionalidad corre el riesgo, entonces, de devenir paradójico. O más bien, de conducir a un dilema: o la Constitución es suprema, y por tanto la potestad de reforma contenida en ella no se encuentra sujeta a límites; o la potestad de reforma se encuentra sujeta a límites, y por tanto la Constitución no sería suprema: existiría una supra-Constitución³.

Los enigmas que plantea la noción de inconstitucionalidad de la potestad de reforma, sin embargo, no implica considerar todo alegato de inconstitucionalidad de una reforma constitucional paradójico, incoherente o carente de sentido. De hecho, el propio art. 93 n° 3 CPR otorga competencia al Tribunal Constitucional para resolver “sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de (...) reforma constitucional”. Asimismo, algunas cortes constitucionales han impuesto límites constitucionales a la potestad de reforma, y conspicuos teóricos

² Considerando 4º de la sentencia del Tribunal Constitucional 9797-20.

³ Este es el razonamiento expuesto por ROSS, 1969, *passim*. Al respecto, HENRÍQUEZ y LAMBETH, 2015, *passim*; PARDO-ÁLVAREZ, 2017, pp. 92-99.

de derecho constitucional han defendido esta idea. La pregunta, luego, requiere de una problematización a nivel teórico y a nivel jurídico-constitucional: ¿cuál es el sentido que, en el sistema constitucional chileno, podría atribuirse a la competencia del Tribunal Constitucional para resolver las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de reforma constitucional?

Mucho puede entenderse en un contexto de redefinición constitucional de la consideración teórica de la competencia para revisar la constitucionalidad de la reforma constitucional. El presente trabajo provee de una interpretación restrictiva del art. 93 n° 3 CPR a base de una consideración sistemática de los principios de la democracia y de la soberanía popular de los arts. 4 y 5 CPR. Para emprender esa tarea se propone, en primer lugar, una revisión sinóptica de las teorías que postulan límites de la potestad de reforma constitucional (II). Esta revisión permitirá operar mediante reducciones al absurdo: se descartarán aquellas construcciones que resulten en una interpretación injustificada del art. 93 n° 3, a la luz tanto de su tenor literal como de algunos elementos básicos y centrales de teoría constitucional y del sistema constitucional chileno (III). A base de esta crítica, en tercer lugar, se podría concluir que la interpretación más razonable del sistema constitucional chileno radica en considerar que bajo el título del art. 93 n° 3 solo son controlables los límites expresos de la potestad de reforma⁴ y los límites sustantivos provenientes del tenor literal del art. 5° inc. 2° de la Constitución, siempre *bajo el presupuesto y en la medida en* que la potestad de reforma sea entendida como expresiva de la soberanía popular (IV)⁵. En la conclusión se indica la significación que tiene la posible función de control de constitucionalidad de la potestad de reforma constitucional, de forma que esta indagación teórica sea, *mutatis mutandis*, generalizable a otros contextos constitucionales.

II. CLASIFICACIONES DE LAS LIMITACIONES DE LA POTESTAD DE REFORMA CONSTITUCIONAL

Para comprender la competencia de control de constitucionalidad respecto de los proyectos de reforma constitucional es imprescindible observar la intensa discusión acerca de los límites a la potestad de reforma en el derecho extranjero. Las diversas construcciones que han postulado límites a la potestad de reforma constitucional pueden ser clasificadas en tres categorías.

⁴ Esta ha sido la postura tradicional de la doctrina constitucional chilena, aunque ha sido defendida siguiendo un razonamiento distinto al aquí por propuesto. Por todos, véase ZÚÑIGA, 2004; HENRÍQUEZ, 2011.

⁵ Aproximaciones críticas al principio de la soberanía popular se encuentran en los siguientes trabajos: VINX (2013), pp. 101-114; DUKE (2017), *passim*; VINX (2018), pp. 12-17; DYZENHAUS (2012), *passim*, y especialmente pp. 253-258. Cada uno cuenta con referencias adicionales. No resulta necesario dar cuenta de la extendida literatura crítica del principio de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo en la represente reconstrucción dogmática de la competencia del Tribunal Constitucional chileno, en la medida en que ambos principios son considerados aquí primariamente como principios constitucionales, no en cambio como principios teórico-políticos.

En primer lugar, dependiendo del origen o de la fuente de la limitación, puede hablarse de límites *preconstitucionales*, de límites *supraconstitucionales* y de límites *intraconstitucionales* de la potestad de reforma. Tanto los límites preconstitucionales como los supraconstitucionales representan límites externos a una Constitución. Los límites preconstitucionales se emplazan no sobre, sino al nivel del poder constituyente del pueblo⁶: esta categoría plantea la existencia de límites conceptuales inherentes a la potestad de reforma constitucional. Los límites supraconstitucionales, en cambio, se emplazan por sobre un sistema constitucional determinado: al ser superiores, pretenden valer no solo como límites de la potestad de reforma constitucional, sino sobre todo como límites axiológicos del poder constituyente del pueblo y de la soberanía popular⁷. Los candidatos usuales a este último respecto son el derecho natural y el derecho internacional de los derechos humanos.

Los límites intraconstitucionales se caracterizan por ser internos a un sistema constitucional determinado y por ser no de rango superior sino de igual rango que la Constitución. Los ejemplos más conocidos son las cláusulas pétreas presentes en la Ley Fundamental alemana y la doctrina de la “estructura básica de la Constitución” desarrollada por la Corte Constitucional india⁸. A diferencia de los límites supraconstitucionales, que se encuentran en manifiesta tensión con el principio de la soberanía popular y con el poder constituyente del pueblo, los límites intraconstitucionales solo cuentan como limitaciones de la potestad de reforma⁹: pretenden valer no como límites del poder constituyente del pueblo, sino al contrario, como expresión de su debido reconocimiento.

Una segunda clasificación depende de la existencia o no de la formulación específica de la limitación. Las limitaciones de la potestad de reforma pueden ser clasificadas en este sentido en explícitas e implícitas¹⁰. Limitaciones *explícitas* son aquellas expresamente establecidas en la Constitución. Limitaciones *implícitas*, en cambio, son aquellas construidas interpretativa, deductiva o culturalmente, mas no a base de una formulación constitucional expresa. Esta clasificación puede ser combinada con la clasificación anterior. Podría postularse, por ejemplo, que una limitación explícita supraconstitucional serían los tratados de derechos humanos ratificados por Chile –si ellos se interpretan como superiores al derecho constitucional doméstico–. Limitaciones explícitas intraconstitucionales son, en cambio, las cláusulas pétreas. Como limitación implícita supraconstitucional suele postularse el derecho natural¹¹. Una limitación implícita intraconstitucional sería, en cambio, la teoría de la “identidad constitucional” de Carl Schmitt y las doctrinas de la estructura básica desarrolladas por algunas cortes constitucionales.

⁶ BÖCKENFÖRDE, 2000, representa ya un *locus classicus* en la materia.

⁷ TAPIA, 2008, pp. 129-136.

⁸ De las cláusulas pétreas, véase el reciente trabajo de SUTEU, 2021, pp. 89-168.

⁹ BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 177-179.

¹⁰ ALBERT, 2019b, pp. 139-174; ROZNAI, 2017, pp. 15-70.

¹¹ Del rol de la fórmula de Radbruch en la evolución del Tribunal Constitucional federal alemán, véase RUTHERS, 2016, pp. 58-72.

Por último, en consideración a su sentido normativo, las limitaciones de la potestad de reforma pueden clasificarse en limitaciones formales y limitaciones sustantivas (o de “fondo”). Las limitaciones *formales* regulan la forma (la competencia y el procedimiento) que debe observar la potestad de reforma constitucional. Las limitaciones *sustantivas*, en cambio, regulan los aspectos materiales o de contenido de que no pueden ser reformados por la potestad. Por cierto, esta distinción también es combinable con las otras dos señaladas anteriormente. Que en Chile la reforma constitucional deba realizarse, por ejemplo, con el voto favorable de los tres quintos de los diputados y senadores en ejercicio constituye un límite de forma, expreso e intraconstitucional. El reconocimiento de “los tratados de derechos humanos firmados por Chile y que se encuentren vigentes” como límites de la soberanía por el art. 5 inc. 2° de la Constitución podría constituir, en cambio, un límite sustantivo, expreso y supraconstitucional¹².

III. INTERPRETACIONES INJUSTIFICADAS DEL ART. 93 N° 3 CPR

Esta clasificación puede ser usada en un sentido negativo: como una forma de descartar posibles interpretaciones del art. 93 n° 3 que, ya sea por el tenor literal, ya sea por criterios sistemáticos o teóricos, deben ser consideradas inadecuadas. En concreto, la competencia otorgada por el art. 93 n° 3° CPR al Tribunal Constitucional no lo autoriza a hacer valer ni límites supraconstitucionales (ni implícitos ni expresos), ni límites preconstitucionales (ni sustantivos ni procedimentales) ni límites intraconstitucionales implícitos (ni formales ni sustantivos) contra la potestad de reforma establecida en los arts. 127 a 129 CPR.

1. *Los límites supraconstitucionales son incompatibles con la democracia y la soberanía popular (arts. 4 y 5 inc. 1° CPR)*

Declarar inconstitucional una reforma constitucional tiene cierto aire paradójico, al menos para una concepción positivista del derecho. Pues las condiciones positivas de inconstitucionalidad se encuentran en la propia ley constitucional: ellas pueden también ser reformadas. Los límites constitucionales de la potestad de reforma constitucional, luego, se encontrarían siempre a disposición de la misma potestad de reforma constitucional. Un límite a disposición de la potestad limitada no representa límite efectivo alguno. Esto plantea un dilema: o la potestad de reforma no se encuentra sujeta a límites, o existe una o un conjunto de normas superiores a la propia Constitución —que yace fuera del alcance de la potestad de reforma— que establece sus límites. A juicio de Alf Ross este dilema constituye un puzle para el positivismo¹³. Otros, en cambio,

¹² Véase *infra*, IV.

¹³ Puzle que él resuelve con un límite interno implícito: la propia regla de reforma constitucional sería inderogable. Véase Ross, 1969, *passim*.

desconocen el dilema abrazando uno de sus extremos: habría límites supraconstitucionales de la potestad de reforma constitucional¹⁴. En su formulación presecular, estos límites supraconstitucionales de la potestad de reforma fueron conceptuados como derecho natural¹⁵; el derecho internacional de los derechos humanos recoge su contenido¹⁶. El apoyo normativo en la Constitución de 1980 a esta construcción se encontraría en el art. 5 inc. 2° CPR.

Un problema central tanto del derecho natural como de los derechos humanos es la imprecisión de su contenido y la inestabilidad subsecuente de su aplicación¹⁷. Esos problemas conspiran contra la posibilidad de que se erijan como límites efectivos de la potestad de reforma constitucional. No solo porque el derecho natural y el derecho internacional, al menos cuando su indefinición y abstracción resulta extrema, contrarían la comprensión del derecho como un sistema social predecible, sino también porque dificultan la comprensión del derecho como un sistema de normas basado en una determinación político-democrática anterior a, y separada de, su aplicación¹⁸. La abstracción e imprecisión del derecho internacional de los derechos humanos –elementos también predicables del derecho constitucional– abonan la tesis según la que un tribunal que los haga valer en contra de la potestad de reforma constitucional podría ser acusado de “juristocracia”¹⁹. La determinación judicial del derecho constitucional al que conducen se encuentra en evidente tensión con el art. 4 CPR.

Pero los déficits más significativos de esta construcción son conceptuales. Los supuestos límites supraconstitucionales de la potestad de reforma son conceptualmente incompatibles con la comprensión del orden constitucional como una expresión de la soberanía popular y del poder constituyente del pueblo²⁰. Esto resulta del todo evidente en la (ya minoritaria) elevación del derecho natural como límite implícito-sustantivo de la potestad de reforma constitucional²¹. Menos clara, aunque también existente, es tal relación de incompatibilidad en el caso del derecho internacional de los derechos humanos²². El art. 5 inc. 1° CPR establece que “la soberanía reside esencialmente en la

¹⁴ El mismo Kelsen, 2017), pp. 559-591.

¹⁵ Referencias en ROZNAI, 2017, pp. 72-82.

¹⁶ En general, con más referencias, ROZNAI, 2017, pp. 82-102. Referencias en Chile pueden encontrarse en VERDUGO, 2013, pp. 299-304. A esta conclusión arriban también los estudios que siguen la línea del *global constitutionalism*. Por todos, véase KUMM, 2004; KUMM, 2016, con más referencias. El *global constitutionalism* desconoce en general la relevancia del principio de la soberanía popular, por lo que no representa una postura cuyo rendimiento sea significativo para una reconstrucción dogmática de la competencia del Tribunal Constitucional bajo la Constitución chilena vigente.

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, 1991, pp. 81-91.

¹⁸ MAUS, 2018, pp. 227-249; ROZNAI, 2017, p. 80. Véase también LANDAU, DIXON y ROZNAI, 2019, pp. 60-68. En Chile, VERDUGO, 2013, pp. 309-311.

¹⁹ Término acuñado por HIRSCHL, 2004. Véase RÜTHERS, 2016, pp. 38-57 acerca de las limitaciones de la dogmática jurídica para controlar el activismo judicial del tribunal constitucional alemán.

²⁰ TAPIA, 2008, pp. 133-134.

²¹ BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 177-180.

²² Al respecto, COLÓN-RÍOS, 2014, *passim*.

Nación". Si en la Nación (léase: en el pueblo) reside la soberanía, entonces en ella reside también su principal atributo: el poder constituyente. Luego, conforme con la misma definición constitucional, la potestad de reforma constitucional vale como una forma de expresión y de ejercicio de la soberanía. ¿Cómo podría entonces el pueblo o la Nación ser soberano (ser autónomo) en el permanente proceso de autolegislación constitucional y, a la vez, encontrarse limitado (de manera heterónoma) por el derecho internacional o los derechos naturales? Si la soberanía reside esencialmente en la Nación, como declaran apodícticamente los arts. 5 inc. 1º y 135 inc. 3º CPR, entonces sus límites no pueden ser externos al derecho doméstico. No al menos en la medida en que pueda ofrecerse una interpretación alternativa de los límites de la potestad de reforma que reconozca su compatibilidad con el principio de la soberanía popular.

La práctica internacional evidencia este monismo moderado²³. La pregunta por los límites de la reforma constitucional se orienta a la determinación de las razones por las que un ejercicio de la potestad podría ser declarado nulo o inválido. Ni el derecho natural²⁴ ni el derecho internacional²⁵ de los derechos humanos, sin embargo, constituyen un requisito normativo de validez de una reforma constitucional. Que un acto legislativo pueda ser contrario al derecho natural o al derecho internacional no conlleva su invalidación: el derecho internacional puede servir para afirmar la "irregularidad" de una decisión constitucional, mas no su invalidez²⁶. Así, el derecho internacional de los derechos humanos no provee de una respuesta a la pregunta por los límites jurídicos de la potestad de reforma constitucional. Y, por cierto, si los derechos que emanan de la naturaleza humana fueran un límite supraconstitucional del poder constituyente del pueblo y de la potestad de reforma constitucional, entonces su revisión por el Tribunal Constitucional sería incompatible con el tenor literal del art. 93 n° 3. Pues el derecho internacional de los derechos humanos no deja describirse como una "cuestión de constitucionalidad" si son concebidos como una limitación superior, y por tanto externa, al orden constitucional doméstico²⁷.

Los derechos humanos pueden, desde luego, limitar la potestad de reforma constitucional. Pero interpretar los derechos humanos como si se trataran de un límite externo supraconstitucional resulta incompatible con el principio de la soberanía popular y de la república democrática. Para evitar esa interpretación asistemática de las limitaciones, debe asumirse que el art. 5 inc. 2º CPR establece una internación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho doméstico²⁸. Esto implica que, analíticamente, para valer, los límites que emanan del derecho internacional de los derechos humanos no pueden ser considerados límites supraconstitucionales. La única forma en que estos

²³ "Monismo moderado" conforme con Díez-PICAZO, 2006, p. 28.

²⁴ ROZNAI, 2017, p. 81-82.

²⁵ Díez-PICAZO, 2006, pp. 25-30.

²⁶ Así también lo reconoce TAPIA, 2008, pp. 129-134. Acerca de las razones que subyacen a esta diferencia, HALTERN, 2007, pp. 75-97.

²⁷ *Infra*, III, 3.

²⁸ ROZNAI, 2017, pp. 89-100.

límites sean compatibles con el principio de la soberanía popular es interpretándolos como límites intraconstitucionales explícitos (*infra*, IV).

2. *La teoría del mandato como postulación de límites preconstitucionales*

Los límites preconstitucionales tienen su asiento natural en el poder constituyente del pueblo: un ejercicio del poder constituyente del pueblo no deja describirse como tal si no satisface sus condiciones constitutivas²⁹. ¿Es posible considerar, en paralelo, que la potestad de reforma constitucional también se encontraría sujeta a condiciones constitutivas preconstitucionales? ¿Existe un concepto de potestad de reforma constitucional anterior a su consagración en un sistema constitucional? En principio la respuesta debiera ser negativa. La potestad de reforma “no es obvia en sí misma”³⁰: es una potestad constituida; su existencia depende de su configuración constitucional. El concepto de reforma constitucional no configura, en principio, límites conceptuales o inmanentes en una dimensión preconstitucional³¹.

Ahora bien, los límites preconstitucionales de la potestad de reforma podrían no ser constitutivos, sino derivarse de su relación externa, de mutua exclusión, con el poder constituyente del pueblo. En la teoría constitucional de Schmitt, los elementos de la “identidad y continuidad de la Constitución como un todo” representarían límites sustantivos de la potestad de reforma constitucional. Por plantear un ejemplo polémico, el art. 1 inc. 3° de la Constitución, según el que “la familia es el núcleo fundamental de la sociedad” no podría ser derogado mediante una reforma constitucional, si se asumiera (como probablemente haría Schmitt) que dicha declaración corresponde a la identidad constitucional chilena³². Aparentemente por esta vía Yaniv Roznai ha defendido la existencia de límites conceptuales, inmanentes, de la potestad de reforma constitucional. La potestad de reforma, sostiene, no puede “ser usada con el objeto de destruir la Constitución” ni sus “principios básicos”³³. Ella debe actuar, “como cualquier otra institución de gobierno, de buena fe”³⁴.

Roznai elabora estos límites preconstitucionales de la potestad de reforma a partir de la comprensión de la relación entre potestad de reforma constitucional y poder constituyente del pueblo como una de *mandato*: los límites de la potestad de reforma valdrían, en su elaboración, como una protección del mandante —el poder constituyente— ante la

²⁹ BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 176-177. Acerca de los límites implícitos del poder constituyente del pueblo y de la soberanía popular, véase también STANCEY (2016).

³⁰ SCHMITT, 1957, p. 102.

³¹ A pesar de los argumentos que intentan vincular los conceptos de reforma, enmienda y el inglés *amendment* a cierto contenido semántico que excluiría la sustitución y la destrucción de una Constitución. ROZNAI, 2017, pp. 154-156, reconoce los límites de ese argumento.

³² Un ejemplo en la misma dirección se encuentra en BERNAL, 2013, p. 350, quien considera que sería parte de la identidad constitucional de la Constitución de Colombia la institucionalización de un sistema de democracia deliberativa (p. 356).

³³ También SCHMITT, 1957, p. 103.

³⁴ ROZNAI, 2017, pp. 141-144.

posibilidad de que el mandatario –la potestad de reforma– se extralimite³⁵. Roznai, en otras palabras, reinterpreta el límite político que representa la identidad constitucional en Schmitt como una exclusión de competencias de las potestades constituidas *vis-à-vis* el poder constituyente. Ciertos aspectos básicos del orden constitucional no se encontrarían al alcance de la potestad de reforma porque fueron decididos por, y permanecen bajo, la autoridad del poder constituyente del pueblo³⁶. Esta inversión democrática de la teoría de Schmitt supone sin embargo una noción distinta, normativizada y no política, del poder constituyente –una noción en las antípodas de Schmitt–. Esta visión normativizada, adicionalmente, exhibe con claridad su déficit explicativo en el caso de las constituciones impuestas. La comprensión de la potestad de reforma constitucional como mandataria del poder constituyente es inadecuada como base para la elaboración de límites preconstitucionales.

La relación de mandato construida por Roznai se compone de dos aspectos: competencias separadas y vinculación de intereses³⁷. Solo bajo este segundo aspecto una limitación de las competencias del mandatario puede evidenciar el reconocimiento y protección de la agencia del mandante: el poder constituyente define y configura la identidad constitucional; los mandatarios –los poderes constituidos– reconocen, mediante la sujeción a sus límites, la autoridad del mandante, del poder constituyente. En leyes constitucionales impuestas, sin embargo, la construcción de Roznai arriesga asumir, sin demostrar, la continuidad de intereses entre la potestad de reforma y quienes, usurpando el poder constituyente del pueblo, redactaron la ley constitucional. En Chile, por ejemplo, existe un riesgo evidente de que la identidad constitucional haya sido políticamente configurada por la Junta, no por el pueblo. ¿Por qué entonces la potestad de reforma democrática tendría que someterse a los designios de quien, *manu militari*, impuso la ley constitucional de 1980? ¿Cómo debe actuar la potestad de reforma, en el ejemplo, frente a la declaración constitucional a favor de la familia tradicional, si se le entiende como mandataria del poder constituyente? Dos posibilidades emergen: o la potestad de reforma reconoce al captor del poder constituyente del pueblo (a la Junta) sometién dose a una identidad constitucional apócrifa; o la potestad de reforma se autocomprende en cambio como mandataria no del captor sino del genuino poder constituyente del pueblo.

La primera respuesta es la única compatible con la comprensión de la potestad de reforma como mandataria del poder constituyente: la Junta decidió que la familia fuera “el núcleo fundamental de la sociedad” chilena; y a la potestad de reforma no cabe sino ejecutar esa identidad constitucional, sin modificarla. Las dificultades políticas de esta alternativa son por cierto múltiples. Implica, por de pronto, sujetarse a un ejercicio antidemocrático del poder constituyente, poniendo asimismo contra la pared a la potestad de

³⁵ Este razonamiento ya estaba presente en MORESO, 1991, pp. 202-208. Esto supone atribuir al pueblo una agencia doble, separada, entre creación constitucional y legislación constituida, siguiendo el modelo que CARRÉ DE MALBERG, 2011, pp. 113-119, atribuye a Estados Unidos.

³⁶ Véase también LANDAU, DIXON y ROZNAI, 2019, pp. 54-57.

³⁷ GARGARELLA, 2021, pp. 381-385. Las aporías de esta “teoría de la delegación de la soberanía” ya fueron explicadas por HAURIU, 2013, pp. 76-89.

reforma: como alternativa a la decisión de la Junta Militar quedaría solo la revolución³⁸. A la segunda respuesta, en cambio, subyace una comprensión democrática del poder constituyente del pueblo y una relación no de sospecha, sino de continuidad, entre el poder constituyente del pueblo y la potestad de reforma³⁹. Sin embargo, implica adoptar un concepto normativo de poder constituyente: la potestad de reforma se encuentra sometida a límites derivados no desde la decisión política (fáctica) acerca del régimen general de la unidad política y el orden social de un Estado⁴⁰, sino al contrario, desde el reconocimiento (normativo) debido a un “genuino” poder constituyente del pueblo⁴¹.

El caso límite de las constituciones impuestas muestra que a la elaboración de Roznai subyace una comprensión normativa de mandante constituyente. Normativa hasta el punto en que su manifestación política efectiva –la identidad constitucional– deviene irrelevante. Así, hablar en este contexto de mandante y mandatario, cuando el mandante es interpretado desde un punto de vista normativo-ideal, no tiene ni sentido metafórico ni rendimiento explicativo alguno. De hecho, la propia noción de identidad constitucional se vacía de contenido político: ahora por identidad constitucional habría de entenderse lo que la mejor teoría democrática del poder constituyente considera irreformable; y la ley constitucional sería apenas un indicio, para nada concluyente, de tal genuina identidad constitucional⁴². ¿Qué sentido podría tener aquí hablar del poder constituyente como mandante? Al fin y al cabo, la potestad de reforma debería someterse a límites democráticos, no a la voluntad de mandante alguno. El caso límite, pero común, de constituciones impuestas, muestra que en la elaboración de Roznai la potestad de reforma deja de ser mandataria del pueblo y termina siéndolo del liberalismo democrático. Tal liberalismo podría ser para algunos deseable, pero ciertamente se encuentra en tensión con la propia noción de poder constituyente del pueblo que Roznai dice defender.

La construcción de límites preconstitucionales de la potestad de reforma a base de la construcción de una relación de mandante y mandatario entre poderes constituidos y poder constituyente adolece de un déficit explicativo. Consecuente sería en realidad, al menos para el caso chileno, considerar que precisamente la *falta* de limitación de la potestad de reforma expresa el mandato del genuino poder constituyente del pueblo *contra* la decisión tomada por los militares cuando usurparon el poder. Una interpretación del art. 93 n° 3 CPR que pretenda ser autoconsciente del déficit político-constitucional

³⁸ TUSHNET, 2018, p. 319, con más referencias. ELKINST *et al.*, 2009, pp. 99-103, puntualizaron como factor de riesgo para la supervivencia y estabilidad de las constituciones la alta rigidez de los procedimientos de reforma constitucional.

³⁹ Véase *infra*, V.

⁴⁰ En la célebre definición de SCHMITT, 1957, pp. 3-5.

⁴¹ La adopción por Roznai de esta posible consecuencia puede apreciarse también en ROZNAI, 2018, pp. 380-383.

⁴² Precisamente esto explica que la teoría del mandato de Roznai pueda extenderse, también en las antípodas de Schmitt, a la realización de un control procedimental implícito no de la potestad de reforma, sino ya del propio proceso de creación constitucional. En esta dirección, véase LANDAU, DIXON y ROZNAI, 2019, pp. 55-57.

chileno no puede concluir que la potestad de reforma debe respetar límites sustantivos derivados de su condición de mandataria del poder constituyente del pueblo. Para elaborar límites implícitos de la potestad de reforma debe encontrarse otro fundamento.

3. *El control de límites implícitos como contradicción performativa*

La tensión política entre los límites constitucionales de la potestad de reforma y el poder constituyente del pueblo se expresa en la comprensión del rol que cumplen las cortes y tribunales constitucionales al hacerlos valer. Roznai considera que el control de constitucionalidad de los límites de la potestad de reforma podría entenderse adecuadamente también a base de la distinción entre poder constituyente primario –el mandante– y poderes constituidos secundarios –el mandatario–. Roznai reproduce aquí, sin divergencia alguna, la comprensión estándar del control de constitucionalidad de la legislación ordinaria. Esta equivalencia muestra que su concepto de poder constituyente se encuentra en exceso normativizado: es un poder constituyente en sentido normativo –una competencia–, no en cambio una magnitud política real⁴³. Pero incluso esta concepción normativizada del poder constituyente del pueblo (como mandante normativo-ideal) muestra que un tribunal que hace valer límites implícitos de la potestad de reforma constitucional arriesga incurrir en una “contradicción performativa”: hacer valer límites implícitos de la potestad de reforma resulta contrario a los presupuestos de legitimidad del control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional.

Este punto puede ser explicado con un argumento casi inofensivo aducido por Roznai. En los pasajes en que expone la teoría del mandato como fundamento de los límites de la potestad de reforma constitucional, Roznai argumenta que uno de los límites implícitos a los que estaría sometida la potestad de reforma sería la imposibilidad de promulgar cláusulas pétreas. Considérese, como ejemplo, que el art. 4 CPR, que establece que “Chile es una república democrática”, es reconocido como parte de la identidad constitucional chilena. Roznai considera que la teoría del mandato implica que la potestad de reforma *no tiene permitido* establecer que el art. 4 CPR sea inderogable. Pues tal decisión equivale a una reducción (reflexiva) de las competencias de la potestad de reforma constitucional (del mandatario); decisión que, siguiendo su argumento, corresponde exclusivamente al poder constituyente del pueblo (al mandante)⁴⁴. Así, a su juicio, si la potestad de reforma establece una cláusula pétrea estaría actuando *ultra vires* –incluso cuando con su actuar se *profundice* la identidad constitucional democrática–.

El argumento de Roznai, luego, parece afirmar que el único competente para determinar los límites de la potestad de reforma constitucional es el poder constituyente del pueblo. De hecho, bajo el argumento de Roznai el pueblo es tan quisquilloso y receloso de su autoridad constituyente, que incluso no permite que la potestad de reforma

⁴³ Acerca de esta distinción, BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 162.

⁴⁴ Este ejemplo muestra, por de pronto, que Roznai elabora una teoría de la “delegación”, no de la “investidura”, respecto de la potestad de reforma constitucional. En relación con esta distinción, véase HAURIU, 2013, pp. 87-99.

profundice la identidad constitucional. Pero entonces ¿por qué la potestad de reforma tendría que obedecer límites implícitos *elaborados* por el Tribunal Constitucional? El Tribunal Constitucional, por cierto, es también una potestad constituida y delegada. Roznai podría asumir que en los sistemas que contemplan el control de constitucionalidad de la potestad de reforma habría no uno sino dos mandatos: uno, a favor de la potestad de reforma, para llevar a cabo el plan del poder constituyente; otro, a favor del Tribunal Constitucional, para proteger las competencias del poder constituyente originario frente al primero⁴⁵. Pero incluso bajo el modelo de los dos mandatos el aire paradójico no se disipa. ¿Cómo puede, sin contradicción, el Tribunal Constitucional elaborar límites *implícitos* de la potestad de reforma *en pos de proteger la competencia exclusiva* que tiene el poder constituyente para establecer los límites de la potestad de reforma? Si el pueblo constituyente se asume quisquilloso contra la potestad de reforma, también lo será frente al Tribunal Constitucional. El Tribunal Constitucional no puede elaborar límites implícitos de la potestad de reforma sin atribuirse la competencia exclusiva del pueblo para establecer prohibiciones de reforma y sin incurrir, así, en el mismo actuar *ultra vires* que atribuye a la potestad de reforma constitucional. La única manera, al contrario, de entender la competencia del Tribunal Constitucional como un mandato de protección ante el riesgo de actuar *ultra vires* de la potestad de reforma es restringiendo su actuar a limitaciones explícitas intraconstitucionales.

4. *El procedimiento democrático como límite implícito*

Lo mismo ocurre, por cierto, con la postulación de límites preconstitucionales procedimentales de la potestad de reforma. En esta variante de la tesis de la existencia de límites implícitos de la potestad de reforma, las condiciones constitutivas del poder constituyente del pueblo podrían devenir no limitaciones sustantivas, sino limitaciones procedimentales. Ellas buscarían garantizar la existencia del poder constituyente y de la deliberación constitucional como procedimiento democrático de formación de la voluntad colectiva. Este tipo de limitaciones no suponen, como las anteriores, una relación de exclusión entre el poder constituyente y la potestad de reforma. Al contrario, también son predicables cuando se asume una relación de continuidad entre ambas nociones. Pues ella se erige sobre la permanente autoconfiguración del pueblo por medio de las diferentes instancias de la deliberación constitucional. La permanente autoconfiguración democrática del pueblo no debería poder ser víctima del ejercicio abusivo de la potestad de reforma constitucional por parte de grupos políticos que, bajo determinada coyuntura, la tengan a disposición⁴⁶.

⁴⁵ Esta distinción entre dos mandatos es propia del modelo estadounidense de relación entre poder constituyente del pueblo y legislación. Así, MAUS, 2018, p. 217.

⁴⁶ DIXON y LANDAU, 2015, pp. 611-614, 623-638. Ambos autores han defendido la idea de un *democratic minimum core* como eventual limitación del cambio constitucional y de la reforma constitucional. También, DIXON y LANDAU, 2016, pp. 275-285; LANDAU, 2013, pp. 231-239. También discutida ha sido la postura de Carlos Bernal para el caso colombiano. BERNAL, 2013, *passim*, y en particular pp. 350-357. BERNAL, 2019,

Desde luego, un partido político o una “mayoría circunstancial” no debería inhabilitar al pueblo y devenir dictadura. Esta podría ser una buena razón para incluir disposiciones explícitas que inhiban esta eventualidad. Pero, al igual que en el argumento anterior, la construcción de estas limitaciones implícitas no deja implementarse sin contradecir la propia voluntad que se dice defender. El argumento de la soberanía popular como procedimiento obliga a los tribunales constitucionales a ser muy deferentes con la decisión político-legislativa expresada en la regulación de la potestad de reforma constitucional. Pues la única razón pertinente que resta para declarar inconstitucional una reforma constitucional —expresión legislativa que “tiene a su favor la presunción de razón”—⁴⁷ sería que el procedimiento de reforma seguido es insuficiente como expresión del proceso permanente de autoconfiguración soberana del pueblo. Si un Tribunal Constitucional, echando mano a criterios procedimentales implícitos, decide declarar inconstitucional una manifestación formalmente correcta de la potestad de reforma, es decir, una reforma que respeta todas sus condiciones positivas de validez, entonces estaría elevando su propia autoridad para determinar el procedimiento democráticamente correcto por sobre la autoridad del poder constituyente encarnada en su determinación constitucional del procedimiento de formación de la voluntad colectiva.

Con razón entonces un Tribunal Constitucional que defiende límites implícitos por sobre la observancia del procedimiento explícito de reforma constitucional puede ser acusado de “juristocracia”. Pues si a juicio del Tribunal Constitucional el procedimiento de reforma establecido en la Constitución es insuficiente para expresar la voluntad del pueblo, entonces tendría que concluir que la regulación constitucional del procedimiento de reforma constitucional es deficitaria desde el punto de vista de la deliberación constitucional. Su parecer al respecto se posicionaría por sobre el procedimiento validado (*ex hypothesis*) por el poder constituyente del pueblo: el procedimiento establecido y observado por el propio pueblo para formar su voluntad colectiva sucumbiría ante la imagen que el Tribunal Constitucional elabora del mismo⁴⁸. Una postulación semejante de límites procedimentales preconstitucionales arriesgaría, así, incurrir en la misma contradicción

elabora con detalle su postura acerca de los límites conceptuales del poder constituyente del pueblo. Para el caso chileno, VERDUGO, 2019, pp. 216-218 ha promovido que el Tribunal Constitucional chileno asuma la tarea de “hacer valer una doctrina restringida de limitaciones de la reforma constitucional a base de fundamentos sustantivos”, en el caso en que la reforma constitucional tenga por sentido “revertir los logros democráticos de la era postautoritaria”. Tal doctrina, afirma Verdugo ahora en el plano dogmático, “no es incompatible con el derecho constitucional chileno”. También véase POEHLS y VERDUGO, 2021, pp. 274-288. El presente trabajo difiere: el control de límites implícitos por parte del Tribunal Constitucional se encuentra en tensión con el principio de la democracia (art. 4 CPR) y de la soberanía popular (art. 5 CPR); la afirmación dogmática de Verdugo no considera estas disposiciones constitucionales. Además, afirma que la Constitución chilena “no distingue expresamente entre límites procedimentales y sustantivos de la reforma constitucional”, sin mencionar que el art. 93 n° 3 se refiere expresamente a las cuestiones de constitucionalidad que se susciten “durante la tramitación” de la reforma constitucional. Esta postura, luego, carece de un apoyo textual en la Constitución Política de Chile. Un correcto contrapunto puede encontrarse en HENRÍQUEZ, 2021.

⁴⁷ HABERMAS, 2005, p. 601.

⁴⁸ Esta afirmación observa lo expuesto en los considerandos 10 a 12 de la sentencia del Tribunal Constitucional 272 de 1997 del Tribunal Constitucional chileno.

performativa: su propio actuar sería contrario a sus condiciones de legitimidad. El Tribunal Constitucional reclama legitimidad por el hecho de haber sido establecido por el poder constituyente del pueblo; pero esa misma legitimidad es rechazada cuando antepone su propio criterio al del poder constituyente del pueblo para establecer la regulación correcta del procedimiento de reforma constitucional.

5. *La determinación jurisprudencial de una identidad constitucional como contradicción performativa*

Las doctrinas constitucionales desarrolladas por las cortes constitucionales de India y de Colombia son, a diferencia de la teoría del mandato de Roznai, genuinas continuadoras de la teoría constitucional de Schmitt⁴⁹. Erigen, por vía jurisprudencial, una “identidad constitucional” que atribuyen a una decisión del pueblo en ejercicio de su poder constituyente originario. Esta identidad constitucional se encontraría determinada por ciertas características constitucionales que —ahora en abierta traición a sus raíces schmittianas—⁵⁰ incluyen en general elementos del constitucionalismo liberal (reflexivamente también incluyen la revisión judicial)⁵¹. La potestad de reforma, en permanente estado de sospecha por suplantación, no podría alterar “esta estructura básica” —esa identidad constitucional—. Para cambiarla se requeriría necesariamente un nuevo ejercicio de poder constituyente originario⁵².

Esta construcción fue adoptada también por el Tribunal Constitucional chileno, de una forma carente de sofisticación argumentativa e ignorando el origen espurio de la Constitución de 1980⁵³. Pero incluso sus formulaciones más avanzadas adolecen de problemas conceptuales. Su presupuesto es correcto: los poderes constituidos no pueden suplantar al poder constituyente del pueblo. Pero este poder constituyente se manifiesta en una decisión constitucional que, *ex hypothesi*, contiene una delegación a favor de las potestades constituidas en orden a modificar la Constitución. Aquí entonces emerge

⁴⁹ Acerca de estas teorías, SUTEU, 2021, pp. 126-144; ALBERT, 2019a, *passim*; ROZNAI, 2017, pp. 42-70; ARATO, 2017, pp. 404-411. En relación con el caso colombiano, RAGONE, 2021, pp. 99-115.

⁵⁰ Por supuesto, Schmitt no estaría de acuerdo con la posibilidad de que un tribunal pueda erigirse como “guardián de la Constitución”. Al respecto, SCHMITT, 1985, pp. 36-48; una exposición de la polémica entre KELSEN y SCHMITT en Grimm, 2020, pp. 9-28.

⁵¹ ARATO, 2017, p. 407; RAGONE, 2021, pp. 115-123. La legitimidad del Tribunal Constitucional supone, sin embargo, la posibilidad siempre abierta de modificar sus competencias mediante una reforma constitucional. Al respecto, MÖLLERS, 2019, pp. 329-333; HOHNERLEI, 2020, pp. 139-143. Los elementos para esta afirmación ya eran parte de la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional: en el considerando 36° de la sentencia del Tribunal Constitucional 46, de 1987, el Tribunal afirma que “si se aceptara la ilegitimidad [de la Constitución de 1980] también el Tribunal, creación de esta Constitución, sería un órgano jurídicamente inhabilitado para dictaminar”. Esta afirmación implica que en la autocomprensión del Tribunal Constitucional su legitimidad depende de haber sido establecido por, y estar a disposición de, el poder constituyente del pueblo.

⁵² En Colombia esta jurisprudencia es conocida como la “doctrina de la sustitución”. Al respecto, y acerca de la transformación del examen procedimental en uno sustantivo, RAGONE, 2021, pp. 101-115.

⁵³ Sentencia del Tribunal Constitucional 9797-20.

un dilema: o se considera, como en Schmitt, que la Constitución escrita es una mera expresión imperfecta de la genuina voluntad constituyente⁵⁴; o se considera que no puede identificarse un poder constituyente sino solo por vía de su decisión constituyente⁵⁵. Si se elige esta segunda alternativa del dilema, hipostasiar jurisprudencialmente una identidad constitucional en contra de la formulación explícita adoptada por el poder constituyente del pueblo constituye, ya en sus propios términos, un “acto soberano apócrifo”⁵⁶. Pues no es compatible con el reconocimiento de la decisión del poder constituyente del pueblo erigir una identidad constitucional *implícita*, esto es, *sobre el silencio* de la Constitución al respecto⁵⁷. La única vía de reconocer al poder constituyente como la genuina expresión de la voluntad soberana del pueblo consiste en sujetarse estrictamente a su decisión adoptada en la Constitución.

Solo bajo la primera alternativa es posible, al contrario, hipostasiar una identidad constitucional implícita sobre el silencio de la Constitución. Desde luego, construir esta identidad constitucional siempre es posible desde una perspectiva teórico-constitucional. Mas su juridificación, y peor aún, por vía jurisprudencial, implica una traición⁵⁸. No es verosímil considerar que la voluntad del poder constituyente se respeta ignorando los silencios que decidió conservar en la Constitución. El precio que una corte o Tribunal Constitucional debe pagar al elegir la alternativa de Schmitt es alto. Estaría, desde luego junto a Schmitt, relativizando el sentido normativo de contar con una Constitución escrita⁵⁹. Pero no solo eso: estaría, por vía jurisprudencial, desvinculando al poder constituyente del pueblo de su decisión constituyente, erigiendo una identidad constitucional sustantiva por sobre la decisión contenida en la ley constitucional y elevándose como el guardián de dicha identidad constitucional contra los otros poderes representativos constituidos, incluido el electorado. Con ello, prospectivamente, estaría informando a todo nuevo ejercicio de poder constituyente del pueblo que su decisión constitucional originaria sería, en rigor, un mero elemento, y no el más relevante, para determinar la genuina identidad constitucional del pueblo⁶⁰. Así, el Tribunal Constitucional –protegiéndose reflexivamente de la potestad de reforma constitucional– estaría informando al soberano que la única forma de recuperar las competencias que se atribuye es mediante una revolución.

⁵⁴ En Schmitt la voluntad constituyente del pueblo solo puede ser expresada de manera genuina mediante la *akklamatio*. Véase SCHMITT, 1957, pp. 238-251.

⁵⁵ Acerca de la significación social de la adopción del positivismo, véase LUHMANN, 1983, pp. 141-154.

⁵⁶ ARATO, 2017, pp. 404-405, plantea en este sentido que la construcción de una doctrina de la estructura básica de la Constitución representa ya un cambio fundamental de la estructura básica de la Constitución. RUTHERS, 2016, pp. 103-138, sarcásticamente, considera la interpretación constitucional del Tribunal Constitucional un ejercicio inconstitucional de la potestad de reforma constitucional.

⁵⁷ MAUS, 2011, pp. 48-57; pp. 62-72.

⁵⁸ Fundamental, BÖCKENFÖRDE, 2000, pp. 176-180.

⁵⁹ En la teoría constitucional de Schmitt la propia ley constitucional también puede ser contraria a la Constitución. Al respecto, MAUS, 2011, p. 130; pp. 128-134; también MAUS, 2018, pp. 220-226.

⁶⁰ Un reflejo de estos presupuestos se encuentra expuesto en ALBERT, 2019a, pp. 135-138.

El art. 93 n° 3 de la Constitución de Chile establece como atribución del Tribunal Constitucional “resolver las cuestiones sobre constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos (...) de reforma constitucional”. Por las razones expuestas no puede interpretarse dicha atribución como referida a limitaciones implícitas de la potestad de reforma. No solo porque el tenor literal usado –“cuestiones sobre constitucionalidad”– las excluye. Sino sobre todo porque dichos límites preconstitucionales o intraconstitucionales implícitos no pueden, sin una perversión completa de su naturaleza, ser puestos en vigor por una potestad constituida como el Tribunal Constitucional. El art. 7 inc. 2° establece que ninguna magistratura podrá atribuirse otras competencias que las que *expresamente* haya sido establecida por la Constitución y las leyes. Así como el “expresamente” vale para la potestad de reforma constitucional, vale también para el Tribunal Constitucional. Reconocer competencia en el art. 93 n° 3 CPR en orden a elaborar un catálogo de límites implícitos de la potestad de reforma constitucional se encuentra en tensión con el principio de la soberanía popular del art. 5 inc. 1° CPR y con el de la democracia del art. 4 CPR. Una interpretación de los límites constitucionales de la potestad de reforma que no incurra en contradicciones performativas y que no plantee tensiones constitucionales es, luego, una alternativa más plausible.

IV. LOS LÍMITES DE LA POTESTAD DE REFORMA EN EL SISTEMA CONSTITUCIONAL CHILENO

Hasta aquí se han presentado solo resultados negativos respecto del problema interpretativo que subyace a la competencia otorgada al Tribunal Constitucional para controlar la constitucionalidad de la reforma constitucional. Conforme con lo expuesto, esta competencia no puede significar una aplicabilidad directa –sin mediación positiva del derecho doméstico– ni del derecho natural ni del derecho internacional de los derechos humanos. Tampoco esta disposición deja interpretarse como una competencia para hacer valer límites implícitos de la potestad de reforma, sean preconstitucionales o intraconstitucionales; sean procedimentales o sustantivos. Todas estas interpretaciones se encuentran en tensión con los principios de la democracia y de la soberanía popular. Resta como alternativa para dar sentido a la competencia del Tribunal Constitucional analizar si, y en qué medida, los límites intraconstitucionales explícitos de la potestad de reforma constitucional son compatibles con los principios de la democracia y de la soberanía popular. El análisis de esta posibilidad, luego, es extensible a otros contextos constitucionales contruidos sobre ambos principios.

1. *Los límites explícitos, intraconstitucionales y formales*

En términos por entero triviales, el art. 93 n° 3 CPR otorga competencia al Tribunal Constitucional en orden a controlar la constitucionalidad formal de la potestad de reforma constitucional. Este límite expreso procedimental es de suma significación para la democracia y la soberanía popular. Existe, sin embargo, la permanente tentación de

elaborar límites explícitos intraconstitucionales a partir del art. 5 inc. 2° CPR. Bajo la fórmula “los derechos que emanan de la naturaleza humana”, la Constitución igualaría, en esta lectura, el lugar de los derechos constitucionales con aquellos derechos contenidos en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes para efectos de limitar el ejercicio de la soberanía que representa la potestad de reforma constitucional. En este sentido, y sin aún determinar el contenido preciso de esta limitación, es claro que se trata de un reconocimiento de límites intraconstitucionales de la potestad de reforma. Esa es una decisión que, en teoría, fue tomada por el pueblo soberano. Y, también es una decisión que, en teoría, vale en la medida en que no ha sido modificada por el propio pueblo soberano⁶¹.

Una primera posibilidad consiste en interpretar las disposiciones referidas por el art. 5 inc. 2° CPR como normas de *competencia negativa*⁶². En este caso, no podrían ser derogadas las disposiciones que consagran los derechos mencionados en el art. 5 inc. 2° CPR –buena parte del art. 19 CPR, por ejemplo–: el art. 5 inc. 2° cumpliría la función de *norma precludendi* respecto de la potestad de reforma constitucional⁶³. Esta lectura formal o procedimental del posible límite establecido en el art. 5 inc. 2°, sin embargo, no es de recibo. Primero, por una razón de tenor literal: la disposición se refiere al “respeto de tales derechos”, no en cambio a la imposibilidad de reformarlos. El tenor literal del art. 5 inc. 2° se encuentra ciertamente reñido con una interpretación que lo dote de un sentido equivalente a una cláusula pétrea como la contemplada en el art. 79 inc. 3° de la Ley Fundamental alemana. Pues el art. 5 inc. 2°, de acuerdo con su tenor literal, no protege disposiciones formales específicas, sino derechos subjetivos específicos. Asimismo, adicionalmente, esta interpretación del art. 5 inc. 2° como norma de competencia negativa es inverosímil por una razón sistemática: el art. 127 inc. 2° CPR permite expresamente la reforma de los capítulos I y III de la Constitución, sin excluir los arts. 5 y 19 CPR. Luego, el art. 5 inc. 2° no puede funcionar como regla de competencia negativa si la reforma al art. 19 CPR o al propio art. 5 CPR se encuentra expresamente permitida.

Interpretar el art. 5 inc. 2° como un límite de forma de la potestad de reforma constitucional, de manera tal que pueda ser hecho valer por el Tribunal Constitucional mediante el art. 93 n° 3 CPR adolece también de un déficit analítico (como pone de relieve el puzzle de Ross)⁶⁴: se estaría atribuyendo al art. 5 inc. 2° el carácter de límite supraconstitucional de la potestad de reforma constitucional si –ignorándose los argumentos anteriores– se considerase que impide que ella *tenga por objeto las disposiciones* que consagrarían “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana”. Si se tratase

⁶¹ MAUS, 2011, pp. 367-371. Nótese, en consecuencia, que las teorías acerca de la limitación de la potestad de reforma que parten de la base de una relación de tensión o de mutua exclusión con el poder constituyente del pueblo –como la teoría del mandato de Roznai o como la teoría de la “identidad constitucional”– no tienen una base de apoyo explícito en el art. 5 CPR.

⁶² En relación con la función objetiva de las normas de derechos fundamentales como “competencia negativa”, ver PIEROTH y SCHLINK, 2012, p. 24.

⁶³ Respecto de esta función de *norma precludendi*, por todos, ITURRALDE, 1998, p. 195.

⁶⁴ Véase *supra*, I y III.1.

de un límite supraconstitucional, entonces el art. 93 n° 3 no podría estar refiriéndose al art. 5 inc. 2° cuando adopta la fórmula “cuestiones de constitucionalidad”. Esta posición se ve, así, sometida a un dilema: el art. 5 inc. 2° o bien representa un límite intraconstitucional o bien uno supraconstitucional. Si se trata de un límite intraconstitucional, entonces no puede entenderse de un modo formal-procedimental —como normas de competencia negativa—; si se trata de un límite supraconstitucional procedimental, entonces no puede entenderse como una cuestión de “constitucionalidad” controlable por el Tribunal Constitucional conforme con el art. 93 n° 3 CPR.

2. *Los límites explícitos, intraconstitucionales y sustantivos*

El art. 5 inc. 2°, luego, no impide en sentido formal una reforma constitucional que *tenga por objeto* los numerales del art. 19 CPR. No impide siquiera su derogación expresa, desde un punto de vista formal. Una posibilidad adicional para evitar esta conclusión sería interpretar el art. 5 inc. 2° CPR como un límite intraconstitucional *sustantivo* de la potestad de reforma constitucional⁶⁵. Bajo esta interpretación, los “derechos que emanan de la naturaleza humana” no podrían ser vulnerados por la potestad de reforma constitucional. Central para la cuestión de constitucionalidad sustantiva del Tribunal Constitucional sería, luego, determinar que una reforma constitucional *no respeta* los derechos que emanan de la naturaleza humana.

Esta formulación es por cierto abiertamente nebulosa. Pues ¿podría acaso la potestad de reforma *vulnerar* derechos que emanan de la naturaleza humana? Una interpretación *laxa* de esta cláusula implicaría que cualquier ejercicio de la potestad de reforma constitucional que pudiera reducir (o “retroceder” en) el contenido normativo de las disposiciones que consagran “los derechos que emanan de la naturaleza humana” sería inconstitucional. El art. 93 n° 3 permitiría, así, al Tribunal Constitucional declarar inconstitucional toda regulación constitucional que pudiera implicar tal reducción: paradigmáticamente, la derogación de una disposición o la dictación de una norma contraria a una norma de derechos fundamentales, pero también una reducción de su contenido o incluso la mediación a nivel constitucional de un conflicto entre principios. La cláusula “los derechos que emanan de la naturaleza humana” constituiría en este sentido un límite material en manos del Tribunal Constitucional para controlar, sin parámetro alguno, cualquier ejercicio de la potestad de reforma constitucional —en abierto desconocimiento de su “dignidad” en tanto expresión de la soberanía popular—.

Bajo una interpretación alternativa del art. 5 inc. 2°, no *laxa* sino *estricta*, se reconoce la dignidad de la potestad de reforma, no se confunde disposición con objeto de protección ni se interpreta el art. 93 n° 3 como si careciera de parámetro alguno de control. Bajo esta interpretación estricta, un ejercicio de la potestad de reforma tendría que representar, en sí, una vulneración del objeto de protección de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana para poder ser declarado inconstitucional a base del art. 5 inc.

⁶⁵ Esta distinción en ALBERT, 2019b, pp. 218-222.

2° en relación con el art. 93 n° 3 CPR. Desde luego, la posibilidad de que por vía del ejercicio de la potestad de reforma no sean respetados los derechos que “emanan de la naturaleza humana” resulta *prima facie* exigua⁶⁶. Esto es sin embargo una ventaja de la interpretación estricta: ella reconoce el lugar de la potestad de reforma como expresión de la soberanía popular y, por tanto, expresa la deferencia que amerita frente al control jurisdiccional. Una dogmática constitucional de los límites sustantivos de la potestad de reforma tendría que estructurar una tipología de “derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana” que podrían llegar a no ser respetados por medio de un ejercicio concreto de la potestad de reforma constitucional⁶⁷.

V. CONCLUSIONES

Chile es una república democrática y la soberanía reside esencialmente en la Nación. Su ejercicio se realiza por el pueblo, también, por medio de las autoridades que la Constitución establece. La potestad de reforma constitucional es una expresión de la soberanía. Mediante su ejercicio pueden agregarse, modificarse y derogarse disposiciones constitucionales.

La Constitución otorga al Tribunal Constitucional competencia para resolver “sobre las cuestiones de constitucionalidad que se susciten durante la tramitación de los proyectos de (...) reforma constitucional”. Esta disposición es enigmática: ¿cómo puede una reforma constitucional ser inconstitucional? Este carácter enigmático exige revisar algunos de los argumentos acerca de los límites de la potestad de reforma constitucional. Sobre la base de esa revisión, puede concluirse que el Tribunal Constitucional no tiene permitido, sin cometer una contradicción con los principios de la república democrática y de la soberanía popular, hacer valer límites implícitos, de cualquier tipo, contra la potestad de reforma ni hacer valer límites supraconstitucionales explícitos. La competencia, en principio, tendría que restringirse a los límites explícitos intraconstitucionales.

Desde luego estos límites explícitos intraconstitucionales adoptan un carácter formal-procedimental en los arts. 127 a 129 CPR. Mediante la protección del procedimiento de reforma constitucional, el Tribunal Constitucional controla que su ejercicio se someta a las normas que (en la autocomprensión del art. 5 inc. 1° CPR) definió el pueblo soberano. Existe adicionalmente la posibilidad de elaborar una dogmática de los límites intraconstitucionales sustantivos de la potestad de reforma constitucional por vía del

⁶⁶ Por definición la posibilidad de afectación por medio de una reforma constitucional es, en general, solo mediata. Acerca de las restricciones mediatas, véase ALEXY, 1994, pp. 254-255. Dicho sea de paso: la derogación expresa del art. 5 inc. 2° CPR evidentemente no representa una vulneración de los derechos que emanan de la naturaleza humana.

⁶⁷ Por cierto, una reforma constitucional que permite el ejercicio del derecho de propiedad sobre los fondos de pensiones ahorrados en cuentas individuales no puede ser considerada una vulneración de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, en contra de lo sostenido por la sentencia del Tribunal Constitucional 9797-20.

art. 5 inc. 2º, siempre bajo el presupuesto que la potestad de reforma sea considerada un ejercicio de la soberanía popular conforme con art. 5 inc. 1º CPR. Los principios de la democracia y de la soberanía popular exigen interpretar esta posible limitación de forma estricta: por razones de tenor literal y sistemáticas, los límites no pueden ser interpretados como normas de competencia negativa; y como límites sustantivos, el art. 5 inc. 2º apela a una equívoca formulación: “derechos que emanan de la naturaleza humana”. Por regla general, tales derechos no se encuentran al alcance efectivo del ejercicio de la potestad de reforma. La cláusula del art. 5 inc. 2º debe ser interpretada restrictivamente para permitir una aplicación racional del control judicial y prestar debido respeto a los principios de la democracia y de la soberanía popular.

El art. 93 n° 3, en definitiva, otorga al Tribunal Constitucional la competencia más natural y obvia posible: controlar el cumplimiento de las reglas constitucionales procedimentales de la potestad de reforma constitucional. Por obvia que resulte, esta competencia es de toda significación al interior del paradigma de la soberanía popular⁶⁸. La soberanía se expresa en autonomía y autolegislación: el pueblo, como sujeto y objeto de legitimidad dentro del sistema democrático del art. 4 CPR, ejerce su soberanía no en la excepción, sino en cambio por medio de su permanente autoconfiguración⁶⁹. La soberanía es considerada por el art. 5 CPR como un proceso permanente de autoconstitución colectiva con el que se busca la legitimación del orden constitucional⁷⁰. La potestad de reforma constitucional no es conceptualizada en la Constitución bajo la permanente sospecha de usurpación del poder constituyente, sino como una expresión de la voluntad del pueblo, aunque mediada y representada⁷¹. Contra la opinión consignada en el epígrafe de este trabajo, precisamente *quien hace la ley* y la reforma constitucional es protegido por el art. 93 n° 3. El Tribunal Constitucional chileno tiene, gracias a esta competencia, una vía directa para “solucionar los problemas de la gente”: defender la democracia y la soberanía popular. No coartando la potestad de reforma constitucional, sino al contrario, permitiendo y protegiendo su ejercicio regular y continuo.

BIBLIOGRAFÍA

ALBERT, Richard, 2019a: “Amendment and revisión in the unmaking of constitutions”, en David Landau y Hannah Lerner (eds.), *Comparative Constitution Making*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 117-140.

⁶⁸ HAURIOU, 2013, p. 43: “Es por ello por lo que los regímenes de soberanía nacional son al mismo tiempo regímenes de discusión. La supremacía del bloque de las ideas incontestables no puede mantenerse durante largo tiempo si este bloque está cerrado”.

⁶⁹ Al respecto, MAUS, 2011, pp. 44-48; también, MAHLMANN, 2007, pp. 273-277. Acerca de la alternativa entre “poder arbitrario de decisión” frente a la “autonomía” de la asociación política, brevemente, LADWIG, 2007, pp. 280-285.

⁷⁰ Frente a SCHMITT, Hermann Heller defendió una lectura semejante. Al respecto, POMARICI, 2010, pp. 47-63.

⁷¹ En nuestro medio, MARSHALL, 2010, p. 280.

- ALBERT, Richard, 2019b: *Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press.
- ALEXY, Robert, 1994: *Theorie der Grundrechte*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno.
- ARATO, Andrew, 2017: *The Adventures of the Constituent Power*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BERNAL, Carlos, 2013: "Unconstitutional constitutional amendments in the case study of Colombia: An analysis of the justification and meaning of the constitutional replacement doctrine", *I-CON* 11 (2), pp. 339-357.
- BERNAL, Carlos, 2019: "Constitution-Making (without Constituent) Power: On the Conceptual Limits of the Power to Replace or Revise the Constitution", en Richard Albert, Carlos Bernal y Juliano Zaiden Benvido (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, Oxford, pp. 21-49.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, 2000: "El poder constituyente del pueblo: un concepto límite de derecho constitucional", en Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*, Trotta, Madrid, pp. 159-180.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang, 1991: "Zur Kritik der Wertbegründung des Rechts", en Ernst-Wolfgang Böckenförde, *Recht, Staat, Freiheit*, Suhrkamp, Fráncfort del Meno, pp. 67-91.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond, 2011: *La ley, expresión de la voluntad general*, Marcial Pons, Madrid.
- COLÓN-RÍOS, Joel, 2014: "A New Typology of Judicial Review of Legislation", *Global Constitutionalism* 3(2), pp. 143-169.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2006: "Límites internacionales al poder constituyente", *Revista Española de Derecho Constitucional* 76, pp. 9-32.
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David, 2015: "Transnational constitutionalism and a limited doctrine of unconstitutional constitutional amendment", *I-CON* 13 (3), pp. 606-638.
- DIXON, Rosalind y LANDAU, David, 2016: "Competitive democracy and the constitutional minimum core", en Tom Ginsburg y Aziz Huq (eds.), *Assessing Constitutional Performance*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 268-292.
- DUKE, George, 2017: "Strong popular sovereignty and constitutional legitimacy": *European Journal of Political Theory* 19(3), pp. 354-374.
- DYZENHAUS, David, 2012: "Constitutionalism in an old key: Legality and constituent power", *Global Constitutionalism* 1(2), pp. 229-260.
- ELKINS, Zachary, GINSBURG, Tom, MELTON, James, 2009: *The Endurance of National Constitutions*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GANGL, Manfred, 2010: "Souveränitätskonzeptionen im Staatsrechtsdenken der Weimarer Republik", en Marcus Llanque (ed.): *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität*, Nomos, Baden-Baden, pp. 15-42.
- GARGARELLA, Roberto, 2021: "Constitutional Amendments and Democracy: A View from Latin America", *Revista Derecho del Estado* 48, pp. 371-389.
- GRIMM, Dieter, 2020: *Recht der Politik? Die Kelsen-Schmitt-Kontroverse zur Verfassungsgerichtsbarkeit und die heutige Lage*, Berlín, Duncker & Humblot.
- HABERMAS, Jürgen, 2005: "La soberanía popular como procedimiento", en Jürgen Habermas, *Facticidad y Validez*, Madrid: Trotta, pp. 589-617.
- HALTERN, Ulrich, 2007: *Was bedeutet Souveränität?*, Tübinga, Mohr Siebeck.
- HAURIOU, Maurice, 2013: *La soberanía nacional*, Madrid, Marcial Pons.
- HENRÍQUEZ, Miriam, 2021: "¿Inconstitucionalidad de fondo del proyecto de reforma constitucional que autoriza el segundo retiro del 10% de los fondos previsionales?", en Domingo Lovera (ed.), *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago, Ediciones Diego Portales, pp. 289-303.
- HENRÍQUEZ, Myriam, 2011: "El Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional en el Ordenamiento Jurídico Chileno", *Anuario de Derecho Público UDP*, pp. 416-477.

- HENRÍQUEZ, Myriam, LAMBEHT, George, 2015: “¿Son válidas las modificaciones al capítulo de reforma constitucional? Una reflexión sobre la autorreferencia normativa de Alf Ross y sus detractores”, *Estudios Constitucionales* 13 (2), pp. 153-168.
- HIDALGO, Oliver, 2019: “Der antinomische Gegensatz zwischen Repräsentation und Volkssouveränität”, en Rüdiger Voigt (ed.), *Repräsentation. Eine Schlüsselkategorie der Demokratie*, Baden-Baden, Nomos, pp. 125-150.
- HIRSCHL, Ran, 2004: *Towards Juristocracy*, Harvard University Press, Cambridge.
- ITURRALDE, Victoria, 1998: “Consideración crítica del principio de permisón según el cual ‘lo no prohibido está permitido””, *Anuario de Filosofía del Derecho* 15, pp. 187-218.
- KELSEN, Hans, 2017: *Reine Rechtslehre* (Matthias Jestaedt, ed.), Tubinga/Viena, Mohr Siebeck.
- KUMM, Mattias, 2016: “Constituent Power, Cosmopolitan constitutionalism, and post-positivist-law”, *International Journal of Constitutional Law* 14(3), pp. 697-711.
- KUMM, Mattias, 2004: “The Legitimacy of International Law: A Constitutionalist Framework of Analysis”, *European Journal of International Law* 15(5), 907-932.
- LADWIG, Bernd, 2007: “Das Recht der Souveränität und seine Grenzen” en Tine Stein *et al.* (eds.), *Souveränität, Recht und Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, Frankfurt del Meno, Campus, pp. 280-295.
- LANDAU, David, 2013: “Abusive Constitutionalism”, *University of California, Davis, Law Review* 47, pp. 189-260.
- LANDAU, David, DIXON, Rosalin, ROZNAI, Yaniv, 2019: “From an unconstitutional constitutional amendment to an unconstitutional constitution? Lessons from Honduras”, *Global Constitutionalism* 8(1), pp. 40-70.
- MAHLMANN, Matthias, 2007: “Gründungsmythos und Autonomie – Aspekter der Souveränität”, en Tine Stein *et al.* (eds.), *Souveränität, Recht und Moral. Die Grundlagen politischer Gemeinschaft*, Frankfurt del Meno, Campus, pp. 270-279.
- MARSHALL, Pablo, 2010: “La soberanía popular como fundamento del orden estatal y como principio constitucional”, *Revista de Derecho PUCV*, pp. 245-286.
- MAUS, Ingeborg, 2011: *Über Volkssouveränität*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.
- MAUS, Ingeborg, 2018: *Justiz als gesellschaftliches Über-Ich*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.
- MÖLLERS, Christoph, 2019: “Legalität, Legitimität und Legitimation des Bundesverfassungsgerichts”, en: Matthias Jestaedt *et al.*, *Das entgrenzte Gericht*, Fráncfort del Meno, Suhrkamp.
- MORESO, José Juan, 1991: “Disposiciones de reforma constitucional”, en *Doxa* 10, pp. 201-222.
- PARDO-ÁLVAREZ, Diego, 2017: “El puzzle de Ross y el problema constitucional chileno: una lectura alternativa”, *Revista de Estudios de la Justicia* 27, pp. 81-100.
- PIEROTH, Bodo y SCHLINK, Bernhard, 2012: *Grundrechte, Staatsrecht II*, Heidelberg, C.F. Müller.
- POEHLS, Marianne y VERDUGO, Sergio: “Auge y caída de la doctrina de las reformas constitucionales inconstitucionales en Chile. Comentario a las sentencias del Tribunal Constitucional roles 9797-2020 y 10.774-2021”, en Domingo Lovera (ed.), *Anuario de Derecho Público 2021*, Santiago, Ediciones Diego Portales, pp. 263-288.
- POMARICI, Ulderico, 2010: “Hermann Hellers Souveränitätslehre als Theorie des Verhältnisses von Recht und Politik und ihre Auseinandersetzung mit Carl Schmitt”, en Marcus Llanque (ed.): *Souveräne Demokratie und soziale Homogenität*, Baden-Baden, Nomos, pp. 43-64.
- RAGONE, Sabrina, 2021: “La contribución de la jurisprudencia colombiana al debate comparado sobre el poder de reforma: la “sustitución” como paradigma formal y material”, *Revista Derecho del Estado* 50, pp. 99-131.
- ROSS, Alf, 1969: “On Self-Reference and a Puzzle in Constitutional Law”, *Mind* 78 (309), pp. 1-24.
- ROZNAI, Yaniv, 2017: *Unconstitutional Constitutional Amendments*, Oxford, Oxford University Press.

- ROZNAI, Yaniv, 2018: "Constitutional Unamendability – Four Observations", *ICL Journal* 12(3), pp. 369-385.
- RÜTHERS, Bernd, 2016: *Die heimliche Revolution vom Rechtsstaat zum Richterstaat*, Tubinga, Mohr Siebeck.
- SCHMITT, Carl, 1985: *Der Hüter der Verfassung*, Berlín, Duncker & Humblot.
- SCHMITT, Carl, 1957: *Verfassungslehre*, Berlín, Duncker & Humblot.
- SUTEU, Silvia, 2021: *Eternity Clauses in Democratic Constitutionalism*, Oxford, Oxford University Press.
- TAPIA, Jorge, 2008: "Poder constituyente irregular: los límites metajurídicos del poder constituyente originario", *Estudios Constitucionales* 6, núm. 2, pp. 121-142.
- TUSHNET, Mark, 2018: "Amendment theory and constituent power", en Gary Jacobson y Miguel Schor (eds.): *Comparative Constitutional Theory*, Northampton, Edward Elgar, pp. 317-333.
- VERDUGO, Sergio, 2019: "The Role of the Chilean Constitutional Court in Times of Change", en Richard Albert, Carlos Bernal & Juliano Zaiden Benvindo (eds.), *Constitutional Change and Transformation in Latin America*, Hart Publishing, Oxford, pp. 203-218.
- VERDUGO, Sergio, 2013: "La objeción democrática a los límites materiales de la reforma constitucional", *Actualidad Jurídica XIV*, N° 28, pp. 299-314.
- VINX, Lars, 2018: "Ernst-Wolfgang Böckenförde and the politics of constituent power", *Jurisprudence* 2018, pp. 1-24.
- VINX, Lars, 2013: "The Incoherence of Strong Popular Constitutionalism", *International Journal of Constitutional Law* 11(1), pp. 101-124.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2004: "Control de Constitucionalidad de la Reforma Constitucional", *Estudios Constitucionales* 4(2), pp. 415-434.

Normas jurídicas citadas

DECRETO N° 100, Fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, publicada el 22 de septiembre de 2005.

Sentencias

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 30 de diciembre de 2020, Rol 9797-20.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 18 de marzo de 1997, Rol 272-97.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 21 de diciembre 1987, Rol 46-87.

Trabas en el ejercicio del derecho humano a buscar y recibir asilo en Chile: el ingreso al procedimiento de asilo

*Fernanda Gutiérrez Merino**
*Francisca Vargas Rivas***

RESUMEN

El derecho a buscar y recibir asilo es un derecho humano fundamental, que ha sido consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En Chile, desde la creación de la Ley 20.430, sobre protección de refugiados, 21.847 personas han solicitado formalmente protección internacional bajo este derecho y muchas otras han quedado en las sombras sin opción de que su caso sea estudiado y puedan, eventualmente, obtener protección. Este artículo describe y analiza las trabas en este derecho humano, deteniéndose, en particular, en las problemáticas en el ingreso al procedimiento de asilo en el país, el cómo esto reviste un problema de legalidad en el actuar del órgano administrativo y cómo han sido los tribunales superiores de justicia los que han intervenido en pos del respeto y protección de este derecho, dando, finalmente, algunas ideas para el buen abordaje de esta situación. La metodología utilizada por las autoras corresponde a un análisis legal de normas jurídicas, dictámenes de la Contraloría General de la República (CGR) y jurisprudencia nacional de los tribunales superiores de justicia chilenos en los últimos años, sumado a la revisión bibliografía y la experiencia laboral de ambas con población migrante, solicitante de asilo y refugiada.

Derecho a buscar y recibir asilo; debido proceso; solicitante de asilo y refugiado/a

Obstacles in the exercise of the human right to seek and receive asylum in Chile: entering the asylum determination procedure

ABSTRACT

The right to seek and receive asylum is a fundamental human right, which has been enshrined in the American Convention on Human Rights. In Chile, since the creation of Law 20,430 on

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Andrés Bello, Chile. Magíster en Administración Pública y Organizaciones sin Fines de Lucro, Universidad de Memphis, Estados Unidos. Magíster en Ciencias Políticas, Universidad de Misisipi, Estados Unidos. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9265-9379>. Correo electrónico: fer.gmerino@gmail.com.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Magíster en Derecho Público y Litigación Constitucional, Universidad Diego Portales, Chile. Profesora y directora de la Clínica Jurídica de Migrantes y Refugiados, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8818-5094>. Correo electrónico: francisca.vargasr@mail.udp.cl.

Artículo recibido el 31.1.2022 y aceptado para publicación el 7.11.2022.

refugee protection, 21,847 people have formally requested international protection under this right and many others have remained in the shadows without the option of having their case studied and eventually obtaining protection. This article describes and analyzes the obstacles to this human right, focusing, in particular, on the problems in the entry to the asylum procedure in the country, how this is a problem of legality in the actions of the administrative body and how the higher courts of justice have intervened to ensure respect and protection of this right, finally giving some ideas for a good approach to this situation. The methodology used by the authors corresponds to a legal analysis of legal norms, opinions of the Comptroller General of the Republic and national jurisprudence of the Chilean High Courts of Justice in recent years, added to the bibliographic review and the work experience of both authors with migrant, asylum seeker and refugee population.

Right to seek and receive asylum; due process; asylum seeker and refugees

I. INTRODUCCIÓN

En un mundo globalizado, en donde los avances económicos, tecnológicos y científicos viajan por el mundo a la velocidad de la fibra óptica, los fenómenos de características humanitarias no se quedan atrás. De acuerdo con el Informe de Tendencias Globales del Alto Comisionado de Naciones Unidas para los Refugiados (ACNUR) 2022, a nivel mundial, 89,3 millones de personas se desplazaron de manera forzada durante el año 2021. El Sistema Interamericano de Derechos Humanos, mediante la audiencia temática “Sistemas de asilo y refugio a las situaciones humanitarias en la región del 6 de marzo de 2020”, ha recabado información de lo compleja que está la situación de movilidad humana en la región, poniendo a prueba los sistemas de asilo en los distintos países¹.

El derecho a buscar y recibir asilo es un derecho humano fundamental, que ha sido consagrado en el artículo 22 N° 7 de la CADH.

Este derecho significa, de acuerdo con la Corte Interamericana en el Caso Pacheco Tineo *vs.* Bolivia, que la persona tiene derecho a ser escuchada en un procedimiento de estudio del caso, que cumpla con las garantías de un debido proceso², cuestión que fue reiterada por la misma Corte en su opinión consultiva N°25. Por tanto, una primera cuestión que se debe asegurar a las personas es el acceso a un procedimiento de determinación de la condición de refugiada cuando señalen sus necesidades de protección internacional. En el caso de Chile, se ha establecido un procedimiento estructurado de reconocimiento de la condición de refugiado por medio de la Ley 20.430.

La ley en cuestión está en vigencia en nuestro país desde el 2010, siendo posteriormente publicado su reglamento mediante el Decreto 837 de 2011. Esta ley presenta importantes avances principalmente en la definición de persona refugiada. El artículo 2

¹ Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2020, Audiencia temática: Sistemas de asilo y refugio frente a las situaciones humanitarias en la región.

² Corte IDH, Caso familia Pacheco Tineo contra Estado Plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 154 y 159.

de la ley contiene la definición clásica, que deviene del artículo 1A de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, y la definición regional o ampliada.

La inclusión de la denominada definición ampliada de persona refugiada, contenida en el numeral 2° del artículo 2, significó la normalización de un avance y esfuerzo regional concretado en la Declaración de Cartagena de 1984, convirtiendo a Chile en uno de los quince países en la región que contienen esta definición en su normativa interna. Este panorama suena alentador; sin embargo, cuando analizamos el funcionamiento concreto del procedimiento de asilo, nos damos cuenta de que de nada sirve consagrar ambas definiciones si luego el acceso a protección internacional será dificultoso o de-rechamente imposible.

En el presente artículo nos referiremos a las trabas en el ejercicio del derecho humano a buscar y recibir asilo, deteniéndonos en el momento cuando la persona necesitada de protección internacional ha ingresado al territorio nacional. En particular, este trabajo se centra en la práctica de instauración de una fase de admisibilidad al procedimiento de asilo, la que no está contemplada en la ley. En este sentido, se describirán cuestiones prácticas pero también normativas que han llevado a la profundización de este problema. Lo anterior, para luego mostrar, sobre todo cuantitativamente, cómo los tribunales superiores de justicia han tenido que hacerse cargo de este problema, transformándose en verdaderos garantes del derecho humano a buscar y recibir asilo en la faceta descrita. Finalmente, se darán algunas recomendaciones de cómo el Estado podría abordar los supuestos que habrían explicado la instauración de estas prácticas.

Lo señalado no obsta a que existan otros problemas respecto del procedimiento en cuestión que van más allá de las trabas en el ingreso al mismo. Estos problemas son conocidos de cerca por las autoras debido a su experiencia profesional. A modo de ejemplo podemos citar la imposibilidad de acceder al territorio pese a la manifestación de las necesidades de protección internacional en frontera³; la excesiva cantidad de autoridades participantes en el procedimiento y lo despersonalizado que, a nuestro juicio, se vuelve el mismo por dicho motivo; la lentitud del proceso —cerca de 4 años, en la práctica—; la transgresión del derecho a la defensa por la imposibilidad de acompañamiento y representación legal de la persona solicitante de asilo durante el procedimiento, y la alta tasa de rechazos.

Respecto de esto último, las cifras actualizadas a fines del 2021 nos muestran que se han presentado 21.847 solicitudes de asilo entre el 2010 y 2021, con solo 701 solicitudes reconocidas entre los mismos años, lo que importa una tasa de reconocimiento general de 3,2%. Preocupante es la situación de los últimos años, pues, por ejemplo, para el 2021 se rechazaron 3.082 solicitudes, y se aprobaron solo 19. Las razones de por qué esto ocurre pueden ser muchas, pero por la extensión del presente artículo, preferimos dejar enunciadas las problemáticas esperando sean objeto de otras investigaciones.

³ CIDH, 2019, Audiencia temática de la situación de las personas migrantes en Chile.

II. PROCEDIMIENTO DE ASILO EN CHILE

1. *Aclaración previa*

Antes de describir cómo funciona el procedimiento enunciado, vale hacer una aclaración conceptual respecto de los vocablos asilo y refugio, que da cuenta de por qué en este trabajo hablamos de “procedimiento de asilo”.

En la literatura existen diversas posturas respecto de si acaso los conceptos señalados son sinónimos o no. Para algunos, existe una clara distinción entre ambos términos⁴. El asilo sería una institución del derecho internacional que implicaría una prerrogativa, potestad o derecho del Estado de conceder protección a causa de persecución por motivos políticos, distinguiéndose dentro de esta institución el asilo diplomático —que se solicita ante entes diplomáticos de un país A en un territorio extranjero B, país, este último, donde reside la persona que solicita la protección—, y el asilo territorial —que es el mismo tipo de protección, pero que se solicita ya estando en el territorio del país A donde se requiere el resguardo—. En esta línea, el asilo sería propio de la tradición latinoamericana y devendría de distintas convenciones internacionales específicas pertinentes a la materia⁵.

Siguiendo esta lógica, el refugio sería una institución distinta, universal, que deviene de la Convención de 1951 sobre el Estatuto de los Refugiados, y que implica la protección —apolítica— por medio del principio de no devolución de una persona que así lo requiere. Los Estados, si bien son libres de adoptar el procedimiento que les parezca mejor para la obtención del estatuto de refugiado, tienen el deber de reconocer como refugiada a la persona que reúna los criterios propios de la Convención en cuestión, siendo así un derecho de la persona el ser reconocida como refugiada cuando su situación se enmarque en la definición de persona refugiada de la Convención⁶. El procedimiento de reconocimiento de esta condición debiera llamarse “procedimiento de refugio” y la protección que se otorga se llamaría “refugio”.

Otra parte de la doctrina manifiesta que, en la tradición latinoamericana, los conceptos asilo y refugio serían, en algún punto, sinónimos⁷. Para llegar a aquella conclusión, lo clave estaría, a nuestro entender, en la consagración del derecho a buscar y recibir asilo en la CADH, a la que volveremos más adelante.

Allí, el vocablo “recibir” consagrado, ligado a la frase “de acuerdo con la legislación de cada Estado y los convenios internacionales” adoptados, daría cuenta de un cambio

⁴ MAGALLANES, 2019, pp. 137-162.

⁵ Tratado sobre derecho Penal Internacional de Montevideo, 1889; Convención de Asilo de La Habana, 1928; Convención sobre asilo político de Montevideo, 1933; Tratado sobre Asilo y Refugio Político de Montevideo, 1939; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del hombre, 1948; Convención sobre asilo territorial de Caracas, 1954; Convención sobre asilo diplomático de Caracas, 1954 y Convención Americana sobre derechos humanos, 1969.

⁶ MAGALLANES, 2019, pp. 137-162.

⁷ MONDELLI, 2008, pp. 7-10.

en el entendimiento de los conceptos asilo y refugio. Así, la persona tiene derecho a buscar y recibir asilo conforme, por ejemplo, con la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados, entonces, al buscar la protección bajo la condición de refugiado, estaría ejerciendo su derecho humano al asilo. En este contexto, no habría un “derecho al refugio”, sino un derecho al asilo, que contendría al asilo diplomático, al territorial y la obtención del estatuto de refugiado en los términos de la Convención de 1951. Para Mondelli, a lo menos en su vertiente de asilo territorial, así como en la lógica del estatuto de refugiado, “la Convención Americana viene a reforzar la idea de que el asilo no es (...) una mera potestad del Estado, sino un derecho fundamental de la persona”⁸. Aunque el autor no lo dice explícitamente, creemos que el derecho de recibir aplica solo para el asilo territorial y el estatuto de refugiado, toda vez que la CADH refiere al derecho de buscar y recibir asilo en territorio extranjero, lo que implica el que la persona esté físicamente en el país donde busca la protección. Por lo anterior, no cabría en esta parte del derecho el asilo diplomático.

Las autoras adscribimos a esta segunda postura, lo que nos lleva a aceptar como premisa básica para la comprensión de este artículo, que, cuando una persona está buscando protección como refugiada, sea por la definición de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados o por la definición de la Declaración de Cartagena de 1984, lo que está haciendo es ejercer su derecho humano a buscar y recibir asilo. En el ejercicio de este derecho, el procedimiento con el que la persona puede adquirir este estatuto de protección puede llamarse indistintamente procedimiento de asilo, procedimiento de refugio o procedimiento de reconocimiento de la condición de refugiado.

Sin embargo, en nuestra legislación chilena el asilo diplomático y el asilo territorial se encuentran regulados en la Ley 21.325, bajo el título “de los solicitantes de asilo político”. Lo que allí se regula no es un procedimiento propiamente tal, por lo que desde ya despejamos que, para efectos de este trabajo, no habrá que distinguir dentro del procedimiento de asilo si acaso nos referimos a aquel que tiene que ver con asilo diplomático o territorial, o al que guarda relación con el estatuto de refugiado, pues siempre estaremos refiriéndonos al segundo.

2. *Los procedimientos de asilo en el derecho internacional de los derechos humanos*

A la fecha no hay una convención internacional que regule el cómo deben ser los procedimientos de asilo, por lo que los Estados pueden regularlos como prefieran dentro de su soberanía. Sin perjuicio de ello, de los instrumentos generales en materia de DDHH y de otros específicos como la CADH, la jurisprudencia de la Corte IDH⁹ y los Principios Interamericanos sobre los DDHH de todas las personas migrantes,

⁸ Ibid, 2018, p. 11.

⁹ Corte IDH, Caso Familia Pacheco Tineo contra Estado Plurinacional de Bolivia, párrs. 154 y 159, Caso Vélez Loor con Panamá, párr. 137, y Opinión Consultiva N° 25.

refugiadas, apátridas y las víctimas de la trata de personas, se han ido extrayendo los estándares que deben estar presentes en todo procedimiento de asilo.

En virtud de esto, los estándares y las obligaciones de los Estados son: a) garantía al solicitante de las facilidades necesarias para ingreso y desarrollo del procedimiento, incluyendo intérprete, asesoría legal y necesaria, orientación en un lenguaje y modo que pueda comprender y, de ser necesario, se le debe dar la oportunidad de contactar al ACNUR; b) la solicitud se debe examinar con objetividad, por una autoridad competente previa y claramente identificada, lo que requiere una entrevista de elegibilidad personal; c) las decisiones que se adopten por los órganos competentes deben estar debidamente fundamentadas; d) respetar el principio de confidencialidad, dando protección de los datos del solicitante y de la solicitud; y, e) brindar la información de cómo recurrir y dar un plazo razonable en caso de rechazo de la solicitud, proveyendo de efectos suspensivos en tal caso¹⁰.

3. *Lo que señala la Ley 20.430 sobre el procedimiento de asilo*

El procedimiento de determinación de la condición de refugiado se encuentra establecido en la Ley N° 20.430, su reglamento Decreto 837 de 2022, y el Reglamento Interno de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado (en adelante, la Comisión). En lo no previsto en aquellos instrumentos, se aplicará supletoriamente la Ley 19.880 que Establece las Bases de los Procedimientos que Rigen los Actos de los Órganos de la Administración del Estado.

El artículo 26 de la Ley 20.430 reconoce el derecho de presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. En este artículo se establece quiénes podrán solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado y luego ante qué autoridades podrá pedirse. Se señala que puede hacerlo toda persona que se encuentre al interior del país, independientemente de su condición migratoria, por lo que la situación migratoria irregular o regular en que se encuentre la persona no obsta a que pueda ingresar al procedimiento de asilo.

En el mismo artículo se señala que la solicitud se puede presentar tanto ante la autoridad de frontera (Policía de Investigaciones de Chile o Carabineros) como ante cualquier oficina de extranjería.

Luego, el artículo 27 de la misma ley se refiere a la recepción de la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado aclarando que “Los funcionarios de la Administración del Estado que tuvieran conocimiento de la presentación de una solicitud para el reconocimiento de la condición de refugiado de un extranjero, deberán ponerla en conocimiento, en el más breve plazo, de la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado”.

La primera obligación que tiene el funcionario de la Administración del Estado que recibe la solicitud de asilo es ponerla en conocimiento, en el más breve plazo, de

¹⁰ Corte IDH, Caso familia Pacheco Tineo contra Estado Plurinacional de Bolivia, párr. 159.

la Secretaría Técnica, quien dentro de sus funciones tiene la de asistir a la Comisión¹¹, que es el organismo encargado de asesorar al Subsecretario del Interior y de proveer la información necesaria para que este decida respecto del otorgamiento, rechazo, cesación, cancelación o revocación de la condición de refugiado¹².

La materialización del ingreso al procedimiento viene aparejado con la entrega de una visa temporaria que es renovada cada ocho meses mientras dure el procedimiento de determinación de la condición de refugiado/a.

4. *Las normas reglamentarias: desarrollo y actualidad*

El reglamento de la Ley 20.430, decreto 837, consagró, hasta enero de 2022, algo específico respecto de la presentación de la solicitud (mencionada en el artículo 26 de la Ley 20.430, citado anteriormente) y su posterior remisión desde quien la recibe hacia la Secretaría Técnica de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado (que menciona el artículo 27 de la Ley 20.430, antes transcrito). Se trata del acto de recepción de la solicitud para su posterior remisión, el que tomaba el nombre de “formalización de la solicitud”, regulada en el entonces artículo 36 del reglamento.

En este punto ya podíamos evidenciar un primer problema que nacía de la normativa reglamentaria: era el propio reglamento el que creaba una fase intermedia bastante confusa entre la solicitud de protección y el curso que a la misma se debía dar.

Esta distinción era problemática porque, de antemano, llevaba a situaciones abusivas que mermaban el derecho humano a buscar y recibir asilo en su faceta de ingreso al procedimiento. Sin perjuicio de ello, y aceptando la existencia de esta norma, restaba entonces su correcta aplicación conforme con la ley y estándares internacionales, cuestión que en la práctica no ocurrió y que provocó y sigue provocando la vulneración del derecho antes mencionado de manera sistemática. Esto último porque, pese a los cambios reglamentarios posteriores que se comentarán, al día de hoy, la fase de formalización de la solicitud de asilo sigue existiendo aunque con matices, lo que no obsta a la mantención de prácticas de admisibilidad ilegales que serán explicadas más adelante.

4.1. Procedimiento de asilo de acuerdo con el reglamento hasta enero de 2020: el centro del problema

Hasta el 10 de enero de 2022, el reglamento indicaba que la mencionada “formalización” se podía concretar –de manera opcional– mediante el llenado de un formulario que debía ser proporcionado por la autoridad. También podía hacerse mediante la sola presentación de un escrito que cumpla con toda la información y datos que prescriben los artículos 28 de la Ley N° 20.430 y el artículo 37 del Reglamento de la misma, de acuerdo con lo establecido por la Contraloría General de la República chilena, mediante

¹¹ Ley 20.430, 2010.

¹² Idem.

sus dictámenes N° 74.076 de 14 de noviembre de 2013, N° 892 de 11 de enero de 2019 y N° E22343 / 2020 del 27 de julio de 2020.

Al respecto, la Corte Suprema indicó que no era necesario que la solicitud fuera llevada a cabo de forma presencial por los solicitantes, pudiéndose realizar mediante un escrito que cumpla con las disposiciones contempladas en la Ley N° 20.430 y su Reglamento, debido a que la exigencia de que la solicitud sea hecha de forma presencial no se configura como esencial en el procedimiento, toda vez que el principio de confidencialidad contemplado en el artículo 7 de Ley N° 20.430, no exige, de ninguna forma, que la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado sea presentada y tramitada presencialmente por el peticionario ¹³.

En definitiva, lo descrito daba cuenta de un procedimiento que contemplaba una etapa de formalización, siendo esta más bien lo que llamaremos un “trámite triple-simultáneo” consistente en la presentación-recepción-remisión de la solicitud de asilo, sin que hubiese posibilidad alguna para el funcionario involucrado de hacer algún tipo de análisis de admisibilidad de la solicitud.

El gran problema era y es que el funcionario sí se arroga facultades de análisis de la solicitud, existiendo una práctica de admisibilidad al procedimiento que será explicada en el acápite III del presente artículo.

Solo a modo de ejemplo, podemos notar que, de acuerdo con un análisis de datos realizado por el Servicio Jesuita a Migrantes, en 2019 habrían sido 16.933 personas las que en frontera habrían manifestado su necesidad de solicitar el reconocimiento de la condición de refugiado en el país, siendo ingresadas al procedimiento de asilo 781 personas. Esto muestra que fueron formalizadas solo 4,6% de las solicitudes¹⁴.

4.2. Modificaciones posteriores al reglamento: la formalización como fase de admisibilidad consagrada

En enero de 2022, la etapa de formalización fue modificada por un cambio al reglamento de la Ley 20.430, producido por el decreto supremo N° 125 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, que realizó, entre otros, los siguientes cambios:

- Modificó el artículo 36 mencionado, transformándolo en uno que versaba acerca de la manifestación de intención de solicitar refugio en frontera;
- agregó un nuevo artículo 36 bis para la presentación de la solicitud;
- añadió un nuevo artículo 37 bis, en la formalización de la solicitud, explicitando que este trámite podía ser denegado, constituyéndose así en una fase de admisibilidad al procedimiento de asilo reglada, cuestión que no está establecida en la ley.

¹³ Corte, Suprema, 05.12.2018, rol 31.346-2018.

¹⁴ Véase “Solicitudes de Refugio formalizadas en Chile”. Disponible en: <https://www.migracionenchile.cl/refugio/>

Posteriormente, el artículo 37 bis fue derogado mediante decreto 146 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, publicado en abril de 2022; pese a su corta duración, esto tuvo repercusiones en la vida de las personas solicitantes de protección internacional y, por un tiempo, significó la institucionalización normativa de esta práctica ilegal consistente en la fase de admisibilidad al procedimiento de asilo.

En relación con el artículo 37 bis, esta norma reglamentaria se excedía de lo establecido por ley, pues se entregaban facultades a los funcionarios de atención de público en el Servicio Nacional de Migraciones (SERMIG) que, de acuerdo con la ley, artículos 26 y siguientes, le corresponden al Subsecretario del Interior, luego de un estudio del caso liderado por la Secretaría Técnica de la Comisión. Esto porque dicho funcionario podía analizar el caso y estimar que no correspondía el curso de la solicitud de asilo, remitiendo los antecedentes al Subsecretario del Interior con un informe que argumentara aquello.

En el mismo sentido, resultaba grave que el artículo en cuestión usara el verbo “podrá” al referirse a la resolución fundada del Subsecretario del Interior en donde se decide no formalizar la solicitud, porque eso significa que puede decidir no hacerlo, caso en el que la persona se quedará sin ningún acto administrativo en su poder que atacar.

Esta norma del artículo 37 bis iba, claramente, más allá de lo estipulado por ley, transgrediendo con ello el artículo 6° de la Constitución Política de la República, que establece el principio de reserva legal, y el propio derecho humano a buscar y recibir asilo.

En razón de lo anterior, fue presentado un requerimiento de inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, por un grupo de Senadoras y Senadores, bajo el rol 12.929-22. Luego se produjo la nueva modificación al reglamento antes mencionado que eliminó este artículo 37 bis, produciéndose el desistimiento de la acción.

4.3. Otra modificación al reglamento

El decreto 146 del Ministerio del Interior y Seguridad Pública eliminó el artículo 37 bis, pero mantuvo el resto de los cambios efectuados por el decreto 125. Además de los mencionados, podemos encontrar la reforma al artículo 35 del reglamento para personas con ingreso irregular al país que quieren solicitar el reconocimiento como refugiadas.

Previo a la modificación de enero de 2022, de la conjunción de este artículo 35 con el artículo 8 del reglamento al que se remite, podíamos extraer que se daba la instrucción clara a este grupo de personas de acudir a una institución en particular, la oficina de Extranjería de las Gobernaciones Provinciales o el DEM, cuando se quisiera solicitar asilo. Además, pese a dar un plazo para presentarse ante estas autoridades, ello era solo para no exponerse a sanciones migratorias, lo que es concordante con el artículo 6 de la Ley 20.430 sobre no sanción por ingreso clandestino y residencia irregular.

Por el contrario, los cambios hechos al artículo 35 en la actualidad exigen, para que una persona con ingreso por paso no habilitado pueda ingresar al procedimiento de asilo, la concurrencia –ante el Departamento de Refugio y Reasentamiento del SERMIG o la misma autoridad regional– en un plazo de 10 días desde el ingreso irregular.

El sutil cambio hecho en el artículo 35 reglamentario impone un plazo fatal de 10 días para el ingreso al procedimiento de asilo de una persona que ha ingresado al país

por un paso no habilitado. Esto vulnera el derecho humano a buscar y recibir asilo, pues la norma no establece casos de exclusión de aplicación de la norma ni un procedimiento mediante el que se pueda ingresar la solicitud fuera de plazo, debido a circunstancias especiales. Por su parte, el ACNUR considera una buena práctica el no establecer un plazo para presentar la solicitud de asilo, y en caso de que sí se establezca, considera menos gravoso que se prevea que la autoridad puede examinar solicitudes fuera de plazo¹⁵, cuestión que en esta norma no existe.

Como nota adicional, podemos señalar otro problema que se presenta con la obligatoriedad de acudir ante “la autoridad migratoria correspondiente” que prescribe la conjunción del artículo 35 reformado con el inciso primero del artículo 8: una mala interpretación de estos artículos permitiría exigir, como cuestión previa al ingreso al procedimiento, el trámite conocido como “autodenuncia”¹⁶. Este no es un problema nuevo, como se mostrará en el acápite III del presente trabajo, pero el carácter de obligatorio no hace sino agudizar el conflicto.

La exigencia de la “autodenuncia” es problemática, porque además de contravenir la garantía de no autoincriminación, abre la puerta para la dictación de la medida de expulsión del país de la persona, lo que es especialmente perjudicial para una persona que requiere ser reconocida como refugiada. Habiendo una orden de expulsión en su contra, el reglamento de la Ley 20.430 señala en su artículo 32 que tal sanción debe dejarse sin efecto para poder formalizar su solicitud de reconocimiento de la condición de refugiada, lo que implica que una persona con una medida de expulsión dictada no pueda ingresar al procedimiento de asilo.

Si bien sabemos que es posible, tanto por vía administrativa como por vía judicial, dejar sin efecto una sanción de ese tenor, aquello toma un tiempo considerable, lo que resulta en la dilación del procedimiento de asilo vulneratoria de las garantías judiciales de la persona que se somete a él¹⁷.

El cambio en la política migratoria chilena y el endurecimiento de los requisitos migratorios a partir del 2018¹⁸, el cierre masivo en la tramitación de visas de responsabilidad democrática que afectó a miles de personas venezolanas, sumado a las medidas de cierre de fronteras ocasionadas por la pandemia de la Covid-19, han implicado un aumento de los ingresos a Chile por pasos no habilitados. En efecto, durante el 2021 ingresaron al país por paso no habilitado 43.541 personas¹⁹. Muchas de estas personas requieren protección internacional, por ejemplo, aquellas que huyen del país con una

¹⁵ Agencia de la ONU para los Refugiados (ACNUR), Buena práctica N°14.

¹⁶ CANESSA y VARGAS, 2021, pp. 233-266. Al respecto, aunque la misma no se encuentra regulada en términos migratorios, se estima que puede devenir de la autodenuncia penal del artículo 179 del Código Procesal Penal, ya que bajo la vigencia del decreto ley 1.094, antigua regulación de las migraciones en Chile, el ingreso por paso no habilitado era considerado un delito.

¹⁷ CIDH, 2020, párr 271.

¹⁸ VARGAS, 2018, pp. 233-266.

¹⁹ Véase “Visas Temporales y Permanencias”. Disponible en : <https://www.migracionenchile.cl/visas-e-ingresos/>

de las principales crisis humanitarias de la región, Venezuela, o aquellas que provienen del país más pobre de Latinoamérica, Haití, sin olvidar a aquellas que escapan de los conflictos armados en Colombia, solo por mencionar algunos ejemplos.

Por lo anterior, el entorpecimiento del ingreso al procedimiento producto de la manera de ingreso de la persona a Chile, es grave, contraviene la propia Ley 20.430 e implica una vulneración al derecho de buscar y recibir asilo, en concordancia con el derecho al debido proceso.

4.4. Normas reglamentarias y el procedimiento de asilo en la actualidad

Tras todos los cambios mencionados, podemos señalar que de conformidad con la Ley N° 20.430, su reglamento, y el reglamento interno de la Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado, y desde un punto de vista teórico-legal, el procedimiento de asilo debe funcionar de la siguiente manera:

- a) Manifestación de la solicitud de asilo. La persona puede manifestar la solicitud ante una autoridad contralora de frontera (artículo 36 del reglamento de la ley). Si lo hace, la autoridad fronteriza requerirá al interesado declarar las razones que lo forzaron a dejar su país de origen, tomando entonces una declaración –sin analizarla–, e informando a la persona acerca del procedimiento (artículo 26 de la ley).
- b) Presentación de la solicitud de asilo. Posteriormente viene la presentación de la solicitud, la que se realiza ante el SERMIG mediante el llenado de un formulario proporcionado por la autoridad o algún documento escrito que cumpla con toda la información y datos que prescriben los artículos 28 de la Ley N° 20.430 y el artículo 37 del Reglamento (artículo 36 bis del reglamento de la ley). Se entenderá formalizada la solicitud una vez que el interesado realice la presentación escrita o complete el formulario respectivo (artículo 37 del reglamento de la ley). Esto implica que la antes llamada “formalización” sea hoy solo el nombre que se le da a un hecho.
- c) El funcionario administrativo que toma conocimiento de esta solicitud la entrega, en el más breve plazo, a la Secretaría Técnica de la Comisión (artículo 27 de la ley).
- d) La Secretaría Técnica, cuya finalidad es asistir a la mencionada Comisión, analiza los hechos del caso, realiza una entrevista de elegibilidad y busca información del país de origen. Luego elabora un informe, el que es entregado a la Comisión (artículos 24, 30 y 31 y 37 de la ley, y artículo 14 Reglamento Interno Comisión de Reconocimiento de la Condición de Refugiado).
- e) La Comisión sesiona y sugiere la aprobación o negación de la solicitud de asilo al Subsecretario del Interior (artículo 22 y 37 de la ley).
- f) El Subsecretario del Interior decide si se le otorgará la calidad de refugiado o no a la persona solicitante, lo que deberá ser informado mediante resolución exenta del trámite de toma de razón, otorgándole a la persona la posibilidad legal de recurrir en contra de la resolución (artículo 19 y 43 de la ley).

