

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXVIII - N° 2 • Diciembre 2025

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

Directarios 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
EGON MONTECINOS MONTECINOS**

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE

SUSAN TURNER SAEZER

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

MARÍA PAZ GATICA RODRÍGUEZ

Directora 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)

ÁIDA 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 XXXVIII - N° 2 (Diciembre 2025)

INVESTIGACIONES

| | |
|---|-----|
| <i>Blockchain y contratos inteligentes en el comercio internacional: El rol de los Principios UNIDROIT 2016.</i> Yaritza Pérez-Pacheco | 9 |
| <i>La teoría de los actos propios en el derecho privado chileno y español. Algunas consideraciones dogmáticas y comparativas.</i> Andrés Peña Adasme | 35 |
| <i>Las Oficinas Locales de la Niñez como agentes relevantes en la promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.</i> Isaac Ravetllat Ballesté | 59 |
| <i>Automatización, trabajo y protección: acerca del despido tecnológico en Chile.</i> Álvaro Domínguez Montoya | 81 |
| <i>Remedios por falta de conformidad en la compraventa de consumo: ¿Un régimen de garantía o uno de incumplimiento?</i> Sebastián Campos Micin | 107 |
| <i>Del derecho a la realidad: el acceso igualitario de los inmigrantes a las prestaciones de salud en Chile.</i> Mayra Feddersen Martínez, Pablo Muñoz Henríquez, Constanza Salgado Muñoz | 127 |
| <i>La internación psiquiátrica involuntaria en el derecho chileno: aspectos sustantivos.</i> Pablo Marshall Barberán | 153 |
| <i>El Derecho Humano a la Comunicación Social en la Propuesta de Nueva Constitución de la Convención Constitucional del 2022: Reflexiones para un Debate Futuro.</i> Juan Gaona Astudillo | 177 |
| <i>El giro hacia una contratación pública verde en Colombia: la protección del medio ambiente como política horizontal.</i> Cristian Díaz Díez | 201 |
| <i>El mito del Artículo 87 de la Constitución de 1925 y la incompetencia para juzgar a la administración.</i> José Tomás Blake Benítez | 221 |
| <i>Identidad subjetiva del principio non bis in idem en los procedimientos administrativos sancionadores.</i> Úrsula Patroni Vizquerra | 245 |

Acumulación de autos: acerca de la noción “un solo juicio” del artículo 92 del CPC y sus efectos procesales. Javiera Durand González

269

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Responsabilidad patrimonial por la “excesiva demora en la tramitación” de un procedimiento administrativo (Corte Suprema). Flavio Quezada Rodríguez

297

La responsabilidad civil del Sernageomin por accidentes mineros y su relación con la responsabilidad del empleador: ¿concurrencia, mancomunidad o irresponsabilidad? (Corte Suprema). Rodrigo Cepeda Soto

305

Validez del acto administrativo y debido proceso: una lectura estructural (Corte Suprema). José Luis Gutiérrez Fernández

313

INVESTIGACIONES

Blockchain y contratos inteligentes en el comercio internacional: El rol de los Principios UNIDROIT 2016

*Yaritza Pérez-Pacheco**

RESUMEN

Este artículo examina la intersección entre la tecnología blockchain, los contratos inteligentes y los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales de 2016, evaluando su potencial como marco normativo adaptable ante los retos del comercio digital. Mediante una interpretación sistemática y el análisis de casos como The DAO, se explora la tensión entre la rigidez de los instrumentos autoejecutables y la necesidad de mecanismos de adaptación en contextos de incertidumbre. El estudio identifica tres herramientas jurídicas clave: la autonomía de la voluntad como base para la adaptabilidad, las cláusulas de hardship y fuerza mayor como mecanismos correctivos, y los principios de buena fe y cooperación como salvaguardas éticas frente a la automatización irrestricta. Se proponen soluciones técnicas para su implementación efectiva en entornos digitales y una estrategia de adopción gradual. Se concluye que los Principios funcionan como directrices interpretativas integrables en la lógica contractual automatizada, promoviendo una armonización que combina eficiencia tecnológica con justicia contractual.