Con todo, la nueva ley de migración y extranjería, N° 21.325, que entró en vigencia el 12 de febrero de 2022, señala en su artículo 2 que las disposiciones de dicha ley son aplicables también a los refugiados y solicitantes de asilo y sus familias en todas aquellas materias que la Ley N° 20.430 y su reglamento se remitan a las normas sobre extranjeros en Chile. En este sentido, el cambio sustancial más importante que esta nueva normativa aporta es aquel que deviene de su artículo 175, el que modificó los artículos 21 y 24 de la Ley 20.430, otorgando al subsecretario del interior —o quien este designe— la composición y presidencia de la Comisión, en circunstancias en que es esa misma autoridad la que tiene que decidir el otorgamiento o no de la condición de refugiada de una persona, produciéndose así una situación bastante extraña, donde el subsecretario estaría participando, e incluso dirimiendo, una recomendación que luego se dará a sí mismo.

III. EL PROBLEMA PRÁCTICO: VULNERACIÓN AL DERECHO A BUSCAR Y RECIBIR ASILO, EN SU ARISTA DEL INGRESO AL PROCEDIMIENTO DE ASILO

Uno de los problemas que existen en torno a este derecho es que, en frontera, a las personas necesitadas de protección internacional no se les permite el ingreso al territorio nacional, a pesar de manifestar claramente su intención de ser solicitantes de la condición de refugiado o de tener claros relatos o indicios de necesidad de protección internacional. Esta situación vulnera los Principios Interamericanos sobre los DDHH de todas las personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas respecto del Principio 56 de acceso a procesos de asilo y al territorio²⁰, y ha sido mencionada en reiteradas ocasiones en el Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, y no tenemos certeza de si se deja registro o no de estas solicitudes²¹. También fue señalado públicamente en el 172° período de sesiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Audiencia temática sobre la situación de las personas migrantes en Chile.

Luego, quienes logran ingresar a Chile tienen que enfrentar diferentes dificultades para ingresar al procedimiento de asilo, a pesar de que la propia legislación al respecto señala como uno de sus principios el trato más favorable al solicitante²².

Así, como ha sido documentado tanto por la CGR como por numerosa jurisprudencia de nuestros tribunales superiores de justicia, al momento de querer formalizar su solicitud de asilo, tanto en las que eran las gobernaciones provinciales como ante la oficina del DEM en Santiago —actual SERMIG—, las personas solicitantes son sometidas a un análisis de admisibilidad al procedimiento, a pesar de que el mismo, como se explicó más arriba, no cuenta con una etapa de este tipo. Así, una vez que son escuchadas, en una entrevista de una duración de 5 a 10 minutos, les niegan la entrada al procedimiento,

²⁰ CIDH, 2019, p. 21.

²¹ LAGOS Y ROJAS, 2014, pp. 333-376; VARGAS, 2018, pp. 233-266; GUTIÉRREZ Y CHARLES, 2019, pp. 193-243.

²² Ley 20.430, 2010.

argumentando que sus historias no calzan con las definiciones de persona refugiada²³. Esto es, abiertamente, un actuar ilegal por parte de la autoridad.

Una tercera situación, a la que nos referimos de manera previa en este artículo, afecta a quienes ingresan por pasos no habilitados al territorio nacional. Son sometidas al mismo análisis de admisibilidad y se les niega el ingreso al procedimiento, indicándose, además, que podrán entrar solo luego de autodenunciarse ante la autoridad policial por el ingreso por paso no habilitado al país. Lo anterior implica la imposición de un requisito que no se encuentra establecido en norma alguna. De hecho, las Cortes Superiores de Justicia han determinado que la autodenuncia no es un trámite exigible como cuestión previa al ingreso al procedimiento de asilo²⁴.

Las personas afectadas por las situaciones descritas acuden a los tribunales superiores de justicia con el fin de que se declare la ilegalidad del actuar de la autoridad migratoria y se les permita ingresar al procedimiento de asilo.

Las trabas mencionadas vulneran el derecho humano a buscar y recibir asilo, precisamente porque impiden a la persona acceder a un procedimiento de estudio de su caso que guarde las garantías de un debido proceso, transgrediendo, además, los Principios Interamericanos sobre los DDHH de todas las personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas respecto del principio 12 de No discriminación e igualdad de protección y el principio 50 de Garantía de debido proceso legal en procedimientos migratorios²⁵. El hecho de impedir el ingreso al procedimiento en cuestión imposibilita el ejercicio del derecho mismo en su esencia, dejando a la persona sin posibilidades de acceder a un estatuto de protección internacional.

Adicionalmente, estas trabas implican una vulneración al principio de no devolución. Este principio es un principio general del derecho o norma de *ius cogens*²⁶⁻²⁷, consagrado en el artículo 22 N° 8 de las CADH, artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 3 de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes y 33 de la Convención de 1951 sobre el estatuto de los refugiados.

Al respecto, la jurisprudencia regional, mediante la opinión consultiva N° 25/2018 de la Corte IDH sobre la institución del asilo y su reconocimiento como Derecho Humano en el Sistema Interamericano de protección, señala que “la protección del principio de no devolución establecido en la referida disposición alcanza, en consecuencia, a toda persona extranjera y no solo a una categoría específica dentro de los extranjeros, como serían los solicitantes de asilo y refugiados”²⁸.

²³ GUTIÉRREZ Y CHARLES, 2019, pp. 193-243.

²⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 12.10.2019, rol 157.655-2019, confirmada por Corte Suprema, 29.02.2020, rol 24.456-2020.

²⁵ CIDH, 2019, pp. 8, 18 y 19.

²⁶ ACNUR, 2007, párr. 21.

²⁷ Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2001, párr. 11.

²⁸ Corte IDH, 2018, párr. 186.

Este principio ha sido definido como la prohibición de expulsar “(...) incluso a los extranjeros en situación irregular, si la devolución se hace a un país en donde corre riesgo su vida, su libertad personal debido a su raza, nacionalidad, religión, condición social u opiniones políticas, o si existen fundamentos para creer que pueden ser sometidos a tortura”²⁹.

Con todo lo anterior, las trabas descritas implican que la persona quede en posición de ser expulsada del país o pedírsele su abandono, producto de no contar, injustamente, con la protección y el visado que el procedimiento de asilo brinda. Esto, a su vez, transgrede la obligación de protección y garantía que tiene el Estado respecto de los derechos humanos de que gozan las personas.

IV. LA SOLUCIÓN: JUDICIALIZACIÓN DE LOS CASOS

Han sido los tribunales superiores de justicia los que han logrado revertir estas lamentables e ilegales situaciones que hemos detallado³⁰. En la investigación llevada adelante para el presente artículo, pudimos acceder a 85 acciones de protección presentadas por alguno de los motivos anteriormente descritos en la sección III, entre el 2018 y 2020, ante las Cortes de Apelaciones del país. De estas 85 causas, aunque conocemos de su existencia, desconocemos el resultado de 3 de ellas, por encontrarse el expediente reservado³¹.

Por su parte, 59 fueron acogidas total o parcialmente en primera instancia y nos consta que 39 de ellas fueron confirmadas por la Corte Suprema o quedaron firmes en primera instancia; que 1 fue acogida parcialmente en primera instancia y termina por ser acogida totalmente por la Corte Suprema, y que 1 fue revocada por la Corte Suprema. En relación con las 18 restantes, no tenemos información porque no pudimos acceder al expediente por encontrarse reservado.

²⁹ UPRIMNY YEPES Y SÁNCHEZ DUQUE, 2013, pp. 531-551.

³⁰ Ver informe final de investigación N° 818 de la Contraloría General de la República de fecha 1 de octubre de 2020. En este informe es el ente contralor el que da cuenta de las irregularidades cometidas por la autoridad migratoria en el procedimiento de asilo y además cita una parte de la jurisprudencia relativa a este punto.

³¹ Corte de Apelaciones de Arica, rol 826-2018; Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 2375-2018 y Corte de Apelaciones de Iquique, rol 329-2019.

Tabla 1. Casos acogidos por Cortes de Apelaciones que quedaron firmes o fueron confirmados por Corte Suprema

Rol ICA	Año	ICA	Cantidad de personas representadas	Resultado	Rol CS	Resultado
84537-2018	2018	Santiago	1	Acoge	2544-2019	Confirma Sentencia
72170-2018	2018	Santiago	1	Acoge	1286-2019	Confirma Sentencia
70763-2018	2018	Santiago	1	Acoge	1299-2019	Confirma Sentencia
67873-2018	2018	Santiago	1	Acoge	60-2019	Confirma Sentencia
21317-2018	2018	Santiago	1	Acoge	16890-2018	Confirma Sentencia
3472-2018	2018	Antofagasta	27	Acoge	5289-2019	Confirma Sentencia
450-2018	2018	Iquique	42	Rechaza/Acoge	11.684-2019	Confirma sentencia
66719-2019	2019	Santiago	1	Acoge	36207-2019	Confirma Sentencia
34304-2019	2019	Santiago	3	Acoge	19195-2019	Confirma Sentencia
16282-2019	2019	Santiago	1	Acoge	12077-2019	Confirma Sentencia
14960-2019	2019	Santiago	1	Acoge	15130-2019	Confirma Sentencia
4529-2019	2019	Rancagua	4	Acoge	18149-2019	Confirma Sentencia
814-2019	2019	Arica	13	Rechaza/Acoge	29.185-2019	Revoca/Confirma
793-2019	2019	Antofagasta	14	Acoge	13.414-2019	Confirma Sentencia
586-2019	2019	Arica	23	Acoge	21.233-2019	Confirma sentencia
146-2019	2019	Iquique	10	Acoge	14.654-2019	Confirma sentencia
145-2019	2019	Iquique	3	Acoge	14.653-2019	Confirma sentencia
144-2019	2019	Iquique	–	Acoge	14.652-2019	Confirma sentencia
117-2019	2019	Iquique	–	Acoge	13.941-2019	Confirma sentencia
184203-2019	2019	Santiago	3	Acoge	43617-2020	Apelación Inadmisible
184176-2019	2019	Santiago	7	Acoge	50730-2020	Apelación Inadmisible
176999-2019	2019	Santiago	13	Acoge	43970-2020	Apelación Inadmisible
165907-2019	2019	Santiago	3	Acoge	20792-2020	Confirma sentencia
157655-2019	2019	Santiago	3	Acoge	24456-2020	Confirma sentencia
140444-2019	2019	Santiago	–	Acoge	20805-2020	Confirma sentencia

Rol ICA	Año	ICA	Cantidad de personas representadas	Resultado	Rol CS	Resultado
103177-2019	2019	Santiago	–	Acoge	38874-2019	Confirma sentencia
100400-2019	2019	Santiago	1	Acoge	24470-2020	Confirma sentencia
71408-2019	2019	Santiago	1	Acoge	1341-2020	Confirma sentencia
70772-2019	2019	Santiago	2	Acoge	1333-2020	Confirma sentencia
52097-2019	2019	Santiago	–	Acoge	29836-2019	Confirma sentencia
44754-2019	2019	Antofagasta	37	Acoge	24.032-2019	Confirma sentencia
34424-2019	2019	Santiago	2	Acoge	24.036-2019	Confirma sentencia
4487-2019	2019	Antofagasta	28	Acoge	33.379-2019	Confirma sentencia
2202-2020	2020	Santiago	4	Acoge	118.820-2020	Inadmisible apelación DEM
2193-2020	2020	Santiago	3	Acoge	117.169-2020	Inadmisible apelación DEM
1266-2020	2020	Antofagasta	18	Acoge	62.684-2020	Se confirma sentencia
650-2020	2020	Santiago	10	Acoge	43.840-2020	Inadmisible apelación DEM
564-2020	2020	Puerto Montt	2	Acoge	71899-2020	Inadmisible apelación DEM
185-2020	2020	Santiago	17	Acoge	43.775-2020	Inadmisible apelación DEM

Por su parte, 23 causas fueron rechazadas en primera instancia, quedando firmes 2 de ellas. En 21 causas se apeló y se confirmaron 7 sentencias de rechazo por la Corte Suprema y fueron revocadas 14 sentencias, acogiéndose finalmente los recursos.

Tabla 2. Casos rechazados por Cortes de Apelaciones que quedaron firmes o fueron confirmados por Corte Suprema

Rol ICA	Año	ICA	Cantidad de personas representadas	Resultado	Rol CS	Resultado
79353-2018	2018	Santiago	2	Rechaza	–	Firme
68661-2018	2018	Santiago	3	Rechaza	–	Firme

230-2018	2018	Copiapó	1	Rechaza	31257-2018	Confirma Sentencia
826-2018	2018	Arica	–	Rechaza	30609-2018	Confirma Sentencia
2375-2018	2018	Antofagasta	–	Rechaza	26761-2018	Confirma Sentencia
230-2018	2018	Copiapó	1	Rechaza	31.257-2018	Confirma sentencia
25329-2019	2019	Santiago	1	Rechaza	17737-2019	Confirma sentencia
384-2019	2019	La Serena	3	Rechaza	18.142-2019	Confirma sentencia
1627-2020	2020	Puerto Montt	2	Rechaza	33.209-2020	Confirma sentencia

Tabla 3. Casos rechazados por Cortes de Apelaciones que fueron revocados por Corte Suprema

Rol ICA	Año	ICA	Cantidad de personas representadas	Resultado	Rol CS	Resultado
55660-2018	2018	Santiago	2	Rechaza	29331-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
919-2019	2019	Puerto Montt	2	Rechaza	19.110-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
448-2019	2019	Punta Arenas	1	Rechaza	19536-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
1067-2019	2019	Punta Arenas	4	Rechaza	33211-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
84189-2019	2019	Santiago	2	Rechaza	24725-2020	Revoca Sentencia (Acoge)
58197-2019	2019	Santiago	3	Rechaza	33743-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
49009-2019	2019	Santiago	14	Rechaza	36273-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
45255-2019	2019	Santiago	5	Rechaza	23.195-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
310-2019	2019	Iquique	3	Rechaza	23.261-2019	Revoca Sentencia (Acoge)

Rol ICA	Año	ICA	Cantidad de personas representadas	Resultado	Rol CS	Resultado
1067-2019	2019	Punta Arenas	4	Rechaza	33.211-2019	Revoca Sentencia (Acoge)
26846-2020	2020	Santiago	4	Rechaza	94.968-2020	Revoca Sentencia (Acoge)
1218-2020	2020	Santiago	19	Rechaza	63.388-2020	Revoca Sentencia (Acoge)
1001-2020	2020	Rancagua	13	Rechaza	27.585-2020	Revoca Sentencia (Acoge)
477-2020	2020	Rancagua	1	Rechaza	27584-2020	Revoca Sentencia (Acoge)

En conclusión, de las 85 causas revisadas, nos consta que en 54 de ellas el resultado final fue favorable a la o las personas que había sufrido vulneraciones a su derecho a buscar y recibir asilo en el sentido de ingreso a un procedimiento de asilo; en 9 el resultado fue desfavorable, y respecto de 21 desconocemos los resultados finales.

En cuanto a los argumentos dados por las Cortes Superiores de Justicia, podemos destacar que, en la mayoría de ellos, las acciones constitucionales de protección fueron acogidas por estimar que el acto era ilegal al omitir someter en el más breve plazo posible al conocimiento de la autoridad pertinente el requerimiento del solicitante, transgrediendo con ello el derecho de igualdad ante la ley consagrado en el artículo 19 N° 2 de la Constitución Política de la República.

Nos parece que las Cortes han sido claras en mostrar la ilegalidad que supone la práctica de admisibilidad al procedimiento, y, con ello, aunque no lo digan explícitamente, la vulneración al derecho a buscar y recibir asilo que han sufrido las personas afectadas. Por su parte, nos llama la atención que, pese a esto, la autoridad migratoria persista con sus prácticas de admisibilidad al procedimiento ilegales e insista en obstaculizar el ingreso al procedimiento de asilo.

V. INSISTENCIA DE LA AUTORIDAD EN LA OBSTACULIZACIÓN EN EL INGRESO AL PROCEDIMIENTO DE ASILO

Pese a la abundante jurisprudencia descrita, podemos indicar que las prácticas de admisibilidad al procedimiento de asilo continúan.

Como mencionamos, el artículo 37 del reglamento de la Ley 20.430 ya no establece la formalización como una etapa del procedimiento, pero sí la establece como un hecho –bastante confuso– del mismo, pues se señala que, presentada la solicitud y una

vez que el interesado realice la presentación escrita o complete el formulario respectivo, se entenderá formalizada la misma.

Aunque de la lectura de la norma no aparece que la formalización sea una etapa del procedimiento, sino solo es el nombre que se le da a un hecho, en la práctica, los problemas descritos en el acápite III de este artículo persisten en la actualidad, y la formalización sigue siendo un espacio problemático y vulneratorio de derechos, donde es posible denegar el ingreso al procedimiento de asilo. La formalización es solo el nombre que se le da a un hecho que ocurre cuando la persona o bien llena el formulario o bien presenta una carta solicitando su ingreso al procedimiento de asilo, y no un espacio para análisis, y es así como la autoridad debería entenderlo.

Al tratar de responder la pregunta del por qué de la insistencia de la autoridad en esta práctica ilegal de admisibilidad, no podemos sino pensar en el colapso del sistema, que se demuestra por la alta cantidad de solicitudes y la baja cantidad de procesamiento de la mismas, lo que fue someramente mencionado al inicio de este trabajo. A esto se suma la visión que la autoridad migratoria parece tener acerca de quienes solicitan el reconocimiento de su condición de refugiados, la que es, supuestamente, las personas abusarían de este estatuto, usándolo como mecanismo de regularización³².

Creemos que lo anterior no justifica, en ningún caso, la existencia de una etapa ilegal de admisibilidad al procedimiento, y queremos ser enfáticas en señalar claramente que esta práctica vulnera el derecho humano a buscar y recibir asilo, debiendo ser eliminada sin mayor dilación.

No obstante, y en búsqueda de soluciones, podemos señalar que los procedimientos de reconocimiento de la condición de refugiado se pueden aplicar en diferentes modalidades. Así, además del procedimiento regular, se encuentran los procedimientos acelerados de la determinación de la condición de persona refugiada (RSD³³), y los procedimientos simplificados.

Los procedimientos acelerados se diferencian del procedimiento regular, ya que cuentan “con una aceleración aplicada a todos o a algunos plazos del procedimiento de RSD”³⁴. Estos procedimientos implican un análisis del caso concreto, pero de una manera más rápida y abreviada. Los procedimientos acelerados se diferencian del procedimiento regular, ya que cuentan “con una aceleración aplicada a todos o a algunos plazos del procedimiento de RSD”. Estos procedimientos implican un análisis del caso concreto, pero de una manera más rápida y abreviada. En este tipo de procedimientos se pueden decidir solicitudes manifiestamente fundadas, así como aquellas abusivas

³² Véase “Desde 2012 a la fecha se ha aceptado el 2,8% de solicitudes de refugio, en medio del rezago en tramitaciones de regularización”. Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2022/05/02/C/QN44A28M#zoom=page-width>

³³ Determinación de la condición de persona refugiada es abreviado con las letras RSD, por sus siglas en inglés.

³⁴ ACNUR, 2017, Ayuda Memoria y Glosario sobre las Modalidades de Tramitación de Casos, Términos y Conceptos Aplicables a la Determinación de la Condición de Persona Refugiada bajo el Mandato del ACNUR (El Glosario), p. 8.

o manifiestamente infundadas. Si se aplican estos procedimientos, no se trata de la creación de definiciones previas de cuando un caso será de este tipo, pero sí de analizar que el caso guarde o no relación con las definiciones de persona refugiada o que sean fraudulentas de manera ostensible³⁵.

Los procedimientos simplificados son, básicamente, procesos en los que “uno o más aspectos del procedimiento regular de RSD se simplifican con el fin de obtener mayor eficiencia en términos de los plazos de la tramitación de casos”.³⁶ El procedimiento simplificado se ocupa con mayor frecuencia en casos en los que se aplica un enfoque *prima facie*, que significa “el reconocimiento de la condición de la persona refugiada sobre la base de circunstancias objetivas y evidentes en el país de origen (...) que indica que las personas que huyen de estas circunstancias están en riesgo de daño lo que los coloca dentro del ámbito de la definición de persona refugiada aplicable, en lugar de colocarlos en una evaluación individual”³⁷. Para esto se pueden elaborar casos tipos o perfiles de solicitantes con ayuda del ACNUR. Al respecto, nuestro ordenamiento jurídico prevé esta posibilidad en el artículo 42 de la Ley 20.430.

Si bien los procedimientos acelerados o simplificados permiten llegar a una resolución con mayor celeridad, siempre se deben seguir las garantías de un debido proceso³⁸.

Si el problema fuera, efectivamente, el colapso del sistema de asilo en Chile, entonces la aplicación de estos procedimientos podrían ser una respuesta. Eliminando la práctica ilegal de admisibilidad, este tipo de procedimientos permitiría extraer del sistema rápidamente los casos manifiestamente infundados o abusivos mediante la aplicación de un procedimiento acelerado, manteniendo la autoridad un apego irrestricto a la legislación chilena y tratados y estándares internacionales en la materia.

VI. CONCLUSIONES

La implementación de la Ley 20.430 en su momento significó un gran avance en materia de asilo para nuestro país. Sin embargo, el órgano administrativo no tardó en hacer una aplicación errónea del procedimiento de asilo, transgrediendo con ello reglas de la propia ley, así como a la normativa y estándares provenientes del derecho internacional.

Así, la autoridad ha impuesto una fase de admisibilidad al procedimiento no contemplada en la ley, negando la posibilidad de dar curso a la solicitud y solicitando requisitos previos que tampoco forman parte del procedimiento legal.

Tanto la jurisprudencia nacional como las resoluciones de la C G R, han sido claras en instruir a la autoridad competente en respetar el acceso al procedimiento sin trabas ni trámites preliminares, en pos del adecuado ejercicio del derecho humano a buscar y

³⁵ ACNUR, 2001, Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes).

³⁶ ACNUR, 2017, *Ibid.*, p. 9.

³⁷ *Ibid.*, p. 22.

³⁸ *Ibid.*, p. 15.

recibir asilo. En este sentido, los tribunales superiores de justicia se han posicionado como los garantes de la solución ante este problema; sin embargo, no es adecuado que las personas deban llegar a instancias de reclamación por medio de acciones constitucionales para el respeto, promoción y protección de sus derechos, cuestión que debería venir de antemano.

Ante el panorama descrito y los numerosos embates que ha tenido el procedimiento de asilo producto de los intempestivos cambios administrativos efectuados al procedimiento, urge que la autoridad migratoria del país tome en serio este procedimiento y lo considere como uno de extremo cuidado, debido, precisamente, a que trata del resguardo de personas vulnerables en necesidades de protección internacional. Para lograr esto, es necesario que la autoridad detenga las prácticas ilegales de admisibilidad al procedimiento. A mayor abundamiento se sugiere la eliminación del vocablo referido a la fase de formalización de la solicitud del reglamento de la Ley 20.430, terminando así con las confusiones y transgresiones a los derechos que este trae.

Es probable que lo señalado implique el temor de la autoridad ante un eventual abuso que de la figura del asilo pudiese hacerse, pero para ello es necesario que se comprenda que las obligaciones internacionales adquiridas en materia de derechos humanos no pueden amoldarse a las necesidades políticas de un país, y que, por el contrario, más bien son estas necesidades las que deben buscar un curso acorde a las obligaciones contraídas. En este sentido, se propone la adopción de procedimientos simplificados y acelerados de reconocimiento de la condición de refugiado, aceptando los costos políticos que puede traer, con la tranquilidad de saber que se actúa con apego a las normas y estándares internacionales vigentes en la materia.

BIBLIOGRAFÍA

- ACNUR, 2001: Procesos de asilo (procedimientos de asilo justos y eficientes), documento de Naciones Unidas N°EC/GC/01/12.
- ACNUR, 2007: Opinión Consultiva sobre la aplicación extraterritorial de las obligaciones de no devolución en virtud de la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados de 1951 y su Protocolo de 1967, párr. 21. <https://www.refworld.org/es/docid/4a8124522.html>
- ACNUR, 2015: Directrices sobre protección internacional N° 11. Reconocimiento prima facie de la condición de refugiado. HCR/GIP/15/11, 24 Junio 2015. <https://www.acnur.org/5c6c387a4.pdf>
- ACNUR, 2017: Ayuda Memoria y Glosario sobre las Modalidades de Tramitación de Casos, Términos y Conceptos Aplicables a la Determinación de la Condición de Persona Refugiada bajo el Mandato del ACNUR (El Glosario), 2017.
- ACNUR, 2022: Tendencias Globales: Desplazamiento Forzado en 2021. https://www.acnur.org/publications/pub_inf/62aa717288e/tendencias-globales-de-acnur-2021.html
- ACNUR, Buena práctica 14: No hay plazo para presentar la solicitud de reconocimiento de la condición de refugiado. http://acnur.org/fileadmin/Documentos/Proteccion/Buenas_Practicas/9290.pdf
- BADILLA, Paula, 2014: Análisis del derecho de los refugiados en Chile y la Ley N° 20.430 a la luz del Derecho Internacional (Doctoral dissertation). <https://bibliotecadigital.indh.cl/bitstream/handle/123456789/825/Tesis-2014.pdf?sequence=1>
- CANESSA, Martín y VARGAS, Francisca, 2021: "Derechos de las personas migrantes y refugiadas: la desprotección colectiva", en Francisca Vargas (ed.), Informe 2021, Centro de Derechos

- Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago. <https://derechoshumanos.udp.cl/informe-anual/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2021/#panel-9>
- CIDH, 2019: Audiencia temática sobre la situación de las personas migrantes en Chile, 3-10 mayo de 2019.
- CIDH, 2019: Principios Interamericanos sobre los Derechos Humanos de Todas las Personas Migrantes, Refugiadas, Apátridas y las Víctimas de la Trata de Personas. 7 de diciembre de 2019, Resolución 04/19. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/Principios%20DDHH%20migrantes%20-%20ES.pdf>
- CIDH, 2020: Audiencia temática: Sistemas de asilo y refugio frente a las situaciones humanitarias en la región, 6 de marzo de 2020. <https://youtu.be/RSy4lUDti60?list=PL5QlapyOGhXs0EfaRczG50phxdDOV85HB>
- CIDH, 2020: Debido proceso en los procedimientos para la determinación de la condición de persona refugiada y apátrida y el otorgamiento de protección complementaria, 5 Agosto 2020, OEA/Ser.L/V/II. Doc.255, párr 271. <https://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/DebidoProceso-ES.pdf>
- COMITÉ de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, 2001: Observación General No. 29, Artículo 4: Suspensión de obligaciones durante un estado de excepción, CCPR/C/21/Rev.1/Add.11, 31 de agosto de 2001, párrafo 11. <https://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2003/1997.pdf>
- CORTE IDH, 2018: Opinión Consultiva OC-25/18 de 30 de mayo de 2018 solicitada por la República del Ecuador. La institución del asilo y su reconocimiento como derecho humano en el Sistema Interamericano de Protección. (Interpretación y alcance de los artículos 5, 22.7 y 22.8, en relación con el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos), 30 Mayo 2018. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/OC-25-info.pdf>
- EL MERCURIO, 2022: “Desde 2012 a la fecha se ha aceptado el 2,8% de solicitudes de refugio, en medio del rezago en tramitaciones de regularización”. Disponible en: <https://digital.elmercurio.com/2022/05/02/C/QN44A28M#zoom=page-width>
- LAGOS Lasch, Victor Hugo y ROJAS Mesina, Óscar, 2014: “Derechos de los migrantes y refugiados”, en Tomás Vial Solar (ed.), Informe 2014, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago, pp.350-351. <https://derechoshumanos.udp.cl/informe-anual/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2014/#panel-11>
- MAGALLANES, Catalina, 2019: “La ambigüedad en el uso terminológico del asilo y refugio en la región de América Latina y el Caribe”, Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión, Año 7, No. 13; pp. 137-162.
- MIGRACIÓN en Chile, “Solicitudes de Refugio formalizadas en Chile”. <https://www.migracionchile.cl/refugio/>
- MIGRACIÓN en Chile, “Visas Temporales y Permanencias”. Disponible en: <https://www.migracionchile.cl/visas-e-ingresos/>
- MONDELLI, Juan, 2008: “El asilo como derecho humano en el derecho argentino”, Plan de acción de México para fortalecer la protección internacional de los refugiados en América Latina, Capítulo segundo: La protección Internacional para los refugiados investigación y desarrollo doctrinal.
- PACHECO, Claudia y GUTIÉRREZ Merino, Fernanda, 2019: “Derechos de las personas migrantes, solicitantes de asilo y refugiadas: ¿procedimientos ordenados, seguros y regulares? Medidas administrativas en migración y asilo bajo los estándares de los derechos humanos”, en Francisca Vargas (ed.), Informe 2019, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Santiago. <https://derechoshumanos.udp.cl/informe-anual/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2019-2/#panel-6>

- PASCUAL Ricke, Tomás Ignacio, 2020: La [des]protección de los derechos humanos en contextos de movilidad humana en Chile: expulsiones administrativas y solicitudes de protección internacional. *Anuario De Derechos Humanos*, 16(2), 381–410. <https://doi.org/10.5354/0718-2279.2020.59420>
- RAMÍREZ, Lina Callejas y Medina, Julio Jáuregui, 2011: ¿ El asilo contra la opresión? Análisis crítico de la evolución del asilo en Chile. *Derecho y Humanidades*, (17). <https://boletinjidh.uchile.cl/index.php/RDH/article/download/16978/17704>
- SERVICIO Nacional de Migraciones, Estadísticas Migratorias <https://www.extranjeria.gob.cl/estadisticas-migratorias/>
- UPRIMNY Yepes, Rodrigo y SÁNCHEZ Duque, Luz María, 2013: Artículo 22. Derecho de Circulación y Residencia. En C. Steiner y P. Uribe, *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (pp. 531-551). Santiago de Chile: Konrad Adenauer Stiftung.
- VARGAS, Francisca, 2018: “Derechos de las personas migrantes y refugiadas: cambios en materia migratoria en Chile”, en Tomás Vial (ed.), *Informe 2018*, Santiago, Universidad Diego Portales. <https://derechoshumanos.udp.cl/informe-anual/informe-anual-sobre-derechos-humanos-en-chile-2018/#panel-8>

Jurisprudencia citada

- CORTE IDH, Caso Vélez Loor con Panamá, sentencia de 23 de noviembre de 2010, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párr. 137. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_218_esp2.pdf
- CORTE IDH, Caso familia Pacheco Tineo contra Estado Plurinacional de Bolivia, sentencia de 25 de noviembre de 2013, Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, párrs. 154 y 159. Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_272_esp.pdf
- CORTE Suprema, sentencia de 23 de enero de 2019, rol 31.346 - 2018.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 24 de diciembre de 2019, rol 70772-2019, confirmada por la Corte Suprema, sentencia de 13 de marzo de 2020, rol 1333-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de enero de 2020, rol 157.655-2019, confirmada por Corte Suprema, sentencia de 16 de marzo de 2020, rol 24.456-2020.
- CORTE de Apelaciones de Arica, rol 826-2018; Corte de Apelaciones de Antofagasta, rol 2375-2018 y Corte de Apelaciones de Iquique, rol 329-2019. Todas constituyen causas reservadas.

Normas jurídicas citadas

- LEY S/N, Reglamento Constitucional Provisorio, publicada el 26 de octubre de 1812, <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1005390>.
- TRATADO sobre Derecho Penal Internacional de Montevideo, adoptado el 23 de enero de 1889.
- CONVENCIÓN de Asilo de La Habana, adoptada el 20 de febrero de 1928, entrada en vigor 21 de mayo de 1929.
- CONVENCIÓN sobre Asilo político de Montevideo, adoptada el 26 de diciembre de 1933, entrada en vigor 28 de marzo de 1935.
- TRATADO sobre Asilo y Refugio político de Montevideo, adoptado el 4 de agosto de 1939, entrada en vigor 29 de enero de 1958.
- DECLARACIÓN Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre, 1948.
- CONVENCIÓN sobre Asilo Territorial de Caracas, adoptada el 28 de marzo de 1954, entrada en vigor el 29 de diciembre de 1954.

- CONVENCIÓN sobre Asilo Diplomático de Caracas, adoptada el 28 de marzo de 1954, entrada en vigor 29 de diciembre de 1954.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos, adoptada el 22 de noviembre de 1969. Publicada en Chile el 23 de agosto de 1990.
- DECRETO 100: Fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile, de 22 de septiembre de 2005. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>
- LEY 20.430, Establece disposiciones sobre protección de refugiados, publicada el 15 de abril de 2010. Disponible en: <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=1012435>
- INFORME final de investigación N° 818 de Contraloría General de la República, de 1 de octubre de 2020.
- RESOLUCIÓN exenta N° 214.806, Subsecretaría del Interior del 15 de diciembre de 2020.
- OFICIO 7196: Remite instrucciones relacionadas con los procedimientos de atención de público en oficinas de extranjería en Gobernaciones Provinciales, Subsecretaría del Interior, de 26 de marzo de 2021.

Consulta de pertinencia y fiscalización ambiental: una propuesta de armonización

*Jaime Phillips Letelier**
*Felipe Pavez Torrealba***

RESUMEN

Este artículo estudia la naturaleza jurídica y efectos de las declaraciones de pertinencia ambientales. La opinión predominante afirma que se trata de meras opiniones no vinculantes. Se rebate esta posición mostrando que estos instrumentos tienen una importante función en la administración del sistema de evaluación de impacto ambiental, para afirmar que tienen una obligatoriedad limitada o relativa. Se propone, desde un enfoque responsivo, una reinterpretación de las normas que consagran las potestades del Servicio de Evaluación Ambiental y de la Superintendencia del Medio Ambiente para armonizar la relativa obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia con los poderes de fiscalización de la Superintendencia del Medio Ambiente.

Pertinencia ambiental; fiscalización; seguridad jurídica

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Finis Terrae, Chile. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-4054-3187>. Correo electrónico: jphillips@uft.cl.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Profesor de Metodología de la Investigación, Universidad Finis Terrae, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8138-029X>. Correo electrónico: fpavez@uft.cl.

Este artículo forma parte del proyecto FONDECYT Regular 2021 N° 1210112 titulado "La función de fiscalización administrativa: potestades, régimen y problemas en el ordenamiento jurídico chileno" a cargo del profesor Jaime Arancibia Mattar del que Jaime Phillips Letelier es coinvestigador.

Agradecemos los comentarios del investigador responsable del proyecto. Agradecemos también al Programa de Derecho y Medio Ambiente de la Pontificia Universidad Católica de Chile, en las personas de Ricardo Irrazábal y Pierangela Cervellino, por sus sugerencias y participación en el encuentro organizado pertinente al tema del artículo, así como los comentarios de Edesio Carrasco, Javier Herrera, María Luisa Baltra, Ignacio Covarrubias, Ivette Esis, Javiera Corvalán, Francisca Ávila, Ítalo Montes, Denise Lara, Ian Henríquez, Pier Pigozzi y Alejandro Leiva. Damos las gracias también a la ayudante de investigación Jirhé Miranda por su valiosa asistencia. Finalmente, agradecemos el constante aliento y apoyo de las profesoras Ángela Arenas y Carolina Riveros.

Artículo recibido el 29.4.2022 y aceptado para su publicación el 12.9.2022.

*Environmental pertinence and inspection:
a proposal for armonization*

ABSTRACT

This paper addresses the legal nature and effects of environmental pertinence declarations in the Chilean Environmental Assessment System. The mainstream opinion asserts that these declarations are non-binding decisions. The paper argues that these instruments have an important role in the administration of the SEIA, which should lead to the recognition of their having a relative binding effect. It proposes, drawing from a responsive regulation approach, a reinterpretation of the legal norms that establish the powers of the Chilean Environmental Evaluation Service and the Chilean Superintendency of the Environment in order to harmonize the relative bindiness of the pertinence declarations with the inspection powers of the Environmental Surveillance Agency.

Environmental pertinence; Inspection; Legal Certainty

INTRODUCCIÓN

Nacidas como una práctica administrativa¹, las consultas de pertinencia buscan brindar seguridad acerca de qué proyectos o modificaciones están jurídicamente obligados a ingresar al SEIA². Esto condujo a la dictación de un instructivo respecto de consultas de pertinencia por parte del Servicio de Evaluación Ambiental (SEA), al alero de la jurisprudencia de la Contraloría General de la República (CGR); para finalmente ser recogidas en el Reglamento del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental del año 2013³.

A pesar de su importancia práctica, la doctrina y jurisprudencia mayoritarias señalan que las respuestas a estas consultas son una “mera opinión” no vinculante. Así, no tienen efecto respecto de los derechos y obligaciones que existen en el contexto del sistema de evaluación de impacto ambiental (SEIA), ni alteran los deberes la Superintendencia del Medio Ambiente (SMA). Sin embargo, otra corriente, minoritaria, argumenta en favor de una mayor obligatoriedad que deriva de estos instrumentos, para dotarlas de mayor estabilidad; lo que también se ha hecho presente en proyectos de ley⁴.

En este trabajo nos proponemos resolver esta discrepancia haciendo una reinterpretación de las normas de derecho medioambiental que regulan esta institución. Teniendo en cuenta las necesidades ambientales y económicas detrás del diseño institucional⁵, argumentaremos que considerar a las declaraciones de pertinencia como meras opiniones

¹ URIARTE e INSUNZA, 2021, p. 4. Ver también, BERTAZZO, 2019, pp. 128-120.

² ARELLANO y SILVA, 2014, pp. 449-450.

³ URIARTE e INSUNZA, 2021, pp. 4-5.

⁴ Libertad y Desarrollo, 2018, p. 28. Ver también, Mensaje Presidencial, Boletín 11747-03.

⁵ AYRES y BRAITHWAITE, 1992, p. 4; MONTT, 2010, pp. 10-14.

no vinculantes le resta aptitud al SEA para cumplir con la función que le encomienda el ordenamiento jurídico y desincentiva la cooperación de los particulares sujetos a su autoridad. Sin embargo, también afirmaremos que una obligatoriedad formal o absoluta de las declaraciones de pertinencia negativas puede generar problemas, pues limitaría los poderes de fiscalización y sanción de la SMA en desmedro del principio precautorio.

Para lograr un equilibrio, se afirmará la hipótesis de que las declaraciones de pertinencia tienen un efecto vinculante relativo o limitado. Este efecto vinculante no impide que la SMA ejerza sus poderes de fiscalización respecto de actividades que hayan sido objeto de una declaración de pertinencia. Pero, al ejercer sus poderes de fiscalización, la SMA tendrá el deber de determinar si el titular del proyecto se ajustó a lo consultado en el procedimiento de pertinencia. En tal caso, la SMA estará vinculada por la declaración de pertinencia salvo que: (1) no exista correspondencia entre el proyecto fiscalizado y lo consultado en el procedimiento de pertinencia o (2) en caso de considerar que la declaración de pertinencia fue emitida en forma contraria a derecho.

Para conseguir lo anterior, nuestro trabajo utilizará una metodología dogmática de análisis normativo y doctrinal. También, se analizará la jurisprudencia judicial y administrativa mediante una selección cualitativa de las causas más relevantes de los Tribunales Ambientales y de la Corte Suprema, a partir de la entrada en vigencia de la Ley 20.417, bajo los títulos “declaración de pertinencia” y “consulta de pertinencia”, en la base de datos Vlex.

El artículo tiene la siguiente estructura. Primero, se analiza el estado del arte en materia de pertinencia ambiental en dos partes: (i) se estudia su concepto y naturaleza jurídica, y (ii) se presenta la discusión acerca de sus efectos jurídicos. Segundo, se realizan críticas al actual estado del arte con miras a proponer bases de mejora. Tercero, se hacen propuestas para armonizar una obligatoriedad relativa de las declaraciones de pertinencia con los poderes de fiscalización de la SMA. Se finaliza con unas breves conclusiones.

I. LA PERTINENCIA AMBIENTAL

1. *Concepto y naturaleza*

La pertinencia de ingreso al SEIA es un procedimiento administrativo de tipo consultivo⁶. Cuatro elementos caracterizan este tipo de procedimientos: (1) la existencia de un órgano administrativo, (2) un particular que se propone realizar una actividad, (3) la presentación de una consulta de la actividad que el particular se propone realizar antes de su ejecución, y (4) la respuesta del organismo. Estos elementos conforman el núcleo dogmático de esta institución⁷.

⁶ BERMÚDEZ, 2014, p. 295.

⁷ VERGARA, 2014, pp. 974-977.

Este análisis nos permite identificar las normas aplicables a esta institución. Se trata de un procedimiento y acto administrativo regulados por la Ley 19.880. En cuanto acto, es de aquellos conocidos como “dictámenes o declaraciones de juicio, constancia o conocimiento”, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 3° de la Ley 19.880⁸, y tiene sustento en dos normas generales: el artículo 19 N° 14 de la Constitución (norma que consagra el derecho de petición) y el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, que establece un derecho general de los particulares frente a la Administración de recibir información de los requisitos jurídicos o técnicos que rigen los proyectos o actividades que los particulares se propongan realizar⁹.

La legislación suele consagrar mecanismos específicos de consulta a la Administración¹⁰. En el caso de la pertinencia ambiental se ha estimado que la legislación no consagra de modo expreso el mecanismo consultivo. Más bien nació como una práctica cuando el titular de un proyecto tenía dudas de si tenía obligación de someterse al SEIA antes de ejecutarlo; para luego ser recogida en el artículo 26 del Reglamento del SEIA.

El procedimiento concluye con un acto denominado “declaración de pertinencia”. Esta contiene un pronunciamiento del SEA acerca de si el titular de un proyecto tiene la obligación de someterse al SEIA antes de ejecutarlo o de modificarlo¹¹. Nosotros clasificamos las posibles respuestas en dos tipos: son positivas cuando se declara que existe la obligación de ingresar al SEIA y negativas cuando se declara que tal obligación no existe. También en la práctica ambiental se puede hablar de “pertinencias indirectas” para referirse a las consultas de modificaciones a actividades que ya cuentan con una RCA y simplemente de “pertinencias” para referirse a proyectos nuevos.

2. *Discusión en relación con sus efectos jurídicos*

Existen dos vertientes de opinión respecto de cuáles son los efectos jurídicos de las declaraciones de pertinencia. La opinión predominante señala que son una mera opinión no vinculante. Otra opinión, más bien minoritaria, pone énfasis en el hecho de que son actos administrativos y que operan en la práctica como una especie de acto de autorización y que generan ciertos derechos o, al menos, un cuadro de confianza legítima.

Para la primera corriente, las declaraciones de pertinencia no gozan de imperatividad y exigibilidad, sino que son una simple opinión no vinculante que no genera derechos¹². Esto porque solo se refieren a antecedentes presentados por el proponente de una actividad, los que pueden resultar ser incompletos, parciales o no coincidir con lo ejecutado. Así, nada impide que el SEA luego cambie de opinión si lo estima

⁸ ARELLANO y SILVA, 2014, pp. 448-461.

⁹ BERTAZZO, 2019, p. 129; ARELLANO y SILVA, 2014, p. 450. Ver también, HERRERA, 2014, p. 62.

¹⁰ Por ejemplo, artículo 18 N° 2, Decreto Ley 211 de 1973; Artículos 6 y 26 *bis*, Código Tributario; artículo 6°, Ley 10.336 de 1954.

¹¹ Segundo Tribunal Ambiental, 23.11.2018, rol R-198-2018, considerando 34°; Segundo Tribunal Ambiental, 23.11.2018, rol R-198-2018, considerando 31°.

¹² Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019, considerando 8°.

procedente¹³. En consecuencia, una declaración de pertinencia no puede entenderse como una modificación o permiso para operar sin una RCA¹⁴, ni tampoco suspende los efectos de estas resoluciones¹⁵. En el mismo sentido, la declaración de pertinencia tampoco exime de cumplir con lo resuelto en un programa de cumplimiento emanado de la SMA¹⁶.

No existe disposición normativa que otorgue efecto obligatorio a la declaración de pertinencia. Además, se desprende del artículo 26 del Reglamento del SEIA que la SMA puede requerir el ingreso de un proyecto o actividad no obstante lo que disponga el SEA en una consulta de pertinencia¹⁷.

Siguiendo este razonamiento, la CGR ha sostenido que los cambios al Reglamento del SEIA rigen *in actum*, de manera que un proyecto que tenía una pertinencia negativa puede terminar debiendo someterse al SEIA en virtud de un cambio reglamentario¹⁸. Por esto, la declaración de pertinencia sería un acto que puede verse alterado por modificaciones legales o reglamentarias sobrevinientes. Menos aún puede la declaración de pertinencia ser exigida como antecedente para el otorgamiento de permisos sectoriales, pues es posible que los antecedentes objeto de consulta luego “no se ajusten a la realidad”¹⁹. En este sentido, la SMA siempre puede ordenar el ingreso de un proyecto o su modificación si estima que requiere una RCA²⁰.

Según este criterio los poderes de fiscalización y correctivos de la SMA se imponen siempre a las declaraciones de pertinencia²¹. De hecho, las normas que establecen la consulta de pertinencia son “sin perjuicio” del artículo 3º letra i) de la Ley 20.417 que permite a la SMA requerir el ingreso al SEIA de una actividad no evaluada ambientalmente (aunque tenga una declaración de pertinencia favorable)²², lo que también se suele señalar en cada una de las cartas de pertinencia. Por esto, la declaración de pertinencia no es “resolutoria”, pues “podría ser superada por hechos sobrevinientes, pero también por una diferente valoración del caso por parte de la Superintendencia”²³.

Por esto, se habla de un acto de “mero” juicio, constancia o conocimiento²⁴, dando a entender que se trata de una opinión insignificante o sin importancia²⁵, y que se trata

¹³ BERTAZZO, 2016, p. 49.

¹⁴ Tercer Tribunal Ambiental, 23.03.2015, rol R-22-2015, considerando 25º.

¹⁵ Tercer Tribunal Ambiental, 10.02.2020, rol R-64-2018, considerando 173º.

¹⁶ Tercer Tribunal Ambiental, 31.03.2020, rol R-18-2019, considerando 31º.

¹⁷ Tercer Tribunal Ambiental, 28.10.2021, rol R-28-2020, considerando 43º.

¹⁸ Contraloría General de la República, 2.10.2014, N° 75903N14. Ver también, Contraloría General de la República, 5.8.2016, N° 58037N16.

¹⁹ Contraloría General de la República, 23.4.2020, N° 8242N20.

²⁰ Contraloría General de la República, 3.2.2020, N° 2731N20.

²¹ Arellano y Silva, 2014, pp. 472-473.

²² Artículo 26, Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

²³ BERTAZZO, 2019, p. 130.

²⁴ ARELLANO y SILVA, 2014, p. 459 y 461.

²⁵ Real Academia Española de la Lengua, “mero”, 2^{da} acepción. Disponible en: <https://dle.rae.es/mero>.

de un acto administrativo no decisorio ni exigible²⁶. Una declaración de pertinencia, con menor razón, restringe o modifica la operatividad de una RCA, ni permite soslayar la evaluación ambiental cuando la ley lo requiere²⁷. Como máximo, si se hace buen uso del mecanismo, la declaración a lo más tendrá el valor de una importante “fuente autoritativa”²⁸.

La segunda corriente de opinión aboga por una mayor obligatoriedad de estos instrumentos. Pone énfasis en el carácter de acto administrativo de estas decisiones, que gozan de una presunción de legalidad²⁹. Se trata de actos cuya invalidación puede ser solicitada por terceros, pues, en definitiva, les puede causar perjuicio al eximir a un proyecto de ingresar al SEIA³⁰. Incluso la Corte Suprema ha argumentado que la declaración de pertinencia negativa es un “acto de contenido favorable”, de manera que no está permitida su simple revocación por medio del artículo 61 de la Ley 19.880 y para su invalidación es necesaria la audiencia previa de quien la obtuvo en su favor³¹.

En esta línea la CGR ha señalado que la declaración de pertinencia puede ser mirada como una “aprobación” para efectos de admitir a trámite una solicitud de otorgamiento o modificación de una concesión de telecomunicaciones, en términos del artículo 14 de la Ley 18.168³². Incluso ha señalado que es posible utilizarla como antecedente para otorgar la recepción definitiva de un inmueble³³. Adicionalmente, ha resuelto que una declaración de pertinencia, al ser un acto administrativo formal, puede ser objeto de recursos administrativos³⁴ (aunque los tribunales ambientales han señalado que no son competentes para conocer de impugnaciones contra la resolución que resuelve dichos recursos³⁵).

Herrera sostiene que la pertinencia negativa consiste en la declaración de que un proyecto o actividad no tiene la carga de someterse al SEIA³⁶. Este efecto lo conceptualiza como un derecho adquirido para el titular del proyecto y una confianza legítima de los terceros (por ejemplo, contratistas que colaboran con el proyecto o actividad objeto de consulta), de no tener que pasar al SEIA o ser sancionados por la SMA.

Sin embargo, tal derecho o cuadro de confianza legítima sería de carácter “precario”, pues una variación respecto de lo consultado podría desencadenar una orden de ingreso

²⁶ PRIETO, 2013, p. 188; ARELLANO y SILVA, 2014, p. 462. Ver también, Corte Suprema 03.01.2018, rol 165-2017, considerando 6°.

²⁷ ARELLANO y SILVA, 2014, pp. 451, 453-454 y 466-471.

²⁸ BERTAZZO, 2019, p. 130-131.

²⁹ Tercer Tribunal Ambiental, 30.03.2020, R-16-2019, considerando 22°.

³⁰ Tercer Tribunal Ambiental, 15.07.2021, rol R- 41-2021, considerando 7°. Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019.

³¹ Corte Suprema, 28.12.2020, rol 43.799-2020, considerando 7°.

³² Contraloría General de la República, 5.11.2020. N° E49295N20.

³³ Contraloría General de la República, 29.6.2014, N° 23683N17. Ver también, Contraloría General de la República, 2.8.2021, N° E126162N21

³⁴ Contraloría General de la República, 1.2.2013, N° 7620N13. Ver también, Contraloría General de la República, 9.4.2014, N° 25269N14.

³⁵ Tercer Tribunal Ambiental, 8.3.2017, rol R-49-2017, considerando 7°.

³⁶ HERRERA, 2014, pp. 66-67, 80-81

al SEIA por parte de la SMA³⁷. Finalmente, Bermúdez sostiene que la única forma de solucionar el problema derivado de un cambio de criterio respecto de una pertinencia negativa sería aplicar, de modo riguroso, los principios de coordinación administrativa y de protección de la confianza legítima³⁸.

II. PROBLEMAS DE LA COMPRESIÓN ACTUAL

1. *Buscando certeza y flexibilidad*

La opinión predominante resulta problemática porque no tiene en cuenta que el procedimiento de pertinencia persigue dos efectos prácticos importantes: brindar certeza jurídica a los proponentes y otorgar flexibilidad en la ejecución de los proyectos.

¿Por qué para conseguir certeza? Este instrumento ha sido utilizado por particulares y autoridades sectoriales para salir de la incertidumbre de si un proyecto o actividad debe someterse al SEIA. Técnicamente la declaración de pertinencia negativa no es una autorización administrativa, sino que es un acto que declara si acaso determinado proyecto debe someterse por ley al SEIA. En caso de una respuesta negativa, el proponente adquiere certeza de que la ley le da sustento jurídico al proyecto (sin mediar una autorización propiamente tal), fenómeno conocido como “legalización *ope legis*”³⁹.

A pesar de esto, la pertinencia negativa ha sido mirada como una especie de “permiso ambiental” o “autorización”⁴⁰, tal como lo insinuó la CGR en un pronunciamiento⁴¹. Esto se explica porque la pertinencia negativa, en cierto sentido, “da luz verde” a un proyecto, porque saca al proponente de un estado de incertidumbre. En tal sentido, la Corte Suprema ha considerado que la carta de pertinencia constituye una “aceptación” y una “autorización” para llevar a cabo una prueba piloto de un plan para hacerse cargo de impactos no previstos en una evaluación ambiental previa⁴².

Incluso también determinadas autoridades han intentado exigir la tramitación de declaraciones de pertinencia como requisito previo al otorgamiento de permisos sectoriales, con el propósito de superar la incertidumbre de si un proyecto debe someterse o no al SEIA. Sin embargo, la CGR ha sido enfática en que no procede realizar tal exigencia y que solo deben exigir aquellos antecedentes previstos en su legislación sectorial específica⁴³.

³⁷ HERRERA, 2015, p. 69.

³⁸ BERMÚDEZ, 2014, pp. 295-296.

³⁹ ARANCIBIA, 2020, p. 25.

⁴⁰ RETAMAL 2015 p. 517; ARELLANO y SILVA, 2014, p. 458.

⁴¹ Contraloría General de la República, 5.11.2020. N° E49295N20.

⁴² Corte Suprema, 6.11.2014, rol 15.737-2014, considerando 18°.

⁴³ Contraloría General de la República, 29.6.2014, N° 23683N17; Contraloría General de la República, 2.8.2021, N° E126162N21; Contraloría General de la República, 1.10.2015, 78159N15; Contraloría General de la República, 19.12.2016, 90563N16; Contraloría General de la República, 23.4.2020, N° 8242N20.

También la consulta de pertinencia ha sido usada para flexibilizar la aplicación de una RCA⁴⁴. Un proyecto apto para causar impacto ambiental que cumple con alguna de las tipologías del artículo 10 de la Ley 19.300 solo puede ser ejecutado dentro de los términos de la RCA. A su vez, esta autorización solo puede ser modificada en virtud del procedimiento previsto para ello⁴⁵. Esto introduce rigidez en el desenvolvimiento de los proyectos. Por esto, frente a la necesidad de modificar un proyecto, se estableció la práctica de solicitar declaraciones de pertinencia de modificaciones, con el propósito de poder implementarlas sin un cambio a la RCA. Esto sería posible en el caso de modificaciones que no sean “de consideración”, según lo define el Reglamento del SEIA⁴⁶.

Se podría criticar este uso de la “pertinencia indirecta” señalando que no es posible admitir que la declaración del SEA modifique o interprete una RCA. Sin embargo, hay quienes señalan que las declaraciones de pertinencia contienen una verdadera interpretación de las RCA y de la normativa ambiental respectiva⁴⁷. Esto es atendible porque es difícil, al decidir sobre la pertinencia de ingresar una modificación al SEIA, escindir en la práctica lo decidido en la RCA de la modificación que se pretende hacer, pues en definitiva hay que evaluar el impacto ambiental del conjunto de la actividad sometida al juicio de la autoridad.

Con esto, se puede decir que los principales beneficios de contar con un procedimiento de pertinencia ambiental es justamente conseguir certeza jurídica y flexibilidad para ejecutar los proyectos⁴⁸. Lo que es tan real que incluso se ha considerado que estos actos dan lugar a la afectación de derechos o intereses de grupos determinados⁴⁹. En este contexto, la opinión predominante limita en gran medida la posibilidad de conseguir certeza y flexibilidad porque (i) no se permite que una autoridad sectorial la exija como antecedente para tomar una decisión y (ii) porque la declaración de pertinencia queda desprovista de valor frente a una futura fiscalización por parte de la SMA.

Desde un enfoque responsivo⁵⁰, pensamos que la consideración de la pertinencia ambiental como una opinión no vinculante le resta a este mecanismo su aptitud para brindar certeza jurídica y flexibilidad. Esto porque la amenaza de que la declaración de pertinencia será desconsiderada por la SMA se cierne siempre sobre las autoridades sectoriales y los titulares. Así, no se incentiva la cooperación con la autoridad de quienes, en principio, están dispuestos a considerar la opinión del SEA antes de ejecutar un proyecto o modificarlo. Por ello, pensamos que es necesario afirmar una mayor obligatoriedad de

⁴⁴ PRIETO, 2013, p. 188.

⁴⁵ Artículo 25 *quinquies*, Ley 19.300, de 1994.

⁴⁶ Artículos 2° letra g), Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

⁴⁷ CARRASCO y HERRERA, 2014, p. 642.

⁴⁸ ARELLANO y SILVA, 2014, p. 464.

⁴⁹ Corte Suprema, 16.03.2022, rol 84.513-2021; Corte Suprema, 24.10.2019, rol 21.432-2019; Corte Suprema, 3.7.2020, rol 36.413-2019; Corte Suprema, 14.5.2020, rol 36.416-2019; Corte Suprema, 28.12.2020, rol 43.799-2020; Corte Suprema, 9.7.2019, rol 3470-2018; Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019.

⁵⁰ BRAITHWAITE, 2002, p. 120.

estos instrumentos en línea con la opinión minoritaria, pero sin darle un valor absoluto de cara a las potestades de la SMA.

2. *La pertinencia ambiental como medida de protección*

Siguiendo con la idea de que la declaración de pertinencia tiene un efecto práctico importante, constatamos que la Corte Suprema la utiliza en el contexto de acciones de protección para resguardar el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación.

Por ejemplo, en la causa “Garín con Municipalidad de Papudo” la Corte Suprema ordenó que el proyecto “Punta Puyai” debía ingresar al SEIA por la vía de una consulta de pertinencia⁵¹. Mientras, en “Larrea y otros con Inmobiliaria Mirador S.A. y otro” la Corte Suprema ordenó la suspensión de la ejecución de un proyecto inmobiliario mientras no existiese una declaración de pertinencia negativa firme o una RCA favorable⁵². Asimismo, en “Comité de Defensa del Parque Canelo-Canelillo y Valores Patrimoniales con Municipalidad de Algarrobo y otros” los vecinos de la referida comuna interpusieron un recurso de protección a causa de un proyecto consistente en la construcción de una línea de 17 quioscos emplazado en una zona típica, lo que concluyó en una orden de ingresar una consulta de pertinencia⁵³.

La jurisprudencia citada muestra que nuestro máximo tribunal considera que la orden de ingresar una consulta de pertinencia es una medida apta para dar protección al derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Asimismo, como señala Bertazzo, la decisión de ordenar ingresar una consulta de pertinencia le permite a la Corte Suprema evadir el tener que interferir de modo excesivo en una materia de competencia de una autoridad especializada⁵⁴, ya que así será el SEA quien decida si el proyecto deberá ser evaluado o no.

De este modo, la Corte Suprema considera la declaración de pertinencia como una herramienta útil para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. Sin embargo, si la declaración de pertinencia fuese una opinión jurídica no vinculante, en estricto rigor, tampoco debiese ser considerada como un trámite que pueda lesionar o proteger derechos fundamentales. Esto, porque al no ser vinculantes, pueden ser ignoradas por los actores del sistema.

En este contexto, ¿qué debiesen hacer los tribunales? Una solución coherente sería dejar de lado la orden de ingresar una consulta de pertinencia como medida de protección

⁵¹ Corte Suprema, 24.12.2018, rol 15.499-2018, considerando 15°. Ver también, Corte Suprema, 24.12.2018, rol 15.500-2018 y Corte Suprema, 24.12.2018, rol 15.501-2018.

⁵² Corte Suprema, 15.5.2020, rol 27.564-2020. Ver también, Corte Suprema, 14.3.2018, rol 45.059-2017 en que dos integrantes de la sala estuvieron de acuerdo con ordenar el ingreso de una consulta de pertinencia respecto de un proyecto de extracción de áridos.

⁵³ Corte Suprema, 8.2.2021, rol 144.089-2020.

⁵⁴ BERTAZZO, 2019, p. 131.

y, en lugar de ello, disponer que la SMA realice fiscalizaciones en terreno para determinar si un proyecto o actividad debe ingresar al SEIA⁵⁵.

Sin embargo, pensamos que no necesariamente en todos los casos debiésemos optar por esta solución. Una mayor obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia es más coherente con el uso que está haciendo de ellas la Corte Suprema. Lo anterior, no impide que, en ciertos casos, sea más útil acudir a la SMA para lograr una mejor tutela de ese derecho. Por esto, como propondremos más adelante, es necesario comprender de mejor manera el rol y momento en que actúan el SEA y la SMA, y cómo deben coordinarse para cumplir mejor su función.

3. *La pertinencia negativa como “acto favorable”*

Una reciente línea jurisprudencial ha destacado el carácter de acto administrativo de las declaraciones de pertinencia para sostener que son decisiones amparadas por la presunción del artículo 3° de la Ley 19.880. Se trata de actos administrativos que, dependiendo del caso, puede tener efectos calificables como “favorables” o “desfavorables”. Los primeros son aquellos que “amplían la esfera jurídica del interesado (actos favorables) y otros la reducen (actos desfavorables o de gravamen)”⁵⁶.

Tal tendencia se origina en “Weber McKay con Servicio de Evaluación Ambiental de Aysén”. En esta oportunidad se realizó una consulta de pertinencia para rehabilitar un proyecto hidroeléctrico. El SEA declaró que el proyecto no debía someterse al SEIA. Vecinos del lugar solicitaron la invalidación de la declaración, pues consideraban que el proyecto sí debía ingresar al SEIA. Esta solicitud fue rechazada. Respecto de ese acto, se interpuso la reclamación del artículo 17 N° 8 de la Ley 20.600.

En contra de la reclamación, el SEA argumentó que, al tratarse solo de una opinión no vinculante, la declaración de pertinencia no tendría la aptitud para afectar los derechos o intereses de terceros. De esta manera, quienes solicitaron la invalidación no tenían la calidad de interesados requerida por el artículo 21 de la Ley 19.880 para participar en un procedimiento administrativo. Por tanto, los reclamantes no tenían legitimación ni para solicitar la invalidación de la declaración de pertinencia ni para entablar luego una reclamación en contra de la decisión de no invalidar.

El tribunal ambiental resolvió que las declaraciones de pertinencia eran actos administrativos susceptibles de ser invalidados conforme con el artículo 53 de la Ley 19.880⁵⁷. De ello se desprende que la declaración de pertinencia negativa sería un acto favorable, pues su invalidación dejaría al descubierto la obligación de ingresar al SEIA. Esto implica que tanto las declaraciones de pertinencia como el acto que las invalida

⁵⁵ BERTAZZO, 2019, p. 133-134.

⁵⁶ VALDIVIA, 2018, p. 213.

⁵⁷ Tercer Tribunal Ambiental, 15.7.2021, rol R-41-2020, considerando 6°, con apoyo en Tercer Tribunal Ambiental, 30.3.2020, rol R-16-2019, considerando 22°. Sin embargo, la reclamación fue desechada por aplicación de la teoría de la invalidación impropia.

pueden afectar derechos o intereses⁵⁸. Por esto, solo se podría dar lugar a la invalidación “previa audiencia del interesado”⁵⁹, siendo tal persona quien la obtuvo a su favor.

Un interesante fallo de la Corte Suprema señaló también que la pertinencia negativa era un “acto de contenido favorable”. Se trata de la causa “Germán Ribba con Servicio de Evaluación Ambiental de La Araucanía”. En ella, el titular de un proyecto ingresó una consulta de pertinencia para realizar una modificación al mismo. Esta fue resuelta en sentido negativo. Luego, la autoridad cambió de opinión y dejó sin efecto la resolución porque estimó que, en realidad, los cambios sí eran de consideración bajo ciertos supuestos, y concluyó que debían pasar al SEIA.

En este proceso, parte de la discusión consistió en si la autoridad ejerció su potestad de invalidación o de revocación⁶⁰. La Corte Suprema razonó señalando que la declaración de pertinencia de este caso era claramente un acto de “contenido favorable” que solo podía ser dejado sin efecto mediante la potestad de invalidación, mas no la de revocación. Esto porque la pertinencia negativa permite al titular del proyecto ejecutarlo solo contando con los permisos sectoriales, a diferencia de la pertinencia positiva, que ordena acudir al SEIA⁶¹.

No obstante, el máximo tribunal estuvo persuadido de que la potestad ejercida fue la de invalidación. Por tanto, consideró que la decisión del SEA fue antijurídica por haber faltado la audiencia requerida por el artículo 53 de la Ley 19.880. En forma adicional, rechazó el argumento del recurrente en torno a que la falta de la susodicha audiencia no le causaba perjuicio al interesado, ya que el evidente contenido favorable de la pertinencia negativa dejaba patente que sí era necesario su emplazamiento previo⁶².

Esta sentencia apunta hacia reconocer una mayor obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia. Podría decirse que lo dicho en torno al contenido favorable como límite a la revocación fue solo señalado como “a mayor abundamiento” u *obiter dicta*, pues finalmente la Corte concluyó que la potestad ejercida fue la de invalidación. Sin embargo, la existencia de ese efecto favorable es materialmente relevante para sostener que la falta de la audiencia de invalidación sí le causó un perjuicio al titular del proyecto y el acto de invalidación era anulable en términos del artículo 13 de la Ley 19.880.

Tal línea argumentativa conduciría a entender que los efectos de las declaraciones de pertinencia negativas son “derechos adquiridos”. Esto impediría que el SEA las pueda revocar por razones de mérito, oportunidad o conveniencia⁶³, lo que sin duda es positivo. Pero habría que preguntarse cómo compatibilizar la existencia de este derecho adquirido con los poderes de fiscalización y sanción de la SMA. En este sentido, una

⁵⁸ En este sentido, ver Corte Suprema, 14.1.2014, rol 9012-2013 y Primer Tribunal Ambiental, 2.8.2019, rol R-15-2018, confirmada por Corte Suprema, 16.12.2019, rol 25.054-2019.

⁵⁹ Artículo 53, Ley 19.880, 2003.

⁶⁰ Tercer Tribunal Ambiental, 30.3.2020, rol R-16-2019, considerandos 10° al 14° y 18°.

⁶¹ Corte Suprema, 28.12.2929, rol 43.799-2020, considerandos 6° al 10°.

⁶² Corte Suprema, 28.12.2929, rol 43.799-2020, considerandos 11° al 14°.

⁶³ FLORES, 2016, pp. 210-215.

armonización permitiría equilibrar también los fines de dar seguridad y flexibilidad, con el principio precautorio.

III. PERTINENCIA Y FISCALIZACIÓN: UNA ARMONIZACIÓN

Las críticas formuladas en la sección anterior ponen al descubierto tres problemas. Primero, que la falta de obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia impide que sirvan como un mecanismo útil para brindar seguridad y flexibilidad a la ejecución de proyectos. Segundo, que la misma carencia mencionada les resta eficacia como mecanismo para proteger el derecho a vivir en un medio ambiente libre de contaminación. No obstante lo anterior, y en tercer lugar, una excesiva obligatoriedad podría ir en desmedro del principio precautorio al restringir en demasía los poderes de la SMA⁶⁴.

Para solucionar estos problemas descartaremos la opinión mayoritaria referente a la naturaleza y efectos de las declaraciones de pertinencia. A la luz de un enfoque responsivo afirmaremos que la respuesta a una consulta de pertinencia impera, obliga y es exigible⁶⁵. Sin embargo, las mencionadas cualidades hay que entenderlas en concordancia con las potestades fiscalizadoras de la SMA y su rol en el diseño institucional. Para lo anterior, propondremos dos cosas. Primero, cuál es la naturaleza jurídica de una declaración de pertinencia. Segundo, cuál es el ámbito de competencia del SEA y de la SMA respecto de los proyectos susceptibles de causar impacto ambiental. Lo anterior permitirá, en tercer lugar, determinar cómo debiesen coordinarse el SEA y la SMA en la gobernanza de proyectos que fueron objeto de declaraciones de pertinencia.

1. *La pertinencia como consulta hipotética*

Las declaraciones de pertinencia no tienen solamente un fundamento remoto en el artículo 19 N° 14 de la Constitución y el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880, sino que consideramos que es posible encontrar sustento para ellas en la Ley 19.300. Hasta ahora no se ha reparado lo suficiente en que se dirigen al SEA en su calidad de organismo administrador del SEIA⁶⁶. Siguiendo su tenor literal, la palabra “administrar”, utilizada por la Ley 19.300, significa “gobernar, ejercer la autoridad o el mando sobre un territorio y sobre las personas que lo habitan”⁶⁷. Esto, naturalmente, trae aparejado el definir qué proyectos o actividades se encuentran bajo el ámbito de dicho sistema; aplicando la normativa ambiental.

Tratándose de declaraciones de voluntad en ejercicio de una potestad pública con sustento en la legislación sectorial, ¿qué razón habría para considerarlas “opiniones no

⁶⁴ URIARTE e INSUNZA, 2021, pp. 14-15.

⁶⁵ SOTO KLOSS, 1996, pp. 157-165.

⁶⁶ Artículos 8°, inciso final, y 81, letra a), Ley 19.300, 1994. Ver también, Prieto, 2013, p. 188.

⁶⁷ Real Academia Española de la Lengua, voz “administrar”, 1ª acepción. Disponible en: <https://dle.rae.es/administrar>.

vinculantes”? Se trata de actos administrativos formales de contenido declarativo. Si la respuesta es negativa, luego, al titular no le asiste la obligación de ingresar al SEIA. Si es positiva, se encuentra obligado a requerir la autorización para ejecutar el proyecto⁶⁸. No existen razones para restarles eficacia vinculante porque son actos fruto de una competencia legalmente establecida.

Más bien existen buenas razones para afirmar su obligatoriedad. Ello concuerda con la idea de que el SEA no las puede revocar por razones de mérito y que su invalidación requiere la audiencia del interesado afectado. Por ello también es lógico que se puedan interponer recursos administrativos contra estos actos, teniendo los afectados por el proyecto objeto de pertinencia legitimación para ello. También ello es más concordante con la función que tiene el SEA, la finalidad de este instrumento y la utilidad práctica que presta.

Lo anterior no significa que deban tener una obligatoriedad formal o absoluta. Por esto, es necesario precisar más su naturaleza y función. Básicamente, estas declaraciones buscan determinar si un proyecto o actividad realiza alguno de los supuestos del artículo 10 de la Ley 19.300 y si son “susceptibles de causar impacto ambiental”. Radica la relevancia de lo anterior en que la declaración de pertinencia es un pronunciamiento que se realiza respecto de una formulación teórica o hipotética de un proyecto o modificación que se pretende realizar. No se refiere a actividades en curso que estén causando actualmente un impacto ambiental, porque, si el mecanismo tiene por objeto sacar al titular de una situación de incertidumbre, luego, lo lógico es que la actividad no esté en ejecución.

Esto es producto del rol administrador del SEA: su función es preventiva y predictiva⁶⁹. Su actividad se relaciona con la evaluación de potenciales impactos ambientales en forma previa a la ejecución de una actividad. Por su parte, la SMA se ocupa de verificar en terreno cómo se están ejecutando los proyectos o actividades en la práctica, ya sea para ordenar su ingreso al SEIA, para imponer sanciones, aprobar programas de cumplimiento, entre otras funciones.

Considerar lo anterior es importante para entender dentro de qué límites opera la obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia, lo que será analizado en la sección siguiente. Sin embargo, lo anterior no es un obstáculo para afirmar su obligatoriedad como actos administrativos de carácter declarativo que, ajustándose al principio de juridicidad, imperan, obligan y son exigibles.

Podría argumentarse en contra de lo dicho que es preciso distinguir entre las declaraciones de pertinencia referidas a proyectos nuevos o las recaídas en modificaciones respecto de proyectos que ya cuentan con una RCA⁷⁰. Sin embargo, pensamos que no hay diferencias sustanciales en este punto. En el caso de un proyecto nuevo el rol del SEA es verificar si es susceptible de causar impacto ambiental y si está dentro de algún supuesto del artículo 10 de la Ley 19.300. En tal situación, el uso de buena fe del procedimiento

⁶⁸ ARANCIBIA, 2020, p. 7.

⁶⁹ CARRASCO, 2018, p. 16.

⁷⁰ PRIETO, 2013, pp. 188-189.

de pertinencia implica que el titular del proyecto no está ejecutando la actividad; pues si estuviese seguro de que no es necesaria la evaluación ambiental, no haría la consulta. De este modo, en principio, la consulta debiese ser hipotética.

En el caso de las pertinencias indirectas, la situación es distinta, pero sin que cambie su carácter hipotético. Al presentarse una consulta de pertinencia relativa a una modificación de un proyecto que ya cuenta con una RCA, para resolver si un cambio es de “consideración” pensamos que es necesario interpretar el reglamento del SEIA a la luz del artículo 10 de la Ley 19.300⁷¹. En esa dirección, la pregunta que el SEA debe responder es si la modificación propuesta, inserta ya en un proyecto listado en el artículo 10 de la Ley 19.300, genera algún impacto ambiental adicional de relevancia distinto a los ya evaluados previamente.

Así, la consulta también es hipotética porque el uso de buena fe del instrumento implica que no se está implementando. Y tampoco este proceder introduce modificaciones a la RCA, solo flexibiliza su aplicación, pues el cambio no debiese generar nuevos impactos ambientales relevantes.

2. *Hipótesis versus realidad: el rol de la SMA*

Las superintendencias son los organismos fiscalizadores por antonomasia. La fiscalización está vinculada con la comprobación, inspección, y medición de objetos o actividades, para verificar su conformidad a derecho⁷². En el caso particular de la SMA, su actividad fiscalizadora se relaciona con asegurar de que los distintos proyectos o actividades cumplan con los instrumentos de gestión ambiental y en evitar la elusión al SEIA⁷³.

La actividad fiscalizadora de la SMA se despliega en terreno más allá de la sola revisión de antecedentes⁷⁴. Esta es la única forma coherente de entender las potestades de las letras i) y j) del artículo 3° de la Ley 20.417. Dichas normas permiten a la SMA requerir el ingreso de proyectos o actividades que “debieron someterse al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental”. Esto, porque siendo la RCA una autorización administrativa, el momento en que un proyecto o actividad debe someterse al SEIA es en forma previa a su ejecución. Por tanto, aquel proyecto o modificación que “debió someterse” al SEIA es aquel que está en ejecución sin la debida autorización.

El argumento más importante para sostener la no obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia es que, finalmente, es la SMA la que debe determinar si un proyecto o actividad debe someterse al SEIA. Sin embargo, pensamos que la existencia de esta potestad no impide que la declaración de pertinencia pueda ser considerada como obligatoria, si se consideran las funciones que cumple cada organismo.

⁷¹ Artículo 2°, letra g), Decreto N° 40 del Ministerio del Medio Ambiente, 2013.

⁷² VERGARA, 2020, pp. 150-151.

⁷³ Artículo 3°, Ley 20.417, 2010.

⁷⁴ Corte Suprema, 17.5.2021, rol 154.803-2020, considerando 7°.

La función del SEA se cumple tomando decisiones con una mirada prospectiva y preventiva. La SMA fiscaliza y sanciona con una mirada retrospectiva y precautoria. En este contexto, el principal recelo hacia admitir la obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia negativas consiste en resolver el problema de cómo evitar que al amparo de uno de estos actos se realicen actividades distintas a las consultadas.

Solo una obligatoriedad “formal” o absoluta de las declaraciones de pertinencia conduciría a ese resultado injusto. La naturaleza hipotética de tales actos administrativos implica que su declaración amparará solamente a aquellos proyectos o actividades cuya ejecución práctica se corresponda con la consultada. De lo contrario, se estaría actuando fuera de los términos de la declaración, como si nada se hubiese consultado.

Lo anterior permite profundizar la tesis de que las declaraciones de pertinencia son actos administrativos declarativos de una determinada situación jurídica. Esto concuerda con (i) la idea de considerar a las declaraciones de pertinencia como actos administrativos que emanan de la potestad del SEA de administrar el SEIA, (ii) con su propósito de brindar seguridad y flexibilidad a los titulares de los proyectos y (iii) con su carácter de mecanismo para proteger el derecho fundamental a vivir en un medio ambiente libre de contaminación; todo dentro de su naturaleza hipotética y sin darles una eficacia absoluta de cara a los poderes de fiscalización de la SMA.

Por lo anterior, para afirmar y proteger los efectos jurídicos de las declaraciones de pertinencia de modo razonable, no hace falta sostener que ellas producen “derechos adquiridos” o una “confianza legítima” respecto del titular o terceros, pero son “precarias” respecto de la SMA cuando lo ejecutado no se ajusta a lo consultado⁷⁵. Más bien, son plenamente decisorias y vinculantes, pero dentro de su propia naturaleza. Un proyecto que fue objeto de una pertinencia negativa no está protegido por tal acto administrativo si se extralimita de lo consultado, simplemente porque la actividad desplegada no es alcanzada por sus efectos jurídicos al estar fuera de sus propios términos.

3. *Coordinación entre el SEA y la SMA*

La legislación vigente no establece una jerarquía entre el SEA y la SMA. Por esto, no es posible afirmar una primacía formal de las decisiones de un organismo por sobre otro, como hace la opinión mayoritaria que resta valor a las declaraciones de pertinencia principalmente porque la SMA puede luego fiscalizar y ordenar el ingreso al SEIA de un proyecto. Así, tiene razón Bermúdez al señalar que la mejor forma de solucionar este problema es aplicando los principios de protección de la confianza y de coordinación⁷⁶. No existiendo jerarquía entre ambos organismos⁷⁷, deben llevar adelante una coordinación de tipo horizontal⁷⁸, de acuerdo con el artículo 5° de la Ley 18.575.

⁷⁵ HERRERA, 2014, p. 69.

⁷⁶ BERMÚDEZ, 2014, pp. 295-296.

⁷⁷ CORDERO, 2012, p. 30.

⁷⁸ CORDERO, 2007, p. 283; GÓMEZ, 2021, p. 66.

Pensamos que este es el tipo de coordinación que se debe producir porque no existe un organismo que tenga poder jerárquico pleno sobre ambos, al ser los dos servicios descentralizados. La posición de uno no vincula al otro, pero tampoco debe existir indiferencia pues ambos deben ajustar su actuación a la normativa legal y reglamentaria ambiental. De este modo, los actos válidos de uno y otro organismo deben ser respetados, y las posiciones de ambos deben, en primer lugar, integrarse en la motivación de sus actos⁷⁹. Por esto, la existencia de estas declaraciones recaída en algún proyecto no impide que la SMA ejerza sus poderes de fiscalización *in situ*.

Sin embargo, para respetar la obligatoriedad de las declaraciones de pertinencia, el deber de fiscalización de la SMA se especifica: no consiste solo en determinar si el proyecto o actividad debía ingresar al SEIA, sino que también se debe determinar si, aquello que está en ejecución, se corresponde con lo consultado al SEA. De este modo, lo que se propone es una coordinación preventiva entre ambos organismos⁸⁰.

Pueden verificarse muchas situaciones en que esta coordinación sea necesaria por distintas razones. Existen casos en que se discute ante los tribunales ambientales si un proyecto se ajustó o no a lo consultado en un procedimiento de pertinencia. Por ejemplo, en una oportunidad la Corte Suprema ordenó retrotraer un procedimiento sancionador porque no quedó suficientemente acreditada la elusión al SEIA al no haberse demostrado la variación respecto de lo consultado en una pertinencia indirecta⁸¹; también el 2° Tribunal Ambiental ha cuestionado que la SMA adopte medidas provisionales sin dar consideración al pronunciamiento emitido por el SEA luego de una consulta de pertinencia⁸². Pero también han existido casos en que la SMA ha detectado variaciones respecto de lo consultado en procedimientos de pertinencia⁸³.

Teniendo en cuenta el universo de casos posibles, pensamos que para lograr una coordinación efectiva entre el SEA y la SMA que afirme una obligatoriedad relativa de las declaraciones de pertinencia habría que distinguir dos casos. Primero, el de un proyecto o actividad que fue objeto de una declaración de pertinencia en sentido positivo. En esa hipótesis la SMA debe ordenar el ingreso al SEIA del proyecto e iniciar el procedimiento sancionador correspondiente si verifica que la actividad realizada se corresponde con aquella que el SEA estimó que debía pasar a evaluación ambiental. Adicionalmente, si el proyecto o actividad no se corresponde con lo consultado, la SMA podrá ordenar el ingreso e iniciar un procedimiento sancionador si estima que la actividad en ejecución debió pasar por el SEIA.

⁷⁹ HARRIS, 2021, p. 3.

⁸⁰ HARRIS, 2021, p. 4-5.

⁸¹ Corte Suprema, 9.7.2019, rol 3470-2018, considerandos 23° al 26° (ver también sentencia de reemplazo).

⁸² 2° Tribunal Ambiental, 15.03.2019, rol R-198-2018, considerando 49°.

⁸³ SMA, 18.12.2020, Res. Ex. N° 1, rol D-169-2020, N° 56 y 57; SMA, Res. Ex. N° 1, rol D-126-2019, N° 238 al 242. En ambos casos, se trata de resoluciones que inician procedimientos sancionadores donde, entre otras cosas, se analiza la adecuación de un proyecto a lo consultado al SEA en el procedimiento de pertinencia. Sin embargo, como ocurre en muchos casos, el asunto terminó en la aprobación de un programa de cumplimiento.

Segundo, el de un proyecto o actividad que fue objeto de una declaración de pertinencia en sentido negativo. En tal caso, la fiscalización de la SMA debe tener por objeto determinar si lo que se está ejecutando corresponde, ahora en concreto, con aquello consultado y respecto de lo cual el SEA se pronunció en sentido negativo. En caso de no existir correspondencia, la actividad en ejecución no estará protegida por los efectos de la declaración (debido a su naturaleza hipotética) y, por tanto, la SMA podrá ordenar el ingreso al SEIA si lo estima conforme a derecho.

En caso de existir correspondencia, la SMA deberá coordinarse con el SEA si tiene una discrepancia respecto de si el proyecto o su modificación debió ingresar al SEIA. Esto se podría realizar informalmente de manera que ambos organismos puedan unificar su criterio, para evitar interferencias en las funciones. Lo anterior podría dar lugar a que el SEA ejerza sus poderes de revisión respecto de la declaración de pertinencia dando lugar a una subsanación, aclaración o rectificación de la declaración⁸⁴. En segundo término, alternativamente, la SMA podría iniciar un procedimiento para ordenar el ingreso del proyecto al SEIA. Para adoptar la decisión deberá responder fundadamente al informe emitido por el SEA⁸⁵. En este caso, la decisión de la SMA se podría imponer no por tener la última palabra en el asunto, sino en el entendido de que el SEA erró al declarar que el proyecto o su modificación no debían ingresar al SEA siendo, por tanto, un acto administrativo *ab initio* nulo⁸⁶.

Frente a esta situación, el titular afectado podría reclamar en contra de la decisión de la SMA ante el tribunal ambiental para que decida si, finalmente, cuál criterio es el que debe predominar aplicando la Ley 19.300 y el reglamento del SEIA⁸⁷. No se verificaría aquí una contienda de competencia⁸⁸, sino una diferencia en la calificación jurídica del proyecto o de interpretación de las normas que regulan la obligación de ingresar a evaluación ambiental. Por esto, las diferencias de opinión entre ambos organismos debiesen resolverse ante la justicia ambiental aplicando las normas sectoriales y no haciendo primar de modo absoluto las decisiones de uno por sobre otro.

Si se ordena el ingreso de un proyecto que contaba con una pertinencia negativa, hay que preguntarse si, además de ello, la SMA debiese imponer una sanción administrativa. Aquí se debería considerar la eventual existencia de una legítima expectativa del titular del proyecto⁸⁹. Lo que justificaría la protección de dicha expectativa es que el titular del proyecto observó lo decidido por la autoridad, de manera que tal esperanza no puede ser frustrada sin buenas razones⁹⁰. Ello muestra que estamos frente a un ciudadano que,

⁸⁴ Artículos 13 y 62, Ley 19.880, 2003.

⁸⁵ Artículo 3° letra i) y j), Ley 20.417, 2010; artículo 37, Ley 19.880, 2003.

⁸⁶ Soto KLOSS, 2012, pp. 511-511.

⁸⁷ Artículo 56, Ley 20.417, 2010; artículo 17 N° 3, Ley 20.600, 2010.

⁸⁸ HARRIS, 2021, p. 5.

⁸⁹ BERMÚDEZ, 2014, p. 498. Una solución análoga en BERMÚDEZ, 2014, p. 476.

⁹⁰ PHILLIPS, 2020, pp. 205-215.

en principio, está dispuesto a cooperar con la autoridad, si solicitó una declaración de pertinencia y se ajustó a la hipótesis presentada⁹¹.

Así, se trata de una situación de menor gravedad que el caso de una “elusión cruda”, es decir, aquella que se verifica sin mediar un uso de buena fe del mecanismo de consultas de pertinencia. En tal caso, siguiendo a Gómez⁹², un enfoque responsivo sugiere que la SMA debiese promover una autorregulación forzada por medio de una orden de ingreso al SEIA y no imponer una sanción administrativa adicional al titular del proyecto por no ser ello eficaz y conducente a cumplir los objetivos regulatorios en esta materia.

Por último, así como el artículo 3° de la Ley 20.417 establece una coordinación entre el SEA y la SMA por medio del trámite de solicitar un informe, nada impide que, en casos difíciles, el SEA también solicite informes a la SMA al resolver consultas de pertinencia. Lo anterior está permitido por las normas generales del procedimiento administrativo que atribuyen a los informes un valor no vinculante, aunque se deba dar una respuesta razonada⁹³. Esto permitiría también una mejor coordinación entre ambos servicios.

IV. CONCLUSIONES

Del análisis realizado en este trabajo se pueden extraer las siguientes conclusiones:

1. La existencia de los poderes de la SMA para ordenar el ingreso de un proyecto o actividad al SEIA no debe llevar a reducir a las declaraciones de pertinencia a “meras opiniones no vinculantes”. Se trata, más bien, de actos administrativos que contienen una declaración de que un determinado proyecto o actividad le asiste o no la obligación de someterse al SEIA, y que dicha declaración está dotada de una obligatoriedad limitada o relativa.
2. La pertinencia ambiental es un procedimiento administrativo de carácter consultivo e hipotético. Encuentra su sustento jurídico en el artículo 19 N° 14 de la Constitución y en el artículo 17 letra h) de la Ley 19.880. Pero tiene un fundamento jurídico inmediato en los artículos 8°, inciso final, y 81, letra a), de la Ley 19.300 que consagran la potestad del SEA de “administrar” el SEIA. Se puede concluir que tal potestad naturalmente comprende la de declarar qué proyectos o actividades están jurídicamente obligados a someterse a dicho sistema en aplicación de la legislación ambiental.
3. Del carácter hipotético de la declaración de pertinencia se desprende que tiene una eficacia jurídica relativa. No produce una obligatoriedad formal, sino que sus efectos se extienden solo sobre aquellos proyectos o actividades que se ejecuten

⁹¹ SOTO DELGADO, 2016, pp. 199-200.

⁹² GÓMEZ, 2021, pp. 219-222.

⁹³ HERRERA, 2014, pp. 72-73.

conforme con lo consultado. Esto, porque de lo contrario se impediría en demasía el ejercicio de los poderes de la SMA de ordenar el ingreso de proyectos que satisfacen alguno de los supuestos del artículo 10 de la Ley 19.300. De este modo, una declaración de pertinencia negativa no impide que la SMA fiscalice y eventualmente ordene el ingreso al SEIA de un proyecto o actividad que no concuerde con lo consultado al SEA.

4. Al momento de fiscalizar un proyecto o actividad que cuenta con una declaración de pertinencia, la SMA debe, en primer lugar, verificar si lo que se está ejecutando corresponde con lo consultado. De no existir correspondencia, la SMA puede ordenar el ingreso si lo estima procedente de acuerdo con el artículo 10 de la Ley 19.300 y su reglamento, e incluso iniciar un procedimiento sancionador por elusión al SEIA. De existir correspondencia, es necesario distinguir entre la pertinencia positiva y negativa. Si fue positiva, la SMA puede ordenar inmediatamente el ingreso del proyecto al SEIA e iniciar un procedimiento sancionador. En caso de ser negativa la pertinencia, si la SMA estima que el proyecto debió ingresar al SEIA tiene dos alternativas: (1) coordinarse con el SEA para que ejerza sus poderes de subsanación y aclaración, y así solucionar la discrepancia, o (2) ordenar el ingreso del proyecto al SEIA en el entendido de que la declaración de pertinencia respectiva fue otorgada antijurídicamente. En este último caso, el titular del proyecto podrá impugnar la orden ante los tribunales ambientales para que se decida qué organismo tenía razón a la luz del artículo 10 de la ley 19.300 y su reglamento.

BIBLIOGRAFÍA

- ARANCIBIA Mattar, Jaime, 2020: "Las autorizaciones administrativas: bases conceptuales y jurídicas", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32, pp. 5-36.
- ARELLANO, Gustavo y Silva, Carolina, 2014: "Consulta de pertinencia de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental: un problema práctico-jurídico", en Jorge Aranda, Ximena Insunza, Sergio Montenegro, Pilar Moraga y Ana Lya Uriarte (editores), *Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Recursos naturales: ¿sustentabilidad o sobreexplotación?*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 447-478.
- AYRES, Ian y Braithwaite, John, 1992: *Responsive Regulation. Transcending the Deregulation Debate*, Oxford, Oxford University Press.
- BERTAZZO, Silvia, 2019: "Altos de Puyai, ¿una revolución en el sistema de evaluación de impacto ambiental? (Comentario a fallos roles N° 15.499-2018, N° 15.500-2018 y N° 15.551-2018, de la Corte Suprema), en *Sentencias destacadas 2018. Una mirada desde la perspectiva de las Políticas Públicas*, Santiago, Ediciones Libertad y Desarrollo, pp. 115-141.
- BERTAZZO, Silvia, 2016: "El patrimonio cultural y el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 23, pp. 41-57.
- BRAITHWAITE, John, 2002: *Restorative Justice and Responsive Regulation*, New York, Oxford University Press.
- CARRASCO Quiroga, Edesio, 2018: *Sistema de evaluación de impacto ambiental. Análisis y resolución de casos prácticos*, Santiago: Ediciones Der.
- CARRASCO Quiroga, Edesio y Herrera Valverde, Javier, 2014: "La interpretación de la resolución de calificación ambiental", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 2, pp. 635-671.

- CORDERO Quizacara, Eduardo, 2012: "La Administración del Estado en Chile y el concepto de autonomía", en *La Contraloría General de la República. 85 años de vida institucional (1927-2012)*, Santiago, Unidad de Servicios Gráficos de la CGR, pp. 15-33.
- CORDERO Quizacara, Eduardo, 2007: "El derecho urbanístico, los instrumentos de planificación territorial y el régimen jurídico de los bienes públicos", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XXIX, pp. 269-298.
- FLORES Rivas, Juan Carlos, 2016: "La potestad revocatoria de los actos administrativos", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 24 N° 1, pp. 191-222.
- GÓMEZ González, Rosa, 2021: *Discrecionalidad y potestad administrativa sancionadora. Límites y mecanismos de control*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ González, Rosa, 2021: "Coordinación en materias de ordenación territorial, permisos urbanísticos y medio ambiente en Chile: problemáticas y desafíos" en *La gobernanza del territorio: cooperación interadministrativa, participación ciudadana y derechos de las minorías*, Barcelona, Bosch Editor, pp. 61-92.
- HARRIS Moya, 2021: "La coordinación administrativa de los Ministros de Estado", Asesoría técnica parlamentaria, enero 2021. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/30364/1/Informe_BCN.pdf.
- HERRERA Valverde, Javier, 2014: "Regulación jurídica y efectos de las consultas de pertinencia de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", en *Administración y derecho. Homenaje a los 125 años de la Facultad de derecho a la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Santiago, Legal Publishing Chile, pp. 61-87.
- LIBERTAD y Desarrollo, 2018: "Modernización del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental", num. 299, p. 28.
- MONTT Oyarzún, Santiago, 2010: "Autonomía y responsividad: Dos expresiones de la vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales", Documento de Trabajo # 4, Centro de Regulación y Competencia, Universidad de Chile. http://www.osva.cl/wp/wp-content/uploads/2019/08/Documento_de_trabajo_4_Autonomia_responsividad_Montt.pdf
- PHILLIPS Letelier, Jaime, 2020: *La protección de expectativas en el derecho administrativo. Una propuesta para la aplicación del principio de protección de la confianza*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- PRIETO Pradenas, Magdalena, 2013: "Las consultas de pertinencias de ingreso al sistema de evaluación de impacto ambiental como herramienta de flexibilización del acto administrativo ambiental", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 8, pp. 181-196.
- PROYECTO de ley de fomento a la inversión privada, Boletín 11747-03.
- RETAMAL Valenzuela, Jorge, 2015: "Labor minera y protección del medio ambiente: criterios para una redefinición", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 22, N° 1.
- SOTO Delgado, Pablo, 2016: "Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo al régimen sancionatorio ambiental", *Ius et Praxis*, año 22 N° 2.
- SOTO Kloss, Eduardo, 2012: *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago: Legal Publishing Chile.
- SOTO Kloss, Eduardo, 1996: *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- URIARTE, Ana Lya y Insunza, Ximena, 2021: "Análisis de las consultas de pertinencia y vero del proyecto pro inversión", *Perspectivas CDA* #3, pp. 1-18. Disponible en [https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_\(3\)_2021/index.html](https://revistasdex.uchile.cl/files/full/perspectivasCDA_(3)_2021/index.html). [Fecha de consulta: 15.10.2021].
- VERGARA Blanco, Alejandro, 2014: "Sistema y autonomía de las disciplinas jurídicas. Teoría y técnica de los "núcleos dogmáticos", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41 N° 3, pp. 957-991.

VERGARA Soto, Andrés, 2020: "Fundamentos constitucionales de la potestad fiscalizadora de la Administración del Estado", *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 32, pp. 145-165.

Normas jurídicas citadas

DECRETO 100, fija el texto refundido de la Constitución Política de la República, publicado el 22 de septiembre de 2005.

LEY 20.600, crea los Tribunales Ambientales, publicada el 28 de junio de 2012.

LEY 20.417, crea el Ministerio, el Servicio de Evaluación Ambiental y la Superintendencia del Medio Ambiente, publicada el 26 de enero de 2010.

LEY 19.880, establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada el 29 de mayo de 2003.

LEY 19.300, sobre bases generales del medio ambiente, publicada el 9 de marzo de 1994.

LEY 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, publicada el 5 de diciembre de 1986.

DECRETO Ley 830, Código Tributario, publicado el 31 de diciembre de 1974.

DFL N° 1, fija texto refundido coordinado y sistematizado del Decreto Ley N° 211 de 1973, publicado el 7 de marzo de 2005.

DECRETO 2421, fija el texto refundido de la Ley de Organización y Atribuciones de la Contraloría General de la República, publicado el 10 de julio de 1964.

DECRETO 40 del Ministerio del Medio Ambiente, aprueba reglamento del sistema de evaluación de impacto ambiental, publicado el 12 de agosto de 2013.

Jurisprudencia

CORTE Suprema, sentencia de 16 de marzo de 2022, rol 84.513-2021

CORTE Suprema, sentencia de 17 de mayo de 2021, rol 154.803-2020.

CORTE Suprema, sentencia de 8 de febrero de 2021, rol 144.089-2020.

CORTE Suprema, sentencia de 28 de diciembre de 2020, rol 43.799-2020.

CORTE Suprema, sentencia de 15 de mayo de 2020, rol 27.564-2020.

CORTE Suprema, sentencia de 3 de julio de 2020, rol 36.413-2019.

CORTE Suprema, sentencia de 14 de mayo de 2020, rol 36.416-2019.

CORTE Suprema, sentencia de 16 de diciembre de 2019, rol 25.054-2019.

CORTE Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2019, rol 21.432-2019.

CORTE Suprema, sentencia de 9 de julio de 2019, rol 3470-2018.

CORTE Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2018, rol 15.501-2018.

CORTE Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2018, rol 15.500-2018.

CORTE Suprema, sentencia de 24 de diciembre de 2018, rol 15.499-2018.

CORTE Suprema, sentencia de 14 de marzo de 2018, rol 45.059-2017.

CORTE Suprema, sentencia de 3 de enero de 2019, rol 165-2017.

CORTE Suprema, sentencia de 6 de noviembre de 2014, rol 15.737-2014.

CORTE Suprema, sentencia de 14 de enero de 2014, rol 9012-2013.

PRIMER Tribunal Ambiental, sentencia de 2 de agosto de 2019, rol R-15-2018.

SEGUNDO Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de noviembre de 2018, rol R-198-2018.

TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 28 de octubre de 2021, rol R-28-2020.

TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 15 de julio de 2021, rol R-41-2020.

TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 31 de marzo de 2020, rol R-18-2019.

- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 30 de marzo de 2020, rol R-16-2019.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 10 de febrero de 2020, rol R-64-2018.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 8 de marzo de 2017, rol R-49-2017.
- TERCER Tribunal Ambiental, sentencia de 23 de marzo de 2015, rol R-22-2015.
- CONTRALORÍA General de la República, 2 de agosto de 2021, dictamen E126162N21.
- CONTRALORÍA General de la República, 5 de noviembre de 2020, dictamen E49295N20.
- CONTRALORÍA General de la República, 23 de abril de 2020, dictamen 8242N20.
- CONTRALORÍA General de la República, 3 de febrero de 2020, dictamen 2731N20.
- CONTRALORÍA General de la República, 29 de junio de 2014, dictamen 23683N17.
- CONTRALORÍA General de la República, 19 de diciembre de 2016, dictamen 90563N16.
- CONTRALORÍA General de la República, 5 de agosto de 2016, dictamen 58037N16.
- CONTRALORÍA General de la República, 1 de octubre de 2015, dictamen 78159N15.
- CONTRALORÍA General de la República, 2 de octubre de 2014, dictamen 75903N14.
- CONTRALORÍA General de la República, 9 de abril de 2014, dictamen 25269N14.
- CONTRALORÍA General de la República, 1 de febrero de 2013, N° 7620N13.
- SUPERINTENDENCIA del Medio Ambiente, 18 de diciembre de 2020, Res. Ex. N° 1, rol D-169-2020. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2369>.
- SUPERINTENDENCIA del Medio Ambiente, 30 de septiembre de 2019, Res. Ex. N° 1, rol D-126-2019. Disponible en: <https://snifa.sma.gob.cl/Sancionatorio/Ficha/2010>.

El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado

*Pablo Soto Delgado**

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto reconstruir y criticar la idea de que la Administración del Estado sea una estructura potencial e inevitablemente despótico-totalitaria. Esta doctrina, que en el administrativismo chileno se ha elaborado en los influyentes trabajos del profesor Eduardo Soto Kloss a propósito de la intervención administrativa en la propiedad y en la actividad económica, así como respecto del empleo de las potestades y privilegios de la Administración, reproduce en gran medida los argumentos contra la monarquía absoluta, desconoce la configuración del Estado administrativo contemporáneo en las democracias capitalistas y elude la perspectiva infraestructural en que se ejerce el poder administrativo en la actualidad, por lo que dicha concepción se puede considerar un caso de "fobia" a la Administración estatal.

Poder administrativo infraestructural; principio de subsidiariedad;
fobia a la Administración del Estado

Fear of despotism and totalitarianism in Chilean administrative law: reconstruction and criticism of an Administrative State phobia

ABSTRACT

This article aims to reconstruct and criticize the idea that the administrative State is a potentially and inevitably despotic-totalitarian structure. This doctrine, elaborated by professor Eduardo Soto Kloss in his influential works regarding administrative intervention in property and economic activity, as well as the Administration's use of its powers and privileges, reproduces to a large extent the arguments against the absolute monarchy, ignores the architecture of the contemporary administration of the capitalist democracies and eludes the infrastructural perspective of the administrative power as exercised today. That conception constitutes a case of "phobia" to the administration.

Infraestructural administrative power; principle of subsidiarity;
Administrative State phobia

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Diego Portales, Chile. Profesor de derecho administrativo, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3406-4451>. Correo electrónico: pablo.soto@uach.cl

Esta investigación se encuentra financiada por la ANID, FONDECYT de iniciación en investigación Nº 11201297.

Artículo recibido el 21.7.2022 y aceptado para publicación el 28.11.2022.

I. INTRODUCCIÓN

A partir del texto constitucional de 1980, una parte importante de la doctrina administrativista chilena ha concebido al derecho administrativo principalmente como un instrumento para limitar el poder de la Administración estatal. Bajo la idea de una preeminencia natural y a todo evento del despliegue de la libertad individual, se ha considerado la intervención administrativa como una expresión de despotismo y totalitarismo. Estatismo, despotismo y totalitarismo administrativo son palabras que expresan una severa desconfianza frente al poder estatal radicado en la Administración del Estado. Este planteamiento se encuentra emparentado, desde el punto de vista práctico, con alguna jurisprudencia sobresaliente del Tribunal Constitucional producida durante los últimos años¹, que se ha encargado de limitar –por inconstitucionales– diversas “potestades y privilegios”² de la Administración³.

Este trabajo se desarrolla en torno a esa posición, sostenida en Chile especialmente por el profesor Eduardo Soto Kloss a propósito de la intervención administrativa en la propiedad y en las actividades económicas, y pretende acreditar dos hipótesis. Según la primera de ellas, esa adaptación nacional del temor al potencial despótico-totalitario de la Administración reproduce en gran medida los cuestionamientos en contra de la tiranía y la arbitrariedad en el ejercicio del poder concentrado del monarca absoluto, lo que se explicaría porque el derecho administrativo es un producto del Antiguo Régimen y, por esta razón, resulta peligroso para las libertades individuales y la sociedad civil, siguiendo directamente las ideas de Tocqueville y Dicey.

De conformidad con la segunda hipótesis, aquella concepción es conceptualmente inidónea y tiene dificultades empíricas y lógicas. Esto obedece, en primer lugar, a que se basa en una comprensión discutible del poder administrativo contemporáneo. En segundo término, porque el modelo de Estado administrativo contra el que se construye no coincide con las configuraciones administrativas de las democracias capitalistas actuales, que están diseñadas explícitamente para proporcionar bienestar a sus ciudadanos. Y, en tercer lugar, porque se trata de una doctrina sustentada en varias falacias reconocibles bajo una especie de “fobia al Estado”.

Para desplegar la argumentación anterior, en lo que sigue se efectúa una reconstrucción de la idea de despotismo administrativo (II) y se explica su incorporación en la dogmática administrativa chilena, específicamente en la influyente obra de Soto Kloss en lo concerniente a la intervención administrativa en la propiedad y en la actividad

¹ SOTO y GUILLOFF, 2018, pp. 392 y ss.

² FERRADA, 2007, p. 70.

³ Así, por ejemplo, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 18.01.2018, rol 4012-17, sentencia en la que se declararon inconstitucionales, entre otras, las nuevas potestades regulatorias, sancionatorias y de mediación del Servicio Nacional del Consumidor. Asimismo, TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, 18.10.2018, rol 3770-17, fallo en el que se declaró inaplicable por inconstitucional la clausura practicada por el alcalde en caso de contravención a las disposiciones de urbanismo y construcciones, al tratarse de una forma de autotutela administrativa que se encuentra constitucionalmente prohibida.

económica, así como en cuanto a la utilización administrativa de las potestades y privilegios de la Administración (III), para luego someterla a un examen crítico (IV) y formular las correspondientes conclusiones (V).

Desde el punto de vista de su pertinencia, este texto puede resultar oportuno en el momento constituyente por el que atraviesa el país, ya que, por un lado, permite comprender los fundamentos de una determinada concepción sobre la intervención en la propiedad y en la actividad económica por parte del Estado administrativo, discutida por la extinta Convención Constitucional, y por otro, podría llegar a servir como insumo para una posible redefinición, ya sea a partir de una nueva Constitución o bien desde el impulso interpretativo del legislador.

II. EL TEMOR AL DESPOTISMO ADMINISTRATIVO: TOCQUEVILLE Y DICEY

En su versión clásica, la desconfianza frente a la Administración del Estado se encuentra en el temor manifestado por Tocqueville frente a uno de los eventuales peligros que la entonces joven democracia estadounidense podría correr: el de un Gobierno que, a pesar de ser elegido por el pueblo soberano, impidiera que los ciudadanos salieran de su infancia y ejercieran su libre albedrío. Se trata aquí de un “despotismo administrativo”⁴, que fuerza a las personas a centrarse en sus placeres superficiales, lo que traería como consecuencia retraerlas de la preocupación por sus semejantes⁵.

Para Tocqueville, el despotismo administrativo asegura a los ciudadanos cierto bienestar al mismo tiempo que dirige sus vidas. En efecto, el poder de la Administración “suministra su seguridad y satisface sus necesidades, facilita sus placeres, conduce sus principales asuntos, dirige su industria, arregla sus propiedades, divide sus herencias”⁶, y:

“Después de haber tomado de este modo a cada individuo entre sus poderosas manos y de haberlo formado a su parecer, el poder soberano extiende sus brazos sobre la sociedad entera; cubre la superficie de la sociedad con una red de reglas pequeñas, complicadas, minuciosas y uniformes, que no pueden ser rotas por las mentes más originales y vigorosas para adelantarse a la muchedumbre; no destruye las voluntades, pero las suaviza, las somete y dirige; raramente obliga a actuar, pero se opone incesantemente a que se actúe; no destruye, pero impide la creación; no tiraniza, pero obstaculiza, reprime, enerva, extingue, produce estupidez, y finalmente reduce a cada nación a ser nada más que un rebaño de animales tímidos e industriales, de los cuales el gobierno es el pastor”⁷.

⁴ TOCQUEVILLE, 2010, p. 1256.

⁵ TOCQUEVILLE, 2010, p. 1250.

⁶ TOCQUEVILLE, 2010, p. 1251.

⁷ TOCQUEVILLE, 2010, p. 1252.

De acuerdo con esta versión, aquello que caracteriza al poder administrativo es un despotismo que desincentiva o que constituye un obstáculo al despliegue de la libertad humana, al punto de que esta puede ser sustituida por los designios del gobernante democráticamente elegido, lo que se impone a la sociedad mediante la regulación estatal.

La evaluación de Tocqueville acerca de lo administrativo deriva de su consideración de la Administración francesa como una forma de organización prerrevolucionaria, es decir, como una transferencia institucional desde el Antiguo Régimen: es “la sola porción de la constitución política del *Ancien Régime* que sobrevivió a la revolución, al ser la única que pudo adaptarse al nuevo estado social que creó la Revolución”⁸. Un punto importante que el autor destaca para sostener lo anterior se halla en la configuración de la justicia administrativa, así como en la inmunidad de los servidores públicos. Para lo primero, como el monarca no tenía poder sobre la jurisdicción ordinaria, le negó a esta la capacidad de intervenir en casos donde el poder regio estuviera en juego, articulando, asimismo, un esquema de justicia para aquellos conflictos en que existiera interés del Gobierno, como sucedía en materia de impuestos, regulación del tráfico, navegación en ríos, disturbios públicos, etcétera⁹. Respecto de lo segundo —esto es, en cuanto a la inmunidad de los funcionarios del Gobierno—, cuando los tribunales del Antiguo Régimen pretendían perseguir a representantes del monarca, el Consejo del Rey sustruía a estas personas de la jurisdicción ordinaria, para así evitar el debilitamiento de la autoridad real¹⁰.

El planteamiento de Tocqueville respecto del derecho administrativo como producto del Antiguo Régimen fue seguido por Dicey para describir luego el derecho administrativo francés¹¹. Este autor argumentó que la configuración institucional modelada por el *droit administratif* estaba apoyada derechamente en cuatro bases despóticas. De acuerdo con la primera de ellas, hay una diferencia entre el derecho ordinario y el derecho administrativo: este último conjunto normativo es distinto de las leyes que regulan las relaciones entre privados, por cuanto rige las relaciones entre los ciudadanos y el Gobierno y sus funcionarios¹². Una segunda base despótica consistía en que los tribunales ordinarios no tenían competencia sobre los asuntos en los que se revisaban conflictos de derecho administrativo; para eso estaban los tribunales administrativos, vinculados al Gobierno¹³. Enseguida, y como tercer aspecto, la disputa acerca de los conflictos de jurisdicción entre tribunales ordinarios y administrativos es definida por el *Conseil d'État* como tribunal administrativo de mayor rango, evitándose así la introducción del Poder Judicial en el Poder Ejecutivo. Por último, como cuarta característica despótica, se hallaba la tendencia a sustraer del control y supervisión de los tribunales ordinarios a los servidores públicos que hubiesen cometido ilícitos durante el ejercicio de su cargo,

⁸ TOCQUEVILLE, 2011, p. 39.

⁹ TOCQUEVILLE, 2011, pp. 54 y 57.

¹⁰ TOCQUEVILLE, 2011, p. 58.

¹¹ DICEY, 1915, p. 218.

¹² DICEY, 1915, pp. 220-221.

¹³ DICEY, 1915, p. 221.

lo que, entre otras cuestiones, se debía a la categoría de “acto de gobierno” como un tipo de actuación de alta política que no podía ser controlada jurisdiccionalmente¹⁴.

El diagnóstico de Dicey acerca del derecho administrativo francés le permitiría, por contraste, formular para el derecho inglés la doctrina del *Rule of Law*, compuesta de tres elementos: (i) no existen poderes estatales excepcionales; (ii) los servidores públicos son individualmente responsables, y (iii) los poderes que se han entregado a los funcionarios son justiciables ante los tribunales ordinarios¹⁵. Esta configuración equivale a la negación del derecho administrativo desde una perspectiva francesa para el territorio inglés, cuestión que Dicey explicita de forma inequívoca: “No puede haber entre nosotros nada que realmente corresponda al ‘derecho administrativo’ (*droit administratif*) o los ‘tribunales administrativos’ (*tribunaux administratifs*) de Francia”¹⁶. Esto significa, derechamente, combatir el régimen exorbitante característico del derecho administrativo continental.

En consideración a lo anterior, es posible señalar que la idea de despotismo en el derecho administrativo se configura mediante cuatro coordenadas: primero, por una desconfianza hacia la Administración, toda vez que esta sería un mecanismo de intervención y dirección de la sociedad que produce consecuencias necesariamente negativas para el impulso y la libertad individual; segundo, por la consideración de que la organización administrativa es un producto del Antiguo Régimen, donde existía una concentración de poder en el monarca; tercero, por la comprensión de que, en los hechos, la organización administrativa sustrae del control jurídico general sus actividades y a sus funcionarios, y, cuarto, por la propuesta de que esto último puede corregirse mediante el sometimiento de la actividad administrativa estatal a un esquema donde no haya privilegios para ella: si no hay excepcionalidad para la Administración, queda en igualdad de condiciones respecto de los administrados.

III. LA VERSIÓN CHILENA: LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA COMO ESTATISMO TOTALITARIO

En Chile, Soto Kloss propondría una versión específica –y radical desde el punto de vista terminológico– de la idea de despotismo administrativo, a saber, la del totalitarismo administrativo. Como lo muestra en un trabajo dedicado al derecho administrativo inglés, este profesor era ya un estudioso directo de Dicey durante los años setenta del siglo pasado¹⁷, y por esa razón adquiere sentido indagar si existe una conexión argumentativa entre ambos autores en torno al punto.

Según el profesor Soto Kloss el totalitarismo en el derecho administrativo opera cuando la Administración afecta la propiedad o interviene en la actividad económica,

¹⁴ DICEY, 1915, pp. 220-226.

¹⁵ La síntesis es de HARLOW y RAWLINGS, 2009, p. 6, a partir de la formulación extensa de DICEY, 1915, pp. 110, 114 y 121.

¹⁶ DICEY, 1915, p. 120.

¹⁷ SOTO KLOSS, 1973a, pp. 113 y ss.

en ambos casos, cuando excede unos estrechos límites. Esta posición presupone que, en el primero de esos ámbitos la intervención estatal se encuentra constitucionalmente prohibida a menos que exista una expropiación¹⁸, sin que la Administración pueda establecer limitaciones¹⁹. En cuanto a lo segundo, el Estado solo puede operar con altas restricciones cuando ejerce actividades económicas²⁰, encontrándose, además, prohibida la actividad regulatoria administrativa en el mercado en lo que concierne a la moral, el orden público y la seguridad nacional, supuestos contenidos en el artículo 19 numeral 21 de la Constitución²¹. El derecho administrativo, “totalitario en potencia”, se manifiesta, también, en las sanciones impuestas por la Administración²².

A propósito de la intervención administrativa, es lícito que el Estado institucionalice servicios públicos para atender materias que los particulares no estén en condiciones de autosatisfacer, quedando lo demás entregado a la prioridad del libre emprendimiento, con excepción del orden público o la defensa²³. Esto contrasta con otras actividades estatales que el mismo autor considera obligatorias desde la perspectiva constitucional, como la protección del *nasciturus*²⁴, o en materia de servicios públicos donde Soto Kloss promueve su actuación –subsidiaria, ya se ha dicho–, la que, de omitirse, generaría sin mediar culpa una responsabilidad estatal cuando produce daño²⁵.

La idea del totalitarismo administrativo aparece en una temprana recensión de 1970, en la que Soto Kloss comentaba la –a su juicio– necesaria estabilidad que debe tener el acto administrativo. Allí, afirmaba lo siguiente: cuando, con ocasión de una declaración de voluntad de la Administración, se favorecía al administrado, esta situación debía considerarse ingresada a su patrimonio, de manera que solo una expropiación permitiría que administrativamente se dejara el acto sin efecto. Cualquier perspectiva distinta que defendiera la revocabilidad unilateral del acto administrativo lo haría porque obedece a una concepción *totalitaria o estatista*²⁶.

Estatismo y totalitarismo administrativo –el “estatismo socializante”²⁷– son cuestiones sinónimas en la obra de Soto Kloss. Esta tendencia habría penetrado en Chile desde los años veinte del siglo XX, principalmente basándose en las “nebulosas de la teoría del servicio público”²⁸, una concepción que, según la entrega original de Duguit, legitima la existencia de la Administración del Estado en su deber de mantener en

¹⁸ SOTO KLOSS, 2012, p. 500.

¹⁹ SOTO KLOSS, 2012, p. 446.

²⁰ SOTO KLOSS, 2012, p. 138.

²¹ SOTO KLOSS, 2012, p. 139, nota Nº 16: “La determinación de lo que es contrario a la moral, el orden público o la seguridad nacional no corresponde ni al legislador ni al administrador sino al juez”.

²² SOTO KLOSS, 2012, p. 488.

²³ SOTO KLOSS, 2012, p. 47.

²⁴ SOTO KLOSS, 1996, p. 45.

²⁵ SOTO KLOSS, 2012, p. 816.

²⁶ SOTO KLOSS, 1970, pp. 332.

²⁷ SOTO KLOSS, 2012, p. 29.

²⁸ SOTO KLOSS, 1996, p. 22.

funcionamiento un conjunto de servicios públicos destinados a satisfacer necesidades colectivas²⁹. A este respecto, el pensamiento de Soto Kloss es rotundo:

“Sobre el *estatismo* –virus que azotara nuestro país tan fuertemente en el cincuentenio de los años 20 a 70 de este siglo– es utilísimo recordar que no es sino una consecuencia del naturalismo en política y de las doctrinas voluntaristas o de la fuerza, de la voluntad de poder o razón de Estado; él constituye un verdadero abuso del poder que el Estado posee para otros fines, poder que le ha sido conferido para el bien común; el estatismo significa en la práctica –como lo ha demostrado en forma tan dramática nuestra historia y la historia reciente europea– un verdadero peligro para la sociedad y las personas que la conforman, pues terminan ambas ‘engullidas’ por el Estado, a saber por el partido gobernante, la burocracia y la *nomenklatura* de turno. [...] El estatismo –jamás se olvide– implica un desprecio de los seres humanos que hacen los que gobiernan y aplican esta utopía, ya que quienes lo propician no solamente no confían en la capacidad natural de las personas para resolver sus problemas y necesidades, sino que, además, suelen estar más preocupados de las menudencias políticas de sus facciones que de las necesidades de las personas, reales y concretas; más ocupados de intrascendentes asuntos ideológicos que de los problemas acuciantes de los más desamparados”³⁰.

De este modo, el estatismo o totalitarismo administrativo se presenta siempre que el diseño institucional de la Administración no se ajusta a la autosatisfacción de necesidades por parte de los administrados. Esta construcción fue impactada por el contexto político de los años setenta en Chile, como queda claro al revisar, por un lado, la ferviente –y técnica– oposición de Soto Kloss a las requisiciones de industrias practicadas por la Administración de Salvador Allende³¹; a los decretos de insistencia de ese Presidente por la reanudación de faenas paralizadas en el sector productivo³²; a la Contraloría General de la República por considerar las requisiciones de industrias como una medida de regulación económica³³, y, por otro, la defensa de la necesidad de que los tribunales ordinarios controlaran los actos del Gobierno de la época, en específico, tratándose de la legalidad de las resoluciones requisitorias de industrias³⁴. La intensísima intervención en la propiedad y en la libertad económica efectuada por la Administración de la Unidad Popular sería una prueba de que el totalitarismo en potencia está ínsito en el derecho administrativo³⁵. En efecto:

²⁹ DUGUIT, 1913, pp. 33 y ss.

³⁰ SOTO KLOSS, 1996, pp. 25-26, nota N° 7.

³¹ Al respecto, véase: SOTO KLOSS, 1972, pp. 178-207.

³² SOTO KLOSS, 1974a, pp. 58 y ss.

³³ SOTO KLOSS, 1973b, pp. 233-260.

³⁴ SOTO KLOSS, 1974b, p. 350 y nota N° 2.

³⁵ Acerca del Gobierno de la Unidad Popular, se afirmaba en SOTO KLOSS y ARÓSTICA, 1993, p. 88: “Si se tiene en cuenta que el gobierno del Presidente Allende ya había avasallado las facultades del Congreso [...]

“El *estatismo* ha sido una perversa utopía que los políticos y gobernantes de la época 1930-1973 (cuál más cuál menos) practicaron y metieron en la cabeza de tantos chilenos, según la cual lo público equivalía a la esencia del bien y de lo bueno y en donde lo privado se hacía aparecer como sinónimo de egoísmo y desprecio de lo común; utopía/país-ideal, cuya perversión se vio y vivió dramáticamente patente durante 1968-1973. [...] La historia –los porfiados hechos en la terminología colectivista de esos estatistas y totalitarios– ha demostrado hasta la saciedad que esa pura fantasía de las instituciones estatales y de sus jefes dedicados al interés general y no al vil dinero no solo no era cierta, sino que –y lo que es peor– significó de manera trágica postergar el desarrollo del país y condenar a la miseria a un número muy elevado de ciudadanos, siendo enorme a 1973 la cantidad de personas postergadas y en condiciones subhumanas”³⁶.

Con el Gobierno de la Unidad Popular como paradigma empírico que confirmaría la idea de un estatismo totalitario que afecta la propiedad y la actividad empresarial, Soto Kloss optó por una versión del derecho administrativo que redujera su intervención frente a un estado de cosas que la Junta Militar de Gobierno debía revertir para devolver el cauce a lo que –en su opinión– por naturaleza debería ser: el predominio de la iniciativa privada en materia económica, para cuyo propósito se emplearía el principio de subsidiariedad como dispositivo que encauzaría el rol del Estado³⁷.

Bajo la vigencia del texto constitucional de 1980, el principio de subsidiariedad fue el dispositivo fundamental para conjurar el peligro permanente que representaría la Administración interviniendo en la economía y en la propiedad, porque al poder público administrativizado idealmente le correspondería un lugar donde no debe haber superposición entre derechos privados e intereses públicos. Este es el caso de la libertad de empresa: si la gran mayoría de los aspectos de la vida humana pueden quedar entregados a la iniciativa particular en materia económica, entonces la Administración tiene en aquellos un margen de acción restringido, porque cualquier intervención fuera de la subsidiariedad puede interpretarse como si la organización administrativa estuviera compitiendo con los privados que ejercen su libertad de empresa en esos mercados. De este modo, la configuración de la Administración del Estado bajo el esquema de la

y, en especial, al pretender promulgar de modo incompleto el proyecto de reforma constitucional aprobado por el Congreso Nacional, eliminando las disposiciones que no le convenían a sus propósitos totalitarios, y ya había sobrepasado las atribuciones de la Contraloría General de la República a través de decretos de insistencia, legislando así de hecho por la vía administrativa, resulta fácil entender que ya al 26 de julio de 1973, el régimen marxista había concluido su tarea de corromper la juridicidad, violentándola en todos sus extremos –incluido el atropello constante a las libertades ciudadanas– y había conseguido la destrucción de la institucionalidad y de la estructura esencial del Estado chileno republicano, fundado en el respeto de los derechos de las personas y en la armonía de los distintos poderes fundamentales que constituyen la organización del Estado”.

³⁶ SOTO KLOSS, 1996, pp. 25-26, nota Nº 7.

³⁷ SOTO KLOSS, 2012, p. 120.

Constitución de 1980 quedó reducida a proporcionar mínimos asistenciales, incluso en ámbitos que en otros ordenamientos jurídicos se consideran derechos sociales³⁸.

Al igual que Dicey, para Soto Kloss la idea de Estado de derecho es el mecanismo para evitar que la Administración estatal disponga de un régimen de potestades y privilegios excepcionales, los que pueden acabar impactando las libertades económicas de los administrados, planteamiento elaborado a partir de la cláusula constitucional de igualdad ante la ley que –primero en la Constitución de 1925 y luego en el texto constitucional de 1980– es el fundamento de la inexistencia de clases, grupos o personas privilegiados, lo que incluye a las autoridades administrativas y al Estado mismo³⁹. Este sometimiento de la Administración al régimen del derecho común es una idea que se expresa, por ejemplo, tratándose de la proscripción de la potestad de autotutela administrativa, que tiene especial impacto en la actividad económica privada en materia urbanística⁴⁰.

Lo que aquí se ha dicho permite revelar la coincidencia entre el planteamiento de Soto Kloss en torno a la intervención administrativa en la propiedad y la actividad económica privada y el de Tocqueville-Dicey expuesto en la sección anterior, según esto, cuando la Administración del Estado interviene, lo hace necesariamente a costa de los derechos individuales, justificándose, por ello, una desconfianza hacia su actividad: “[c]uanto mayor es el estatismo que afecte a una sociedad, menor será su efectiva libertad”⁴¹. Esta cuestión se basa en una premisa subyacente que en el caso de Tocqueville-Dicey pudo tener sentido histórico, a saber: que la Administración es un producto del Antiguo Régimen, lo que, sin embargo, no es transferible sin alguna explicación al contexto chileno.

Ahora bien, para Soto Kloss, la reacción frente a la Administración del Estado que se considera potencialmente totalitaria tiene un sustento empírico: la Administración de Allende se sustrajo del régimen común cuando actuó en el ámbito industrial y afectó la propiedad y, por lo mismo, correspondería corregir esta anomalía y evitar el estatuto de potestades y privilegios exorbitantes que se asignan al Estado administrador. La misma idea del Estado de derecho de Dicey (*Rule of Law*) es apta para fundar en Soto Kloss esta última proposición, aunque sobre la base de dos herramientas autóctonas chilenas: por una parte, la igualdad ante la ley entre los administrados y el Estado y, por otra, el principio de subsidiariedad que limita la actividad estatal en el ámbito económico.

En síntesis, el totalitarismo administrativo se presenta cuando el Estado administrativo interviene en el ámbito económico fuera de los límites que impone la subsidiariedad, cuando la Administración afecta la propiedad de cualquier modo que no sea mediante la expropiación y cuando utiliza para lo anterior sus potestades y privilegios. Esta concepción descansa en una oposición necesaria entre las libertades individuales y la

³⁸ Recientemente, CRISTI, 2021, p. 40 se refiere al caso chileno como uno de “tiranía del mercado”, que se apoya en el neoliberalismo, una filosofía política que permitió construir un planteamiento constitucional sustantivo para el país. Al respecto, también, ATRIA *et al.*, 2013, pp. 23 y ss.

³⁹ SOTO KLOSS, 1976, p. 183; SOTO KLOSS, 1990, pp. 24-25.

⁴⁰ SOTO KLOSS, 2007, pp. 8-9.

⁴¹ SOTO KLOSS, 2012, p. 134.

actuación del Estado. Teniendo en cuenta esta reconstrucción, es posible desarrollar en lo que sigue los aspectos críticos de esta doctrina.

IV. TRES ARGUMENTOS PARA CONTROVERTIR EL TEMOR AL DESPOTISMO Y TOTALITARISMO ADMINISTRATIVO

1. *La Administración del Estado es un poder infraestructural y crecientemente descentralizado*

Un primer problema cuando se considera a la Administración como una organización despótico-totalitaria es la noción de poder estatal que esa posición profesa. En efecto, el poder es un concepto analíticamente más complejo de lo que presentan Tocqueville, Dicey y Soto, como lo enseña Mann. Según este autor, es posible distinguir dos sentidos para referirse al poder del Estado: mientras conforme a uno de ellos puede calificarse de *despótico*, de acuerdo con el otro puede hablarse de poder *infraestructural*⁴².

Según el primer sentido, el poder es una capacidad de acción de índole causal, es decir, corresponde a una habilidad para obtener efectos deseados en la conducta de los individuos⁴³, invocándose, para ello, la amenaza de una sanción⁴⁴. De ahí que el poder se haya asociado con la coerción y la dominación⁴⁵, como se afirma en la concepción clásica de Weber⁴⁶.

Ahora bien, en un sentido distinto, el poder del Estado puede ser entendido no ya despótica, sino *infraestructuralmente*. Este tipo de poder consiste en la capacidad que tiene la organización estatal para penetrar la sociedad civil e implementar decisiones de manera logística en todo un territorio, evaluando y gravando ingresos y riqueza, reuniendo y almacenando información acerca de los sujetos, regulando la actividad económica o promoviendo la subsistencia de sus ciudadanos⁴⁷. Esta logística de la implementación administrativa importa una coordinación social y una acción material de carácter impersonal⁴⁸ mediante la cual se transfieren a la Administración funciones bien determinadas que, en definitiva, desconcentran el poder reunido despóticamente⁴⁹.

⁴² MANN, 1984, p. 185.

⁴³ LOUGHLIN, 2010, p. 165

⁴⁴ Algo que en la literatura jurídica se encuentra bien documentado, como lo explica HART, 1994, pp. 18-25, aludiendo a que para Austin el derecho es un conjunto de órdenes respaldadas con amenazas.

⁴⁵ LOUGHLIN, 2010, p. 165.

⁴⁶ WEBER, 1978, p. 53: “ ‘Poder’ (*Macht*) es la probabilidad de que un actor, dentro de una relación social, esté en la posición de hacer cumplir su voluntad a pesar de existir resistencia y sin importar cuál sea el fundamento en el que descansa esa probabilidad”.

⁴⁷ MANN, 1984, p. 189.

⁴⁸ MUKERJI, 2010, p. 406.

⁴⁹ MUKERJI, 2010, p. 408.

Entre el poder despótico y el poder infraestructural existe una relación, lo que permite efectuar diversas combinaciones y, como consecuencia de ello, describir distintos tipos ideales de Estados, como se explica en el siguiente esquema.

Esquema de las dos dimensiones del poder estatal según Michael Mann⁵⁰

		Poder infraestructural	
		Bajo	Alto
Poder despótico	Bajo	Feudal	Democrático
	Alto	Imperial	Autoritario

Considerando las variables anteriores, puede afirmarse que en un tipo de Estado con alto poder despótico no se requiere ningún tipo de negociación con la sociedad civil, es decir, la organización estatal funciona a pesar de esta. Históricamente, además, este tipo de Estados ha funcionado con escasa institucionalización, salvo en situaciones verdaderamente totalitarias, como lo muestran las experiencias soviética y nacionalsocialista⁵¹. En cambio, en aquellos Estados en los que el poder despótico es bajo, existe la posibilidad de que los partidos políticos y grupos de presión compitan por acceder al poder estatal⁵², por lo que la sociedad civil cumple un papel protagónico frente al ejercicio de ese poder.

Con excepción de los experimentos totalitarios mencionados, las sociedades industriales han organizado sus Estados preferentemente mediante el poder infraestructural, lo que ha significado, como contrapartida, un decrecimiento del poder despótico⁵³, porque se ha desconcentrado logísticamente. En efecto, en las democracias capitalistas contemporáneas, los Estados son despóticamente débiles, pero infraestructuralmente fuertes⁵⁴; en un régimen republicano, la conducta arbitraria de los líderes políticos no suele implementarse con descaro, por ejemplo, mediante asesinatos o expropiaciones selectivas, ni por medio de la demolición administrativa del orden constitucional. Cuando esto sucede, el lenguaje que se emplea es taxativo: hay un golpe de Estado o una revolución, es decir, acontece la destrucción del derecho⁵⁵, lo que constituye un

⁵⁰ Reproducción de la "Figura I" de MANN, 1984, p. 191, modificada terminológicamente, conforme con lo sostenido por MANN, 2008, p. 356.

⁵¹ MANN, 1984, p. 191.

⁵² MANN, 2008, p. 356.

⁵³ LOUGHLIN, 2010, p. 165.

⁵⁴ MANN, 1984, p. 190.

⁵⁵ MANN, 1984, p. 190.

contexto de excepción o de anormalidad institucional, que se opone, precisamente, al poder infraestructural como momento de regularidad.

En conexión con la perspectiva infraestructural y logística se halla un fenómeno de segmentación en el ejercicio del poder en los Estados contemporáneos, consistente en que los privados comparten ámbitos importantes de poder con la organización estatal. Esto obedece a que el Estado ya no es más la entidad capaz de regular, de manera centralizada, unilateral y monopolística a los administrados: la regulación de la sociedad está, en los hechos, descentralizada⁵⁶, cuestión que se puede ver en el campo de la autorregulación de actividades, que se configura mediante sistemas en los que la misma persona, entidad o asociación regulada impone órdenes y establece consecuencias por su incumplimiento⁵⁷. Estos esquemas no son poco frecuentes en la actualidad⁵⁸. Precisamente en virtud de esta descentralización, el poder administrativo no puede ser descrito como un poder único y despótico que da órdenes y controla a los ciudadanos⁵⁹.

Con base en las distinciones recién explicadas es posible confrontar el aparato conceptual que respecto del poder administrativo emplea la doctrina que teme al despotismo o totalitarismo administrativo. Para ello, es necesario explicar que en la obra de Soto Kloss se entiende el poder administrativo como un caso específico de poder despótico, cuestión que queda clara en un trabajo de este profesor especialmente dedicado al tema: “Poder existe en todo fenómeno donde es posible encontrar a un sujeto en quien exista la ‘capacidad de exigir algo o alguien un comportamiento determinado’, comportamiento que, tal vez, no hubiere sido espontáneamente adoptado”⁶⁰.

En este planteamiento se encuentra la inadecuación conceptual de la doctrina que teme al despotismo-totalitarismo administrativo, pues entiende el poder de la Administración meramente como una capacidad coactiva y concentrada, e ignora una comprensión del poder administrativo ajustado a la infraestructura y logística del Estado contemporáneo. Esta circunstancia ha producido una sobre-reacción contra la Administración como si fuera despótica al intervenir en la propiedad y en la actividad económica, o al emplear sus potestades y privilegios, cuando en la realidad ejerce un poder público infraestructural altamente regulado, reducido en arbitrariedad, y que no trae como consecuencia necesaria la disminución de la libertad.

2. *El Estado administrativo y el bienestar de los ciudadanos*

Como se ha explicado en la sección anterior, en el Estado contemporáneo la Administración ejerce un poder infraestructural mediante el derecho administrativo, el que constituye la herramienta con la que se desempeñan los Gobiernos contemporáneos, que han crecido en escala y complejidad:

⁵⁶ BLACK, 2001, p. 108.

⁵⁷ COGLIANESE y MENDELSON, 2010, p. 150.

⁵⁸ Puede verse, para el caso chileno, MEDEL, 2016, pp. 364 y ss.

⁵⁹ RUBIN, 2005, p. 52.

⁶⁰ SOTO KLOSS, 1974c, p. 63

“[L]a defensa, seguridad, salud, educación, seguridad social, energía, transporte y servicios de recaudación en los que confiamos con el objeto de sostener el orden social, son provistos a través de arreglos *administrativos*. El alcance del gobierno se extiende más allá aun: a los estándares de calidad del aire que respiramos, el agua que bebemos, la comida que comemos, los bienes que consumimos, los servicios profesionales que usamos están todos regulados por agencias administrativas”⁶¹.

Este poder infraestructural y logístico se ha entroncado con el surgimiento del denominado *Estado administrativo* como un modelo de organización originado entre el último cuarto del siglo XVIII y comienzos del XIX en Europa. Fue en esta época cuando en los Estados europeos se produjo (i) el remplazo de la superposición entre cargos públicos, propiedad y nobleza terrateniente por funcionarios asalariados cuyos oficios dejaron de ser hereditarios, y (ii) la creación de agencias estatales que funcionaban con cierta independencia del poder central, institucionalmente interconectadas, y definidas en cuanto a sus tareas⁶².

La variedad de ámbitos en que la Administración interviene ha producido una red de órganos administrativos funcionalmente determinados⁶³, que operan como entidades con límites concretos y cuyas relaciones con otras entidades administrativas se hallan construidas por reglas que no necesariamente establecen jerarquías entre ellas⁶⁴, generándose, en consecuencia, ámbitos confinados en los que se ejerce el poder infraestructural. Para el derecho administrativo, estas cuestiones quedan condensadas en el concepto de potestad como poder jurídico finalizado y dosificado⁶⁵, que, como lo define el artículo 7° inciso 1° del texto constitucional de 1980, se debe ejercer dentro del ámbito de competencia del respectivo órgano y en la forma prescrita por la ley, cuestión que es reiterada por el legislador en el artículo 2° de la ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado⁶⁶.

En cuanto al fundamento moral del Estado administrativo, este consiste en producir consecuencias beneficiosas para las personas, “no necesariamente materiales, sino identificándolas casi exclusivamente con el bienestar de los individuos, en específico, con su seguridad, libertad y prosperidad”⁶⁷. Esta cuestión ya se señalaba en la primera obra chilena de derecho administrativo: “El objeto pues de la administración son las necesidades *materiales* i *morales* de los pueblos; su fin, satisfacerlas con la mayor amplitud, i a

⁶¹ LOUGHLIN, 2010, p. 447.

⁶² RUBIN, 2005, p. 29. Clásicamente, esta es la explicación presentada por WEBER, 1978, pp. 956 y ss.

⁶³ RUBIN, 2005, p. 54.

⁶⁴ RUBIN, 2005, p. 26.

⁶⁵ FERRADA, 2007, pp. 76-77.

⁶⁶ DECRETO CON FUERZA DE LEY 1/19.653, de 2001. Según la disposición referida:

“Los órganos de la Administración del Estado someterán su acción a la Constitución y a las leyes.

Deberán actuar dentro de su competencia y no tendrán más atribuciones que las que expresamente les haya conferido el ordenamiento jurídico. Todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades dará lugar a las acciones y recursos correspondientes”.

⁶⁷ RUBIN, 2005, p. 28.

costa de sacrificios leves cuanto fuere posible”⁶⁸. Por ello, puede afirmarse que el Estado administrativo moderno es *eudaimónico*, lo que significa que puede caracterizársele por la búsqueda del bienestar de las personas⁶⁹.

En el caso chileno, pueden rastrearse rasgos del Estado administrativo infraestructural al menos desde la puesta en vigencia de la Constitución de 1833⁷⁰, que estableció un modelo centralizado de Administración, cuya implementación en todo el territorio del Estado, mediante la ley de régimen interior de 1844, vertebró la organización administrativa en tres capas: el Estado, las municipalidades y los establecimientos públicos⁷¹. Desde fines del siglo XIX se produce en el país un aumento del empleo en el Estado, “creciendo de 3.000 en 1880 a 13.000 en 1900 y alcanzando los 27.000 en 1919”⁷² y ya en los años veinte del siglo pasado, el Ministerio de Hacienda y el Ministerio de Economía concentrarán bajo su dependencia diversos órganos encargados de supervisar la actividad económica y el fomento industrial⁷³, comenzando así el desarrollo de un modelo de Estado administrativo “interventor”⁷⁴ dotado de varias innovaciones institucionales: la organización del Banco Central, la Dirección de Impuestos Internos, las Cajas de Crédito, Cajas de Previsión, la Superintendencia de Abastecimientos y Precios (sucesora del Comisariato General de Subsistencias y Precios⁷⁵), la Contraloría General de la República y, más tarde, la Corporación de Fomento de la Producción⁷⁶. Se trató de una reestructuración orgánica de gran magnitud. Lo anterior, sumado a que, desde 1938, comienza “la incorporación de las empresas estatales al cuadro administrativo”⁷⁷ nacional.

Un caso comparado paradigmático de Estado administrativo infraestructural se encuentra en Estados Unidos, donde, desde los años treinta del siglo XX, se produjo el denominado *New Deal*, consistente en una reforma constitucional por vía interpretativa y legislativa del esquema institucional estadounidense, mediante la cual se puso en cuestión el sistema del *common law*, porque a él subyacían los principios constitucionalizados del *laissez-faire*, que –para los *new dealers*– configuraban la sociedad de manera ineficiente e injusta, lo que se unió a la opinión de que solo desde el poder ejecutivo podía darse respuesta a las necesidades públicas⁷⁸. Así se atribuyeron poderes discrecionales a la Administración y se crearon órganos administrativos con funciones regulatorias, de

⁶⁸ PRADO, 1859, p. 11.

⁶⁹ RUBIN, 2005, p. 28.

⁷⁰ Al respecto, URZÚA y GARCÍA, 1971, pp. 24 y ss.

⁷¹ PANTOJA, 1998, pp. 14 y ss.

⁷² FAÚNDEZ, 2011, p. 77.

⁷³ Una detallada descripción de los servicios dependientes de dichos ministerios en VARAS, 1948, pp. 451-459.

⁷⁴ MUÑOZ, 1993, p. 21.

⁷⁵ Sobre este órgano, véase FAÚNDEZ, 2011, pp. 131 y ss.

⁷⁶ PANTOJA, 1998, p. 44.

⁷⁷ PANTOJA, 1998, p. 61.

⁷⁸ SUNSTEIN, 1990, pp. 18 y ss.

adjudicación y ejecución capaces de diseñar técnicamente las políticas públicas⁷⁹. Como lo explica Sunstein,

“el *New Deal* ayudó a reivindicar una idea sencilla: nadie se opone realmente a la intervención del Estado. Incluso las personas que denuncian enfáticamente la interferencia estatal dependen de ella todos los días. Sus propios derechos no provienen de minimizar el Estado, sino que son un producto del Estado. El problema más simple con el *laissez-faire* no es que sea injusto o perjudicial para las personas pobres, sino que es una descripción irremediablemente inadecuada de cualquier sistema de libertad, incluidos los mercados libres. Los mercados y la riqueza dependen del Estado”⁸⁰.

En la vertiente europea, y bajo la rúbrica “Estado social de derecho”, una aproximación similar fue también registrada por el constitucionalismo alemán de la posguerra⁸¹, lo que se conecta desde el derecho administrativo con una concepción de la Administración del Estado como aseguradora de las condiciones vitales de las personas, según lo explicó Forsthoff⁸² creando el concepto de procura existencial (*Daseinsvorsorge*)⁸³, o bien como prestadora o garantizadora de derechos sociales⁸⁴, lo que significa excluir del mercado ciertos ámbitos de actividad económica por una decisión democrática apegada al Estado de Derecho, esto es, por razones constitucionalmente solventes, sin que por ello deje de prevalecer en todos los otros sectores la libertad individual, que debe regir tanto como sea posible⁸⁵. Un régimen tal no puede calificarse como despótico-totalitario.

Lo que se ha dicho permite entender que el Estado administrativo infraestructural contemporáneo es un instrumento con una estructura orgánica definida, en donde las potestades de cada agencia pública y de sus funcionarios se encuentran circunscritas por el derecho vigente, cuestión que hace posible el control de la vinculación a derecho de la Administración, que no opera como un poder desnudo e ilimitado. Si bien es cierto que las decisiones administrativas tienen la capacidad de impactar la vida cotidiana de las personas –incluso con resultados que podrían considerarse indignantes (pérdida de beneficios, aplicación de sanciones, etcétera)–, lo cierto es que el poder administrativo contemporáneo parece ser muy débil cuando se trata de modificar las reglas sociales

⁷⁹ SUNSTEIN, 1990, p. 23; STEWART, 1975, p. 1676. Sobre el derecho administrativo del *New Deal*, véase SCHILLER, 2007, pp. 429 y ss.

⁸⁰ SUNSTEIN, 2004, p. 19.

⁸¹ Como explica Böckenförde, esto obedeció a un cambio interpretativo de los derechos fundamentales: ya no solo eran una garantía y defensa frente al Estado, sino que fueron entendidos como una institución objetiva o una “definición de valores cuya función no es ya tanto delimitar y controlar al Estado como legitimar y estimular la realización de objetivos y tareas materiales”. Véase: BÖCKENFÖRDE, 2000, p. 32.

⁸² FORSTHOFF, 1958, pp. 473 y ss.

⁸³ FORSTHOFF, 1975, pp. 120-131.

⁸⁴ SCHMIDT-ASSMANN, 2003, pp. 143 y ss.

⁸⁵ ZACHER, 1987, pp. 1080-1081.

fundamentales y de dismantelar la distribución del poder político⁸⁶. En este sentido, la doctrina temerosa del Estado administrativo despótico-totalitario desconfió de un modelo de Administración que no se encuentra vigente y, por ello, es empíricamente cuestionable.

Junto con lo anterior, el hecho de que en los Estados contemporáneos existan esquemas administrativos dirigidos a mejorar las condiciones materiales y espirituales de los ciudadanos permite controvertir también a nivel empírico uno de los supuestos del temor al despotismo-totalitarismo administrativo, esto es, que el Estado administrador es una máquina cuya finalidad inevitable es oprimir las libertades individuales.

3. *El temor al despotismo-totalitarismo administrativo como una fobia y sus falacias*

El temor al despotismo-totalitarismo administrativo en su recepción nacional puede enmarcarse en lo que Foucault denominó “fobia al Estado”. Con esa rúbrica identificó a fines de los años setenta del siglo XX la crítica general en contra de lo estatal, que se presenta como el cuestionamiento a unos supuestos efectos de la organización del Estado, a saber: su crecimiento indefinido, su omnipresencia, el fascismo en potencia que contiene y su violencia inmanente⁸⁷. Se trata de una exageración del rol negativo del Estado en el ámbito social⁸⁸ que comporta una actitud semejante a la “fobia al despotismo”, que había tenido lugar durante el siglo XVII, y que consistió en una “inmensa, difícil y embrollada crítica del despotismo, de la tiranía, de la arbitrariedad”⁸⁹.

Las causas de la fobia estatal del siglo XX son variadas. Entre estas se cuentan las prácticas y consecuencias producidas por la acción de ciertos Estados, algunos de ellos, totalitarios. Por ello, afirma Foucault que el antiestatismo “se nutrió, seguramente, [...] de la experiencia soviética desde la década de 1920, de la experiencia alemana del nazismo, de la planificación inglesa de la posguerra, etc.”⁹⁰, aun cuando la fuente de la crítica está en las dos formas típicas de neoliberalismo: el alemán (ordoliberalismo) y el norteamericano, que tuvieron como objeto de impugnación la doctrina keynesiana implementada en la posguerra, así como las políticas económicas nacionalsocialistas de la Unión Soviética y, de modo general, el socialismo⁹¹. Uno de los orígenes, pues, de la fobia al Estado se halla en una doctrina que propone la utilización de los mecanismos del mercado con el objeto de sustituir por completo al Estado en las tareas sociales de asignar recursos y distribuir ingresos⁹².

La fobia al Estado se basa en dos ideas, a saber: (i) que el Estado tiende intrínsecamente a expandirse al punto de asfixiar a la sociedad civil, la que sería su objeto de

⁸⁶ MANN, 1984, p. 190.

⁸⁷ FOUCAULT, 2007, p. 218.

⁸⁸ DEAN y VILLADSEN, 2016, p. 1.

⁸⁹ FOUCAULT, 2007, p. 95.

⁹⁰ FOUCAULT, 2007, p. 94.

⁹¹ FOUCAULT, 2007, pp. 97-98 y 221.

⁹² VERGARA, 1984, p. 31.

ataque, y dicho ataque su finalidad (el “dinamismo intrínseco” del Estado), y (ii) que existe una inevitable evolución –una “continuidad genética”– entre diferentes formas estatales, que comienzan con el Estado administrativo, continúan con el benefactor, el burocrático, el fascista y acaban en el Estado totalitario⁹³. “Estas dos ideas vecinas entre sí y que se sostienen una a otra –[primero,] que el Estado tiene una fuerza de expansión indefinida con respecto al objeto/blanco sociedad civil, y segundo, que las formas estatales se engendran unas a otras a partir de un dinamismo específico del Estado– constituyen [...] una especie de lugar común crítico que encontramos con mucha frecuencia en la hora actual”⁹⁴. A estos ejes antiestatistas subyace la idea de que es en la sociedad –y no en el Estado– donde pueden encontrarse todas las soluciones, innovaciones y normas éticas que permiten proveer servicios públicos bajo un enfoque de satisfacción al cliente⁹⁵.

Las explicaciones anteriores expresan un marco analítico general para la postura que teme al despotismo-totalitarismo en su variante administrativa. En el caso chileno, se hace posible, en primer lugar, comprender el dispositivo que subyace a este miedo a la Administración del Estado, a saber: una creencia en la expansión permanente del Estado a costa de la sociedad o los individuos y la idea de que la tarea del derecho administrativo es impedir el inevitable despotismo o totalitarismo de la Administración pública. En segundo lugar, la fobia al Estado permite comprender cómo la doctrina neoliberal influyó interesadamente en construir la imagen de una Administración que está persistentemente a la espera de salirse de los márgenes que le impone el derecho, cuestión que puede leerse en la versión de temor al despotismo-totalitarismo administrativo que proporciona Soto Kloss a propósito de la intervención en la propiedad y en la economía, tanto como en el ejercicio administrativo de potestades y privilegios.

Ahora bien, también apoyándose en Foucault, es posible sostener que la fobia al Estado administrativo es una argumentación que contiene varios defectos:

- (i) Produce observaciones intercambiables inapropiadas que generan una irremediable pendiente resbaladiza. En efecto, como es el mismo Estado aquel que inevitablemente se expande y evoluciona desde un tipo de Estado a otro cada vez más intenso hasta llegar a lo total, “un análisis, por ejemplo, de la seguridad social y del aparato administrativo sobre el que esta se apoya nos va a remitir, a partir de algunos deslizamientos y gracias al juego con algunas palabras, al análisis de los campos de concentración”⁹⁶.
- (ii) Descalifica el todo –el Estado– con base en la peor de sus manifestaciones, porque “sea cual fuere el funcionamiento real del objeto del análisis, siempre se lo puede remitir, en nombre de un dinamismo intrínseco del Estado y de las formas últimas que ese dinamismo puede asumir, a algo que va a ser lo peor”⁹⁷.

⁹³ FOUCAULT, 2007, p. 218.

⁹⁴ FOUCAULT, 2007, p. 219.

⁹⁵ DEAN y VILLADSEN, 2016, p. 6.

⁹⁶ FOUCAULT, 2007, pp. 219-220.

⁹⁷ FOUCAULT, 2007, p. 220.

(iii) Elude la realidad sin evaluar si se enfrenta a un modelo de Estado diferente al “gran fantasma del Estado paranoico y devorador”: “Basta con encontrar, a través de la sospecha y [...] de la ‘denuncia’, algo parecido al perfil fantasmático del Estado para que ya no sea necesario analizar la actualidad”⁹⁸.

Esto significa que el temor al Estado administrativo despótico-totalitario se basa en contenidos falaces y desconoce la evidencia –algo que ya fue mostrado en la sección anterior–, cuestión que queda confirmada al revisarse el modelo de Estado totalitario, que sería el tipo extremo al que –siguiendo el razonamiento de la fobia– se llegaría de admitirse la intervención administrativa.

La falacia de la idea del Estado administrativo totalitario queda expuesta al develarse que el totalitarismo en realidad es la hipertrofia de un elemento que se encuentra fuera de la Administración: el partido. Los Estados totalitarios hacen que el Estado pierda su autonomía y especificidad, algo que Arendt ya había planteado al abordar los orígenes del totalitarismo: en un régimen de este tipo, se confunden la Administración y las decisiones del partido, al punto que el derecho es solo una manera de encubrir y dar una apariencia de legitimidad a la arbitrariedad que realmente acontece, a saber: que los líderes de la organización política capturan a la Administración. En estos términos, la Administración del Estado pierde poder y es solo una fachada del verdadero poder que está radicado en el partido⁹⁹. Es, pues, el modo de ejercicio del poder por medio del partido aquel que, como mecanismo extraestatal, limita y subordina al Estado: “El partido, esa organización muy extraordinaria, muy curiosa, muy novedosa, la muy novedosa gubernamentalidad de partido aparecida en Europa a fines del siglo XIX, es probablemente [...] lo que está en el origen histórico de algo como los regímenes totalitarios, como el nazismo, como el fascismo, como el estalinismo”¹⁰⁰.

Con todo lo anterior en consideración, nuevamente es posible afirmar la inadecuación del temor al despotismo-totalitarismo en el derecho administrativo cuando se interviene en la economía y en la propiedad o al emplearse las potestades y privilegios de la Administración, esta vez, no porque el modelo al que pretende hacer frente sea el del Antiguo Régimen, sino porque el modelo del Estado totalitario no se corresponde con el Estado administrativo contemporáneo de las democracias capitalistas. Hay un *non sequitur* en la consideración de que un Estado administrativo irremediablemente se convertirá en uno totalitario o que la existencia histórica de Estados de ese tipo exige un alto temor a la Administración estatal. La mantención de estas falacias implica desfigurar el objeto de estudio del derecho administrativo y desatender los instrumentos que tiene el poder logístico del Estado administrativo infraestructural.

⁹⁸ FOUCAULT, 2007, pp. 220-221.

⁹⁹ ARENDT, 1973, p. 395.

¹⁰⁰ FOUCAULT, 2007, p. 224. En tal sentido, como lo afirman VILLADSEN y DEAN, 2012, p. 404, la implementación del Gobierno nazi constituyó un caso de antiestatismo radical.

V. CONCLUSIONES

Al comienzo de artículo se formularon dos hipótesis. Conforme con la primera, en la doctrina nacional que teme al despotismo-totalitarismo de la Administración del Estado cuando esta interviene en la propiedad y en la economía o bien ejerce sus poderes exorbitantes, se replican unos razonamientos surgidos a partir de la crítica al despotismo monárquico bajo el supuesto de que el derecho administrativo es una organización que hunde sus raíces en el Antiguo Régimen. Según se argumentó, existe una continuidad entre las explicaciones de Soto Kloss, lector directo de Dicey, y las explicaciones acerca del derecho administrativo que este último proporciona basándose en Tocqueville. Esto permitió identificar un núcleo de ideas compartido entre esos autores, basado en la desconfianza frente a la Administración estatal, la indefectible afectación de las libertades individuales que ella produce cuando interviene, el despotismo absoluto original del derecho administrativo y la confirmación empírica de que la Administración se exceptiona del derecho común. Con este marco, de Dicey obtiene Soto Kloss la idea de impedir la existencia de un régimen exorbitante para la Administración del Estado, aun cuando con medios distintos: mientras en el derecho inglés el dispositivo es el *Rule of Law*, para el caso chileno se emplea como justificación la idea de igualdad ante la ley de la Administración y de los administrados, así como mediante el principio de subsidiariedad.

La segunda hipótesis propuesta, a saber: el temor al desborde despótico-totalitario de la Administración estatal cuando actúa en la economía, interviene en la propiedad y emplea sus potestades y privilegios, presenta problemas de falta de idoneidad conceptual, empírica y lógica. En cuanto a lo primero, se sostuvo aquí que esa concepción opera sobre la base de una definición del poder administrativo incapaz de definir el modo en que se configura y ejerce el poder público en los Estados contemporáneos. En efecto, el planteamiento temeroso del despotismo-totalitarismo administrativo considera el poder estatal como una mera capacidad causal y, por lo mismo, se le ha identificado con la coerción y la dominación. Esto contrasta con el poder infraestructural y logístico del Estado, que alude a la capacidad de penetración e implementación territorial de las medidas administrativas, lo que exige coordinación social y una acción impersonal. Este poder infraestructural y logístico se encuentra desconcentrado también en actores sociales no estatales y, por lo mismo, ya no resulta posible entender como poder despótico absoluto a un poder administrativo que no funciona de modo exclusivamente concentrado y coactivamente.

Respecto de la dificultad empírica del temor al despotismo-totalitarismo administrativo, se explicó cómo esta doctrina elude la manera en que se han organizado los Estados administrativos infraestructurales contemporáneos, los cuales, basándose en el bienestar de sus ciudadanos como justificación moral, disponen de medios para lograr ese cometido: potestades públicas dosificadas en un marco de competencias definidas para los órganos administrativos y sus funcionarios. La institucionalidad del *New Deal* estadounidense y el Estado social europeo son muestras de desarrollos estatales administrativos que no pueden calificarse como despóticos porque no tienen por objeto limitar los derechos individuales, sino que también fomentarlos, y porque son incapaces de arrasar con las

reglas sociales fundamentales y la distribución del poder social. La dificultad empírica se produce, también, cuando se considera al Estado totalitario como un Estado en que el poder administrativo se ha incrementado, cuando en realidad allí sucede otra cosa: el poder del partido aumenta y el de la Administración decrece.

En lo que se refiere a los cuestionamientos lógicos que es posible hacer a la doctrina temerosa del despotismo-totalitarismo administrativo, el aparataje foucaultiano de la fobia al Estado permitió entender cómo aquella se basa en saltos argumentativos mediante los cuales se postula la inevitabilidad del paso de un tipo de Estado a otro más intenso hasta llegar al estatismo totalitario, así como la vinculación entre algunas manifestaciones estatales negativas y la conclusión de que el Estado siempre producirá los peores efectos. Ambas premisas son falaces.

Para terminar, puede afirmarse —con Foucault otra vez— que la doctrina criticada en este texto tiene una alta dosis de asincronía desde su origen, lo que acaba por acreditar su desacierto. Esto obedece a lo siguiente: cuando surgió en Chile el temor al despotismo-totalitarismo administrativo (los años setenta del siglo XX), el problema del derecho administrativo era en realidad la *disminución* del poder del Estado, ya sea por la intervención del partido en la organización administrativa, o bien porque el neoliberalismo buscaba arrinconar la acción estatal¹⁰¹, y no, en cambio, la expansión de la estatalidad administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- ARENDDT, Hannah, 1973: *The Origins of Totalitarianism*, San Diego-New York-London: Harcourt Brace & Company.
- ATRIA, F., LARRAÍN, G., BENAVENTE, J., COUSO, J., JOIGNANT, A., 2013: *El otro modelo. Del orden neoliberal al régimen de lo público*, Santiago: Random House Mondadori.
- BLACK, Julia, 2001: “Decentring regulation: Understanding the role of regulation and self-regulation in a ‘Post-regulatory’ world”, *Current Legal Problems*, vol. 54, N° 1.
- BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, 2000: *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia*, Madrid: Trotta.
- COGLIANESE, Cary y MENDELSON, Evan, 2010: “Meta-Regulation and Self-Regulation”, en BALDWIN, Robert, CAVE, Martin y LODGE, Martin (editores), *The Oxford Handbook of Regulation*, Oxford: Oxford University Press, pp. 146-168.
- CRISTI, Renato, 2021: *La tiranía del mercado. El auge del neoliberalismo en Chile*, Santiago: Lom.
- DEAN, Mitchell y VILLADSEN, Kaspar, 2016: *State Phobia and Civil Society. The Political Legacy of Michel Foucault*, Stanford: Stanford University Press.
- DICEY, Albert, 1915: *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, Indianapolis: Liberty Fund.
- DUGUIT, Léon, 1913: *Les transformations du droit public*, París: Librairie Armand Colin.
- FAÚNDEZ, Julio, 2011: *Democratización, desarrollo y legalidad*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.

¹⁰¹ FOUCAULT, 2007, pp. 224-225.

- FERRADA, Juan Carlos, 2007: "Las potestades y privilegios de la administración pública en el régimen administrativo chileno", *Revista de Derecho (Valdivia)*, vol. XX, N° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502007000200004>
- FORSTHOFF, Ernst, 1975: *El Estado de la sociedad industrial*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- FORSTHOFF, Ernst, 1958: *Tratado de derecho administrativo*, Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- FOUCAULT, Michel, 2007: *Nacimiento de la biopolítica. Curso en el Collège de France (1978-1979)*, México: Fondo de Cultura Económica.
- HARLOW, Carol y RAWLINGS, Richard, 2009: *Law and Administration*, Cambridge: Cambridge University Press.
- HART, Herbert, 1994: *The Concept of Law*, Oxford: Oxford University Press.
- LOUGHLIN, Martin, 2010: *Foundations of Public Law*, Oxford: Oxford University Press.
- MANN, Michael, 1984: "The autonomous power of the State: Its origins, mechanisms and results", *European Journal of Sociology*, vol. 25, N° 2. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0003975600004239>
- MANN, Michael, 2008: "Infrastructural Power Revisited", *Studies in Comparative International Development*, vol. 43. <https://doi.org/10.1007/s12116-008-9027-7>
- MEDEL, Catalina, 2016: "Regulación descentralizada como respuesta a las barreras de entrada de ERNC: los otros creadores de reglas del juego", en COUSO, Javier (editor), *Anuario de Derecho Público 2016*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 354-373.
- MUKERJI, Chandra, 2010: "The Territorial State as a Figured World of Power: Strategic, Logistics, and Impersonal Rule", *Sociological Theory*, vol. 28, N° 4. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9558.2010.01381.x>
- MUÑOZ, Óscar, 1993: *Después de las privatizaciones. Hacia el Estado regulador*, Santiago: Cieplan.
- PANTOJA, Rolando, 1998: *La organización administrativa del Estado*, Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- PRADO, Santiago, 1859: *Principios elementales de derecho administrativo chileno. Adaptados a la enseñanza del ramo en el Instituto Nacional, siguiendo el plan y las teorías de varios autores*, Santiago: Imprenta Nacional.
- RUBIN, Edward, 2005: *Beyond Camelot. Rethinking Politics and Law for the Modern State*, Princeton-Oxford: Princeton University Press.
- SCHILLER, Reuel, 2007: "The Era of Deference: Courts, Expertise, and the Emergence of New Deal Administrative Law", *Michigan Law Review*, vol. 106, N° 3.
- SCHMIDT-ASSMANN, 2003: *La teoría general del derecho administrativo como sistema. Objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, Madrid-Barcelona: Instituto Nacional de Administración Pública/Marcial Pons.
- SOTO KLOSS, Eduardo y ARÓSTICA, Iván, 1993: "La destrucción del Estado de derecho 1970-1973", *Revista de Derecho Público*, N° 53/54.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1970: "El acto administrativo" (Comentario bibliográfico), *Revista de Derecho Público*, N° 11.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1972: "Vigencia de las normas requisatorias de industrias y análisis de su aplicación", *Estudios jurídicos*, vol. I, N° 2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1973a: "¿Existe un derecho administrativo inglés?", *Revista de Administración Pública*, N° 70.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1973b: "La requisación de industrias en la jurisprudencia de Contraloría General de la República: ¿Una hipótesis jurídica?", *Estudios Jurídicos*, vol. 2, N°s 1-2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1974a: "El decreto de insistencia ¿Es conforme al ordenamiento constitucional?", *Revista de Derecho Público*, N° 15.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1974b: "La competencia contencioso-administrativa de los tribunales ordinarios de justicia", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, N° 3-4.

- SOTO KLOSS, Eduardo, 1974c: "Poder y derecho", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 1, Nº 1.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1976: "Amparo judicial y recurso de protección", *Revista de Derecho Público*, Nºs 19/20.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1990: "La nulidad de derecho público en el Derecho chileno", *Revista de Derecho Público*, Nºs 47-48.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: *Derecho administrativo. Bases fundamentales*, Tomo I, Santiago: Editorial jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2007: "La pretendida autotutela invalidatoria de la Administración", *Gaceta Jurídica*, Nº 325.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2012: *Derecho administrativo. Temas fundamentales*, Santiago: Abeledo Perrot/Legal Publishing.
- SOTO, Pablo y GUILLOFF, Matías, 2018: "La voz de los ochenta: el Tribunal Constitucional contra el derecho administrativo", en FIGUEROA, Rodolfo (editor), *Anuario de Derecho Público 2018*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 392-430.
- STEWART, Richard, 1975: "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, vol. 88, Nº 8. <https://doi.org/10.2307/1340207>
- SUNSTEIN, Cass, 1990: *After the Rights Revolution. Reconceiving the Regulatory State*, Cambridge: Harvard University Press.
- SUNSTEIN, Cass, 2004: *The second bill of rights: FDR's unfinished revolution and why we need it more than ever*, Nueva York: Basic Books.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, 2010: *Democracy in America*, Indianápolis: Liberty Fund.
- TOCQUEVILLE, Alexis de, 2011: *The Ancien Régime and the French Revolution*, Cambridge: Cambridge University Press.
- URZÚA, Germán y GARCÍA, Anamaría, 1971: *Diagnóstico de la burocracia chilena (1818-1969)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VARAS, Guillermo, 1948: *Derecho administrativo*, Santiago: Nascimento.
- VERGARA, Pilar, 1984: *Auge y caída del neoliberalismo en Chile*, Santiago: Flacso.
- VILLADSEN, Kaspar y DEAN, Mitchell, 2012, "State-Phobia, Civil Society, and a Certain Vitalism", *Constellations*, vol. 19, Nº 3. <https://doi.org/10.1111/cons.12006>
- WEBER, Max, 1978: *Economy and Society: An outline of interpretive sociology*, Berkeley-Los Angeles-Londres: University of California Press. ZACHER, Hans Friedrich, 1987: "Das soziale Staatsziel", en ISENSEE, Josef y KIRCHHOF, Paul (editores), *Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, Tomo I, Heidelberg: C.F. Müller Juristische Verlag, pp. 1045-1111.

Normas jurídicas citadas

CONSTITUCIÓN política de la República de Chile.

DECRETO con fuerza de ley 1/19653, Fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.575, orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado, publicado el 17 de noviembre de 2001.

Jurisprudencia citada

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 18 de enero de 2018, rol 4012-17.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 18 de octubre de 2018, rol 3770-17.

DOI: 10.4067/S0718-09502023000100205

Taxatividad tributaria, elusión y seguridad jurídica: criterios para una evaluación

*Hugo Osorio Morales**

RESUMEN

El artículo examina críticamente los discursos dogmáticos respecto de la tipicidad tributaria. En particular, estudia la relación de estos discursos con las herramientas disponibles para combatir la elusión y la seguridad jurídica. Para lograr lo anterior, se reconstruyen las propuestas tendientes a priorizar el control de la elusión, aunque renunciando a la tipicidad tributaria; y aquellas, actualmente dominantes, que sostienen la necesidad de mantener o reforzar la tipicidad, aunque ello implique aceptar o tolerar la elusión. Se propone que, para superar este aparente dilema y establecer el grado de exigencia de la tipicidad tributaria es necesario examinar la vinculación de tal exigencia con la seguridad jurídica.

Tipicidad; elusión; seguridad jurídica

Tax Typicality, criminal typicality, and legal certainty: criteria for an evaluation

ABSTRACT

This paper critically examines the dogmatic discourses regarding tax typicality. In particular, it examines the relationship of these discourses both with the tools available to combat tax avoidance, and legal certainty. To achieve the above, I reconstruct both, the proposals that prioritize tax avoidance control, abandoning the pretensions of tax typicality; and the currently predominant proposals that uphold the necessity of maintaining or reinforcing tax typicality, even if this means tolerating tax avoidance. I propose that to determine the level of strictness of tax typicality we need to examine its relationship to legal certainty.

Typicality; tax avoidance; legal certainty

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Chile. Master of International Taxation, Universidad de Sidney, Australia, y Magíster en Tributación, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Tributario, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-8918-4170>. Correo electrónico: hugo.osorio@uach.cl

Artículo recibido el 15.8.2022 y aceptado para su publicación el 15.12.2022.

I. INTRODUCCIÓN

El nacimiento de la dogmática tributaria es reciente¹ y se vincula desde sus inicios a intentos de enfrentar conductas “arropadas” por el Derecho civil para eludir los tributos². Al mismo tiempo, sin embargo, los discursos dogmáticos impositivos suelen resaltar que la legalidad tributaria exige una exigencia robusta tanto de la taxatividad como de la seguridad jurídica. Los objetivos de combatir la elusión, respetar la tipicidad tributaria y proporcionar seguridad jurídica parecen encontrarse en constante tensión.

Atendido el rol central que la dogmática tributaria suele asignar a la tipicidad o taxatividad impositiva³, resulta sorprendente que ella rara vez sea objeto de estudio⁴. Esto no solo ha dado lugar a vacilaciones en torno a su alcance, sino que explica la tendencia, especialmente marcada en Latinoamérica, a identificar las exigencias de la tipicidad tributaria con la penal. Calmon, por ejemplo, llega a afirmar que tipicidad tributaria sería incluso más rígida que la penal porque mientras el juez penal puede suavizar las penas, el aplicador impositivo no puede reducir los tributos⁵.

Si se aspira a combatir de manera efectiva la elusión tributaria, necesariamente se deben establecer las exigencias de la tipicidad tributaria. El presente trabajo, sin embargo, no pretende establecer tales exigencias, sino proporcionar herramientas para evaluar las posibles respuestas dogmáticas con relación a ello. En particular, los objetivos del trabajo son dos: (i) ofrecer criterios que permitan evaluar las propuestas de qué es y qué exige la tipicidad tributaria, y (ii), utilizar tales criterios para evaluar las respuestas que la dogmática tributaria ha ofrecido a tales preguntas. La hipótesis general del trabajo es que un programa adecuado de estudio de la tipicidad impositiva requiere contar con criterios de evaluación que la vinculen con dos objetivos centrales del Derecho tributario que solo en apariencia son incompatibles: combatir la elusión y fortalecer la seguridad jurídica.

El trabajo parte de dos supuestos relacionados con la elusión: su definición y la necesidad de combatirla. Si bien ambas cuestiones han generado históricamente amplios desacuerdos, en la actualidad se observa una generalizada convergencia en torno a ellas. En relación con la primera, las crisis fiscales recientes han dado lugar a programas de coordinación internacional que han tenido, como feliz efecto secundario, una relativa convergencia en la conceptualización del fenómeno⁶. En tal sentido, se suele entender

¹ En Alemania, y hasta comienzos del siglo veinte, se concebía el Derecho tributario como parte del Derecho administrativo. El primer curso de Derecho tributario propiamente tal se dictó en 1915. Véase, STOLLEIS, 2017, pp. 95-98. En Italia, Griziotti comienza en el año 1920 a impartir la cátedra de Ciencias de las Finanzas y Derecho financiero, hasta entonces a cargo de economistas. Véase, AMATUCCI, 2003, pp. 123 ss.

² TARSITANO, 2021, p. 6.

³ Para evitar reiteraciones, se utilizarán indistintamente ambos términos.

⁴ Por todos, SIOTA, 2010, p. 227.

⁵ CALMON, 2005, pp. 351, 352.

⁶ Existen diversas iniciativas de coordinación internacional contra la elusión y evasión. Ha adquirido especial importancia el Plan BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*, Plan de Acción para Evitar la Erosión Fiscal y el Traslado de Beneficios) de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Un

que existe elusión cuando un contribuyente ahorra tributos o impuestos recurriendo a formas no simuladas ni expresamente prohibidas, pero que resultan inusuales o artificiosas, siempre que, además, no existan razones comerciales, esto es, no puramente tributarias, que justifiquen su realización⁷. Respecto de la necesidad de combatir el fenómeno, y a diferencia de lo que ocurría hasta hace no muchos años, en la actualidad se observa un generalizado rechazo a las maniobras elusivas⁸. En Chile, mientras en el año 2003 la Corte Suprema chilena señalaba que no debía confundirse la evasión con la elusión porque la primera es ilícita, mientras que la segunda consiste en evitar algo con astucia⁹; un decenio más tarde, la misma Corte señalaba que la elusión no consiste en una elección lícita, sino en disminuir la carga tributaria por medios anómalos, violando los valores y principios del sistema jurídico¹⁰.

Divido el trabajo en dos secciones, además de la introducción y las conclusiones. Primero, examinaré la noción de seguridad jurídica, proponiendo una comprensión de mayor amplitud que la actualmente dominante en las discusiones tributarias. En segundo lugar, examinaré los principales discursos dogmáticos relativos a la taxatividad.

II. SEGURIDAD JURÍDICA

Los textos tributarios suelen denunciar el creciente deterioro de la seguridad jurídica. Tales críticas, sin embargo, asumen una particular concepción de dicha seguridad que, conforme se argumentará, es incompleta e inadecuada. Debido a que los alcances de la taxatividad dependen de lo que se entienda por seguridad jurídica, abordar el punto resulta central para poder, luego, evaluar los discursos dogmáticos en la materia.

1. *Falta de seguridad jurídica*

La dogmática tributaria muestra creciente alarma por el aumento de la inseguridad jurídica¹¹. Simón Acosta, por ejemplo, señala que el Derecho tributario es uno de los más inseguros porque se trata de un ordenamiento complejo, sometido a continuos cambios, inestable, profuso y críptico¹². Martínez reprocha que los criterios de la OCDE y la Unión

estudio crítico de las propuestas en, ALMUDÍ *et al.*, 2017. Para una revisión desde la perspectiva anglosajona, AVI-YONAH, 2019, pp. 57-147.

⁷ Una revisión comparada que da cuenta de la generalizada convergencia en los últimos años, en MARTÍNEZ, 2022, pp. 58-65.

⁸ Por todos, DELGADO, 2018, pp. 404, 405.

⁹ Corte Suprema, 28.2.2003, Rol N° 4.038-01.

¹⁰ Corte Suprema, 27.7.2015, Rol N° 22.282-14.

¹¹ Ver, GARCÍA NOVOA, 2019; GALAPERO, 2019; SIMÓN ACOSTA, 2008; MAZZ, 2008; y, ROMERO, 2019.

¹² SIMÓN ACOSTA, 2008, p. 555.

Europea para controlar la planificación fiscal agresiva han llevado a que se califiquen de elusivas a planificaciones fiscales legales, lo que aumentaría la inseguridad jurídica¹³.

Si bien esta creciente inseguridad se relaciona con múltiples factores, gran parte de ellos se relacionan con formas de enfrentar la elusión. Así, por ejemplo: (i) se multiplican las reglas antielusión a nivel doméstico e internacional, (ii) se usan términos jurídicos indeterminados (“artificioso”, “legítima razón de negocio”, “relevante”), (iii) aumentan las interpretaciones judiciales que, intentando dar respuestas a casos particulares de elusión, se califican de inconsistentes¹⁴, (iv) se propone ampliar la discrecionalidad de la administración tributaria¹⁵, (v) se imponen exigencias de revelar esquemas de planificación fiscal agresiva¹⁶; y (vi), se promueven cambios normativos continuos¹⁷.

Frente a lo anterior, los ordenamientos impositivos dictan medidas que buscan dar previsibilidad de los contribuyentes. El resultado, sin embargo, es aún más complejidad. Así, por ejemplo: (i) aumentan las exigencias de motivación de los actos de la administración tributaria¹⁸, (ii) se adoptan estrategias de transparencia¹⁹, (iii) se establece que la administración está obligada a seguir sus opiniones en el futuro, especialmente en consultas pertinentes a posibles casos de elusión²⁰; y (iv), se incentivan iniciativas de coordinación y transparencia internacionales²¹.

La inherente tensión entre la necesidad de controlar la elusión, la exigencia de precisión en los textos legales, y las medidas que buscan dar previsibilidad a los contribuyentes, desata una dinámica de cambios constantes que tiende a desembocar en sistemas incoherentes, caros de fiscalizar y difíciles de cumplir²². Esto no solo da lugar a riesgos de caer inadvertidamente en incumplimientos tributarios, sino que, de hecho, aumenta las oportunidades de abuso.

2. *Discursos dogmáticos tributarios acerca de la seguridad jurídica*

Un primer paso, sino para resolver, al menos para comprender el problema descrito, es observar la forma en que la dogmática tributaria entiende la seguridad jurídica. La doctrina, en efecto, suele destacar la relevancia de la seguridad jurídica no solo como aspiración del Derecho tributario, sino que como principio estructural del Estado de

¹³ MARTÍNEZ, 2022, pp. 72-75.

¹⁴ Ver: COMPAÑ, 2019; GARCÍA BERRO, 2019; BARREIRO, 2019, pp. 539 ss.; y, ROMERO, 2019.

¹⁵ Ver, FREEDMAN y VELLA, 2012, pp. 79 ss.

¹⁶ Para un análisis general desde la perspectiva española, ver, RODRÍGUEZ, 2018.

¹⁷ Críticas en este sentido en: CARRASCO, 2019 y en SÁNCHEZ, 2019.

¹⁸ Ver, COLLAO, 2019.

¹⁹ Ver, SONETTI, 2019.

²⁰ Una revisión desde la perspectiva española, en ROVIRA, 2019, 371 ss.

²¹ Una revisión comparada general, en SERRANO, 2019.

²² Los costos de cumplimiento (asesoramiento, contadores, preparación de declaraciones, registros, entre otros) alcanzó en Estados Unidos, el año 2004, un valor equivalente al 10% del total recaudado. Ver, SLEMROD y BAKIJA, 2008, pp. 160-163.

Derecho²³. Agrega que tal seguridad supone tanto la “seguridad de orientación”, en la definición de los presupuestos de hecho del tributo; como la “seguridad de realización”, en la aplicación del Derecho impositivo²⁴. Es más, se afirma que tal seguridad requeriría de la exacta determinación, en cada caso, del contenido jurídico aplicable²⁵.

La dogmática tributaria vincula la seguridad jurídica con la tipicidad y exige que ambas se materialicen en términos particularmente estrictos. Así, por ejemplo, Simón Acosta, luego de afirmar que la certeza es el aspecto nuclear de la seguridad jurídica, destaca que ella se manifiesta especialmente en la exigencia de que los textos tributarios sean precisos, agregando que la legalidad supone que la administración sea mera ejecutora de una ley estricta²⁶.

3. *Crítica a la concepción dominante de seguridad jurídica*

El concepto que asume la dogmática jurídica de seguridad jurídica es incompleto y, en definitiva, inadecuado. Lo anterior, por tres razones.

a) La inevitable indeterminación

La dogmática impositiva parece entender que corresponde al legislador, en forma exclusiva y exhaustiva, concretar y delimitar los casos en que se debe pagar impuestos. Bajo este paradigma, el legislador crea el Derecho de forma soberana y la administración y los tribunales se limitan a aplicarlo, sin discrecionalidad alguna, mediante operaciones lógicas y a partir de reglas jurídicas predeterminadas. Esta perspectiva, sin embargo, no considera las limitaciones que imponen, no solo la complejidad de los sistemas impositivos y la necesidad de controlar la elusión, sino la ductilidad del lenguaje, las comprensiones modernas acerca de la forma en que opera el Derecho²⁷ y los múltiples fenómenos de indeterminación a que da lugar. En la actualidad se acepta que los aplicadores deben enfrentar los múltiples fenómenos que originan la indeterminación del Derecho y que, para ello, cuentan inevitablemente con cierto grado de discrecionalidad²⁸.

Incluso en el ámbito penal se suele entender que resulta impracticable aspirar a que la ley decida en cada caso en forma inequívoca²⁹. La idea ilustrada de normas precisas que, interpretadas metódica y verificablemente, fueran aplicables a todos los casos

²³ GARCÍA NOVOA, 2012, pp. 32, 33.

²⁴ GARCÍA NOVOA, 2012, pp. 37 ss.; SÁNCHEZ, 2019, pp. 401 ss.; MARÍN, 2013, pp. 101 ss.

²⁵ TAVEIRA, 2008, p. 57.

²⁶ SIMÓN ACOSTA, 2008, pp. 577-581.

²⁷ GOMETZ, 2015, p. 32.

²⁸ Los límites del ejercicio de esta inevitable discrecionalidad están fijados por las competencias interpretativas que posee cada aplicador del derecho. Así, por ejemplo, en materia penal, los jueces son incompetentes para emplear métodos interpretativos que conlleven salirse del marco de significados de los textos, por ejemplo, por medio del argumento analógico.

²⁹ KUHLEN, 2012, p. 157.

individuales en forma clara, no es conciliable con una comprensión moderna del Derecho, en donde los aplicadores inevitablemente participan en la configuración del Derecho³⁰.

Lo anterior no significa renunciar a la aspiración de contar con herramientas que permitan planificar la conducta impositiva de manera razonable, ni entregar “carta blanca” a la administración y tribunales para resolver como les parezca adecuado conforme con sus valores o principios. Pero sí supone asumir que, aunque una adecuada técnica legislativa puede aspirar a reducir el grado de indeterminación, lograrlo por completo es imposible.

b) La previsibilidad y sus interesados

La dogmática tributaria, al abordar el problema de la seguridad jurídica y su relación con la taxatividad, entiende que los actos cuya previsibilidad importa son los de la administración y los tribunales, y que los interesados en ello son los contribuyentes a quienes podría aplicarse el tributo. Esto, sin embargo, recoge solo parcialmente tanto lo que interesa prever, como los interesados en ello.

Cuando se utiliza el término “seguridad jurídica”, se puede estar haciendo referencia a dos cuestiones diversas: su aspecto fáctico y su aspecto valorativo³¹. El aspecto fáctico o previsibilidad, apunta a aquel estado de cosas en que existe la posibilidad de prever el comportamiento de las personas y las consecuencias jurídicas de sus actos³²; el valórico, a qué es lo valioso de un estado de cosas en que existe tal previsibilidad.

Ahora bien, cuando se analiza en particular el aspecto fáctico de la seguridad jurídica, esto es, la previsibilidad, es necesario establecer qué actos son los que interesa prever y quiénes son los interesados en ello³³. La dogmática tributaria asume que la previsibilidad se predica solo respecto de las actuaciones del Estado y que los interesados son los contribuyentes. Sin embargo, la previsibilidad del Derecho se refiere a todos sus destinatarios, esto es, a todos los sujetos de sus prescripciones. Sí, es deseable que los contribuyentes puedan prever el tratamiento impositivo que la administración y los tribunales darán de sus actuaciones. Pero también lo es que la administración impositiva, y la sociedad en su conjunto, puedan prever que los intercambios económicos tributarán conforme con lo establecido por la ley y que el sistema tributario operará conforme con el ideal de igualdad ante la ley.

Un ordenamiento impositivo que imponga severas exigencias de tipicidad (además de, por ejemplo, interpretación literal de los textos) ciertamente aumenta la previsibilidad de los contribuyentes. Pero, si al hacerlo permite o facilita la multiplicación del fenómeno elusivo, al mismo tiempo deteriora tal previsibilidad en relación con el resto de los ciudadanos.

³⁰ KUHLEN, 2012, p. 169.

³¹ LIFANTE VIDAL, 2013, p.86.; GOMETZ, 2012, pp. 53-72

³² GOMETZ, 2012, p. 53.

³³ GOMETZ, 2012, pp.183 ss.; LIFANTE VIDAL, 2013, pp. 90-92.

c) Valor instrumental

Existe, en fin, un tercer elemento que la dogmática impositiva suele omitir y que resulta pertinente considerar al discutir de la seguridad jurídica: si ella tiene un valor en sí misma, o si debe evaluarse en términos instrumentales. Respecto del punto existe una amplia literatura, pero para el presente análisis es suficiente con destacar que, si bien ambas respuestas pueden llevar a valorar la seguridad jurídica, la primera lo hace por sí misma, mientras que la segunda lo hace en vinculación con el logro de determinados bienes valiosos³⁴.

Si se acepta que el valor de la seguridad jurídica no es exclusivamente moral sino, al menos en parte, instrumental, debe establecerse cuál es el objetivo con la que debe ser valorada³⁵. Laporta, por ejemplo, propone que el ideal político del imperio de la ley tiene valor porque es condición necesaria –aunque no suficiente– para el desarrollo de la autonomía personal en el marco de la libertad personal³⁶. La autonomía personal, por cierto, constituye un ideal profundamente arraigado en el Derecho tributario. Sin embargo, como destaca Lifante Vidal, el imperio de la ley y la seguridad jurídica no solo tienen una dimensión individual, sino también social³⁷.

Si se acepta que, para la valoración de la seguridad jurídica, es relevante considerar lo que ella permite, se concluye que un Derecho tributario que proporcionase completa previsibilidad, pero facilitara o permitiera un estado de cosas indeseable (como, en lo que acá interesa, uno donde se multiplica la elusión), no solo sería menos justo, sino menos deseable en relación, precisamente, con la seguridad jurídica que proporciona.

4. Conclusiones preliminares

Es efectivo que, en el Derecho tributario, tanto o más que en otras áreas del Derecho, se enfrenta una creciente inseguridad jurídica³⁸. Sin embargo, la dogmática tributaria no parece advertir adecuadamente el rol que tiene la elusión en el problema. Por una parte, es para enfrentar la elusión que se adoptan gran parte de las medidas a las que se suele apuntar como causantes de inseguridad. Por la otra –y esto es lo central–, si se supera la comprensión parcial y empobrecida de seguridad jurídica que suele dominar los discursos dogmáticos tributarios, se constata que es la existencia misma de la elusión lo que resulta contraria a ella.

³⁴ Por todos, GARCÍA NOVOA, 2012, pp. 241 ss.

³⁵ Una discusión general sobre el punto, en GARCÍA MANRIQUE, 2012.

³⁶ LAPORTA, 2007, pp. 18, 52.

³⁷ LIFANTE VIDAL, 2013, p. 86.

³⁸ Un análisis, en ÁVILA, 2012, pp. 27-64.

III. DISCURSOS DOGMÁTICOS ACERCA DE LA TIPICIDAD TRIBUTARIA

A continuación se examinan críticamente los discursos dogmáticos relacionados con la taxatividad tributaria. Debido a que la materia se ha abordado a lo largo de toda la (relativamente breve) historia del Derecho tributario, tal examen requiere inevitablemente una selección. Se estudiarán dos propuestas que, en la tradición tributaria continental, parecen de especial relevancia: el conjunto de tesis genéricamente conocidas como “de consideración económica” y el discurso actualmente dominante.

1. *Métodos de consideración económica*

Suele denominarse “interpretación económica” a un amplio grupo de propuestas con importantes diferencias entre sí, aunque unidas por un doble origen. En Alemania, el juez Becker lideró la incorporación de una cláusula general antiabuso en el Código Tributario Alemán de 1919, conforme con ello, al aplicarse las leyes tributarias, debía considerarse su finalidad, su significado económico y la evolución de las situaciones de hecho³⁹. En Italia, Griziotti fundó en los mismos años la escuela económica y jurídico-financiera de Pavía, proponiendo una metodología de interpretación “funcional” del Derecho tributario según la que se podría combatir la elusión a partir de un particular concepto de causa de las obligaciones impositivas⁴⁰.

En términos generales, las propuestas de interpretación económica se vinculan con la discusión acerca de la autonomía del Derecho tributario, esto es, de la forma en que deben interpretarse los textos impositivos cuando definen un presupuesto gravado utilizando figuras tipificadas en otras áreas del Derecho y, en particular, el Derecho privado. Si, por ejemplo, un texto tributario establece que tributan “las compraventas”, es posible que un contribuyente logre resultados idénticos, pero celebrando un contrato similar o innominado, precisamente para no pagar el impuesto. Desde el punto de vista del Derecho privado, donde imperan la libertad de tipos y autonomía de la voluntad, actuar de esta forma no resulta cuestionable. Sin embargo, se ha dejado sin aplicación el tributo y se han logrado los mismos resultados económicos, lo que supone un evidente problema desde la perspectiva tributaria.

En general, las teorías de consideración económica proponen que, en estos casos, no solo se debe analizar si se materializó la figura prevista por el legislador, sino, también, si el resultado de las transacciones realizadas es igual, similar o equivalente a las que se habrían logrado por su intermedio⁴¹. Desgraciadamente, los debates de estas tesis se han visto oscurecidos por la persistente ambigüedad que suelen rodearlas. Como señalan Báez *et al.*, no existe, ni siquiera entre sus partidarios, una idea compartida de

³⁹ OSTERLOH, 2001, pp. 115 ss.

⁴⁰ AMATUCCI, 2003, pp.129 ss. La tesis funcional original rápidamente se entendió superada incluso por el propio Griziotti que la modificó. Sin embargo, su influencia en propuestas ulteriores de consideración económica ha sido central.

⁴¹ MARÍN, 2013, pp. 146 ss. Una descripción general, en MÉNDEZ, 2004, pp. 119 ss.

lo que debe entenderse por ellas⁴². Resulta, en consecuencia, útil distinguir entre –al menos– dos grupos de tesis de consideración económica distintas: “fuertes” y “débiles”.

a) Versiones “fuertes” de consideración económica

Este grupo de propuestas afirman que lo gravado no es el acto previsto en la norma impositiva, sino cualquiera que origine relaciones económicas o dé cuenta de una capacidad contributiva equivalentes a las que habitualmente se vinculan a dicho acto. En consecuencia, el juez y la administración estarían habilitados para entender que el hecho gravado se materializó si el realizado es, desde esta perspectiva, equivalente. Reconstruidas desde la teoría del Derecho, este tipo de propuestas proponen que la definición del supuesto de hecho gravado no se identifica con una clase de hechos, aunque así aparezca expresado en los textos, sino con un estado de cosas⁴³ y, en particular, con una determinada relación económica o capacidad contributiva.

Aunque en la actualidad rara vez se sostienen ideas de este tipo, las propuestas de Griziotti pueden encuadrarse en ellas. De acuerdo con el autor, la causa o función del tributo define su alcance⁴⁴. Esta causa no es jurídica, sino política, económica y social. En un primer momento, el autor vinculó la causa directamente con el conjunto de ventajas que reportaba al contribuyente la vida social, que constituía la contraprestación del tributo. Posteriormente, afirmó que la causa se identificaba con la capacidad contributiva, entendida como índice de los beneficios sociales obtenidos por el contribuyente⁴⁵.

b) Versiones “débiles” de consideración económica

Este grupo de propuestas sostiene que, si los textos tributarios fijan como supuestos gravados figuras tipificadas en otras áreas del Derecho, tales textos no deben interpretarse dándoles el significado que allí impera, sino aquel que resulta adecuado para la finalidad de la norma tributaria. En otras palabras, afirman que se deben utilizar todos los cánones disponibles (literal, sistemático, finalista, etc.) para, a continuación, escoger de entre los posibles significados aquel que resulte acorde con la finalidad de la norma impositiva.

Es importante destacar que, históricamente, la dogmática tributaria iberoamericana ha tendido a colapsar la interpretación de los textos tributarios con la calificación de los hechos imponibles, en particular cuando ellos provienen de figuras tipificadas en el Derecho común. Lo anterior se explica porque en España existían textos legales que autorizaban que la calificación o “encaje” de los hechos en el presupuesto gravado se hiciera utilizando una perspectiva económica. Esto llevó a que la administración tributaria utilizara con particular amplitud la recalificación frente a casos de elusión, dejando sin

⁴² BÁEZ *et al.*, en HENSEL, 2005, pp. 52, 53.

⁴³ MORESO y VILAJOSANA, 2004, pp. 72, 73.

⁴⁴ AMATUCCI, 2001, pp. 611 ss.

⁴⁵ JARACH, 1982, pp. 103, 104.

utilización las normas antiabuso, con mayores exigencias procesales y probatorias⁴⁶. Lo anterior fue ampliamente criticado por la dogmática tributaria⁴⁷, lo que llevó a que los textos legales fueran reemplazados, señalándose ahora que la calificación debía hacerse conforme con la “naturaleza jurídica” de los hechos realizados⁴⁸. Es oportuno observar que la norma general antiabuso chilena, agregada décadas después de la controversia mencionada, contiene una provisión sustancialmente idéntica a la española⁴⁹.

Lo anterior no justifica, sin embargo, dejar de distinguir conceptualmente entre la determinación del significado de los textos tributarios que establecen hechos gravados y la calificación de un determinado hecho como un caso de tal presupuesto. El rechazo a que la administración y los tribunales, con el objeto de controlar la elusión, califiquen los hechos mirando solo a sus efectos económicos resulta aplicable a las “tesis fuertes” de consideración económica, pero no resuelven el problema de la interpretación a que se refieren las “tesis débiles”.

c) Rechazo dogmático

La dogmática tributaria continental suele rechazar de forma generalizada y particularmente enfática las técnicas de consideración económica. Esto resulta especialmente cierto en el caso de la dogmática española⁵⁰ y latinoamericana⁵¹. A causa de que, en este rechazo, tuvo y sigue teniendo un rol central la crítica que les formuló Sainz de Bujanda⁵², resulta interesante revisar brevemente sus argumentos, complementados con los de autores contemporáneos que, como se verá, son sustancialmente coincidentes.

⁴⁶ El artículo 25 de la Ley General Tributaria española de 1963 señalaba que el impuesto se exigiría con arreglo a la verdadera naturaleza “jurídica o económica del hecho imponible”, agregando que, cuando el hecho imponible se delimitara atendiendo a conceptos económicos, “el criterio para calificarlos tendrá en cuenta las situaciones y las relaciones económicas que, efectivamente, existan o se establezcan por los interesados, con independencia de las normas jurídicas que se utilicen”.

⁴⁷ Por todos, PALAO TABOADA, 2009, pp. 45-62.

⁴⁸ En el año 1995 se modificó la Ley General Tributaria española, señalando ahora que el tributo se exigiría con arreglo “a la naturaleza jurídica del presupuesto de hecho definido por la Ley”. En la actualidad, el artículo 16 de la ley General tributaria española de 2003, mantiene sustancialmente la misma redacción.

⁴⁹ En efecto, el artículo 4 *bis* del Código Tributario señala que las obligaciones tributarias se harán exigibles con arreglo a la “naturaleza jurídica de los hechos, actos o negocios realizados...”.

⁵⁰ Ver, por ejemplo: QUERALT *et al.*, 2019, pp. 169, 176-192; FALCÓN y TELLA, 2016, pp. 138 ss.; MARÍN, 2013, pp. 144 ss.; GARCÍA NOVOA, 2004, pp. 212 ss.; y, PATÓN, 2018, pp. 218 ss.

⁵¹ En Argentina, aunque existen textos tributarios –inspirados en JARACH– que se refieren a la “verdadera naturaleza de los hechos imposables” y a su “significación económica”, la dogmática tiende a sostener que se trata de una doctrina que debe ser abandonada. Ver, por ejemplo, ALTAMIRANO, 2012, pp. 229 ss., y TARSITANO, 2021, pp. 58-66. En contra, GARCÍA VIZCAÍNO, 2017, pp. 199 ss., sostiene que la doctrina se puede utilizar, aunque en forma “moderada”. En Brasil, TAVEIRA, 2004, pp. 357-353, señala que la tesis se encuentra ampliamente superada. En Chile, NAVARRO, 2018, p. 423, afirma que la propuesta está absolutamente superada; a lo que MAGASICH, 2016, p. 216, agrega que las críticas a la propuesta han sido “demoledoras”.

⁵² BAEZ *et al.*, en HENSEL, 2005, p. 62.

Conforme con Sainz de Bujanda, si bien la ley impositiva es libre para establecer como hecho gravado el presupuesto que estime pertinente, una vez que lo hace, el contribuyente solo está obligado a pagar el tributo cuando realice, precisamente, tal presupuesto⁵³. El hecho gravado es una noción jurídica que no se identifica ni con el objeto gravado ni con el fin que se tuvo al momento de establecer el tributo⁵⁴. En consecuencia, ni los tribunales ni la administración tributaria pueden desconsiderar el hecho gravado fijado por la ley y aplicar los tributos en las relaciones económicas, incluso si el conjunto de circunstancias del caso hace pensar que ello sería deseable a la luz del propósito legislativo⁵⁵. En el mismo sentido, Pont señala que una cosa es la riqueza que el legislador pretende gravar y otra la efectivamente gravada que es la que aparece descrita en la norma que fija el tributo⁵⁶. Tarsitano, por su parte, sostiene que el legislador elige ciertas manifestaciones de riqueza y “las juridifica elevándolas al rango de hipótesis de incidencia”⁵⁷.

Sainz de Bujanda agrega que muchas veces se define el hecho gravado a partir de un acontecimiento definido o tipificado por otras ramas del derecho. En tales casos, el acontecimiento, que es el presupuesto fáctico del impuesto, queda definido por su tipificación jurídica. La ley tributaria selecciona o “recoge” ese acontecimiento tal como es definido por el ordenamiento jurídico y de esta forma los hechos imponibles pasan a formar parte de la realidad jurídica⁵⁸. Pont agrega que, si bien puede hablarse de un deber de tributar conforme con la capacidad contributiva, tal deber se materializa mediante la ley⁵⁹. La capacidad contributiva es un principio de ordenación, pero corresponde al legislador materializarlo, no a la administración ni a la jurisdicción, que solo operan al nivel de aplicación⁶⁰. La interpretación y la aplicación de las normas impositivas deben apuntar a determinar la naturaleza jurídica, no la económica, del hecho gravable y el intérprete no puede acudir a la finalidad económica del tributo⁶¹.

d) Problemas de la crítica tradicional a los métodos de consideración económica

Creo que las críticas tradicionales a los métodos de consideración económicas se sustentan en dos supuestos cuestionables: (i) el Derecho tributario carece de autonomía conceptual y (ii), es necesario distinguir entre hechos de “naturaleza” jurídica y económica.

⁵³ SAINZ DE BUJANDA, 2015, p. 345.

⁵⁴ SAINZ DE BUJANDA, 2015, pp. 358 ss.

⁵⁵ SAINZ DE BUJANDA, 2015, pp. 481-482.

⁵⁶ PONT, 2006, p. 23.

⁵⁷ TARSITANO, 2021, p. 4.

⁵⁸ SAINZ DE BUJANDA, 2015, pp. 339 ss., 459 ss.

⁵⁹ PONT, 2006, p. 26.

⁶⁰ PONT, 2006, p. 29.

⁶¹ SAINZ DE BUJANDA, 2015, p. 489.

(i) Autonomía conceptual

En relación con la autonomía conceptual, parece asumirse que, cuando un texto tributario utiliza una figura de Derecho común, al interpretarlo se le debe dar el sentido que en dicha área del Derecho se le da. Por eso se afirma, por ejemplo, que la ley tributaria “recoge” los acontecimientos tal como son definidos por el ordenamiento jurídico.

Al respecto, lo primero que se observa es que los textos deben interpretarse y que, para ello, existen múltiples cánones que pueden dar resultados diversos. Naturalmente, deberá utilizarse solo uno de ellos, pero es evidente que escoger uno u otro supondrá una decisión. Ahora bien, si la dogmática tributarista sostiene en forma prácticamente unánime que los textos tributarios se interpretan, o deben interpretarse, como en cualquier otra área del Derecho⁶², es contradictorio que, al mismo tiempo, afirme que se debe preferir el resultado de aplicar un canon literal o sistemático dependiente del Derecho común⁶³.