Derecho del comercio internacional; *lex cryptographica*; *soft law*

Blockchain and smart contracts in international trade: The role of the 2016 UNIDROIT Principles

ABSTRACT

This article analyzes the intersection between blockchain technology, smart contracts, and the 2016 UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts, assessing their potential as an adaptable legal framework in response to the challenges of digital commerce. Through systematic interpretation and the examination of cases such as the DAO, the study explores the tension between the rigidity of self-executing instruments and the need for adaptive mechanisms in contexts of uncertainty. The analysis identifies three key legal tools: party autonomy as a foundation for incorporating adaptability; hardship and force majeure clauses as internal

* Abogada y Magíster Scientiarum en Derecho Internacional Privado y Comparado, Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho, Universidad Nacional Autónoma de México. Profesora de Derecho, Universidad Internacional de La Rioja en México, y Universidad Autónoma del Estado de México. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1435-1517>. Correo electrónico: yaritzadelcarmen.perez@unir.net.

Artículo recibido el 29.10.2024 y aceptado para su publicación el 6.8.2025.

corrective mechanisms; and the principles of good faith and cooperation as ethical safeguards against unrestricted automation. Technical solutions are proposed for their effective implementation in digital environments, along with a gradual adoption strategy. In conclusion, the principles function as interpretive guidelines that can be integrated into automated contractual logic, promoting a harmonization that balances technological efficiency with contractual justice.

International trade law; lex cryptographica; soft law

I. INTRODUCCIÓN

La transformación digital del comercio internacional mediante tecnologías como *blockchain* y contratos inteligentes (*smart contracts*) ha reconfigurado profundamente la organización, celebración y ejecución de transacciones internacionales, introduciendo un modelo descentralizado basado en la ejecución automática de obligaciones previamente estipuladas por las partes¹. La arquitectura *blockchain*, por su inmutabilidad y transparencia, elimina intermediarios y aporta seguridad y trazabilidad inéditas en operaciones transfronterizas², aunque plantea desafíos jurídicos que requieren revisar los marcos normativos existentes.

En este escenario, la *lex cryptographica* –conjunto de reglas derivadas de protocolos tecnológicos y código computacional– desafía el papel tradicional del Estado en la administración de justicia³ y acentúa tensiones en los contratos inteligentes, cuya lógica de autoejecución puede entrar en conflicto con la necesidad de adaptación ante circunstancias imprevistas⁴.

Los *Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales* de 2016 (en adelante, Principios UNIDROIT) se perfilan como un instrumento flexible para la armonización jurídica⁵, permitiendo a los operadores jurídicos adaptar sus relaciones contractuales a los retos del entorno digital. Su utilidad se evidenció durante la crisis del COVID-19, cuando facilitaron la adaptación contractual ante situaciones de fuerza mayor y *hardship*⁶.

En el transcurso de más de tres décadas, estos Principios han sido reconocidos por tribunales y árbitros internacionales como herramientas efectivas para resolver controversias complejas⁷, aunque la irrupción de tecnologías descentralizadas exige repensar su alcance y funcionalidad en ecosistema digital que redefine jurisdicción y ejecución contractual.

¹ FETSYAK, 2020.

² GARCÍA, 2019.

³ DE FILIPPI *et al.*, 2022; LÓPEZ, 2021; ORTOLANI 2019, pp. 430-448.

⁴ CALDERÓN *et al.*, 2024, pp. 45-78; ORTOLANI 2019, pp. 430-448.

⁵ UNIDROIT, 2016.

⁶ UNIDROIT, 2020.

⁷ MLAGUTI, 2023.

En este sentido, autores como Li (2024) subrayan la urgencia de establecer marcos normativos internacionales más robustos, capaces de abordar problemáticas emergentes como la responsabilidad en sistemas descentralizados⁸. Este diagnóstico es compartido por Singh *et al.*⁹ y Gabriel¹⁰, quienes insisten en la necesidad de conciliar la automatización tecnológica con la seguridad jurídica, propiciando una convivencia funcional entre la *lex mercatoria*, el derecho no estatal y los sistemas jurídicos nacionales e internacionales.

Sobre esta base, el presente artículo examina la aplicabilidad de los Principios UNIDROIT en el contexto de la tecnología *blockchain* y los contratos inteligentes, mediante una interpretación sistemática de algunas de sus disposiciones más relevantes (en particular, los artículos 1.1, 1.4, 1.7, 5.1.3, 6.2.2, 7.1.7 y 7.4.1) y su contraste con las características técnicas de estas innovaciones. Por medio del análisis de casos paradigmáticos –como *The DAO*– y la evaluación de marcos regulatorios seleccionados –como el de Gibraltar y el de Estonia–, se propone un modelo conceptual de “automatización responsable”, orientado a integrar eficiencia tecnológica, flexibilidad jurídica y responsabilidad ética¹¹.