A lo anterior se suma una consideración pragmática. Asumir que el Derecho tributario carece de autonomía conceptual lleva, creo que inevitablemente, a que el ordenamiento impositivo adopte una concepción literalista de la interpretación incapaz, no solo de enfrentar, sino que de comprender el problema elusivo. Nuestros sistemas jurídicos operan sobre la base de una ilimitada libertad para idear formas jurídicas adecuadas a los fines privados. Si se limita el alcance de los textos impositivos que fijan los presupuestos gravados al significado del Derecho privado, inevitablemente se genera un amplio espacio para que los contribuyentes escapen de la tributación simplemente ideando formas jurídicas con resultados equivalentes.

Frente a este problema, quienes sostienen la concepción literalista apuntada suelen plantear dos respuestas que resultan, sin embargo, insuficientes. En primer lugar, afirman que la solución es modificar la ley tributaria para incluir como supuestos gravados las nuevas figuras. Sin embargo, se comprende que, frente a la incesante innovación privada y la inevitable lentitud de cualquier reforma legal, ello constituye, en la práctica, una validación de las prácticas elusivas. Como señala Palao Taboada, no se puede exigir al legislador que prevea todos los portillos que el ingenio de los asesores fiscales sea capaz de descubrir ni que los cierre al instante de abrirse⁶⁴.

En segundo lugar, sostienen que, en casos como el descrito, se deben aplicar las herramientas institucionales diseñadas específicamente para dar cuenta de la elusión y, en particular, las cláusulas antielusivas. Sin embargo, por una parte, estas cláusulas rara vez se aplican y sus resultados suelen ser insatisfactorios⁶⁵. Por la otra —y este es el

⁶² Por todos, MASSONE, 2013, p. 304.

⁶³ MAGASICH, por ejemplo, señala en 2016 que, si en desmedro del significado de Derecho común, se prefiere, por ejemplo, el del canon teleológico, ello supondría confundir la interpretación con otras actividades como la analogía y la derrotabilidad. Ver, MAGASICH, 2016, pp. 219 ss. Posteriormente, sin embargo, rectificó su postura. Ver, MAGASICH, 2020, pp. 105 ss.

⁶⁴ PALAO TABOADA, 2009 p. 10.

⁶⁵ En Chile se incorporó una cláusula general antiabuso el 2014 sin que, a la fecha, existan pronunciamientos judiciales respecto de ella. En España, PALAO TABOADA, 2021, p. 255, afirma que la historia de la lucha

punto central— nada indica que la existencia de estas cláusulas justifique que, en materia tributaria, y a diferencia del resto del ordenamiento jurídico, no resulten aplicables los diversos cánones interpretativos. Las cláusulas antielusión, allí donde existen, tienen un rol en la lucha contra la elusión, pero su mera existencia no justifica la adopción de una ideología interpretativa literalista o sistemática conforme con el Derecho común.

(ii) “Naturaleza Jurídica”

Es habitual que la dogmática, no solo la tributaria, discuta de la supuesta “naturaleza jurídica” de determinadas materias o instituciones. Es también habitual que tales discusiones sean ambiguas e imprecisas. Bobbio observaba hace ya 80 años que la noción de la “naturaleza de las cosas” era una expresión sugestiva que se utilizaba para fines polémicos o retóricos, pero que carecía de un significado riguroso y que, de hecho, con ella se apuntaba a cuestiones tan heterogéneas como la finalidad de las normas, su justificación, el derecho natural, el antiformalismo y el antilegalismo⁶⁶.

El problema no es solo de ambigüedad o imprecisión. La argumentación a partir de la supuesta naturaleza jurídica de las cosas recuerda el “paraíso de los conceptos jurídicos”, de Ihering, o el “sinsentido trascendental” de Cohen⁶⁷. Como denunciaron estos autores, el uso del término tiende no solo a ontologizar los conceptos jurídicos, sino a amparar la falta de consideración de las cuestiones valorativas, políticas y de hecho que inciden en la interpretación jurídica. Lleva, en definitiva, a la ilusión formalista de que puede darse respuesta a los problemas manipulando herramientas conceptuales con independencia de cualquier consideración externa⁶⁸.

El mundo no es ni jurídico ni económico. La interpretación es (desde luego) una labor jurídica, pero para llevarla a cabo se utilizan múltiples cánones hermenéuticos, incluido, entre otros, el teleológico, que obliga a considerar la economía, la contabilidad, la física o cualquier conocimiento que resulte pertinente para determinar la finalidad o propósito de las normas.

e) Evaluación

Para evaluar las tesis de consideración económica es necesario distinguir entre, al menos, dos grupos o versiones de ellas: las “fuertes” y las “débiles”. Mientras las primeras parecen incompatibles con la tipicidad tributaria, no ocurre lo mismo con las segundas.

Las tesis “fuertes” suponen que la determinación del presupuesto gravado no depende del texto legal que lo establece, sino de las relaciones económicas o la capacidad

contra la elusión es la de la huida de la cláusula general antielusión. Además, la doctrina coincide en que los escasos pronunciamientos son oscuros, erróneos, incluso incomprensibles. Ver, ZORNOZA, 2018, pp. 80, 81; y, DELGADO, 2018.

⁶⁶ BOBBIO, 2015 [1941], pp. 183 ss.

⁶⁷ COHEN, 1935.

⁶⁸ ATIENZA, 2013, pp. 49-51.

contributiva subyacentes que lo explican. Obsérvese que las tesis “fuertes” no proponen que los textos tributarios fijen como presupuestos gravados estados de cosas o relaciones económicas. Lo que sostienen es que, aunque los textos impositivos establezcan como presupuestos gravados hechos y acciones determinadas, debe entenderseles como si hicieran referencia a relaciones económicas o a la capacidad contributiva. Creo que esto lleva a la irrelevancia de los textos impositivos, que pasarían a ser nada menos que meras referencias a ámbitos generales en los que la administración tributaria y los jueces podrían buscar tales relaciones o capacidad, aplicando los tributos que estimen adecuados a ello.

La situación, sin embargo, es diversa en el caso de las tesis “débiles”. Ellas, frente a la indeterminación textual, rechazan que deba darse preferencia al significado literal y sistemático dependiente del Derecho común de los textos y sostiene, en cambio, que se debe dar preferencia a aquel significado que se corresponda con la finalidad de la norma. Por cierto, tanto la preferencia del significado literal como de la finalidad suponen una preferencia valorativa que requiere una justificación. Indagar si tal justificación existe en el ámbito tributario, en uno u otro sentido, constituye una cuestión sin duda importante del que este trabajo, sin embargo, no se pronuncia. Lo que interesa destacar es que, cualquiera sea la preferencia que se sostenga, ello no es contrario a la tipicidad.

2. *Discursos dogmáticos dominantes*

En esta sección examinaré los discursos tributarios dominantes acerca de la taxatividad tributaria. Naturalmente, en esta materia, como en cualquier otra, diversos autores sostienen posiciones también diversas y, en tal sentido, referirse a un discurso dominante constituye, hasta cierto punto, una simplificación. Creo, sin embargo, que tal inevitable simplificación no es en este caso excesiva.

a) “Falsos amigos”: tipicidad tributaria y penal

En el Derecho, como en la lingüística, pueden encontrarse falsos amigos. En italiano, *burro*, y en inglés, *sensible*, tienen significados completamente distintos a los términos homógrafos en español. De la misma forma que constituiría un grave error intentar comunicarse asumiendo que la coincidencia de escritura da cuenta de un mismo significado; sería equivocado intentar comprender la taxatividad tributaria a partir de lo que ella supone en materia penal.

Existen, desde luego, semejanzas entre la tipicidad tributaria y la penal. Sin embargo, lo interesante de su estudio no radica en hacer tal constatación, sino en precisar qué es lo que las diferencia. Desgraciadamente, en las discusiones referentes a la taxatividad tributaria, se ha tendido a igualar las exigencias con aquellas del Derecho penal. Antes de evaluar esta tendencia y, precisamente, para hacerse cargo de ella, resulta útil comenzar revisando brevemente lo que la dogmática penal entiende por tipicidad.

Ferrajoli es probablemente uno de los autores que con mayor cuidado ha estudiado la importancia de la tipicidad en el derecho penal. De acuerdo con este autor, debe distinguirse entre mera legalidad y estricta legalidad o taxatividad. Conforme con

la primera, la existencia de una ley es condición necesaria de la pena y del delito. Al decir de la segunda, el legislador debe usar una técnica específica que sea idónea para garantizar la “decidibilidad de la verdad de su enunciación” de los presupuestos de la pena⁶⁹. Lo primero se opone a que existan delitos derivados de la moral y otras fuentes externas. Lo segundo, impide el uso de cualquier elemento valorativo o impreciso en la delimitación de qué constituye un delito.

La taxatividad penal, así entendida, busca eliminar, en cuanto sea posible, la discrecionalidad judicial. Para ello, plantea una exigencia reforzada, dirigida al legislador, de usar un lenguaje riguroso y desprovisto de elementos valóricos. De esta forma, se busca que la labor interpretativa de los jueces sea (en la medida de lo posible) puramente empírica, cognoscitiva y sin discreción⁷⁰. Ferrajoli reconoce, por cierto, que la taxatividad admite graduaciones. Sin embargo, insiste en que el uso de palabras vagas, equívocas o que supongan valoraciones en las descripciones de los hechos sancionados, vacía de contenido las garantías penales y procesales del derecho penal⁷¹. En el mismo sentido, Ferreres señala que la taxatividad busca permitir la posibilidad de predecir cómo un juez debe resolver un caso determinado, punto especialmente relevante en sociedades plurales como las actuales⁷².

La tipicidad penal, en consecuencia, no solo busca proporcionar seguridad, sino imparcialidad (que los decisores no tomen partido) y poner freno a la arbitrariedad del poder (que los decisores decidan de manera justificada). El legislador, al establecer los delitos, ignora a quienes se aplicarán; y el juez, que sí lo sabe, no puede legislar y debe someterse al texto legal⁷³. Es posible, incluso inevitable, que estas exigencias lleven a que, en casos particulares, el resultado sea subóptimo. Por ejemplo, se dejarán sin sanción eventos análogos a los tipificados. Tal es el precio, sin embargo, que debe pagarse para impedir que los jueces y el Estado puedan hacer un uso abusivo de su poder⁷⁴.

b) Tipicidad tributaria: la tesis del derecho de injerencia

La apretada síntesis anterior evidencia los esfuerzos de la dogmática penal por fortalecer la tipicidad. Lo que interesa ahora discutir es si la taxatividad tributaria es o debe ser tan exigente como la penal.

En este punto es interesante destacar una evidente paradoja. Cuando se plantea la cuestión de si la tipicidad penal y tributaria son o deben ser igualmente exigentes, la respuesta es, en casi todos los casos, negativa. Generalizadamente se afirma que los tributos, a diferencia de las penas, no son sanciones, por lo que no es posible hacer la

⁶⁹ FERRAJOLI, 1995, p. 95.

⁷⁰ FERRAJOLI, 1995, pp. 117 ss.

⁷¹ FERRAJOLI, 1995, pp. 125.

⁷² FERRERES, 2002, pp. 45–47.

⁷³ FERRERES, 2002, p. 51.

⁷⁴ FERRERES, 2002, p. 54.

misma exigencia en uno y otro ámbito⁷⁵. Sin embargo, cuando la dogmática tributaria intenta precisar cuáles son las exigencias de la tipicidad tributaria, no solo tiende a insistir en las semejanzas entre el Derecho penal y el tributario, sino que suele realizar exigencias que, incluso en el ámbito penal, no serían aceptadas.

Para constatar lo anterior conviene detenerse en lo que García Novoa, autor que ha abordado en diversos escritos la materia y cuenta con amplio reconocimiento en Iberoamérica, ha señalado acerca de este tema. García Novoa afirma, en primer lugar, que la tipicidad tributaria no puede equipararse con la penal debido a que no pretende describir conductas, sino fijar el presupuesto del surgimiento de la obligación tributaria⁷⁶. Sin embargo, agrega enseña que tanto la tipicidad tributaria como la penal tienen como sustrato la protección de la seguridad jurídica⁷⁷, a lo que agrega que la tipicidad vincula al intérprete y se proyecta a la función calificadora⁷⁸. Para justificar el aserto de que ambas tipicidades son similares, afirma que tanto el Derecho tributario como el penal forman parte del “ordenamiento de injerencia”, caracterizado porque sus normas intervienen en el ámbito patrimonial o personal de los ciudadanos⁷⁹. Agrega que, tanto la tipicidad tributaria como la penal, deben limitar la actividad calificadora de los jueces, impidiendo que se traslade a los aplicadores la determinación del supuesto gravado y la obligación tributaria⁸⁰.

¿Por qué, a juicio de García Novoa, el Derecho tributario pertenecería, junto con el penal, al “ordenamiento de injerencia”? El autor señala que el Derecho tributario –como el penal– no se limita a regular conductas queridas por los particulares, sino que sus normas están “tendencialmente orientadas a imponer conductas”. A su juicio, el Derecho tributario, de la misma forma que el penal, no asigna efectos jurídicos a ciertas actuaciones, sino que las impone. Los comportamientos privados son meros presupuestos para los efectos. En suma, a su juicio, en el Derecho tributario la ley deja de ser una pauta para el desarrollo de acciones individuales, para convertirse en “un instrumento de intervención”⁸¹.

En términos similares, Simón Acosta señala que la exigencia de *lex certa* se desprende de la “naturaleza intervencionista” del Derecho tributario. Se trata, a su juicio, de un ordenamiento de injerencia porque no se limita a establecer las condiciones en las que los particulares pueden desarrollar sus actividades, sino que confiere facultades por medio de las cuales el Estado interfiere coactivamente en la esfera particular de los ciudadanos. El autor reconoce que el tributo no es un fenómeno excepcional o contrario a la libertad, pero –agrega enseña– por su intermedio “se impone obligatoriamente desde fuera, mediante potestades de las que el Estado se inviste mediante sus propias leyes”⁸². La tendencia a identificar, a partir de la tesis del Derecho de injerencia, la tributación con

⁷⁵ Por todos, MARÍN, 2013, p. 98.

⁷⁶ GARCÍA NOVOA, 2012, p. 189.

⁷⁷ GARCÍA NOVOA, 2012, p. 188.

⁷⁸ GARCÍA NOVOA, 2012, p. 190.

⁷⁹ GARCÍA NOVOA, 2004, pp. 80-82; GARCÍA NOVOA, 2012, pp. 183-186.

⁸⁰ GARCÍA NOVOA, 2012, pp. 191, 192.

⁸¹ GARCÍA NOVOA, 2000, p. 100.

⁸² SIMÓN ACOSTA, 2008, p. 579.

las sanciones es aún más clara en Galapero, quien derechamente señala que el Derecho tributario es un Derecho de injerencia, como lo es también el Derecho sancionador⁸³. Como se ha señalado, en parte importante de la dogmática latinoamericana, la tendencia a equiparar la tipicidad penal y la tributaria es particularmente acusada.

c) El valor de la indeterminación: el contraste entre la dogmática penal y tributaria

Un aspecto que los discursos tributarios dominantes no suelen considerar adecuadamente es que la precisión de los textos jurídicos tiene, junto con evidentes ventajas, importantes limitaciones. La dogmática penal, a diferencia de la tributaria, constata rutinariamente que la indeterminación y la consiguiente menor seguridad jurídica no solo es inevitable sino, muchas veces, deseable. Es decir, la dogmática tributaria no solo se tiende a identificar injustificadamente con las exigencias penales y tributarias, sino que, al hacerlo, olvida que en materia penal suele entenderse que en ciertos casos y materias se justifica una mayor indeterminación.

En efecto, la dogmática penal suele entender que, para lograr resultados adecuados, suele ser necesario reducir las exigencias de la taxatividad. Esto ocurre especialmente en cuestiones de particular complejidad, como aquellas relacionadas con la delincuencia económica, tributaria y medioambiental⁸⁴. Para dar cuenta de tales problemas, el sistema penal responde buscando formas de reacción eficaces, una de las cuales es, precisamente, la utilización de tipos amplios e indeterminados que permitan la detección y sanción de este tipo de conductas criminales y mayores márgenes interpretativos. Como destaca Wilenmann, es evidente que tales estrategias suponen una limitación a las exigencias de *lex certa*. Sin embargo, constituyen una reacción frente a la impotencia de sus herramientas tradicionales⁸⁵.

Para que el ordenamiento impositivo sea eficaz en el control de la elusión, no solo se deben utilizar figuras intencionadamente vagas en las reglas generales que se refieren a la elusión, sino que es ineludible entregar facultades de recalificación a la administración y a los tribunales. Si incluso en el Derecho penal, donde la tipicidad y seguridad jurídica parecen de máxima relevancia, se acepta cierto grado de flexibilidad para permitir que el ordenamiento jurídico sea eficaz en el logro de objetivos y resultados que se consideran valiosos, la idea de que tal seguridad y precisión deben ser absolutas en el ámbito tributario, en particular frente a la elusión tributaria, no parece justificada.

d) Evaluación

Existe una evidente tensión en la forma en que los discursos dogmáticos tributarios dominantes enfrentan la cuestión de la taxatividad. Por un aparte, descartan que los tributos sean un fenómeno odioso, sostienen que las exigencias de la reserva y tipicidad

⁸³ GALAPERO, 2019, p. 224.

⁸⁴ MONTIEL, 2012, pp. 22, 23.

⁸⁵ WILENMANN, 2020, pp. 324, 325.

tributarias no alcanzan el mismo grado de las penales, y afirman que la interpretación de los textos tributarios se hace como en cualquier otra área del Derecho. Sin embargo, creo que contradictoriamente, agregan que los tributos y el Derecho tributario, de la misma forma que el Derecho penal y el sancionatorio, forman parte de un supuesto “Derecho de injerencia”, que interfieren en la esfera patrimonial de los ciudadanos y no se limita a regular las conductas queridas por los particulares, sino que sus normas están orientadas a imponerlas.

Lo cierto es que el Derecho tributario, como cualquier otra rama del derecho, asocia consecuencias jurídicas a ciertos actos. No se avizora por qué a partir de ello se le puede calificar como parte de un “derecho de injerencia” en forma diversa a, por ejemplo, aquellas ramas jurídicas que regulan las consecuencias de los contratos, o la obligación de indemnizar perjuicios.

Creo que la razón de esta peculiar forma de entender la tipicidad tributaria se encuentra, como se ha visto a lo largo del trabajo, en una deficiente comprensión de la seguridad jurídica y de lo que ella significa en el ámbito impositivo. En efecto, ella se entiende en forma parcial (solo como previsibilidad y solo en relación con los intereses de los contribuyentes), sin considerar su valor instrumental y desconociendo la inevitable indeterminación del Derecho.

IV. CONCLUSIONES

Un Derecho tributario que no contara con herramientas para controlar la elusión, como un Derecho penal sin causales eximentes, o uno civil sin vicios del consentimiento, sería más predecible (para el contribuyente), pero también más injusto⁸⁶. La previsibilidad de los contribuyentes es valiosa y ciertamente establece límites a lo que puede hacerse para alcanzar resultados deseables, pero no es todo lo que importa.

En el presente artículo se han presentado herramientas conceptuales y criterios que permiten, por una parte, evaluar los discursos dogmáticos relativos a la tipicidad tributaria y, por la otra, desmitificar la aparente tensión entre la necesidad de combatir la elusión, respetar la tipicidad y proporcionar seguridad jurídica. En particular, se han propuesto tres criterios evaluativos. Primero, un instrumental conceptual será inadecuado si prescinde, no da cuenta, o no permite combatir dicho fenómeno de forma efectiva. Segundo, se deben considerar los problemas de indeterminación interpretativa, particularmente frente a casos de elusión. Tercero, tales discursos deben compatibilizar la seguridad jurídica y el combate contra la elusión.

A partir de los criterios mencionados se analizaron los principales discursos dogmáticos que históricamente se han desarrollado en relación con la taxatividad tributaria. i) La “versión fuerte” de la tesis de consideración económica lleva a la irrelevancia de los textos legales impositivos y resulta incompatible con cualquier concepto reconocible

⁸⁶ MORESO, 2020, p. 132.

de tipicidad impositiva. ii) La “versión débil”, en cambio, señala que, en caso de indeterminación, y especialmente frente a casos de elusión, debe darse preferencia al significado acorde a la finalidad de la norma y no a su literalidad. Semejante propuesta no es contraria a la tipicidad, aunque la preferencia por el sentido acorde al *telos* de los textos debe ser justificada, cuestión que el trabajo no analiza. (iii) En fin, los discursos actualmente dominantes de la dogmática tributaria no consideran adecuadamente la indeterminación en la interpretación de los textos y sostienen una versión parcial de lo que constituye seguridad jurídica.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMUDÍ, J.M., FERRERAS, J.A., y HERNÁNDEZ, P.A. (directores), 2017: *El Plan de Acción sobre Erosión y Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (BEPS): G-20, OCDE y Unión Europea*, Pamplona: Aranzadi.
- ALTAMIRANO, Alejandro, 2012: *Derecho Tributario. Teoría General*, Buenos Aires: Marcial Pons.
- AMATUCCI, Andrea, 2001: “La interpretación de la ley tributaria” (trad. F. Cañal), en Andrea Amatucci (director), *Tratado de derecho tributario*, Bogotá: Temis, pp. 566-639.
- AMATUCCI, Andrea, 2003: “La enseñanza del derecho financiera en Italia y España”, en *Foro: Revista de Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar*, N° 1, pp. 123-158.
- ATIENZA, Manuel, 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid: Trotta.
- ÁVILA, Humberto, 2012: *Teoría de la seguridad jurídica* (trad. L. Criado Sánchez), Madrid: Marcial Pons.
- AVI-YONAH, Reuven, 2019: *Advance introduction to International Tax Law* (2° edition), Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- BÁEZ, A., GONZÁLEZ-CUÉLLAR, M. L., y ORTIZ, E., 2005: “Estudio Preliminar”, en Hensel, Albert, *Derecho tributario* (trad. A. Báez), Madrid: Marcial Pons, pp. 3-78.
- BARREIRO, María Cruz, 2019: “Problemas que plantea la Directiva ATAD en relación con el principio de seguridad jurídica”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), en *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 539-556.
- BOBBIO, Norberto, 2015 [1941]: “La naturaleza de las cosas” en *Iusnaturalismo y positivismo jurídico*, (trad. A. Ruiz Miguel), Madrid: Trotta, pp. 183-195.
- CALMON, Sacha, 2005: “El principio de la legalidad. El objeto de la tutela”, en Pasquale Pistone y Heleno Taveira (coordinadores), *Estudios de derecho tributario constitucional e internacional*, Buenos Aires: Abaco, pp. 337-354.
- CARRASCO, Francisco, 2019: “¿Hacia un ordenamiento tributario más seguro? Implementación en España de los principios de los principios de buena regulación: avances logrados y retos pendientes”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 91-129.
- COHEN, Félix, 1935: “Transcendental Nonsense and the Functional approach”, en *Columbia Law Review*, vol. XXXV, N°6, 1935, pp. 809-849.
- COLLAO, Pedro, 2019: “Actividad administrativa motivada, e inactividad bajo la apariencia de motivación”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 131-152.
- COMPañ, Tatiana, 2019: “Los difusos contornos de la figura de la opción tributaria y su incidencia en la seguridad jurídica de los contribuyentes”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 153-170.

- DELGADO, Abelardo, 2018: *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Cizur Menor: Aranzadi.
- FALCÓN y TELLA, Ramón, 2016: *Derecho Financiero y Tributario. Parte General* (5° edición), Madrid: Universidad Complutense de Madrid.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995: *Derecho y Razón* (trad. A. Ruiz Miguel), Madrid: Trotta.
- FERRERES, Víctor, 2002: El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia, Madrid: Civitas Ediciones.
- FREEDMAN, Judith y VELLA, John, 2012: "HMRC's Management of the U.K. Tax System: The Boundaries of Legitimate Discretion", en Chris Evans, Judith Freedman y Richard Krever (editores), *The Delicate Balance: Tax, Discretion and the Rule of Law*, Amsterdam: IBFD, pp. 79-119.
- GALAPERO, Rosa, 2019: "La Seguridad Jurídica del contribuyente en el ordenamiento tributario español", en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 219-230.
- GARCÍA BERRO, Florián, 2019: "Seguridad Jurídica y confusión de cláusulas generales antiabuso (simulación, conflicto y alternativas legítimas de tributación)", en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 231-247.
- GARCÍA MANRIQUE, Ricardo, 2012: *El valor de la seguridad jurídica*, Madrid: Iustel.
- GARCÍA NOVOA, César, 2000: *El principio de seguridad jurídica en materia tributaria*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA NOVOA, César, 2004: *La cláusula antielusiva en la nueva ley general tributaria*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA NOVOA, César, 2012: *El concepto de tributo*, Madrid: Marcial Pons.
- GARCÍA NOVOA, César, 2019: "Aspectos actuales de la seguridad jurídica en materia tributaria", en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 29-72.
- GARCÍA VIZCAÍNO, Catalina, 2017: *Manual de Derecho Tributario*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- GOMETZ, Gianmarco, 2012: *La certeza jurídica como previsibilidad* (trad. D. Moreno y D. Dei Vecchi), Madrid: Marcial Pons.
- GOMETZ, Gianmarco, 2015: "Grados y dimensiones de la certeza jurídica" (trad. D. Moreno), en Carlos Cruz Moratones, Carolina Fernández Blanco y Jordi Ferrer Beltrán (editores), *Seguridad Jurídica y democracia en Iberoamérica*, Madrid: Marcial Pons, pp. 29-48.
- JARACH, Dino, 1982: *El hecho imponible. Teoría general del derecho tributario sustantivo* (3° edición), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- KUHLEN, Lothar, 2012: "Sobre la relación entre el mandato de certeza y la prohibición de la analogía", (trad. A. Nanze), en Juan Pablo Montiel (editor), *La crisis del principio de legalidad en el nuevo derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid: Marcial Pons, pp. 151-172.
- LAPORTA, Francisco, 2007: *El imperio de la ley*, Madrid: Trotta.
- LIFANTE VIDAL, Isabel, 2013: "Seguridad jurídica y previsibilidad", en *Doxa, Cuadernos de filosofía del derecho*, N°36, pp. 85-105, DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2013.36.04>
- MAGASICH, Álvaro, 2016: "La derrotabilidad, Fraude de Ley y Cláusula General Antielusiva. Análisis desde el Derecho Tributario español y chileno". Memoria para obtener grado de doctor en Universidad de Barcelona. Disponible en: https://www.tdx.cat/bitstream/handle/10803/403950/AMA_TESIS.pdf?sequence=1 [Visitado el 02.05.2022]
- MAGASICH, Álvaro, 2020: "La interpretación económica, un análisis crítico; y la problemática de los términos jurídicos usados en el Derecho Tributario, su significado propio y recurso hermenéutico teleológico", en Antonio Faúndez y Francisco Saffie (coordinadores), *Interpretación de la ley tributaria*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 97-115.

- MARÍN, Gloria, 2013: *¿Es lícita la planificación fiscal? Sobre los efectos de neutralidad y consistencia del ordenamiento tributario*, Valladolid: Thomson Reuters.
- MARTÍNEZ, Félix, 2022: “La desnaturalización del abuso y los (nuevos) límites de la planificación fiscal: entre la recaudación y el desaliento”, en Juan Arrieta Martínez y Félix Daniel Martínez (directores), *Abuso y planificación fiscal internacional: una perspectiva jurídica, económica y ética*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 57-78.
- MASSONE, Pedro, 2013: *Principios de Derecho Tributario. Aspectos Generales* (3^o edición), Santiago: Legal Publishing.
- MAZZ, Addy, 2008: “La consulta tributaria en el marco de la información y asistencia al contribuyente”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez (coordinadores), *El Tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 1491-1517.
- MÉNDEZ, Luis, 2004: “El criterio de la realidad económica”, en José Osvaldo Casás (coordinador), *Interpretación económica de las normas tributarias*, Buenos Aires: Ábaco, pp. 119-144.
- MONTIEL, Juan Pablo, 2012: *La crisis del Principio de Legalidad en el Nuevo Derecho penal: ¿Decadencia o evolución?*, Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep, 2004: *Introducción a la Teoría del Derecho*, Madrid: Marcial Pons.
- MORESO, José Juan, 2020: *Lo normativo: variedades y variaciones*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- NAVARRO, María Pilar, 2021: *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- OSTERLOH, Lerke, 2001: “El derecho tributario y el derecho privado” (trad. M. González), en Andrea Amatucci (director), *Tratado de derecho tributario*, Bogotá: Editorial Temis, pp.113-136.
- PALAO TABOADA, Carlos, 2009: *La Aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal*, Valladolid: Lex Nova.
- PALAO TABOADA, Carlos, 2021: *La aplicación de las normas tributarias y la elusión fiscal* (2^o edición), Cizur Menor: Thomson Reuters.
- PATÓN, Gemma, 2018: “Aplicación e interpretación de las normas tributarias”, en Miguel Ángel Collado Yurruta y Gracia María Luchena Mozo (directores), *Derecho Financiero y tributario. Parte general*, Barcelona: Atelier, pp. 209-234.
- PONT, Joan Francesc, 2006: *La simulación en la nueva LGT*, Madrid: Marcel Pons.
- QUERALT, J. M., LOZANO, C., TEJERIZO, J., y CASADO, G., 2019: *Curso de Derecho Financiero y Tributario* (30^o edición), Madrid: Tecnos.
- RODRÍGUEZ, Jesús, 2018: “Medidas preventivas del fraude fiscal: la obligación de revelación de esquemas de planificación agresiva”, en Enrique Giménez-Reyna y Salvador Ruiz Gallud (coordinadores), *El fraude fiscal en España*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 213-277.
- ROMERO, Felipe, 2019: “Cláusulas antiabuso articuladas sobre motivos económicos válidos y seguridad jurídica. Caso particular de las fusiones apalancadas intragrupo”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor, Aranzadi, pp. 557- 593.
- ROVIRA, Irene, 2019: “Los cambios de jurisprudencia como límite a los efectos vinculantes de las consultas tributarias”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp.371-386.
- SAINZ DE BUJANDA, Fernando, 2015: *Hacienda y Derecho. Fragmentos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- SÁNCHEZ, José Antonio, 2019: “La producción normativa en materia tributaria y la seguridad jurídica”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 387-410.

- SERRANO, Fernando, 2019: “La seguridad jurídica en la fiscalidad internacional: nuevas tendencias”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 469-512.
- SIMÓN ACOSTA, Eugenio, 2008: “El Principio de Legalidad y la Seguridad Jurídica en el ámbito tributario”, en César García Novoa y Catalina Hoyos Jiménez (coordinadores), *El Tributo y su aplicación: perspectivas para el siglo XXI*, Buenos Aires: Marcial Pons, pp. 551-586.
- SIOTA, Mónica, 2010: *Analogía e interpretación en el derecho tributario* (7° edición), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- SLEMROD, Joel y BAKIJA, Jon, 2008: *Taxing ourselves, a citizen's guide to the debate over taxes* (3° edición), Londres: MIT Press.
- SONETTI, Enza, 2019: “La certeza del derecho tributario en la comunicación preventiva de riesgos”, en Jorge Martín y Begoña Pérez (directores), *Seguridad Jurídica y Derecho Tributario: presente y futuro*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 595-619.
- STOLLEIS, Michael, 2017: *Public Law in Germany. A Historical Introduction from the 16th to the 21st century* (trad.), Oxford: Oxford University Press.
- TARSITANO, Alberto, 2021: *La elusión fiscal: forma y sustancia en el derecho tributario*, Buenos Aires: Astrea.
- TAVEIRA, Heleno, 2004: “Interpretación económica: extensiva, finalista o analógica del Derecho tributario”, en José Osvaldo Casás (coordinador), *Interpretación económica de las normas tributarias*, Buenos Aires: Ábaco, pp. 331-371.
- TAVEIRA, Heleno, 2008: *Derecho tributario y derecho privado. Autonomía privada, simulación y elusión tributaria*, Buenos Aires: Marcial Pons.
- TOLEDO, Patricia, 2020: “Interpretación extensiva del Derecho Tributario y la prohibición de aplicación de la ley por analogía”, en Antonio Faúndez Ugalde y Francisco Saffie Gatica, *Interpretación de la ley tributaria*, Santiago: Legal Publishing, pp. 59-71.
- WILENMANN, Javier, 2020: “El derecho frente a la resistencia a la criminalización bajo el ejemplo de los delitos de corrupción”, en *Política Criminal*, Volumen 15, N°29, pp. 310-330, DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992020000100310>.
- ZORNOZA, Juan José, 2018: “El concepto de fraude fiscal: evasión y elusión tributarias”, en Enrique Giménez-Reyna y Salvador Ruiz (coordinadores), *El Fraude Fiscal en España*, Cizur Menor: Aranzadi, pp. 69-85.

Normas jurídicas

- LEY N° 230/1963, General Tributaria, Boletín Oficial del Estado [España], publicada el 31 de diciembre de 1963.
- LEY N° 25/1995, General Tributaria, Boletín Oficial del Estado [España], publicada el 22 de julio de 1995.
- DECRETO Ley N° 830, Aprueba texto que señala del Código Tributario, publicada el 31 de diciembre de 1974.
- LEY N° 58/2003, General Tributaria, Boletín Oficial del Estado [España], publicada el 18 de diciembre de 2003.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, sentencia de 28 de febrero 2003, rol 4.038-01
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de julio 2015, rol 22.282-14.

Radiografía del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo en Chile

*Eduardo Jequier Lebuédé**

RESUMEN

En este estudio se muestran los resultados obtenidos mediante dos encuestas acerca del arbitraje como mecanismo de solución de los conflictos de consumo en Chile, diseñadas con el propósito de conocer el grado de conocimiento y la opinión que manejan en la actualidad los distintos grupos consultados a nivel nacional, empresarios/proveedores y abogados. Cada encuesta ha sido diseñada con miras a la futura reglamentación de esta materia, teniendo en cuenta el mandato dado en tal sentido por el artículo 3, letra g), de la Ley de Protección de Derechos del Consumidor, Nº19.496, incorporado por la Ley Nº 21.398, que establece el arbitraje como mecanismo de solución de los conflictos individuales de consumo. Los resultados y conclusiones que se dan a conocer en este trabajo apuntan a definir las características y los elementos esenciales que debe recoger dicha normativa reglamentaria.

Encuestas; arbitraje; arbitraje de consumo

Snapshot of arbitration as an alternative mechanism for consumer dispute resolution in Chile

ABSTRACT

This study shows the results obtained through two surveys on arbitration as a mechanism for solving consumer conflicts in Chile, designed with the purpose of knowing the degree of knowledge and opinion currently held by the different groups consulted, entrepreneurs/suppliers

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de los Andes. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8005-6685>. Correo electrónico: ejequier@uandes.cl.

El presente trabajo forma parte del proyecto Fondecyt regular n.º 1190099, titulado “El arbitraje de consumo en Chile: Análisis críticos y planteamientos para una indispensable revisión de *lege ferenda*”, del que el autor es investigador responsable.

Agradezco muy especialmente la cooperación prestada por la Asociación de Emprendedores de Chile –ASECH–, para difundir las encuestas entre sus asociados, y la colaboración de los Colegios de Abogados de Santiago y Regiones, en particular de Iquique, Antofagasta, Copiapó, Valparaíso, Rancagua, Talca, Chillán, Concepción, Temuco y Puerto Montt.

Artículo recibido el 8.3.2022 y aceptado para su publicación el 1.6.2022.

and lawyers. Each survey has been designed with a view to the future regulation of this matter, taking into account the mandate given in this regard by article 3, letter g), of the Consumer Rights Protection Law, No. 19,496, incorporated by the Law No. 21,398, which establishes arbitration as a mechanism for resolving individual consumer disputes. The results and conclusions that are disclosed in this work aim to define the characteristics and essential elements that such regulatory regulations must include.

Surveys; arbitration; consumer arbitration

INTRODUCCIÓN

En los pequeños litigios que le afectan cotidianamente es donde el ciudadano ordinario puede medir la eficacia de la leyes, y no en los grandes asuntos, que generalmente le son ajenos.¹

El arbitraje, junto con la mediación, son los mecanismos de solución de conflictos más antiguos de los que se tiene noticia, forjados a partir de tradiciones ancestrales y prácticas culturales que fueron evolucionando a la par con —y al vaivén de— las comunidades y grupos sociales organizados.

Sin embargo, y en lo que a este trabajo concierne, el arbitraje en materia de consumo es uno de aquellos ámbitos del ordenamiento jurídico nacional que el legislador ha mantenido en un completo abandono, pese a su especial relevancia y desarrollo en el derecho comparado; y es que, como se dirá *infra*, hasta hace muy poco no existían en Chile disposiciones legales que regularan el arbitraje de consumo de manera particular, concebidas y diseñadas a partir del reconocimiento de las particulares características materiales y subjetivas de la relación de consumo² y de la aplicación de los principios, bases y garantías procedimentales mínimas que dicho instituto demanda en este ámbito³.

En este sentido, desde la entrada en vigencia de la Ley N°19.496, sobre Protección de los derechos del consumidor (LPDC), y hasta hace apenas unos meses, la única referencia que se hacía al arbitraje acerca de asuntos de consumo se contenía en el artículo 16 incisos

¹ “Plan de acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia y la solución de litigios en materia de consumo en el mercado interior”, Comunicación de la Comisión de las Comunidades Europeas, 14 de febrero de 1996 (COM[96] 13).

² Como apunta Orozco, “la naturaleza jurídica del arbitraje de consumo posee una doble vertiente: *contractual* —fruto de su consagración en el Código Civil como un contrato civil— e *institucional*, al ser un mecanismo de protección de los derechos de la persona como consumidor”; o dicho de otra manera: si bien la autonomía de la voluntad es fuente y motor del instituto arbitral en general, en el arbitraje de consumo “puede también quedar afectada por la existencia de una relación contractual de una posición de dominio de una de las partes respecto de la otra que obligue a un determinado procedimiento arbitral no querido” (OROZCO PARDO, Guillermo [2010], p. 54). En el arbitraje de consumo respecto de materias disponibles, por tanto, el brocardo *ubi partes sunt concordēs nihil abjudicem* (donde las partes están de acuerdo, no hay necesidad de juez) debe ser matizado de cara a la desigualdad que existe entre las partes, pues, por regla general, el consumidor no es un experto en contratación ni comprende cabalmente los alcances del pacto arbitral.

³ Véase a JEQUIER, 2022, pp. 1-41.

penúltimo y final, aplicables exclusivamente a los contratos de adhesión, limitándose allí la ley a reconocer un muy precario derecho del consumidor a recusar sin expresión de causa al árbitro designado en un pacto arbitral⁴ y a declarar, de manera más ficticia que real, que el consumidor tendrá siempre la posibilidad de acudir ante el tribunal estatal competente para la solución del conflicto⁵. Ciertamente es que la LPDC regula desde el año 2011 la figura del “árbitro financiero”, incorporada a la LPDC por la Ley N° 20.555 (D.O. de 5 de diciembre), arts. 55 y ss.; pero más allá de la doble especialidad a la que se circunscribe esta figura (contrato de adhesión, celebrado además por el consumidor financiero con ciertas y determinadas entidades proveedoras de servicios crediticios, de seguros y, en general, de cualquier producto financiero), lo concreto es que el sistema de arbitraje financiero se aplica solo a aquellos contratos celebrados por proveedores que cuenten con el denominado “Sello SERNAC”, el que, amén de voluntario, no ha tenido mayor acogida hasta aquí en el sector financiero⁶.

Esta falta de regulación, que contrasta según se dijo con el desarrollo que ha tenido el arbitraje de consumo en el derecho comparado, ha sido una debilidad ya endémica del sistema jurídico chileno, que incrementa la asimetría de acceso a la justicia y la desprotección de un consumidor que, en los hechos, se ve enfrentado a barreras que dificultan en muchos casos —y acaso impiden— la efectiva solución de los conflictos que le afectan; pero no solo obstáculos económicos, por los costos de litigar en un contexto en que las reclamaciones son comúnmente de baja cuantía⁷, sino también fácticos, jurídicos e incluso culturales, según describe Aguirrezábal⁸.

⁴ Véase a JEQUIER, 2020a, pp. 350 y ss.

⁵ Véase JEQUIER, 2020b, pp. 57-92.

⁶ Tan ineficiente ha sido la regulación del arbitraje financiero que, como advierten Barrientos y Labra, “no existe ningún antecedente de arbitraje en el contexto del Sello Sernac. Ello, porque hasta la fecha el Servicio Nacional del Consumidor (...) no ha aprobado el establecimiento de ningún sello” (BARRIENTOS y LABRA, 2020, pp. 283 y 284).

⁷ Catalán es enfática en este punto: “Las reclamaciones de escasa cuantía que nacen de una adquisición de un bien o servicio por parte de un consumidor han constituido tradicionalmente una de las problemáticas más desatendidas en los ordenamientos jurídicos. Sin embargo, en las últimas décadas los Estados son cada vez más conscientes del peso que ejercen las economías domésticas en el conjunto de la macroeconomía de un país”; y en este sentido, la constatación que permite romper precisamente con aquella tendencia radica en que “(...) las reclamaciones de consumo son prácticamente imposibles de exigir en un proceso judicial debido a los altos costes, tanto personales como económicos que de ellos se derivan” (CATALÁN, 2020, p. 23).

⁸ Razón lleva Aguirrezábal cuando señala que los obstáculos que enfrenta el consumidor chileno para acceder a la justicia son numerosos, y que el modelo tradicional de acceso al derecho a la tutela judicial y a obtener una resolución del litigio, caracterizado por su individualismo, solo ofrece a los consumidores una protección ficticia. Los obstáculos de carácter cultural —continúa la misma autora— “se refieren principalmente a la falta de educación e información de los ciudadanos acerca de sus derechos y obligaciones, la complejidad del lenguaje jurídico, etc”, mientras que la duración de los procesos, además, hace que la justicia se torne inaccesible “cuando resulta extremadamente lenta”. A todo ello que se suman “las ventajas que pueden tener ciertas partes que poseen recursos económicos que les permiten sobrellevar los gastos que supone un juicio y que muchas veces se transforman en litigantes habituales, teniendo a su servicio toda una organización que les permite una mayor eficacia frente al litigante ocasional” (AGUIRREZÁBAL, 2020, pp. 316 y 317).

La ausencia de un sistema eficiente de arbitraje de consumo, por tanto, con una institucionalidad especialmente diseñada para su implementación⁹, se traduce –a fin de cuentas– en que numerosos conflictos –principalmente los de baja cuantía– quedan sin solución, al no ser el cauce jurisdiccional estatal una vía eficiente y económicamente rentable para el consumidor e incluso para el micro y pequeño empresario/proveedor, dependiendo de la posición que este tenga en la relación de consumo (artículo Noveno, Ley Nº 20.416). Factores como la baja cuantía de los asuntos y el alto costo de litigar; la lentitud del aparato jurisdiccional estatal en general y la eventual desconfianza en sus decisiones; los costos asociados al arbitraje “tradicional” regulado en el Código Orgánico de tribunales, diseñado en el medioevo castellano para solucionar conflictos de derecho privado, principalmente societario/mercantiles (normativa que, a falta de una regulación especial, se ha venido aplicando hasta hoy a los conflictos de consumo); o, en fin, el simple deseo de evitar el litigio y las dificultades de orden fáctico, jurídico y hasta cultural, mencionados *supra*, se traducen finalmente en que una gran cantidad de asuntos queda sin solución, al no existir un incentivo adecuado y económicamente razonable para obtenerla.

Pero decíamos también que el panorama descrito parece comenzar a cambiar por fin. Recientemente, el legislador se ha hecho cargo de su largo silencio en esta materia, al establecer –al menos de forma insipiente, aunque muy valorable– las bases de lo que será –esperamos– el primer “sistema de arbitraje de consumo” en Chile. Nos referimos, concretamente, a la reciente modificación introducida por la Ley Nº21.398 (D.O. de 24 de diciembre de 2021), también conocida como “ley pro consumidor”, que incorpora al texto del artículo 3 de la LPDC una nueva letra g), referida precisamente al derecho que se le reconoce al consumidor de acceder a los mecanismos alternativos de solución de conflictos y, entre ellos, al arbitraje de consumo, fijando para ello sus bases y principios esenciales: gratuidad, voluntariedad, información¹⁰ e iniciativa exclusiva del consumidor para provocar el arbitraje, una vez generado el conflicto¹¹; y todo acompañado de una relevante innovación: el arbitraje puede ser *online*. Señala –en lo pertinente– el precitado artículo 3 letra g), inciso 2º, de la LPDC:

Solo una vez surgido el conflicto, las partes podrán someterlo a mediación, conciliación o arbitraje. Los proveedores deben informar la naturaleza de cada uno de los mecanismos

⁹ JEQUIER, 2020a, pp. 371 y ss.

¹⁰ La realidad muestra que los consumidores pocas veces leen los contratos que celebran y, cuando lo hacen, rara vez comprenden los alcances e implicancias de sus estipulaciones, particularmente en lo que concierne a los pactos arbitrales que puedan incluir. Al respecto, véase a COLE, ORTOLANI y WARWAS, 2018; SOVERN, GREENBERG, KIRGIS y LIU, 2015.

¹¹ Son, básicamente, los principios contemplados en la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013. Acerca de esto se puede consultar el informe emitido por Jequier a la Comisión de Economía del Senado de la República, durante el trámite legislativo de la actual Ley Nº 21.398.

Disponible en: https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=187&tipo=3&ano=2020&idsesion=15481&listado=2 (Fecha de consulta: 2 de febrero de 2022).

ofrecidos, los cuales serán gratuitos y solo se iniciarán por voluntad expresa del consumidor, la que deberá constar por escrito. Un reglamento dictado por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo establecerá las normas que sean necesarias para la adecuada aplicación de los mecanismos a que se refiere este párrafo.

Los proveedores financieros y no financieros podrán adscribir y ofrecer libremente el Sistema de Solución de Controversias dispuesto en los artículos 56 A y siguientes, lo que deberá ser informado previamente al consumidor. Este Sistema podrá llevarse a cabo por medios electrónicos.

Como se observa, la norma legal delega la potestad reglamentaria para que, tomando como límite y base los principios consagrados en la misma disposición, regule los mecanismos y procedimientos necesarios para implementar este nuevo régimen de arbitraje de consumo. Se trata, como se ve, de una primera aproximación del derecho chileno al arbitraje de consumo como tal, que aunque escueta y víctima además de una deficiente técnica legislativa¹², abre las puertas para su desarrollo, tal como lo hizo en su momento el derecho español¹³.

¹² Se debe observar, en efecto, que el potencial de este importante avance viene socavado en su mismo origen, pues, por razones de difícil entendimiento, de las que no existe rastro alguno en la historia del establecimiento de la Ley N° 21.398, la norma transcrita en el texto fue incorporada a última hora en el inciso 2° del nuevo artículo 3 letra g) de la LPDC, que se refiere exclusivamente a los servicios y productos de consumo financiero, en circunstancias que toda la tramitación del proyecto de ley da cuenta del propósito de hacer de este sistema el régimen general, aplicable a todos los conflictos de consumo. Todavía más, si se observa este nuevo inciso 2° del art. 3 g), en él ni siquiera existe una letra “f)” (pues de la “e” se pasa a la “g”), lo que da cuenta de los notorios errores cometidos por el legislador al incorporar las modificaciones ya dichas al texto de la LPDC.

¹³ El arbitraje de consumo se encuentra presente en España a partir de lo prescrito por el art. 31 de la Ley N° 26/1984, de 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, aunque fue regulado por primera vez en el RD 636/1993, de 3 de mayo, sobre “Sistema Arbitral de Consumo”. Señalaba ese artículo 31: 1. *Previo audiencia de los sectores interesados y de las Asociaciones de consumidores y usuarios, el Gobierno establecerá un sistema arbitral que, sin formalidades especiales, atienda y resuelva con carácter vinculante y ejecutivo para ambas partes las quejas o reclamaciones de los consumidores o usuarios, siempre que no concorra intoxicación, lesión o muerte, ni existan indicios racionales de delito, todo ello sin perjuicio de la protección administrativa y de la judicial, de acuerdo con lo establecido en el artículo 24 de la Constitución.*

2. *El sometimiento de las partes al sistema arbitral será voluntario y deberá constar expresamente por escrito.*

3. *Los órganos de arbitraje estarán integrados por representantes de los sectores interesados, de las organizaciones de consumidores y usuarios y de las Administraciones públicas dentro del ámbito de sus competencias.*

4. *Quedarán sin efecto los convenios arbitrales y las ofertas públicas de sometimiento al arbitraje de consumo formalizados por quienes sean declarados en concurso de acreedores. A tal fin, el auto de declaración de concurso será notificado al órgano a través del cual se hubiere formalizado el convenio y a la Junta Arbitral Nacional, quedando desde ese momento el deudor concursado excluido a todos los efectos del sistema arbitral de consumo.*

Tal como hace ahora el legislador en Chile, por tanto, en sus inicios el arbitraje de consumo español partió con esa sola disposición y “casi en el aire” (TOMILLO, 2016, p. 77), forjándose a partir de ahí, mediante diversos planes piloto, el insumo principal con el que se construyó luego la primera regulación reglamentaria del arbitraje de consumo en dicho país, de 1993 (RD 636/1993). Durante esos años casi 10 años, pues, llegaron a crearse más de 26 Juntas Arbitrales y se materializaron más de 80.000 adhesiones de empresas a este sistema, lo que evidenció el éxito que tuvieron esos planes y su positiva recepción por parte de proveedores y consumidores (RIBÓN, 2007). Como señala Tomillo, el RD 636/1993 “fue una feliz iniciativa reglamentaria que puso fin a una etapa experimental iniciada a mediados de los 80 con una serie

Teniendo a la vista el mandato legal, entonces, y considerando que no existen en Chile estudios empíricos enfocados en el arbitraje de asuntos de consumo, que aporten la información y los datos necesarios para acometer la tarea de regularlo por vía reglamentaria según se dijo, nos ha parecido indispensable generar esos datos estadísticos para conocer la realidad actual y las perspectivas del arbitraje de consumo en el medio nacional, con miras a este su futura regulación. Con tal propósito, se diseñaron cuatro encuestas distintas aunque vinculadas funcionalmente entre sí, dirigidas a empresarios, abogados de empresa (internos y externos), consumidores y a jueces de Policía Local¹⁴, respectivamente, todas con miras a indagar sobre (a) la naturaleza de los conflictos empresariales en Chile; (b) los costos de litigar para las empresas; (c) los incentivos y obstáculos que estas detectan en la solución arbitral de esos conflictos; (d) el grado de conocimiento y la evaluación que las empresas y sus abogados hacen del arbitraje en este ámbito; (e) y las características principales que debe reunir la nueva regulación (aun cuando las encuestas se realizaron en octubre de 2021, antes de publicarse la Ley N° 21.398), para incentivar precisamente el uso de la señalada vía alternativa de solución de conflictos.

En este trabajo damos a conocer, en síntesis, los datos estadísticos que entregan las encuestas mencionadas, realizadas en agosto de 2021 y en las que respondieron 217 personas en total, 146 abogados y 71 empresarios, con miras a verificar, con sustento empírico de propia generación y más allá de las experiencias comparadas, las bases sobre las que debe construirse la reglamentación del sistema de arbitraje de consumo encomendada por la ley. Planteamos, desde ya, que toda y cualquier reglamentación debe observar los pilares mínimos sobre los que se estructuran los sistemas regulados de arbitraje de consumo en el derecho comparado, pues, aunque vengan modelados en cada caso con base en realidades internas particulares, lo cierto es que todos ellos coinciden en unos factores comunes que, precisamente, constituyen los elementos configuradores del arbitraje en este ámbito: gratuidad, celeridad, sencillez, confidencialidad, información, iniciativa exclusiva del consumidor e inoponibilidad respecto de este del pacto arbitral incorporado *ex ante* al contrato de consumo, antes de surgir el conflicto.

Adicionalmente, postulamos un sistema de arbitraje de consumo administrado y participado por el Estado –aunque no de carácter enteramente público–, como ocurre con el sistema de Juntas Arbitrales de Consumo del derecho español, cuyo éxito radica precisamente –o al menos en buena medida– en este factor. Si se toman como referencia las entidades privadas de solución alternativa de conflictos de consumo –ADR– acreditadas

de programas piloto que permitieron alumbrar una norma útil, 'batida contra las rocas de la experiencia', que es el mejor laboratorio de la realidad con que cuenta cualquier legislador" (TOMILLO, 2016, p. 82). En el mismo sentido PITA, 2012, p. 17.

¹⁴ Pese a la colaboración prestada por el Instituto Nacional de Jueces de Policía Local, dirigido por su presidenta doña Carola Quezada, no se obtuvieron respuestas suficientes que permitan estructurar un resultado estadísticamente representativo, por lo que dicha encuesta no será considerada en este trabajo. Lo propio ocurre con la encuesta dirigida a consumidores, pues, no obstante el apoyo de SERNAC y de CONADECUS, las respuestas recibidas fueron también insuficientes.

en la plataforma habilitada en 2015 por la Comisión Europea¹⁵, el arbitraje es en general el sistema menos utilizado en la Unión Europea; panorama que contrasta no obstante con el caso español, en donde, al año 2020, 14 de las 19 entidades privadas de ADR acreditadas en esa plataforma prestaban servicios de arbitraje de consumo (73,6%), y también con el caso de Portugal¹⁶ (otro de los referentes del arbitraje de consumo en Europa), con 10 de las 14 entidades acreditadas (80%) prestando este servicio¹⁷. Pero además —y de aquí la relevancia de la mayor participación del Estado que queremos destacar—, la principal diferencia que existe a su vez entre la regulación española y la portuguesa¹⁸ radica en que esta no cuenta con un sistema publicado e institucional de arbitraje de consumo como la primera¹⁹ (donde las Juntas Arbitrales de Consumo conviven con los centros e instituciones privadas de ADR), sino que opta por un régimen en donde las referidas entidades —privadas— son autorizadas y fiscalizadas por la administración pública (art. 3.i de la Ley 144/2015)²⁰, la que asume por tanto un rol esencialmente fiscalizador. Esta diferencia, en fin, se ve claramente reflejada en el grado de profundidad y despliegue que ha alcanzado cada diseño, donde las cifras y datos estadísticos de uno y otro son muy disímiles.

En Portugal, por ejemplo, el Centro de Información de Consumo y Arbitraje de la ciudad de Porto informó 76.424 ingresos entre mayo de 1998 y diciembre de 2018, de estos solo 4.417 (5%) fueron sometidos a arbitraje²¹; el Centro de Arbitraje de Conflictos de Consumo de Lisboa, por su parte, registró 5.082 reclamos en el 2020, de los que 251 (12%) se resolvieron por arbitraje²²; el Centro de Ave, Támea y Souza reportó, a su vez, 9.106 reclamos ingresados entre 2015 y 2020, con 1.304 en 2020 a un promedio de € 798,11 cada uno, de estos solo 111 fueron sometidos a arbitraje

¹⁵ Véase sobre ella a CORTÉS, 2020, p. 137 y ss.

Plataforma disponible en:

<https://ec.europa.eu/consumers/odr/main/index.cfm?event=main.home2.show&lng=ES>

¹⁶ Regulado en la Ley N° 144/2015 y más recientemente en la Ley 63/2019, de 16 de agosto, que establece el arbitraje o la mediación obligatorios para conflictos de baja cuantía.

¹⁷ CATALÁN, p. 25.

¹⁸ Sobre esto véase a MARQUES, 2017.

¹⁹ Regulado inicialmente en el Real Decreto 636/1993, sobre “Sistema Arbitral de Consumo”, y actualmente en el Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero.

²⁰ El listado de estas entidades está disponible en https://www.consumidor.gov.pt/mapa-ral-simplex-out_2017/lista-de-centros-de-arbitragem-e-conflitos-de-consumo.aspx.

²¹ Disponible en <https://www.cicap.pt/cicap/estatisticas/> (Fecha de consulta: 9 de junio de 2022).

²² Disponible en:

https://www.google.com/search?q=Relatorio+2020+CENTRO+DE+ARBITRAGEM+DE+CONFLITOS+DE+CONSUMO+DE+LISBOA&rlz=1C5CHFA_enCL872CL872&ei=YdqgYvf2IYOY5OUPnba1iAs&ved=0ahUKEwi3q-zhrp74AhUDDLkGHR1bDbEQ4dUDCA4&uact=5&oeq=Relatorio+2020+CENTRO+DE+ARBITRAGEM+DE+CONFLITOS+DE+CONSUMO+DE+LISBOA&gs_lcp=Cgdnnd3Mtd2l6EAM6BwgAEEcQsANKBAhBGABKBAhGGABQ9wdYsA9g-RhoAXAAeACAATyIAf8BkqEBNZgBAKA BAcbCMABAQ&scient=gws-wiz (Fecha de consulta: 9 de junio de 2022).

(8,5%)²³; y el CIAB (Tribunal Arbitral de Consumo) ingresó 1.486 reclamos de consumo entre 2014 y 2020, de los que 141 se canalizaron por arbitraje, manteniéndose el rango porcentual de los centros anteriores²⁴.

En España, en cambio, solo durante el 2019 las 57 Juntas Arbitrales de Consumo recibieron 59.835 reclamaciones, de estas, 59.148 fueron resueltas mediante arbitraje; en el 2020, la cifra de reclamos fue de 52.823, con 46.559 casos resueltos²⁵; y en el 2021, en plena pandemia Covid-19 incluso, los reclamos efectivamente resueltos por arbitraje se elevaron a 65.245²⁶.

En Chile, por último, si bien no se cuenta con datos estadísticos de arbitraje de consumo (pues, como se dijo, no ha existido hasta aquí un sistema como tal), puede mencionarse al menos, como manifestación experimental de este régimen publicado de arbitraje, la experiencia del Acuerdo Conciliatorio en el denominado “Caso La Polar”²⁷, en que se logró un plan de compensación para más de un millón de afectados y donde las personas que tuvieron alguna diferencia al respecto pudieron acudir a mediación y a arbitraje de consumo, en este último caso sometido a las normas sobre arbitraje financiero de la LPDC²⁸: voluntario y gratuito para el consumidor y obligatorio para el proveedor.

Planteamos, en suma, que el arbitraje de consumo es un sistema de acceso del consumidor a la justicia que, por reunir caracteres de celeridad, simplicidad, transparencia y gratuidad que el sistema judicial no ofrece, debe ser potenciado y participado por el Estado, tal como ocurre en España y en menor medida en Portugal y Argentina²⁹. Para

²³ Disponible en <https://www.triave.pt/wp-content/uploads/Relatorio-de-Atividades-2020.pdf> (Fecha de consulta 8 de junio de 2022).

²⁴ Disponible en: https://www.google.com/search?q=Relat%C3%B3rio+de+Atividades+e+Contas+d+e+2020+CIAB++Tribunal+Arbitral+de+Consumo&rlz=1C5CHFA_enCL872CL872&oq=Relat%C3%B3rio+de+Atividades+e+Contas+de+2020+CIAB++Tribunal+Arbitral+de+Consumo&aqs=chrome..69i57.1695j0j15&sourceid=chrome&ie=UTF-8 (Fecha de consulta: 8 de junio de 2022).

²⁵ Disponible en https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/210505_actividadSistemaArbitral2020.pdf (Fecha de consulta: 9 de junio de 2022).

²⁶ Disponible en: https://www.consumo.gob.es/sites/consumo.gob.es/files/consumo_masinfo/260422_actividadSistemaArbitral2021.pdf (Fecha de consulta: 9 de junio de 2022).

²⁷ *Servicio Nacional del Consumidor con Inversiones SCG S.A., CORPOLPAR S.A. y Empresas La Polar S.A.*, Rol N° C-12.105-2011, Primer Juzgado Civil de Santiago, sobre Acuerdo Conciliatorio.

²⁸ Véase al respecto la Minuta presentada por el entonces Director Nacional del SERNAC, don Lucas del Villar, a la Comisión de Economía del Senado durante la tramitación de la actual Ley N° 21.398 (Historia de la Ley N° 21.398, Biblioteca del Congreso Nacional, pp. 260 y 261).

²⁹ El caso argentino requiere algunas precisiones: En Argentina, el arbitraje de consumo tiene su origen en el art. 59 de la Ley 24.240, de 1993, que encomienda a la autoridad de aplicación la organización de tribunales arbitrales de consumo, invitando incluso a *las personas que teniendo en cuenta las competencias, propongan asociaciones de consumidores y cámaras empresarias*. La implementación del sistema de arbitraje propiciado por la ley de 1993, sin embargo, tomó cuerpo por vía reglamentaria recién en 1998, con la dictación del Decreto 276/1998, que crea el Sistema Nacional de Arbitraje de Consumo a cargo de la Secretaría de Industria, Comercio y Minería del Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos, y más recientemente con la dictación de la Resolución 65/2018 de la misma Secretaría.

La fórmula del art. 59 citado, sin embargo, ha sido criticada por la doctrina, pues, en vez de propiciar el arbitraje, se plantea que el Estado debiese incentivarlo de un modo activo, con beneficios económicos y un procedimiento arbitral que coadyuve a la celeridad en la resolución de los conflictos (por todos

ello, la eficacia de este sistema en Chile dependerá de su adecuada implementación reglamentaria, encomendada por el art. 3 g) nuevo de la LPDC, y del uso de las herramientas tecnológicas disponibles (*ODR*); pero también –y especialmente– del compromiso estatal en cuanto a incentivar, administrar y cofinanciar su estructura y funcionamiento. Para la tarea pendiente, por tanto, nos parece indispensable mirar no solo la experiencia comparada como ya se dijo, sino contar también con la visión y perspectiva en Chile de quienes intervienen directamente en el conflicto de consumo, empresarios y abogados. De aquí, por tanto, la razón que nos ha movido a iniciar el presente estudio empírico.

I. METODOLOGÍA E INFORMACIÓN TÉCNICA DE LA INVESTIGACIÓN

1. *Objetivo general*

La información que a continuación se comparte es el resultado de la invitación hecha a proveedores y abogados en general, a responder voluntariamente las preguntas acerca de aspectos que se han considerado relevantes para identificar la percepción y el grado de información que aquellos tienen respecto del arbitraje, como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo en Chile. No se ha hecho, por innecesario, un muestreo de partes o grupos específicos de población, pues, fundamentalmente, lo que se busca es obtener datos concretos de lo que debe contemplar la futura regulación, proporcionados directamente por quienes intervienen en la relación de consumo.

Para la construcción de las preguntas se tuvo en cuenta el estado actual de la legislación chilena, previo a la modificación introducida por la Ley N° 21.398, y las directrices que ofrecen las regulaciones comparadas y de derecho comunitario europeo que han abordado esta materia, mencionadas *supra*. Para la selección y contacto de los encuestados se contó con la colaboración de la Asociación de Emprendedores de Chile –ASECH–, y de los Colegios de Abogados de Santiago y Regiones, en particular de Iquique, Antofagasta, Copiapó, Valparaíso, Rancagua, Talca, Chillán, Concepción, Temuco y Puerto Montt³⁰.

Por lo dicho, la investigación apunta a generar información de campo respecto del grado de conocimiento e información que existe en Chile, entre proveedores y abogados, respecto del arbitraje en materia de consumo, su realidad actual, sus proyecciones como mecanismo alternativo de solución de conflictos individuales y las bases y presupuestos que debe recoger su próxima reglamentación, encomendada como se dijo por la ley a

RODRÍGUEZ, 2020, pp. 220 y 239). Adicionalmente, el menor éxito de este sistema se atribuye incluso a factores metajurídicos, como el creciente proceso inflacionario que mantiene por años Argentina, “que desincentiva a los proveedores para que alcancen una solución rápida a los reclamos que se les plantean, pues para estos resulta mucho más provechoso someterse a un pleito que tardará años en resolverse, pero que por esa circunstancia licuará el monto perseguido por el consumidor reclamante” (RODRÍGUEZ, 2020, p. 239).

³⁰ Se prepararon también otras dos encuestas, dirigidas a consumidores y a jueves de Policía Local, respectivamente, pero las respuestas obtenidas fueron muy pocas y estadísticamente irrelevantes. No obstante, agradecemos a CONADECUS y a SERNAC por la colaboración prestada para la difusión de dichas encuestas.

la potestad reglamentaria. En el desarrollo del proyecto, en efecto, nos pareció que la falta de información empírica y representativa acerca del arbitraje de consumo en el país constituía un obstáculo para la investigación y, en particular, para la obtención de conclusiones fundadas y ajustadas a la realidad nacional. La alternativa, por lo mismo, era recurrir a los datos estadísticos y a la experiencia de aquellos países que cuentan con mecanismos y sistemas regulados de arbitraje de consumo, para construir a partir de allí unas conclusiones extrapolables al medio interno. Sin embargo, y si bien nos parece útil el acopio de información comparada complementaria, lo concreto es que la vocación de *lege ferenda* de esta investigación imponía la necesidad de conocer la concreta realidad del medio interno, plasmada en el parecer de los propios agentes del conflicto de consumo, empresarios y abogados de proveedores y consumidores.

Las preguntas de la encuesta se diseñaron sobre la base de los tres grupos de destinatarios (empresario-abogado), siguiendo para ello cuatro hilos conductores centrales, que reflejan los objetivos específicos de la misma: (a) las características y tamaño de las empresas consultadas; (b) las alternativas y costos de solución del conflicto de consumo; (c) la percepción y grado de información que existe de dicho mecanismo entre los agentes del conflicto empresarial; y (d) la necesidad de contar con una regulación especial en Chile y sus características esenciales.

2. *Objetivos específicos*

La encuesta se propone conocer diversos aspectos que nos han parecido relevantes, relacionados básicamente con el grado de información que existe entre los agentes del conflicto empresarial sobre la mediación (empresarios, abogados y jueces), la percepción que estos tienen respecto de la mediación como mecanismo de solución de los conflictos empresariales, y la conveniencia –o no– de su regulación en Chile. Para ello se preguntó lo siguiente:

- a) Número de disputas de consumo que los participantes tienen en promedio, actuales y pasadas.
- b) Los gastos anuales estimados incurridos por los participantes, en relación con esas disputas (legales, judiciales, administrativos, etc.)
- c) El valor mínimo que debiese tener una disputa para que sea económicamente rentable iniciar un proceso heterocompositivo, judicial o arbitral.
- d) La percepción de los participantes sobre la eficiencia y rangos de éxito del arbitraje para solucionar conflictos de consumo.
- e) La opinión de los participantes en relación con la necesidad de regular especialmente el arbitraje de consumo en Chile, y las características esenciales que debe tener dicha normativa.

II. ESTADÍSTICA DESCRIPTIVA DE LA ENCUESTA

La encuesta contó con la participación de 74 empresarios, de estos 71 (95,94%) aceptaron participar y 3 de ellos no (4,06%); y de 151 abogados, de los que 146 (96,7%) aceptaron participar y 5 de ellos no (3,3%).

1. *Tipo de empresario, según autoevaluación*

El 67,35% de los encuestados se califica a sí mismo como empresario individual, mientras que 30,61% señaló que su organización contaba con 2 a 9 socios o accionistas. Solo uno refirió que la empresa contaba con más de 300 accionistas.

2. *Cantidad de trabajadores de las empresas consultadas*

A los encuestados se les preguntó por la cantidad de empleados que trabajan en tiempos normales en su organización, teniendo en cuenta la situación de pandemia por Covid-19:

- El 53,33% afirmó no contar con trabajadores.
- El 33,33% dijo tener entre 1 y 9 trabajadores.
- El 8,89% señaló tener entre 10 y 20 trabajadores.
- El 4,44% dijo tener más de 100 trabajadores.

3. *Años de existencia de la organización*

Se preguntó a los encuestados por el número de años de existencia de su organización:

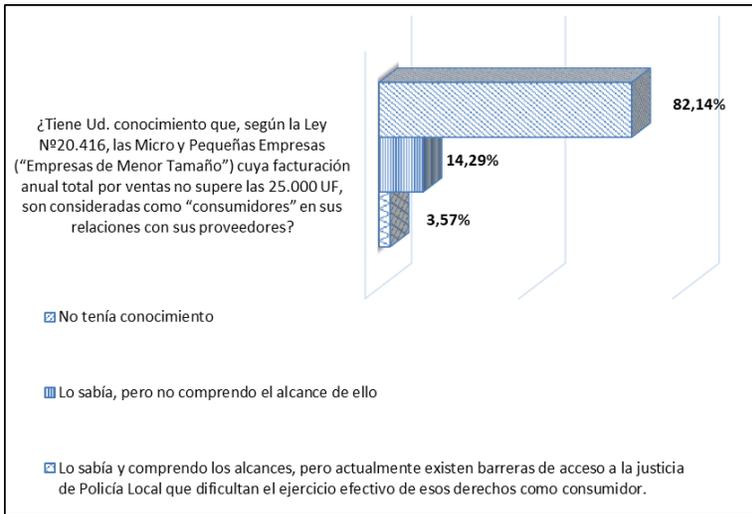
- El 30,43% contestó que su organización tenía menos de 1 año.
- El 13,04% respondió que entre 1 y 2 años.
- El 21,74% respondió que entre 3 y 5 años.
- El 8,7% respondió que entre 5 y 10 años.
- El 26,09 % afirmó que su organización existía hace más de 10 años.

4. *Empresarios*

Se preguntó a los empresarios por la cantidad de proveedores que tiene a su vez su organización:

- El 18,6% señaló tener solo uno.
- El 48,84% dijo tener entre 2 y 5.
- El 9,3% de los encuestados dijo tener entre 5 y 10.
- El 9,3% afirmó tener más de 10 proveedores.

En este sentido, además, se les consultó si tienen conocimiento de que, según la Ley N°20.416, las Micro y Pequeñas Empresas (“Empresas de Menor Tamaño”) cuya facturación anual total por ventas no supere las 25.000 UF, son consideradas como “consumidores” en sus relaciones con sus proveedores, en donde la respuesta fue mayoritariamente negativa.



5. Clientes

Por último, y siempre para medir el tamaño de las empresas consultadas, se consultó por el número de clientes que cada una tiene en la actualidad:

- El 45% dijo tener entre 1 y 10 clientes.
- El 15% aseguró tener entre 10 y 20 clientes.
- El 17,5% dijo tener entre 20 y 50 clientes.
- El 7,5% señaló tener entre 50 y 100 clientes.
- El 15% afirmó tener más de 100 clientes.

Observaciones preliminares:

Los empresarios que respondieron la encuesta se califican mayoritariamente a sí mismos como empresarios individuales (67,35%), lo que según las cifras obtenidas aglutina principalmente a pequeños empresarios con actividades de duración variable en el tiempo, desde solo meses (30,43%) hasta más de 10 años (26,09%); un número de proveedores y trabajadores que se concentra en el tramo más bajo (de 2 a 5 proveedores el 48,84%, y de 0 a 9 trabajadores el 86,66%); y una cartera de clientes ubicada también en un tramo menor (de 1 a 10, con el 45%).

III. EL COSTO DE LITIGAR Y SU INCIDENCIA EN LA SOLUCIÓN DE LOS CONFLICTOS DE CONSUMO

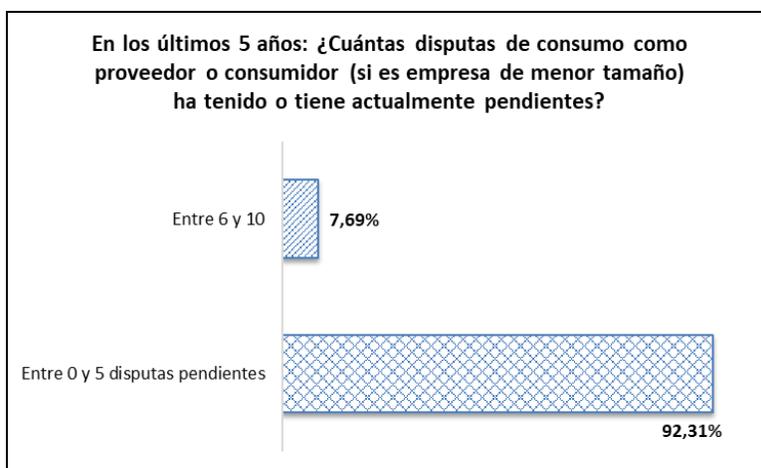
Se consulta a los empresarios/proveedores y a los abogados referente a los costos y los riesgos asociados a un conflicto litigioso, como forma de cuantificar el número y la cuantía promedio de las disputas y el monto mínimo en que la solución jurisdiccional les resulta económicamente rentable. Para ello, hemos separado el análisis de este punto en tres aspectos, diseñados para determinar (a) los recursos económicos que destinan anualmente las empresas encuestadas, (b) el efecto que genera el costo de litigar en las decisiones de contratación de las mismas empresas y (b) la eventual existencia de conflictos empresariales que quedan sin solución, al ser el cauce jurisdiccional un remedio económicamente inviable.

1. *Número de disputas y costos del litigio como cauce de solución de conflictos de consumo*

1.1. Disputas pendientes.

A) Empresarios/proveedores:

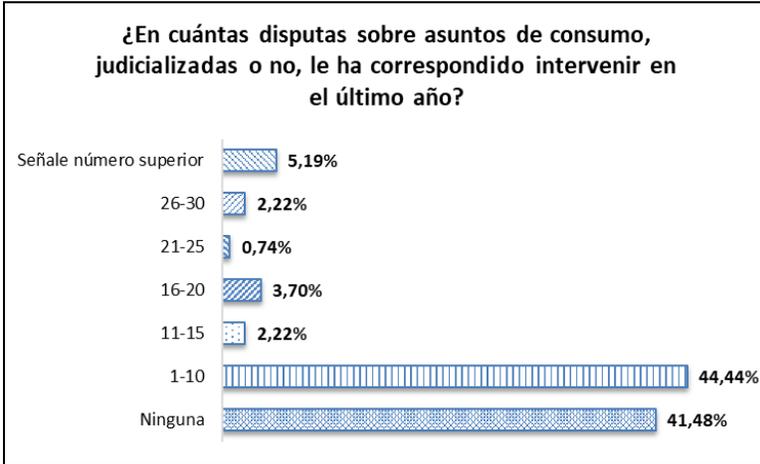
a) Se pregunta en primer lugar por el número de disputas empresariales actualmente pendientes o que les han afectado en los últimos 5 años. El 92,3% de los proveedores encuestados dijo tener entre 0 y 5 disputas pendientes, mientras que solo 7,69% contestó que entre 6 y 10.



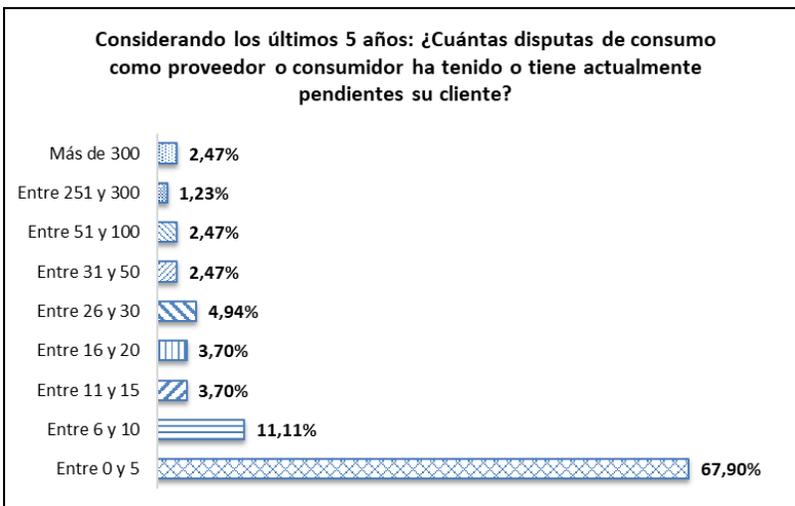
b) Se les consultó también si, en relación con dichas disputas, ha participado en un arbitraje conflictos de consumo en el último año, y con qué frecuencia, donde 94,12% respondió negativamente, mientras que solo 5,88% dijo haber tenido entre 1 y 2 arbitrajes.

B) Abogados:

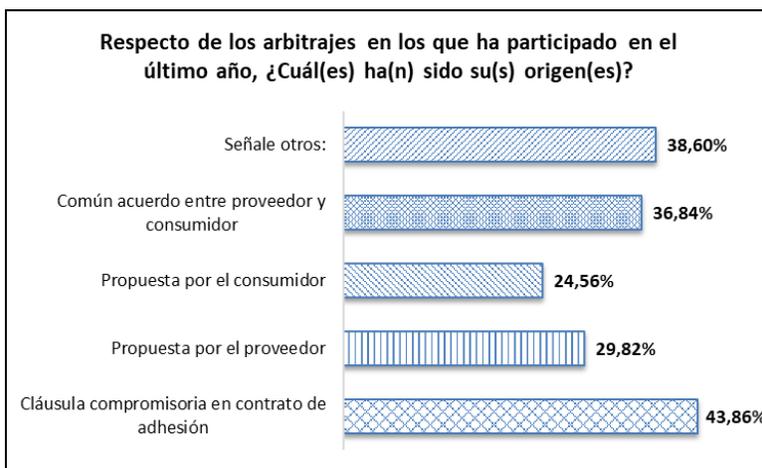
a) Se preguntó a los abogados en cuántas disputas de asuntos de consumo, judicializadas o no, les ha correspondido intervenir en el último año. El 45,93% respondió haber tenido entre 1 y 10 asuntos profesionales de consumo, mientras que el 41,48% indicó no haber participado en ninguna.



b) Se les consultó igualmente, como asesores o patrocinantes de proveedores o consumidores, cuántas disputas de consumo ha tenido o tiene actualmente pendientes el cliente respectivo en los últimos 5 años. El 67,9% respondió que ninguna, y 11,1% señaló que entre 6 y 10. Solo 3,7% refirió la existencia de entre 11 y 15 conflictos.



c) Relacionado con lo anterior, por último, se consulta a aquellos abogados que han actuado como árbitros en conflictos de consumo, cuál ha sido su fuente u origen en cada caso, ya sea por un pacto arbitral incluido en un contrato de adhesión o por acuerdo de las partes, donde el 43,86% indicó que ello ocurrió por pactos arbitrales en contratos de adhesión. El 38,64% refirió otro origen; aunque de las respuestas obtenidas se desprende también la existencia de pactos arbitrales previos al inicio del conflicto.

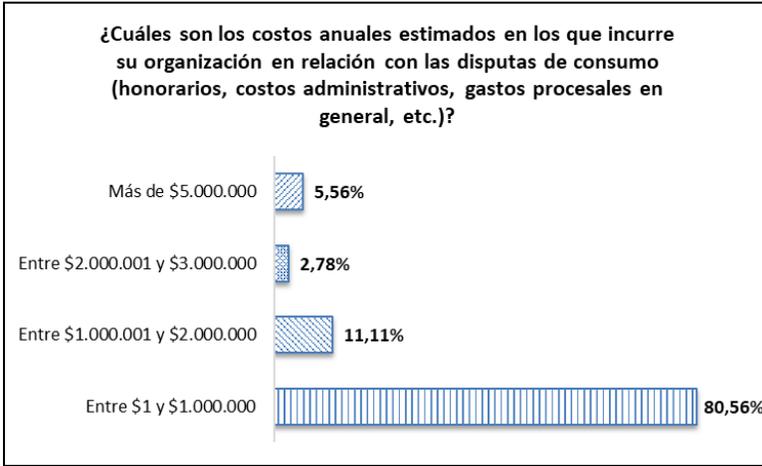


2. *Costos anuales promedio estimados, involucrados en la solución del conflicto*

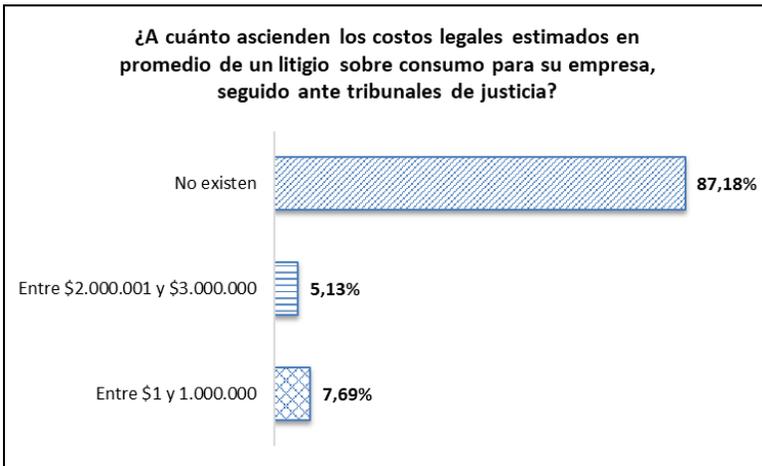
A los encuestados se les preguntó por los costos anuales estimados en los que su organización (o las organizaciones de sus clientes) incurre(n) en relación con las disputas (honorarios, costos administrativos, gastos procesales en general, etc.).

A) Según los empresarios/proveedores:

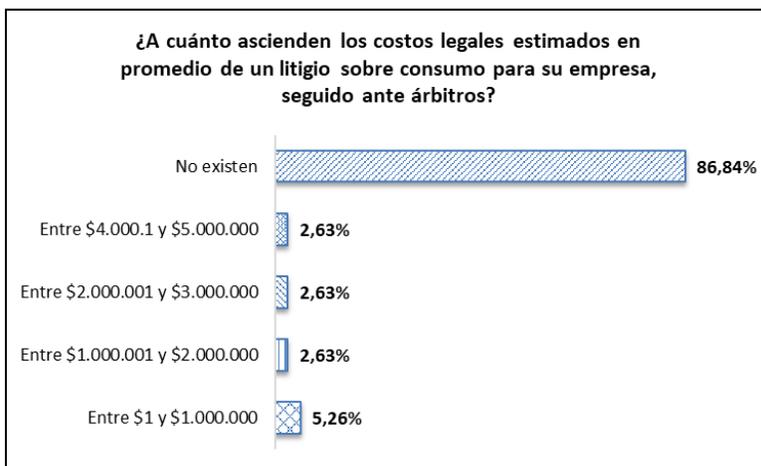
a) Se le pregunta en primer lugar cuáles son en general los costos anuales estimados en los que incurre su organización en relación con las disputas de consumo (honorarios, costos administrativos, gastos procesales en general, etc.). El 80,56% refiere gastos inferiores o iguales a \$ 1.000.000, mientras que 11,11% señaló destinar recursos entre \$ 1.000.001 y \$ 2.000.000.



b) Se les consulta también, de manera más acotada, a cuánto ascienden los costos legales estimados en promedio de un litigio sobre consumo para su empresa, seguido ante tribunales de justicia, y allí, 87,18% dijo no registrar gastos por dicho concepto.

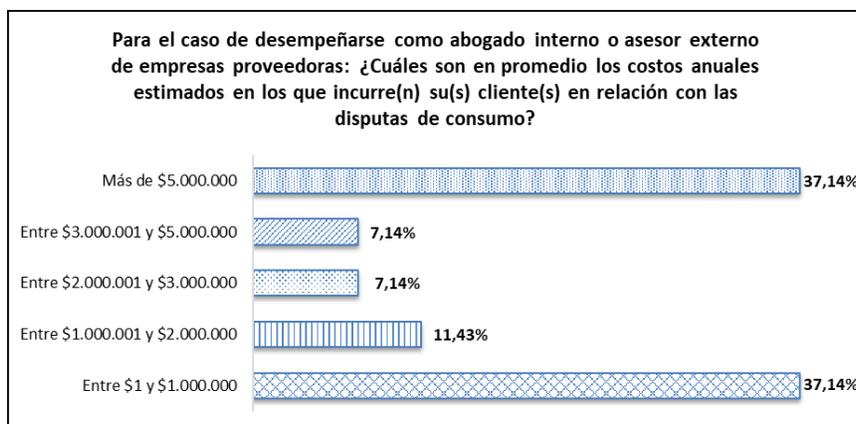


c) Por último, se les consultó a cuánto ascienden los costos legales estimados en promedio de un litigio sobre consumo para su empresa, seguido concretamente ante árbitros, donde 86,84% responde que no ha participado en arbitrajes ni costos asociados.

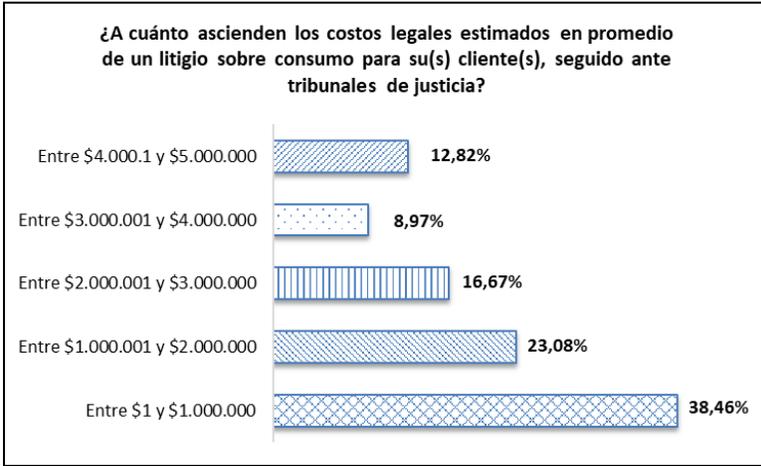


B) Según los abogados:

a) Se les preguntó, para el caso de desempeñarse como abogado interno o asesor externo de empresas proveedoras, cuáles son en promedio los costos generales anuales estimados en los que incurre(n) su(s) cliente(s) en relación con las disputas de consumo (honorarios, costos administrativos, gastos procesales en general, etc.) El 37,14% indicó que los gastos ascienden a la suma de \$ 1.000.000 o a una cantidad menor; 11,43% coincidió en que dichos gastos son entre \$ 1.000.001 y \$ 2.000.000; y 37,14% dijo que superan \$ 5.000.000.



b) Se les preguntó luego, de manera acotada, a cuánto ascienden los costos legales estimados en promedio de un litigio sobre consumo para su(s) cliente(s), seguido esta vez ante tribunales de justicia (Juzgado de Policía Local), donde 61,54% refirió una suma igual o inferior a \$ 2.000.000.

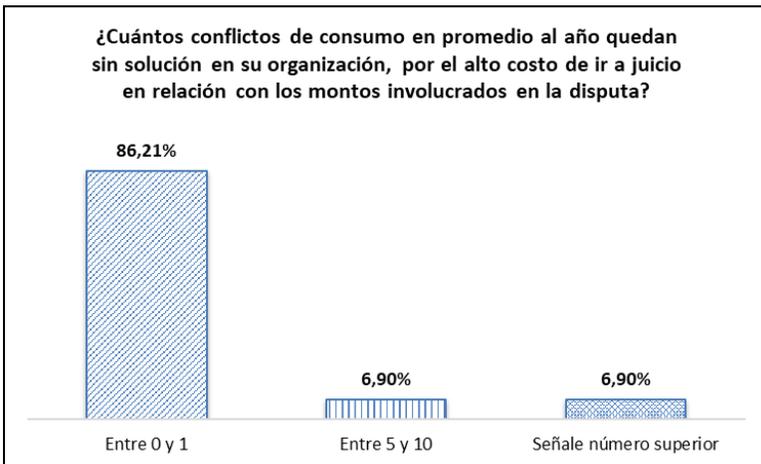


3. *Conflictos empresariales sin solución por el costo de litigar*

A los empresarios y abogados se les preguntó si existen conflictos de consumo que, por el costo de litigar, no son llevados a sede judicial o arbitral, quedando por tanto sin solución. Se les fijó para ello el periodo de un año y las respuestas fueron las siguientes:

A) *Empresarios/proveedores:*

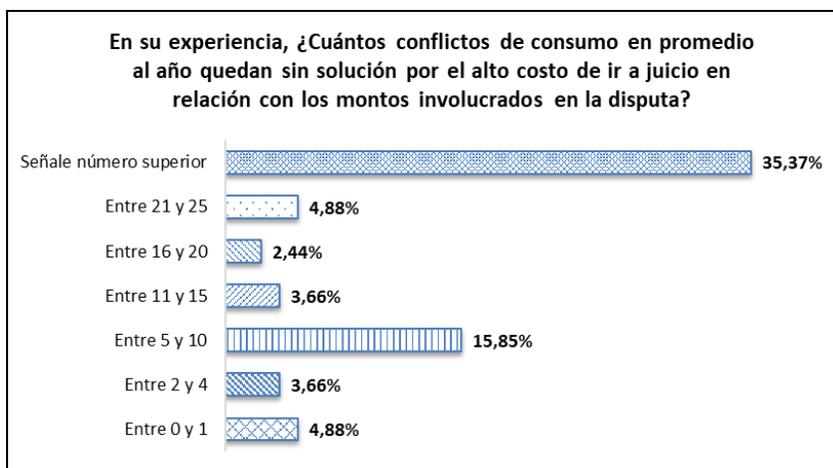
Se les pregunta concretamente cuántos conflictos de consumo en promedio al año quedan sin solución en su organización, por el alto costo de ir a juicio en relación con los montos involucrados en la disputa. El 86,21% de los empresarios afirmó que entre 0 y 1 conflicto queda sin solución; el 6,9% respondió que entre 5 y 10 conflictos, y el mismo porcentaje dijo que eran más de 10.



B) Abogados:

En este caso, los resultados fueron muy distintos a los observados respecto de los proveedores. A los abogados se les preguntó, en concreto, cuántos conflictos de consumo en promedio al año quedan sin solución por el alto costo de ir a juicio en relación con los montos involucrados, incluyendo esta vez a los consumidores como sujetos afectados, y los resultados fueron los siguientes:

- El 15,85% respondió que entre 5 y 10 conflictos.
- El 10,98% dijo que eran entre 11 y 20.
- El 35,37% señaló que son más de 25 conflictos al año sin solución, precisándose por algunos que el número es muy superior por falta de acceso a la justicia y que esta es incluso la regla general.

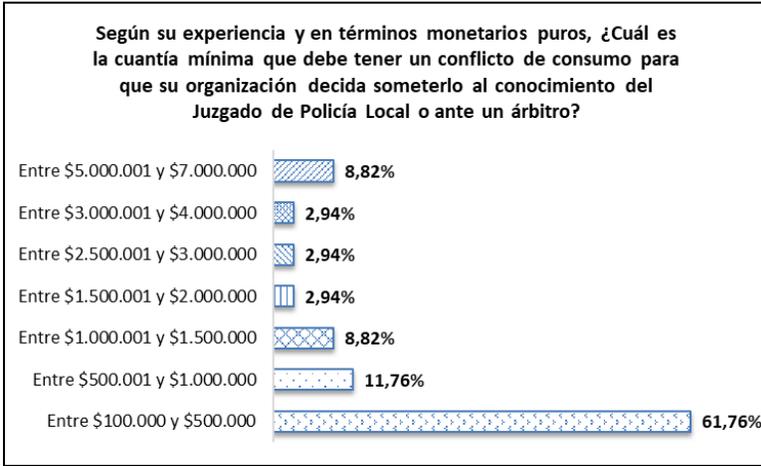


4. *Cuantía mínima de la disputa para someterla a juicio o arbitraje*

Se pidió también a los encuestados que señalaran, según su experiencia y en términos monetarios puros, cuál es la cuantía mínima que debe tener un conflicto de consumo para que la solución heterocompositiva sea económicamente rentable.

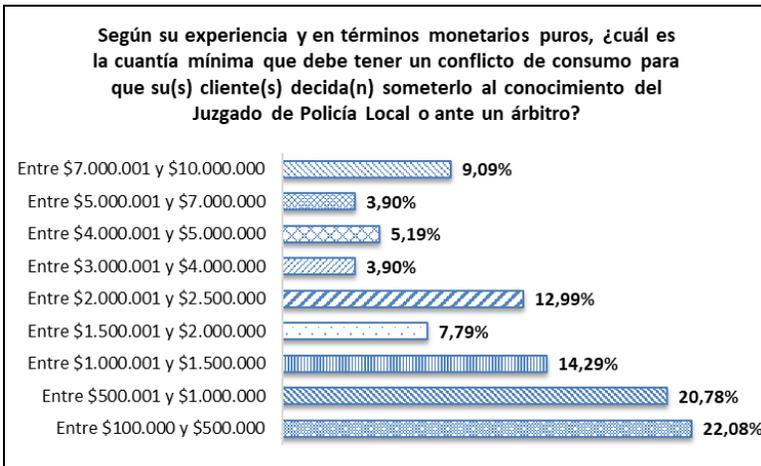
A) Empresarios/proveedores:

Para el 61,76% de los proveedores, para someter a juicio ante Juzgados de Policía Local o a arbitraje, el conflicto debe tener una cuantía mínima de entre \$ 100.000 y \$ 500.000. El 20,58% dijo que la cuantía mínima debe oscilar entre \$ 500.000 y \$ 1.500.000. Para cifras mayores, los resultados muestran respuestas más atomizadas y en bajos porcentajes.



B) Abogados:

El 57,15% de los abogados, por su lado, manifestaron que la cuantía mínima para judicializar un conflicto o someterlo a arbitraje, debe ir de \$ 100.000 (22,08%) a \$ 1.500.000 (14,29%). El 12,99% señaló que la cuantía debía ser entre \$ 2.000.000 y \$ 2.500.000, y 12,99% que debía ser superior a \$ 3.000.000.



Observaciones preliminares:

Las cifras recogidas muestran que solo un bajo número de conflictos de consumo llega a sede jurisdiccional y que, entre ellos, los que se someten a arbitraje son a su vez los menos, provenientes mayormente de pactos arbitrales contemplados en contratos de adhesión.

A su vez, los empresarios señalan mayoritariamente tener gastos anuales de poca entidad (inferiores a \$ 1.000.000), asociados a la solución de conflictos de consumo, lo que se explica además por el carácter de micro y pequeños empresarios y de emprendedores individuales que han respondido la encuesta. De ese gasto general, sin embargo, refieren no tener prácticamente costos por conflictos judicializados y que, por tanto, no registran conflictos de consumo no solucionados por vía jurisdiccional, atendido el costo de litigar. Todo lo anterior, entonces, coincide con el muy bajo número de asuntos de consumo que son sometidos a la decisión de jueces y árbitros, según se acaba de indicar.

Los abogados, a su vez, refieren que las empresas que asesoran destinan en promedio la suma aproximada de \$ 2.500.000 anuales como gastos generales destinados a la solución de sus conflictos con consumidores, precisando además, en el 61,54%, que el costo promedio de un juicio supone un costo igual o inferior a \$ 2.000.000. Confrontando ambas cifras, por tanto, puede concluirse que, tal como refieren los proveedores, según los abogados los asuntos que son sometidos a juicio o arbitraje son muy pocos; pero en este caso, los profesionales son enfáticos en atribuir este fenómeno al costo de litigar (versus la baja cuantía de los asuntos), lo que deja un gran número de conflictos de consumo sin solución por falta de acceso real a la sede jurisdiccional (el 35,37% señaló que son más de 25 conflictos al año sin solución, precisándose por algunos que el número es muy superior por falta de acceso a la justicia y que esta es incluso la regla general).

Relacionado con lo anterior, por último, las cifras recogidas indican que, en promedio, el 82,34% de los empresarios considera que el cauce judicial o arbitral debiese ser un remedio económicamente viable respecto de conflictos de baja cuantía (el 61,76% dijo que, para someter a juicio ante Juzgados de Policía Local o a arbitraje, el conflicto debe tener una cuantía mínima de entre \$ 100.000 y \$ 500.000), y en el caso de los abogados, el 57,15% estima que esa cifra va de \$ 100.000 a \$ 1.000.000. Estas cifras, por tanto, confrontadas con las anteriores sobre el bajo número de conflictos de consumo efectivamente judicializados o sometidos a arbitraje, y el alto porcentaje de asuntos sin solución que refieren los abogados, deja en evidencia la carencia del sistema actual y, particularmente, del régimen de arbitraje aplicado hasta hoy en Chile para solucionar conflictos de consumo.

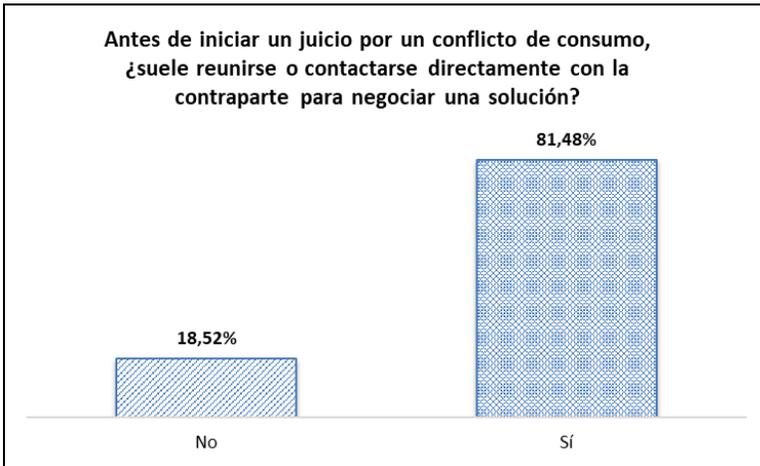
IV. CONOCIMIENTO, INFORMACIÓN Y USO DEL ARBITRAJE POR LOS AGENTES DEL CONFLICTO DE CONSUMO

Por último, la encuesta busca conocer el grado de información que manejan los agentes del conflicto de consumo sobre el arbitraje, como medio alternativo de solución de sus conflictos, y la visión que muestran de cara a su eventual regulación como forma de potenciar su uso efectivo. Las preguntas, por lo mismo, se orientaron a determinar cuánto conocen los empresarios y los abogados de proveedores y consumidores sobre el arbitraje en este ámbito y las características esenciales que deberá tener su reglamentación, encomendada hoy al Ministerio de Economía, Fomento y Reconstrucción.

1. En cuanto al uso actual del arbitraje, como forma de solución de conflictos de consumo

1.1. Solución negociada previa

A los empresarios se les preguntó, en primer lugar, si antes de iniciar un juicio o arbitraje con su cliente/consumidor, suelen reunirse directamente con la contraparte para negociar una solución. El 81,48% aseguró que sí se reúne con la contraparte a negociar, mientras que solo 18,52% dijo no hacerlo.

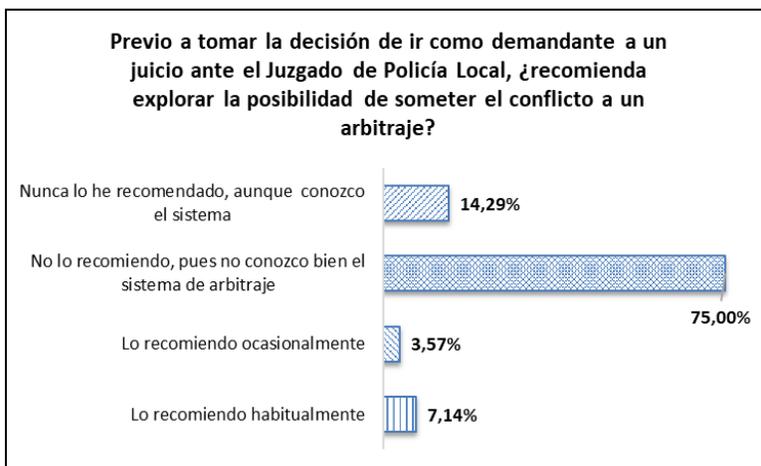


1.2. Proceso ante Juzgado de Policía Local *vs.* arbitraje de consumo

Siempre con miras a conocer el grado de información que manejan los proveedores sobre el arbitraje y su uso por los abogados, como mecanismo alternativo de solución de sus conflictos de consumo, se formularon las siguientes consultas:

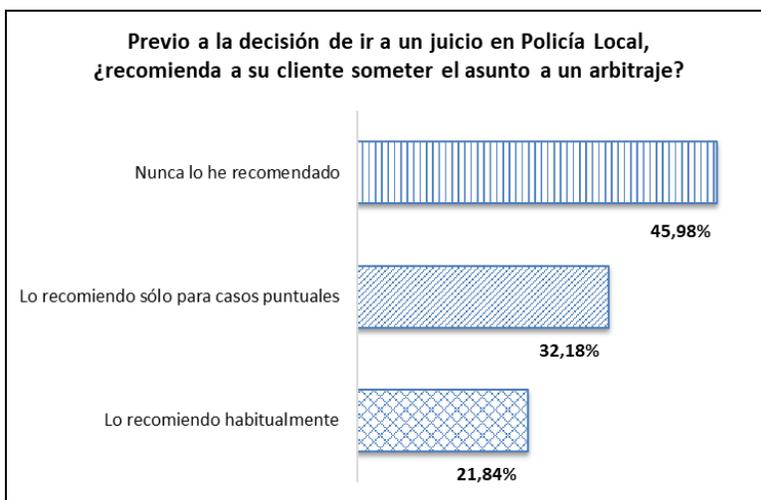
A) Empresarios/proveedores:

Se les preguntó si, previo a tomar la decisión de iniciar un juicio, recomiendan a sus socios solicitar un arbitraje, donde el 75% respondió que no lo recomienda, pues no conoce bien el sistema de arbitraje. Debe recordarse, no obstante, que como se dijo *supra* la mayoría de los empresarios encuestados dijo ser un emprendedor individual.



B) Abogados:

A los abogados se les consultó también si, como alternativa al inicio de un juicio ante Juzgados de Policía Local, recomiendan a sus clientes –proveedor o consumidor– someter el conflicto a un arbitraje. En su mayoría (45,98%), los abogados manifiestan no haberlo recomendado nunca, mientras que solo 21,84% dijo hacerlo habitualmente.



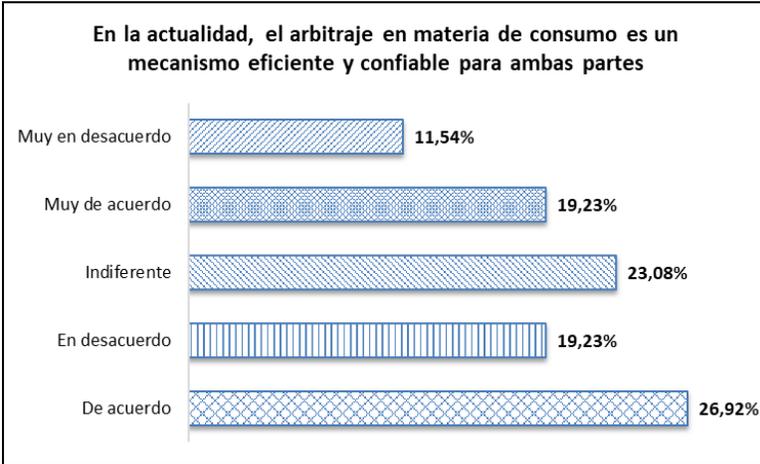
2. Información sobre el arbitraje en conflictos de consumo

Para medir el grado de información que los encuestados (empresarios y abogados) y la percepción general de tienen sobre el arbitraje en asuntos de consumo, se les pidió

que manifestaran su grado de acuerdo o desacuerdo respecto de varios planteamientos acerca de la misma.

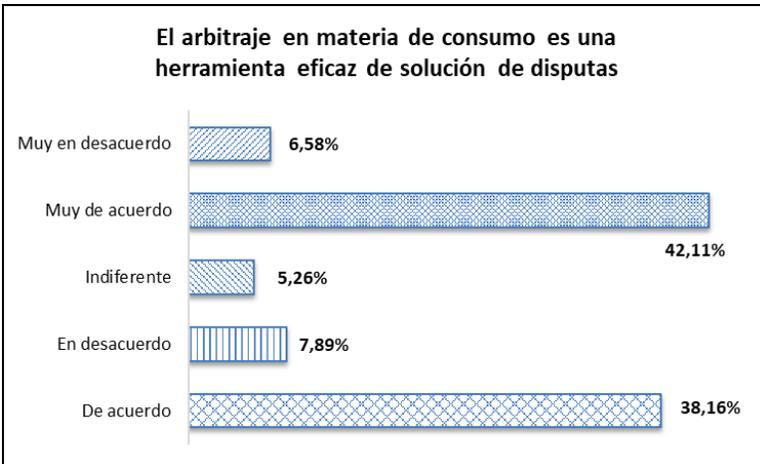
A) Respecto de la eficiencia y rapidez del arbitraje de consumo.

a) Empresarios:

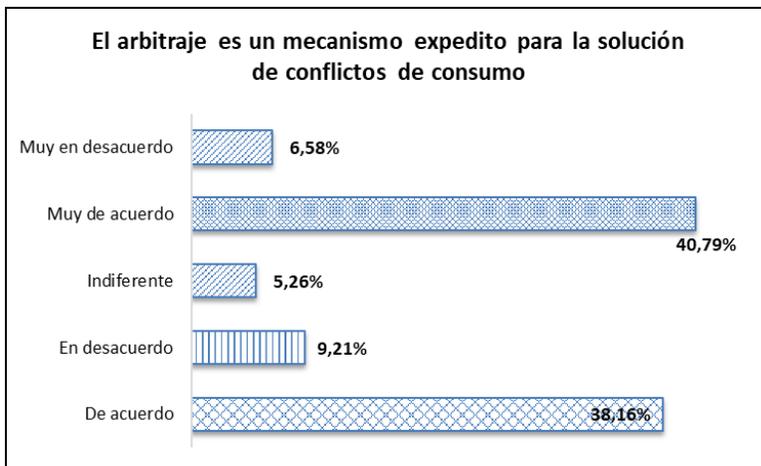


b) Abogados:

i. Eficiencia:

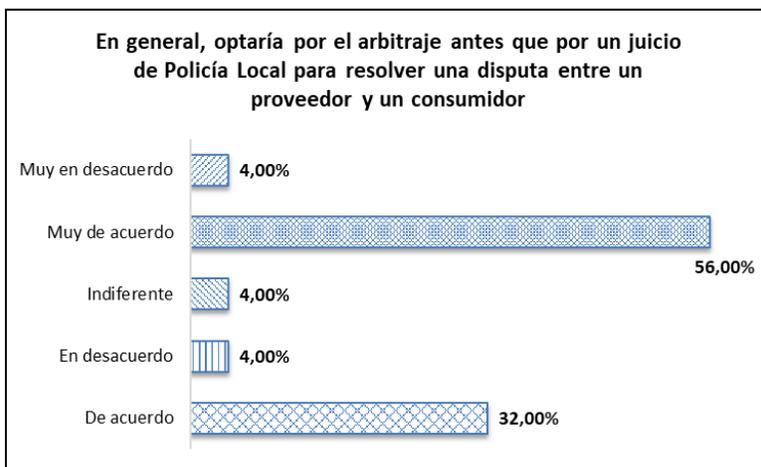


ii. Rapidez:

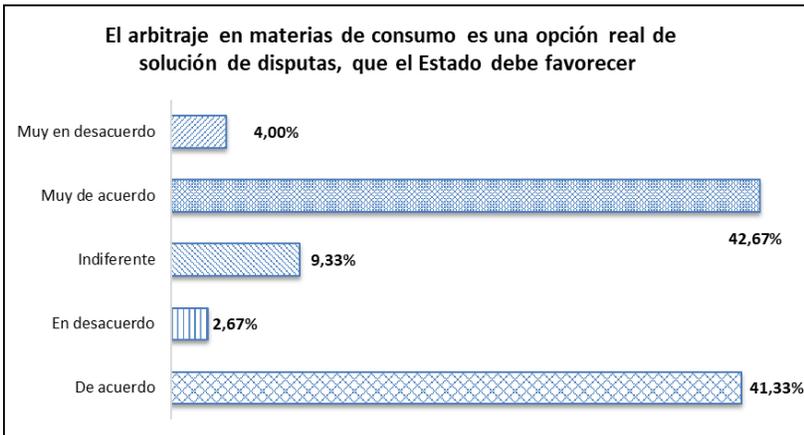
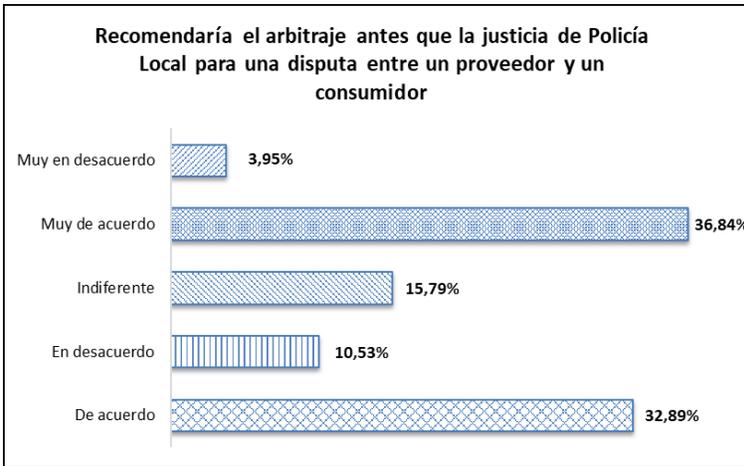
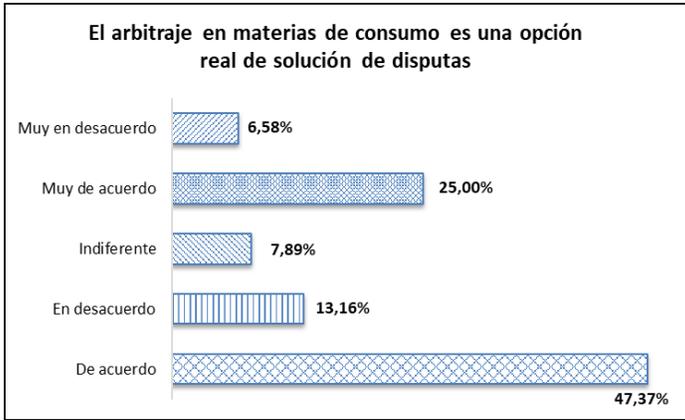


B) Acerca de la percepción del arbitraje como solución alternativa del conflicto de consumo.

a) Empresarios:

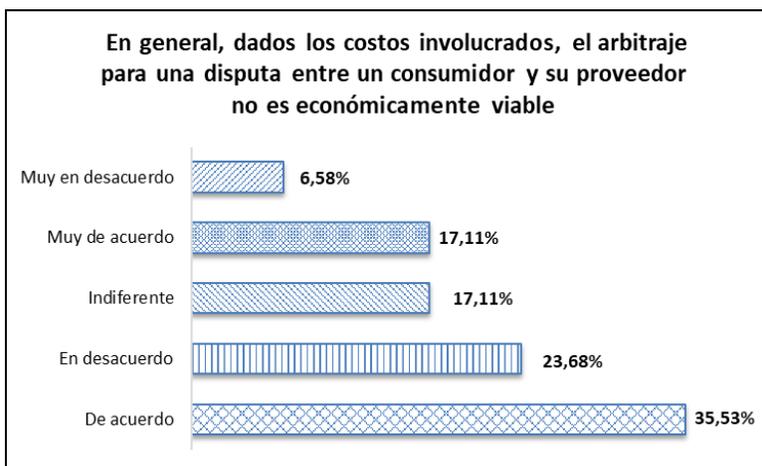


b) Abogados:



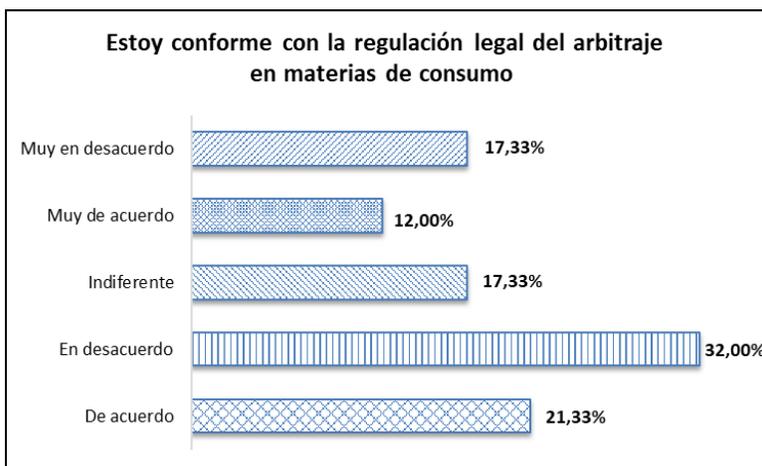
C) De las trabas económicas para acceder al arbitraje.

Solo se incluyen en este apartado las respuestas dadas por los abogados de proveedores y consumidores. Respecto de los empresarios, adelantemos que estos coinciden en la necesidad de establecer un sistema gratuito y publicado de arbitraje de consumo, según se observa infra, letra E).

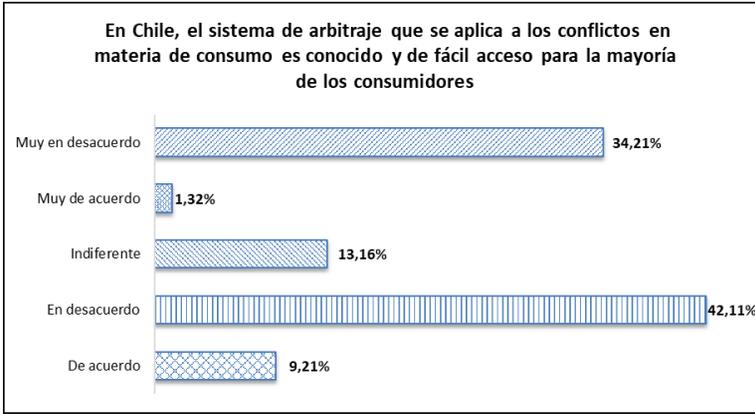


D) Respecto de la normativa de arbitraje en materias de consumo y su conocimiento (antes de la Ley N° 21.398 y del Reglamento aún pendiente) por los empresarios y consumidores. Debido a la especialidad de la materia, las afirmaciones que siguen se realizaron solo a los abogados.

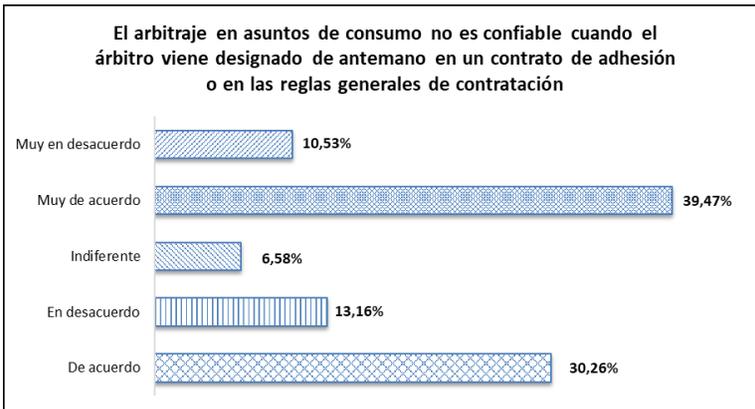
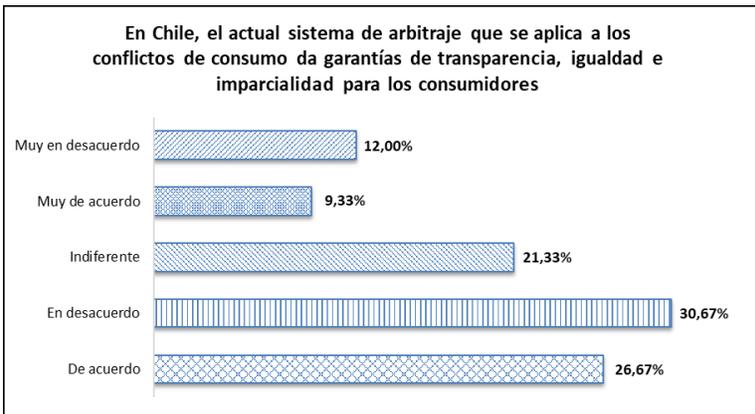
a) De la normativa aplicable:



b) Grado de conocimiento de la normativa sobre arbitraje que tienen los consumidores:



c) Percepción de confiabilidad del arbitraje para asuntos de consumo.



Observaciones preliminares.

Las respuestas de este apartado III muestran una clara percepción general favorable del arbitraje como mecanismo de solución de los conflictos individuales de consumo, alternativo al cauce judicial ante Juzgados de Policía Local. No obstante, queda en evidencia que los empresarios/proveedores no tienen mayor información de la forma en que opera el arbitraje en este ámbito, percibiéndolo además –al igual que los abogados– como una vía de alto costo y de confiabilidad apenas relativa en lo concerniente a la transparencia e imparcialidad de los árbitros, quienes mayoritariamente se encuentran designados en pactos arbitrales contenidos en contratos de adhesión, regidos además –dichos pactos– por las normas comunes contempladas en el Código Orgánico de Tribunales, a falta de otras reglas especiales sobre arbitraje que se ajusten a la especial naturaleza del conflicto de consumo.

La falta de una normativa aplicable en específico al arbitraje de consumo en Chile, que recoja las características esenciales del conflicto de consumo y los principios básicos en que debe sustentarse todo y cualquier sistema normativo en este ámbito, genera un distanciamiento y hasta cierta reticencia por parte de los abogados a la hora de optar por el cauce arbitral; y no solo por los costos que este involucra (versus la baja cuantía de muchos conflictos), sino por la marcada desconfianza que existe en la labor del árbitro, cuando su designación proviene de un pacto arbitral incluido *a priori* en contratos de adhesión. Esa desconfianza, no obstante, no es en el arbitraje en cuanto tal instituto (pues en esto la opinión es ampliamente favorable según se dijo, casi nostálgica), sino en las consecuencias negativas a que puede llevar la aplicación de una legislación deficiente como la que ha operado hasta hoy, que obliga a trasponer sin matices unas disposiciones legales –las del COT– concebidas en una época y para conflictos que nada tienen que ver con el derecho del consumo ni con la dinámica y naturaleza del conflicto entre proveedores y consumidores. Es esto lo que explica, por lo demás, que hasta la fecha y por décadas el arbitraje haya recibido un uso muy marginal en Chile, a diferencia de la realidad que muestra el derecho comparado.

V. CARACTERÍSTICAS QUE DEBE TENER UNA NUEVA REGULACIÓN DE ARBITRAJE DE CONSUMO EN CHILE: SISTEMA GRATUITO, PUBLIFICADO, INSTITUCIONALIZADO Y ARBITRAJE *ONLINE*

Finalmente, se preguntó a los encuestados respecto de las características de una próxima regulación del arbitraje de consumo en Chile y los elementos esenciales que debe reunir. Para ello, las afirmaciones se construyeron tomando como base los principios observados en el derecho comparado y, principalmente, los contenidos en la Directiva 2013/11/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2013³¹.

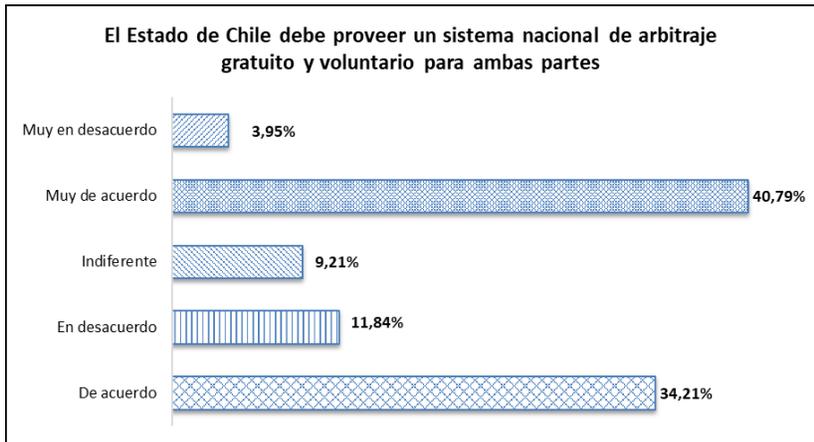
³¹ Esta Directiva, que surge en el marco del “Programa de acción comunitaria en relación con la política de los consumidores” (2007-2013) y que modifica a su vez el Reglamento (CE) N° 2006/2004 y la

a) Sistema gratuito y publicado.

i. Empresarios:



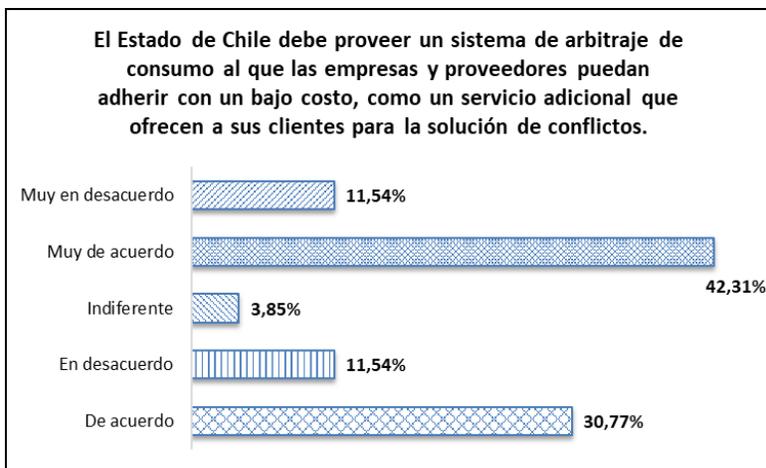
ii. Abogados:



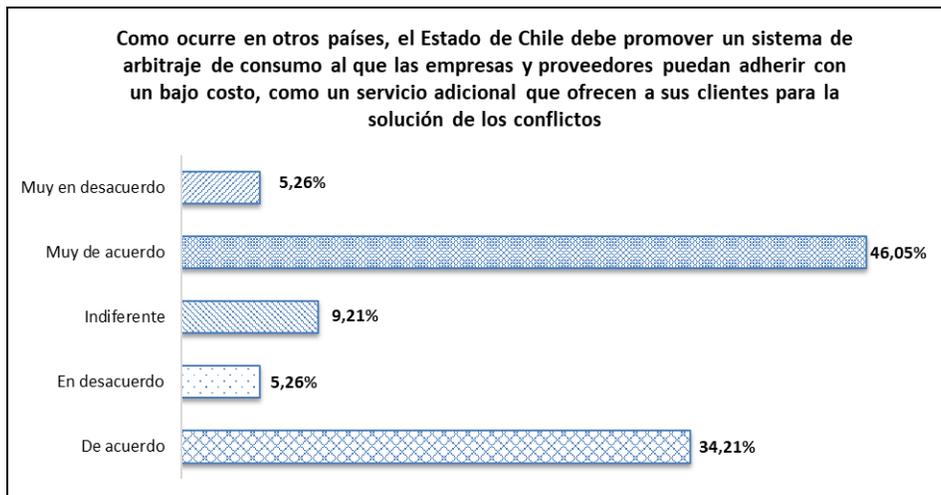
Directiva 2009/22/CE, se aplica solo a conflictos de consumidores con empresarios (C2B). Fue concebida, básicamente, para proteger a los consumidores y favorecer el funcionamiento del mercado interno europeo, aunque invita también a los Estados miembros a extender sus disposiciones a los conflictos sobre consumo interno de cada país. Para ello proporciona un elenco de principios a considerar en el diseño de dichas regulaciones, imponiendo además ciertas obligaciones aplicables tanto a los Estados miembros, a las empresas adheridas a entidades de Resolución Alternativa de Conflictos (RAL) y a la misma Comisión Europea. Sus objetivos son principalmente tres: a) que los Estados miembros de la UE diseñen sistemas de MASC y ODR que permitan cubrir todos los conflictos con consumidores, sean nacionales o transfronterizos, por medio de las denominadas “entidades de resolución alternativa” (arts. 1.1 y 20 de la Directiva); b) que los referidos mecanismos cuenten con un estándar mínimo de calidad, común a todos los Estados miembros; y c) que los empresarios y consumidores sean plenamente informados de los sistemas de RAL existentes, que reúnan los requisitos de calidad recién mencionados.

b) Sistema institucionalizado, de adhesión de las empresas proveedoras:

i. Empresarios:

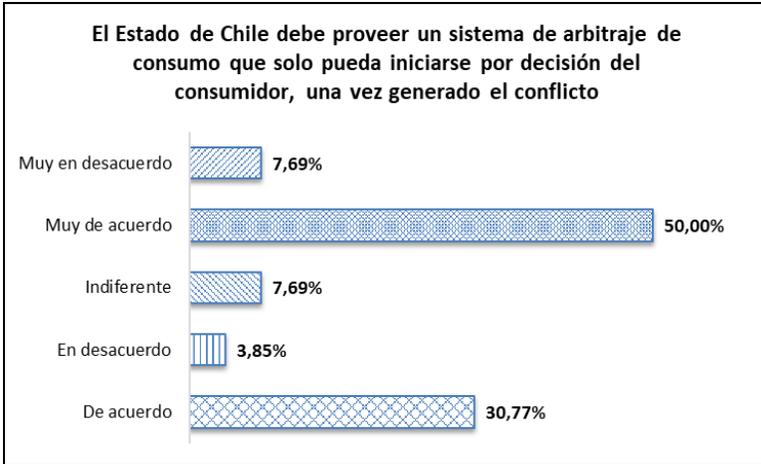


ii. Abogados:

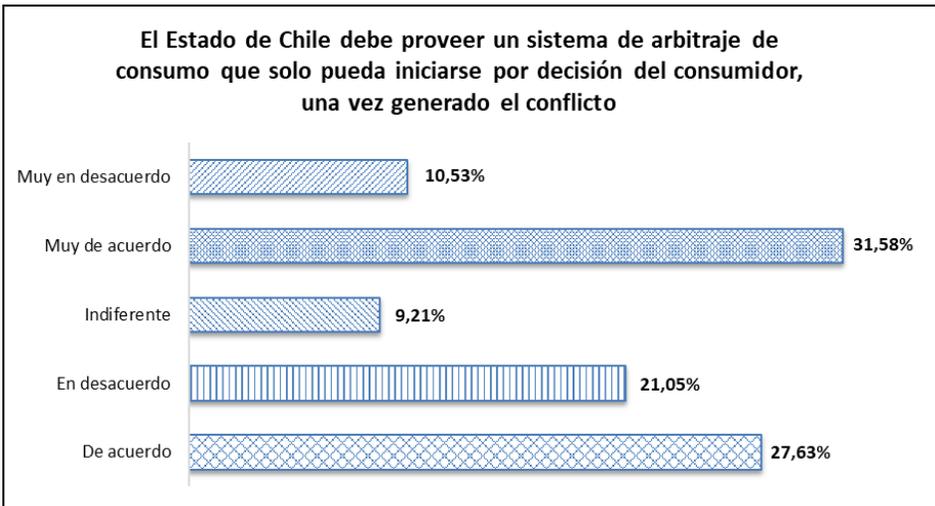


c) Iniciativa exclusiva del consumidor.

i. Empresarios:

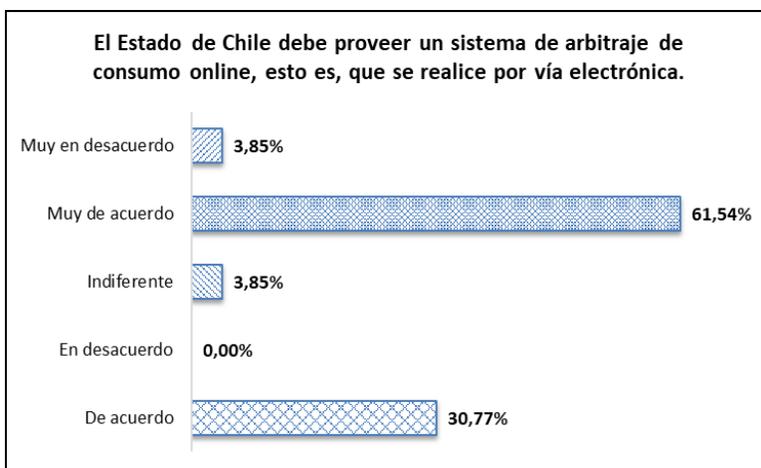


ii. Abogados:

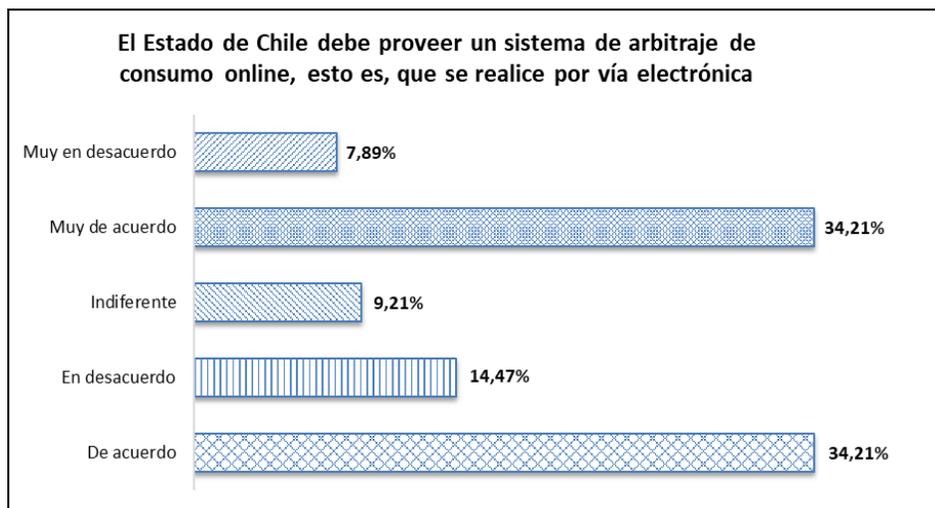


d) Arbitraje *online*.

i. Empresarios:



ii. Abogados:



Observaciones preliminares:

Las respuestas en este apartado IV muestran que existe también una opinión muy favorable de los grupos encuestados en cuanto a la conveniencia de potenciar el arbitraje de consumo, mediante la creación de un sistema publicado (esto es, participado por

el Estado en cuanto a su implementación, organización, acreditación y fiscalización³²) y gratuito, que incentive a las empresas proveedoras a adherirse y a financiar el sistema y su funcionamiento³³ y en donde el inicio del arbitraje sea de iniciativa exclusiva del consumidor, una vez generado el conflicto. Especial apoyo recibe también la iniciativa de contar con un sistema de arbitraje *online*, para ello existen ya en Chile la experiencia y la tecnología suficiente y comprobada³⁴.

VI. CONCLUSIONES

La investigación muestra que, pese a los constantes avances y al perfeccionamiento de la normativa sustantiva sobre protección de los derechos de los consumidores en Chile, el acceso real de estos a la justicia, para ejercer y objetivar esos derechos al generarse un conflicto concreto, sigue siendo deficitario.

Loas empresarios acusan, en primer término, un gran desconocimiento sobre el arbitraje, como forma de solucionar los conflictos con sus clientes-consumidores.

Los abogados refieren, a su vez, que un importante porcentaje de estas controversias individuales de consumo queda sin solución, básicamente por tres factores concomitantes:

- a) El costo de litigar ante los Juzgados de Policía Local y, en especial, ante árbitros. En este sentido, tanto empresarios como abogados refieren mayoritariamente, por un lado, que la cuantía mínima que les parece económicamente trascendente para someter un conflicto de consumo a juicio o arbitraje es particularmente baja, pues oscila entre \$ 100.000 y \$ 1.000.000; pero al mismo tiempo los abogados señalan, como se dijo, que la mayoría de esos conflictos queda sin solución, precisamente por el costo que involucra la vertiente jurisdiccional y que, por tanto, la hacen económicamente inviable.
- b) Por las barreras jurídicas y fácticas que deben enfrentar los consumidores, mencionadas *supra*, para las cuales la normativa común sobre arbitraje, contenidas en el COT, no ofrece respuestas y ni siquiera paliativos.

³² Sobre el procedimiento de acreditación de las entidades RAL y su fiscalización por la administración pública en el sistema español, tras la transposición de la Directiva 2013/11UE, puede consultarse a DEMESTRE, V. (2019), pp. 51-83.

³³ A modo de ejemplo, el sistema español contempla el mecanismo de oferta pública de adhesión al sistema arbitral de consumo, consistente en una "declaración unilateral por la que el empresario o profesional consiente en participar en los procedimientos arbitrales que luego soliciten los consumidores con los que mantenga relaciones (...) [L]a sola presentación de una solicitud de procedimiento arbitral servirá por sí misma para otorgar perfección al convenio arbitral, pero siempre y cuando la reclamación coincida con el contenido de la oferta" de la empresa o profesional (SALORIO, 2019, p. 138). La oferta debe hacerse ante la junta arbitral correspondiente al ámbito territorial en el que la empresa desarrolle principalmente su actividad (arts. 25.3.II y 27.1 del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, que regula el Sistema de Arbitraje de Consumo), y una vez tramitada y aceptada permite a los empresarios exhibir un distintivo oficial que les señale como sujetos adheridos al sistema.

³⁴ Véase a ARANCIBIA y ROJAS, 2020, pp. 379-405; ARANCIBIA, *et al.*, 2016, pp. 153-172.

- c) Por último, aunque no menos relevante, por la desconfianza que genera la aplicación de la referida normativa sobre arbitraje a los asuntos de consumo, sin ajustarla a la naturaleza del conflicto en este ámbito y a las asimetrías entre consumidores y proveedores, que le son inherentes. La mayoría de los abogados consultados indica que el origen de aquellos arbitrajes en los que han intervenido, como árbitro o abogado, se originó en un pacto incluido en un contrato de adhesión, en donde el árbitro se encontraba designado *a priori* y, en todo caso, antes de generarse el conflicto, lo que les genera recelo o al menos reticencia en cuanto a la idoneidad, transparencia e imparcialidad de ese árbitro.

No obstante lo anterior, todos los encuestados, transversalmente, se muestran propicios *–mutatis mutandis–* a recurrir a la vía arbitral, la que consideran como una alternativa rápida y eficiente. Para ello, sin embargo, consideran (a) que solo el consumidor debiese tener la iniciativa para someter un conflicto de consumo a arbitraje, conociendo además las implicancias de ello; (b) que el consumidor puede optar por la vía arbitral solo una vez generado el conflicto, siéndole inoponible por tanto cualquier pacto arbitral incluido previamente en un contrato de consumo; (c) que el Estado debe proporcionar un sistema de arbitraje de consumo que sea gratuito para el consumidor, administrado, acreditado y fiscalizado por la administración pública y participado además por los intervinientes en el conflicto, consumidores (particularmente asociaciones) y proveedores; (d) que las empresas puedan participar en este sistema y contribuir a su financiamiento, mediante ofertas dirigidas a sus clientes como un servicio o beneficio que ponen a disposición, para solucionar los eventuales conflictos que pudieren surgir; y (e) que los procesos arbitrales puedan seguirse en plataformas electrónicas proporcionadas también por el Estado.

En suma, y como se dijo *supra*, la reciente Ley N°21.398 muestra un importante avance en este sentido, que puede calificarse incluso como pionera; pero habrá que esperar ahora que el Reglamento que se ordena dictar pueda *–y sepa–* recoger cada uno de estos aspectos, para no frustrar esta valiosa oportunidad que se le ofrece al arbitraje de consumo en Chile.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUIRREZÁBAL GRÜNSTEIN, Maite, 2020: “Arbitraje y Sernac financiero: Análisis y una propuesta de mejora”, en Jequier Lehuedé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ARANCIBIA MEDINA, L. y ROJAS ROJAS, C., 2020: “Consideraciones sobre los mecanismos de resolución de disputas online (ODR)”, en Jequier Lehuedé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- ARANCIBIA MEDINA, L., POBLETE, P., VALDÉS CORTÉS, M. y URZÚA REINOSO, J., 2016: “El arbitraje en línea en la Resolución de Controversias por nombres de dominio punto CL”, *Revista Chilena de Derecho y Tecnología* (Vol. 5, N° 2), pp. 153-172.
- BARRIENTOS, Francisca y LABRA, Ignacio, 2020: “El arbitraje en el contexto del Sello Sernac”, en Jequier Lehuedé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.

- CATALÁN CHAMORRO, María José, 2020: “El arbitraje de consumo en España: Un caso de éxito”, en Jequier Lehuédé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- COLE, T., ORTOLANI, P. y WARWAS, B., 2018: “*Arbitration in the European Union*”, Kluwer.
- CORTÉS, Pablo, 2020: “El arbitraje online de consumo en la UE y en el Reino Unido”, en Jequier Lehuédé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- DEMESTRE, V., 2019: “El procedimiento de acreditación de las entidades de resolución alternativa de litigios de consumo”, en *El sistema de ADR/ODR en conflictos de consumo: aproximación crítica y prspección de futuro*, Barcelona, Atelier.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, 2020a: “Sobre la arbitrabilidad del conflicto de consumo en Chile: Insumo básico para un replanteamiento estructural”, *Revista Chilena de Derecho Privado* (Nº 34), pp. 57-92.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, 2020b: “Análisis crítico del arbitraje de consumo no financiero en Chile (y las extravagancias de un sistema inoperante)”, en Jequier Lehuédé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, 2022: “Arbitraje de consumo: bases dogmáticas de un modelo para el acceso a la justicia del consumidor en Chile desde la mirada del derecho internacional y comparado”, *Anuario Colombiano de Derecho Internacional* (Vol. 15, 2022), pp. 1-41.
- MARQUES CEBOLA, Cátia, 2017: “Mediación y arbitraje de consumo: una visión comparada de los modelos portugués y español”, *Revista de Internet, Derecho y Política* (Nº 25, septiembre), pp. 6-16.
- OROZCO PARDO, Guillermo, 2010: “Condiciones generales de los contratos, cláusulas abusivas y arbitraje de consumo”, en De la Rosa Esteben, Fernando y Orozco Pardo, Guillermo (dir.), *Mediación y arbitraje de consumo*, Valencia, Tirant lo Blanche.
- PITA PONTE, J. María, 2012: “La implementación del Real Decreto 231/2008, de 15 de febrero, por el que se regula el Sistema Arbitral de Consumo”, en González Pillado, Esther (coord.), *Arbitraje y Mediación de Consumo*, Madrid, Tecnos.
- RODRÍGUEZ, Gonzalo M., 2020: “El sistema nacional de arbitraje en el derecho del consumo argentino”, en Jequier Lehuédé, Eduardo (Dir.), *Arbitraje de consumo. Revisión crítica del sistema chileno desde una perspectiva comparada*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- SALORIO DÍAZ, Juan M., 2019: *Arbitraje de Consumo: Sistema y Procedimiento*, Cizur Menor-Navarra, Aranzadi.
- TOMILLO URBINA, Jorge, 2016: “Vicisitudes y carencias del arbitraje de consumo”, en Tomillo Urbina, Jorge (dir.), *Soluciones Alternativas a los Conflictos de Consum*, Albarore-Granada, Comares.

Otras Publicaciones

- JEQUIER LEHUEDÉ, Eduardo, 2020: “Análisis crítico del arbitraje de consumo no financiero en Chile”. Presentación a la Comisión de Economía, Senado de la República, Sesión de 5 de agosto de 2020 (Boletín Nº 12.409-03). Disponible en: https://www.senado.cl/appsenado/index.php?mo=comisiones&ac=sesiones_celebradas&idcomision=187&tipo=3&ano=2020&idsesion=15481&listado=2
- RIBÓN SEISDEDOS, E., 2007: *Instrumentos para impulsar la adhesión de los empresarios al Sistema Arbitral de Consumo* (Disponible en: <http://noticias.juridicas.com/conocimiento/articulos-doctrinales/4279-instrumentos-para-impulsar-la-adhesion-de-los-empresarios-al-sistema-arbitral-de-consumo/> Fecha de consulta: 18 de noviembre de 2021).
- SOVERN, J., GREENBERG, E., KIRGIS, P. y LIU Y., 2015: *Arbitration in the European Union*, “Whimsy Little Contracts’ with Unexpected Consequences: An Empirical Analysis of Consumer Understanding of Arbitration Agreements”, *75 Maryland Law Review*. Disponible en: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2516432

El nuevo juicio de precario y la aplicación de la Ley N° 21.461 de 2022 al sistema de acciones reales

*Jorge Larroucau Torres**

RESUMEN

La regulación legal del juicio de precario fue modificada de manera oblicua por la Ley N° 21.461 de 2022 en dos sentidos relevantes. El primero de ellos es el cambio en el fundamento normativo para tramitar la acción de precario como un juicio sumario. El segundo, en tanto, es la autorización para que el juez civil aplique “en lo pertinente” las reglas del procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento a esta acción real. Este artículo analiza los efectos de ambas decisiones legislativas y el modo en que ellas alterarían el lugar que ocupa el juicio de precario dentro del sistema de acciones reales vigente.

Precario; Procedimiento monitorio; Analogía; Principio de legalidad; Acciones reales

The new trial of precario and the application of Law No. 21.461 of 2022 to the system of actions in rem

ABSTRACT

The legal regulations of the Precario's procedure was modified obliquely by Law N° 21,461 of 2022 in two relevant ways. The first of them is the change in the normative foundation to process the Precario action as summary judgment. The second, meanwhile, is the authorization for the civil judge to apply “as pertinent” the rules of payment procedure for collection of rental income to this actio in rem. This article analyzed the effects of both legislative decisions and the way in which they would affect the place that the Precario's procedure occupies within the current system of actions in rem.

Precario; Payment procedure; Analogy; Principle or legality; Actions in rem

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9893-5450>. Correo electrónico: jorge.larroucau@pucv.cl.

Este artículo es parte de un proyecto Fondecyt Regular (N° 1220927: “Las ‘acciones reivindicatorias especiales’ y el régimen de sus prestaciones accesorias” 2022-2024), cuyo investigador responsable es el profesor Jaime Alcalde y del que el autor es un investigador asociado. Agradezco a Jaime Alcalde sus valiosos comentarios y observaciones a una versión previa de este trabajo.

Artículo recibido el 22.10.2022 y aceptado para su publicación el 22.3.2023.

I. INTRODUCCIÓN

La regulación legal del precario siempre ha sido fragmentaria y escueta en el ordenamiento jurídico chileno, algo que tanto en la academia como en el foro se considera indeseable. Sin ir más lejos, el primer ejemplo que dio Fernando Fueyo para las materias que necesitan una mejor o más completa regulación en Chile es justamente el precario, sobre todo, teniendo en cuenta el abundante acervo jurisprudencial del que se dispone¹. La publicación de la Ley Nº 21.461 de 2022, sin embargo, es una muestra clara de la magra regulación del precario por dos motivos concretos. Primero, porque a pesar de que se trató de una reforma a los juicios de arrendamiento también incluyó la derogación de un precepto del Código de Procedimiento Civil de 1903 (CPC) que incide directamente en el procedimiento aplicable al precario y, en segundo término, porque autorizó que una de las dos innovaciones introducidas por esta ley especial –una medida precautoria de restitución anticipada de inmuebles y un procedimiento monitorio de cobro de rentas– se aplique en casos ajenos a los conflictos de arrendamiento, entre los que se cuenta explícitamente el juicio de precario:

“Las normas de este Título [Título III bis, del procedimiento monitorio para cobro de rentas de arrendamiento] serán aplicables, en lo pertinente, a las acciones de comodato precario que persigan la restitución del inmueble y a la acción de precario establecida en el artículo 2.195 del Código Civil” (art. 18-K inciso final, Ley Nº 18.101 de 1982 incorporado por Ley Nº 21.461).

Este trabajo analiza los alcances de esta reforma en el juicio de precario desde tres puntos de vista. En primer lugar, su impacto normativo en el procedimiento aplicable al precario, el que zanja la discusión jurisprudencial en torno a la conversión de procedimiento y permite que el juez civil cambie un debate acerca de la tenencia de un inmueble por otro en donde lo que se disputa es la titularidad del derecho real de dominio. En segundo término, las condiciones de las que el dueño puede valerse de algunas de las reglas del procedimiento monitorio de cobro de rentas pidiendo que se apliquen “en lo pertinente” al precario. Por último, la posibilidad de que Ley Nº 21.461 incida en la discusión dogmática de la acción de cierre del sistema de acciones reales debido a la intención expresada varias veces durante su debate legislativo, de que este nuevo juicio de precario sirva para obligar al “okupa” a restituir el inmueble. A la luz de lo anterior este artículo demuestra que no solo es un error legislativo regular el precario en forma indirecta u oblicua, sino que también lo es mezclar la regulación procedimental de las acciones reales con otras que nacen de un derecho personal. El nuevo juicio de precario no es, como se ve a continuación, un mejor juicio para litigar sobre el dominio.

¹ FUEYO, 1989, p. 683.

II. LA TRAMITACIÓN SUMARIA DEL PRECARIO

El ámbito de aplicación del juicio sumario fue modificado por la Ley N° 21.461 de un modo sutil, pero significativo. Antes de esta reforma había consenso en cuanto al fundamento civil por el que una acción de precario se tramitaba de acuerdo con las reglas del procedimiento sumario (Título 11, Libro III CPC), pero había dudas en cuanto a su justificación procesal². En efecto, desde el punto de vista del derecho civil se trata de un juicio sumario y no de uno de lato conocimiento porque es el dueño quien reclama la cosa de aquel que no la posee, sino que la usa sin un título que lo justifique³. Sin embargo, desde una óptica procesal el asunto podía encuadrarse en dos preceptos diferentes: tramitar el juicio como uno sumario en virtud del artículo 680 inciso 1° CPC que establece una cláusula general y potestativa para este juicio⁴, o bien, por aplicación del artículo 680 inciso 2° N° 6 CPC, una norma imperativa que, a pesar de que nunca mencionó a la acción real de precario (art. 2195 inciso 2° del Código Civil, CC), se aplicaba por extensión a esta al incluir a la acción personal de “comodato precario” (art. 2194 CC y art. 2195 inciso 1° CC)⁵.

La reforma de 2022 despejó todas las dudas al eliminar uno de los preceptos en juego, el más invocado por la jurisprudencia: “Suprímese en el numeral 6° del inciso segundo del artículo 680 del Código de Procedimiento Civil la expresión ‘y comodato precario’” (art. 2, Ley N° 21.461). Es por esto por lo que –de aquí en más– el único caso típico de juicio sumario de este numeral es el depósito necesario (art. 2236 CC), el que, a pesar de ser un contrato real como el comodato en la legislación chilena, ya no sirve de fundamento para sostener que el precario necesariamente debe tramitarse en un procedimiento sumario.

Este punto es importante porque la discusión legislativa de la Ley N° 21.461 no se detuvo lo suficiente en este aspecto. A pesar de que hubo conciencia de que la supresión del comodato precario como un caso típico de sumario daría pie a la pregunta acerca de qué procedimiento aplicar a la acción de precario, solo se sugirieron dos alternativas sin dar mayores argumentos en favor de alguna de ellas, sea la de tramitar el precario como un juicio de lato conocimiento (Libro II CPC)⁶, o bien, la de tramitarlo completamente de acuerdo con las reglas del monitorio de cobro de rentas de arrendamiento⁷. La primera posibilidad no es aconsejable por su lentitud y la segunda tampoco, pues, bastaría que el mero tenedor demandado invocara una excepción perentoria para terminar con el juicio, incluso si no la prueba (art. 18-H inciso 1°, Ley N° 18.101 incorporado por Ley N° 21.461). Así, por ejemplo, podría alegar que un usufructuario no tiene legitimación activa para demandar de precario ya que su derecho no es completo y con

² LARROUCAU y ROSTIÓ, 2013, pp. 86-88.

³ ALCALDE, 2017, p. 343, PEÑAILLO, 2019, pp. 1463-1467, CORRAL, 2022, pp. 604-610.

⁴ LARROUCAU, 2019, pp. 8-10.

⁵ LECAROS, 2008, p. 98.

⁶ Historia de la Ley 21.461, 2022, pp. 56, 58 y 67.

⁷ Historia de la Ley 21.461, 2022, pp. 108 y 112.

ello el procedimiento se acaba⁸. El juicio sumario, en cambio, supera ambos obstáculos gracias a su diseño legal concentrado y a que el demandado debe probar lo que afirma cada vez que alega una excepción.

1. *La conversión de procedimiento*

La incertidumbre jurisprudencial anterior a la reforma de 2022 en cuanto al fundamento procesal para tramitar como sumario una acción de precario no era inocua porque de ella dependía la posibilidad de pedir la conversión de procedimiento, de sumario a lato conocimiento (art. 682 CPC) por “motivos fundados” (art. 681 inciso 1° CPC). Esto puede ocurrir, por ejemplo, cuando el demandado se defiende señalando que no es un mero tenedor del bien, sino que su poseedor actual (art. 895 CC), lo que implica, en último término, aceptar un cambio en el objeto procesal: el debate acerca de la tenencia del inmueble pasa a ser ahora uno en que el juez tiene que fallar respecto de la titularidad del derecho, tal como si se hubiera ejercido una acción reivindicatoria (art. 889 CC).

Es oportuno recordar que en la mayoría de los casos en que se pidió esta conversión de procedimiento ella fue rechazada afirmándose que el precario era un supuesto típico de juicio sumario, en virtud del artículo 680 inciso 2° N° 6 CPC⁹ o, incluso, con una mención genérica a “lo dispuesto en el artículo 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil y el artículo 2194 y 2195 del Código Civil”¹⁰. En otros casos, sin embargo, se aceptó esta conversión al entender que el precario se tramitaba como sumario por la cláusula general del artículo 680 inciso 1° CPC¹¹, algo que para una parte de la dogmática civil siempre fue “incuestionable”¹².

Este problema se volvía aún más complejo cuando los jueces, esgrimiendo el *iura novit curia*, cambiaban la calificación jurídica de la demanda —de comodato precario a precario— sin que las Cortes invalidaran esta recalificación por medio del recurso de casación por *ultra petita*¹³. En estos litigios se trataba de un juicio que debía tramitarse necesariamente como sumario si se tenía en cuenta la calificación del actor (art. 254 N° 4 CPC) que demandaba de comodato precario (art. 680 inciso 2° N° 6 CPC), pero que, una vez recalificado por el juez como uno de precario, abría el interrogante antes mencionado en cuanto al fundamento procesal para tramitar una acción de precario en un juicio sumario¹⁴.

Uno de los efectos de la Ley N° 21.461, entonces, fue hacer indesmentible la posibilidad de una conversión del procedimiento —de sumario a lato conocimiento— en todos

⁸ RAMOS, 1986, p. 11.

⁹ Corte Suprema, 26.8.1986, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, segunda parte, sec. 1ª, cons. 3º, pp. 122-123.

¹⁰ Juzgado de Letras en lo Civil de Casablanca, 20.5.1999, rol N° 1650-1996.

¹¹ Corte de Apelaciones de Iquique, 1.6.2007, rol N° 347-2006.

¹² RAMOS, 1986, p. 10.

¹³ LARROUCAU y ROSTIÓ, 2013, pp. 50-51.

¹⁴ ROSTIÓ, 2013, pp. 229-232.

aquellos juicios de precario en que se invoquen “motivos fundados para ello” (art. 681 inciso 1° CPC). Esto es así porque en este ámbito no hay una regla específica que lo prohíba, algo que ocurre, por ejemplo, en algunos casos de prejudicialidad como la acción civil que se funda en la infracción establecida por un juez de policía local (art. 9, Ley N° 18.287 de 1984) o en los juicios de responsabilidad por competencia desleal (art. 9, Ley N° 20.169 de 2007).

A pesar de lo anterior, la reforma de 2022 no eliminó del todo este debate, ya que también incorporó un desafío nuevo en relación con el primer requisito para convertir un juicio sumario en uno de lato conocimiento y que apunta al momento en que se ha “iniciado el procedimiento” (art. 681 inciso 1° CPC). Esta nueva discusión surge porque una de las reglas del procedimiento monitorio de cobro de rentas que podría aplicarse “en lo pertinente” al precario es la que permite al juez declarar inadmisibles las demandas de plano sobre la base de fundamentos “que consten en forma manifiesta en el expediente o se funden en hechos de pública notoriedad” cuando el tribunal carece de “jurisdicción o de competencia absoluta, por litispendencia; inexistencia, falta de capacidad o representación de una de las partes; manifiesta falta de legitimación para actuar u otro defecto que afecte la existencia, validez o eficacia del proceso” (art. 18-B inciso 2°, Ley N° 18.101 de 1982 incorporado por Ley N° 21.461 de 2022). Este es un estándar de admisibilidad muy similar al que propuso el Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín N° 8197-07) para todas las demandas civiles (art. 258 inciso 2°), ampliando la fórmula del Proyecto de Código Procesal Civil en 2009 (art. 18 N° 1)¹⁵.

¿Se ha “iniciado el procedimiento” para efectos de su conversión si el juez declaró inadmisibles las demandas de precario por alguno de los motivos que contempla la ley? Este dilema es, hasta cierto punto, inevitable porque la Ley N° 21.461 se propuso abreviar al máximo los juicios –o derechamente desjudicializar– en las materias que regula, mientras que el sistema de acciones reales que protegen la propiedad en Chile descansa sobre la premisa inversa: habilitar al juez para que tenga a la mano los antecedentes relevantes que le permitan decidir de manera eficaz la petición del actor de acuerdo con el caso concreto¹⁶. Debido a que el sistema de acciones reales chileno ya adolece de una grave inconsistencia interna, por cuanto combina un régimen de dominio y posesión de los inmuebles basado en la inscripción que se sobrepone a un régimen de posesión de tales bienes amparado en la tenencia de la cosa¹⁷, no es infrecuente que se planteen casos en donde hay dudas legítimas acerca de “la existencia, validez o eficacia” de un juicio en que se ejerce una acción de precario. Un ejemplo de esto es el debate acerca de si es posible demandar de precario al mero tenedor de un tercero, o acaso este último solo tiene que individualizar a aquel a cuyo nombre tiene el inmueble (art. 896 CC)¹⁸. En mi opinión, si no procediera la acción de precario en un caso como este la demanda

¹⁵ HUNTER, 2009, p. 126.

¹⁶ ATRIA, 2022, p. 120.

¹⁷ ATRIA, 2005, p. 29.

¹⁸ ATRIA, 2017, p. 79.

sería inadmisibile de plano en virtud del artículo 18-B inciso 2º de la Ley Nº 18.101, impidiendo la conversión de procedimiento porque el juicio nunca se inició. Una interpretación extensiva del estándar de admisibilidad que incorporó la Ley Nº 21.461 podría, por lo demás, impedir la conversión de procedimiento incluso en los casos en que el demandado interpuso una excepción dilatoria que fue exitosa, aunque este es un debate que requiere un estudio por separado.

III. LA APLICACIÓN “EN LO PERTINENTE” DEL PROCEDIMIENTO MONITORIO PARA COBRO DE RENTAS DE ARRENDAMIENTO AL PRECARIO

La práctica judicial chilena reconoce varios puntos de contacto entre los juicios de arrendamiento y el precario. Esto se aprecia, por ejemplo, cuando el arrendador decide recuperar su inmueble por medio de esta acción real, descartando, por una o más razones, el ejercicio de la acción personal con la que cuenta por el contrato de arrendamiento y obviando, al mismo tiempo, el hecho de que el demandado tendrá un título que oponer en su contra al contestar la demanda¹⁹.

Esto le da cierta plausibilidad o, al menos, sirve de contexto para el precepto legal que permite aplicar por analogía –o “en lo pertinente”– las reglas del procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento al juicio de precario (art. 18-K inciso final, Ley Nº 18.101). El problema de fondo, con todo, es que en un caso se ejerce una acción personal y, en el otro, una real. Teniendo en cuenta esta diferencia estructural, considero que entre las reglas de este procedimiento monitorio que se podrían aplicar al precario se destacan las tres que siguen. En primer lugar, la exigencia de que la demanda de precario contenga una petición concreta: que el demandado pague “las cuentas de gastos comunes y de consumo adeudadas, y las que se devenguen con posterioridad a la presentación de la demanda, más los intereses y costas que correspondan, y, para el caso de que el deudor no pague o no compareciere o no formulare oposición, que se le tenga por condenado al pago de la obligación reclamada, bajo el apercibimiento previsto en el artículo 18-C, y se materialice el lanzamiento en la forma prevista en la ley” (art. 18-A inciso 1º Nº 3, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461). Para estos efectos el propietario debe acompañar “todos los antecedentes que le sirven de fundamento” a su demanda (art. 18-A inciso final, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461).

Esta disposición es significativa porque, en la práctica, el precario no ha permitido discutir las prestaciones mutuas entre el dueño que no usa, ni goza del bien y la persona que sí ejerce estos atributos del dominio, lo que ha motivado a que algunos dueños pidan, además de la restitución del bien, la indemnización de perjuicios, una obligación que en estos casos cumple un rol análogo al restitutorio de las prestaciones mutuas (artículos 903 a 915 CC)²⁰.

¹⁹ ORTIZ, 2017, pp. 143-155.

²⁰ CORNEJO, 2010, pp. 160-168.

En segundo término, también se podría aplicar al precario la regla que establece que si el juez declara admisible la demanda debe apercibir al demandado en cuanto a que, si no comparece, se dispondrá su lanzamiento y el de los otros ocupantes del inmueble en un plazo no superior a diez días, contado desde que la respectiva resolución se encuentre firme y ejecutoriada o cause ejecutoria. Esta resolución tiene “la fuerza de sentencia definitiva firme y servirá de título suficiente para su ejecución” (art. 18-C inciso 2º, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461).

En tercer lugar, podría ser “pertinente” aplicar la regla que dispone que la contestación del demandado “configurará y delimitará necesariamente el objeto del juicio declarativo posterior” entre las partes (art. 18-H inciso 2º, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461), ya que en el sistema de acciones reales no es infrecuente que el dueño pierda un juicio e intente recuperar el bien por medio de otra acción real, perdiendo nuevamente porque el demandado cambia su defensa debido a que el precarista puede ser un mero tenedor o no dependiendo de si reconoce dominio ajeno (art. 714 inciso 2º CC), lo que le permite giros argumentativos que, en ocasiones, colindan con el abuso procesal²¹. El artículo 18-H inciso 2º recién citado, entonces, le da sustento legislativo a la interpretación extensiva de la triple identidad de la excepción de cosa juzgada (art. 177 CPC) que ha hecho la Primera Sala de la Corte Suprema para evitar que se repitan estos juicios por los cambios en la estrategia de litigación del demandado²². Al aplicar esta regla del procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento al precario, si el dueño se ve en la necesidad de demandar al precarista en un nuevo juicio este último tendrá, por expreso mandato de la ley, el mismo objeto que el primero, con independencia de lo que alegue el demandado.

1. *La restitución anticipada del inmueble en el precario*

Una de las herramientas creadas por la Ley Nº 21.461 fue la medida precautoria de restitución anticipada de inmuebles, la que no es aplicable al precario porque no se halla en el Título III bis de la Ley Nº 18.101. Solo el arrendador puede usar esta medida y únicamente cuando el bien fue destruido parcialmente o quedó inutilizado para su uso como consecuencia de la acción u omisión del arrendatario, en cuyo caso el juez decide “sobre la base de los antecedentes presentados junto a la demanda y a aquellos ventilados en la audiencia, la existencia de una presunción grave del derecho que se reclama” (art. 8 Nº 7 bis inciso 2º, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461), pudiendo, además, exigir una caución al actor (art. 8 Nº 7 bis inciso final, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461).

Solo para hacer un contrapunto es admisible tener en cuenta el procedimiento monitorio laboral, en donde se ha entendido que la exigencia legal de “antecedentes” no

²¹ Corte Suprema, 30.5.2007, rol Nº 4680-2005, cons. 10º.

²² LARROUCAU, 2015b, pp. 122-124.

equivale a pruebas, sino que a “buenos argumentos”²³. Esta es una interpretación que la reforma de 2022 debilita al disponer que un antecedente suficiente para pedir esta medida precautoria es una prueba: el contrato de arrendamiento siempre que este conste por escrito “ante notario” quien, además, “deberá solicitar los títulos que habiliten al arrendador a ceder el uso del inmueble respecto del cual recaiga el contrato” (art. 20 inciso 1º, Ley Nº 18.101 modificado por Ley Nº 21.461). O sea, no se trata de cualquier evidencia, sino de una prueba documental basada en un estudio de los títulos por parte del notario cuyo fin, de acuerdo con la historia de la ley, es “evitar la falsificación del título”²⁴, un riesgo también latente en los juicios de precario, sobre todo por la desconexión impuesta por la jurisprudencia respecto del título que permite enervar esta acción.

En cualquier caso, a pesar de que la moción de 2019 que inició la discusión de esta ley propuso expresamente “incorporar la medida precautoria de restitución anticipada de inmuebles, en juicios de precario y de terminación de arrendamiento y de comodato” (Boletín Nº 12809-07)²⁵, esta idea quedó atrás luego de la indicación sustitutiva de 18 de enero de 2021, que reservó la restitución anticipada solo para los arrendamientos. No obstante, ello no significa que el dueño no pueda obtener la restitución anticipada del inmueble en el precario, pues, ya cuenta con esta posibilidad por dos vías, ambas en el Código de 1903 y que, paradójicamente, son menos exigentes que la medida precautoria creada por la Ley Nº 21.461. En efecto, esto se puede lograr por la vía general de las medidas precautorias innominadas, rindiendo una caución previa solo si el juez lo estima conveniente (art. 298 *in fine* CPC), o bien, gracias a una regla específica del juicio sumario que permite acceder anticipadamente a lo pedido por el actor cuando este invoca un “fundamento plausible”, aunque en este último caso es preciso que el demandado sea rebelde (art. 684 inciso 1º CPC). Por esta razón, en mi opinión el dueño que demanda de precario no requiere de este mecanismo especial creado por la Ley Nº 21.461 porque ya cuenta con vías expeditas para conseguir la restitución anticipada del inmueble en la ley procesal común.

2. *El artículo 18-K inciso final de la Ley Nº 18.101 y el principio de legalidad en la litigación civil*

El principio de legalidad en la justicia civil admite más de una interpretación, ya que puede ser entendido de forma amplia o restringida. En este último caso, el principio ordena que todas las actuaciones procesales las autorice la ley. A la luz de esta concepción estrecha, el artículo 18-K inciso final que se analiza en este trabajo cumple con el principio de legalidad, porque es la propia Ley Nº 21.461 la que permite que el juez aplique “en lo pertinente” las reglas del procedimiento de cobro de rentas de arrendamiento al precario. A pesar de esto, es importante recalcar que la amplitud de la fórmula legal,

²³ DELGADO y PALOMO, 2019, p. 245.

²⁴ Historia de la Ley 21.461, 2022, p. 18.

²⁵ Historia de la Ley 21.461, 2022, p. 3.

que habla de “lo pertinente”, es mucho más afín a una concepción amplia del principio de legalidad, de la que hay varios ejemplos en la ley procesal civil.

Primero, la ley permite que se dicten algunas resoluciones judiciales –decretos y autos– que “recaen sobre trámites que no están expresamente ordenados por la ley”, en cuyo caso las sujeta al control de la Corte por la vía de la apelación (art. 188 CPC), aunque el control es potestativo, no imperativo, lo que refuerza la idea de que el principio de legalidad en las actuaciones judiciales no es tan estricto en materias civiles. Segundo, el rol que la misma ley le reconoce a la autonomía de la voluntad de los litigantes, quienes pueden, por ejemplo, pactar convenciones procedimentales como la de omitir la etapa probatoria (art. 313 inciso 2° CPC). Tercero, la forma en que se regula la aplicación supletoria de la ley procesal en ámbitos especiales, en donde, tal como ocurre en la litigación laboral, “el tribunal dispondrá la forma en que se practicará la actuación respectiva”, si no hay regla especial y no es posible aplicar supletoriamente el Código de Procedimiento Civil porque se opone a los principios del derecho del trabajo (art. 432 inciso 2° del Código del Trabajo, CT). Cuarto, el principio de desformalización en la justicia de familia (art. 9, Ley N° 19.968 de 2004), el que introduce un orden legal mínimo que dota de flexibilidad a la tramitación de los juicios y confía en las decisiones que tome el juez de acuerdo con el caso concreto²⁶.

El artículo 18-K inciso final de la Ley N° 18.101 incorporado por la Ley N° 21.461, entonces, no es un precepto anómalo dentro del ordenamiento procesal chileno al permitir que el juez decida la fisonomía procedimental de la tramitación de un juicio de precario. Esto no significa, por cierto, que la manera en que se legisló esta reforma no pueda alterar el rol que este juicio cumple en la práctica judicial. No obstante, esto último tiene que ver más con la complejidad del sistema de acciones reales en Chile que con la gestión de la causa que puede hacer el juez al razonar por analogía cuando decide la forma en que se tramita el juicio.

IV. ¿ES EL PRECARIO LA ACCIÓN GENERAL DE RESTITUCIÓN DE INMUEBLES EN LA LITIGACIÓN CIVIL PATRIMONIAL?

Desde el punto de vista de la reforma a la justicia civil que se viene discutiendo desde mediados de los dos mil, la Ley N° 21.461 va en contra de la idea de reducir los juicios especiales a los “estrictamente necesarios en atención a la naturaleza del asunto de que se trata” (Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil de 2012). Si bien entre los juicios especiales contemplados por el Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 hay un monitorio, se trata de uno distinto al creado en 2022 porque tiene aplicación general para todas las obligaciones que no constan en un título ejecutivo y cuya cuantía es inferior a 500 unidades tributarias mensuales (UTM), similar al que opera en la litigación laboral (art. 496 CT reformado por Ley N° 20.087 de 2003 y por Ley

²⁶ CARRETTA, 2015, p. 180, CARRETTA, 2017, p. 37-39.

Nº 21.394 de 2021)²⁷ en donde el 99,8% de los juicios monitorios terminados lo son con una resolución favorable al trabajador que demanda²⁸.

En una dirección completamente opuesta, en cambio, la Ley Nº 21.461 introdujo un juicio especial aplicable a una única materia –los conflictos de arrendamiento– y, dentro de ella, por una sola hipótesis –el no pago de la renta–, aunque habilitó al juez para extender la aplicación de este procedimiento “en lo pertinente” al comodato precario y al precario en lo que no cabe más que ver un ejemplo radical y desafortunado de decodificación procesal²⁹. Sin contar el impacto que puede tener esta ley en el comodato, un tema arduo en sí mismo y que amerita un trabajo aparte si se considera, por ejemplo, lo difícil que es distinguir en algunos negocios entre un comodato y otras figuras como el endoso³⁰, la reforma de 2022 afectó al sistema de acciones reales chileno al incluir al precario dentro de su ámbito de aplicación.

La última parte de este artículo se concentra en el análisis de este efecto teniendo en cuenta que durante el debate de la Ley Nº 21.461 el pleno de la Corte Suprema advirtió que los “criterios orientadores” que se daban para el arrendamiento no eran aplicables sin más al precario³¹. La razón era bastante simple, ya que el proyecto confundía la regulación de un juicio en que se ejerce una acción personal con otro en que se esgrime una acción real³². Esta advertencia no fue tenida en cuenta en el resto de la discusión legislativa y las consecuencias normativas de este descuido se pueden analizar desde tres ángulos: la búsqueda dogmática de una acción que cierre el sistema de acciones reales, la impronta romanista de la Ley Nº 21.461 y la posibilidad de que este nuevo juicio de precario permita demandar al “okupa”.

1. *El cierre del sistema de acciones reales*

El debate acerca de la acción que cierra el sistema de acciones reales en Chile siempre ha tenido en cuenta el problema del procedimiento aplicable al caso. Emilio Rioseco, por ejemplo, recordaba que “la cuestión se suscitó en el pasado por el hecho de que antes de la vigencia del Código Civil se reconocía en la legislación un juicio sumario y otro plenario de posesión, [y] este último se sujetaba al procedimiento ordinario”³³. A partir de 1903, en tanto, con la codificación procesal civil la discusión subsistió por la dificultad de distinguir con precisión entre los supuestos de hecho de las diversas acciones reales. Un ejemplo claro es el de la acción de demarcación, que al regularse como una servidumbre (art. 842 CC) es un caso típico de juicio sumario (art. 680 inciso 2º Nº 2 CPC) y que procede en casos en donde el dueño también podría reivindicar o demandar de precario.

²⁷ MELLA y WALTER, 2014, p. 118.

²⁸ Instituto Nacional de Estadísticas, 2019, p. 22.

²⁹ VARGAS, 2011, p. 22.

³⁰ LARROUCAU, 2017, pp. 189-192.

³¹ Historia de la Ley 21.461, 2022, p. 8.

³² Historia de la Ley 21.461, 2022, p. 20.

³³ RIOSECO, 1996, p. 146.

En estos escenarios el dueño puede terminar prefiriendo la acción de demarcación por dos motivos: primero, porque la tarea de fijar los deslindes “normalmente se reducirá al estudio de los títulos de los respectivos predios, sus planos, un informe de peritos, y la inspección personal que pueda llevar a cabo el tribunal”³⁴, lo que es perfectamente posible de conseguir en una tramitación sumaria y, segundo, porque la jurisprudencia ha aceptado que en este juicio sumario se incluyan “cuestiones de dominio, pues recuperar terrenos (como consecuencia de la fijación justa y legal de los límites que separan a los predios colindantes) es uno de sus fines”³⁵. Esta línea jurisprudencial rescata, en parte, el contenido del cuasicontrato de vecindad del Proyecto de Código Civil de 1853, que facultaba al dueño del predio colindante “para pedir la demarcación de linderos, i para que se nombren uno o más peritos, que, con presencia de los respectivos títulos, señalen i amojen el lindero en que los dos predios se toquen” (art. 2475).

No obstante, aunque la acción de demarcación haya permitido resolver más asuntos que la sola línea divisoria entre los predios, su objeto procesal sigue siendo más limitado que el del precario y, a diferencia de este, su tramitación no admite convertir el juicio a uno de lato conocimiento porque es un caso típico de sumario. Por tanto, la acción de demarcación no puede ser la acción de cierre del sistema de acciones reales.

Tampoco lo es la acción innominada meramente declarativa de dominio, debido a que va justamente en el sentido contrario al de una acción de cierre, ya que “la acción declarativa es presupuesto de la acción reivindicatoria”³⁶, de modo que duplica los juicios en vez de simplificar la restitución del inmueble.

La acción de precario, en cambio, sí permite demandar la restitución de un inmueble en una amplia gama de situaciones³⁷, pero las anomalías que produce su uso como acción restitutoria general no deben ser minimizadas. El punto ha sido claramente explicado por Fernando Atria, al observar que la tesis de la posesión inscrita distorsiona la práctica judicial del precario, en especial, porque algunas personas son protegidas por el DL N° 2695 de 1979 sobre regularización de la pequeña propiedad raíz y desamparadas por el precario en situaciones semejantes, según sea el procedimiento que se aplique³⁸.

Un ejemplo elocuente de esto es el caso “Madariaga con Hurtado”, en donde, a pesar de que el demandado de precario acreditó que ocupaba un campo en Los Vilos (Región de Coquimbo) desde hace ochenta años, la Cuarta Sala de la Corte Suprema decidió que este no era un título suficiente para rechazar la demanda de precario que interpuso el dueño³⁹. Un caso como este demuestra que el debate respecto de la acción que cierra el sistema de acciones reales depende del modo en que los tribunales interpretan las cuestiones civiles en juego, especialmente lo que se entiende por posesión del inmueble⁴⁰.

³⁴ RABAT y MAURIZIANO, 2011, p. 228.

³⁵ LATHROP, 2011b, p. 260.

³⁶ LATHROP, 2011a, p. 20.

³⁷ ROSTIÓN, 2014, pp. 37-91.

³⁸ ATRIA, 2011, p. 236 (destacados en el original).

³⁹ Corte Suprema, 31.1.2020, rol N° 16329-2019, considerando 6°.

⁴⁰ LARROUCAU, 2015a, pp. 124-137.

Así, por ejemplo, si un vecino modifica unilateralmente el cierre entre dos predios la tesis de la posesión inscrita impide ejercer la acción reivindicatoria, abriendo el camino a las de demarcación y cerramiento⁴¹, pero, si se opta por la tesis de la posesión material, es la acción reivindicatoria la que desplaza a las de demarcación y de cerramiento⁴².

La acción de precario, a su turno, está expuesta a este mismo tira y afloja, pues, si se invoca la tesis de la posesión inscrita se aumenta el ámbito de aplicación del precario y lo opuesto ocurre cuando se esgrime la tesis de la posesión material⁴³. Un caso que lo grafica es “Heinzi con Plaza”, en donde la Corte Suprema consideró que la demandada poseía materialmente una vivienda inscrita a nombre del excónyuge –un inmueble que hizo las veces de hogar familiar mientras duró la vida en común– por lo que acogió la acción reivindicatoria intentada por este último⁴⁴. De haberse empleado la tesis de la posesión inscrita, en cambio, como suele ocurrir en la mayoría de estos casos⁴⁵, los tribunales habrían rechazado la reivindicatoria, abriendo el camino a la acción de precario⁴⁶.

Como se puede ver, al incluir al precario dentro de su ámbito de aplicación la Ley N° 21.461 irrumpió sin ningún tipo de cuidado en un debate mayor que versa directamente con su objetivo, cual es que el dueño recupere su inmueble en forma oportuna. Este debate es el de la búsqueda de una acción restitutoria general de inmuebles, el que depende de una disputa interpretativa en torno a una definición previa acerca de lo que se entiende por posesión de un inmueble. Lejos de ayudar a clarificar este asunto, la Ley N° 21.461 le añadió una complejidad adicional, en cuanto a la fisonomía del procedimiento aplicable al precario.

2. *La impronta romanista de la Ley N° 21.461*

Probablemente no fue la intención del trío de diputados que presentó la moción en 2019 que terminaría con la publicación de la Ley N° 21.461, pero la equivalencia entre la acción personal del arrendamiento y la acción real de precario de su artículo 18-K inciso final evoca el origen romano de este último, en donde el precario era un vicio de la posesión y daba cuenta de una relación entre patrono y cliente⁴⁷, lo que ha permitido que el artículo 2195 inciso 2° CC sea visto como el “‘sucesor’ del tradicional interdicto *quod precario*”⁴⁸. En la relación que se acaba de mencionar:

⁴¹ BARCIA, 2014, p. 374.

⁴² BARCIA, 2017, pp. 72-84.

⁴³ BARCIA, 2014, p. 381.

⁴⁴ Corte Suprema, 22.5.2014, rol N° 7769-2014.

⁴⁵ ALCALDE, 2019a, pp. 34-51, ALCALDE, 2019b, pp. 166-173.

⁴⁶ ATRIA, 2005, p. 48 (nota 16).

⁴⁷ ZÁRATE, 1961, p. 12, DOMÍNGUEZ, 1995 *et al.*, pp. 194-195, DOMÍNGUEZ, 2005, pp. 342-343, ROSTIÓN, 2014, pp. 8-16, ALCALDE, 2015, pp. 249-250.

⁴⁸ BARRIENTOS, 2005, p. 249 (destacado en el original).

“tanto el patrono como el cliente efectuaban –en mayor o menor medida– concesiones recíprocas, el primero de protección y el segundo de obediencia y apoyo militar, ello sin perder de vista que el patrono disponía arbitrariamente de la voluntad revocatoria de la concesión”⁴⁹.

En la modernidad, en tanto, una asimilación de acciones como la de la Ley N° 21.461 también halla cierta plausibilidad en la tendencia a traducir los contratos reales –comodato, depósito, mutuo– en contratos consensuales, aunque dicha tendencia no ha estado exenta de críticas. Esta conversión ha tenido lugar tanto en Europa como en América: por ejemplo, el BGB alemán de 1900 hizo consensual el comodato (§ 598) y la reforma en 2002 hizo lo mismo con el mutuo (§ 598), mientras que el Código Civil peruano de 1984 solo reconoció la presencia de contratos consensuales y solemnes (art. 1352). No obstante, tal como sostuvo Alejandro Guzmán, “la creación de los contratos consensuales no suprime a los contratos reales; solo los posterga; y [...] quiérase o no, ellos consiguen introducirse en el sistema, negándose a morir; si se prefiere, son inmortales [ya que] los contratos consensuales sustitutivos de los reales vienen a equivaler a las promesas de estos últimos”, porque la obligación de restituir solo existe una vez que se ha recibido la cosa⁵⁰.

A este origen patronal del precario en el derecho romano y a la propensión moderna a mutar los contratos reales en consensuales, hay que añadir un tercer factor que le podría dar sustento al artículo 18-K inciso final de la Ley N° 18.101 incorporado por la Ley N° 21.461: la jurisprudencia chilena ha aceptado el uso de algunas reglas de los juicios de arrendamiento en el precario. Un ejemplo de esto es el juicio de precario en que se ordenó desalojar al arrendatario del inmueble que ocupaba y en cuya etapa de cumplimiento este pidió la suspensión del lanzamiento en virtud del artículo 13 inciso 2° de la Ley N° 18.101, que permite suspenderlo en casos graves y calificados por un plazo no superior a seis meses y que rige también para el comodato precario, algo a lo que la Corte de Apelaciones de Concepción accedió⁵¹. Esta facultad de suspender el lanzamiento se introdujo en 1971 (Ley N° 17.410) como reforma a la ley de arrendamiento de inmuebles de 1952 (Ley N° 11.622).

Estas tres consideraciones, en cualquier caso, solo sirven para contextualizar la reforma de 2022 y tratar de comprender en su mejor luz la inclusión de un precepto como el artículo 18-K inciso final. Ellas no dan una respuesta, en cambio, a la pregunta que ahora enfrentan los litigantes y los jueces en cuanto al rol que cumple este nuevo juicio de precario en la restitución de inmuebles cuando no se emplaza al mero tenedor.

⁴⁹ SELMAN, 2018, p. 347.

⁵⁰ GUZMÁN, 2007, p. 51.

⁵¹ Corte de Apelaciones de Concepción, 6.5.1996, rol N° 386-1996 analizada en Domínguez *et al.*, 1995, pp. 193-196.

3. *¿Se puede demandar de precario al “okupa”?*

Los cambios en la tramitación sumaria del precario que introdujo la Ley Nº 21.461 permiten hablar, sin lugar a duda, de un nuevo juicio de precario. Desde el punto de vista del derecho civil, en cambio, esta ley no parece aportar nada nuevo a lo ya sabido, por cuanto la acción de precario servirá para emplazar a los mismos sujetos que ya han sido identificados por la práctica judicial y la dogmática, no así al “okupa”, como se pensó durante la discusión legislativa de esta ley⁵². En lo que se refiere a la legitimación pasiva de las acciones reales, entonces, y teniendo en cuenta la prevalencia de la tesis de la posesión inscrita de inmuebles, el precario seguirá disputado con la acción del artículo 915 CC el papel de acción general restitutoria de bienes en los mismos términos que antes de la reforma de 2022.

A diferencia del precario, la acción del artículo 915 CC procede cuando alguien recibe la cosa por un título no traslativo de dominio (art. 725 CC) y “por alguna razón no justificada se niega a restituir”⁵³. La diferencia con el precario es ostensible, ya que en este último no hay título. En la acción del artículo 915 CC, en cambio, se trata de “una situación de hecho en que un poseedor sin derecho tiene la posesión por medio de un tercero”⁵⁴, pues, incluso si el legitimario pasivo tuviera un título, este no le otorga una defensa frente al dueño. Es por esto por lo que la acción del artículo 915 CC ha sido postulada como el cierre del sistema de acciones reales, ya que el injusto detentador es, en palabras de Jaime Alcalde, “aquel que tiene la cosa como mero tenedor, sin un título legítimo, y respecto del cual el dueño no tiene una acción en su contra”⁵⁵. Esta lectura es consistente, además, con la tesis de la posesión inscrita de los inmuebles al impedir que un mero tenedor adquiera la cosa por prescripción⁵⁶.

Este relativo consenso académico en cuanto a que en Chile existe una acción general de restitución “que cubre todos aquellos casos no previstos por las acciones nominadas”⁵⁷ es el que exige deslindar el supuesto del precario del que corresponde a la acción del artículo 915 CC, evitando un concurso entre ambas y es justamente aquí donde el debate dogmático se divide de un modo que la Ley Nº 21.461 pasó por alto. El haber ignorado este asunto es el principal defecto de esta ley especial.

Desde un punto de vista dominical, la acción de precario es una acción real⁵⁸ y se diferencia de la acción del artículo 915 CC debido a que esta última procede en dos escenarios: primero, en contra del mero tenedor que usa la cosa gracias a un derecho real o personal, sea que derive del dueño o de un tercero y cuyo título ha hecho exigible la obligación de restituir sin que esta se haya cumplido; y, segundo, en contra del “detentador

⁵² Historia de la Ley 21.461, 2022, pp. 53, 54, 66, 83, 103 y 111.

⁵³ ALCALDE, 2018b, p. 229.

⁵⁴ DOMÍNGUEZ, 2005, p. 347.

⁵⁵ SELMAN, 2011, p. 74.

⁵⁶ BARCIA, 2014, pp. 388-389.

⁵⁷ ALCALDE, 2014, p. 396.

⁵⁸ ROSTIÓN, 2014, pp. 5-8 y 103-121, GONZÁLEZ, 2017, pp. 137-140, GONZÁLEZ, 2020, pp. 121-122.

material”, que es “aquel que se conduce respecto de un inmueble como señor y dueño sin contar con la (competente) inscripción que le confiere posesión efectiva sobre él”⁵⁹. Si bien esta no es la única forma de interpretar los alcances de la acción del artículo 915 CC⁶⁰, es una que habilita al dueño a recuperar su inmueble incluso demandando a un “okupa”, es decir, emplazando a quien actúa sobre el inmueble “con un mero apoderamiento material”⁶¹. Es por esto por lo que pudo ser perfectamente considerada durante la redacción del artículo 18 K inciso final de la Ley N° 21.461, ya que, tal como lo indica María Francisca Peña, la acción del artículo 915 CC también se debe tramitar en un juicio sumario en virtud del artículo 680 inciso 1° CPC⁶².

Es importante advertir que solo el primer supuesto de la acción del artículo 915 CC se podría solapar con el de la acción de precario, pues, aunque la ley define a esta última como una situación “sin previo contrato”, la jurisprudencia ha aceptado como casos de precario situaciones en que hubo acuerdo entre el dueño –o, incluso, un tercero– y quien tiene la cosa en torno a permitir su uso, pero en donde ya no existe la obligación de respetarlo. La conexión entre ambos aspectos se hace explícita en la fase de prueba, a raíz del elemento más críptico del precario: la “ignorancia o mera tolerancia del dueño” (art. 2195 inciso 2° CC). Desde la óptica dominical este no es visto como un requisito independiente, sino que anexo a la cuestión del título, de modo que “no debe probarse por ninguna de las partes, sino que se presume en ausencia de un título de mera tenencia”⁶³. En 2021, por ejemplo, se presentó un proyecto de ley para regular en este sentido lo que se entiende por mera tolerancia del dueño y por tenencia sin contrato previo, de modo que, si hay un contrato previo se presume que la tenencia no se debe a ignorancia o mera tolerancia del dueño y, por el contrario, si no hay un contrato previo, lo que se debe presumir es la ignorancia o mera tolerancia del dueño, salvo prueba en contrario (Boletín N° 14254-07).

Desde un punto de vista contractual, en cambio, la acción de precario es una acción personal, tal como lo es la acción de comodato y lo que la diferencia de la acción del artículo 915 CC es una postura completamente opuesta en lo que se refiere a la cuestión probatoria recién planteada: la ausencia de título en el demandado debe conducir al juez a presumir que hubo un comodato previo. De acuerdo con Fernando Atria, “asimilar el precario al comodato precario es análogo a la presunción del inciso final del art. 702, que permite probar la tradición por la vía de probar que la cosa está siendo usada por el adquirente a ciencia y paciencia de quien se obligó a entregarla: el hecho de que el demandado detente la cosa sin que el dueño tenga ningún deber de tolerar ese uso hace presumir una entrega anterior a título de comodato precario”⁶⁴. Esta premisa hace que Atria concluya que, en cuanto a su legitimación pasiva, el precarista es una categoría

⁵⁹ ALCALDE, 2016, p. 253.

⁶⁰ PÉREZ, 2014, pp. 389-395, TAPIA, 2015, pp. 407-412.

⁶¹ ALCALDE, 2015, p. 251.

⁶² PÉREZ, 2014, p. 402.

⁶³ ALCALDE, 2018a, p. 359 (nota 22).

⁶⁴ ATRIA, 2017, p. 68.

intermedia entre el poseedor y el mero tenedor: el precarista describe “un espacio de indefinición entre la detentación a nombre propio (posesión) y a nombre ajeno (mera tenencia) [...] en esa tierra de nadie que inesperadamente surgió entre la posesión y la mera tenencia, como consecuencia de la posesión inscrita”⁶⁵.

A partir de esta definición, además, Atria asume que “el caso normal de precarista no es un *okupa*, es decir, no es alguien que está furtivamente ocupando una cosa ajena, sino alguien que reclama derecho sobre la cosa”⁶⁶, de modo que propone incluir una cuarta categoría en la ley civil chilena, tomada del ordenamiento jurídico español: el “servidor de la posesión”, que “es quien detenta la cosa sin que su detentación cree a su respecto un interés protegible frente al dueño (o, en rigor, al poseedor al que sirve)”⁶⁷. Aquí se advierte una incoherencia interna en su argumento, por cuanto su ruptura con la trilogía del Código de Bello –dominio, posesión y mera tenencia– incluyendo una cuarta categoría no tiene sentido en el marco de una tesis contractualista del precario como la que él mismo defiende⁶⁸.

Recuérdese: de acuerdo con la tesis contractualista, en donde la acción de precario “es una acción personal devenida en acción real”⁶⁹, lo que el juez debe inferir si el demandado de precario no tiene un título para usar y gozar de la cosa es que hubo un comodato previo en su favor, debido a la máxima de la experiencia de que la posición del “okupa” no es una situación normal en Chile. Esta misma interpretación, sin embargo, es la que hace que la trilogía del Código de Bello baste para proteger al comodante –quien no necesariamente es el dueño de lo que se presta (art. 2188 CC)– porque, desde un punto de vista no dominical, la posición del precarista siempre es de mera tenencia, no por aplicación del artículo 714 inciso 2° CC que exige que el demandado reconozca dominio ajeno, sino del artículo 2195 inciso 2° CC, que no lo pide⁷⁰. Luego, si el actor funda su causa de pedir (art. 254 N° 4 CPC) en esta lectura no dominical del precario y se ciñe estrictamente al marco normativo del comodato, se halla legalmente habilitado para emplazar en un juicio sumario al que “furtivamente” usa el inmueble, prescindiendo de la acción del artículo 915 CC y sin que se requieran más categorías legales en la regulación civil.

En síntesis, la primacía de la tesis de la posesión inscrita de los inmuebles en la litigación civil chilena promueve a la acción del artículo 915 CC como la que cierra el sistema de acciones reales, por sobre la acción de precario, aunque el debate sigue abierto. Una propuesta como la de incluir la categoría de “servidor de la posesión” con el fin de emplazar al “okupa” solo tiene rendimiento si se renuncia a la mirada contractualista del precario, que es la que parece haber primado durante toda la discusión de la Ley

⁶⁵ ATRIA, 2017, p. 66.

⁶⁶ ATRIA, 2017, p. 72 (destacado en el original).

⁶⁷ ATRIA, 2018, pp. 34-35.

⁶⁸ LARROUCAU y ROSTIÓN, 2013, pp. 44-46.

⁶⁹ ATRIA, 2022, p. 116.

⁷⁰ SELMAN, 2018, pp. 368-380.

Nº 21.461 y, en su lugar, se sigue comprendiendo al precario como una acción real, tal como lo ha hecho la jurisprudencia chilena hasta la fecha.

V. CONCLUSIONES

La aplicación “en lo pertinente” de las reglas del procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento al precario permite hablar de un nuevo juicio de precario, no porque este se tramite como un monitorio, sino porque el juez civil puede aplicar algunas de sus disposiciones a un juicio sumario o, incluso, a uno de lato conocimiento si hubo conversión de procedimiento (art. 18-K inciso final, Ley Nº 18.101 incorporado por Ley Nº 21.461).

Las principales consecuencias normativas de este hibridaje procedimental son las siguientes. Por un lado, la posibilidad de convertir un procedimiento ya iniciado como sumario en uno de lato conocimiento según su objeto procesal, lo que, en términos generales, favorece la gestión judicial de causas y, en lo que respecta al precario, permite que esta acción sirva para resolver una variedad amplia de situaciones mediante una sentencia con fuerza de cosa juzgada material. Por el otro, la facultad judicial de aplicar algunas reglas del monitorio de cobro de rentas de arrendamiento, entre las que se destacan la que permite al dueño pedir el pago de los gastos generados por el uso del inmueble, el lanzamiento del demandado cuando este se encuentre en rebeldía, o bien, la clausura del objeto procesal según el modo en que se contesta la demanda.

Todos estos preceptos se orientan a una pronta y adecuada restitución del inmueble a su dueño. La Ley Nº 21.461 ofrece, de este modo, un ejemplo claro de la descodificación procesal civil en el derecho chileno contemporáneo y del carácter atenuado que tiene el principio de legalidad en este ámbito.

En lo que se refiere al sistema de acciones reales, finalmente, este diseño no altera la legitimación pasiva de la acción de precario, la que, en tanto acción real, no permite demandar al “okupa” debido a que los jueces civiles normalmente interpretan la posesión de un inmueble acudiendo a la tesis de la posesión inscrita. Es por ello por lo que, para habilitar al dueño a demandar al “okupa” usando estas reglas, la Ley Nº 21.461 debió incluir dentro de su artículo 18-K inciso final a la acción del artículo 915 del Código Civil.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE Silva, Jaime, 2019a: “Notas para una relectura del sistema de propiedad raíz en el Derecho chileno”, en Domínguez, Carmen (editora), *Estudios sobre propiedad y posesión. Perspectiva chilena y latinoamericana*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 33-64.
- ALCALDE Silva, Jaime, 2019b: “La acción del art. 915 del CC es equivalente a la acción reivindicatoria propiamente tal, siendo competencia del tribunal efectuar la calificación sobre la forma en que el demandado ocupa el bien que se reclama. No resulta admisible la prescripción adquisitiva extraordinaria contra título inscrito. La acción reivindicatoria tiene por fin que

la titularidad del dueño sea reconocida y se le restituya el bien que le pertenece. La función de la inscripción como prueba de la propiedad de un inmueble. Corte Suprema, sentencia de 29 de noviembre de 2018, rol núm. 41.935-2017 (CL/JUR/6642/2018)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 32.

- ALCALDE Silva, Jaime, 2018a: "Los requisitos del simple precario de acuerdo con la jurisprudencia. El anterior matrimonio de las partes como elemento que excluye la procedencia del precario. El precario entre cónyuges. La discusión dominical como cuestión excluida del juicio de precario, la cual se debe promover en un procedimiento distinto y de lato conocimiento. El abuso del derecho en la renuncia de los gananciales. Corte Suprema, sentencia de 13 de septiembre de 2017, rol núm. 44.910-2016", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 31.
- ALCALDE Silva, Jaime, 2018b: "La acción contra injusto detentador del art. 915 del CC. El poseedor a nombre ajeno es el supuesto general de mera tenencia. La ocupación de un bien raíz sin autorización o concesión de la autoridad respectiva no confiere al ocupante más que una tenencia precaria. Las consecuencias que trae consigo la ampliación jurisprudencial de la legitimación pasiva de la acción reivindicatoria. Una propuesta de reconstrucción del sistema de acciones reales. Corte Suprema, sentencia de 12 de diciembre de 2017 (rol N° 12.210-2017). Westlaw: CL/JUR/7873/2017", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30.
- ALCALDE Silva, Jaime, 2017: "La compraventa celebrada por el marido justifica la tenencia de la mujer demandada para enervar una acción de precario, incluso después que la sociedad conyugal ha sido disuelta. La inexistencia de sociedad conyugal cuando los cónyuges han declarado que no existen bienes que liquidar. La naturaleza del título que controvierte el precario. La diferencia entre el comodato precario y el simple precario. Corte Suprema, sentencia de 14 de enero de 2013 (rol N° 11.835-2011)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 28.
- ALCALDE Silva, Jaime, 2016: "Los supuestos de tenencia reconocidos por el Derecho. El concepto de título de mera tenencia o no traslativo de dominio. La sociedad conyugal como título de tenencia suficiente para enervar una acción de precario ejercida por un tercero. La oponibilidad de la sociedad conyugal a terceros por parte de la mujer. El precario entre cónyuges. La legitimación activa de la acción de precario, especialmente cuando es ejercida por un usufructuario. La tutela del usufructuario. Corte Suprema, sentencia de 4 de mayo de 2015 (rol N° 31.925-2014)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 26.
- ALCALDE Silva, Jaime, 2015: "Las diversas acciones de restitución a favor del propietario de un bien raíz. La improcedencia de solicitar el lanzamiento a través de un juicio arbitral cuando han prescrito las acciones emanadas de la sentencia que condenó a la restitución del inmueble arrendado. La denuncia del litigio como medida protectora de los subarrendatarios. La aplicación de los arts. 915 y 2195 II del CC como supuestos diferenciados de restitución. Tribunal arbitral (árbitro arbitrador Claudio Illanes Ríos), sentencia de 18 de junio de 2013, rol CAM núm. 1572-2012, cumplida mediante exhorto ante el 11° Juzgado Civil de Santiago, rol núm. E-42-2014", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25.
- ALCALDE Silva, Jaime, 2014: "Acción reivindicatoria. Su procedencia respecto del poseedor material de un bien raíz inscrito. Prueba de la posesión de un inmueble por hechos positivos de aquellos a que solo da derecho el dominio. Corte Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2014, Rol N1 7769-2014", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23.
- ATRIA Lemaître, Fernando, 2022: "El sistema de acciones reales, parte general: una reconstrucción conceptual", *Ius et Praxis*, volumen 28, N° 3.
- ATRIA Lemaître, Fernando, 2018: "El sistema de acciones reales, parte especial: Los interdictos posesorios", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30.
- ATRIA Lemaître, Fernando, 2017: "El sistema de acciones reales, parte especial: la acción de precario", *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, volumen 30, N° 2.

- ATRIA Lemaître, Fernando, 2011: “La tierra para el que la trabaja”, en Figueroa, Gonzalo *et al.* (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VI*, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 229-236.
- ATRIA Lemaître, Fernando, 2005: “Derechos reales”, *Revista de Derecho (Universidad Adolfo Ibáñez)*, N° 2.
- BARCIA Lehmann, Rodrigo, 2017: “La concurrencia de acciones reales y la posesión material”, *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, volumen 24, N° 1.
- BARCIA Lehmann, Rodrigo 2014: “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Una concepción errada de mera tenencia y posesión, conforme a la teoría de la posesión inscrita, recurrente en algunos fallos de la Excelentísima Corte Suprema”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23.
- BARRIENTOS Grandón, Javier, 2005: “De los bienes y de su dominio, posesión, uso y goce. Acción reivindicatoria. Contra quién se puede reivindicar. Actual poseedor. Mero tenedor. Poseedor a nombre ajeno. ‘Posesión material’. Reivindicación de inmueble inscrito. Interpretación del artículo 915. Acción de precario. Corte Suprema, Casación en el fondo, Santiago, 27 de diciembre de 2004, rol 3815-2003”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 4.
- CARRETTA Muñoz, Francesco, 2017: “Estudio aplicado sobre la desformalización del procedimiento judicial de familia”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, volumen 24, N° 1.
- CARRETTA Muñoz, Francesco, 2015: “Análisis dogmático sobre la desformalización del proceso judicial de familia chileno”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 45.
- CORNEJO Aguilera, Pablo, 2010: “Una nueva mirada a las prestaciones mutuas”, *Revista Derecho y Humanidades (Universidad de Chile)*, N° 16.
- CORRAL Talciani, Hernán, 2022: *Curso de derecho civil. Bienes*, 2ª Edición, Santiago: Thomson Reuters.
- DELGADO, Jordi y Palomo, Diego, 2019: “El rol del juez laboral en la admisibilidad del procedimiento monitorio”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 32, N° 1.
- DOMÍNGUEZ Águila, Ramón *et al.*, 1995: “Comentario de jurisprudencia. Precario y comodato precario. Reglas aplicables. Suspensión de lanzamiento”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 198.
- DOMÍNGUEZ Águila, Ramón, 2005: “Instituciones jurisprudenciales en el Código Civil chileno”, en Martinic, Dora y Tapia, Mauricio (directores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello. Pasado, presente y futuro de la codificación*, tomo 1, Santiago, AbeledoPerrot, pp. 331-357.
- FUEYO Laneri, Fernando, 1989: “Hacia un nuevo Código Civil bajo la inspiración de Bello”, *Anales de la Universidad de Chile*, N° 20.
- GONZÁLEZ Cazorla, Fabián, 2020: *Acciones protectoras del dominio y la posesión ante la jurisprudencia*, Santiago: Editorial Hammurabi.
- GONZÁLEZ Cazorla, Fabián, 2017: *Derecho de propiedad: acción reivindicatoria y la acción de precario*, Santiago: Metropolitana.
- GUZMÁN Brito, Alejandro, 2007: “La consensualización de los contratos reales”, *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, volumen 39.
- HUNTER Ampuero, Iván, 2009: “El poder del juez para rechazar *in limine* la demanda por manifiesta falta de fundamento”, *Ius et Praxis*, volumen 15, N° 2.
- LARROUCAU, Jorge y Rostión, Ignacio, 2013: “Del juicio de precario”, en Rodrigo Barcia Lehmann (compilador), *Fundamento de derechos reales en el derecho chileno*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 37-105.
- LARROUCAU Torres, Jorge, 2019: “El juicio sumario como procedimiento ordinario en la justicia civil chilena”, *Revista de la Facultad de Derecho (Uruguay)*, N° 46.
- LARROUCAU Torres, Jorge, 2017: “Comentario a la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago Rol N° 19130-1995 de cuatro de abril de 1995”, en Pablo Cornejo y Jorge Larroucau (editores), *Contratos. Jurisprudencia civil comentada*, Santiago, DER Ediciones, pp. 189-192.

- LARROUCAU Torres, Jorge, 2015a: "Acciones reales y estándares de prueba", *Ius et Praxis*, 21, Nº 2.
- LARROUCAU Torres, Jorge, 2015b: "Demandas abusivas", en San Martín, Lilian (editora), Retamales, Silvia y Guevara, Valentina (coordinadoras), *La buena fe en la jurisprudencia: comentarios y análisis de sentencias*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 51-61.
- LATHROP Gómez, Fabiola, 2011a: "Procedencia de la acción meramente declarativa del dominio en el derecho chileno", *Ius et Praxis*, volumen 17, Nº 2.
- LATHROP Gómez, Fabiola, 2011b: "Diferencias entre la acción de demarcación y la acción de reivindicación. Comentario sentencia Corte Suprema de 17 de agosto de 2010, Rol Nº 5565-2010", *Revista de Derecho Escuela de Posgrado (Universidad de Chile)*, Nº 1, 2011.
- LECAROS Sánchez, José Miguel, 2008: "Algunas consideraciones sobre el precario en la jurisprudencia", *Ars Bonis et Aequi* (Universidad Bernardo O'Higgins), Nº 4.
- MELLA, Patricio y Walter, Rodolfo, 2014: "El procedimiento monitorio laboral. Un instrumento eficaz de tutela judicial efectiva", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, Nº 235-236.
- ORTIZ Vélez, Valeria, 2017: "¿Por qué los arrendadores prefieren la acción de precario?", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, Nº 242.
- PEÑAILILLO Arévalo, Daniel, 2019: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, 2ª Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ Peña, María Francisca, 2014: "La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello", *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, volumen 21, Nº 1.
- RABAT, Fernando y Mauriziano, Francesca, 2011: "Algunas reflexiones acerca de la acción de demarcación", *Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, Nº 24.
- RAMOS Pazos, René, 1986: "Del precario", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, Nº 180.
- RIOSECO Enríquez, Emilio, 1996: *La posesión inscrita ante la jurisprudencia*, 2ª Edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROSTIÓN Casas, Ignacio, 2014: *El precario en la jurisprudencia chilena (1996 a 2013)*, Santiago: Thomson Reuters.
- ROSTIÓN Casas, Ignacio, 2013: "La causa de pedir en el juicio de precario (Corte de Apelaciones de Valparaíso)", *Revista de Derecho (Universidad Austral)*, volumen 26, Nº 1.
- SELMAN Nahum, Arturo, 2018: "Algunas consideraciones sobre el precario y la naturaleza jurídica del precarista", *Ius et Praxis*, volumen 24, Nº 2.
- SELMAN Nahum, Arturo, 2011: "Artículo 915 del Código Civil: Una solución jurisprudencial a la limitación de las acciones tradicionales", *Ius et Praxis*, volumen 17, Nº 1.
- TAPIA Rodríguez, Mauricio, 2015: "Reivindicación contra el injusto detentador. El controvertido y enigmático artículo 915 del Código Civil", en Barría, Manuel *et al.* (editores), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 405-422.
- VARGAS Pavez, Macarena, 2011: "Reflexiones en torno a los alcances del fenómeno descodificador en el proceso civil", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 17.
- ZÁRATE Méndez, Antonio, 1961: *El precario*, tesis de licenciatura, Santiago: Universidad de Chile.

Normas citadas

- BGB alemán, 1900.
CÓDIGO Civil, 1857.
CÓDIGO Civil peruano, 1984.
CÓDIGO de Procedimiento Civil, 1903.
CÓDIGO del Trabajo, 2003.

- LEY N° 11.622, Reglamenta el arrendamiento de inmuebles por casas o departamentos, piezas, secciones o locales y fija la renta máxima que se podrá cobrar por dichos arrendamientos, publicada el 25 de septiembre de 1954.
- LEY N° 17.410, Faculta a jueces para suspender lanzamientos en juicios especiales del contrato de arrendamiento o de comodato precario, publicada el 18 de febrero de 1971.
- LEY N° 19.968, Crea los tribunales de familia, publicada el 30 de agosto de 2004.
- LEY 21.461, Incorpora medida precautoria de restitución anticipada de inmuebles y establece procedimiento monitorio de cobro de rentas de arrendamiento, publicada el 30 de junio de 2022.
- PROYECTO de Código Civil, 1853.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, sentencia de 31 de enero de 2020, rol N° 16329-2019.
- CORTE Suprema, sentencia de 22 de mayo de 2014, rol N° 7769-2014.
- CORTE de Apelaciones de Iquique, sentencia de 1 de junio de 2007, rol N° 347-2006.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de mayo de 2007, rol N° 4680-2005.
- CORTE Suprema, sentencia de 26 de agosto 1986, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 83, segunda parte, sec. 1ª, cons. 3º, pp. 122-123.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 6 de mayo de 1996, rol N° 386-1996.
- JUZGADO de Letras en lo Civil de Casablanca, sentencia de 20 de mayo de 1999, rol N° 1650-1996.

¿Hacia dónde va la inimputabilidad? Entre las neurociencias y el modelo social de la discapacidad

*Ezequiel Mercurio**

RESUMEN

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trajo importantes cambios normativos en diversos campos jurídicos en América Latina. El derecho penal no ha sido ajeno a estas modificaciones. Figuras como la incapacidad para estar en juicio, la inimputabilidad y las medidas de seguridad han recibido fuertes críticas desde el paradigma de los derechos de las personas con discapacidad y se han realizado recomendaciones para ser abolidas. El objetivo del presente trabajo es analizar si resulta adecuado prescindir del concepto de inimputabilidad o si se debe robustecer con argumentos neurocientíficos la necesidad de mantener dicha figura. Se proponen alternativas para definir la inimputabilidad en términos neutros y no basada únicamente en la presencia de un padecimiento mental.

Inimputabilidad; derechos humanos; neurociencias

Where is the insanity defense going? Between neuroscience and the social model of disability

ABSTRACT

The Convention on the Rights of Persons with Disabilities resulted in a number of significant legal reforms in Latin America. The criminal justice system was not immune to these changes. The new paradigm of disability rights harshly condemned capacity to stand trial, insanity defense, and security measures, and made recommendations to remove them. The goal of this study is to analyze if it is suitable to eliminate the insanity defense or strengthen with neuroscience arguments the need to keep this concept. I will provide alternatives for designing a disability-neutral approach to insanity defense.

Insanity defense; human rights; neuroscience

* Médico especialista en Medicina Legal, Fundación Barceló, Argentina y en Psiquiatría, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Magíster en Criminología y Ciencias Forenses, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, Buenos Aires, Argentina. Investigador en el Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses de la Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires, Argentina. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0521-6981>. Correo electrónico: ezequielmercurio@gmail.com

Artículo recibido el 27.1.2022 y aceptado para su publicación el 21.9.2022.

I. INTRODUCCIÓN

La cristalización del paradigma social y derechos humanos de la discapacidad a partir de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPCD)¹ trajo aparejado importantes cambios y modificaciones normativas en diversos campos jurídicos en América Latina. Argentina fue pionera en la región en modificar el régimen de la capacidad jurídica de las personas en el 2015². Luego se sumaron Costa Rica³, Perú⁴, y en forma reciente Colombia⁵. La Suprema Corte de Justicia de México declaró anticonstitucional las medidas de interdicción en el 2019⁶ y recientemente avanzó hacia un régimen de internaciones voluntarias⁷. Chile por su parte sancionó durante el 2021 una nueva ley de salud mental⁸.

En muchos países la declaración de inimputabilidad, su sospecha o la sola presencia de una discapacidad intelectual o psicosocial habilita un trato diferenciado y discriminatorio⁹. Se trata de la implementación de procesos especiales para personas inimputables¹⁰. Estos procesos o la declaración de inimputabilidad conllevan la privación de libertad bajo la forma de medidas de seguridad basadas en la peligrosidad. En este contexto se han alzado muy fuertes críticas al concepto de inimputabilidad y concretamente se ha propuesto abolir dicha figura¹¹.

Es por ello que el objetivo principal será determinar si es adecuado prescindir del concepto de inimputabilidad. Se buscará analizar si aún excluyendo las medidas de seguridad para inimputables, la inimputabilidad por una afectación psíquica es todavía un concepto ajustado. Se tratará de verificar si dicho concepto es adecuado *per se* y si es un constructo vigente en la actualidad, independientemente de las consecuencias que hoy conlleva la aplicación de dicha figura. En este sentido, se reconocen las sólidas críticas a las medidas de seguridad para inimputables pero no se abordará dicha temática¹².

¹ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, adoptada el 13 de diciembre de 2006. Ratificada por Chile mediante Decreto 201, publicado el 17 de septiembre de 2008.

² Ley 26.994, 2014.

³ Ley 9.379, 2016.

⁴ Decreto legislativo 1384, 2018.

⁵ Ley 1996, 2019.

⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, 13.03.2019, Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala, Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

⁷ Ley General de Salud, Diario Oficial de la Federación, 16 de mayo de 2022, artículo 75.

⁸ Ley 21.331, 2021.

⁹ SHEINBAUM y VERA, 2017, p. 89-90.

¹⁰ SHEINBAUM y VERA, 2016, p. 110.

¹¹ Consejo de Derechos Humanos, 2009, A/HRC/10/48, párr. 47.

¹² Documenta, 2017; HEGGLIN, 2016, pp. 23-52; 2017, pp. 23-52, SEITÚN, 2005, pp. 29-77.

II. EL DERECHO PENAL Y EL MODELO SOCIAL DE LA DISCAPACIDAD

En el 2014 el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (en adelante el Comité) emitió la primera Observación General dedicada a delinear una interpretación más precisa acerca del artículo 12 de la CDPcD (igual reconocimiento como persona ante la ley). El Comité señala que las personas con discapacidad (PcD) históricamente han visto limitado su derecho a tomar sus propias decisiones bajo figuras jurídicas como la insania, la curatela, la interdicción y la inhabilitación. Así, las personas con discapacidad psicosocial e intelectual declaradas jurídicamente insanas no pueden casarse, votar, tomar decisiones patrimoniales, suscribir contratos, tomar decisiones médicas, entre muchas otras. Esta continúa siendo la realidad de muchas personas en los países donde persisten estas figuras¹³. Es por ello que el Comité ha reafirmado la necesidad de que dichas prácticas sean abolidas y que las personas con discapacidad tengan plena capacidad jurídica en igualdad de condiciones¹⁴.

La Observación ratifica que todas las personas, incluidas las PcD, gozan de capacidad legal y de legitimación para actuar, por el hecho de ser personas y que la capacidad jurídica es una condición inherente a todos los seres humanos.

El artículo 12 está íntimamente relacionado con otros derechos humanos establecidos en la CDPcD (artículos 13, 14 17, 23, entre otros). En este sentido ya en el 2009 el Alto Comisionado de Derechos Humanos de Naciones Unidas había señalado la relación entre el artículo 12 y el campo del derecho penal¹⁵. Particularmente, explicitó que la inimputabilidad (*insanity defense* en el ámbito anglosajón) debía ser abolida y propuso que debían aplicarse criterios neutrales respecto de la discapacidad y que apuntaran a los elementos de la subjetividad del delito teniendo en cuenta las características individuales de cada sujeto¹⁶.

Asimismo, el artículo 12 tiene una íntima relación con el derecho al acceso a la justicia, por tal motivo se desarrollará de forma sucinta su relación con el artículo 13.

En forma reciente el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y la Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, junto con otros organismos y organizaciones publicaron los “Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad” (en adelante los Principios y Directrices) en línea con el artículo 12 y 13 de la Convención. Los Principios y Directrices señalan que los Estados deberán proporcionar ajustes de procedimiento y apoyos para el acceso a la justicia para las PcD con el objetivo de garantizar la plena participación en igualdad de condiciones.

Los ajustes de procedimiento han sido confundidos en la práctica y en algunas legislaciones como ajustes razonables¹⁷. Los ajustes razonables son “las modificaciones

¹³ LATHROP GÓMEZ, 2019, pp. 117-137.

¹⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2014, p. 2.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, 2009, A/HRC/10/48, párr. 47.

¹⁶ Consejo de Derechos Humanos, 2009, A/HRC/10/48, párr. 47.

¹⁷ VILLAVERDE, 2021, p. 16.

y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales”¹⁸. Por su parte, los ajustes de procedimiento son “modificaciones, adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso particular, que pueden incluir la utilización de intermediarios o facilitadores, modificaciones y ajustes de procedimiento, adaptaciones del entorno y apoyo a la comunicación, para garantizar el acceso a la justicia de las personas con discapacidad”¹⁹. Los ajustes de procedimiento no se encuentran limitados al concepto de “carga desproporcionada o indebida”, y por tanto su implementación resulta mandatoria. Se recomienda que dichos ajustes se establezcan previamente al proceso.

El Comité ha venido señalando la necesidad de evitar normativas, legislaciones y prácticas basadas en la incapacidad de las personas con discapacidad para defenderse de cargos criminales –incapacidad para estar en proceso²⁰–. Asimismo expresó que tanto las figuras legales de “incapacidad para estar en juicio”, “incapacidad para estar en proceso”, “incapacidad sobreviniente” y la inimputabilidad son contrarios al artículo 14 (derecho a la libertad)²¹ y se deben garantizar los ajustes de procedimiento y los apoyos para garantizar una plena participación²². En este sentido, se declaró en contra de la privación de libertad indeterminada basada en la incapacidad para ser juzgado²³.

Particularmente los Principios y Directrices señalan que los Estados deberán derogar aquellas legislaciones, prácticas, o normativas, que establezcan o apliquen conceptos como “no apto para ser juzgado” e “incapaz de defenderse”²⁴.

Tal como se ha venido señalando, la perspectiva de la CDPCD ha comenzado a transformar no solo las legislaciones civiles sobre el régimen de la capacidad jurídica, sino que también ha impactado en las normas procesales penales en diversos países latinoamericanos. Los modelos de sustitución y reemplazo para la toma de decisiones, como la curatela, la insania y la interdicción poco a poco van dejando paso a modelos basados en apoyos y ajustes. Asimismo, el Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad ha instado que las doctrinas y prácticas de la “incapacidad sobreviviente”, “incapacidad para estar en juicio o declarar” sean reemplazadas por la implementación de ajustes de procedimiento y apoyos para las PcD.

En este sentido, ante un persona con discapacidad acusada de un delito la implementación de ajustes de procedimiento y de apoyos se erigen como una obligación por

¹⁸ Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, artículo 2.

¹⁹ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, principio 3.1.

²⁰ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, CRPD/C/AUS/CO/1, párr. 29 y 30.

²¹ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015, párr. 16.

²² Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015, párr. 16.

²³ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013, CRPD/C/AUS/CO/1, párr. 31.

²⁴ Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos *et al.*, 2020, principio 1.2 inciso e.

parte del Estado para garantizar su capacidad jurídica y el acceso a la justicia. Es decir, que se trata de implementar las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas para cada caso desde las primeras instancias del proceso y a partir del primer contacto de la persona con el sistema de justicia penal. Se trata de un proceso de aquí hacia adelante.

Sin embargo, cuando se analiza la culpabilidad de un sujeto –inimputabilidad– se trata de un momento distinto, se trata de un análisis y valoración retrospectiva. En otras palabras, las variables de ajustes de procedimiento y de apoyos no son necesariamente válidas para analizar la categoría “inimputabilidad”, ya que no es posible poner en marcha un diseño de apoyos para una conducta pasada.

En este contexto, se presentan los siguientes interrogantes ¿es la inimputabilidad por motivos de salud mental una categoría discriminatoria y contraria a la Convención? ¿Existen otras causales de no punibilidad en las que podría encausarse la inimputabilidad? ¿Las personas con discapacidad son sinónimo de personas inimputables? En definitiva se buscará analizar si de manera similar a lo que viene sucediendo en el campo civil con las modificaciones en el régimen de la capacidad jurídica, en el campo penal debería abolirse la inimputabilidad.

III. EL MODELO INTEGRACIONISTA Y LA ABOLICIÓN DE LA INIMPUTABILIDAD

En los últimos años desde ciertas corrientes del feminismo se han alzado muy interesantes críticas a la dogmática penal tradicional, con la búsqueda de aplicar una teoría del delito con principios de igualdad y no discriminación²⁵. En este contexto, las perspectivas críticas feministas acerca del derecho en general y el derecho penal en particular pueden compartir puntos de intersección con las críticas que se pueden realizar desde los derechos de las personas con discapacidad.

El derecho penal fue un lugar tradicionalmente ocupado por varones, a esta condición se le podrían añadir las variables de clase social y capacitista. Es decir, el derecho históricamente ha analizado las conductas sociales bajo un prisma hegemónico, el de varones que provienen de una determinada extracción social, cultural, etnia, y que no presentan una discapacidad²⁶. Un ejemplo de ello puede encontrarse en el artículo 20 inciso 3° del código penal español que hace mención a la presencia de una discapacidad sensorial como causa de afectación de la realidad y por ello como eximente de responsabilidad²⁷ o en el ámbito civil la declaración de insania o curatela para los sordomudos²⁸. Bajo la perspectiva capacitista, la presencia de determinada discapacidad conlleva consecuencias

²⁵ COPELLO *et al.*, 2020, p. 20.

²⁶ RODRÍGUEZ, 2000, 139-140.

²⁷ Código Penal Español, Artículo 20 inciso 3.º El que, por sufrir alteraciones en la percepción desde el nacimiento o desde la infancia, tenga alterada gravemente la conciencia de la realidad.

²⁸ En este sentido el Código Civil chileno en su artículo 342 señala que los sordos y sordomudos que no puedan darse a entender serán sujeto de curaduría y en el artículo 1447 que son absolutamente incapaces los dementes.

jurídicas, como la pérdida de derechos en el campo civil y la ausencia de responsabilidad en el derecho penal.

Asencio y Di Corleto señalan que "... los cambios sociales, políticos y jurídicos operados han hecho más visibles las condiciones de exclusión y desigualdad estructural por razones de género y han llevado a desarrollar concepciones de igualdad más robustas..."²⁹. En este contexto se ha propuesto la inclusión de una perspectiva de género en el análisis de la teoría del delito por medio de una mirada especializada acerca de la construcción de la tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad en los casos de mujeres acusadas por delitos³⁰. De manera similar se presenta el enfoque de derechos de las personas con discapacidad y la necesidad de analizar bajo esta perspectiva la teoría del delito.

Se ha definido a la imputabilidad como "... la calidad del sujeto agente para que se le puedan cargar (atribuir) las acciones u omisiones realizadas por él"³¹. Fernández Ruiz señala que "(e)n la doctrina y la jurisprudencia penal chilena hay consenso respecto de cómo se entiende la imputabilidad, concretamente y en una sentencia habitual se la define como la capacidad de conocer lo injusto y de determinarse según ese conocimiento"³².

Diversos autores y autoras han venido señalando en las últimas cuatro décadas que cuando llega a la justicia criminal una persona con discapacidad psicosocial e intelectual acusada de un delito, la gran mayoría de los operadores judiciales se centra exclusivamente en el análisis de la culpabilidad³³. La discusión y análisis de la materialidad del hecho, el dolo u otros elementos de la teoría del delito no son, en general, profundamente abordados. Joshi señala que una persona con padecimiento mental podría actuar bajo la falta de acción, bajo un error de tipo, bajo una causa de justificación, o miedo insuperable³⁴. En esa misma línea Martínez Garay señala que un padecimiento mental puede interferir en "cualquiera de los elementos subjetivos del delito, ya afecten estos al nivel de la acción, de la tipicidad, de la antijuridicidad o de la culpabilidad"³⁵.

Si bien como se ha señalado al comienzo del presente no se abordará, por motivos de extensión y delimitación del tema, las medidas de seguridad impuestas para personas declaradas inimputables, Joshi ilustra con claridad las consecuencias negativas y el trato discriminatorio que conlleva decantarse por una defensa de inimputabilidad sin haber agotado y probado concienzudamente los otros elementos del delito³⁶.

Así por ejemplo una persona sin discapacidad evitará la privación de libertad si se prueba que actuó bajo la falta de acción, o bajo un error de tipo, o bajo una causa de justificación, pero una persona con discapacidad psicosocial que actuando bajo presupuestos

²⁹ ASENCIO y DI CORLETO, 2020, p. 23.

³⁰ ASENCIO y DI CORLETO, 2020, pp. 19-42.

³¹ FRÍAS CABALLERO, 1981, p. 17.

³² FERNÁNDEZ RUIZ, 2021 p. 294.

³³ HEGGLIN, 2017, p. 37; EUROSOCIAL, 2013, p. 53-54; JOSHI, 1989, p. 126.

³⁴ JOSHI, 1989, p. 127. Para una análisis del miedo insuperable en el derecho penal chileno ver: GUERRA ESPINOSA, 2019.

³⁵ MARTÍNEZ GARAY, 2006, p. 97.

³⁶ JOSHI, 1989, p. 128.

similares y donde solo la inimputabilidad sea abordada, aun dando por probado débilmente los elementos del injusto penal, será objeto de una medida de seguridad³⁷.

Sin embargo, para cierta parte de la doctrina las personas con discapacidad psicosocial no podrán librarse tan fácilmente de la imposición de una medida de seguridad. Tal como lo advierten Artaza y Carnevali, aun cuando una persona con discapacidad psicosocial haya actuado sin dolo, como consecuencia de su condicionamiento psíquico, algunos autores proponen que pueda aplicarse una medida de seguridad. Todo ello a pesar de que no se encuentra configurado un injusto penal³⁸³⁹. La imposición o no de una medida de seguridad ante la ausencia de un injusto penal, podría en parte estar determinada por la perspectiva que se toma al momento de analizar el caso. Si la perspectiva que se toma es la del hombre medio, y la conclusión es que tanto el hombre medio como una persona con discapacidad ante la situación habrían realizado la misma conducta, es probable que sea más difícil de justificar la imposición de una medida de seguridad.

Sin embargo, si la perspectiva que se toma no es la del hombre medio, sino de cómo influyeron las circunstancias personales y particulares en ese hecho, la condición de persona con discapacidad que ha lesionado un bien jurídico es riesgosa, ya que podría habilitar la imposición de la medida de seguridad⁴⁰.

Joshi propone un ejemplo que resulta ilustrativo en el análisis del dolo y las diferentes perspectivas que se pueden tomar para analizar el caso. Un sujeto A sufre alucinaciones a partir de las cuales ve serpientes a su alrededor y se dispone a disparar para matar dichas serpientes que ve. El sujeto A toma una escopeta y dispara a una de las supuestas serpientes. Esa serpiente que creía que estaba matando, era en realidad su amigo. La autora explica que para la perspectiva del hombre medio el sujeto A actuó dolosamente, ya que ese hombre medio nunca hubiera incurrido en ese error, por lo que ese error no existió. Bajo esta perspectiva se puede concluir que el sujeto A conoce a B y quiere matarlo y que la serpiente no existe. Situación que bajo la perspectiva subjetiva del sujeto A no es cierta. En tanto que solo tomando la perspectiva personal subjetiva del sujeto A y las circunstancias del hecho, es que se puede llegar a afirmar la presencia de un error de tipo psicológicamente condicionado. Esto podría ser analizado tanto como una situación de exclusión de pena como una situación de ausencia de dolo y convertir ese homicidio en un delito culposo⁴¹.

³⁷ El análisis de la culpabilidad debería seguir las reglas generales del derecho penal sobre el *in dubio pro reo*. Núñez explica que la imputabilidad, no puede presumirse solo porque no se haya acreditado fehacientemente la inimputabilidad, en tal caso el juez puede absolver por la aplicación de dicho principio. NÚÑEZ, 1969 citado por TOZZINI, 1997.

³⁸ Los autores comentan una sentencia donde se concluye la ausencia de dolo por falta de conocimiento y comprensión del delito condicionado por afectaciones psíquicas y donde se impuso una medida de seguridad. ARTAZA y CARNAVALI, 2018, p. 39 y ss.

³⁹ El artículo 455 del Código Procesal de Chile, permite la aplicación de medidas de seguridad solo cuando se hubiera realizado un injusto penal (hecho típico y antijurídico).

⁴⁰ JOSHI, 1989, p. 127 y 134.

⁴¹ JOSHI, 1989, p. 135 y ss.

Asimismo, la finalidad propia que algunos le han atribuido a la medida de seguridad y sus diferencias con la pena, también podrían entrar en juego en los casos de personas con discapacidad psicosocial en los que no se ha probado la conformación del injusto, pero que igualmente se busca evitar la reiteración de una conducta lesiva⁴². En otras palabras, con el objetivo de neutralizar un peligro, se podrían habilitar de manera laxa aun para aquellos casos en lo que no hay injusto pero sí una lesión a un bien jurídico. A partir de esto puede colegirse nuevamente el trato discriminatorio que redundaría en consecuencias negativas para las personas con discapacidad psicosocial que, aun no cometiendo un injusto, se ven privadas de libertad.

En el ámbito de la inimputabilidad han surgido propuestas para analizar la influencia de la discapacidad psicosocial o intelectual en otros ámbitos de la teoría del delito⁴³. Sin embargo, Slobogin ha ido un paso más allá y propuso eliminar la defensa basada en la inimputabilidad por motivos de salud mental (*insanity defense*). El autor señala que esta defensa podría ser reemplazada por el análisis de la influencia de un padecimiento mental en la imputación subjetiva para construir, eventualmente, condiciones de excusación –*excuses*– o de justificación⁴⁴ tales como: 1) la creencia errónea acerca de las circunstancias, que de haber ocurrido, serían consideradas una causa de justificación; 2) la creencia errónea de que existen condiciones que equivalen a una coacción; 3) la falta de *mens rea*. Para Slobogin, el eje central de la culpabilidad debería estar en la investigación de la *mens rea* y justificación subjetiva⁴⁵.

Así expone otras soluciones posibles para casos de personas con discapacidad psicosocial que cometen un delito bajo la influencia de ideas persecutorias o alucinaciones. Por ejemplo, una persona con una paranoia, convencida por sus ideas delirantes de que su vecino lo espía, lo quiere perjudicar y le envenena el agua para matarlo, comete el homicidio de su vecino. Este caso podría ser analizado bajo la perspectiva de la legítima defensa condicionada por su padecimiento mental. En ese caso el sujeto activo estaría respondiendo convencido que actúa para defenderse de dicho envenenamiento y solo

⁴² Tanto las medidas de seguridad para personas inimputables como la definición de la peligrosidad han recibido diversas interpretaciones, definiciones y críticas. CISTERNA VÁSQUEZ, 2021, pp. 115; PUEYO, 2013, pp. 483 y ss SHEINBAUM y VERA, 2017, p. 85-86, BREGAGLIO LAZARTE y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, 2017, p. 137.

⁴³ ZAFFARONI, *et al.*, 2002, p. 535; ARTAZA y CARNEVALI, 2018, p. 41; MARTÍNEZ GARAY, 2006, p. 97.

⁴⁴ El sistema penal anglosajón admite diferentes tipos de defensas afirmativas, como por ejemplo las defensas de justificación –*justification*– y de excusación –*excuses*–. En el primer caso se encuentran: el estado de necesidad, la defensa propia, la defensa de otros, la prevención de un delito, y la defensa de la propiedad. En el segundo caso se encuentran por ejemplo: la defensa por inimputabilidad –*insanity defense*–, la intoxicación, el error, la coacción, entre otras. HEMMENS, 2004. Debe tenerse presente las diferencias entre el *common law* y el derecho penal continental y las limitaciones para realizar equivalencias exactas entre ambos sistemas. En el ámbito de la teoría del delito, el error y la coacción reciben análisis diferentes al del sistema anglosajón. Por ejemplo el error de tipo y el error de prohibición se analizan en distintos niveles de la teoría del delito. En igual sentido sucede con la coacción y el error sobre las circunstancias fácticas de las causas de justificación (error de prohibición indirecto). Mientras en el sistema anglosajón la coacción y el error forman de *excuses*, en el sistema continental, la coacción forma parte de una causa de justificación que es analizada en antijuridicidad y el error, dependiendo de la clase de error, puede ser analizado en la tipicidad, antijuridicidad o culpabilidad.

⁴⁵ SLOBOGIN, 2000, pp. 1202; 1238-1240.

realizando la acción de homicidio podría salvar su vida, ya que nadie ha actuado frente a sus denuncias. Si bien la propuesta de Slobogin es novedosa toda vez que sugiere eliminar y reemplazar la inimputabilidad por motivos de salud mental⁴⁶, Frías Caballero ya había señalado para el caso de una persona que tiene un delirio de persecución y que ataca a quien cree que es su perseguidor, que en su interior el sujeto actúa bajo un estado de necesidad justificante o legítima defensa, es decir, en el ejercicio de un derecho⁴⁷.

Otro ejemplo podría ser el sujeto que actúa bajo la influencia de las amenazas de sus alucinaciones auditivas que lo compelen a matar a una persona para evitar un mal mayor, la tercera guerra mundial o para evitar su propia muerte. En este caso el poder de las alucinaciones se transforma en amenaza concreta de un daño a su persona o a otras personas de no realizar una conducta. En otros casos una persona con discapacidad intelectual, a causa de su influenciabilidad y credulidad, puede ser captada e inducida a cometer un delito sin tener un conocimiento acerca de tal situación. Por ejemplo, si se le solicita que transporte un bolso con sustancias ilegales en su interior que se encuentran camufladas y escondidas en la ropa, en ese caso el sujeto convencido que transporta ropa, podría ser exculpado por un error de tipo.

Slobogin propone que en una persona con discapacidad psicosocial que comete un delito si no existen causas que puedan ofrecer una justificación jurídica, la persona debería ser considerada imputable aun cuando tenga un padecimiento y se pueda discutir su comprensión del hecho. En ese sentido podría ser interpretado el caso de John Hinckley, quien fue declarado inimputable por intentar matar al Presidente de Estados Unidos, Ronald Reagan. Hinckley, diagnosticado con esquizofrenia, tenía un delirio erotomaniaco con la actriz Jodie Foster y estaba convencido que si mataba al Presidente su relación con la actriz iba a concretarse. Bajo la perspectiva de Slobogin, Hinckley no debería haber sido declarado inimputable aun cuando al momento del hecho tuviera una psicosis, ya que matar a una persona para consumir un amor nunca se encuentra legalmente justificado⁴⁸⁻⁴⁹.

En esa misma línea, ejemplifica el caso de una mujer que afectada por un padecimiento mental severo, con graves alteraciones, mata a una persona desconocida. Si dentro del análisis se ponen en juego variables que podrían ser interpretadas en términos de coacción (voces que le indicaban que si no mataba, ella iba a morir asesinada) podría ser excusable. No obstante si el homicidio responde a que dejaran de reírse de ella, bajo este análisis que propone Slobogin, la no punibilidad sería más difícil de justificar. Esta propuesta fue denominada: “modelo integracionista”⁵⁰. El autor señala que dicho modelo traería aparejado tres beneficios prácticos: 1) mejoraría la imagen pública de la

⁴⁶ SLOBOGIN, 2000, pp. 1246.

⁴⁷ FRÍAS CABALLERO, 1981, p. 287.

⁴⁸ SLOBOGIN, 2000, pp. 1203-1204 y SLOBOGIN, 2014, p. 11.

⁴⁹ Luego del caso Hinckley algunos estados de Estados Unidos modificaron y otros abolieron su legislación sobre inimputabilidad, como Kansas, Montana, Utah e Idaho.

⁵⁰ SLOBOGIN, 2014, p. 7.

justicia penal, 2) reduciría el estigma de las enfermedades mentales, y 3) facilitaría el tratamiento de las personas con padecimientos mentales⁵¹.

Slobogin⁵² propuso una defensa neutra –integracionista– que no estuviera basada en la discapacidad en consonancia con la propuesta de la CDPcD, por medio de tres situaciones: error, haber actuado bajo coacción, o que las circunstancias justificaran su acción⁵³. El autor propone que tales extremos pueden ser situaciones objetivamente demostrables o que la persona estuviera convencida de tal situación por su condición psíquica. No obstante, plantea que las situaciones no deben ser provocadas por el/la autor/a (*actio libera in causa*). Agrega que la suspensión del tratamiento, bajo conocimiento que podría evitar tal descompensación psíquica, no llevaría a la exculpación⁵⁴. Asimismo, explica que las defensas tradicionales de inimputabilidad son estigmatizantes y marginan a las personas con discapacidad a partir de un trato diferenciado con consecuencias negativas. Explica que una causal de no punibilidad exclusiva para personas con padecimientos mentales perpetúa el estigma en las personas con discapacidad. Es por ello que propone defensas neutras que se enfoquen en la subjetividad de cada actor, y donde se profundice el análisis de la intención o la presencia, aún subjetiva y personal, de una causa de justificación⁵⁵.

Slobogin critica la defensa tradicional de inimputabilidad basada en la incapacidad para comprender y dirigir las acciones, señalando, entre otras cosas, que esto podría acarrear consecuencias negativas para la sociedad, excluyendo de la pena a personas con psicopatía, que tienen severas fallas en la valoración de sus conductas y en personas con consumo problemático de sustancias o pedofilia que actúan bajo un impulso irresistible⁵⁶. Si bien la inimputabilidad de los psicópatas es una temática que ha sido extensamente tratada en la literatura desde diversas perspectivas⁵⁷ son muy escasas las sentencias en el ámbito iberoamericano que han tenido una acogida favorable a este planteamiento⁵⁸. En igual sentido sucede con la pedofilia, si bien es una temática abordada por la bibliografía

⁵¹ SLOBOGIN, 2000, pp. 1244-1245.

⁵² SLOBOGIN, 2014, pp. 7-12.

⁵³ SLOBOGIN, 2014, p. 9.

⁵⁴ SLOBOGIN, 2014, p. 9.

⁵⁵ SLOBOGIN, 2014, pp. 11-12. El autor señala las causas de excusación deben estar basadas en el análisis de los deseos y las creencias de la persona al momento de realizar la acción, independientemente de donde provengan, si es o no una persona con discapacidad. Tal como sucede con las personas sin discapacidad, la falta de intención de realizar un daño como la creencia que se actúa bajo una causa de justificación excluyen la aplicación de una pena.

⁵⁶ SLOBOGIN, 2000, pp. 1225 y SLOBOGIN, 2014, p.10.

⁵⁷ MEI-TAL, 2002, 103-121; GOLDAR, 1995, pp. ; GONZALEZ-TAPIA, *et al.*, 2017, pp. 46-60; CIOCCHETTI, 2003, pp.175-183; HERPERTZ, y SASS, 2000, pp. 567-580; SPAANS, *et al.*, pp. 374-378.

⁵⁸ FRIAS CABALLERO, 1987; Camara Nacional De Apelaciones En Lo Criminal Y Correccional. Capital Federal, Ciudad Autónoma De Buenos Aires, 11 de Febrero de 1986, Sala 06, Magistrados: Donna- Zaffaroni-Elbert, Nro. Interno: 000001211. En sentido similar, el Tribunal Supremo español solo ha aplicado la eximente incompleta en casos de psicopatía grave o cuando a este se añadiera otra condición como el consumo de sustancias. DE AGUILA GUALDA, 2020, pp. 57-58.

especializada⁵⁹, esto no ha llevado a situaciones de inimputabilidad. En otras palabras, los riesgos que plantea Slobogin⁶⁰ no parecerían haberse materializado de manera extendida, toda vez que aun entendiendo a la psicopatía como un padecimiento mental, este no acarrea sin más a la inimputabilidad. La inimputabilidad como construcción de capacidad de reproche ético-jurídico-normativo no se agota con la presencia de un padecimiento mental. En ese sentido Moore ha señalado que el concepto de *legal insanity* es un concepto construido con un propósito legal y moral y no un constructo de tipo natural o explicativo⁶¹. Así, la jurisprudencia mayoritaria ha entendido para el caso de los sujetos con psicopatía que mantienen esa capacidad de reproche. Por otra parte también, el Modelo de Código Penal (*Model Penal Code*) propuesto por el Instituto de Derecho Americano excluye en su §4.01(2) a las anomalías que solo se manifiestan con conductas antisociales repetidas⁶².

Si bien diversos estados de Estados Unidos han restringido y prohibido defensas basadas en la inimputabilidad, han mantenido las interdicciones o curatelas y los internamientos involuntarios e indefinidos para sujetos considerados peligrosos. Este es el caso del estado de Kansas que restringió su defensa por inimputabilidad⁶³ mientras mantiene internamientos involuntarios para agresores sexuales peligrosos, basada en el antecedente de una condena por un delito sexual y el diagnóstico de una condición mental que hace probable un ataque sexual en el futuro⁶⁴, además de mantener un régimen civil de curatela⁶⁵.

En otras palabras, las restricciones a la inimputabilidad señaladas no impresionan estar inspiradas en los estándares de la CDPcD, toda vez que mantienen legislaciones contrarias al artículo 12 y 14 de la Convención.

IV. EN DEFENSA DE LA INIMPUTABILIDAD. ARGUMENTOS NEUROCIÉNTÍFICOS Y PSIQUIÁTRICO-FORENSES

Dentro de los fundamentos de Slobogin para eliminar la inimputabilidad por motivos de salud mental y sustituirla por la presencia de causas subjetivas de justificación o por la eliminación de la *mens rea*, basadas en la influencia de un padecimiento mental, están la dificultad para trazar límites precisos al momento de analizar la racionalidad del hecho, la comprensión (apreciación) de la criminalidad de acto, y el control de las acciones –la voluntad–⁶⁶. Es por ello que propone que el análisis de la *mens rea*, la

⁵⁹ MOHNKE *et al.*, 2014, pp. 1-23.

⁶⁰ SLOBOGIN, 2000, p. 1225 y SLOBOGIN, 2014, p. 10.

⁶¹ MOORE, 2020, p. 151.

⁶² *Model Penal Code*, 1962, §4.01(2).

⁶³ Kahler *v. Kansas*, 2020, 140 S. Ct. 1021, 1037.

⁶⁴ CANTONE, 2009, 693-727; Kansas *v. Hendricks*, 1997, 521 U.S. 346.

⁶⁵ K.S.A. 59-3075.

⁶⁶ SLOBOGIN, 2000, p. 1238.

presencia de una causa de justificación, como la legítima defensa, o haber actuado bajo una coacción, permitirían una defensa neutra no exclusiva para personas con discapacidad y mejor alineada frente a las necesidades retributivas de la sociedad. El autor es consciente que esto aumentaría las condenas para personas con padecimientos mentales y explica que esto no sería *per se* un tratamiento inhumano, sino todo lo contrario, sería exculpar a las personas con discapacidad bajo las mismas condiciones que aquellas sin discapacidad⁶⁷. En tal sentido señala que lo adecuado sería mejorar los programas de tratamiento para las personas con discapacidad, y no que posean defensas especiales⁶⁸⁻⁶⁹.

Prescindir de la inimputabilidad por motivos de salud mental que ha acompañado al derecho continental y al *Common Law* durante los últimos doscientos años resulta desafiante, pero esa alternativa ¿daría una respuesta equilibrada y balanceada en todos los casos?

Al igual que lo señalan Castex⁷⁰ y otros autores⁷¹ la pregunta profunda que sobrevuela cuando se habla de imputabilidad-inimputabilidad es el grado de libertad que un sujeto ha tenido frente a una conducta. Debido a que no se trata de cualquier conducta sino que de una que quiebra el orden jurídico, en definitiva lo que se requiere conocer es cómo se toman las decisiones que involucran valores y cómo y en qué casos esa toma de decisiones podría encontrarse alterada.

La propuesta de Slobogin de eliminar la inimputabilidad y con ella el análisis de la capacidad de comprensión y dirección⁷², dejaría por fuera un elemento clave y central de la toma de decisiones morales: la valoración, la vivencia, la internalización, la aprehensión e introyección de los valores. Es por ello que la propuesta de analizar únicamente la presencia o no de causas de justificación como la coacción, o la presencia de un error de tipo o error de prohibición, podría no dar una respuesta integral a todos los casos. Es decir, más que eliminar las defensas basadas en la inimputabilidad, esta podría mantenerse de forma neutra, no basada en la discapacidad, además de reforzar en algunos casos la necesidad de utilizar otras causas de no punibilidad, como por ejemplo, la legítima defensa y no la clásica inimputabilidad por motivos de salud mental.

Eliminar el análisis de la comprensión de la criminalidad del acto reduciría a un sujeto de base puramente racional e intelectual. En este sentido varios autores desde diferentes perspectivas han resaltado que la valoración, la vivencia de un valor no se alcanza únicamente a partir de operaciones intelectuales y racionales; se requiere para

⁶⁷ SLOBOGIN, 2000, p. 1248.

⁶⁸ *Ibidem*.

⁶⁹ En una línea similar, Bregaglio Lazarte y Rodríguez Vásquez, plantean que los cambios y modificaciones acerca de la imputabilidad de personas con discapacidad redundará en mayores condenas y con ello las consecuencias negativas propias de la privación de libertad. Es por ello que señalan los servicios penitenciarios deberían acompañar con medidas de accesibilidad, de ajustes razonables y apoyos. BERGAGLIO LAZARTE y RODRÍGUEZ VÁSQUEZ, 2017, pp. 146-147.

⁷⁰ CASTEX, 2006, 24-31.

⁷¹ “No hay delito cuando el autor no haya tenido en el momento de la acción un cierto margen de decisión o de libertad”. ZAFFARONI *et al.*, p. 641.

⁷² SLOBOGIN, 2000, pp. 1 y SLOBOGIN, 2014, p. 7.

la aprehensión de los valores, una sensibilidad moral, y de la conciencia valorativa⁷³. La cualidad disvaliosa, antijurídica, de un injusto penal requiere de una aptitud, la capacidad para valorar, vivenciar, aprehender el valor⁷⁴.

Goldar explica que la esfera pragmática de la personalidad se encarga de ofrecer valores preventivos a los actos y objetos que proporciona la esfera praxica. Estos valores preventivos nos alejan de las situaciones potencialmente perniciosas o amenazantes por medio de las emociones inhibitorias como el miedo, la tristeza, la culpa, el remordimiento. Son auxiliares de nuestro seguir siendo *-antrieb-*. El autor señala que en la esfera valorativa la vivencia del peligro es la regla. Saber que algo es peligroso o que se encuentra prohibido no es suficiente para poner en marcha los mecanismos inhibitorios que tiene la esfera valorativa⁷⁵.

Las neurociencias cognitivas y la psicopatología nos brindan nuevos argumentos para esta distinción entre el conocer, como objeto teórico de valor y la valoración, como vivencia del mismo⁷⁶.

El delirio de Sosias o síndrome de Capgras resulta un buen modelo de estudio y nos presenta pistas para desandar este camino. Se trata de un caso de alteración en el proceso de identificación. En estos casos la persona conoce, entiende, sabe, que la persona que tiene en frente de ella es físicamente idéntica a un familiar (por ejemplo su esposa), es igual a ella, pero siente que no es ella. Si bien existen diversas hipótesis acerca de esta alteración en el reconocimiento, se estima que la persona afectada no logra activar el sentimiento de familiaridad que se acompaña cuando vemos un rostro familiar. Es decir, que si bien reconoce ese rostro teóricamente como el rostro de su esposa, no experimenta la sensación, la vivencia de que esa persona es su esposa, y por ello, dirá: es un doble, una impostora, alguien que tomó su cuerpo pero que no es ella⁷⁷. El modelo del delirio de Sosias es un ejemplo de un caso en el que se tiene conocimiento teórico sin sensación, la persona sabe, pero no siente que sabe. Su contraparte se puede dar en personas que han sufrido un amputación de un miembro (síndrome del miembro fantasma)⁷⁸. En estos casos la persona puede experimentar la sensación de dolor. Siente, pero no sabe. Es decir, observan que no tienen su miembro, conocen que no lo tienen, pero sienten que les duele. Sienten que lo tienen.

Diversos autores han descrito pacientes con lesiones en la región más anterior del cerebro (corteza prefrontal) que presentaban fallas para utilizar el conocimiento teórico en la situación práctica. Los pacientes saben la teoría, pero esta no se traduce

⁷³ FRÍAS CABALLERO, 1981, p. 158; SPOLANSKY, 1968, p. 95; SCHELER, 1960, p. 24; GOLDAR, 1975, pp. 11-18; 49-57; GOLDAR, 1993, pp. 31-41; 47-49; GOLDAR, 1995; CABELLO, 1966, pp. 1199.

⁷⁴ FRÍAS CABALLERO, 1981, p. 158.

⁷⁵ GOLDAR, 1975, pp. 11-18; GOLDAR, 1993, pp. pp. 31-41; 47-49; GOLDAR, 1995.

⁷⁶ SILVA, *et al.* 2008; MERCURIO, 2013, pp. 150-151.

⁷⁷ MERCURIO, 2012, pp. 644-649.

⁷⁸ FLOR, 2002, pp. 182-189.

necesariamente en una inhibición efectiva.⁷⁹ Tienen la letra pero no sienten la música⁸⁰. Kleist distingue diversos estratos del Yo y su relación con el lóbulo frontal. Coloca en los estratos superiores el Yo en sí mismo y los principios éticos en los que se basa la convivencia humana (el Yo social)⁸¹. De ahí que el estudio de las lesiones y disfunciones de esta región se presentan como un puente para conocer las bases neurocognitivas de la toma de decisiones morales⁸².

Otras condiciones para profundizar este análisis de las diferencias entre la comprensión y el conocimiento son la demencia frontotemporal variante frontal⁸³, las condiciones del espectro autista de alto rendimiento –Síndrome de Asperger–⁸⁴.

Desde el punto de vista del análisis jurídico valorativo de la inimputabilidad el caso de una melancolía severa que comete un homicidio “altruista” presenta interesantes desafíos. Por ejemplo, una persona que afectada por un cuadro grave de melancolía decide matar a sus hijos y esposa para evitarles el sufrimiento que implica estar vivos. Sería en extremo difícil ubicar este caso dentro del homicidio piadoso o altruista que se encuentra legislado en diversos códigos penales iberoamericanos⁸⁵, ya que no se encuentran ni la solicitud expresa de la víctima, ni la presencia de una enfermedad grave e incurable.

Sin embargo, desde la psicopatología de la melancolía son severas las fallas valorativas que pueden llevar al paciente al suicidio, y con menos frecuencia a un homicidio seguido de suicidio. En esta línea Chiarugi describió en el 1700 la melancolía furiosa⁸⁶. En estos casos el sujeto se encuentra atravesado por una vivencia patológica, considera que lleva adelante un acto de amor frente a sus seres queridos. Les evita el sufrimiento de una vida que *per se* es desgraciada e inmodificable, y él se quita la vida por odio hacia esta. El sujeto sabe que mata, quiere llevarlo adelante, diseña un plan, tiene sus motivos, conoce lo que hace, pero ese acto no surge como una decisión completamente libre, sino que emana de juicio valorativo alterado. La esfera valorativa que guía su tendencia a seguir siendo –*connatus*– se encuentra severamente afectada. A pesar que sabe, entiende, conoce, no valora, no comprende, no vivencia el valor vida. Es allí donde eventualmente podría entrar en juego el análisis de inimputabilidad que difícilmente pueda ser abordada de manera integral por otras figuras.

Sin embargo, estos casos también ofrecen otra lectura bajo una culpabilidad disminuida o bajo el análisis subjetivo de la intención condicionada por el estado mental.

⁷⁹ GOLDAR y OUTES, 1972, pp. 177-185; BENÍTEZ, 1979, pp. 54-71; BECHARA *et al.*, 1997, pp. 123-95; DAMASIO, 2004, pp. 76-84; GOLDBERG, 2004, pp. 159-168.

⁸⁰ JOHNS y QUAY, 1962, p. 217.

⁸¹ KLEIST, 1931, pp. 167-168.

⁸² FUMAGALLI y PRIORI, 2012, pp. 2006-2021; MOLL *et al.*, 2005, pp. 799-809; MOLL *et al.*, 2007, pp. 336-352.

⁸³ CASTEX y MERCURIO, 2007, pp. 15-56; DARBY *et al.*, 2016, pp. 193-201.

⁸⁴ MERCURIO y LÓPEZ, 2016.

⁸⁵ Art. 143, inc. 4 del Código Penal Español; Código Penal de Perú (art. 112), Código Penal de Costa Rica (art. 116); Código Penal de Paraguay (art. 106), Código Penal de Colombia (art. 106).

⁸⁶ CHIARUGI, 2014, p. 235.

Es decir, un error de tipo psicológicamente condicionado que deriva en un homicidio por piedad. En definitiva este tratamiento permitiría cierto margen de libertad y de culpabilidad, finalizando en un atenuante. No obstante, ¿sería esa una resolución justa y balanceada? En principio en términos retributivos parecería ser que sí. Frente a los ojos de la sociedad, un sujeto que sabe que mata, y que no actúa bajo causas de justificación, parecería ser suficiente para determinar, al menos en parte, su libre decisión. Pero veamos el tratamiento frente a la misma afectación psíquica con la lesión no a un bien jurídico de un tercero, sino a un daño en sí mismo. Cuando un sujeto melancólico planea su suicidio, camina hasta un hotel céntrico, engaña al personal para subir al piso 15, elude la vigilancia y se lanza al vacío, si sobrevive será objeto de un internamiento involuntario. Es decir, que aunque sabe, entiende, conoce y quiere, la respuesta estatal no será dejarlo morir sino brindarle un tratamiento, aun sin su consentimiento, ya que se entiende que su severa afectación valorativa admite la realización de un tratamiento compulsivo e involuntario. Ese intento de suicidio se trataría de una decisión voluntaria pero no libre.

V. PROPUESTAS PARA UNA NUEVA INIMPUTABILIDAD

La mayoría de los países de Latinoamérica tienen fórmulas mixtas de inimputabilidad, donde la mera presencia de una afectación psíquica o de un padecimiento mental, no conlleva sin más a una inimputabilidad⁸⁷⁻⁸⁸. En algunos de estos es solo a partir de la presencia de una discapacidad intelectual o psicosocial que puede habilitarse una discusión referente a la inimputabilidad. Tal es el caso del artículo 29 del Código Penal de la Ciudad de México. Si bien muchos países presentan dentro de las causas que pueden llevar a una falta de comprensión de la criminalidad otras condiciones que no implican necesariamente un padecimiento mental, como por ejemplo una afectación de conciencia, o una situación de diversidad cultural, como lo hace el Código Penal colombiano (artículo 33), o una situación de enfermedad física, como lo explicita el Código Penal uruguayo (artículo 30), son las personas con discapacidad intelectual y psicosocial donde estas defensas impactan de manera desproporcionada por medio de las medidas de seguridad.

Es por ello que una propuesta que busque conservar una defensa por inimputabilidad debería tener un abordaje neutro, y no focalizado únicamente en las causales de discapacidad. Por ejemplo, cuadros de perturbación grave de la consciencia secundario a un trastorno del sueño, o una alteración de glucemia, podrían afectar la valoración de

⁸⁷ MERCURIO y SCHWEIZER, 2013.

⁸⁸ En un sentido similar la mayoría de las fórmulas de inimputabilidad –*insanity defense*– en el sistema anglosajón están compuestas por un padecimiento o afección psíquico asociado a un factor X en palabras de Michael Moore (2020). El factor X es la consecuencia que ha tenido el padecimiento mental en el caso concreto. Puede ser: 1) la falta de un acto voluntario (*actus rea*), 2) falta de mente culpable (*guilty mind-mens rea*) de intención, de imprudencia, 3) error de hecho o de derecho, 4) la presencia de una compulsión, una coacción. MOORE, 2020, p. 159, 163.

una conducta y no se trataría de casos de personas con discapacidad⁸⁹. En igual sentido, se ha propuesto el condicionamiento cultural que lleva a una incapacidad para apreciar la ilicitud de un acto –error de prohibición condicionado culturalmente–⁹⁰.

Es decir, una fórmula de inimputabilidad podría redactarse en forma neutra sin prescindir de la inimputabilidad ni perder las precisiones que se requieren para el análisis normativo. Así, la primera propuesta sería utilizar denominaciones como “disturbio, afectación, alteración o perturbación psíquica”. Esto podría incluir de manera amplia no solo a personas con discapacidad intelectual o psicosocial, sino también a episodios de afectación de la conciencia y a personas sin discapacidad que hayan presentado alguna perturbación que haya impactado en la valoración o en el control de su conducta. Se evitarían así utilizar palabras con connotaciones negativas y que remitan solo al colectivo de personas con discapacidad como “anomalía psíquica” “trastorno mental”, “padecimiento /enfermedad mental”, “enajenación”, “desorden mental”.

Las categorías de “disturbio, afectación, alteración o perturbación psíquica” no son exclusivas ni remiten *per se* a personas con discapacidad intelectual o psicosocial, y pueden ser representativas de situaciones puntuales que pueden atravesar personas sin discapacidad. Una persona sin discapacidad psicosocial no está exenta de presentar un episodio psicótico breve o de presentar un episodio confusional como consecuencia de un traumatismo de cráneo o un desbalance en su glucemia. Es importante resaltar una vez más que la mera presencia de cualquiera de estas causas no llevará por sí sola a una inimputabilidad, sino que habrá que demostrar cómo le impidió la comprensión de la criminalidad o dirección de las acciones. Si la perturbación de la conciencia no es severa, al punto tal que no le impidió la comprensión, la persona será imputable. En igual sentido se deberá concluir para el caso de una persona con discapacidad intelectual o psicosocial que ha podido valorar su conducta.

Otra propuesta para neutralizar la fórmula de inimputabilidad podría ser eliminando las causales psíquicas, y transformar las fórmulas mixtas en psicológico-valorativas. Es decir, construir una fórmula que incluya cualquier situación o causa que haya impedido la capacidad para comprender y dirigir al momento del hecho. Si bien podría tratarse de una redacción imprecisa y poco detallada, lo cierto que cada juez o jurado podría valorar en definitiva en cada caso concreto y de acuerdo con las circunstancias particulares del hecho y cada subjetividad y vivencia, si en ese caso estaban las condiciones para exigirle las condiciones psicológicas –comprensión y dirección– para que esa persona pueda ser declarada culpable y punible. Este planteamiento es próximo a la discusión propuesta por Moore en el sistema anglosajón, acerca de cuál es el peso central para la declaración de inimputabilidad; ¿es la causa psiquiátrica, es la consecuencia psicológica, o la combinación de ambas?⁹¹ Debido a que la falta de comprensión de la criminalidad del acto

⁸⁹ Eventualmente algunas situaciones que implican afectaciones severas de la conciencia podrían discutirse como falta de acción en los sistemas penales continentales o falta de *actus reus* en los sistemas anglosajones. Ver MOORE, 2020, p. 159.

⁹⁰ MEINI, 2007, p. 17 y ss.

⁹¹ Ver nota 93. MOORE, 2020, p. 163-164.

se podría alcanzar por diferentes vías, un padecimiento mental o un condicionamiento cultural, la propuesta aquí realizada es que el peso central para la inimputabilidad recaiga en la falta de comprensión. Esto sería compatible con las necesidades propias del derecho penal para responder acerca de la capacidad/incapacidad de reproche independiente de la fuente que le dio origen. En definitiva, esta propuesta se centra en que es la valoración la pieza clave que nos determina como agentes morales. Sin duda que se trata de una afirmación y propuesta discutible a la que no adscribe por ejemplo Moore⁹², pero por motivos de extensión no será profundizada.

VI. CONCLUSIONES

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad trajo importantes cambios en el campo del derecho civil con relación a la capacidad jurídica. El derecho penal no ha quedado exento a las críticas y modificaciones nacidas a partir del nuevo paradigma social y de derechos humanos de la discapacidad. La incapacidad para estar en proceso, las medidas de seguridad y la inimputabilidad han sido el centro de estas críticas y se ha propuesto su eliminación. Slobogin fue pionero en proponer la exclusión de la inimputabilidad a partir de su modelo integracionista y señaló que las personas con padecimientos mentales deben ser juzgadas con las mismas defensas que las personas sin discapacidad (*v.g.* legítima defensa, error, coacción).

Si bien ciertos casos que involucran a personas con discapacidad intelectual o psicossocial podrían ser analizados a partir de figuras como la legítima defensa, el error de tipo, la coacción, o la falta de dolo condicionados por una afectación psíquica, suprimir el análisis concerniente a la comprensión de la criminalidad del acto y la dirección de las acciones, dejaría por fuera un aspecto clave de la culpabilidad, que es la valoración, la aprehensión y la vivencia de los valores, dimensión clave para la capacidad de reproche ético-jurídico-normativo.

Las neurociencias brindan nuevos argumentos que permiten diferenciar el conocer, el entender y el comprender. La corteza prefrontal es un área crítica para la valoración de las conductas, y auxiliar esencial en nuestro seguir siendo *—connatus—*. Es decir, poder saber, entender, discernir intelectualmente respecto de una determinada conducta, no es sinónimo de comprender, de valorar, de apreciar afectivamente su valor.

Es por ello que prescindir de la inimputabilidad como elemento de la culpabilidad no sería adecuado, ya que reduciría a un ser ideal de base puramente intelectual. Ello no significa que las fórmulas de inimputabilidad no deban redactarse de forma neutra y dejen de estar basadas en la presencia de un trastorno mental. En consecuencia, en el

⁹² Moore propone 8 propiedades que deben presentar los agentes morales para responder ante los derechos y responsabilidad morales y sujetos legales. Sin embargo señala que para el caso de las personas con padecimientos mentales su principal deficiencia está en la "razonabilidad práctica". No deja de reconocer que también presentan deficiencias en otras propiedades como la emocionalidad, autonomía, entre otras. Asimismo, Moore adhiere a un modelo médico de inimputabilidad. MOORE, 2020, pp. 179-184.

presente trabajo se han realizado dos propuestas para tal fin. Utilizar denominaciones que no remitan únicamente a personas con discapacidad intelectual y psicosocial o transformar las fórmulas de inimputabilidad de tipo mixta en fórmulas amplias de base psicológica. Estas propuestas son altamente desafiantes y presentarán nuevos retos para el futuro del derecho penal.

BIBLIOGRAFÍA

- ARTAZA, Osvaldo y CARNEVALI, Raúl, 2018: “¿Incide la inimputabilidad en la atribución del dolo? Eventuales repercusiones en las medidas de seguridad”, *Opinión Jurídica*, 17 (34), 21-43 <https://doi.org/10.22395/ojum.v17n34a1>.
- BECHARA, A., DAMASIO, H., TRANEL, D. y DAMASIO, A. R., 1997: “Deciding advantageously before knowing the advantageous strategy”, *Science*, 275 (5304):1293-95. doi:10.1126/science.275.5304.1293.
- BENÍTEZ, Isabel, 1979: “El Yo Social y el Lóbulo Orbitario. Desarrollo de una teoría”, *Neuropsiquiatría*, X, 54-71.
- BREGAGLIO Lazarte, Renata y RODRÍGUEZ Vásquez, Julio, 2017: Modelo social de la discapacidad y derecho penal: aproximaciones al ordenamiento jurídico peruano, en Documenta, Análisis y acción para la justicia social, Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad, Ciudad de México, Ubijus, pp. 119-169.
- CABELLO, Vicente, 1966: El concepto de alienación mental ha caducado en la legislación penal argentina, *La Ley*, 123, Julio-Septiembre, pp. 1197-1201.
- CANTONE, Jason, 2009: “Rational Enough To Punish, But Too Irrational To Release: The Integrity Of Sex Offender Civil Commitment”, *Drake Law Review*, 57, 693-727.
- CASTEX, Mariano, 2006: “A propósito de la inimputabilidad por razones psicopsiquiátricas. Homenaje a Jorge Frías Caballero a los 25 años de la aparición de su obra “Imputabilidad Penal””, *suplemento La Ley, Penal y Procesal Penal*, 29 de septiembre, 24-31.
- CASTEX, Mariano y MERCURIO, Ezequiel, 2007: “A propósito de la imputabilidad penal en la demencia fronto temporal”, Academia Nacional de Ciencias de Buenos Aires. Publicaciones del Centro Interdisciplinario de Investigaciones Forenses, Nro 83, pp. 15-56.
- CHIARUGI, Vincenzo, 2014: *La locura, sus orígenes, sus especies; tratado médico analítico con cien observaciones*, Buenos Aires, Polemos.
- CIOCCHETTI, Christopher, 2003: “The responsibility of the psychopathic offender”, *Philosophy, Psychiatry & Psychology*, 10(2), 175-183. doi:10.1353/ppp.2003.0089.
- CISTERNA Vásquez, Nicolás, 2021: “Criterios jurisprudenciales para la determinación de peligrosidad en personas inimputables por enajenación mental”, *Revista De Derecho Penal y Criminología*, xi, 10, pp. 115-142.
- COMITÉ sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2013: Observaciones finales sobre el informe inicial de Australia, CRPD/C/AUS/CO/1, 21 de octubre de 2013.
- COMITÉ sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Observación General Nro. 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley, CRPD/C/GC/1, 19 de mayo de 2014.
- COMITÉ sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2015: Guía sobre el artículo 14 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. El Derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad, (“Guidelines on article 14 of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities The right to liberty and security of persons with disabilities”), septiembre 2015.

- CONSEJO de Derechos Humanos, Informe Anual del Alto Comisionado de Naciones Unidas por los Derechos Humanos y la Oficina del Alto Comisionado y la Secretaria General, Estudio temático del Alto Comisionado de Naciones Unidas por los Derechos Humanos para incrementar la conciencia y la comprensión de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, A/HRC/10/48, 26 de enero de 2009.
- COPELLO, L., SEGATO, R., ASENSIO, R., DI CORLETO, J., GONZÁLEZ, C., 2020: *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Serie Cohesión Social en la práctica Colección Eurosocietal N° 14 disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/monografias/5302-mujeres-imputadas-en-contextos-de-violencia-o-vulnerabilidad>.
- DAMASIO, A. R., TRANEL, D. y DAMASIO, H., 1990: "Individuals with sociopathic behavior caused by frontal damage fail to respond autonomically to social stimuli", *Behav. Brain Res.* 41, 81-94. [https://doi.org/10.1016/0166-4328\(90\)90144-4](https://doi.org/10.1016/0166-4328(90)90144-4).
- DAMASIO, Antonio, 2004: *El error de Descartes*, Barcelona, Crítica.
- DARBY, R., EDERSHEIM, J. y PRICE, B., 2016: "What Patients With Behavioral-Variant Frontotemporal Dementia Can Teach Us About Moral Responsibility", *AJOB Neuroscience*, 7:4, 193-201, DOI: 10.1080/21507740.2016.1236044.
- DE AGUILAR Gualda, Salud, 2020: *Neurosis, trastornos neuróticos y del control de los impulsos: tratamiento jurídico penal*. Granada: Universidad de Granada, [http://hdl.handle.net/10481/62223].
- DOCUMENTA, Análisis y acción para la justicia social, 2017: *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*, Ciudad de México, Ubus.
- EUROSOCIAL, 2013: *Protocolo para el Acceso a la Justicia, Propuestas para un trato adecuado*, Colección Documentos de Política n° 2, Área Justicia <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/libros/5221-protocolo-para-el-acceso-a-la-justicia-de-las-personas-con-discapacidad>.
- FLOR, Herta, 2002: "Phantom-limb pain: characteristics, causes, and treatment". *The Lancet Neurology* 1.3 (2002): 182-189.
- FRÍAS Caballero, Jorge, 1981: *Imputabilidad Penal. Capacidad personal de reprochabilidad ético-social*, Buenos Aires, Ediar.
- FRÍAS Caballero, Jorge, 1987: "Algo más sobre la inimputabilidad de las personalidades psicopáticas en el Código Penal Argentino (A propósito de una sentencia de la Cámara Criminal y Correccional de la Capital Federal)" *La Ley*, B, 975 y ss.
- FUMAGALLI, Manuela y PRIORI, Alberto, 2012: Functional and clinical neuroanatomy of morality. *Brain*, 135(Pt 7), 2006-2021. <https://doi.org/10.1093/brain/awr334>
- GOLDAR, Juan Carlos, 1975: *Cerebro límbico y psiquiatría*, Buenos Aires, Salerno.
- GOLDAR, Juan Carlos, 1993: *Anatomía de la mente. Ensayo sobre los fundamentos neurobiológicos de la psiquiatría*, Buenos Aires, Salerno.
- GOLDAR, Juan Carlos, 1995: Fundamentos neurobiológicos de la ética. *Alcmeon*, Vol., 4(1), disponible en https://www.alcmeon.com.ar/4/13/a13_01.htm
- GOLDAR, Juan Carlos y OUTES, Diego, 1972: "Fisiopatología de la desinhibición instintiva", *Acta Psiquiát. Psicol Amer. Lat.*, 18, 177-185.
- GOLDBERG, Elkhonon, 2004: *El cerebro ejecutivo*, Barcelona, Crítica.
- GONZÁLEZ-TAPIA, M. I., OBSUTH, I., y HEEDS, R., 2017: "A new legal treatment for psychopaths? Perplexities for legal thinkers", *International Journal of Law and Psychiatry*, 54, 46-60. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2017.04.004>
- GUERRA Espinosa, Rodrigo, 2019: Impulso irresistible en el miedo insuperable. *Política criminal*, 14(28), 54-94.

- HEGLIN, María Florencia, 2016: "La inconstitucionalidad de las medidas de seguridad impuestas como consecuencia de la suspensión del proceso penal por discapacidad psicosocial del imputado. El caso del señor Acosta", *Revista del Ministerio Público de la Defensa*, pp. 23-52.
- HEGLIN, María Florencia, 2017: "Las medidas de seguridad en el sistema penal argentino: su contradicción con principios fundamentales del Derecho Penal y de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad", en Documenta, Análisis y acción para la justicia social, *Inimputabilidad y medidas de seguridad a debate: Reflexiones desde América latina en torno a los derechos de las personas con discapacidad*, Ciudad de México, Ubujs, pp. 15-52.
- HEMMENS, Craig, 2004: "Defenses to Criminal Liability: Justifications and Excuses" in Richard A. Wright and J. Mitchell Miller, eds., *Encyclopedia of Criminology*, Scarborough: Routledge/Taylor & Francis, 2004, vol. 1, at p. 377-380.
- HERPERTZ, Sabine y SASS, Henning, 2000: "Emotional deficiency and psychopathy", *Behavioral Sciences & the Law*, 18, 567-580.
- JOSHI, Jubert, 1989: "Algunas consecuencias que la inimputabilidad puede tener para la antijuricidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 42 (1), 125-140.
- JOHNS, John y Quay, Hebert, 1962: "The effect of social reward on verbal conditioning in psychopathic and neurotic military offenders", *Journal of consulting psychology*, 26, 217-220. <https://doi.org/10.1037/h0048399>
- KLEIST, Karl, 1931: "Sexta Comunicación. Los Trastornos de los rendimiento del Yo y su localización en el cerebro orbitario, en el cerebro interno y el diencéfalo", en Kleist, Karl, 1997, Diez comunicaciones, Buenos Aires, Polemos.
- LATHROP Gómez, Fabiola, 2019: Discapacidad intelectual: análisis crítico de la interdicción por demencia en Chile. *Revista de derecho (Valdivia)*, 32(1), 117-137. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502019000100117>.
- MARTÍNEZ Garay, Lucía, 20027: Imputabilidad y elementos del delito. *Estudios de Derecho Judicial*, num. 110, p. 93-136.
- MEI-TAL, Maya, 2002: "The criminal responsibility of psychopathic offenders", *Israel Law Review*, 36(2), 103-121. DOI: <https://doi.org/10.1017/S0021223700012334>
- MERCURIO, Ezequiel, 2013: *Neurociencias y Derecho Penal*, Santiago de Chile, Ediciones Jurídicas de Santiago.
- MERCURIO Ezequiel, 2012: "Sobre *l'ilussion des sosie* y la comprensión de la criminalidad del acto", *Revista de Derecho Penal y procesal Penal*, nro. 4, pp. 644-649.
- MERCURIO, Ezequiel y LÓPEZ, Florencia, 2016: *Aspectos medico legales del Síndrome de Asperger. Análisis sobre la inimputabilidad*, Premio anual Doctor "Eduardo Wilde" de la Facultad de Medicina de la Universidad de Buenos Aires.
- MERCURIO, Ezequiel y SCHWEIZER, Viviana, 2013: "Vientos de cambio. Comentarios en torno al Proyecto de modificación del art. 34, inc. 1º del Código Penal Argentino". *Revista de Derecho Penal*, año II, Nro. 5 Ediciones Infojus, p. 259 disponible en http://www.saij.gov.ar/doctrina/dacf130223-mercurio-vientos_cambio_comentarios_en.htm
- MEINI, Iván, 2007: "Inimputabilidad penal por diversidad cultural sobre el artículo 15 del Código Penal", *Derecho PUCP*, 60, 17-50.
- MOHNKE, S., MÜLLER, S., AMELUNG, T., KRÜGER, T. H., PONSETI, J., SCHIFFER, B., WALTER, M., BEIER, K. M., & Walter, H., 2014: "Brain alterations in paedophilia: a critical review", *Progress in neurobiology*, 122, 1-23. <https://doi.org/10.1016/j.pneurobio.2014.07.005>.
- MOLL, J., ZAHN, R., DE OLIVEIRA-SOUZA, R., KRUEGER, F., & GRAFMAN, J., 2005: "The neural basis of human moral cognition", *Nature reviews neuroscience*, 6(10), 799-809. <https://doi.org/10.1038/nrn1768>.

- MOLL, J., DE OLIVEIRA-SOUZA, R., GARRIDO, G. J., BRAMATI, I. E., CAPARELLI-DAQUER, E. M., PAIVA, M. L., ZAHN, R., & GRAFMAN, J., 2007: "The self as a moral agent: linking the neural bases of social agency and moral sensitivity", *Social neuroscience*, 2(3-4), 336-352. <https://doi.org/10.1080/17470910701392024>.
- MOORE, Michael, 2020: *Mechanical choices: The responsibility of the human machine*. Oxford University Press, USA.
- NÚÑEZ, Ricardo, 1960: *Derecho penal argentino*, Buenos Aires, Omeba, citado por Tozzini en Baigún, David y Zaffaroni Eugenio, 1997, *Código Penal y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial*, Buenos Aires, Hammurabi.
- OFICINA del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad, Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, Enviada Especial del Secretario General de Naciones Unidas sobre Discapacidad y Accesibilidad, 2020, Principios y directrices internacionales sobre el acceso a la justicia para las personas con discapacidad, Ginebra.
- PUEYO, Antonio Andres, 2013: "Peligrosidad criminal: análisis crítico de un concepto polisémico", en Maroto Calatayud, Manuel y Crespo Demetrio, Eduardo (Coord.), *Neurociencias y Derecho penal*, Madrid, Edisofer, pp. 483-504.
- RODRÍGUEZ, Marcela, 2000: Algunas consideraciones sobre los delitos contra la integridad sexual de las personas, en Birgin, Haydée (comp.), *Las trampas del poder punitivo. El género del derecho penal*, Buenos Aires, Biblos, en Copello, L., Segato, R., Asensio, R., Di Corleto, J., González, C., 2020, *Mujeres imputadas en contextos de violencia o vulnerabilidad. Hacia una teoría del delito con enfoque de género*. Serie Cohesión Social en la práctica Colección Eurosocial N° 14 disponible en <https://www.mpd.gov.ar/index.php/biblioteca-mpd-n/monografias/5302-mujeres-imputadas-en-contextos-de-violencia-o-vulnerabilidad>.
- SCHELER, Max, 1960: *Metafísica de la libertad*, Buenos Aires, Nova.
- SEITÚN, Diego, 2005: "La indeterminación temporal de las medidas de seguridad para inimputables y el principio de proporcionalidad", en *Ciencias Penales Contemporáneas. Revista de Derecho Penal, Procesal y Criminología*, N° 7 y 8, 2005, pp. 29-77.
- SHEINBAUM, Diana y VERA Sara, 2016: *Hacia un sistema de justicia incluyente. Proceso Penal y Discapacidad Psicosocial*, Ciudad de México, Gernika.
- SILVA, S. Mercurio, E., LÓPEZ, F., 2008: *Imputabilidad penal y neurociencias. La inimputabilidad por razones psiquiátricas a la luz de las neurociencias actuales*, Buenos Aires, Ad hoc.
- SLOBOGIN, Christopher, 2000: "An end to insanity: Recasting the role of mental disability in criminal cases", *Virginia Law Review*, 1199-1247.
- SLOBOGIN, Christopher, 2015: "Eliminating Mental Disability as a Legal Criterion in Deprivation of Liberty Cases: The Impact of the Convention on the Rights of Persons with Disability on the Insanity Defense, Civil Commitment, and Competency Law", *Vanderbilt Public Law Research Paper* No. 14-23.
- SPAANS, M., BARENDREGT, M., HAAN, B., NIJMAN, H., & de BEURS, E., 2011: "Diagnosis of antisocial personality disorder and criminal responsibility", *International journal of law and psychiatry*, 34(5), 374-378. <https://doi.org/10.1016/j.ijlp.2011.08.008>.
- SPOLANSKY, Norberto, 1968: Imputabilidad y comprensión de la criminalidad., *Revista de Derecho Penal y Criminología*, Nro 1.
- VILLAVERDE, Maria Silvia, 2021: "Acceso a la justicia de las personas con discapacidad. Ajustes de procedimiento en contextos capacitistas", en Villaverde, Maria Silvia, et al., *Adajus, a 10 años de su creación. Acceso a la justicia para personas con discapacidad*, Buenos Aires, Infojus, pp. 13-25.

ZAFFARONI, E., ALAGIA, A. y SLOKAR, A., 2002: *Derecho Penal. Parte general* (2.a Ed.), Buenos Aires: Editorial Ediar.

Normas Jurídicas

CÓDIGO Civil de Chile publicado el 30 de mayo de 2000.

CÓDIGO Nacional de Procedimientos Penales de los Estados Unidos Mexicanos, sancionado el 5 de marzo de 2014.

LEY 21.331, Ley que establece el Reconocimiento y Protección de los Derechos de las Personas en la Atención de Salud Mental, publicada en Chile el 11 de mayo de 2021.

LEY 1996, Ley que establece el régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las personas con discapacidad mayores de edad, sancionada en Colombia el 26 de agosto de 2019.

DECRETO 118 de la República Argentina, Código Procesal Penal Federal, sancionado el 7 de febrero de 2019.

DECRETO Legislativo 635, Código Penal del Perú, sancionado el 10 de abril de 1991.

DECRETO Legislativo 1384, Decreto legislativo que reconoce y regula la capacidad jurídica de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones, sancionado en Perú el 4 de septiembre de 2018.

K.S.A. 59-3075, Guardian's duties, responsibilities, powers and authorities. https://www.ksrevisor.org/statutes/chapters/ch59/059_030_0075.html

LEY 9379, Ley para la promoción de la autonomía personal de las personas con discapacidad, sancionada en Costa Rica el 18 de agosto de 2016.

LEY 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, sancionado en Argentina el 7 de octubre de 2014.

LEY 4573, Código Penal de Costa Rica, publicado el 15 de noviembre de 1970.

LEY 1160, Código Penal de la República del Paraguay, 1997.

LEY 599, Código Penal de Colombia, 24 de julio de 2000.

LEY General de Salud. DECRETO por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Ley General de Salud, en materia de Salud Mental y Adicciones. Diario Oficial de la Federación. 16 de mayo de 2022 (Mexico).

LEY Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal de España.

MODEL Penal Code, 1962.

Jurisprudencia

CAMARA Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional. Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sentencia del 11 de Febrero de 1986, Sala 06, Magistrados: Donna-Zaffaroni-Elbert, Nro. Interno: 000001211 Saenz Valiente, Miguel Angel S/ Inimputabilidad.

KANSAS v. Hendricks, 521 U.S. 346 (1997).

KAHLER v. Kansas, 140 S. Ct. 1021, 1037 (2020).

KAHLER v. Kansas, 140 S. Ct. 1021, 1037 (2020).

SUPREMA Corte de Justicia de la Nación de México, sentencia de 13 de marzo de 2019, Amparo en Revisión 1368/2015, Primera Sala, Min. Alfredo Gutiérrez Ortiz Mena.

Ley de Seguridad del Estado y delitos contra el orden público

*Myrna Villegas Díaz**

RESUMEN

Los delitos contra el orden público contenidos en la Ley de Seguridad del Estado recobraron vigencia a propósito del estallido social de octubre de 2019, develándose sus falencias sustantivo-penales y dogmáticas. Especialmente en lo que dice relación con el orden público como bien jurídico protegido, pues este se encuentra también resguardado por figuras del derecho penal común. El trabajo examina los delitos contenidos en el art. 6 letras c) y a) por ser los de mayor aplicación en el último tiempo, realizando un ejercicio interpretativo a la luz de los principios generales del derecho penal y la jurisprudencia.

Seguridad del Estado; orden público; desórdenes públicos

State Security Law and crimes against public order

ABSTRACT

The crimes against public order contained in the State Security Law regained validity due to the social outbreak of October 2019, revealing their substantive criminal and dogmatic shortcomings. Especially in what is related to public order as a protected legal asset, since it is also protected by crimes of common criminal law. The paper analyzes the crimes contained in art. 6 letters c) and a) for being the most widely applied in recent times, performing an interpretive exercise in light of the general principles of criminal law and jurisprudence.

State security; public order; public disorder

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesora de Derecho Penal, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9874-7396>. Correo electrónico: mvillegas@derecho.uchile.cl

Este artículo se enmarca dentro del proyecto Fondecyt Regular N°1210455, titulado "Ley de Seguridad del Estado y conmoción social. Análisis jurídico penal de sus principales núcleos problemáticos", en el que la autora es investigadora principal.

Artículo recibido el 28.1.2022 y aceptado para su publicación el 9.9.2022.

INTRODUCCIÓN

La seguridad del Estado ha adquirido relevancia en Chile especialmente tras el estallido social de octubre de 2019. Hemos transitado desde un concepto de seguridad asociado a la seguridad pública o a la seguridad ciudadana, a una seguridad que tiene que ver con la subsistencia del Estado mismo. En este contexto, el Decreto 890, que fija el texto actualizado y refundido de la Ley 12.927, sobre seguridad del Estado (en adelante LSE) se ha aplicado respecto de hechos que –en otro contexto político– habrían sido calificados como delitos comunes.

Así, desde octubre de 2019, los delitos contra el orden público (art. 6) y los delitos de expresión (arts. 4 a) y 6 f) de la LSE) se aplicaron a una determinada clase de infractores en el contexto de la protesta social. Casos emblemáticos se originaron en la querrela del Ministerio del Interior contra un profesor de matemáticas que dio un puntapié a un torniquete del Metro (octubre 2019)¹ y la denuncia contra dirigentes de la Asamblea Coordinadora de Estudiantes Secundarios (ACES) por las protestas en rechazo a la PSU (enero 2020). También las querellas por incitación o inducción a la subversión en contra de un conocido dirigente, por sus dichos en una asamblea vecinal², así como en contra de un ponente en un seminario en el que se presentaba un libro, porque habría hecho apología de la violencia³.

Mi hipótesis es que la ley de seguridad del Estado se aplica como herramienta punitiva para la neutralización de la protesta social, sin importar si hay o no afectación bajo la forma de lesión o puesta en peligro de la seguridad del Estado, entendida preliminarmente como la estabilidad democrática y dogmáticamente como el conglomerado de bienes que pertenecen al Estado⁴.

Asimismo, la LSE está siendo usada como un instrumento de prevención general negativa de la protesta social, pues el solo hecho de invocarla debería suponer un retrimiento de ciertas conductas, sin importar si finalmente ellas son calificadas por el tribunal como de aquellas de la LSE o recalificadas a delitos comunes, o incluso si se sigue adelante o no con el procedimiento, como ocurrió con las dos querellas presentadas por el Poder Ejecutivo por delitos de expresión⁵.

Se suele argumentar, para justificar su existencia, que ella nació para administrar los conflictos políticos de los gobiernos y como instrumento de negociación con los opositores. Los conflictos políticos requieren de soluciones políticas y no penales, especialmente cuando el derecho penal común es suficiente para hacer frente a las conductas que se

¹ 12° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1901131151-5.

² 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 1910059040-1. Se sobreseyó la causa después de que el Ministerio del Interior se desistiera de la querrela. Resolución de 01.06.2020.

³ El Ministerio Público comunicó su decisión de no perseverar en el procedimiento, y posteriormente en audiencia se rechazó el forzamiento de la acusación y la defensa se desistió de su solicitud de sobreseimiento. 7° Juzgado de Garantía de Santiago, RUC 2010009795-9.

⁴ RODRÍGUEZ COLLAO y SOLARI, 1988, pp. 208 y 209.

⁵ Ver notas 2 y 3.

despliegan en el contexto de las revueltas sociales. Si a ello se añade que al momento de invocarla no hay interés en una lesión o puesta en peligro del bien jurídico seguridad interior del Estado, la infracción al principio de lesividad se hace patente.

Y esto es particularmente notorio en los delitos objeto de este trabajo, sobre todo los contenidos en el artículo 6 letras a) y c).

I. LA APLICACIÓN DE LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO EN CIFRAS

Según la Fiscalía Nacional (en adelante FN)⁶, entre 2002 y 2018 hubo 61 ingresos por LSE con un total de 103 imputados. Mientras que solo entre enero de 2019 y el 27 de abril de 2021 hubo 393 ingresos con un total de 973 imputados⁷. En cuanto a las formas de término, post estallido social las sentencias condenatorias registradas son 42, antes, entre 2002 y 2018 solo alcanzaron a 12. En cuanto a las sentencias absolutorias, hasta 2018 se registran 12, mientras que entre 2019 y 2021 ninguna. Hay que hacer la salvedad que los datos de la FN no necesariamente registran el cambio de calificación en el delito, por tanto, no es posible asegurar que las sentencias condenatorias lo sean todas por delitos de la LSE.

De las cifras entregadas, destaca el hecho que siendo una ley de escasa aplicación en relación con otras normas penales, hay gran cantidad de decisiones de no perseverar (160), especialmente postestallido, alcanzando a casi 22% del total de términos. Asimismo, buena parte (447) se agruparon a otras causas.

En cuanto a medidas cautelares, la información de la FN da cuenta que la cantidad de prisiones preventivas es relativamente baja en comparación a otras medidas. Entre 2002 y 2018 se registraron 8 prisiones preventivas, de estas, 2 correspondieron a internamientos provisorios de adolescentes, de 81 imputados conocidos. Entre 2019 y el 27 de abril de 2021, se registraron 16 prisiones preventivas, de 817 imputados conocidos.

Llama la atención que se aplique la LSE a menores de edad (nada lo impide legalmente). Entre 2002 a 2018 solo hubo 7 imputados adolescentes, de estos, 2 estuvieron en internamiento provisorio. Mientras que entre 2019 y abril de 2021 la cantidad de adolescentes alcanza a 77, ninguno de ellos habría estado con internamiento provisorio.

Considerando que la exactitud de las cifras oficiales es una problemática constante⁸, nuestra investigación revisó estas cifras y los RUC asociados, cotejándolos con la información disponible en el sitio web del Poder Judicial, así como otras causas y fallos

⁶ Carta DEN / LT N° 317/2021, de 3 de mayo de 2021.

⁷ 817 son imputados con identidad conocida y 156 son imputados con identidad desconocida.

⁸ Véase, p.ej. la polémica respecto del número de presos del estallido social, pues cada institución entregó sus propios números con diferencias considerables entre ellos. <https://www.theclinic.cl/2021/05/27/cuantos-son-los-presos-tras-el-estallido-social-las-cifras-que-circulan-tras-la-pifia-de-karina-oliva/>; <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2022/01/11/los-144-del-estallido-gendarmeria-cifra-en-este-numero-los-detenido-que-se-mantienen-en-prision-preventiva/>; <https://www.elmostrador.cl/noticias/pais/2021/12/21/informe-rincon-cifra-en-69-las-personas-en-prision-preventiva-por-casos-asociados-al-estallido-dos-de-ellos-estran-tras-las-rejas-desde-octubre-de-2019/>[fecha visita: 27 enero 2021].

que se recogieron por otras vías⁹, y encontramos, por ejemplo, que en la información entregada hay algunos casos que no corresponden a investigaciones por delitos contemplados en la LSE, entre otros¹⁰.

En nuestro registro, centrado entre enero de 2019 y septiembre de 2021 acumulamos un universo de 390 causas, de las que 353 iniciaron por querrela, 4 iniciaron por denuncia, y 1 caso sin información en el sitio web del poder judicial. Entre las 390 causas hay 34 que tienen información reservada¹¹. Se hace presente que esta desagregación y las que siguen se hizo por caso (RUC) y no por imputado.

De las 390 causas, hay 130 sin resolver. En cuanto a las formas de término, destacamos 67 causas con decisión de no perseverar, 26 con sentencia condenatoria y 5 sentencias absolutorias. De las sentencias condenatorias solo 6 lo fueron por delitos de la LSE, el resto lo fueron por delitos comunes. Una sola de ellas fue dictada por un TOP, 3 en procedimiento abreviado y 2 en procedimiento simplificado.

En cuanto a las sentencias absolutorias, si bien se absolvió por delitos de la LSE, en todas ellas se condenó por delitos comunes.

La mayoría de estos casos son por delitos contra el orden público, contenidos en el art. 6 de LSE. Y dentro de estos, los que predominan son los de los literales c) y a).

En gran parte de las causas hay querrela (291 casos) y en otros solo denuncia (66). Hay 120 causas acumuladas a otras. La mayoría de estas registra formalizaciones por robo en lugar no habitado y desórdenes públicos del CP, pero no por delitos de la LSE. Solo en 13 la forma de inicio del procedimiento fue por querrela, y en el resto por denuncia. En 107 casos hubo presentación de querrela por la LSE, y solo en 13 casos no lo fue por este delito.

Comparando nuestra información con la entregada por la FN, el universo de causas ingresadas entre 2019 y 2021 es más o menos similar (393-390), con la salvedad ya hecha¹². No obstante, no podemos realizar el mismo ejercicio respecto de las sentencias condenatorias y absolutorias, así como otras formas de término por cuanto la FN, en esta parte, entrega sus cifras conforme con su contabilización por imputado, mientras que, en nuestra investigación, han sido contabilizadas por RUC, excediendo este conteo los límites de la investigación.

⁹ Se agradece a la Defensoría Popular, así como a otros abogados, su generoso y anónimo aporte.

¹⁰ De 393 ingresos informados por FN entre 2019 y 2021, solo 354 corresponden a delitos de la LSE, en 39 no hay denuncia, ni querrela por delitos de la LSE. Nuestra investigación encontró 36 causas que no están en la información entregada por la FN.

¹¹ Entre estas 34 causas, hay 2 que antes no eran reservadas y luego pasaron a serlo.

¹² Ver nota 10.

II. BIEN JURÍDICO ¿SEGURIDAD DEL ESTADO U ORDEN PÚBLICO?

Por extraño que parezca en la LSE encontramos figuras que atentan contra el orden público, todas agrupadas en el art. 6 letras a) a h) bajo el epígrafe “Delitos contra el orden público” y cuyo contenido es muy dispar: desde conductas que importan el ejercicio de violencia, pasando por el tráfico de armas, hasta delitos de expresión. Históricamente ha sido así.

Durante el siglo XIX hubo varios textos legales que nacieron para satisfacer la protección de la seguridad del Estado.. En 1932 se dictó la Ley 5.091 (17 de marzo) que “Sanciona delitos contra la Seguridad Interior del Estado”, bajo el gobierno de Juan Esteban Montero, que rápidamente fue reemplazado por la República Socialista de Marmaduke Grove. Luego este fue derrocado por Dávila, bajo cuyo gobierno y en pleno estado de sitio, se dictó el DL 1837 que “establece sanciones por perturbaciones al orden público” (21 junio)¹³ y tres días más tarde el DL 50 (24 junio) que “Caracteriza a enemigos de la República y establece sanciones”. Su objetivo era prohibir “los desmanes y propagandas, que además de encontrarse al margen de la ley, son contrarias al orden público”¹⁴, centrándose expresamente en los anarquistas. Ese mismo año volvió a modificarse la normativa concerniente a seguridad del Estado mediante el DL 637.

Más adelante, en 1937, se dictó la Ley 6.026 que es la primera que establece una distinción entre delitos contra la seguridad interior del Estado y delitos contra el orden público, y bajo cuya vigencia se produce la matanza del seguro obrero. En 1948, bajo el gobierno de González Videla, se dictó la Ley 8.987, sobre defensa permanente de la democracia, como manifestación del deseo del Ejecutivo de hacer frente al comunismo, mediante una “ley de efectos permanentes”¹⁵, y no tanto de instrumentos legales que otorgaran facultades extraordinarias al ejecutivo según la coyuntura. Los procesos judiciales, en general, lo eran por conductas atentatorias contra la seguridad del Estado relativas a diversos complot para derrocar a diferentes gobiernos¹⁶, como para aplacar huelgas obreras y campesinas, así como manifestaciones populares.

Entre ellas destaca por su similitud con el estallido social de octubre de 2019, la “Revolución de la chaucha” (1949), una protesta originada en el alza de la locomoción colectiva protagonizada por estudiantes. Se detuvo a varias personas, “cuatro hombres

¹³ DL 1837 Artículo 2.o Los que con el fin de perturbar el orden o tranquilidad públicos, efectuaren actos de violencia sobre las personas o la propiedad pública o privada; y especialmente, los que atacaren tranvías, automóviles u otros vehículos; los que obstaculizaren, de hecho o de palabra, el libre trabajo, o la producción, elaboración o distribución de artículos de primera necesidad, y los que intentaren interrumpir o interrumpieren los servicios de agua, fuerza o de luz, serán detenidos y castigados con la pena de reclusión o extrañamiento menor en cualquiera de sus grados.

¹⁴ LIRA y LOVEMAN, 2014, p. 113.

¹⁵ LIRA y LOVEMAN, 2014, p. 492.

¹⁶ Ej. El “complot de las patitas de chancho” atribuido a un grupo de suboficiales de la aviación (sep. de 1948) (ampliamente, LIRA y LOVEMAN, 2014, pp. 501-506); el “complot de colliguay” atribuido a dirigentes sociales para engañar a la población respecto de una detención y desaparición de dos dirigentes (ampliamente, NOVOA MONREAL, 2017, pp. 23-54).

fueron detenidos por lanzar piedras y petardos a la fábrica de galletas Mackay en la calle Herrera con Moneda y fueron detenidos 3 de los 15 individuos que asaltaron un microbús en Recoleta¹⁷. Días después hubo 60 detenidos, entre ellos dos estudiantes menores de 18 años, por incitar a la huelga a estudiantes de un Liceo de San Miguel¹⁸. A todos se les aplicó la Ley 8.987.

En 1958 bajo el gobierno de Ibáñez del Campo se dicta la Ley 12.927, sobre Seguridad del Estado, aplicándose a partir de ahí en numerosas oportunidades para hacer frente no solo a las disidencias políticas sino también a conductas que pudieran calificarse como delitos “político-sociales”, en cuyo caso el recurso preferente era el uso del art. 6¹⁹. “Casi de rutina se aplicaba la ley de seguridad interior del Estado para ‘solucionar las huelgas ilegales’”²⁰.

La historia confirma que esta ley ha sido una herramienta puesta al servicio no del Estado sino de los diversos gobiernos para aplacar las disidencias y confrontar las demandas populares. Luego, no ha perseguido, en verdad, proteger la estabilidad del Estado, sino la del Poder Ejecutivo de turno²¹.

Y de allí la “conveniente” confusión entre delitos contra la seguridad interior y delitos contra el orden público, similar a la contenida en el CP español de 1944²², que se ve atizada por la indeterminación tanto del concepto de seguridad interior del Estado, como del orden público.

Jorquera, Íñiguez y Piper estudian el concepto de seguridad en Chile en el periodo comprendido entre 1990 y 2016. Sostienen que ha transitado, en el periodo postdictatorial, de una seguridad encarnada en el Estado mismo y sus instituciones, a una seguridad encarnada en las personas y sus bienes²³. Así, el “revolucionario o subversivo” es el enemigo del Estado, el delincuente lo es de la seguridad de las personas y el manifestante es el enemigo para la relación entre seguridad y derechos, pues potencia la violencia y destrucción en las protestas²⁴. Luego, en este concepto de seguridad, pareciera que la seguridad del Estado se confunde con la seguridad de las personas, siendo usual en el discurso de las autoridades la identificación del manifestante por razones políticas y sociales con la delincuencia común, como si de *lumpen* se tratara²⁵.

¹⁷ LIRA y LOVEMAN, 2014, p. 541.

¹⁸ LIRA y LOVEMAN, 2014, p. 542.

¹⁹ LIRA y LOVEMAN, 2020a, pp. 99 y ss. Ver nota 40.

²⁰ LIRA y LOVEMAN, 2020a, p. 273.

²¹ GONZÁLEZ, MERA y VARGAS advierten esta identificación entre estabilidad del Estado y estabilidad del Ejecutivo GONZÁLEZ *et al.*, 1991, p. 230

²² Dicho texto legal contemplaba los delitos de desórdenes públicos bajo el epígrafe de los Delitos contra la seguridad interior del Estado. REBOLLO, 2018, p. 152.

²³ JORQUERA *et. al.*, 2019, pp. 771-773.

²⁴ JORQUERA *et. al.*, 2019, p. 773.

²⁵ Véase por ejemplo las reacciones frente al proyecto de ley sobre indulto general a presos del estallido social. <https://www.eldesconcerto.cl/nacional/2021/08/08/ministro-delgado-por-ley-de-indulto-a-detenedos-de-la-revuelta-son-delinquentes-no-presos-politicos.html> [fecha visita: 23-01-2021].

En la literatura nacional recaída en los delitos contra la seguridad del Estado, el orden público tiene al menos dos acepciones posibles. Una lo concibe como la observancia o respeto de las normas fundamentales del Estado para la organización social y la otra lo concibe como estabilidad política²⁶.

De aceptarse esta última habría una confusión irremediable entre seguridad interior y orden público, tal como ocurría bajo la Ley 8.987 que proscribió al Partido Comunista y sancionó conductas relacionadas con conflictos laborales y huelgas obreras. Esta forma de entender el orden público aparentemente fue descartada con la Ley 12.927 de 1958 que derogó la Ley 8.987, por ser contraria al pluralismo ideológico del sistema democrático contenido en la Constitución de 1925. Admitió entonces la posibilidad de obtener una transformación de las estructuras políticas y sociales sin usar la violencia²⁷. No obstante, en la jurisprudencia de la época, la protección del sistema democrático no es el elemento central, perdiéndose su carácter interpretativo²⁸. Coadyuva a ello que esta ley (y la vigente), emplea la nomenclatura “gobierno constituido”, pareciendo otorgar protección exclusiva al poder ejecutivo, en desmedro de los otros poderes del Estado²⁹, lo que en una adecuada interpretación debiera contemplar a los tres poderes del Estado³⁰.

Bajo la dictadura militar, el orden público vuelve a ser entendido como sinónimo de seguridad interior del Estado pero esta vez al alero de la Doctrina de Seguridad Nacional y la lógica schmittiana de “amigo-enemigo”³¹. Más tarde las reformas realizadas a la LSE bajo la transición democrática, mediante las “Leyes Cumplido” (Ley 19.029 de 23-01-1991 y Ley 19.047 de 14-02-1991), parecen eliminar esta interpretación del orden público, pero tampoco lo definen³².

Es decir, históricamente y en relación con estos delitos, la noción de orden público presenta una interpretación cíclica en función del tipo de régimen o gobierno bajo cuyo mandato se insertan las diferentes leyes o reformas, a veces asimilada a la seguridad interior, y otras no, lo que muestra que el orden público, en cuanto categoría normativa, dista mucho de ser descriptiva y neutral³³. Por lo que convendría preguntarse si dogmáticamente es posible identificar un “orden público” diferente, especial o direccionado hacia la protección de la seguridad interior.

Al respecto, autores españoles reconocen dos vertientes en el concepto de orden público: por una parte, la protección del ordenamiento político establecido (orden

²⁶ GONZÁLEZ *et al.*, 1991, pp. 231-232.

²⁷ GONZÁLEZ *et al.*, 1991, p. 216.

²⁸ GONZÁLEZ *et al.*, 1991, p. 122.

²⁹ GONZÁLEZ *et al.*, 1991, p. 127.

³⁰ GONZÁLEZ, 1989, p. 22.

³¹ En relación con su aplicación en este periodo, LIRA y LOVEMAN, 2020b, pp. 27, 35, 38, 52, 61, 125, 370.

³² El Mensaje del Proyecto de Ley se limitó a expresar la necesidad de hacer modificaciones para atender a “personas procesadas por delitos políticos” en el marco de la reconciliación nacional, con arreglo a los tratados internacionales de derechos humanos. Historia de la Ley 19.047, p. 02.

³³ IRARRÁZAVAL, 2020, p. 202.

constitucional) y por la otra, la tranquilidad pública o paz pública³⁴. En nuestra escasa literatura nacional de la LSE González, Mera y Vargas defienden la idea de un orden público digno de ser protegido mediante una ley de seguridad interior del Estado, toda vez que “esta tranquilidad pública [...] no es una cualquiera, sino la tranquilidad pública en un régimen democrático de gobierno, tranquilidad que, en consecuencia, tiene como telón de fondo la protección de los derechos de las personas”³⁵. Similar, pero a la inversa, Etcheberry sostiene que los desórdenes públicos del art. 269 del Código Penal no atentan contra las bases mismas de la sociedad, sino que corresponden a alteraciones pasajeras de la tranquilidad, que no procuran trastornar el orden establecido³⁶.

Luego, para este sector pareciera que el “orden público” protegido por la LSE es diferente, y supondría una alteración más o menos permanente de la tranquilidad pública, capaz de poner en jaque la estabilidad del Estado.

La distinción no contribuye a resolver el problema, pues reconduce a un concepto también indeterminado, el de tranquilidad pública, que si bien depura al concepto de orden público de connotaciones políticas o ideológicas, permitiendo identificarlo con un orden público material digno de tutela penal³⁷, tampoco ofrece criterios de medición objetivos que permitan distinguir cuando la alteración es permanente o pasajera. El problema está cuando en la incriminación se confunde este orden público material, entendido como límite frente a aquellas manifestaciones de las libertades que en forma más directa atentan contra la convivencia pacífica, con un orden público ideal, entendido como un complejo de principios en los que se funda la convivencia civil, pues este no es un bien, sino una *ratio*³⁸. Y es precisamente esta confusión entre bien y *ratio* la que posibilita la criminalización, como atentatorias contra el orden público, de conductas que solo lo son en su *ratio*, pero están lejos de la lesión al bien jurídico³⁹.

Conviene tener presente que el código penal diferencia claramente entre delitos contra la seguridad interior y exterior y delitos contra el orden público, sin que asocie estos últimos a los primeros. También la jurisprudencia. Así, en 1961 reconoció en una huelga de panificadores un “delito político y social” y no un atentado contra la organización institucional del Estado⁴⁰, consecuentemente no aplicó el artículo 6 de la LSE. En 2015 razonó similar respecto de un grupo de trabajadores del transporte público (Transantiago) que se tomaron una vía férrea del Metro de Santiago por algunos minutos en señal de protesta. El tribunal estimó que la conducta “no ha pretendido ocasionar

³⁴ ZÚÑIGA, 1993, pp. 130-132.; GARCÍA RIVAS, 1990, pp. 125 y ss.; En Chile, GONZÁLEZ *et al.*, 1991, pp. 231 y ss.

³⁵ GONZÁLEZ *et al.*, 1991, p. 233.

³⁶ ETCHEBERRY, 1998, p. 262.

³⁷ MOCCIA, 2008, p. 262.

³⁸ MOCCIA, 2008, p. 264.

³⁹ MOCCIA, 2008, p. 264.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 11.07.1962, cit. Por LIRA y LOVEMAN, 2020a, p. 101, nota 138 y por ETCHEBERRY, 1987, T. III, pp. 439-460.

una situación de desequilibrio institucional que importe la desestabilización del Estado como presupone la figura típica prevista en el artículo 6 de la referida ley⁴¹.

Postestallido social, la tendencia no varió. El TOP de Ovalle absolvió a un imputado pues sus acciones “no significaron una lesión significativa al orden público, y no pueden ser consideradas de magnitud tal que impliquen violentar la estabilidad de alguna institución política y jurídica fundamental del Estado, lo que por tanto hace improcedente la aplicación de la mencionada ley, debiendo enmarcarse la conducta del hechor más bien en la general contemplada en el Código Penal citado⁴².”

Es decir, la jurisprudencia parece reconocer, como bien jurídico protegido, un orden público diferente, pero, en general, es cuidadosa a la hora de calificar la conducta como delito contra el orden público de la LSE, más bien tiende a no hacerlo.

A causa de las dificultades para reconocer una especie de “orden público de seguridad interior” o en qué medida la afectación al orden público opera como vehículo para desestabilizar al Estado, el bien tutelable por el art. 6 de LSE no puede ser otro que el mismo a que se refieren delitos similares del CP, esto es, el orden público material antes definido. Especialmente si consideramos que el orden público en una sociedad democrática debe ser “el resultado de un armónico equilibrio entre el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de la persona y el normal funcionamiento de los servicios públicos de interés general⁴³”, o consistir, a lo menos, en “el legítimo uso o disfrute de los espacios públicos⁴⁴”.

III. EL ART. 6 DE LA LEY DE SEGURIDAD DEL ESTADO

Las figuras contenidas en el art. 6 describen un sinnúmero de conductas con algunas características comunes:

- i) Hay tipos penales de tipicidad alternativa cuyas modalidades de conducta son: “incitar, promover, fomentar, causar de hecho y por cualquier medio”, “destruir, inutilizar, paralizar, interrumpir, dañar, impedir el libre acceso”.
- ii) Su descripción típica no contiene ningún elemento diferenciador, como sí lo poseen las figuras del art. 4 o las del art. 5. En las conductas del art. 4 se exige que ellas sean cometidas por quienes se alzaren contra el gobierno o provocaren la guerra civil, en el art. 5 se exige un elemento subjetivo relativo a la finalidad de alterar el orden constitucional. Eso no ocurre en el art. 6.
- iii) Se describe una amplia gama de conductas, muchas de ellas mediante tipos penales abiertos reñidos con el principio de legalidad: desórdenes propiamente tal,

⁴¹ 4º Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de 05.06.2017, RUC, 1500564925-8.

⁴² Tribunal Oral en lo Penal de Ovalle, sentencia de 12.04.2021, RUC: 1910066746-3.

⁴³ ZÚÑIGA, 1993, p. 131. Similar, COLOMER, 2017, p. 8.

⁴⁴ COLOMER, 2017, p. 6.

dirigidos a alterar la tranquilidad pública (art. 6 a), delitos de destrucción de instalaciones de utilidad pública o de los medios o elementos empleados para actividades industriales, mineras, agrícolas, de comunicación, destrucción de puentes, calles, caminos (art. 6 c y d). En el art. 6 se ubican además otras conductas que lesionan otros bienes jurídicos. Por ejemplo, el envenenamiento de aguas o alimentos (art. 6 e) que afecta la salud pública, el tráfico de armas (art. 6 g) que afecta la seguridad colectiva; la apología (art. 6 f) y el ultraje a la bandera (art. 6 b). Por su frecuencia en la aplicación nos detendremos en los delitos contemplados en el artículo 6 letras a) y c).

1. *Artículo 6 a)*

El artículo 6 a) tipifica la provocación de desórdenes o cualquier otro acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública.

La doctrina reconoce en esta figura un fundamento político⁴⁵ de manera tal que solo sería aplicable en contextos de “grave alteración del orden constitucional u orden público en sentido estricto”⁴⁶. Pero, como se dijo, no hay criterios objetivos que permitan así identificarlo, lo que es importante si en juicio debe probarse esta circunstancia, tal y como lo manifestó el 4° TOP de Santiago:

“[...]se sindicó al encartado como uno más de quienes se manifestaron en la estación Santa Lucía el día 17 de octubre de 2019, por lo que correspondía al Ministerio Público y a los querellantes acreditar que esa manifestación –la que se señaló guardaba relación con el alza del pasaje del Metro– tenía como fin la alteración de la tranquilidad pública, en los términos propuestos por la Ley Nº 12.927, ya sea que se adopte la postura que ello ocurriría si se atenta contra la seguridad interior del Estado, lo que implica intentar socavar las bases de la democracia como forma de organización política, o bien –si se adopta la tesis planteada por el profesor Alfredo Etcheberry– que lo que se busca es la alteración del orden público, entendiendo esta –con el fin de diferenciarla del tipo penal del artículo 269 del Código Penal– como aquella que se provoca dentro de un contexto de agitación pública y no de plena normalidad”⁴⁷.

a) Conducta típica en el art. 6 a)

El art. 6 a) presenta algunas diferencias con el delito de desórdenes públicos del artículo 269 del Código Penal, pues en este, la tranquilidad pública está asociada a la afectación potencial de personas según se desprende de la formulación típica. Exige una

⁴⁵ VAN WEEZEL, 2012, p. 117, BESIO, 2019, p. 269.

⁴⁶ BESIO, 2019, p. 64.

⁴⁷ 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de 02.10.2021, considerando 9°, RUC 1901126565-3.

turbación “grave” de la tranquilidad pública “para causar injuria u otro mal a alguna persona particular o con cualquier otro fin reprobado”⁴⁸, no así el artículo 6 a) de la LSE.

Además, la referencia a la tranquilidad pública en el art. 269 CP forma parte de la conducta típica, exigiéndose que se produzca dicha turbación para satisfacer el tipo, mientras que en el art. 6 a) de la LSE, ella aparece en referencia a un determinado propósito. Así, cuando la finalidad del sujeto sea la de “alterar la tranquilidad pública”, la figura aplicable es la del artículo 6 a)⁴⁹. Esta finalidad en el agente es un elemento subjetivo en el tipo, de tendencia intensificada, que contribuye a precisar el tipo penal⁵⁰. Esto significa que, en el proceso, deberá probarse la existencia de este específico propósito o finalidad, que es diferente a la de causar desórdenes, por ejemplo, en señal de protesta o rabia contra cierto orden de cosas, para defender una manifestación, o con fines reivindicativos o gremiales, entre otros.

Asimismo, la nomenclatura usada para la descripción de la conducta típica en el art. 6 a) de la LSE es la de “provocar desórdenes o cualquier otro acto de violencia”, de donde se sigue que no se trata de cualquier desorden, exige un cierto grado de violencia.

La doctrina delimita la amplitud del art. 269 del CP refiriendo a baremos externos e internos. Los externos dicen relación con el principio de especialidad, descartando su aplicación frente a figuras que realizan algún tipo de incriminación especial, o son de menor relevancia jurídico-penal. La delimitación interna dice relación con la gravedad de la turbación⁵¹.

Estos mismos criterios sirven para el art 6 a), de un lado, en virtud del principio de especialidad, las figuras contenidas en el Código Penal desplazan al art. 6 a) en la medida en que las conductas típicas estén expresamente descritas. Por ejemplo, si en el despliegue de la o las conductas se producen “retenciones o toma de control de vehículo de transporte público de pasajeros”, la norma aplicable es el art. 268 sexies. Si hubo instalación de obstáculos en la vía pública, la figura aplicable es el art. 268 septies CP.

En cuanto a la gravedad de la conducta, al exigirse en su comisión un cierto grado de violencia, ella debe ser potencialmente idónea y eficaz para alterar la tranquilidad pública y el orden institucional, de lo contrario, desaparecería cualquier referencia al desvalor de resultado. Por ello, si se trata de desórdenes públicos cometidos para afectar a personas o con cualquier otro fin reprobado, la figura aplicable es la del art. 269 CP.

De esta forma, la provocación de desórdenes y su cláusula de ampliación (cualquier otro acto de violencia) requieren:

⁴⁸ Ampliamente VAN WEEZEL, pp. 107-117.

⁴⁹ Coincido con VAN WEEZEL, 2012, p. 117.

⁵⁰ Discrepo con Besio quien al diferenciar el art. 269 del art. 6 a) de LSE, indica que quedan excluidos del art 269 aquellos desórdenes que “generen turbación en la tranquilidad pública verificados en contextos de grave alteración del orden constitucional u orden público en sentido estricto”. BESIO, 2019, p. 64. En mi opinión, el tipo penal del art. 6 a) de LSE no exige un resultado de alteración de la tranquilidad pública.

⁵¹ BESIO, 2019, p. 63.

- i. Que el acto cometido no esté expresamente tipificado en otra disposición vigente del derecho penal común o especial.
- ii. Ser cometidos con la finalidad de alterar la tranquilidad pública (y no con otro fin reprobado o no).
- iii. Producirse en el contexto de una grave alteración al orden institucional del Estado.

Como se puede observar, el ámbito de aplicación de la disposición prácticamente desaparece, pues la normativa contenida en el Código Penal es suficiente para aprehender estas conductas, la finalidad de alterar la tranquilidad pública psicologiza el concepto dificultándose al extremo la prueba de la misma. Y finalmente, no hay criterios objetivos para indicar en qué consiste una grave alteración al orden institucional del Estado.

No obstante, rescato un interesante voto de minoría de un fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena emitido en el contexto de una huelga salitrera (1953) a la que se aplicó la Ley 8.897. La Corte condenó a unos dirigentes por realizar la faena “a ritmo lento” vulnerando con ello el orden público, especialmente el orden público económico. El voto de minoría realiza un interesante ejercicio interpretativo, sosteniendo que, a falta de definición de orden público contenido en la ley, el orden público contenido en ella tendría características propias que lo diferencian del orden público general. Tales serían: a) el acto debería lesionar directamente la seguridad de los ciudadanos b) los resultados de la conducta deben tener un efecto inmediato respecto del orden público, a diferencia de otros hechos punibles que solo son consecuencia indirecta, c) las conductas tienen que alterar o tender a alterar la convivencia social, d) producen una alarma colectiva que nace desde que el hecho se produce o se conoce, e) provoca en los ciudadanos un estado de intranquilidad tal que desaparece la paz social, f) no se advierte fácilmente la objetividad jurídica inmediata, salvo que se tratare de un ataque directo y exclusivo a la paz pública⁵².

De esta forma, el ritmo de trabajo lento impuesto por los obreros, no era idóneo para atentar contra el orden público ni tampoco estos perseguían perturbar el normal desarrollo de la industria, pues sus peticiones eran únicamente reivindicativas (mejoramiento de las remuneraciones)⁵³.

2. *Artículo 6 c)*

El art. 6 c) sanciona como delito contra el orden público a “los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio, destruyan, inutilicen, paralicen, interrumpan o dañen las instalaciones, los medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución, y

⁵² *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, año 1954, 2ª p. Secc. 4ª, pp. 123 y ss. Cit. en MERA *et al.*, 1987, p. 24.

⁵³ MERA *et al.*, 1987, p. 24.

los que, en la misma forma, impidan o dificulten el libre acceso a dichas instalaciones, medios o elementos”.

a) Conducta típica y objeto material en el art. 6 c)

La conducta típica queda integrada por dos tipos de comportamiento, unos de “promoción” (“incitar, promover y fomentar”) y los otros de “ejecución o realización” (“destruir, inutilizar, paralizar, dañar”, “impedir, dificultar”).

La incitación debe ser entendida como inducción, conforme con las normas generales de participación criminal. Las conductas de “fomentar” y “promover”, palabras sinónimas según la RAE, implican impulsar, atizar, excitar, dar pábulo a algo, de manera tal que conductas que no alcanzan el grado de inducción, como celebrar lanzando vítores y agitando brazos la destrucción de algún servicio público, podrían quedar cubiertas por esta disposición, lo que supone una colisión con la garantía constitucional de libertad de expresión que debe ser resuelta en favor de esta última.

Los verbos rectores “destruir, inutilizar, paralizar, dañar”, pueden interpretarse según el criterio lógico sistemático, procurando hallar el sentido de los preceptos “a través de su integración en la lógica del conjunto del orden jurídico al que pertenece”⁵⁴, esto es, en la norma misma que los contiene. La interpretación además debe combinarse con el principio de lesividad o insignificancia⁵⁵. Luego, la paralización, que implica un menor desvalor que destruir o dañar, debería ser entendida como aquella que pueda conllevar algún tipo de afectación rayana con la inutilización, daños o destrucción. La inutilización implica que el objeto ha sido intervenido de manera tal que deja de servir a los fines para los que fue concebido, sin que necesariamente haya sido destruido o dañado.

Así pareció entenderlo el TOP de San Antonio, respecto de quienes durante la madrugada dispararon balines de acero a instalaciones de la Fiscalía Local y a un cuartel de la Policía de Investigaciones, pues si bien ello ocasionó problemas en el acceso del público, no se acreditó una paralización o siquiera alteración en el funcionamiento de ambas instituciones, y se probó que la motivación de la conducta fue venganza por ciertas determinaciones de la autoridad. Calificó la conducta como delito de daños del artículo 485 del Código Penal⁵⁶.

Pero no es un criterio unánime, pues otra sentencia dio por satisfecho el tipo penal del art. 6 c) tratándose de la instalación de unas barricadas en la línea férrea del Metro, que causaron interrupción del servicio por aproximadamente 30 minutos afectando a cerca de nueve mil pasajeros, y una pérdida monetaria por la no venta de pasajes en ese lapso⁵⁷.

Retornando a la descripción típica del art. 6 c), su primera parte señala: “Los que inciten, promuevan o fomenten, o de hecho y por cualquier medio”. Las conductas están

⁵⁴ POLITTOF, 1997, p. 131.

⁵⁵ Acerca de este principio como regla de interpretación de la ley penal y fijadora de la tipicidad, MATUS y RAMÍREZ, 2021, pp. 188-191.

⁵⁶ Tribunal Oral en lo Penal de San Antonio, sentencia de 13.04.2021, RUC 2000238976-3.

⁵⁷ 10° Juzgado de Garantía de Santiago, sentencia de 19.10.2020, RUC 1901171992-1.

separadas por una conjunción disyuntiva “o”, dando cuenta que se trata de una figura de tipicidad mixta o alternativa, pues para la configuración del tipo basta con la realización de una sola de las actividades descritas en la extensa variedad de hipótesis delictivas⁵⁸. No se trata de una tipicidad reforzada, pues eso implicaría que cada una de estas conductas refuerza a la otra, debiendo desplegarse en momentos tal vez diferentes, lo que no se condice con el tenor literal del precepto. Por ejemplo, no se requiere previamente “paralizar” para poder “destruir”, ni tampoco se requiere “destruir” para “inutilizar”.

Asimismo, pudiera conducir a interpretar que toda promoción o fomento es equivalente a una incitación, lo que por un lado permitiría sostener que si la incitación es la inducción directa a cometer el delito, toda aquella conducta de promoción o fomento que no cumpla con esas características, debería ser descartada como conducta punible, pero por otro lado, también pudiera sostenerse que toda conducta de promoción o fomento, así sea agitar los brazos, realizar ademanes, emitir silbidos y vítores azuzando a los manifestantes, por orden del legislador constituyen una incitación directa a cometer un delito.

La tesis acerca de su naturaleza como tipo penal mixto o alternativo, permite afirmar que respecto de las conductas de promover o fomentar, para que resulten punibles conforme con el texto, deben consistir en algo lo más cercano posible a una incitación y traspasar el umbral de la libertad de expresión. Ello en consonancia con el principio de lesividad y el respeto a la garantía constitucional de la libertad de expresión (art. 19 n° 12 CPR).

Como modalidad de ejecución, el legislador emplea la nomenclatura “de hecho y por cualquier medio”, lo que abre extraordinariamente el tipo penal. Considerando la interpretación restrictiva en materia penal, los medios deben ser idóneos para satisfacer la conducta delictiva de que se tratare. Sin embargo, la redacción poco feliz de la norma invita a pensar en una conducta extraordinariamente amplia, por ejemplo, “los que por cualquier medio interrumpen o paralican una actividad agrícola” como una protesta tipo “huelga de brazos caídos” de las temporeras en mitad de la faena, o los que por cualquier medio “interrumpen” un servicio público, como una ocupación de las dependencias, por ejemplo, del Ministerio de Desarrollo Social por un grupo de indígenas, impidiendo el funcionamiento, o la mera manifestación de estos en la puerta del edificio impidiendo el acceso a los usuarios.

En cuanto al objeto material, se trata de “medios o elementos empleados para el funcionamiento de servicios públicos o de utilidad pública o de actividades industriales, mineras, agrícolas, comerciales de comunicación, de transporte o de distribución”, y respecto de la conducta de impedir o dificultar el libre acceso, su objeto material son las instalaciones mismas, o esos medios o elementos.

La jurisprudencia reciente ha interpretado de manera restrictiva este concepto privando a las mamparas de su carácter de elemento “para el funcionamiento” del servicio público. En concepto del TOP de Valparaíso, debe acreditarse un elemento subjetivo,

⁵⁸ Según Roxin, en los tipos penales de tipicidad mixta o alternativa “varias acciones realizan el tipo, no cumulativa, sino alternativamente; un caso así lo constituyen las lesiones peligrosas (párrafo 223a) en cuyo tipo cada una de las cuatro distintas formas de acción realiza por sí sola el delito”, ROXIN, 1997, p. 337.

pues “dicha exigencia se encuentra ínsita en la exigencia de que los daños recaigan en los medios necesarios para el desarrollo de la función pública y, por más laxa que sea la interpretación que de ellos se haga, los que recaen sobre la protección metálica o los vidrios de la mampara de acceso no alteran el desempeño de la labor jurisdiccional, toda vez que no se aplican directamente a esta”⁵⁹.

El TOP calificó el delito como delito de atentados contra la autoridad del art. 264 inc. 2 CP.

b) Problemas con los principios de legalidad y proporcionalidad

La descripción típica combinando verbos rectores y objetos materiales permite una diversidad de hipótesis delictivas tan extensas y variadas que no cumple con el mandato de determinación del principio de legalidad, y deja serias dudas acerca del principio de proporcionalidad ordinal⁶⁰.

Esto, toda vez que podemos encontrar hipótesis que van desde la destrucción de un servicio público lanzando piedras, hasta la de quienes impiden el ingreso al mismo bloqueando el acceso con sus cuerpos. O la de quienes dañan pintando consignas en la estatua del monumento al general Baquedano mientras otros desde las inmediaciones lo celebran con aplausos y silbidos.

La descripción típica por un lado revela un tipo penal abierto al contemplar en la norma de comportamiento la posibilidad de ejecutarse “de hecho y por cualquier medio”, pero por otra parte, si bien describe en forma detallada diferentes hipótesis delictivas ello no significa que cumpla con el mandato de determinación legal. Esto ocurre cuando la descripción típica detallada provoca confusiones o permite una extensión arbitraria de la interpretación⁶¹. No contribuye a la precisión sino más bien a una flexibilidad en la interpretación judicial que podría llegar a otorgar a la norma una dirección completamente diferente de la que el legislador quiso darle⁶².

Así por ejemplo, cuando se confunde un robo en lugar no habitado con una conducta atentatoria contra la seguridad interior. En noviembre de 2019 (antes de la Ley 21.208 de 30.01.2020 que incorporó los arts. 449 ter y 449 quáter) unos sujetos ingresaron a un supermercado mediante forado, cerca de las 22:30, apropiándose de 10 cervezas, 10 paquetes de papel higiénico y un alimento para gatos, especies valuadas en una suma cercana a los 64 mil pesos⁶³. Fueron detenidos y uno de ellos portaba una máscara de protección de respirador de gas, 1 gorro color amarillo, 1 prenda de color negra tipo

⁵⁹ Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, sentencia de 29.04.2021, RUC 1 901 288 773-9.

⁶⁰ Ambas alegaciones, incumplimiento de mandato de determinación y de proporcionalidad fueron sostenidas por la Defensoría Jurídica de la U. Chile ante el Tribunal Constitucional (Rol 10.732-21).

⁶¹ “Un precepto penal será suficientemente preciso y determinado si y en la medida que del mismo se pueda deducir un claro fin de protección al legislador y que de todos modos el tenor literal siga marcando límites a una extensión arbitraria de la interpretación”. ROXIN, 1997, p. 172.

⁶² HASSEMER, 1984, pp. 316-317.

⁶³ Juzgado de Garantía de Arica, sentencia de 14.06.2021, RUC 1901222505-1.

capucha y un guante. Fueron condenados por el delito de robo en lugar no habitado (art. 442 N° 1 CP), e infracción al art. 6 c) de la LSE. En su sentencia el tribunal argumenta débilmente la calificación de los hechos por la LSE, indicando que:

“La acción desplegada por los acusados [...] junto con otros sujetos no identificados, contribuyó al daño e interrupción de los medios y elementos que utilizaba el Supermercado Líder, cuyo giro es la distribución de alimentos, entre otros, en un contexto de tumulto y conmoción popular que estaba ocurriendo el día 12 de noviembre del 2019 a las 22 horas en el sector de [...] lugar donde se encontraba la empresa afectada”⁶⁴.

Además, hay una infracción al principio de proporcionalidad ordinal, ya que se asigna la misma pena a conductas diversas en su desvalor y gravedad. En el literal c) hay comportamientos consistentes en causar destrucción o daños y otros de fomento, promoción o incitación. Pero aún más, el art. 7 sanciona también con las mismas penas a los comportamientos punibles de las letras d) y e) del art. 6, entre ellos, el envenenamiento de aguas para consumo público. Esta formulación no resiste el juicio de “merecimiento comparativo” que obliga a que se comprueben los requisitos de paridad (a comportamientos punibles iguales, misma sanción) y de ordenación por rango (graduación de la severidad de las sanciones según la seriedad de los hechos con los que se conectan)⁶⁵.

3. Concursos

La provocación de un acto de violencia destinado a alterar la tranquilidad pública, una de las conductas descritas en el art. 6 a), en caso de causar daños puede llevar a una situación de concurso entre el delito del 6 a) y los delitos de daños simples (arts. 484 y 487 inc. 1 CP), o calificados (art. 485 y 486 CP). En la medida que hay una superposición de los respectivos “contenidos de significación delictiva”⁶⁶, como si de un “delito progresivo”⁶⁷ o de tránsito se tratara, pues es el acto de violencia el que produce los daños, cabría apreciar un concurso aparente, en consonancia “con la prohibición de sobrevaloración en la cual se concretiza el principio *ne bis in idem* en cuanto prohibición de punición múltiple”⁶⁸. A la misma solución podemos llegar aplicando el “principio de insignificancia”⁶⁹ respecto del hecho copenado (desórdenes) en relación con el principal (daños).

La solución no varía por la regla del art. 488 CP que hace punibles los daños salvo que constituyan un delito con mayor pena, pues si el desvalor del acto de violencia

⁶⁴ Juzgado de Garantía de Arica, sentencia de 14.06.2021, RUC 1901222505-1.

⁶⁵ Acerca de estos conceptos, MAÑALICH, 2018, p. 152.

⁶⁶ Empleo la denominación de MAÑALICH, 2018, pp. 137-138.

⁶⁷ JIMÉNEZ DE ASÚA, 1990, p. 148.

⁶⁸ MAÑALICH, 2018, p. 138.

⁶⁹ MATUS, 2008, p. 317.

(desórdenes) queda comprendido en el desvalor del hecho del delito de daños, habría un concurso aparente de leyes penales por consunción invertido apoyado en la idea de que “la norma desplazada queda fuera de juego si la primaria contiene un privilegio punitivo que el autor perdería recurriendo a la norma desalojada”⁷⁰.

A una solución como esta arribó la jurisprudencia respecto de hechos ocurridos el 17 de octubre de 2019 (un día antes del estallido social como lo explicita el fallo), consistentes en que un grupo indeterminado de personas provocaron desórdenes al interior de la estación del Metro Santa Lucía. Habrían ingresado forzando el portón de acceso y las mamparas evadiendo el pago de pasaje e incitando al resto de la gente a hacer lo mismo. El único imputado conocido además habría golpeado un vidrio de la mampara avaluándose los daños en \$ 700.000. Fue absuelto por no haberse acreditado su participación, pero el tribunal se pronunció también acerca de una eventual infracción al *ne bis in idem*:

“[...] todo aquello que diga relación con las patadas que habría propinado el encarado a una (s) mampara (s) de vidrio (s) dicen relación con el delito de daños simples por el que también se lo acusó, constituyendo dicho acto el medio comisivo del mismo, por lo que de intentar encuadrarse dicha acción dentro de los desórdenes públicos que también se le imputan, implicaría una vulneración al principio del *non bis in idem*”⁷¹.

Se puede presentar también un concurso entre el art. 6 c) y el artículo 11 de la misma ley que sanciona la interrupción o suspensión colectiva, paro o huelga de los servicios públicos o en las actividades de la producción, del transporte o del comercio, en términos tales que alteren el orden público, o perturben los servicios de utilidad pública, o produzcan daño a cualquiera de las industrias vitales. En este caso, en virtud del principio de especialidad, la figura aplicable es la del art. 11 cuando el medio con el que se interrumpa o paralice un servicio público sea una huelga. No obstante, la transgresión de estas conductas al momento de fijar la tipicidad debe ser examinada en estrecha conexión con los derechos fundamentales, considerando que el derecho a huelga tiene rango constitucional⁷², y que la prohibición contenida en el art. 19 n° 16 no obliga *per se* al uso de la herramienta penal cuando se transgrede la prohibición.

Así también podría plantearse un concurso entre el art. 6 a) que tipifica los desórdenes públicos, con hipótesis del art. 6 c), ya que el primero tiene una amplitud tal que es capaz de absorber las hipótesis del segundo. En el ya referido fallo de la barricada en la línea férrea del Metro, esta conducta formaba parte de desórdenes públicos que se desarrollaban en este momento. No obstante, el tribunal reconoció un concurso aparente

⁷⁰ JESCHECK, 2002, p. 789. Similar, JAKOBS, 1997, p. 1062: “Si el hecho concomitante está conminado con pena superior a la del hecho primario, la consunción surte un efecto análogo al privilegio: Decae la conminación penal más grave”.

⁷¹ 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de 02.10.2021, considerando 9°, RUC 1901126565-3.

⁷² GAMONAL, 2013, pp. 116 y ss.

que resolvió por la vía del principio de especialidad, siendo el art. 6 c) la norma especial en dicho caso y por tanto la aplicable⁷³.

Pudiera presentarse también un concurso aparente entre el art. 6 c) en su modalidad de promover, con el art 6 f) que castiga la apología o propaganda de doctrinas que ensalcen la violencia. La jurisprudencia así parece entenderlo cuando refutó un supuesto concurso ideal entre ambos, por no haberse acreditado qué hechos configuraban una u otra figura típica⁷⁴.

También puede existir un concurso con las figuras de los arts. 268 sexies, 268 septies y 485 del CP. El art. 268 sexies sanciona a los que con violencia o intimidación retuvieren o toman el control de un vehículo de transporte público, así como al que se apropiare del mismo, conducta que pudiere producirse en el contexto de graves desórdenes (art. 6 a) o en la hipótesis de interrupción de un medio de transporte público del art. 6 c).

De esta forma, si en el despliegue de conductas se produce esta retención o apropiación, en virtud del principio de especialidad debe aplicarse el art. 268 sexies, a menos que se tratare de una “mera retención ejercida desde el exterior” como cuando se retiene el vehículo para impedirle el paso y que durante un lapso de tiempo siga con su recorrido, caso en el que la figura aplicable sería el delito-falta de coacciones del art. 494 n° 16 CP⁷⁵.

El art. 268 septies contiene hipótesis de interrupción de la libre circulación de personas, y de lanzamiento de objetos cortantes, punzantes o contundentes. Y el art. 485 n°s 5, 6 y 7 CP sanciona los daños (calificados) causados en algunos servicios públicos o bienes nacionales de uso público y que pudieran entrar en concurso con las hipótesis de destrucción o daños de instalaciones de servicios públicos o de utilidad pública el art. 6 c). El concurso aparente con el art. 6 c) de la LSE se debe resolver conforme con el principio de especialidad, considerando además que este último no establece, como se ha dicho, ningún elemento que pudiera diferenciar estas conductas de las de los delitos comunes. Lo mismo cuando se tratare de la incitación a cometer un delito concreto, debería castigarse conforme con las reglas de la Parte General y en relación con el concreto delito cometido.

Finalmente, y en relación con las conductas desplegadas durante el estallido social, es menester tener presente que el carácter político que deben tener las conductas no deriva únicamente de la situación de encontrarse al momento de los hechos ante un estado de excepción declarado constitucionalmente, sino que para satisfacer la antijuridicidad material debe probarse que el hecho se encuentra conectado con el estado de emergencia decretado. En este sentido se ha pronunciado la jurisprudencia⁷⁶. No obstante, y nuevamente, no hay criterios objetivos que permitan sostener que las conductas afectan a un

⁷³ 10° Juzgado de Garantía de Santiago, sentencia de 19.10.2020, RUC 1901171992-1.

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 08.06.2017, RUC 1401014660-8.

⁷⁵ Coincido en esto con COUSO, 2019, p. 56.

⁷⁶ Tribunal Oral en lo Penal de Valparaíso, sentencia de 29.04.2021, RUC 1 901 288 773-9, Similar el 4° Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, sentencia de 02.10.2021, RUC 1901126565-3.

orden público diferente, un orden público de seguridad interior, que proteja al Estado y no al gobierno de turno.

IV. CONCLUSIONES

La investigación a cuyo alero se elaboró este trabajo, muestra preliminarmente que la hipótesis formulada está siendo confirmada, debido a que hay una gran cantidad de querellas por delitos de la LSE respecto de hechos ocurridos durante el estallido social que finalmente no logran el objetivo pretendido, esto es, condenas por este tipo de delitos. Hay pocas sentencias condenatorias.

Asimismo, a diferencia de lo que pensábamos, esto es, que la mayoría de las conductas incriminadas lo eran por vulnerar la seguridad interior (arts. 4 y 5 de LSE), encontramos que estas prácticamente no están presentes. En cambio, son abundantes las atentatorias contra el orden público, especialmente por medio del art. 6 letras a) y c), cuya formulación típica presenta problemas con los principios de legalidad, proporcionalidad y lesividad.

El orden público es un concepto indeterminado, lo mismo que la tranquilidad pública, por lo que resulta difícil que en cuanto bienes jurídicos cumplan con su función de garantía de delimitación de los tipos penales. Pese a ello, algunos autores sostienen que el orden público que protegen los delitos de la ley de seguridad del Estado se identifica con una forma especial de tranquilidad pública y cuya alteración supondría una trastocación del orden establecido. Es decir, sobre un concepto indeterminado construyen otro más indeterminado aún, pues no hay criterios objetivos que permitan hacer esta diferenciación. De esta forma, lo que aquí se sostiene es que las figuras del art. 6 de LSE, al igual que las del Código Penal, tienen un mismo bien jurídico, el orden público entendido como tranquilidad pública. Esta debe conjugar el ejercicio legítimo de los derechos y libertades fundamentales con el uso legítimo de los espacios públicos y el normal funcionamiento de los servicios públicos. Así concebido el orden público puede vaciarse de connotaciones políticas o ideológicas que lo conviertan en una herramienta para neutralizar a las disidencias.

BIBLIOGRAFÍA

- BESIO, Martín, 2019: "Artículo 269. Comentario", en Couso, Jaime- Hernández, Héctor (Dir.) *Código Penal comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia*, Chile: Thomson Reuters, pp. 59-76.
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional, 1997: Historia de la Ley 19.047 (D. Oficial de 14 de febrero de 1991). Compilación de textos oficiales del debate parlamentario., Santiago, Chile. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaLey/nc/historia-de-la-ley/7420/>
- COLOMER Bea, David, 2017: "Reflexiones en torno al bien jurídico protegido en los delitos de desórdenes públicos", *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología* (19-18).

- COUSO, Jaime, 2019: "Artículo 268 sexies. Comentario", en Couso, Jaime- Hernández, Héctor (Dirs.) *Código Penal comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia*, Chile: Thomson Reuters, pp. 54-59.
- DEFENSORÍA Jurídica de la Universidad de Chile. "Informe sobre la constitucionalidad del artículo 6 letra c) de la ley nº 12.927 ley de seguridad interior del estado. Amicus Curiae ante el excelentísimo Tribunal Constitucional de Chile", Rol Nº 10732-21. Disponible en <https://www.tribunalconstitucional.cl/expediente>.
- ETCHEBERRY, Alfredo, 1998: *Derecho Penal. Parte Especial*, T. IV, Chile: Editorial Jurídica.
- ETCHEBERRY, Alfredo, 1987: *El derecho penal en la jurisprudencia*, T.III, Chile: Editorial Jurídica
- GARCÍA Rivas, Nicolás, 1990; *La rebelión militar en derecho penal*, España: Ediciones Universidad de Castilla La Mancha.
- GAMONAL, Sergio, 2013: "El derecho de huelga en la constitución chilena". *Revista de derecho (Coquimbo)*, 20(1), 105-127. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-97532013000100005>
- GONZÁLEZ, Felipe, 1989: "Modelos legislativos de seguridad interior: 1925-1989". *Revista chilena de derechos humanos*, (11) pp. 18-24. Disponible en <http://bibliotecadigital.academia.cl/xmlui/handle/123456789/3823>
- GONZÁLEZ, Felipe, MERA, Jorge, VARGAS, Juan, 1991: *Protección democrática de la seguridad del Estado (Estados de excepción y derecho penal político)* Chile: Programa de Derechos Humanos Universidad Academia de Humanismo cristiano.
- HASSEMER, Winfried, 1984: *Fundamentos del Derecho penal* (trad.), Barcelona: Bosch.
- IRARRÁZAVAL, Paz, 2020 "Emergencia y orden público. El orden policial y económico en el debate público" en Contreras, P. (editor): *La ley de la emergencia. Ensayos sobre el derecho, la excepción y la pandemia*, Chile: DER Ediciones, pp. 201-214.
- JAKOBS, Günter, 1997, *Derecho penal. Parte General* (trad.), Madrid: Marcial Pons.
- JESCHECK, Hans, 2002: *Tratado de derecho penal. Parte General* (trad.), Granada: Comares.
- JIMÉNEZ de Asúa, Luis, 1990, *Principios de derecho penal. La ley y el delito*, Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- JORQUERA, Tamara, ÍÑIGUEZ, Lupicinio, PIPER, Isabel, 2019: "Qué es la seguridad para el Estado chileno: análisis de discurso 1990-2016", *Revista Política y Sociedad*, (Madrid) 56(3), 757-777. Disponible en <https://revistas.ucm.es/index.php/POSO/article/view/63531>
- LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian, 2014: *Poder Judicial y conflictos políticos* (Chile: 1925-1958), Chile: LOM.
- LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian, 2020a: *Poder Judicial y conflictos políticos (Chile: 1958-1973)*, Tomo II, Chile: LOM.
- LIRA, Elizabeth y LOVEMAN, Brian, 2020b: *Poder Judicial y conflictos políticos (Chile: 1973-1990)*, Tomo III, Chile: LOM.
- MATUS, Jean Pierre y RAMÍREZ, María Cecilia, 2021: *Manual de Derecho Penal. Parte General*, Valencia: Tirant Lo Blanch.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2018: *Estudios sobre la fundamentación y determinación de la pena*, Chile: Thompson Reuters.
- MATUS, Jean Pierre, 2008: *El concurso aparente de leyes*, Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- MERA, Jorge, GONZÁLEZ, Felipe, VARGAS, Juan, 1987: *Función judicial, seguridad interior del Estado y orden público: el caso de la ley de defensa de la democracia*, Chile: Programa de Derechos Humanos, Academia de Humanismo cristiano, Cuaderno de trabajo Nº 5, Julio de 1987.
- MOCCIA, Sergio, 2008: *El derecho penal. Entre ser y valor*, Buenos Aires: Editorial BdF.
- NOVOA Monreal, E., 2017: "El complot de Colliguay", en Novoa Monreal, E. *Grandes procesos. Mis alegatos* Chile: Editorial Jurídica, pp. 23-54.
- POLITTOF, Sergio, 1997: *Derecho Penal*. T.I, Chile: Editorial Jurídica Conosur.

- REBOLLO Vargas, Rafael, 2018: "Consideraciones y propuestas para el análisis del delito de rebelión y, en particular, del delito de sedición: bien jurídico y algunos elementos del comportamiento típico", *Revista de Derecho Penal y Criminología UNED*, (19), pp. 139-178.
- RODRÍGUEZ Collao, Luis. y SOLARI, Tito, 1988: "Reflexiones en torno al concepto de seguridad del Estado". *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, (12), pp. 203-224. Disponible en http://scholar.googleusercontent.com/scholar?q=cache:i0ha8OPv5WsJ:scholar.google.com/+ley+seguridad+interior+del+estado+chile&hl=es&as_sdt=0,5
- ROXIN, Claus, 1997: *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La estructura de la Teoría del Delito*, Madrid: Civitas.
- VAN Weezel, Alex, 2012: "Estructura y alcances del injusto típico del delito de desórdenes públicos", en Defensoría Penal Pública, *Informes en Derecho. Doctrina procesal penal*, pp. 99-137.
- ZÚÑIGA, Laura, 1993: *Libertad personal y seguridad ciudadana. Estudio del tipo de injusto del delito de detenciones ilegales practicadas por funcionario público*. Barcelona: PPU.

Normas jurídicas citadas

DECRETO 890 que fija el texto actualizado y refundido de la Ley n° 12.927, sobre seguridad del Estado publicado el 16 de agosto de 1975.

Código Penal

- LEY 12.927, de seguridad interior del Estado publicada el 6 de agosto de 1958.
- LEY 5.091, que sanciona delitos contra la seguridad interior del Estado, publicada el 17 de marzo de 1932.
- LEY 6.026 publicada el 12 de febrero de 1937.
- LEY 8.987, sobre defensa permanente de la democracia, publicada el 18 de octubre de 1948.
- LEY 19.029 que modifica el Código de justicia militar, el Código penal, la ley n° 12.927 y la ley n° 17.798, publicada el 23 de enero de 1991.
- LEY 19.047, que modifica diversos textos legales que indica, a fin de garantizar en mejor forma los derechos de las personas, publicada el 14 de febrero de 1991.
- DL 1837 que "establece sanciones por perturbaciones al orden público", publicado el 21 de junio de 1932.
- DL 50 que "Caracteriza a enemigos de la República y establece sanciones", publicado el 24 de junio de 1932.
- DL 637, que suprime los tribunales especiales creados por los decretos leyes n°s 100 y 314 del presente año, publicado el 22 de septiembre de 1932.

Delimitación del círculo de autores en la modalidad pasiva del delito de corrupción entre particulares en un “modelo de la competencia” y consecuencias asociadas a la exclusión del principal

*Oswaldo Artaza Varela**

RESUMEN

El trabajo examina los problemas relativos al círculo de autores del delito de corrupción entre particulares que son consustanciales a un “modelo de la competencia” y que están asociados al hecho de que se sancione exclusivamente la corrupción de empleados o mandatarios. Así, se analizan las dificultades relativas a la determinación de quiénes pueden ser considerados autores en este delito a partir del objeto de protección y cuáles son las consecuencias legítimas que pueden derivarse, para la valoración del comportamiento de estos, del hecho que se excluya al principal del círculo de autores.

Corrupción entre particulares; empleado; mandatario; exclusión del principal

Demarcation of the circle of perpetrators in the passive modality of the crime of commercial bribery in a “competition model” and consequences associated with the exclusion of the principal

ABSTRACT

The paper examines the problems related to the circle of offenders in the crime of commercial bribery that are inherent to a “competition model” and are associated with the fact that the corruption of employees or agents is exclusively sanctioned. It will be analyzed the problems associated with the determination of those who can be considered perpetrators of this crime. Then, will be resolved the question of the legitimate consequences can be derived from the fact that the principal is excluded from the circle of perpetrators (principal in the first degree) for the assessment of the behavior of the employees or agents.

Commercial bribery; employees; agents; principal exclusion

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho y Ciencias Políticas, Universidad de Barcelona, España. Profesor asociado Centro de Estudios de Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8453-5069>. Correo electrónico: oartaza@utalca.cl.

El presente artículo ha sido desarrollado en el marco del proyecto Fondecyt Regular N° 1210214, titulado: “El delito de corrupción entre particulares como delito económico: una propuesta analítica desde una perspectiva comparada”.

Artículo recibido el 21.4.2022 y aceptado para su publicación el 5.10.2022.

I. INTRODUCCIÓN

Mediante la Ley 21.121 se introdujo en Chile el delito de corrupción entre particulares con la incorporación de los artículos 287 bis y 287 ter, los que regulan la llamada corrupción pasiva y activa, respectivamente. Si bien es cierto que por medio de estas figuras se pretenden erradicar los actos de corrupción de empleados o agentes que se lleven a cabo en el sector privado, se pueden identificar del examen del ámbito comparado fundamentos muy diversos a la hora de explicar las razones por las que se ha criminalizado esta conducta y la forma como se tipifica, esto es, podrían identificarse diversos “modelos regulativos”¹. En términos simples, estos modelos responderían a la definición de qué es lo protegido por tales tipos penales y el alcance de esta protección. En la actualidad, con matices y simplificando el punto, estos modelos pueden ser agrupados en dos grandes categorías². En primer lugar, aquellas legislaciones que ponen el acento en la protección de los intereses del empleador, ya sea recurriendo a la salvaguarda de deberes fiduciarios –“modelo del empleador”– o su patrimonio –“modelo patrimonial”–. Tales modelos se caracterizan, desde el punto de vista de la estructura del tipo penal, por satisfacerse con el solicitar o aceptar³, en su caso, un beneficio económico o de otra naturaleza, al que no se tiene derecho, para llevar a cabo una conducta contraria a los intereses del empleador o “principal”, como podría ser la de vender información confidencial en forma contraria a las obligaciones del cargo⁴ y, en algunos ordenamientos, con la exigencia de perjuicio al principal⁵. Por otra parte, aquellos ordenamientos jurídicos en que se reconoce en estos tipos penales una forma de protección a la competencia leal, es decir, la protección de intereses supraindividuales relativos al funcionamiento del sistema de mercado, por lo que recibe la denominación de “modelo de la competencia”. En este último sentido, se ha señalado, con el propósito de legitimar la criminalización de tales conductas, que la corrupción afectaría la competencia o la falsearía en la medida que alteraría los efectos esperados de esta. Estos efectos serían, al menos en lo que se refiere a la toma de decisiones en determinadas interacciones comerciales, que la obtención de clientes se lleve a cabo en

¹ En detalle, ALDONEY, 2020, p. 816. En detalle, desde un punto de vista comparado, LA ROSA, 2018, pp. 43 y ss.

² ARTAZA, 2021, pp. 292-297. Como se indicó, tal categorización no es más que una simplificación. Para un análisis detallado de tales modelos, ver HEINE, 2003, pp. 10 y ss.

³ Se ocupará acá indistintamente los términos “solicitar” o “aceptar” para simplificar la exposición, con independencia de que no respondan a toda la variedad de verbos rectores utilizados en las legislaciones analizadas.

⁴ En este sentido, el artículo 661.3 del Código Penal de California y el artículo 180 del Código Penal de Nueva York. En ambos se sanciona la infracción de deberes hacia el principal y se exige no haber obrado con su consentimiento.

⁵ Un buen ejemplo de exigencia de perjuicio es la del artículo 2635 del Código Civil italiano, sin perjuicio de que con esto no se está asumiendo que este tipo penal proteja el patrimonio, asunto que es sumamente discutido por la doctrina de ese país –sobre todo por los cambios legislativos que ha tenido tal disposición–, lo que excede al objeto de este trabajo. Al respecto, fundamental, LA ROSA, 2018, pp. 290-323; TRONCONE, 2018, pp. 93-118.

forma de procesos permitidos y legítimos donde primen criterios de mérito económico⁶. Parece evidente que la característica definitoria de este modelo es que se restringe el campo de aplicación de la norma de comportamiento a aquellos sobornos dados en situaciones de competencia, como claramente lo hace el Código Penal chileno, al exigir que el soborno esté conectado al favorecimiento de un oferente por sobre otro.

Ahora, con independencia de las importantes diferencias que puedan identificarse entre tales modelos, lo cierto es que coinciden en un aspecto sumamente relevante: por la delimitación del “círculo de autores”, al menos en lo que respecta a la “modalidad pasiva”⁷, ya que solo resultan jurídico-penalmente relevantes aquellos sobornos donde el eventual destinatario es un “empleado o mandatario”. Esto es, se tratan de “delitos especiales”⁸. En consecuencia, el empleador o principal no puede ser considerado como autor de este delito en el sentido estricto del término⁹, al menos cuando este es el destinatario de un beneficio económico o de otra naturaleza para incidir en su proceso de toma de decisiones.

Tal restricción tiene una explicación bastante evidente respecto del modelo del empleador o el patrimonial. Si lo que se protegen son intereses instrumentales de este, no tendría sentido alguno su consideración como posible autor. Pero, además, parece razonable sostener que cualquier forma de intervención en la conducta del empleado no podrá ser entendida como un supuesto de participación punible, en la medida que tal forma de imputación por colaborar con la conducta delictiva de otro¹⁰ supondrían la afectación de intereses diversos a los del principal. No se debe olvidar que tal exclusión además se ve respaldada por la propia estructura típica en este modelo, en la medida que la modalidad de ataque supone la infracción de deberes fiduciarios, en un caso, o la causación de perjuicio, en el otro, por parte del empleado o agente.

Asimismo, tal restricción también se ha tratado de explicar a propósito del modelo de la competencia, en la medida que la estructura típica y, específicamente, la modalidad de ataque consistiría en un supuesto de “corrupción” dado por la intromisión ilícita por parte del sobornador –por medio del soborno– en la toma de decisiones propias de relaciones de subordinación o representación¹¹. En este sentido, cuando el destinatario del soborno es el propio principal no se satisfaría este elemento de interferencia ilícita en los procesos de toma de decisión propios de relaciones de subordinación o agencia¹². Como señala Krick, a propósito del análisis del tipo penal alemán que responde al

⁶ ENCINAR, 2016, p. 99; DE LA CUESTA y BLANCO, 2002, pp. 282 y ss.; DANNECKER, 2017, rn. 94.

⁷ Esto es, la conducta desplegada por el empleado o mandatario y que está regulada en el artículo 287 bis del Código Penal chileno.

⁸ A diferencia de la modalidad pasiva, la modalidad activa regulada por el artículo 287 ter es un delito común. HERNÁNDEZ, 2019, p. 194, KINDHÄUSER y BOSË, 2021, p. 404. En contra, OTERO, 2019, p. 10.

⁹ Por todos, KRICK, 2019, nm. 20.

¹⁰ O “infracción de deberes secundarios”, de acuerdo con MAÑALICH, 2010, p. 387.

¹¹ TEIXEIRA, 2018, p. 227, y JANSEN, 2020, p. 311 y ss., especialmente p. 322.

¹² KINDHÄUSER y BOSË, 2021, p. 398.

modelo de la competencia¹³, esta modalidad de ataque supondría una “influencia anti-competitiva en la toma de decisiones internas de un participante del mercado”, ya que se prometen o conceden ventajas a los empleados o agentes que están autorizados a tomar decisiones o a influir en ellas¹⁴. Es evidente que esta explicación de la exclusión del principal es meramente formal, esto es, viene dada por el hecho de que no se cumplen exigencias típicas y no da cuenta de su justificación material. Una de las principales diferencias que se presentan con el modelo del empleador es que si bien se reconoce la imposibilidad de que el principal sea considerado autor, no resulta para nada evidente el tratamiento que debe dispensarse a aquellos supuestos en que este más bien interviene en forma accesoria en el acto de corrupción del empleado o agente. Así, por ejemplo, no parece problemática, al menos en Alemania, la posibilidad de sancionar al principal como partícipe, en caso de que se cumplan los requisitos específicos para tales efectos¹⁵. Pero, por otra parte, una de las cuestiones que se siguen debatiendo a propósito de este modelo dice relación con las consecuencias que legítimamente pueden extraerse del comportamiento del principal, especialmente del hecho que autorice o que consienta la recepción de un soborno por parte de un empleado o agente. O, incluso, del hecho que este último actúe con el propósito de beneficiar al principal. Todas estas cuestiones solo resultan problemáticas en el marco del análisis de un “modelo de la competencia” y, no, por el contrario, en el marco del modelo del empleador o uno patrimonial.

Pero, además, pueden identificarse otra clase de desafíos que serían propios del modelo de la competencia y que dicen relación con la cuestión del “círculo de autores”. Así, en el modelo del empleador lo fundamental es que el empleado o agente actúe en forma desleal contra el representado. Por tanto, puede ser autor todo aquel que pueda actuar en su nombre y que esté en condiciones de tomar decisiones de cierta importancia. En el modelo de la competencia es más complejo, ya que, por consiguiente, se requiere además que el poder decisorio del empleado o agente pueda incidir de cierta forma específica en la distorsión de las reglas de la competencia leal. Así, en Chile, que el sujeto activo pueda, en el ejercicio de sus funciones, favorecer la contratación de un oferente por sobre otro. Sin embargo, y tomando en cuenta las diferencias relativas al “sentido literal posible” que pudieran presentarse entre diversas legislaciones tenidas a la vista, se han ofrecido explicaciones muy diversas respecto de la clase de procesos de toma de decisión que pueden ser desvirtuados mediante el soborno de empleados o agentes. Así, por ejemplo, una postura que parece ser mayoritaria en Alemania, sostiene que el sujeto activo solo debe poder influir en procesos de contratación, incluyendo aquellos que llevan a cabo los consumidores. En cambio, una postura que tiene cierto respaldo en España, ha señalado que el tipo se restringe a los procesos de contratación en que el sujeto activo decida directamente en nombre del principal, esto es, que puedan obligar a este último.

¹³ En Alemania, luego de la reforma al STGB de 2015 conviven dos tipos penales distintos en el artículo 299. Uno de estos responde al modelo de la competencia y el otro, introducido en ese año, al modelo del empleador.

¹⁴ KRICK, 2019, nm. 20.

¹⁵ KRICK, 2019, nm. 19. En España, NAVARRO y MELERO, 2011, p. 19.

En suma, este estudio pretende detectar y proponer soluciones a varios problemas que son consustanciales al modelo de la competencia en ámbitos como el chileno, alemán y español y que dicen relación con la decisión del legislador de introducir un delito especial donde solo puede ser autor un empleado o mandatario.

La primera parte de este estudio se aboca a la delimitación del círculo de autores en la modalidad “pasiva” del delito de corrupción entre particulares, para ello se propondrá una definición de “empleado” y “mandatario” que dé cuenta de las propiedades que deben confluir en estos para poder ser considerados como eventuales autores de este delito. Para tales efectos, se resolverá, como cuestión previa, el de la interpretación de tales términos en razón de su “sentido literal posible” y si, para tales efectos, el derecho penal se encuentra obligado o no, a conceptos que provengan de otras áreas del Derecho. A continuación, se propondrán ciertos criterios jurídicos para la delimitación del círculo de autores en un “modelo de la competencia” que digan relación con un aspecto estrictamente material, como es el de la capacidad, al menos potencial, de incidir en el interés tutelado.

En la segunda parte se abordarán aquellas cuestiones que la doctrina ha entendido como consecuencias para la delimitación del tipo penal que se seguirían de la exclusión del principal como autor de este delito, colocando el acento en sus principales diferencias y la explicación de estas. Para tales efectos, se analizará el fundamento de tal exclusión, con el solo propósito de poder establecer las bases para proponer soluciones a las diferencias previamente detectadas en forma coherente con la fundamentación propuesta.

El presente estudio se justifica, especialmente, si se considera que en el ámbito nacional se ha reconocido por la doctrina que el tipo penal chileno encuentra su justificación en la protección de la competencia como interés colectivo o “institucional”¹⁶, por lo que se asumiría que el legislador habría optado por un “modelo de la competencia”. Si bien es cierto parece mayoritaria la consideración de la “competencia leal”¹⁷ como el objeto de protección, también se ha considerado que este tipo penal puede entenderse como un mecanismo de protección de la “libre competencia”¹⁸. Con independencia de lo anterior, tal punto de partida explicaría la relevancia de identificar las diferencias que se han planteado en el ámbito comparado respecto de los problemas detectados y el análisis de las diversas soluciones propuestas para estos, con el objeto de facilitar así la interpretación del tipo penal chileno por medio de la toma de postura respectiva.

¹⁶ Es decir, se protege la competencia en tanto “regla del juego” fundamental para un sistema económico en particular, la que se considera, a su vez, como beneficiosa para el libre desarrollo de la personalidad de sus ciudadanos. Fundamental respecto de la competencia, WALTHER, 2011, pp. 59 y ss.

¹⁷ HERNÁNDEZ, 2019, p. 186; ALDONEY, 2020, p. 824; ARTAZA y ROJAS, 2020, pp. 783-784.

¹⁸ COLLADO, 2020, p. 828.

II. DELIMITACIÓN DEL CÍRCULO DE AUTORES DEL DELITO DE CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES EN SU MODALIDAD PASIVA

1. *La perspectiva de análisis para la definición de empleado o mandatario y sus consecuencias*

La modalidad de corrupción pasiva regulada en el artículo 287 bis del Código Penal es un delito especial. Esto quiere decir que el círculo de autores se ve restringido a determinados sujetos que ostentan cierta calidad exigida por el tipo penal. Solo un empleado o mandatario puede ser autor de este delito. Al menos en el ámbito alemán parece mayoritaria la postura que interpreta estos términos a base de parámetros estrictamente jurídico-penales¹⁹. De acá se desprende que lo medular será determinar los elementos fácticos que debieran verse satisfechos para que un sujeto pueda ser considerado “empleado” o “agente” que legítimamente puedan extraerse del propio tipo penal y su objeto de protección. La principal consecuencia práctica es que no resultaría relevante, según Dannecker, la “calificación del contrato para el derecho laboral o su eficacia para el derecho civil”²⁰, así como tampoco la verificación de un contrato de mandato, ya sea civil o comercial, para satisfacer las exigencias necesarias para ser considerado autor de este delito.

En este sentido, y en lo que respecta al sentido del término “empleado”, se puede observar que la doctrina especializada alemana lo entiende como quien presta servicios a otro y está sujeto a sus instrucciones. Por tanto, lo esencial es que se verifique una relación de subordinación valorada desde parámetros estrictamente fácticos²¹. Asimismo, mandatario es quien en virtud de su cargo está facultado u obligado a actuar en nombre de otro, ya sea en forma permanente u ocasional²², no siendo necesaria la constitución de un mandato civil o comercial²³. Por lo mismo, resulta absolutamente irrelevante la fuente de tal posición y deben ser considerados como mandatarios quienes ya sea por ley

¹⁹ Se recurrió preferentemente al análisis del ámbito alemán por las similitudes que presenta con el tipo penal chileno, en la medida que limita el círculo de autores al empleado (*Angestellter*) y al “agente” (*Beauftragter*). LACKNER y KÜHL, 2018, nm. 2. El tipo penal español presenta ciertas diferencias, ya que utiliza vocablos como el de “director”, “administradores”, “empleados” y “colaboradores”, términos que podrían ser reconducidos a las categorías de “empleado” o “agente” si son interpretadas en un sentido amplio.

²⁰ DANNECKER, 2017, nm. 29.

²¹ DANNECKER, 2017, nm. 29; WALTHER, 2011, p. 68; NÖCKEL, 2013, p. 51. En España, el tratamiento propuesto por la doctrina que aborda el problema es diverso, ya que por un lado se ha entendido empleado como aquel que tiene una “relación laboral con la empresa” pero se ha propuesto que esta puede verse definida por cuestiones fácticas como el hecho de que se desempeñe un “trabajo por cuenta ajena remunerado”. Ver al respecto, ENCINAR, 2016, p. 296. Para otro sector, se exigiría que el sujeto se halle “vinculado al principal (...) a través de un contrato laboral”, GILI, 2017, p. 131. En Alemania, como expone adecuadamente GORIUS, 2015, p. 170, incluso se considera irrelevante la naturaleza remunerada de la relación laboral.

²² DANNECKER, 2017, nm. 34; WALTHER, 2011, p. 68; KINDHÄUSER y BOSÉ, 2021, p. 401.

²³ KRICK, 2019, nm. 32; NÖCKEL, 2013, p. 52. En Chile HERNÁNDEZ, 2019, p. 188, sostiene que: “La calidad de mandatario no supone la representación de otro”.

o por resolución judicial deban actuar en interés de otros²⁴. Según Dannecker, el concepto “agente” pretende recoger todos los casos de representación “fáctica”²⁵. Esta es la postura que sigue en Chile Hernández, para quien con estos conceptos se ha pretendido “abarcar todas las formas de desempeño laboral o profesional para otro a cuyos intereses se está subordinado”²⁶. Por lo mismo, no resulta problemática la consideración como posibles autores de profesionales liberales –consultores, arquitectos o constructores– en la medida que la relación jurídica respectiva los ponga en posición de actuar en interés del contratante y no a riesgo propio.

En forma coherente con tal punto de partida, un sector de la doctrina admitiría como autores a quienes sin poder “representar” a la sociedad por sí solos puedan influir significativamente en la toma de decisiones comerciales. Piénsese, por ejemplo, en un director de una sociedad anónima abierta²⁷. Obviamente, tal posibilidad se verá limitada a los supuestos en que al menos *de facto* a tal sujeto se le hayan encomendado funciones relevantes desde el punto de vista del objeto de protección del tipo penal, aspecto que se deberá resolver no solo en atención a las posibilidades de administración que el marco jurídico respectivo de cada tipo de sociedad admita, sino que también a base de consideraciones de hecho relativas a la función que cumple un sujeto²⁸. Además, se considera fundamental que un sujeto solo deba representar los intereses de una de las partes de una operación, por lo que en aquellos negocios donde se deba velar indistintamente por los intereses de ambas partes no estaría permitido considerarlos como eventuales autores, como en ciertos supuestos de intermediación²⁹.

Ahora, y como resulta evidente, tanto en el caso del empleado como el mandatario es necesario que esta calidad se dé al momento de la verificación del soborno y que al menos se espere que continúe al momento futuro del favorecimiento por sobre otros oferentes³⁰.

Esta perspectiva fáctica debe ser considerada desde parámetros interpretativos como esencialmente correcta, en la medida que el derecho penal debe ser interpretado, como señala García Caveró, en forma autónoma, definiendo “(...) los elementos típicos en un sentido estrictamente fáctico, es decir, con independencia de su significación en el derecho civil, comercial o administrativo”³¹, salvo para el caso en que la regulación primaria efectivamente incida en la “configuración del objeto de protección penal”. En este sentido, y vinculando este problema con el modelo regulativo escogido por el legislador, quedaría más o menos clara la irrelevancia de las valoraciones que pudieran

²⁴ Así, por ejemplo, el veedor respecto de los acreedores, de acuerdo con el artículo 2 n° 40 de la Ley 20.720.

²⁵ DANNECKER, 2017, nm. 35.

²⁶ HERNÁNDEZ, 2019, p. 188).

²⁷ En detalle, KRICK, 2019, nm. 38- 40.

²⁸ Ver, para el ámbito chileno, VÁSQUEZ, 2013, p. 600.

²⁹ KRICK, 2019, nm. 35.

³⁰ DANNECKER, 2017, nm. 29; GORIUS, 2015, p. 170.

³¹ GARCÍA CAVERO, 2019, p. 288.

provenir del derecho del trabajo o del Derecho civil para efectos de la asignación de sentido a los términos en cuestión.

Para entender esta irrelevancia en el objeto de protección se puede efectuar una comparación con el delito de colusión –art. 62 DL 211– mediante el cual se sancionan penalmente ciertos “acuerdos anticompetitivos” especialmente graves. Al tratarse de una protección accesoria de la libre competencia, en el entendido que el propio DL 211 deja en manos del sistema administrativo sancionador el grueso de la protección de esta institución, la definición de conceptos que evidentemente provienen del derecho de la competencia como “acuerdo para fijar precios de venta” se debe llevar a cabo en forma armónica con este último³². Como advierte García Caveró, en “muchos casos, el tipo penal tipifica una conducta que tiene lugar en un contexto jurídicamente regulado y, por tanto, esa particular circunstancia debe ser necesariamente tenida en cuenta al momento de determinar lo que es objeto de represión penal”³³.

En este sentido, los resultados a los que arriba esta postura “fáctica” para el ámbito de la corrupción entre particulares resultan adecuados si se evalúan desde el objeto de protección, en la medida que el fin del legislador es evitar conductas que puedan distorsionar la competencia leal mediante la intromisión ilícita en procesos de decisiones dados en el marco de relaciones de subordinación o agencia. Para tales efectos, como ya se señaló, lo único relevante, como se podrá apreciar más adelante, es que quien actúe lo haga en posición de poder decidir o incidir de manera relevante en la toma de decisiones en nombre del principal.

Desde ya conviene detenerse en una de las principales consecuencias que se extraerían desde esta perspectiva fáctica y está dada por el tratamiento que se debiera dispensar a quienes pese a ser formalmente mandatarios o empleados debieran ser “tratados” como “principal de facto”³⁴ y, por ende, excluirlos del círculo de autores idóneos del tipo penal³⁵. Al menos en la discusión alemana se han planteado supuestos bastante evidentes, cuyas conclusiones podrían trasladarse sin problema al ámbito nacional, como los del único socio que administra una sociedad “por acciones” o el del administrador de una “empresa individual de responsabilidad limitada”. En ambos casos no están sujetos a instrucción o subordinación alguna y en definitiva actúan representando únicamente sus propios intereses³⁶. Al respecto, resulta especialmente relevante lo señalado en Alemania por Gorius, de acuerdo con este, debe entenderse por “principal” en quien confluyan la capacidad de dirección del negocio, formación de la voluntad y supervisión, por lo que actúan a base de su exclusiva libertad de contratación³⁷. De otro modo, y como acertadamente

³² Al respecto, ARTAZA y ROJAS, 2020, p. 790.

³³ GARCÍA CAVERO, 2019, p. 290.

³⁴ DANNECKER, 2017, nm. 31.

³⁵ Tal posibilidad solo se plantea si se asume como correcta la exclusión del principal del círculo de autores. Al respecto, GIL, 2015, pp. 580 y ss., para incorporar al principal dentro del círculo de autores vía interpretativa.

³⁶ JARA, 2004, p. 69.

³⁷ GORIUS, 2015, p. 208.

advierte la autora, la sanción a tales sujetos dependería, sin más, de la forma jurídica que opte para el desarrollo de su negocio, esto es, si se ha constituido o no como persona jurídica³⁸. Como resulta evidente, las reflexiones que se acaban de efectuar a propósito de sociedades unipersonales no podrían ser trasladables, por ejemplo, a supuestos muy diversos como el de la administración de sociedades colectivas por uno de sus socios³⁹ o la administración llevada a cabo por uno de los copropietarios⁴⁰. En ambos supuestos sería posible su consideración como mandatarios o agentes en sentido amplio.

2. *La incidencia del empleado o mandatario en la toma de decisiones relevantes para la competencia leal*

Con independencia de la cuestión “conceptual” y de la perspectiva que se siga para su resolución, abordar el problema del círculo de autores de este delito en el ordenamiento jurídico penal chileno supone varios pasos, ya que el tipo penal no solo lo restringe en atención a la calidad de empleado y mandatario, sino que también —en forma tácita— en atención a las competencias de estos, ya que del sentido literal del precepto se extrae que estos deben poder influir, en el marco de sus labores, en la contratación de un oferente⁴¹. En un “modelo de la competencia” parece fundamental delimitar adecuadamente el círculo de autores en atención a esta capacidad de incidir o afectar las condiciones de acceso equitativas de los competidores a la lucha por los clientes⁴². En suma, resulta consustancial al “autor” de este delito la facultad de poder tomar decisiones o influir en la contratación de oferentes actuando en nombre de otro. Como se señaló más arriba, las diferencias que se presentan en el “modelo de la competencia” están asociadas al “tipo de poder” que se exige en el empleado o mandatario respecto del favorecimiento en la contratación de oferentes. Al menos en Chile, esta cuestión está asociada a la comprensión correcta del “favorecer en el ejercicio de sus labores la contratación de un oferente por sobre otro” y si de acá se sigue que este favorecimiento necesariamente debe consistir en una eventual contratación entre el principal —por medio de su empleado o mandatario— y el sobornador, o si este favorecimiento puede consistir en haber incidido en que otro, por ejemplo, un consumidor, perfeccione un contrato con el propio sobornado que pueda favorecer al sobornador. Piénsese, por ejemplo, en los casos donde un distribuidor soborne a vendedores para ofrecer con especial énfasis sus productos en desmedro de los productos de otro oferente. Por consiguiente, acá el empleado o mandatario no obliga al principal con su decisión mediada por el soborno, ya que tal decisión no consiste en “contratar” directamente, sino que aprovechar su posición para favorecer a un oferente por sobre otro.

³⁸ GORIUS, 2015, pp. 209-2010.

³⁹ VÁSQUEZ, 2019, p. 402.

⁴⁰ KRICK, 2019, nm. 39.

⁴¹ En España, incluso se le otorga más relevancia a esta cuestión que a la “definición” propiamente tal. Por ejemplo, ENCINAR, 2016, p. 289.

⁴² NÖCKEL, 2013, p. 51.

Al respecto, conviene detenerse brevemente en el ámbito comparado donde inmediatamente, y nuevamente resguardando las diferencias dadas por el sentido literal posible, se pueden detectar importantes diferencias. Así, por ejemplo, parece resultar mayoritaria la posición en Alemania que, de acuerdo con Dannecker, supone en el empleado poder decisorio o que al menos pueda influir en la toma de decisiones relativas a la adquisición de bienes o servicios en el tráfico comercial⁴³. Por el contrario, se excluyen los supuestos donde el poder de influir viene dado por razones ajenas a las funciones que desempeña como empleado o mandatario como, por ejemplo, cuando son vínculos familiares o personales los que les permite convencer a otro respecto de la contratación de bienes o servicios. De acá se desprende también en forma pacífica, que no pueden ser autores de este delito quienes ocupan posiciones absolutamente subordinadas sin ninguna clase de incidencia en la toma de decisiones comerciales que puedan influir en la competencia⁴⁴.

Del tipo penal, que supone que un empleado o agente en el ejercicio de sus funciones acepte u solicite un soborno como contraprestación para favorecer a otro en la adquisición de bienes o servicios en forma desleal en la competencia, se extraería que la única exigencia significativa es que “las labores” del sujeto lo pongan en posición de poder influir en la toma de decisión respecto de la contratación de un oferente, lo que evidentemente sucede cuando es este el que toma la decisión definitiva respecto de quién contratar, pero también cuando tiene poder sobre quién decide, ya sea por su posición jerárquica o porque su posición lo permite, como en el caso donde el empleado convence a un consumidor para elegir a un distribuidor por sobre otro⁴⁵. Así, paradigmáticamente, los incentivos ocultos a vendedores para que ofrezcan con especial énfasis ciertas marcas en desmedro de otras o, incluso, los casos en que médicos empleados favorezcan a ciertas farmacéuticas por sobre otras, recetando sus medicamentos debido al pago de un soborno⁴⁶. En ambos supuestos se cumplirían las exigencias del tipo penal.

En el ámbito español se pueden identificar inmediatamente ciertas diferencias. Al menos si se analiza la doctrina más reciente que se pronuncia expresamente acerca del tema, se constata que pese a las similitudes relativas al tenor literal posible del tipo penal —en comparación con el alemán y chileno— en el sentido de que exige únicamente que el sujeto activo solicite o acepte el soborno como contraprestación “para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías, o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales”, un sector pretende restringir el círculo de autores a quienes “puedan obligar a la empresa en el tráfico mercantil, esto es, en el ámbito de la adquisición o venta de mercaderías, en la contratación de servicios, o de

⁴³ DANNECKER, 2017, nm. 29, también KRICK, 2019, nm. 23.

⁴⁴ WALTHER, 2011, p. 68. También se ha advertido que el mero hecho de figurar como empleado o mandatario no serán suficientes para ser considerado como autor —como en el caso del uso de testafierros—. A su vez, debe ser tratado con especial cuidado el uso de intermediarios para la recepción de sobornos, casos en los que el autor será quien está detrás del uso de tal técnica y ostente la calidad exigida por el tipo penal, DANNECKER, 2017, nm. 30.

⁴⁵ Así también en Chile, HERNÁNDEZ, 2019, p. 192.

⁴⁶ En detalle, GORIUS, 2015, pp. 171 y ss.

cualquier otra relación comercial”⁴⁷, por lo que se excluirían a quienes no tengan tal capacidad para vincularla comercialmente. Encinar ha sostenido, en este sentido, que el sujeto activo debe tener capacidad “para, precisamente, contratar el producto o servicio determinado al que se refiere la conducta de corrupción”⁴⁸.

Conviene detenerse brevemente en los argumentos que se han esgrimido para tal restricción. Todo parece indicar que tal postura no se basaría en cuestiones relativas a la literalidad del precepto, sino que más bien en atención al fin de protección. Por lo mismo, parece especialmente relevante para el objeto de estudio evaluar si tal consecuencia resulta o no correcta. De acuerdo con lo señalado recientemente por Berenguer, sin “poder decisorio no puede generarse un peligro *ex ante* necesario para poder entender consumado el delito, dado que sin este sería imposible poner en riesgo el bien jurídico protegido de la competencia”⁴⁹, en la medida que no se estaría en posición de poder favorecer indebidamente a un competidor. Sin embargo, se debe advertir desde ya que tal argumento puede ser inmediatamente contradicho si se considera que el “poder decisorio” por tanto es un asunto *de facto*, por lo que no resultan decisivas cuestiones meramente formales como el de figurar como responsable de la toma de decisiones comerciales. El problema de esta postura es que dejaría fuera supuestos como el de los sobornos para incidir en los consumidores, los que, en principio, pueden ser sumamente relevantes desde el punto de vista del objeto de protección. Se debe recordar que desde parámetros relativos a la protección de la competencia, la lucha por los clientes se efectúa frecuentemente mediante la intermediación de comerciantes y que, en ocasiones, tal capacidad de incidencia puede ser de tal tenor que sea considerada idónea para afectar la lealtad en la competencia. Si bien es cierto este en un problema que no se puede abordar en detalle, por exceder en demasía el objeto del estudio, se puede resumir en los siguientes términos: desde parámetros propios de la competencia leal, en ocasiones se considera que la influencia que pueda hacer un sujeto –por ejemplo, un vendedor– sobre un tercero –por ejemplo, un consumidor– aunque esté mediada por un incentivo otorgado por un competidor, sería irrelevante para la calificación del acto como “desleal”, en la medida que se asume que el “consumidor informado”, no espera del vendedor una actitud imparcial respecto del ofrecimiento o consejo que le está haciendo. En el fondo, el consumidor operaría sobre la base de que el vendedor no representa los intereses del consumidor, sino que sus propios intereses o los de su empresa. Pero, por el contrario, se reconocería impacto en la competencia leal en aquellas ocasiones en que el consumidor sí pueda esperar tal imparcialidad respecto del vendedor⁵⁰.

Por lo mismo, y respecto de los resguardos que se deben tomar a la hora de interpretar el tipo penal chileno, si se tiene en cuenta que el tipo penal solo exige que el

⁴⁷ Con más referencias, BERENGUER, 2020, p. 222.

⁴⁸ ENCINAR, 2016, p. 289. En contra, OTERO, 2019, p. 12 y en forma expresa GARCÍA ALBERO, 2015, p. 572.

⁴⁹ BERENGUER, 2020, p. 223.

⁵⁰ Respecto de la discusión que se ha planteado en Alemania, RHEINLÄNDER, 2014, pp. 145-146; WACKERNAGEL y GSCHOSMANN, 2021, pp. 53-55.

autor, en sus labores, pueda favorecer la contratación de un oferente por sobre otro, y que los supuestos en que el empleado o mandatario recurren a su capacidad de incidir en las decisiones de otros, pueden igualmente distorsionar las condiciones de acceso de los competidores a la clientela, resulta poco plausible restringir el círculo de autores a aquellos que tengan la capacidad de obligar al principal y, por tanto, a los supuestos donde el empleado o mandatario sean quien contrate un bien o servicio en nombre de otro.

III. EXCLUSIÓN DEL PRINCIPAL O DUEÑO DEL NEGOCIO DEL CÍRCULO DE AUTORES: FUNDAMENTOS, Y CONSECUENCIAS RELATIVAS A LA VALORACIÓN DE LA CONDUCTA DEL EMPLEADO O MANDATARIO

1. *Fundamentos y alcance de la exclusión*

Como ya se indicó, un sector significativo de la doctrina especializada, tanto en Alemania como España, sostienen que del tipo penal se desprende indudablemente que no puede ser autor de la modalidad pasiva el principal o dueño del negocio o empresario, esto es, quien “ejercita una actividad empresarial en nombre propio”⁵¹ así, por ejemplo, resultarían atípicas indudablemente las decisiones mediadas por un soborno que pueda tomar un empresario individual, pero también aquellas que tomen ciertos, “principales *de facto*” o las adoptadas por órganos de una sociedad en la medida que el propio ordenamiento jurídico las entienda como “principal” de la persona jurídica⁵². Respecto del alcance de tal exclusión, se debe partir de la base que lo que estaría vedado es su consideración como autor en sentido estricto —es decir, autor directo, mediato o coautor—, ya sea por su intervención activa en esta conducta, como por no haber prevenido este delito.

Por lo mismo, un análisis riguroso de las consecuencias de la delimitación del círculo de autores en el modelo de la competencia obliga a considerar este aspecto al menos en forma preliminar, sobre todo en lo que respecta a las consecuencias que se han extraído de esta decisión del legislador en el ámbito comparado y que podrían tener impacto en la valoración del comportamiento de empleados y agentes.

Lo primero que se debe advertir, es que esta decisión del legislador ha sido sumamente criticada, e incluso se ha considerado, por un sector de la doctrina española, como un “olvido injustificable del legislador”⁵³ o que podría ser resuelto vía interpretación del tipo penal⁵⁴. Al respecto, el motivo sustancial que se ha esgrimido para criticar tal exclusión es la asunción de que el soborno al dueño del negocio también afectaría la competencia leal y que, por tanto, una protección efectiva de tal institución supondría, al menos de

⁵¹ BERENGUER, 2020, p. 241.

⁵² Ver la exposición en detalle de GORIUS, pp. 211 y ss.

⁵³ NAVARRO y MELERO, 2011, p. 19.

⁵⁴ GIL, 2015, p. 569 y ss., respecto de la posibilidad de incluirlo en la figura del “administrador de hecho”.

lege ferenda, incluir a estos sujetos⁵⁵. Sin perjuicio de esta cuestión, que también puede ponerse en duda en la medida que en estos supuestos el soborno ha sido comprendido como un mejoramiento de la oferta⁵⁶, lo fundamental no es la mera constatación de la posibilidad de que el principal esté en condiciones o no de afectar el bien tutelado, sino, más bien, si pueden esgrimirse buenas razones para que, pese a tal posibilidad, se haya optado por reducir el campo de aplicación a determinadas modalidades de ataque, a saber, el de la corrupción de empleados o mandatarios.

Del análisis de la dogmática especializada se extrae que la única razón que podría estar detrás de tal restricción es que el legislador habría preferido evitar introducir un tipo penal para la protección de la competencia leal a costa incluso de la afectación de la libertad económica y de contratación del principal⁵⁷. En principio, tal fundamentación puede ser reforzada a base de consideraciones sistemáticas: incluirlo dentro del círculo de autores sin ninguna excepción y, por tanto, criminalizar sus decisiones económicas –aunque estén influidas por el ofrecimiento de sobornos– supondría equiparar completamente el delito ahora analizado con el delito de cohecho, suponiendo así erróneamente que el Estado protege sin límite alguno expectativas de imparcialidad en los negocios y que obliga a que los privados decidan exclusivamente a base del mérito económico de los competidores⁵⁸. Desde un punto de vista exclusivamente “material”, se podría explicar tal exclusión como una decisión coyuntural del legislador que asumiría, en atención al principio de fragmentariedad, que la modalidad de ataque intolerable contra el interés tutelado sería únicamente la corrupción de quienes actúan en su nombre.

Asimismo, y como se indicó con anterioridad, tal exclusión del titular no implicaría su “impunidad” del principal a todo evento, en la medida que también se ha reconocido que, si bien la exclusión del círculo de autores parece evidente, de acá no se desprende que no pueda responder como partícipe en caso de que se cumplan las exigencias para tal forma de imputación.

Especial mención merece el supuesto en que el empleado o mandatario actúen en nombre de un principal “persona jurídica”, ya que la Ley 20.393 permite expresamente la sanción a esta para la hipótesis en que ciertos integrantes cometan el delito regulado en el artículo 287 bis en interés directo e inmediato de la persona jurídica, cuando esta haya infringido sus deberes de dirección y supervisión en forma tal que se haya favorecido o posibilitado este delito⁵⁹. Si bien es cierto es indudable que el ordenamiento jurídico penal chileno admite la sanción penal a la persona jurídica por su responsabilidad en esta modalidad del delito, esto no significa necesariamente que se trate de una verdadera excepción a la “exclusión del principal” del “círculo de autores”, en la medida que no resulta para nada obvio que la Ley 20.393 regule la sanción de la persona jurídica en

⁵⁵ BLANCO, 2015, p. 543; NAVARRO y MELERO, 2011, p. 19.

⁵⁶ HERNÁNDEZ, 2019, p. 190.

⁵⁷ GILI, 2017, p. 175; ESTRADA, 2020, p. 555. Con matices, reconociendo que tal libertad puede verse limitada, NAVARRO y MELERO, 2011, p. 12.

⁵⁸ Ver, al respecto, ARTAZA, 2019, p. 30.

⁵⁹ ALDONEY, 2020, p. 812.

“calidad de autora” del delito respectivo, sino que más bien se podría entender perfectamente como una admisión expresa de un supuesto de responsabilidad “accesoria” al delito de corrupción entre particulares cometido por uno de sus integrantes⁶⁰. Tal forma de entender la responsabilidad penal de las personas jurídicas por el delito de corrupción entre particulares tiene respaldo en nuestro país, en la medida que se ha sostenido por un sector de la doctrina que la Ley 20.393 regularía, precisamente, un supuesto específico de “intervención delictiva”⁶¹ que incluso se ha equiparado expresamente a los casos de “intervención delictiva” para personas naturales⁶². El fundamento de tal responsabilidad estaría dado, justamente, por la propia contribución omisiva de la persona jurídica en tanto no ha desplegado los esfuerzos exigibles para la prevención de esta clase de delitos o, en palabras de la propia ley, ha infringido sus deberes de dirección y supervisión. Solo se quiere decir con esto que existe al menos una opción de interpretación alternativa a la de entender la responsabilidad penal de personas jurídicas como una “excepción” a la exclusión del principal del círculo de autores que presentaría la ventaja de evitar contradicciones sistemáticas, y podría ser considerada, además, como punto de apoyo argumentativo para la postura que sostiene que si bien es cierto el principal no podría responder en calidad de autor, sí podría hacerlo en calidad de partícipe.

Con independencia de este problema, que resulta imposible de abordar acá en profundidad, se debe atender a aquello que realmente presenta impacto práctico, esto es, el de las consecuencias de la exclusión del principal del “círculo de autores” para la delimitación del tipo penal.

2. *Consecuencias que legítimamente pueden derivarse de la exclusión del principal. Aproximación preliminar*

Como se podrá abordar a continuación, de esta exclusión se han derivado varias consecuencias que deben ser analizadas con especial cuidado. Así, y solo a modo de ejemplo, se ha sostenido –al menos en el ámbito español– que de esta se extraería que el tipo penal también protegería intereses del principal –de distinto orden–⁶³. A partir de lo anterior, se colegiría que debieran ser considerados atípicos ciertos sobornos por el hecho de haber sido autorizados o consentidos por el principal o porque se hayan solicitado o recibido para beneficiar a este⁶⁴. Por lo general, tales consecuencias vendrían aparejadas a la circunstancia de no haberse puesto en peligro tales intereses del principal. Si se lee la literatura española que aboga por tal postura parece reflejarse cierta resistencia a la comprensión de este tipo penal como un mecanismo de protección de la competencia

⁶⁰ Solo interesa, por ahora, problematizar aquella opinión que ve en la sanción a la persona jurídica por el delito de corrupción entre particulares, una “excepción” a la exclusión del titular del círculo de “autores”.

⁶¹ Ver, HERNÁNDEZ, 2010, p. 218; ARTAZA, 2021b), pp. 80-85.

⁶² Así, SCHÜRMAN, 2020, p. 740.

⁶³ BOLEA, 2018, p. 31, considerando la competencia solo como un bien jurídico “mediato”.

⁶⁴ Ver GILI, 2017, pp. 96-104, exigiendo un “componente de deslealtad interna” por parte del sujeto activo.

leal, por lo que se pretende restringir su campo de aplicación mediante la detección de otros intereses que podrían verse comprometidos⁶⁵. Sin embargo, tal aproximación, si bien pudo haber tenido cierto respaldo con anterioridad a la modificación del tipo penal respectivo el año 2015, debido a la exigencia de infracción de deberes por parte del sujeto activo, habría dejado de tenerlo –al menos por la literalidad del precepto– al haberse eliminado tal exigencia del tipo penal⁶⁶. Es importante considerar que tales argumentos, basados principalmente en la desconfianza con el objeto de protección, pueden deberse a la escasa tradición jurídica de ese país en lo que respecta a la protección de la competencia por medio del derecho penal⁶⁷. A diferencia del ámbito español, en Chile sí existen ejemplos claros –aunque recientes– de protección penal de la competencia debido a la tipificación de los “carteles duros” –artículo 62 D.L 211–, por lo que no parece problemático reconocer que el legislador ha otorgado categoría de bien jurídico penal a instituciones del sistema económico asociadas a la competencia. Por último, se debe tener en cuenta el siguiente argumento: del hecho que se excluya al principal no puede colegirse inequívocamente que se protejan sus intereses, ya que la otra explicación posible es la de la delimitación de la modalidad de ataque en razón del reconocimiento de su libertad de contratación.

Por lo mismo, a continuación, se propondrán dos criterios para la resolución de los problemas planteados: a) las consecuencias que válidamente se asuman como derivadas de la exclusión del principal deben tener asidero en valoraciones coherentes con el modelo de la competencia y no en la exigencia de afectación de intereses del principal y, b) de la decisión del legislador de excluir al principal solo se desprende legítimamente la irrelevancia jurídico-penal de aquellos supuestos en que indudablemente es este mismo el que incorpora objetivamente el beneficio ofrecido u solicitado a su proceso de toma de decisiones económicas como ejercicio de su libertad de contratación.

Así, en primer lugar, se puede analizar el problema planteado a propósito del tratamiento del favorecimiento de la mejor oferta en los casos en que esta se refuerza con el pago de un soborno⁶⁸. Para quienes asumen que de la exclusión del principal se deriva necesariamente la exigencia de un comportamiento desleal por parte del agente se asume, como obvio, que el favorecimiento de la mejor oferta –esto es, la más eficiente para el principal– resulta atípico. Sin embargo, resulta sumamente dudoso que se pueda extraer legítimamente de la exclusión del principal la atipicidad de estos supuestos, en la medida que, en primer lugar, resultaría desaconsejable desde parámetros relativos al objeto de protección del tipo penal⁶⁹: tales supuestos resultan idóneos para afectar el interés protegido, en la medida que igualmente desvirtúan las condiciones de acceso de

⁶⁵ Ver, por ejemplo, ESTRADA, 2020, pp. 554-555, en relación con los “intereses patrimoniales de los competidores”. Respecto de la protección de intereses del principal, ver BOLEA, 2018, p. 31; GARCÍA ALBERO, 2015, p. 569.

⁶⁶ BLANCO, 2015, p. 542.

⁶⁷ Expresamente, FERNÁNDEZ, 2017, p. 213

⁶⁸ Para el ámbito español, GILI, 2017, p. 96

⁶⁹ Así, ARTAZA, 2021, p. 303-304.

los competidores al cliente poniendo en duda los mecanismos de elección de proveedores en razón del mérito económico. Pero, además, se debe recordar que del fundamento de la exclusión solo se seguía la atipicidad de aquellos supuestos en que es el principal quien decide incorporar el pago de un beneficio a la oferta que se le está haciendo. En tales casos de soborno para reforzar la mejor oferta igualmente se satisface el elemento de corrupción del tipo penal, generado por la intromisión ilegítima en los procesos de toma de decisión entre agente y principal.

Un problema similar sucede con los casos en que se acepta un soborno en beneficio del propio principal. Como el tipo penal alemán, español y chileno admiten que el beneficio solicitado o aceptado por el sujeto activo sea para sí mismo o un tercero, se ha problematizado la posibilidad de que este último sea justamente el principal⁷⁰. Al respecto, se debe advertir que este problema no se presenta cuando el beneficio conseguido por el empleado es de aquellos que se esperan debido a su propia función y que son parte de una competencia permitida como, por ejemplo, la obtención de descuentos o patrocinios en favor del empleador, porque en tales casos es evidente que no se podría estar hablando de soborno⁷¹. Estos supuestos deben ser considerados como un mejoramiento lícito de la oferta⁷². De acá se extrae que el problema de la exclusión de supuestos donde el beneficiario sea el principal solo se daría en aquellos casos en que, en primer lugar, se asuma que se solicitó o aceptó un beneficio indebido como mecanismo para captar al cliente desde valoraciones propias de la competencia leal.

La atipicidad de tales supuestos se extraería, para sus defensores, de la exclusión del principal del círculo de autores, en la medida que él mismo podría procurarse tales beneficios en forma impune⁷³. Con todo, este argumento debe ser matizado. Que el principal pueda procurarse tales beneficios no supone que el empleado o mandatario puedan actuar con total impunidad solicitando o aceptando cualquier clase de beneficios. Su función, aunque esté dirigida a beneficiar al principal, puede entenderse limitada en virtud de la ley. Pero, además, tales supuestos pueden considerarse típicos, en la medida que la actuación indebida en beneficio del principal no podría ser asimilada sin más a una decisión de este en ejercicio de su libertad de contratación. Por lo que, nuevamente, se satisfaría el componente de “corrupción” propio de este tipo penal. Por último, al menos en Chile debe considerarse lo dispuesto por la Ley 20.393, la que admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de que ciertos empleados o mandatarios cometan este delito en interés directo o inmediato de la primera. En tales circunstancias, el legislador chileno estaría reconociendo expresamente la relevancia jurídico-penal de los sobornos en beneficio del principal, al menos para el grupo de casos más importantes. Una solución contraria podría dejar sin aplicación alguna lo dispuesto por el legislador respecto de la responsabilidad penal de una persona jurídica por la

⁷⁰ Al respecto, RHEINLÄNDER, 2014, p. 144; en contra, expresamente, SCHÖNKE, *et al*, 2019, nm. 17-20.

⁷¹ RHEINLÄNDER, 2014, p. 144.

⁷² HERNÁNDEZ, 2019, p. 190.

⁷³ Con más referencias, SCHÖNKE, *et al*, 2019, nm. 19.

comisión del delito regulado en el artículo 287 bis, ya que es difícil de imaginar otros supuestos de la modalidad pasiva en que este sea cometido “en interés” de la empresa, que aquellos en donde se termina aceptando beneficios no permitidos para favorecer a un oferente por sobre otro dentro de dinámicas de competencia leal.

Por último, y simplificando el punto, se ha discutido arduamente respecto del tratamiento que debiese asignarse tanto a la autorización previa como al consentimiento posterior al soborno por parte del principal. Nuevamente se debe advertir que un sector de la doctrina española aduciría la atipicidad de los supuestos de autorización y el efecto justificante del consentimiento en consecuencia a su exigencia de un elemento de deslealtad interna⁷⁴. Por el contrario, en el ámbito alemán primaría al menos la postura que niega la eficacia justificante del consentimiento posterior, en atención a la naturaleza supraindividual de los intereses tutelados y a la incapacidad del principal para consentir respecto de tal afectación⁷⁵.

Un “modelo de la competencia” debiera establecer los criterios mínimos con los cuales operar frente a tales supuestos. De acá se extraerían importantes diferencias entre ambos. Así, la atipicidad no resultaría problemática para los casos de autorización del principal para que sus empleados reciban beneficios por parte de los competidores por medio de él mismo y que se efectúen en forma transparente en el mercado respectivo. Así, por ejemplo, premios e incentivos a la venta que se ofrecen por los competidores al principal⁷⁶. Tales prácticas, al ser consideradas parte de las reglas del juego para la competencia leal, no pueden ser entendidas, a su vez, como ilícitas para el derecho penal⁷⁷. Además, tales supuestos pueden comprenderse, sin problema alguno, como manifestaciones expresas de la voluntad del principal y, por tanto, protegidas por su libertad de contratación. Así, se excluirían los supuestos en que el beneficio se otorga por un distribuidor a los vendedores de una empresa por intermedio del principal, entendiéndolo como parte de las políticas de incentivos o incluso de remuneraciones de los empleados de este último⁷⁸.

No sucedería lo mismo con el “consentimiento” posterior del principal, ya que, en este caso, no se cumpliría ninguno de los requisitos para sostener la atipicidad. En primer lugar, se habría verificado, al momento del soborno, el componente de corrupción del tipo –como intromisión ilícita entre agente y principal– y, en segundo, se cumpliría el componente de “deslealtad” hacia los competidores y, por tanto, estaríamos frente a conductas idóneas para afectar expectativas normativas de acceso no distorsionadas a la competencia por los clientes por parte de los competidores. Es decir, también recurriendo

⁷⁴ Ver GILI, 2017, pp. 112-121.

⁷⁵ Por todos, KRICK, 2019, nm. 120; DANNECKER, 2017, nm. 130. En Chile HERNÁNDEZ, 2019, p.190; ALDONEY, 2020, p. 803.

⁷⁶ Ver, GARCÍA ALBERO, 2015, p. 567.

⁷⁷ En detalle, ALDONEY, 2020, p. 824, respecto de los casos de “soborno al descubierto” y las condiciones para su tipicidad. Ver, al respecto, DANNECKER, 2017, nm. 131, respecto del argumento relativo a la “sustitución” que haría el principal con el empleado en los casos de autorización, por lo que se entendería actuando él mismo.

⁷⁸ HERNÁNDEZ, 2019, p. 190.

al objeto de protección se refuerza la ilicitud del soborno cuando este es consentido por el principal del negocio. En este sentido, resulta correcto negar la eficacia justificante del consentimiento si los intereses en juego escapan a lo que resulta disponible para el principal.

BIBLIOGRAFÍA

- ALDONEY, Rodrigo, 2020: "El cohecho entre particulares y la incidencia del empleador en su comisión", 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. 801-826.
- ARTAZA, Osvaldo, 2019: "Corrupción entre particulares: lesividad de la conducta y consecuencias en sede de tipificación de acuerdo al análisis comparado", en *Revista de Derecho (Coquimbo. En línea)*, Vol. 26, pp. 1-35. <http://dx.doi.org/10.22199/issn.0718-9753-2019-0006>
- ARTAZA, Osvaldo, 2021a: "El delito de corrupción entre particulares. Problemas fundamentales relativos a la conducta prohibida y detección de eventuales problemas concursales", en Raúl Carnevali y Osvaldo Artaza (editores), *Los delitos de corrupción. Perspectiva pública y privada*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 291-331.
- ARTAZA, Osvaldo, 2021b: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Santiago, DER Ediciones.
- ARTAZA, Osvaldo y ROJAS, Luciano, 2020: "La protección penal accesoria de la competencia a propósito de los delitos de colusión y corrupción entre particulares", 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. 775-800.
- BERENGUER, Sergio, 2020: *El delito de corrupción en los negocios*, Madrid, Boletín Oficial del Estado.
- BLANCO, Isidoro, 2015: "Artículo 286 bis", en Manuel Gómez Tomillo (director), *Comentarios Prácticos al Código Penal. Delitos contra el patrimonio y socioeconómicos*. Artículos 234-318 bis, Tomo III, Pamplona, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 539-547.
- BOLEA, Carolina, 2018: "El delito de corrupción privada tras la reforma del Código Penal español operada por LO 1/2015, de 30 de marzo", en Víctor Gómez, Juan Pablo Montiel y Helmut Satzger (editores), *Estrategias penales y procesales de lucha contra la corrupción*, Madrid, Marcial Pons, pp. 25-34.
- COLLADO, Rafael, 2020: "¿Qué se protege en el delito de corrupción entre particulares?", 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. 827-852.
- DANNECKER, Gerhard, 2017: "StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", en Urs Kindhäuser, Ulfrid Neumann y Hans-Ullrich Paeffgen (editores), *Nomos Kommentar Strafgesetzbuch* (5. Auflage), Nomos, edición digital, Rn. 1-157.
- DE LA CUESTA, José y BLANCO, Isidoro, 2002, La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿Asignatura pendiente en el derecho penal español?, en José Luis Díez (coordinador), *La ciencia del derecho penal ante el nuevo siglo: Libro homenaje al profesor doctor José Cerezo Mir*, Madrid, Editorial Tecnos, pp. 257-290.
- ENCINAR DEL POZO, Miguel Ángel, 2016: *El delito de corrupción privada en el ámbito de los negocios*, Navarra: Thomson Reuters Aranzadi.
- ESTRADA, Albert, 2020: "Tema 16. Protección de la propiedad intelectual e industrial, del mercado y de los consumidores", en Jesús Silva (director), *Lecciones de derecho penal económico y de la empresa*, Barcelona: Atelier, pp. 495-570.

- FERNÁNDEZ, Silvia, 2017: "El delito de corrupción entre particulares (Art. 286 bis CP): Una interpretación restrictiva", en Joan Queralt y Dulce Santana (directores), *Corrupción pública y privada en el Estado de Derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 211-238.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, 2015: "Corrupción en los negocios y modificación del cohecho", En Gonzalo Quintero Olivares (director), *Comentario a la reforma penal de 2015*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, pp. 553-576.
- GARCÍA CAVERO, Percy, 2019: *Derecho Penal Parte General*, (3^o edición), Lima, Editorial Ideas.
- GIL, María Soledad, 2015: "El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia", *Estudios penales y criminológicos*, Vol. XXV, pp. 567-624.
- GILI, Antoni, 2017: *El delito de corrupción en el sector privado*, Madrid, Marcial Pons.
- GORIUS, Michaela, 2015: *Die Strafbarkeit des Prinzipals im Lichte des § 299 StGB*, Frankfurt am Main: Peter Lang GmbH.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2010: "La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en Chile", en *Política Criminal*, vol. 5, N° 9, pp. 207-236.
- HERNÁNDEZ, Héctor, 2019: "Artículos 287 bis y 287 ter", en Jaime Couso y Héctor Hernández (directores) *Código Penal Comentado. Parte Especial. Libro Segundo. Título VI (Arts. 261 a 341). Doctrina y jurisprudencia*", Santiago: Thomson Reuters, pp. 182-195.
- HEINE, Günther, 2003: "Comparative analysis", en Günther Heine, Barbara Huber y Thomas Rose (Eds.), *Private commercial bribery. A comparison of national and supranational legal structures*, Friburgo, Edition Iuscrim.
- JANSEN, Scarlett, 2020: *Der Schutz des Wettbewerbs im Strafrecht*, Baden-Baden, Nomos.
- JARA, Rony, 2004: "Administración de la empresa individual de responsabilidad limitada", en Hernán Corral y José Díaz (editores), *Las empresas individuales de responsabilidad limitada. Nuevo régimen legal de organización empresarial*, Santiago, Universidad de los Andes.
- KINDHÄUSER, Urs y BOSË, Martin, 2021: *Strafrecht Besonder Teil II*, (11. Auflage), Baden-Baden, Nomos.
- KRICK, Carsten, 2019, "StGB § 299 Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", En Volker Erb y Jürgen Schäfer (editores), *Münchener Kommentar zum StGB*, Band 5 (3. Auflage), edición digital, München, C.H. Beck, Rn. 1-240.
- LA ROSA, Emanuelle, 2018: *Corruzione privata e diritto penale. Uno studio sulla concorrenza come bene giuridico*, Torino, G. Giappichelli Editore.
- LACKNER, Karl y KÜHL, Kristian, 2018: "26. Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb", en Karl Lackner, Kristian Kühl y Martin Heger (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar* (29. Auflage), München, C.H. Beck, edición digital, Rn. 1-9.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2010: "La estructura de la autoría mediata", en: *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Vol. XXXIV, N° 1, pp. 385-414.
- NAVARRO, Irene y MELERO, Lourdes, 2011: "Corrupción entre particulares y tutela del mercado", *Indret*, N° 4, pp. 1-40.
- NÖCKEL, Anja, 2013: "Grundprobleme zu § 299 StGB. Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr", *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, 1, pp. 50-56.
- OTERO, Pilar, 2019: "La progresiva ampliación del ámbito típico del delito de corrupción privada", *Indret*, 4, pp. 1- 41.
- RHEINLÄNDER, Markus, 2014: "Bestechung und Bestechlichkeit im geschäftlichen Verkehr, § 299 StGB – Gedanken zur Bestimmung der Grenzen des Anwendungsbereichs der Norm", *WiJ*, N° 3, pp. 143-150.

- SCHÖNKE, Adolf; SCHRÖDER, Horst y EISELE, Jörg, 2019: "Sechszwanzigster Abschnitt. Straftaten gegen den Wettbewerb", en Schönke/Schröder (editores), *Strafgesetzbuch Kommentar*, (30. Auflage), edición digital, München, C.H Beck.
- SCHURMANN, Miguel, 2020: "La persona jurídica como un nuevo partícipe en el delito económico", en Acevedo, Nicolás; Collado, Rafael y Mañalich, Juan Pablo (coord.), *La justicia como legalidad. Estudios en homenaje a Luis Ortiz Quiroga*, Santiago, Thomson Reuters.
- TEIXEIRA, Adriano, 2018: *Das Unrecht der privaten Korruption im geschäftlichen Verkehr*, Baden-Baden, Nomos.
- TRONCONE, Pasquale, 2018: "Il nuovo delitto di corruzione tra privati -Adeguamenti eurounitari e riflussi del passato", *L'Indice Penale*, IV, N°1, pp. 93-118.
- VÁSQUEZ, María Fernanda, 2019: *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas, joint venture y otros sujetos del derecho comercial* (3° edición), Santiago, Thomson Reuters.
- WACKERNAGEL, Udo y GSCHOSSMANN, Anna-Maria, 2021: "Von der 'Korkengeld-Entscheidung' des Reichsgerichts und dem modernen Verbraucherbild: Der Paradigmenwechsel bei der Bewertung von 'Verkäuferprämien' als Bestechung im geschäftlichen Verkehr (§ 299 StGB)", *NZWIS*, 51, pp. 51-56.
- WALTHER, Felix, 2011: *Bestechlichkeit und Bestechung im geschäftlichen Verkehr. Internationales Vorgaben und deutsches Strafrecht*, Freiburg, Centaurus Verlag & Media UG.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Inaplicabilidad, reforma constitucional y vicios de forma (Tribunal Constitucional)

*Inapplicability, constitutional amendment and procedural defects
(Constitutional Court)*

*Ariel Pérez Aubel**

Comentario de sentencia del Tribunal Constitucional, Rol Nº 11320-21 INA, de 17 de marzo de 2022, que acogió el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto del artículo único, incisos decimosegundo, decimotercero y decimocuarto, de la Ley Nº 21.330, en el proceso Rol Nº 263-2021, sobre reclamo de ilegalidad, seguido ante la Corte de Apelaciones de Santiago.

Considerandos del voto de mayoría que serán objeto de comentario:

PRIMERO: Que, según se puede leer en la parte expositiva de esta sentencia, en la especie se objeta que la autodenominada “Ley de Reforma Constitucional” Nº 21.330 haya venido a afectar sendos contratos de renta vitalicia –de que es titular la requirente–, a pretexto de circunstancias adventicias y extraordinarias, por completo ajenas al objeto jurídico y devenir natural de dichas convenciones.

Efectivamente, esta Ley Nº 21.330, junto con reconocer que está incidiendo en materias de seguridad social, al citar “el artículo 65, inciso cuarto, Nº 6” constitucional, y después de invocar como motivo excepcional la necesidad de “mitigar los efectos sociales derivados del estado de excepción constitucional de catástrofe por calamidad pública decretado a causa del COVID-19” (inciso 1º de la disposición quincuagésima transitoria), a la postre, en sus incisos 12º y 13º innova sustancialmente en la materia, al disponer que los pensionados o beneficiarios de este sistema pueden “adelantar el pago de sus rentas vitalicias”, merced a un “retiro” actual susceptible de descuento futuro. El inciso 14º, a su vez, encarga a la Comisión del Mercado Financiero dictar las “instrucciones” necesarias para la aplicación de los incisos precedentes.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Abogado. Profesor de Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Becario ANID-Subdirección de Capital Humano/Magíster Nacional/2022-folio Nº 2221214. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3114-9794>. Correo electrónico: ar.perez.aubel@gmail.com

Trabajo recibido el 14.8.2022 y aceptado para su publicación el 3.4.2023.

Dichas normas, se verá, no solamente desconocen señaladas atribuciones constitucionales del Presidente de la República, en tanto Jefe de Estado. Además, su aplicación ha revelado la afectación de los derechos de propiedad y a la seguridad social que amparan a las compañías aseguradoras y a los propios pensionados, amén de sustraerlos a todos del estatuto jurídico que les es propio;

TERCERO: Que, las razones que justificaron la STC Rol N° 9797-20, son comunicables en este caso y deben presidir el presente reparo a la Ley N° 21.330, toda vez que esta normativa, tal como se dijo respecto al análogo Proyecto de Ley reprochado en dicha oportunidad, aparece dictada sin sujeción al principio basal de competencia recogido en el artículo 7° de la Carta Fundamental, al tener su origen en mociones parlamentarias y no en un mensaje presidencial, como en derecho corresponde. [...]

CUARTO: Que, en esta lógica, durante la tramitación parlamentaria de esta Ley N° 21.330, a la que se le venía dando el carácter de reforma constitucional, debió entonces observarse el mandato íntegro y perentorio dado en las reglas vigentes sobre “Reforma Constitucional”, consagradas en el Capítulo XV del propio texto supremo.

Cuyo artículo 127, en su inciso tercero, dispone –para lo que aquí interesa– que “serán aplicables a la tramitación de los proyectos de reforma constitucional las normas sobre formación de la ley”. Es condición necesaria de toda ley –y no escapa a ello la ley de reforma constitucional– la de producirse “en la forma prescrita por la Constitución”, para que enseguida pueda válidamente mandar, prohibir o permitir, según reza el artículo 1° del Código Civil.

Remisiones a la Constitución que –a su vez– no pueden sino entenderse efectuadas al párrafo “Formación de la ley” contenido en el Capítulo V, el cual se inicia precisamente con su artículo 65, donde se indican las materias de ley que son de iniciativa excluyente del Presidente de la República;

DECIMOSEXTO: Que, con este acopio de antecedentes, procede a continuación afirmar el deber inexcusable que le asiste al Tribunal Constitucional de resolver jurídicamente la presente cuestión de inaplicabilidad.

Debiendo resaltar, por de pronto, que la Ley N° 21.330 no puede estimarse como una “reforma constitucional” aséptica e indiscutida en cuanto a su plena conformidad con la Carta Fundamental. El que en esta sede se haya declarado inadmisibles una impugnación previa enderezada en su contra por el Presidente de la República, en STC Rol N° 10774-21, sin entrar al fondo del asunto, no implica abonar su ya por entonces cuestionada constitucionalidad, del mismo modo que la votación parlamentaria que la respaldó –con el título de “Reforma Constitucional”– no es bastante para purgar su inconstitucionalidad. [...]

VIGESIMOSEGUNDO: Que no es óbice para que el Tribunal Constitucional pueda efectuar la cualificación en comento, el artículo 84, inciso primero, N° 4, de su ley orgánica constitucional N° 17.997, cuando obliga a declarar inadmisibles una acción de

inaplicabilidad por inconstitucionalidad que se dirija contra un precepto que no tenga “rango legal”.

Determinar dicho rango, demanda exactamente atender a la categoría o calidad del precepto examinado y no a su sola presentación. “El intérprete –se dijo en STC Rol N° 591-96– debe ir más allá del mero literalismo”, citando a Patricio Aylwin y el “principio de primacía de la realidad por sobre el nominalismo”, a fin de desentrañar la verdadera naturaleza de un acto jurídico (considerandos 25° y 26°).

Así por ejemplo, no porque una regla se encuentre inserta en el Reglamento del Registro del Conservador de Bienes Raíces, es –de suyo– materia de decreto presidencial, si su contenido delata que es en verdad una norma legal, y en este entendido se ha modificado (por las leyes N°s. 7.612 y 10.512, además de otras complementaciones legales) y considerado en grado de inaplicabilidad (en STC Rol N° 5031-18, donde se inadmitió un requerimiento en su contra pero no por la causal de tener la condición de reglamento);

Considerandos de la disidencia que serán objeto de comentario:

7. Por otra parte, frente al planteamiento de cuestiones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad en las que se ha pretendido impugnar normas constitucionales, este tribunal tiene dos pronunciamientos de inadmisibilidad que son paradigmáticos, cuales son los Roles N°s 2392 y 2124.

8. En efecto, en el cons. 9 de la interlocutoria de inadmisibilidad Rol N° 2392 se señala expresamente que “en cuanto a la impugnación de la disposición octava transitoria de la Constitución Política, procede declarar la inadmisibilidad, por no ser procedente respecto de preceptos que no tengan rango legal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 84 de la citada ley Orgánica de esta Magistratura”, delimitando claramente la competencia de este Tribunal en sede de inaplicabilidad.

9. A su vez, el cons. 13 de la sentencia de inadmisibilidad Rol N° 2124, referida a una impugnación del artículo 20 de la Constitución, razonó que “se colige claramente que el requerimiento no recae en un precepto legal en los términos usados por el numeral 4o del artículo 84 de la citada ley orgánica constitucional”, por ser precisamente una norma constitucional.

39. Además de lo ya señalado acerca de la naturaleza de norma constitucional y no de precepto legal de la norma cuestionada, lo que desde ya determina el rechazo del requerimiento por motivos de forma, si efectivamente estuviésemos en presencia de un precepto legal, no puede preterirse el carácter concreto propio de la acción de inaplicabilidad, el cual determina que el vicio de constitucionalidad en esta sede es el pretendido y potencial efecto contrario a la Constitución que la aplicación de la norma produce en el caso concreto (STC, Rol No1300-09, 25 de mayo de 2009). En este sentido, este Excmo. Tribunal Constitucional al ejercer el control concreto de la constitucionalidad de la ley, lo hace centrado en la aplicación al caso *sub lite*, cuya resolución se limita a que las disposiciones legales determinadas, en sí mismas, resulten en cuanto reglas de derecho, inconciliables en sus efectos con normas *iusfundamentales* de la CPR, siempre en su aplicación en el caso concreto. Por ello, la jurisprudencia de este tribunal ha sostenido que la

acción de inaplicabilidad por inconstitucional tiene por objeto el impedir la aplicación de un precepto legal que, rectamente entendido e interpretado, trae como resultado una contravención a la Constitución (STC, Rol Nº2740-14, 20 de agosto de 2015).

40. En tal sentido, la problemática de los vicios de constitucionalidad de forma ha sido claramente reconocida por la doctrina: ya en el año 2010 se señala que *el vicio de forma se produce antes de que el precepto legal exista, lo que lo aleja de los efectos que la norma jurídica producirá una vez que entre en vigencia. el vicio de forma, entonces, no se relaciona con los casos que se presenten ante el juez* (Verdugo Ramírez, Sergio. *Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿Un problema resuelto?*, *Revista de Derecho, Universidad Austral*, vol. XXIII - Nº 2 - diciembre (2010) páginas 83-112), por lo que {...} *en consecuencia, la inconstitucionalidad de forma no está presente en el texto o enunciado normativo, ni en la interpretación que los autores o la jurisprudencia puedan elaborar del mismo* (Verdugo Ramírez, Sergio. *Inaplicabilidad y vicios de forma. ¿Un problema resuelto?*, *Revista de Derecho, Universidad Austral*, vol. XXIII - Nº 2 - diciembre (2010) páginas 83-112). Si se llegara a estimar, erradamente, que hay vicio de constitucionalidad de forma, a su vez, la profesora Miriam Henríquez Viñas, en su trabajo “Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia” (Henríquez Viñas, Miriam. *Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia*, (2017). Disponible en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00049.pdf>), nos recuerda que, en primer lugar {...} *Los vicios de inconstitucionalidad de forma y de fondo que afectan las normas legales vigentes son distintos. Los primeros no suponen una contradicción normativa con la Constitución, sino el hecho del incumplimiento por el legislador de las normas constitucionales procedimentales para su producción o que existan vicios de competencia. La distinta naturaleza del vicio justifica un diferente régimen de invalidación*, por lo que en este sentido, el vicio de forma o infracción constitucional propia, como un vicio de origen, afecta la validez de la norma contenida en un precepto legal. Agrega la autora que {...} *la infracción constitucional propia afecta la validez de la norma legal y tal invalidez debe ser declarada. Como se ha dicho, la acción de inaplicabilidad de ninguna manera busca enjuiciar la validez de un precepto legal, sino determinar si su aplicación produce efectos inconstitucionales en un caso concreto* (Henríquez Viñas, Miriam. *Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia*, (2017). Disponible en <http://www.scielo.edu.uy/pdf/rd/n15/2393-6193-rd-15-00049.pdf>). Cabe insistir sobre el punto. La sentencia estimatoria de inaplicabilidad tiene efectos particulares, los cuales no son coherentes con un pronunciamiento sobre un pretendido vicio que afecta la validez de un precepto legal, concluyendo que no se puede controlar el vicio de constitucionalidad de forma por medio de la acción de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, que además ha de referirse a preceptos legales y no a normas constitucionales.

41. De igual forma, Valeria Lübert sostiene que, al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal Constitucional se estará pronunciado sobre la ley en abstracto, con total prescindencia de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general (Lübert, Valeria, “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, *Revista de Derecho Público*, Nº 76 (2014), p. 383), que es justamente lo que se pretende en este caso.

COMENTARIO

BICE Vida Compañía de Seguros S.A. interpuso un reclamo de ilegalidad en contra del Oficio N° 1208 de la Comisión para el Mercado Financiero, en el que se emitieron instrucciones relativas a hacer efectiva la reforma constitucional que establece y regula un mecanismo excepcional de retiro de fondos previsionales y anticipo de rentas vitalicias (popularmente conocida como “retiro del 10%”). En esa gestión pendiente es que BICE Vida requiere de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

En el requerimiento impugnan el “precepto legal” de la Ley 21.330 que introdujo la Quincuagésima Disposición Transitoria de la Constitución que habilita un retiro de fondos previsionales y rentas vitalicias. BICE Vida S.A, la requirente, sostuvo que esta disposición transitoria tenía la calidad de ley “al margen o con independencia de su denominación, por lo que es susceptible de ser revisada mediante el requerimiento”; alegó que el legislador no actuó dentro de sus competencias al regular una materia que es propia de iniciativa exclusiva del Presidente de la República, es decir, alega un vicio de forma. El Tribunal Constitucional acogió la acción de inaplicabilidad haciendo suyos los argumentos dados por la requirente. Aseveró que la acción de inaplicabilidad es un medio eficaz para controlar la reforma constitucional; y que es competente para revisar los vicios de forma.

Este comentario jurisprudencial analizará, en primer lugar, si el Tribunal Constitucional tiene la competencia para controlar una norma constitucional mediante la acción de inaplicabilidad. En segundo lugar, y sin perjuicio de si tiene o no tal competencia, procederé a analizar si el Tribunal Constitucional está facultado para revisar vicios de forma en sede de inaplicabilidad.

Acerca de lo primero, es decir, si la magistratura constitucional tiene competencia para controlar una norma constitucional por medio de la inaplicabilidad, el artículo 93 N° 6 de la Constitución Política de la República dispone que la acción de inaplicabilidad (en adelante INA) se debe ejercer respecto de preceptos legales, y en el caso en comento estamos en presencia de una norma que ya es parte de la Constitución: la disposición quincuagésima transitoria. No es un precepto legal. Por su parte, la ley orgánica constitucional del Tribunal Constitucional desarrolla los requisitos de admisibilidad de la acción de inaplicabilidad en su artículo 84, y su numeral 4 establece que el Tribunal deberá declarar la inadmisibilidad del requerimiento “cuando se promueva respecto de un precepto que no tenga rango legal”, y precisamente este es el caso. Lo impugnado tiene rango constitucional, pues una vez publicada la norma en el Diario Oficial, se entiende pertenecer al cuerpo constitucional. Esta sentencia fue pronunciada contra texto expreso de la Constitución y la ley.

Esto podría marcar un mal precedente a futuro, ya que si siguiéramos la lógica del Tribunal Constitucional, se podrían impugnar normas constitucionales argumentando que estas fueron introducidas mediante una reforma constitucional. Por ejemplo, se podría impugnar la protección de datos personales que consagra el artículo 19 N° 4 de la Constitución, argumentando que esta fue introducida por la Ley 21.096.

La disidencia se refirió a esta temática. Citó dos casos en que el Tribunal Constitucional tuvo oportunidad de pronunciarse respecto de planteamientos de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de normas constitucionales: los roles N°s 2392 y 2124. En ambos se declararon inadmisibles los requerimientos por estar dirigidos contra una norma constitucional. En Chile, no tenemos sentencias con fuerza de precedente. El artículo 92 de la Ley Orgánica Constitucional del TC deja claro que la sentencia estimatoria de inaplicabilidad solo producirá efectos en el juicio en que se solicite. A este respecto, podemos afirmar que no hay norma constitucional ni legal que le imponga al Tribunal Constitucional la obligación de respetar sus fallos anteriores. A diferencia del *common law* que se rige por la doctrina de los precedentes, “donde la Constitución tiene un rol ceremonial, casi de referencia, como punto inicial de enunciación del problema jurídico, pero toda la opinión gira alrededor de precedentes interpretando la Constitución y el juez, más que aplicar de forma textual la Constitución, busca el precedente constitucional correcto”¹. Verdugo aclara que en el modelo chileno de jurisdicción constitucional “no existe el precedente en su variante anglosajona, lo que disminuye la importancia de la creación de reglas extraídas de la jurisprudencia”². Sin embargo, García explica que el Tribunal Constitucional ha comenzado, en la última década, a seguir de manera explícita sus propios precedentes. En su estudio describe las variantes y tendencias jurisprudenciales del Tribunal Constitucional en materia de precedente, y detecta una variante de sentencias que establece el marco jurisprudencial aplicable a la resolución de un determinado asunto³; utiliza sus potestades en materia de revisión judicial constatando la existencia de parámetros, conceptos o categorías anteriores, que enmarcan y delimitan su decisión presente, pero sin la fuerza obligatoria de una regla jurídica singular que, por haber sido decisiva en la resolución de una controversia en el pasado (o del juicio de constitucionalidad de una ley), se estima debe ser utilizada en el presente.⁴

La Constitución y la ley prescriben un carácter relativo a las sentencias constitucionales, pero el Tribunal Constitucional ha invocado o seguido *de facto* sus propios precedentes en la última década. No me referiré de la conveniencia o no de contar con precedentes en materia constitucional, pues ello excede al cometario de esta sentencia. Sin embargo, si la doctrina da cuenta que en otros casos ha seguido sus propias sentencias, en este caso debió haber justificado por qué se apartó de su doctrina precedente en las sentencias rol N°s 2992 y 2124 que declararon inadmisibles los requerimientos de inaplicabilidad que impugnaban normas constitucionales.

¹ ARÉVALO, Walter y GARCÍA, Luisa, 2018: “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: Teorías y casos de estudio”, *Revista Ius et Praxis*, Año 24, Nº 2, p. 407.

² VERDUGO, Sergio, 2013: “La discusión democrática sobre la revisión judicial de las leyes de diseño institucional y modelos constitucionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 40, Nº1, p. 209.

³ GARCÍA, José Francisco, 2018: “¿Precedente horizontal *de facto* en el Tribunal Constitucional?”, en *Revista de Derecho Público*, Número especial, p. 249.

⁴ Ídem, p. 252.

El segundo comentario, concerniente al control de los vicios de forma. El considerando tercero hace referencia a la STC de Rol N° 9797-20 aseverando que las razones dadas en aquella son comunicables a esta⁵. Sin embargo, yerra el Tribunal Constitucional al afirmar esto, pues la sentencia rol N° 9797-20 fue dictada a propósito de un control preventivo de constitucionalidad, cuyo carácter es abstracto, a diferencia del examen de inaplicabilidad en el que se desarrolla la sentencia objeto de comentario, cuyo carácter es concreto⁶. Es decir, las razones dadas para la primera no debieran ser las mismas que en la segunda, toda vez que la naturaleza de ambas sedes es totalmente diferente. En los mismos términos se pronuncia la disidencia en su razonamiento número 34 transcrito al inicio del escrito, donde sostuvo que la sentencia invocada como precedente se pronunció en el contexto de un control preventivo abstracto, cuyas materias y atribuciones son completamente incommunicables al caso *sub lite*.

Además, el Tribunal Constitucional afirma que la Ley 21.330 incide en materias de seguridad social, y fue “dictada sin sujeción al principio basal de competencia recogido en el artículo 7° de la Carta fundamental, al tener su origen en mociones parlamentarias y no en un mensaje presidencial, como en derecho corresponde”. El debate de los quóruns, iniciativa, y órganos competentes en materia legislativa es correcto plantearlo en el contexto de un control preventivo de constitucionalidad, pues este es de carácter abstracto. Analizarlos consiste en verificar si se cumplieron con las normas de la producción normativa. Es un debate acerca de la validez de la norma. Guastini⁷ designa que la validez de una norma dependerá de si se respetan o no las *normas sobre la producción jurídica* (NSPJ). Este autor sugiere la revisión de ciertas NSPJ para poder afirmar la validez o no de una norma jurídica⁸:

- a. Normas que confieren poderes.
- b. Normas sobre el procedimiento.
- c. Normas que circunscriben el ámbito de poder conferido.
- d. Normas que reservan materias a una determinada fuente.
- e. Normas que se refieren al propio contenido de la regulación.

⁵ Resulta curioso como aquí sí invoca un precedente.

⁶ PICA, Rodrigo, 2009: “El carácter concreto del control de inaplicabilidad por inconstitucionalidad de la ley en el derecho chileno”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 16, N° 2, pp. 101-136; RÍOS, Lautaro, 2007: “La acción de inaplicabilidad de preceptos legales”, en *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, 14, N° 2, pp. 115-130. Sin perjuicio de eso, la doctrina minoritaria critica dicho carácter, véase RODRÍGUEZ, Pablo, 2013: “¿Inconstitucionalidad en abstracto o en concreto?”, en *Revista de Derecho Público Iberoamericano*, 1, N° 2, pp. 15-33, p. 32; SALAS, Ricardo, 2018: “Una reconstrucción dogmática de la inaplicabilidad por inconstitucionalidad”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 16, N° 1, pp. 187-226, p. 192; COUSO, Javier y CODDOU, Alberto, 2010: “La naturaleza jurídica de la acción de inaplicabilidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional: un desafío pendiente”, en *Revista de Estudios Constitucionales*, Año 8, N° 2, pp. 397, 401 y 420.

⁷ GUASTINI, Riccardo, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, p. 309.

⁸ VON WRIGHT, Georg, 1970: *Norma y acción*, Madrid, Tecnos, p. 200.

La validez, según el autor italiano, “es la conformidad con todas las normas secundarias que regulan su creación y predeterminan su contenido normativo”⁹. El control sobre la validez de las normas se realiza mediante un régimen de invalidación, que consiste en determinar quién (o quiénes) tienen competencia para enjuiciar la validez de la ley y en qué condiciones ha de ejercerse esta competencia¹⁰. Para Gascón dicho régimen de invalidación es contingente respecto del tipo de validez que se esté controlando¹¹, pero siempre debe ser coherente con el tipo de vicio que trata.

Si el vicio de una norma proviene de la infracción de NSPJ formales, el control sobre la validez de ella debiera ser abstracto y siempre con efectos generales. Abstracto en el sentido de constatar si se cumplieron o no las NSPJ que determinan su validez formal, por ejemplo, si se cumplió con el procedimiento legislativo o si fue la autoridad competente para dictarla. Respecto de sus efectos, este tipo de vicio afecta en todos los casos la validez de la norma jurídica porque se está constatando que no respetó las NSPJ, por lo que, si se quiere tener un ordenamiento jurídico coherente con normas jurídicas válidas, los efectos de su declaración siempre deben ser generales. No procedería para estos casos la inaplicabilidad, pues sus efectos son relativos.

La acción de inaplicabilidad tiene un carácter concreto, debido a que revisa si la aplicación del precepto genera efectos inconstitucionales en la gestión pendiente¹². Y en el ordenamiento jurídico chileno, queda claro que los efectos de la sentencia que estima la inaplicabilidad de un precepto legal son *inter partes*. Ya lo vimos al revisar la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional en su artículo 92 cuando declara que dicha sentencia *solo producirá efectos en el juicio en que se solicite*.

Así las cosas, la Acción de Inaplicabilidad no está destinada a ser un régimen de invalidación que revise el procedimiento legislativo y la historia de la ley. La INA no es un medio para enjuiciar la validez de la ley, sino que es una vía para dejar fuera de la solución de un caso concreto una norma jurídica de rango legal cuyos efectos son contrarios a la Constitución. En este sentido, Lübbert afirma que al analizar un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, el Tribunal se estará pronunciando en relación a la ley en abstracto¹³ y Henríquez es clara al determinar que la sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional no afectará la vigencia o la validez del precepto legal

⁹ GUASTINI, Riccardo, 1999: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del Derecho*, Barcelona: Gedisa, p. 311.

¹⁰ GASCÓN, Marina, 1997: “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 20, p. 134.

¹¹ GASCÓN, Marina, 1997: “Sentido y alcance de algunas distinciones sobre la invalidez de las leyes”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 20, p. 137.

¹² Op. Cit, Nº 7

¹³ LÜBBERT, Valeria, 2014: “El proceso legislativo frente a los jueces: El caso de la inaplicabilidad por vicios de forma”, en *Revista de Derecho Público*, Nº 76, pp. 383. En el mismo sentido VERDUGO, Sergio, 2010: “Inaplicabilidad y vicios de forma: ¿un problema resuelto?”, en *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 23, Nº 2, 107.

impugnado¹⁴. Coincido con ambas autoras, la INA al ocuparse de la aplicabilidad de un precepto legal no puede declarar la invalidez de una norma porque no fue diseñada para ello. Es una contradicción en los términos decir que la inaplicabilidad resuelve cuestiones de validez.

Además, los efectos de la INA son particulares, y en un caso donde se verifique un vicio que afecte la validez formal de las normas, se generalizaría la declaración de dicha acción provocando efectos *erga omnes*. ¿Es plausible esto? No. La Constitución y la ley obligan al Tribunal Constitucional a que la sentencia de INA sea con efectos inter partes, y lo que haría el Tribunal Constitucional al pronunciarse en esta sede sobre un vicio de forma, sería apartarse de su mandato constitucional y generalizar sus decisiones. Esto no se puede permitir y tanto Lübbert como Henríquez dan cuenta que el TC, si incurre en esta falta, estaría prescindiendo de las circunstancias del caso e instrumentalizándolo para emitir un pronunciamiento de carácter general. Así, los efectos particulares de la INA no son coherentes con un pronunciamiento sobre un vicio que afecta la validez de un precepto legal, los que debieran ser generales¹⁵. Esto es reconocido por el propio Tribunal que, al resolver un vicio de forma, señala que el efecto particular decae tratándose de defectos en la formación del precepto impugnado, pues resulta obvio que si en determinado caso la inaplicabilidad se acoge por estimarse que el precepto impugnado adolece de inconstitucionalidad de forma, disminuirá la importancia del caso concreto y la declaración de inaplicabilidad adquirirá una dimensión más general¹⁶.

Vimos cómo en la sentencia de rol 11320-21, el Tribunal infringió el orden constitucional chileno al no respetar el artículo 7 y 93 N°6 de la Constitución Política de la República, ni el artículo 84 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, actuando fuera de sus competencias al controlar vía inaplicabilidad una norma constitucional. Además, infringió también el artículo 7 al desconocer sus límites de competencia, pues resolvió un vicio de forma en sede de inaplicabilidad, no siendo esta la instancia jurídica para conocer de ellos.

¹⁴ HENRÍQUEZ, Miriam, 2017: "Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia", en *Revista de Derecho Ucdal*, N° 15, p. 58. En el mismo sentido ATRIA, Fernando, 2001: "Inaplicabilidad y coherencia: contra la ideología del legalismo", en *Revista de Derecho de Valdivia*, Vol. 12, p. 150.

¹⁵ HENRÍQUEZ, Miriam, 2017: "Justicia constitucional chilena y vicios de forma: un caso de improcedencia", en *Revista de Derecho Ucdal*, N° 15, p. 58.

¹⁶ Tribunal Constitucional chileno, Sentencia Rol 741-07.

Aplicación supletoria de la Ley Nº 19.886 y regulación
del *factoring* en la contratación pública
(Corte Suprema)

*Supplementary application of law No.19.886
and regulation of factoring in public contracts*

*Juan Pablo Aburto Barahona**

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil veintidós.

VISTO:

En estos autos Rol C-4070-2019 seguidos ante el Segundo Juzgado Civil de Rancagua, caratulado "Itau Corpbanca S.A. con JUNJI", sobre demanda ejecutiva de cobro de facturas, la juez suplente de dicho tribunal acogió la excepción del artículo 464 Nº 14 del Código de Procedimiento Civil opuesta por la ejecutada, desestimó la del número 1 del mismo cuerpo legal y omitió pronunciamiento de aquella contenida en su numeral 7, distribuyendo proporcionalmente las cosas de la causa.

Elevada en apelación por la parte ejecutante, la Corte de Apelaciones de Rancagua la revocó, desestimando las excepciones opuestas, ordenando seguir adelante con la ejecución.

Respecto de esta última decisión, la parte ejecutada dedujo un recurso de casación en la forma y otro en el fondo.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

(...)

II.- En cuanto al recurso de casación en el fondo de la ejecutada.

QUINTO: Que, la ejecutada ha fundado su recurso de nulidad sustancial en la infracción de una serie de normas que tornaría nula la sentencia de segunda instancia. Indicó,

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Abogado. Magíster en Derecho Civil Patrimonial por la misma universidad. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1244-3716>. Correo electrónico: juanpablo.aburtobarahona@gmail.com

como Primera infracción la norma de la letra e) del artículo 3 de la Ley Nº 19.886, al otorgarle una incorrecta y parcial aplicación al presente caso sin que fuere procedente, recurriendo, al contrario, a las disposiciones contenidas en la Ley Nº 19.983, sin que ello haya sido objeto de la litis.

Una segunda infracción normativa la sustentó en la incorrecta aplicación del artículo 1º de la Ley Nº 19.886 en relación con el artículo 75 del Decreto Nº 250 del año 2004, reglamento de la ley mencionada. Señaló que estas disposiciones estatuyen la normativa aplicable a los contratos celebrados por los órganos de la Administración del Estado, entre ellos a la Junta Nacional de Jardines Infantiles, de modo que la cesión de las facturas se encuentra sujeta a esta normativa, en aplicación de un criterio de especialidad, estando obligadas las entidades a cumplir con los contratos de factoring suscritos por los contratistas siempre y cuando se les notifique oportunamente dicho contrato y no existan obligaciones o multas pendientes. Por ello, agrega, la cesión del crédito vinculado a la factura Nº 675 efectuada por la empresa Sarey SpA al Banco Itau Corpbanca adolece un vicio de nulidad por no observar los requisitos contenidos en el artículo 75 del Reglamento de Compras Públicas antes referido.

Por último acusó la infracción a los artículos 1460 y 1682 del Código Civil, ya que, a pesar de reconocerse en la sentencia recurrida la existencia de un contrato de cesión de créditos suscrito el 19 de octubre de 2018 entre el Banco ejecutante y la empresa Sarey SpA, así como la emisión de notas de crédito respecto de las facturas 659, 663 y 664 vinculadas a uno de los proyectos contratados, no se estima la ocurrencia de un vicio ó respecto de uno de los elementos o exigencias de carácter sustantivo para la validez del crédito contenido en las facturas cedidas, las que carecían de objeto, siendo por tanto nulas las obligaciones que se derivaban de los títulos que fundaron la ejecución.

DÉCIMO: Que, corresponde precisar, en tanto así se indicó en diversas presentaciones de la ejecutante, que las facturas constituyen un comprobante de la celebración de una determinada venta o la prestación de un servicio, y tiene estrecha relación con el negocio causal o subyacente que le da origen, existente entre el acreedor primitivo y el deudor, de manera que no se puede prescindir de su vinculación causal para los efectos de que éste funde su defensa ante el cesionario que pretende el pago del documento. La factura no es un título abstracto, independiente de la relación causal que le dio origen, como ocurre con la letra de cambio o el pagaré, sino que constituye un título concreto vinculado al contrato o convención de la que ha nacido, sin tener los caracteres de literalidad de que están revestidos dichos títulos de crédito. (Corte Suprema Rol 16.231-2019).

De esta forma, la naturaleza del contrato de ejecución de obra pública y las cuestiones vinculadas a su ejecución son circunstancias que deben necesariamente examinarse en razón de las excepciones opuestas por la ejecutada y el contenido normativo que invoca como vulnerado en su recurso de casación sustancial. Lo dicho, permite afirmar que no se trata de un supuesto de aplicación alternativa de normas que se contraponen unas a otras, ya aquellas contenidas en la Ley Nº 19.886 o bien, las de la Ley Nº 19.983, sino más bien precisar el momento en que las disposiciones contenidas en ellas resultan aplicables a las hipótesis de hecho determinadas por los jueces del fondo.

UNDÉCIMO: Que, como latamente se ha explicado, las partes no han controvertido la circunstancia de que las facturas materia de autos reconocen su origen en la celebración de un contrato de construcción entre la sociedad emisora Sarey SpA y la Junta Nacional de Jardines Infantiles, vale decir, un órgano de la Administración del Estado. A su respecto, ó ó el artículo 75 del Decreto Supremo N° 250, que corresponde al Reglamento de la Ley N° 19.886, regula de manera específica el pago de una factura que ha sido cedida, estableciendo que se procederá a éste siempre y cuando no existan obligaciones o multas pendientes, disposición que, al estar vigente, debe ser aplicada al no encontrarse derogada por la dictación posterior de la Ley N° 19.983, ya que este último cuerpo normativo tiene un carácter general, en tanto regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a la copia cedible de las facturas, mientras que la referida norma reglamentaria tiene un carácter especialísimo. Tal precepto no impide la transferencia del crédito contenido en la factura conforme lo establece el artículo 14 de la Ley N° 19.886, sino que su objeto es más específico, sólo condiciona la solución o pago de la misma.

De esta forma, la Ley N° 19.886 sobre contratos administrativos y, por ende, el artículo 75 de su reglamento son plenamente aplicables en la especie, pues existiendo una normativa de derecho público de carácter específico en materia de factoring, corresponde la aplicación de aquella con preferencia a la Ley N° 19.983, según lo dispone el inciso primero del artículo 1° de la Ley N° 19.886 que previene que: “Los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones, se ajustarán a las normas y principios del presente cuerpo legal y de su reglamentación. Supletoriamente, se les aplicarán las normas de Derecho Público y, en defecto de aquéllas, las normas del Derecho Privado”, no siendo impedimento para tal aplicación la exclusión de los contratos de obra pública que efectúa el artículo 3° de la Ley N° 19.886, ya que la vigencia supletoria de la normativa sobre los contratos administrativos invocados por la ejecutada se desprende de lo dispuesto en el inciso final de la letra e) del artículo 3° de la Ley N° 19.886, en cuanto previene que: “No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”.

Lo anterior, en concordancia con el artículo 32 bis de la Ley N° 17.301 que crea la Junta Nacional de Jardines Infantiles, que expresa: “La Junta podrá encomendar la ejecución de acciones y entregar la administración de sus Jardines o bienes de su propiedad a las Municipalidades o a entidades de derecho privado, mediante la celebración de contratos, ó en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del Servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado”, normativa toda que forma parte integrante de cada uno de los contratos en que se fundamentan los títulos ejecutivos invocados en esta causa.

DUODÉCIMO: Que, por otra parte, en lo que se refiere al factoring, según ya se adelantó, contiene una regulación específica en el artículo 14 de la Ley N° 19.886 y en el

artículo 75 de su Reglamento, Decreto N° 250 del Ministerio de Hacienda. El citado artículo 14 dispone que: “Los derechos y obligaciones que nacen con ocasión del desarrollo de una licitación serán intransferibles.

Lo anterior se entiende sin perjuicio que una norma legal especial permita expresamente la cesión de derechos y obligaciones. Los documentos justificativos de los créditos que de ellos emanen serán transferibles de acuerdo con las reglas del derecho común”

Por su parte, el artículo 75 del Reglamento establece que: “Las Entidades deberán cumplir con lo establecido en los contratos de factoring suscritos por sus Contratistas, siempre y cuando se le notifique oportunamente dicho contrato y no existan obligaciones o multas pendientes”.

DÉCIMO TERCERO: Que, de esta forma, una vez verificado el cumplimiento de las obligaciones del contratista, como exigencia previa a la cesión que pueda efectuar de las facturas derivadas de los contratos de obra pública en los que interviene, cobran aplicación específica las normas contenidas en el la Ley N° 19.983. Existiendo obligaciones pendientes de cumplimiento por parte del cedente, en virtud de lo dispuesto en el artículo 75 del Reglamento de la Ley N° 19.886 en relación con su artículo 1°, la Administración debe efectuar el pago al cesionario siempre que no existan multas u obligaciones pendientes, cuestión que el titular del crédito no puede soslayar pretendiendo que tal exigencia es inoponible a su respecto, desde que la referida condición de especialísima que tiene la normativa citada, en particular el artículo 75 del referido reglamento, no se contrapone con el artículo 3° de la Ley N° 19.983, ya que este precepto regula la situación general de los cesionarios respecto de una factura irrevocablemente aceptada, a quienes no se pueden oponer las excepciones personales que tiene el deudor en contra del emisor de la factura, mientras que el mencionado artículo 75 regula el í caso particular de los cesionarios de una factura cuando el deudor es un órgano estatal, los que en el ámbito de la contratación pública están dotados de una serie de prerrogativas y beneficios justificados por el interés general comprometido en su labor.

DÉCIMO CUARTO: Que, aún más, es posible afirmar que si bien el artículo 4°, inciso cuarto, de la Ley N° 19.983, prohíbe todo acuerdo, convenio, estipulación, o actuación de cualquier naturaleza que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura, lo hace en el entendido que la copia de ésta ha cumplido con los requisitos legales para su cesión.

Por consiguiente, debe concluirse que la contradicción entre el artículo 75 del decreto N° 250, de 2004, y las normas contenidas en la ley N° 19.983, es tan sólo aparente, por cuanto si un proveedor no hubiere prestado los servicios, no hubiere suministrado las mercaderías consignadas en la factura, o no hubiese enterado las eventuales multas que se le hayan aplicado, en forma satisfactoria, la copia de aquélla no podría haberse cedido en conformidad a la ley, careciendo de objeto aquel acto por el que se verifica una cesión de facturas derivadas de un contrato de obra pública, como el determinado en esta causa, sin una constatación previa del cumplimiento de las obligaciones o multas pendientes

y de la correspondiente notificación de la entidad como lo expresa el artículo 75 del Decreto N° 250 de 2004 del Ministerio de Hacienda, Reglamento de la Ley N° 19.886.

DÉCIMO QUINTO: Que, conforme lo indicado, resulta evidente que la sentencia recurrida ha formulado una errónea aplicación de las disposiciones contenidas en los artículos 1 y 3 letra a) de la Ley N° 19.886, en relación al artículo 75 del reglamento de la misma ley, artículo 1460 y 1682 del Código Civil, al resolver el conflicto sin advertir la naturaleza pública del contrato de obra que dio origen a las facturas, cuestión que debió examinar en forma previa a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley N° 19.983, la que sólo cobra relevancia luego que se verifica el cumplimiento de las obligaciones emanadas del contrato administrativo que dio origen a los títulos hechos valer en la causa.

Por estas reflexiones y lo dispuesto en los artículos 764, 765, 767 y 785 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en la forma y se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado de la ejecutada, don Octavio Rubio Leiva, por lo que se invalida la sentencia de la Corte de Apelaciones de Rancagua, de diecisiete de agosto de dos mil veintiuno, la que se reemplaza por la que se dicta a continuación, ó en forma separada y sin previa vista.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Guillermo Silva G., y de la Ministra Sra. María Angélica Repetto G., quienes fueron de opinión de desestimar el recurso de casación en el fondo por las siguientes razones:

- 1° Que, pese al esfuerzo argumentativo del recurrente, su recurso no ha sido encaminado, como debió serlo, abarcando el basamento jurídico que en propiedad e ineludiblemente resultaba ser pertinente y de rigor. En efecto, el recurso en estudio incide en un juicio ejecutivo de cobro de facturas que fueron cedidas a la ejecutante por un contratista quien ejecutaba una obra en virtud de un contrato de ejecución de obra celebrado con la ejecutada, y en cuyo contexto, esta formuló la excepción contenida en el artículo 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil.
- 2° Que, versando la controversia sobre la excepción de nulidad de la obligación, obligaba al impugnante a denunciar como infringidos aquellos preceptos que, al ser aplicados, servirían para resolver la cuestión controvertida. En este caso, los artículos 434 y 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil, éste último que regula la institución indicada y que fue el fundamento de la excepción, constituyen precisamente el marco legal que regula la materia, que fue utilizado por los jueces del fondo al resolver y que debía ser revisado, en el caso de dictarse sentencia de reemplazo y al no hacerlo, produce un vacío que esta Corte no puede subsanar, atendida la naturaleza de derecho estricto de este recurso.
- 3° Que, lo mismo ocurre con las normas contenidas en la Ley N° 19.893, particularmente su artículo 3, sobre oponibilidad de facturas irrevocablemente aceptadas, o su artículo 9, referido a la validez de los registros de acuse de recibo y cesión de facturas efectuados por medio de la plataforma electrónica del Servicio de Impuestos Internos. Estas normas han sido largamente analizadas en la sentencia

recurrida y aplicadas como decisorias del conflicto que importó desestimar las excepciones opuestas a la ejecución, sin que a ello se refiera la ejecutada en su recurso de nulidad sustancial.

- 4° Que, por lo expuesto, quienes disienten estiman que el recurso de casación en el fondo de la ejecutada debe ser desestimado.

Sentencia de reemplazo:

Santiago, dieciocho de octubre de dos mil veintidós.

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo:

VISTO Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

Se reproduce la sentencia en alzada, a excepción de sus considerandos vigésimo quinto a trigésimo, ambos inclusive, que se eliminan, y lo reseñado en los fundamentos décimo a décimo quinto de la sentencia de casación, y teniendo, además, presente:

- 1° Que, la parte ejecutada opuso, en lo pertinente, las excepciones de los numerales 14 y 7 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, en base a los mismos argumentos sustanciales, cuales son que las facturas cuyo cobro se pretende fueron emitidas por la empresa Sarey SpA, en el marco de dos contratos de obra pública, adjudicados previa licitación pública en el portal Mercado Público, bajo el ID 1575-6-LR17 y 1574-42-LR17, correspondientes a los contratos de diseño de especialidades y ejecución de obras de construcción de los jardines infantiles denominados “Los Torunos” ubicado en Calle Francisco Correa N° 86 comuna de Graneros y “Gorroño” ubicado en calle Ramón Gorroño León N° 2840, en la comuna de Coquimbo, respectivamente, contratos administrativos que fueron suscritos, con fecha 25 de julio del 2017 y aprobado por Resolución Exenta N°015/502 de 2 de agosto del 2017 en el caso del proyecto “Los Torunos” de Graneros y con fecha 18 de octubre del 2017 y aprobado por Resolución Exenta N° 011/823 de fecha 19 de octubre del 2017, en el caso del proyecto “Gorroño” de Coquimbo.
- 2° Que, como se determinó en la sentencia que se revisa, la cedente de las facturas, esto es, la empresa Sarey SpA, incumplió diversas obligaciones en la ejecución de las obras contratadas, algunas referidas a deberes con trabajadores y subcontratistas, y otras relativas a la ejecución misma de aquellas, las que incluso fueron abandonadas, estando pendiente el pago de algunas multas administrativas derivadas de esas faltas.
- 3° Que, tratándose de facturas emitidas en el contexto de contratos de ejecución de obras públicas, la cesión de las facturas que sustenta la presente ejecución se ha verificado con infracción de las normas contenidas en los artículos 1° y 3° letra a) de

la Ley N° 19.886 en relación a la disposición contenida en el artículo, por cuanto el cedente se encontraba impedido de celebrar dicho acto al existir obligaciones y multas pendientes en la ejecución de las obras, careciendo de objeto al sustentarse en facturas que han sido emitidas sin cumplir con los requisitos legales necesarios en el contexto contractual del cual emanan.

- 4° Que, de no entenderse de otra forma, y el otorgamiento de las facturas y su cesión quedaría entregada exclusivamente a las disposiciones de la Ley N° 19.983, sin la verificación previa de la normativa que regula la contratación pública en este caso, podría significar el uso fraudulento de la potestad de libre circulación contenida en el artículo 4 de la ley indicada, al impedir a la institución pública –en cualquier circunstancia– hacer valer aquellas cuestiones derivadas de la relación sustancial, considerando el fin público de los contratos que originaron las facturas. La libre circulación de la factura que incide en un contrato de obra pública, puede tener lugar únicamente en una hipótesis verificada de cumplimiento contractual más aún cuando, por expresa mención del artículo 32 bis de la Ley N° 17.301 la ejecución de acciones relativa a jardines infantiles, mediante la celebración de contratos, en los cuales deberá asegurarse el cumplimiento de los objetivos del servicio y el debido resguardo del patrimonio del Estado, norma que determina el alcance de las obligaciones derivadas de los contratos suscritos por la cedente.

Por estas consideraciones y lo dispuesto en los artículos 186 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia de tres de junio de dos mil veinte dictada por el Segundo Juzgado de Civil de Rancagua en la causa Rol C-4070-2019, por la que se acogió la excepción del artículo 464 N° 14 del Código de Procedimiento Civil, poniéndose término a la ejecución.

Acordado con el voto en contra del Ministro Sr. Guillermo Silva G., y de la Ministra Sra. María Angélica Repetto G., quienes estuvieron por no emitir la decisión acordada por las razones contenidas en su voto disidente a la sentencia de casación que motiva esta sentencia de reemplazo.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo de la ministra Sra. María Angélica Repetto G.

Rol N° 71.960-2021

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros Sr. Guillermo Silva G., Sr. Mauricio Silva C., Sra. María Angélica Repetto G. Sr. Jean Pierre Matus A. y Sr. Mario Gómez M. (s)

No firma el Ministro Sr. Gómez, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por terminado su periodo de suplencia.

COMENTARIO

El presente comentario versa acerca de una reciente sentencia de la Corte Suprema¹, que se pronuncia por algunas materias que pueden resultar de interés para quienes se desempeñan en la disciplina de la contratación administrativa, como lo son, por una parte, el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.886² y su Reglamento³, en particular, su supletoriedad respecto de contratos regulados por otros cuerpos legales; y por otra, las disposiciones especiales de *factoring* que se contienen en tal normativa y sus condiciones de aplicación, en relación con la Ley N° 19.983⁴.

Los fragmentos de la sentencia transcritos nos permiten iniciar con una breve aproximación. Se trata de la ejecución forzada de una factura por parte del cesionario de esta, cuyo origen se encuentra en un contrato administrativo, específicamente un contrato de ejecución de obra pública donde se encontraba suficientemente acreditado el incumplimiento de las obligaciones del proveedor, la existencia de multas pendientes y el término anticipado de la contratación. En ese contexto, la entidad pública ejecutada interpuso varias excepciones de acuerdo con el artículo 464 del Código de Procedimiento Civil, donde cobra relevancia para nosotros la establecida en el N° 14, esta es, la nulidad de la obligación.

De conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 19.886, se sujetan a esta y su reglamentación:

“(...) los contratos que celebre la Administración del Estado, a título oneroso, para el suministro de bienes muebles, y de los servicios que se requieran para el desarrollo de sus funciones(...)” llevando aplicación supletoria, “(...) las normas de Derecho Público y, en defecto de aquellas, las normas del Derecho Privado”.

Asimismo, de acuerdo con la letra d) del artículo 3°, quedan excluidos los contratos de ejecución de obra pública, que es precisamente el origen de la factura cedida objeto de la ejecución forzada, sin perjuicio de que el inciso final de dicha norma establece la aplicación supletoria a tales contratos, estableciendo que “No obstante las exclusiones de que se da cuenta en esta letra, a las contrataciones a que ellos se refieren se les aplicará la normativa contenida en el Capítulo V de esta ley, como, asimismo, el resto de sus disposiciones en forma supletoria”.

De acuerdo con la normativa citada, la Corte Suprema establece en el Considerando undécimo –contrariamente a lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Rancagua– que

¹ Corte Suprema, sentencia de 18 de octubre de 2022, rol 71.960-2021.

² Ley N° 19.886, Ley de bases sobre contratos administrativos de suministro y prestación de servicios, publicada el 30 de julio de 2003.

³ Decreto Supremo N° 250, Aprueba Reglamento de la Ley N° 19.886 Ley de bases sobre contratos, Ministerio de Hacienda, publicado el 24 de septiembre de 2004.

⁴ Ley N° 19.983, que regula la transferencia y otorga mérito ejecutivo a copia de la factura, publicada el 15 de diciembre de 2004.

la circunstancia de que el contrato objeto de autos se encuentre expresamente excluido de la aplicación de la ley y regulado por otro cuerpo legal no obsta a que se aplique supletoriamente la Ley N° 19.886 y su Reglamento, de acuerdo con el citado artículo 3 letra d) inciso final, en las materias no reguladas por la ley especial, como lo es en el caso particular, el pago de facturas cedidas⁵.

Despejada la cuestión respecto de la aplicación supletoria de la Ley N° 19.886 y su Reglamento al contrato de ejecución de obra pública, conviene detenerse en las normas sobre *factoring* que son objeto de análisis en la sentencia comentada, contenidas en la Ley N° 19.886, su Reglamento y la Ley N° 19.983.

En primer lugar, el artículo 14 de la Ley N° 19.886 establece que:

“Los derechos y obligaciones que nacen con ocasión del desarrollo de una licitación serán intransferibles.

Lo anterior se entiende sin perjuicio que una norma legal especial permita expresamente la cesión de derechos y obligaciones.

Los documentos justificativos de los créditos que de ellos emanen serán transferibles de acuerdo con las reglas del derecho común”.

Por su parte, el artículo 75 del Reglamento de la Ley N° 19.886 establece al efecto que:

“Las Entidades deberán cumplir con lo establecido en los contratos de *factoring* suscritos por sus Contratistas, siempre y cuando se le notifique oportunamente dicho contrato y no existan obligaciones o multas pendientes”.

Surge entonces la pregunta acerca de la aplicación de la citada normativa el marco del contrato administrativo de que se trata, en relación con lo dispuesto en la Ley N° 19.983, que establece en lo relevante la aceptación irrevocable de la factura en los casos en que esta no hubiere sido reclamada de acuerdo con los procedimientos que establece el artículo 3° de dicha norma legal y, con ello, la inoponibilidad a los cesionarios de una factura irrevocablemente aceptada, de las excepciones personales que hubieren podido oponerse a los cedentes de la misma; el carácter traslativo de dominio de la cesión de la factura, y la prohibición de todo acuerdo, convenio, estipulación o actuación de cualquier naturaleza que limite, restrinja o prohíba la libre circulación de un crédito que conste en una factura, establecida en el artículo 4°.

Al respecto, conviene tener presente que la Corte de Apelaciones de Rancagua resolvió, por una parte, que al contrato en referencia no se le aplican las disposiciones de la Ley N° 19.886 y su Reglamento, de acuerdo con la exclusión expresa que contiene, obviando la regla expresa de supletoriedad del propio artículo 3° letra d) y, por otra,

⁵ Acerca de la supletoriedad de la Ley N° 19.886 pueden resultar de utilidad las explicaciones contenidas en: CELIS, Gabriel, 2022: *Derecho de Compras Públicas*, Thomson Reuters, pp. 29-35, en las que se contienen, además, varios pronunciamientos de la Contraloría General de la República, concernientes a la materia.

que de acuerdo al inciso final del artículo 14°, la cesión de las facturas se rige por el derecho común por lo que solo requeriría cumplir con lo dispuesto en la Ley N° 19.983.

La primera pregunta relevante tiene que ver con la supuesta antinomia que se produce entre ambas normas, porque la Corte Suprema entiende que no se trata de un caso de aplicación alternativa de normas contrapuestas, sino que lo relevante corresponde a la oportunidad de su aplicación (Considerando 10°). De esta manera, el Máximo Tribunal establece la plena aplicación del artículo 75 del Reglamento de la Ley N° 19.886, que regula de manera específica las condiciones de procedencia del pago de una factura cedida en el marco de un contrato administrativo, el que solo tendrá lugar, cuando no existan obligaciones o multas pendientes, las que en el caso que nos ocupa, se encontraban latamente acreditadas (Considerando 11°). Tal argumento, como es obvio, descarta la fundamentación relativa a la aceptación irrevocable de la factura que no es reclamada por el obligado al pago.

De esta manera, la norma del artículo 4°, inciso cuarto, de la Ley N° 19.983, sobre prohibición de actos que limiten, restrinjan o prohíban la libre circulación de un crédito que conste en una factura, tiene como supuesto que se han cumplido los requisitos legales para la cesión, que en el marco de los contratos administrativos se encuentra en la reseñada normativa de compras públicas (Considerando 14°)⁶.

Establecidas entonces las condiciones con las que procede la cesión y el pago de facturas en el marco de un contrato administrativo, surge una segunda pregunta, relativa a las consecuencias que se siguen de una cesión de factura que se origina en un contrato donde figuran obligaciones contractuales y multas pendientes.

Al respecto, la sentencia en el Considerando 14°, indica en primer lugar, que de acuerdo con lo explicado, la contradicción entre el artículo 75 del Decreto N° 250, de 2004, Reglamento de la Ley N° 19.886 y las normas contenidas en la Ley N° 19.983, es tan solo aparente y, luego, que en tanto el proveedor se encontraba en una situación de múltiples incumplimientos contractuales, todos suficientemente acreditados, la cesión de la copia de la factura no se realizó conforme con la ley, careciendo entonces de objeto, por lo que se establece su nulidad de conformidad con los artículos 1.460 y 1.682 del Código Civil y, con ello, se pone término a la ejecución al acogerse la excepción regulada en el N° 14 del artículo 464 del Código de Procedimiento Civil.

La decisión adoptada por la Corte Suprema viene a corregir, a nuestro juicio de forma certera, el criterio adoptado en forma previa en la sentencia Rol N° 14.331-2021⁷, en la que establece por una parte que la Ley N° 19.886 no aplica al contrato de ejecución de obra pública de la especie, de acuerdo con la exclusión expresa de ese tipo de contratos establecida en su artículo 3° letra e), obviando lo dispuesto en su inciso final relativo a su aplicación supletoria (Considerando 10°) y; por otra, que el artículo 75 del Reglamento debe ser interpretado en armonía con lo dispuesto en los artículos 3° y 4°

⁶ Respecto de la materia, puede revisarse el Dictamen N° 72.954/2009 de la Contraloría General de la República.

⁷ Corte Suprema, sentencia de 30 de diciembre de 2021, rol 14.331-2021.

de la Ley N° 19.983, estableciendo que en tanto las segundas son de mayor jerarquía, deben prevalecer por sobre la norma reglamentaria, pero especialmente de acuerdo con el artículo 3° inciso final de la señalada ley, que dispone que serán inoponibles a los cesionarios de una factura irrevocablemente aceptada, las excepciones personales que hubieren podido oponerse a los cedentes de la misma (Considerando 12°).

Como cuestión final, la sentencia de reemplazo nos entrega la respuesta a la pregunta acerca de cuáles serían las consecuencias de entender que a la cesión de facturas en el marco de contratos administrativos se aplican únicamente las disposiciones de la Ley N° 19.983 sin la verificación previa de la normativa de contratación pública, que exige el cumplimiento de las obligaciones.

Es en este punto donde aparece uno de los principales aciertos de la sentencia en comento, al establecer que aquello:

“(…) podría significar el uso fraudulento de la potestad de libre circulación contenida en el artículo 4° de la ley indicada, al impedir a la institución pública –en cualquier circunstancia– hacer valer aquellas cuestiones derivadas de la relación sustancial, considerando el fin público de los contratos que originaron las facturas”.

Además del interés público, que en palabras de Gabriel Celis “es el fundamento último de todo contrato estatal y un criterio interpretativo central del mismo(…)”⁸, me parece importante mencionar brevemente otro interés que es objeto de protección en la contratación administrativa regulada por la Ley N° 19.886 y su Reglamento, cual es, el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales de los y las trabajadoras que prestan servicios para los proveedores de la Administración, cuestión que se recoge por ejemplo, en materia de criterios de evaluación (art. 38 inciso 6°), garantía de fiel y oportuno cumplimiento (arts. 68 inciso 2° y art. 72), entre otras.

Si bien en la sentencia comentada se verificaron varios incumplimientos contractuales, entre los que se contaban obligaciones pendientes con trabajadores de la empresa, en nuestra opinión, en la medida que el cumplimiento de las obligaciones laborales y previsionales se encuentre establecido en el contrato como requisito para la recepción y pago del servicio, habiendo incumplimiento, debe necesariamente considerarse como una “obligación pendiente”, en los términos del artículo 75 del Reglamento, que exige a la Administración de dar cumplimiento al pago de la factura cedida. Lo anterior, pudiere cobrar importancia en los supuestos de cesión de facturas en casos de notoria insolvencia del proveedor, lo que de acuerdo con los artículos 13 letra c) y 77 N° 3 de la Ley y el Reglamento, respectivamente, pudiere dar lugar al término anticipado del contrato.

Pues bien, como se ha sostenido en la líneas iniciales de este comentario, la sentencia se pronuncia acerca de algunos aspectos prácticos que son relevantes en la disciplina de la contratación administrativa, primero, el ámbito de aplicación de la Ley N° 19.886 y su Reglamento, particularmente su aplicación supletoria a contratos que se encuentran

⁸ CELIS (2022), p. 425.

expresamente excluidos, pero que igualmente se sujetan a dicha normativa en todos los aspectos no regulados por la normativa especial; luego, las condiciones de aplicación de la cesión y el pago de facturas en el marco de un contrato administrativo, de acuerdo con la normativa de derecho público en relación con la de derecho común y, tercero, las consecuencias que se siguen de una cesión de factura cuyo origen es un contrato en el que figuran obligaciones contractuales y multas pendientes, esto es, la nulidad por falta de objeto.

En suma, la Corte Suprema acierta en establecer las condiciones de aplicación de las normas de *factoring* de la Ley N° 19.886 y su Reglamento en relación con la Ley N° 19.983, fijando con suficiente claridad que el contenido de aquellas no resulta contradictorio, permitiendo con ello el resguardo del interés público que se encuentra presente en los contratos administrativos y que recoge la normativa de derecho público, el que no solo se manifiesta en el objeto mismo del contrato, sino también en el imperativo que tienen los órganos de la Administración de resguardar el patrimonio público.

Acerca del perfeccionamiento y la terminación del mandato judicial (Corte Suprema)

On perfecting and terminating the judicial mandate (Supreme Court)

*Comentario de Jaime Alcalde Silva**

Santiago, veintitrés de noviembre de dos mil veintidós.

Vistos y teniendo presente:

1°.- Que en este procedimiento ordinario sobre indemnización de perjuicios, Rol Nº 3804-2021 del Primer Juzgado de Letras de Concepción, caratulado “N.N. con Fisco de Chile”, la demandante recurre de casación en el fondo en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de esa ciudad el 25 de enero de 2022, que confirma la resolución de primer grado pronunciado el 27 de octubre de 2021, que no admitió a tramitación la demanda, por haber constatado que el mandante se encuentra fallecido.

2°.- Que el recurso de nulidad sustancial denuncia que la sentencia censurada, al confirmar la resolución apelada, infringió los artículos 396 y 529 del Código Orgánico de Tribunales, afirmando que el mandato judicial del abogado compareciente se encuentra extinguido con la muerte del mandante, yerro jurídico que influyó en lo dispositivo del fallo al haber importado que no fuera admitida a tramitación la demanda de indemnización de perjuicios.

3°.- Que en lo que estrictamente atañe al recurso de casación recién enunciado, consta en el proceso que N.N. dedujo demanda de indemnización de perjuicios en contra del Fisco de Chile, haciendo presente en el otrosí que en este procedimiento se encuentra patrocinado y otorgó poder al abogado X.X., con ambas facultades del artículo 7° del Código de Procedimiento Civil, según mandato judicial conferido por escritura pública el 15 de octubre de 2019. Además, se constató por el Tribunal de la instancia que el Sr. N.N. falleció el 17 de enero de 2020.

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

Trabajo recibido el 12.1.2023 y aceptado para su publicación el 21.3.2023.

4°.- Que emprendiendo el análisis de las infracciones normativas denunciadas en el recurso, es necesario recordar que la muerte del mandatario siempre pone fin al mandato, pero que la muerte del mandante produce por regla general este mismo efecto. Excepcionalmente el mandato continúa vigente pese al fallecimiento del mandante en las siguientes circunstancias: a) En el caso regulado por el artículo 2168 del Código Civil, que señala que conocida la muerte del mandante, cesará el mandatario en sus funciones; salvo que de suspender las mismas se siguiera perjuicio a los herederos del mandante, pues en esta hipótesis el mandatario está obligado a finalizar la gestión principiada; b) De acuerdo al artículo 2169 del Código Civil, el mandato destinado a ejecutarse después que acontezca la muerte del mandante, subsiste con posterioridad a dicho evento; c) Tampoco termina con la muerte del mandante, el mandato judicial, tal como lo prescribe el artículo 396 del Código Orgánico de Tribunales, y d) En el caso del mandato mercantil, regulado por el artículo 240 del Código de Comercio.

En el caso *sub judice* se advierte que la situación se enmarca dentro de la hipótesis descrita en el literal c) recién reseñada y que permitiría concluir que el mandato subsistió después de la muerte del mandante, y no como erradamente concluyeron los jueces del grado, pues siendo un hecho asentado en el proceso que al momento de iniciarse la acción el mandante ya había fallecido, quien ostentaba la legitimación activa para deducir la demanda en estos autos, era precisamente su mandatario judicial.

5°.- Que como corolario de lo razonado, previo examen de las actuaciones, presentaciones y resoluciones verificadas en el proceso, es posible concluir que los sentenciadores incurrieron en los errores de derecho que se les atribuye, lo que ha influido en lo dispositivo de la decisión, al haber importado que la demanda no fuera admitida a tramitación .

Por estas consideraciones y de conformidad además con lo dispuesto en el artículo 782 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto por el abogado X.X., en representación de la parte demandante, en contra de la sentencia de 25 de enero de 2022 por la Corte de Apelaciones de Concepción y se la reemplaza por la que se dicta a continuación separadamente y sin nueva vista.

Regístrese.

Nº 6.226-22.

COMENTARIO

La situación resuelta por la Corte Suprema en la sentencia recién transcrita es simple de resumir. Por escritura pública de 15 de octubre de 2019, una persona extendió un mandato judicial a favor de un abogado, con ambas facultades del art. 7° CPC, “para que lo represente en la demanda de indemnización de perjuicios en contra del Estado de Chile por la vulneración de sus derechos humanos, con motivo de su condición de torturado y preso político”. Dicha persona murió el 17 de enero de 2020. La demanda

por responsabilidad del Estado fue presentada el 26 de diciembre de 2021 suscrita por el demandante, haciéndose presente en el otrosí que había un mandato judicial conferido a un abogado. En su proveído, el 1° Juzgado Civil de Concepción negó dar curso a esta demanda por haber fallecido el demandante, según detectó el sistema de tramitación del Poder Judicial y fue confirmado mediante el certificado de defunción obtenido de oficio desde el Servicio de Registro Civil e Identificación. Este criterio fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Concepción al conocer de la apelación deducida por el mandatario, que se sustentaba en que el mandato judicial no termina con la muerte del mandante. Casado en el fondo este último fallo, la Corte Suprema revocó la sentencia recurrida por estimar que la legitimación activa para deducir la demanda se encontraba radicada en el mandatario judicial y, acto seguido, dictó sentencia de reemplazo que tuvo por interpuesta la demanda y ordenó su notificación. El caso invita a revisar el modo en que se establece la relación contractual entre un abogado y su cliente.

El Código Orgánico de Tribunales califica como mandato “el acto por el cual una persona encomienda a un abogado la defensa de sus derechos en juicio”, y sujeta su régimen a las “las reglas establecidas en el Código Civil sobre los contratos de esta clase” (art. 528). La única modificación es que el mandato judicial no termina con la muerte del mandante (arts. 396 y 529), como sucede en general con este contrato (art. 2163, núm. 5° CC). Dejando de lado el contenido deontológico (art. 4° del DL 3621, de 1981) y las facultades de que se encuentra investido el mandatario (art. 7° CPC), donde también existen algunas diferencias importantes, esta remisión significa que el nacimiento y la extinción del mandato judicial quedan regidas por las reglas del Título XXIX del Libro IV del Código Civil, sin perjuicio de las disposiciones de la Ley 18.120 sobre comparecencia en juicio, el Código de Procedimiento Civil en relación con la forma en que se constituye esta clase de mandato y la Ley 20.886 en cuanto a las particularidades del patrocinio y poder electrónicos.

Para la sentencia que se comenta, el mandato judicial es uno de los supuestos excepcionales en que la muerte del mandante no pone fin al contrato y, desde esta premisa, extrae la conclusión de que la legitimación activa para deducir una demanda reside en el mandatario (cons. 4°). La pregunta que surge es si este corolario es correcto a la luz de las normas que disciplinan dicho contrato, en especial por la identificación que se hace entre postulación procesal y legitimación¹.

Para que haya mandato es necesario que concurra la aceptación del mandatario, que puede ser expresa o tácita (art. 2124 CC). El art. 6° CPC señala que para comparecer en juicio se requiere que el mandatario judicial exhiba el título que acredita su representación, lo que es algo diverso a patrocinar un asunto judicial mediante la firma y la indicación del nombre, apellidos y domicilio del abogado que asume esa responsabilidad (art. 1° de la Ley 18.120). En otras palabras, la aceptación no se produce solo por la ejecución del mandato, como ocurre en general (art. 2124 II CC), sino que requiere de un acto procesal por el que la persona designada (art. 2° de la Ley 18.120) exhiba ante

¹ Acerca de la relación entre la legitimación, la acción y la calidad de parte, véase ROMERO, Alejandro, 2017: *Curso de Derecho procesal*, t. I (Santiago, Thomson Reuters, 3ª ed.), pp. 105-114 y 116-118.

el tribunal el título respectivo, el que puede ser de origen negocial (art. 6° II CPC) o legal (art. 8° CPC)². En el caso de los títulos de esa primera clase, es posible efectuar una distinción porque dos de ellos se producen dentro del proceso (mediante un acta extendida ante el juez y suscrita por todos los otorgantes, o mediante una declaración escrita del mandante, autorizada por el secretario del tribunal), mientras que el otro es externo (cuando se confiere por una escritura pública otorgada ante notario u oficial del Registro Civil a quien la ley confiera esta facultad). Este último es el que requiere cierta contextualización a la luz de la disciplina civil y procesal aplicable.

El art. 6° II CPC considera poder suficiente para comparecer en juicio “el constituido por escritura pública otorgada ante notario o ante oficial del Registro Civil a quien la ley confiera esta facultad”. Debido a que esta escritura es un acto de apoderamiento, reviste el carácter de un negocio jurídico unilateral del mandante por el que se formula el encargo dirigido al mandatario (art. 2123 CC)³. Esto significa que, en rigor, se trata de una oferta de mandato, con la particularidad de que no puede revestir los medios de expresión que menciona el art. 2123 CC y debe ceñirse a las exigencias de la ley procesal. Siendo así, ella deja de estar vigente por la retractación, la muerte o la incapacidad legal del oferente (art. 101 CCom), incluso si el mandante ha declarado que el encargo tendría el carácter de irrevocable, como de hecho sucedió en la escritura que ha motivado la sentencia en comentario⁴. De esto se sigue que el mandato judicial todavía no existe mientras el mandatario no haya aceptado el encargo que se la ha confiado, pero esa aceptación ya no se puede producir cuando el mandante ha muerto o se ha convertido en incapaz. Cuanto más, se podría considerar que existe una agencia oficiosa, cuya procedencia queda entregada al criterio del tribunal: este debe calificar las circunstancias del caso y la garantía ofrecida por quien ha comparecido en nombre de otro sin poder suficiente, y fijar un plazo para la ratificación del interesado (art. 6° III CPC). Este expediente podría estar justificado frente a la inminencia del vencimiento del plazo de prescripción de la acción que se ejerce, problema que no se presenta cuando se trata de la responsabilidad del Estado derivada de la violación de derechos fundamentales por el carácter imprescriptible que le ha atribuido la jurisprudencia sobre la base del art.

² Es ese acto el que se diferencia del patrocinio, que se asume en el primer escrito que se presenta en un asunto contencioso o no contencioso (art. 1° de la Ley 18.120). De ahí que la sanción de no proveer y tener por no presentado para todos los efectos legales ese primer escrito que se ingresa sin los requisitos señalados no afecta la constitución del mandato judicial, que se perfecciona por la exhibición de la escritura pública al tribunal. Cfr. ROMERO, Alejandro, 2017: *Curso de Derecho procesal*, t. III (Santiago, Thomson Reuters, 2ª ed.), p. 333.

³ ROMERO, 2017, p. 339. Véase, en general, STITCHKIN, David, 1975: *El mandato civil* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 3ª ed.), pp. 37-39.

⁴ El campo de aplicación de esta clase de mandatos es más estrecho de lo que parece. Véase GONZÁLEZ, Joel, 2017: “Mandatos irrevocables: un cuestionamiento a su general aceptación”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 1, pp. 33-57.

131 del Convenio de Ginebra sobre tratamiento de prisioneros de guerra (DS 752, de 5 de diciembre de 1950, del Ministerio de Relaciones Exteriores)⁵.

Así pues, la regla excepcional de los arts. 396 y 529 COT solo se aplica cuando el mandato ya se encuentra formado, vale decir, cuando el mandatario (pudiendo legalmente hacerlo) ha aceptado el encargo que se le ha conferido, perfeccionándose el contrato. De ahí en adelante la muerte del mandante es indiferente y el mandatario sigue representando los intereses de quien le confirió el encargo hasta la conclusión del asunto encomendado (art. 10 CPC). En este sentido, la duración del mandato judicial más allá de la muerte del mandante está pensada como una excepción al art. 5° CPC, que aborda el supuesto de que durante el juicio fallezca alguna de las partes que obra por sí misma. La consecuencia buscada apunta a la economía procesal: el juicio continúa con el mandatario ya constituido, sin necesidad de proceder con la sustitución que señala la regla recién mencionada, recayendo en los herederos de la parte fallecida gestionar su representación. Por lo demás, también es ese el criterio del art. 9° CPC, que considera que subsiste el mandato y son válidos los actos que ejecute el mandatario judicial cuando durante el curso del juicio termina por cualquiera causa el carácter por el que aquel representa derechos ajenos, hasta la comparecencia de la parte representada, o hasta que haya testimonio en el proceso de haberse notificado a esta la cesación de la representación y el estado del juicio.

Esto podría resultar contradictorio por el valor positivo que se le asigna al silencio circunstanciado del mandatario en el art. 2125 CC y por la facultad reconocida en el art. 11 CPC, que permite que todo el que tenga interés en ello exija que tome la representación del ausente el procurador que este haya constituido, justificando que ha aceptado el mandato expresamente o ha ejecutado una gestión cualquiera que importe aceptación. La primera de las normas citadas señala que “las personas que por su profesión u oficio se encargan de negocios ajenos, están obligadas a declarar lo más pronto posible si aceptan o no el encargo”, reputándose su silencio como aceptación. Si bien los abogados pertenecen a esta categoría de personas (arts. 2118 CC, 520 COT y 11 del DFL 1, de 1980, del Ministerio de Educación Pública), parece ser que la regla mediante la que se formaliza el mandato judicial por determinados actos procesales excluye por especialidad esta clase de aceptación. En otras palabras, solo se entiende constituido el mandato judicial cuando el mandatario ha exhibido el título de su representación, siendo este uno de los que la ley permite (arts. 6° y 8° CPC). Tampoco el citado art. 11 CPC desvirtúa esta conclusión. Esta regla sugiere que el mandato podría haberse perfeccionado fuera del juicio (por ejemplo, porque se trata de un mandato judicial general y el mandatario ya ha asumido la representación de la parte en otros procesos; porque la defensa judicial se enmarca en un poder amplio de administración, o porque dentro del mandato se incluyen trámites administrativos respecto de los cuales existe certeza de su realización), de suerte que solo se otorga una facultad a quien esté interesado para que

⁵ Véase, por ejemplo, Aste, Bruno, 2011: “La imprescriptibilidad de la acción de responsabilidad extracontractual del Estado por violación de derechos humanos. Comentarios a la sentencia de la Corte Suprema, rol N° 363-2010, de 1 de septiembre de 2010”, *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 5, pp. 175-180.

la representación se constate y se prosiga judicialmente el juicio contra esa persona, a nombre del ausente, sin necesidad de acudir al defensor público (art. 367 COT).

Con todo, el problema subyacente en el caso que aquí se comenta es más profundo que la representación en juicio de intereses ajenos, porque está en juego la legitimación para demandar, que corresponde desde la muerte del causante a los herederos (arts. 951 y 1097 CC). De hecho, cuando el mandato judicial ya se encuentra constituido, los herederos siempre podrán revocarlo porque consideran que el mandatario debe ser otro o, incluso, actuar separados mediante apoderados propios, si no existe un interés común (art. 16 CPC). El principio de continuidad de la persona del causante en sus herederos no se puede extender hasta el punto de pensar que el mandatario judicial representa a la sucesión como un procurador común (art. 19 CPC)⁶, y menos que sea el mandatario quien ostenta la legitimación para demandar, como sostiene esta sentencia. Desde que el interés tutelado ha pasado a los herederos como consecuencia de la delación de la herencia (art. 956 CC), corresponde que sean ellos quienes comparezcan como partes y designen al mandatario que defenderá su posición en juicio (art. 12 CPC). Por lo demás, en la especie la demanda no había sido presentada por el mandatario judicial invocando la representación que se le había conferido, sino directamente por el demandante que, para ese entonces, ya había muerto, aunque con indicación de un domicilio diferente⁷.

Aunque se podría discutir la extensión del examen de admisibilidad de la demanda en un juicio ordinario de acuerdo con el art. 256 CPC, cuya dilatación encuentra respaldo en las potestades que el art. 2º, letra d) de la Ley 20.886 confiere el tribunal para prevenir, corregir y sancionar de oficio “toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”, los jueces de instancia resolvieron de forma correcta al proveer en este caso: no se podía dar curso a la demanda porque la demandante había muerto previamente, de suerte que una de las partes no estaba correctamente identificada (art. 254, núm. 1º CPC). Mirado el fondo del asunto, el punto no es menor considerando que la demanda persigue el resarcimiento del daño moral sufrido por el demandante fallecido como consecuencia de los apremios ilegítimos a los que fue sometido por parte de miembros de las Fuerzas Armadas y Carabineros, siendo esta una materia que ha tenido una abundante discusión doctrinal y jurisprudencial⁸.

⁶ Incluso en la regulación del albaceazgo, el Código Civil dispone que el albacea no puede comparecer en juicio sino para defender la validez del testamento o cuando sea necesario para llevar a cabo las disposiciones testamentarias, pero siempre con la intervención de los herederos presentes o del curador de la herencia yacente (art. 1295).

⁷ En el juicio comentado, la demanda señala como domicilio del demandante el mismo del abogado patrocinante. Aunque esto es en principio irrelevante porque el juez competente es aquel del domicilio del demandado (art. 134 COT), sí incide respecto de la representación del Consejo de Defensa del Estado de acuerdo con su Ley Orgánica (DFL 1, de 1993, del Ministerio de Hacienda).

⁸ Véase, entre otros, BARROS, Enrique, 2020: *Tratado de responsabilidad extracontractual* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed.), pp. 1057-1059; DÍAZ, Dennis, 2017: “Por la transmisibilidad de la acción a favor de los herederos para reclamar el daño moral de su causante”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 241, pp. 99-125; DOMÍNGUEZ, Ramón, 2004: “Sobre la transmisibilidad de la acción por

Queda una cuestión por tratar y consiste en analizar la posibilidad de que, en sede judicial, sea admisible un mandato *post mortem*, vale decir, aquel concebido para ser ejecutado después de la muerte del mandante. Para el derecho chileno, la posibilidad está prevista en términos generales en el art. 2169 CC: “No se extingue por la muerte del mandante el mandato destinado a ejecutarse después de ella”. Lo que sucede en ese caso es que la posición jurídica del mandante corresponde a sus herederos, quienes lo suceden en todos los derechos y obligaciones nacidos del contrato. Por cierto, se debe distinguir este supuesto contractual del campo de aplicación del albaceazgo, que viene delimitado por la ejecución de las disposiciones del testador (art. 1270 CC)⁹. En otras palabras, el cometido del mandato *post mortem* no se da cuando existe testamento y en él se ha designado un albacea, que debe velar por la seguridad de los efectos sucesorios y el pago de las deudas hereditarias y testamentarias (arts. 1284, 1286, 1288 y 1290 CC). De ahí que esta clase de mandato quede circunscrito a supuestos excepcionales, como sucede cuando el mandatario hubiese recibido con anterioridad a la muerte del mandante la propiedad de las cosas que el donante pretende que adquiera un tercero; cuando hay una donación acordada entre el donante (mandante) y el donatario, pero cuya ejecución se hubiese aplazado para después de la muerte del primero, encomendándose al mandatario la entrega al donatario de la cosa donada, o cuando el mandato esté conectado con las exigencias de cumplimiento de otro contrato en el que estén interesados, además del mandante, también el mandatario o terceras personas (por ejemplo, la usual cláusula “se faculta al portador de copia autorizada...” para requerir inscripciones conservatorias)¹⁰. Siendo así, se debe descartar la procedencia de un mandato judicial *post mortem*, fuera del caso en que la representación ha continuado por haber muerto la parte durante el juicio con el mandato ya perfeccionado.

daño moral”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 31, N° 3, pp. 493-514; 2005: “Por la intransmisibilidad de la acción de daño moral”, en VARAS, Juan Andrés y TURNER, Susan (eds.), *Estudios de Derecho civil* (Santiago, Lexis Nexis), pp. 607-633; 2016: “Transmisibilidad de la acción por daño moral”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 240, pp. 195-201; ESPADA, Susana y PINO, Alberto, 2020: “La transmisibilidad del crédito indemnizatorio por daño moral de la víctima fallecida: análisis del caso chileno”, *Vniversitas*, vol. 69.

⁹ Véase, por ejemplo, ELORRIAGA, Fabián, 2005: *Derecho sucesorio* (Santiago, Lexis Nexis), pp. 653-655.

¹⁰ SÁNCHEZ COLLADO, Elena, 2021: “El *mandatum post mortem* de Roma al Derecho civil moderno”, en GARCÍA, Justo y DÍAZ-BAUTISTA, Adolfo (eds.), *Fundamentos romanísticos del Derecho contemporáneo* (Madrid, Boletín Oficial del Estado), vol. 8, pp. 2876-2878.

RECENSIONES

Recensiones

NAVARRO, Pablo Eugenio, *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*, España, Marcial Pons, 2022, pp. 211.

1. Al finalizar la Introducción de *Normative Systems* Carlos Alchourrón y Eugenio Bulygin sugieren que no «...sería demasiado aventurado afirmar, pues, que el libro contiene el esbozo de una teoría general del derecho, a pesar de que su interés principal va dirigido a la metodología de la ciencia jurídica»¹. Probablemente, el desarrollo y perfeccionamiento de esta teoría general del derecho de corte alchourrolyginiana es y ha sido uno de los motores intelectuales que caracterizan de mejor manera la obra de Pablo Navarro. El libro objeto de esta recensión no es la excepción.

Pablo Navarro se forma en el rigor analítico de la Escuela Cordobesa de Filosofía del Derecho, en tiempos de Ricardo Caracciolo, quien continuó el trabajo iniciado por Ernesto Garzón Valdés. Realiza sus estudios en la Universidad Nacional de Córdoba y, con el impulso que lo caracteriza, se compromete (como muy pocos) con la enseñanza, difusión y estudio de la filosofía del derecho. Entre muchas otras cosas, una muestra de lo anterior es la conformación en distintas latitudes de múltiples grupos de estudio y formación académica. En este constante ir y venir, hace algunos años vuelve a la Universidad de Girona, de la que fue profesor en la década de los noventa. Allí en encuentra un ambiente propicio para que las ideas contenidas en este libro sean mejoradas y vean nuevamente la luz, ahora de manera conjunta.

Una rápida caracterización del autor debería poner de manifiesto la perspectiva desde la cual ha realizado su trabajo filosófico. A mi modo de ver, esta se caracterizaría por preferir los problemas de teoría del derecho (*v.gr.*, teorías de las normas, los sistemas jurídicos y la discreción judicial), utilizar en su examen los insumos de la filosofía analítica y, en ocasiones, de la lógica, y tener una fuerte inclinación por el positivismo jurídico (diría excluyente). Condimentos todos que es posible encontrar en este libro.

Obviamente, la reseña precedente quedaría inconclusa sin aludir a la estrecha relación del autor con la denominada Escuela de Buenos Aires de Filosofía del Derecho. Relación que es enfatizada a lo largo de todo el libro, y que muestra tanto un componente personal como intelectual. Respecto del primero, el propio Pablo nos puede ilustrar, y en relación con el segundo, intentaré decir algo en esta recensión.

2. Utilizar la noción de sistema para explicar el fenómeno jurídico constituye un tópico recurrente de los estudios del derecho desde los inicios del siglo XVII hasta la

¹ Alchourrón y E. Bulygin (1974). *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

fecha. Situación que muestra un constante impulso por refinar y sofisticar la relación explicativa que se da entre ambos fenómenos. Se proporciona así una infinidad de maneras de concebir el derecho como sistema¹.

Consciente de este escollo, en el Prefacio y la Introducción del libro Navarro acota el objeto de su propuesta. Nos dice que sus ideas centrales giran en torno a la plausibilidad de la «distinción entre el 'derecho que es' y el 'derecho que debe ser', sus conexiones con la indeterminación de derecho y sus consecuencias para la justificación de las decisiones judiciales». Luego, precisa aún más esto indicando que estas ideas se enmarcan en el debate entre un modelo clásico y un modelo alternativo. El primero construido a partir de los trabajos de C. Alchourrón y E. Bulygin, y el segundo elaborado a partir de sus críticos, especialmente, Fernando Atria, Juan Ruiz Manero y Juan Carlos Bayón. De esta manera, el libro tiene dos partes cuyo objeto es «proporcionar una detallada presentación y análisis (crítico) de dos modelos».

Si se me permite la metáfora, para ubicarse dentro del amplio y detallado mapa conceptual proporcionado por Navarro, algún conocimiento de cartografía resulta imprescindible. A modo de brújula, la Introducción del libro entrega el instrumental mínimo para guiarse en los debates subsecuentes. Sin embargo, sin tener alguna familiaridad con la discusión teórico-jurídica ocurrida en la academia hispanoamericana en los últimos 20 años, quizá, la lectura del libro resulte un tanto insatisfactoria. Cuestión esta que no haría justicia al libro, sino más bien reflejaría el *background* de su lector.

3. El capítulo que inicia el libro es un excelente ejemplo de lo que se ha denominado “filosofía analítica del derecho”. Mediante un estilo claro, en él dialogan juristas, teóricos y filósofos con el propósito de presentar determinadas categorías, indicar a qué tradición tributan, problematizar sus presupuestos, y exponer cómo por medio de las relaciones que se dan entre sí es posible enfrentar el problema de las lagunas en el derecho.

En los capítulos segundo y tercero, Navarro realiza una “defensa de los permisos” desde el modelo clásico. Primero, explicando y justificando la autonomía y relevancia de las normas permisivas vía el estudio de las normas de clausura. Allí sostiene el carácter indispensable de los permisos para la clausura de los sistemas normativos. Y, segundo, reconociendo la importancia de los enunciados normativos en relación con la intensidad de ciertas posiciones jurídicas, como los permisos débiles o fuertes de mayor o menor intensidad, pero negando que esta propuesta formulada por Arend Soeteman constituya una alternativa al modelo clásico.

En el capítulo cuarto (el cierre de la primera parte), por intermedio de una parodia del razonamiento, Navarro muestra cómo la tesis de la inevitabilidad de la interpretación en sus tres variantes (identificación, alcance y aplicación de normas) conduce a resultados contraintuitivos o directamente absurdos. Así, desde la batería analítica del

¹ Mario Losano (2002) *Sistema e struttura nel diritto*, vol. I, II, III. Milano: Giuffrè.

modelo clásico reduce las pretensiones de la tesis de la inevitabilidad de la interpretación hacia una tesis más bien acerca de la conveniencia de la interpretación para evitar resultados injustos.

El capítulo quinto inaugura la presentación del modelo alternativo y en él se contiene la respuesta navarriana a las críticas formuladas por Fernando Atria al análisis alchourrolyginiano de las lagunas en el derecho. A modo de recordatorio del principio de caridad, el eje del trabajo y su principal conclusión apuntan a la importancia de realizar cuidadosas reconstrucciones conceptuales de las tesis contrarias para evitar incurrir en objeciones infundadas.

En los capítulos sexto y séptimo sostiene un diálogo fluido con Juan Ruiz Manero. En ambos analiza críticamente sus propuestas en torno a la función de los permisos, las lagunas y la discrecionalidad judicial, junto con los casos irrelevantes y las lagunas normativas. El resultado siempre es el mismo, el modelo clásico sale fortalecido de la contienda, porque se enfatizan, precisan y complementan sus propuestas para abatir a sus críticos o tesis alternativas.

Considero que en el último capítulo es donde podemos encontrar una visión más panorámica del positivismo y la teoría de los sistemas jurídicos de corte navarriano. De modo magistral se aúnan las nociones de sistema momentáneo y sistema aplicable (interna y externamente), y cómo ellas dialogan con el carácter abierto o cerrado de un sistema (sea este regulativo, lógico, normativo o interpretativo). Se muestra así no solo la tensión entre las tesis de la exclusividad y la exhaustividad del derecho, sino también los desafíos que se deben sortear si se busca su complementariedad. Y de paso se da respuesta a las críticas formuladas por Juan Carlos Bayón al modelo clásico.

5. En tan pocas líneas no sería prudente analizar o controvertir las propuestas de Pablo Navarro. Sería presuntuoso formular una crítica sin luego desarrollar su fundamento. Por lo mismo, solo añadiré tres cosas.

Primero, todo el libro (no solo la primera parte) está dirigido a (de)mostrar la fortaleza teórica del modelo clásico. Esto mediante una batería de distinciones de inspiración racionalista, las que ponen de manifiesto la capacidad del modelo para explicar y enfrentar los problemas tradicionales de la teoría jurídica. Así, el modelo alternativo se convierte en aquel adversario que posibilita mostrar y desarrollar todo el potencial teórico del modelo clásico.

Segundo, a modo de duda impenitente, la noción de problema normativo es un eje central tanto del modelo clásico como de la propuesta de Navarro, sin embargo, pareciera requerir un desarrollo ulterior. En este se debería clarificar su rol (o los roles que ha tenido) dentro del modelo clásico y, al mismo tiempo, precisar el papel de las distintas fuentes del derecho en su configuración, para así evitar sostener (irónicamente) que: el legislador selecciona ciertas propiedades para resolver un problema normativo, el que él mismo ha creado al seleccionar esas propiedades.

Tercero, y último, aproximadamente hace quince años conocí a Pablo Navarro por medio de sus textos, los que comencé a estudiar una vez terminé el pregrado. En ellos

siempre encontré ideas claras y perspicaces, pero sobre todo una capacidad (envidiable) de presentar, analizar, argumentar y resolver o diluir problemas normativos. Solo hace seis años, en la Universidad Austral de Chile, tuve el privilegio de compartir con él por algunos meses. Esta memorable experiencia, de manera amable, Pablo la recuerda en el prefacio de su libro. Una razón más para haber escrito esta reseña.

*Sebastián Agüero-SanJuan**
Profesor de Filosofía del Derecho
Universidad Austral de Chile

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Católica de Temuco, Chile. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>. Correo electrónico: sebastian.aguero@uach.cl

Instrucciones para autores/as

1. *Política editorial*

- a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas.

El pluralismo es uno de los valores que inspiran a la revista y su línea editorial se declara aconfesional, no existiendo vinculaciones con ningún tipo de religión, credo, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.

La revista se compone de tres secciones: Investigaciones, Jurisprudencia comentada y Reseñas.

En el desarrollo de su labor está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”. Además, recibe comentarios de jurisprudencia de interés y reseñas de libros recientemente publicados, trabajos que serán revisados por el Consejo Editorial.

Está abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional, especialmente a la hispanoamericana, recibiendo contribuciones inéditas en todas las áreas del saber jurídico, de manera de responder a los requerimientos teóricos o prácticos de académicos, abogados, jueces y, en general, de cualquier operador jurídico.

- c. *Acceso y cargos de procesamiento de artículos.* La *Revista de Derecho (Valdivia)* es una publicación de acceso abierto y, por consiguiente, todo su contenido está disponible para los lectores de manera gratuita y sin necesidad de suscripción.

Los costos de la edición de artículos son asumidos íntegramente por la Universidad Austral de Chile, de modo que los autores/as no deberán soportar ningún cargo de procesamiento de los mismos, ni asociados a su envío ni a su publicación.

2. *Envío de manuscritos*

- a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.

- b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página web www.revista-derechovaldivia.cl. Tanto en el archivo respectivo como en el texto mismo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su

publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página web de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales y en las directrices éticas adoptadas por la Revista.

3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías.* La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores/as.
- b. *Colaboración inédita.* Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones.* Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor/a o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis.* En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor/a en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

Sección Investigaciones:

- a. *Título.* El autor/a titulará su artículo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen.* El artículo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave.* El artículo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras.* Los artículos no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final.

Sección Jurisprudencia comentada:

- a. *Título.* El autor/a titulará su comentario de la forma más breve posible, aludiendo al tema del fallo (con un máximo de 20 palabras) y seguido de la mención del tribunal que lo dictó.
- b. *Fallo.* Transcripción de la sentencia comentada o de un extracto de él, con indicación de su fecha.
- c. *Límite de palabras.* La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10, con referencia bibliográfica completa) y excluido el contenido del fallo. No requieren bibliografía final.

Sección Recensiones:

- a. *Encabezado.* La recensión se iniciará con la mención de los datos del libro reseñado en el siguiente orden: autor/a, título, país, editorial, año y número de páginas.
- b. *Límite de palabras.* Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5, con referencia bibliográfica completa). No requieren bibliografía final.

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis.* Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El

uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.

- b. *Subtítulos.* El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
 - c. *Citas textuales.* Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
 - d. *Notas a pie de página.* Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.
6. *Citas a pie de página*
- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:
Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.
Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.
Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.
Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.
Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMÁN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.
 - b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:
Ley 20.422, 2010.
Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.
 - c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.
Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.
Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.
7. *Referencias completas al final del trabajo*
- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:
Libro:
WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter & Co.
BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.
ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.
LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.
INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2º edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 ["Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011>

Documento en formato electrónico:

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente 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) 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

Epistemología y regulación jurídica de la prueba. Mirjan Damaška (traducción de Claudio Meneses Pacheco)

La noción de poder normativo y la distinción entre hechos y actos jurídicos. Fernando Atria Lemaitre

DERECHO PRIVADO

La declaración del vendedor acerca de la ausencia de gravámenes en la cosa vendida. Feliciano Tomarelli Rubio

La responsabilidad médica en la era del consentimiento: riesgos no informados, resecciones no consentidas y otras hipótesis en ascenso. Hugo Cárdenas Villarreal

La propiedad privada como canon: notas para su deconstrucción. Pedro S. Guerra Araya

DERECHO CONSTITUCIONAL

Los límites de la potestad de reforma constitucional en el derecho constitucional chileno. Diego Pardo Álvarez

Trabas en el ejercicio del derecho humano a buscar y recibir asilo en Chile: el ingreso al procedimiento de asilo. Fernanda Gutiérrez Merino, Francisca Vargas Rivas

DERECHO PÚBLICO

Consulta de pertinencia y fiscalización ambiental: una propuesta de armonización. Jaime Phillips Letelier, Felipe Pavez Torrealba

El temor al despotismo y al totalitarismo en el derecho administrativo chileno: reconstrucción y crítica de una fobia a la Administración del Estado. Pablo Soto Delgado

Taxatividad tributaria, elusión y seguridad jurídica: criterios para una evaluación. Hugo Osorio Morales

DERECHO PROCESAL

Radiografía del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de los conflictos de consumo en Chile. Eduardo Jequier Lehuédé

El nuevo juicio de precario y la aplicación de la Ley N° 21.461 de 2022 al sistema de acciones reales. Jorge Larroucau Torres

DERECHO PENAL

¿Hacia dónde va la inimputabilidad? Entre las neurociencias y el modelo social de la discapacidad. Ezequiel Mercurio

Ley de Seguridad del Estado y delitos contra el orden público. Myrna Villegas Díaz

Delimitación del círculo de autores en la modalidad pasiva del delito de corrupción entre particulares en un “modelo de la competencia” y consecuencias asociadas a la exclusión del principal. Osvaldo Artaza Varela

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Inaplicabilidad, reforma constitucional y vicios de forma (Tribunal Constitucional), Ariel Pérez Aubel
Aplicación supletoria de la Ley N° 19.886 y regulación del *factoring* en la contratación pública (Corte Suprema), Juan Pablo Aburto Barahona

Acerca del perfeccionamiento y la terminación del mandato judicial (Corte Suprema), Jaime Alcalde Silva

RECENSIONES

Pablo Eugenio Navarro, *Sistemas normativos y lagunas en el derecho*. Recensión de Sebastián Agüero-SanJuan