Para ello, el artículo se estructura en tres secciones. En primer lugar, se analiza el estado actual de la *blockchain* y los contratos inteligentes, así como los principales desafíos normativos que plantean en el comercio internacional. En segundo lugar, se examina la función interpretativa de los Principios UNIDROIT como herramienta para conciliar ejecución automática y flexibilidad contractual. Finalmente, se propone un marco normativo internacional que promueva una implementación responsable de estas tecnologías, garantizando principios de cooperación transfronteriza, mecanismos de adaptación ante eventos imprevistos y salvaguardas de privacidad, sin sacrificar la equidad contractual.

II. ESTADO ACTUAL DE LA BLOCKCHAIN Y LOS CONTRATOS INTELIGENTES

1. *Fundamentos técnicos y funcionalidad en el comercio internacional*

La tecnología *blockchain* ha creado una infraestructura descentralizada para registrar transacciones, caracterizada por la inmutabilidad, trazabilidad y transparencia de los datos¹². A diferencia de los sistemas centralizados, opera mediante una red distribuida de nodos que valida bloques criptográficos, impidiendo modificaciones y garantizando un historial verificable de operaciones¹³. Estas características han impulsado su adopción en el comercio internacional, especialmente en contextos con múltiples actores y

⁸ LI 2024, pp. 103-130.

⁹ SINGH *et al.*, 2020.

¹⁰ GABRIEL 2014, pp. 661-680.

¹¹ CALDERÓN *et al.*, 2024.

¹² MONRAT *et al.*, 2021.

¹³ BECK *et al.*, 2018.

jurisdicciones, donde es esencial asegurar la integridad y autenticidad de la información sin intermediarios¹⁴.

Los contratos inteligentes constituyen la aplicación más relevante de esta tecnología: son programas que ejecutan automáticamente obligaciones contractuales al cumplirse condiciones previamente establecidas¹⁵, lo que reduce costos, acelera la ejecución y limita la discrecionalidad, haciéndolos atractivos para operaciones internacionales complejas. Actualmente se aplican en sectores como logística, seguros y compraventa internacional, donde automatizan pagos, penalizaciones y validaciones con precisión¹⁶. El uso de *oracles* –fuentes externas de datos verificables– amplía su alcance a situaciones contractuales dependientes de hechos objetivos¹⁷, aunque su adopción generalizada sigue siendo limitada.

2. *Problemas estructurales de los contratos inteligentes en el comercio internacional*

La adopción de contratos inteligentes en transacciones internacionales plantea varias dificultades estructurales que afectan su funcionalidad jurídica y operativa. Si bien su valor radica en la ejecución contractual automática y la reducción de intermediarios¹⁸, su diseño técnico es rígido, lo que impide su adaptación eficaz ante cambios sustanciales en las circunstancias¹⁹. Esta inflexibilidad adquiere particular relevancia en el contexto del comercio internacional, donde la capacidad de adaptación a condiciones cambiantes constituye un elemento esencial para la viabilidad y sostenibilidad de las relaciones comerciales a largo plazo²⁰.

Uno de los principales problemas identificados en la literatura especializada es la dificultad para incorporar mecanismos de modificación o renegociación que respondan a eventos imprevisibles, como desastres naturales, crisis financieras o disruptivas logísticas. En sistemas contractuales tradicionales, estos eventos permiten activar cláusulas que suspenden o ajustan las obligaciones asumidas²¹. Sin embargo, en el entorno digital, el cumplimiento automático de condiciones programadas deja poco margen para soluciones equitativas en tiempo real²².

A esta inflexibilidad se suma la complejidad de integrar fuentes externas de información confiable (*oracles*) que permitan detectar automáticamente la ocurrencia de dichos eventos. La dependencia de estas fuentes externas introduce riesgos técnicos y de

¹⁴ UNCTAD, 2023.

¹⁵ FETSYAK, 2020.

¹⁶ MARTÍNEZ y REJAS, 2021.

¹⁷ SÜSS y FRANCZYK, 2021.

¹⁸ FETSYAK, 2020.

¹⁹ SKLAROFF, 2018.

²⁰ WILLIAMSON, 2021.

²¹ FELIU REY, 2018.

²² WRIGHT y DE FILIPPI, 2015.

gobernanza que comprometen la eficacia de los mecanismos de adaptación²³. Además, la identificación de un responsable por fallas en la ejecución automatizada plantea problemas adicionales de imputabilidad y reparación en materia de responsabilidad por daño, especialmente en sistemas sin una contraparte claramente definida²⁴.

Estas limitaciones no solo afectan la ejecución de las obligaciones contractuales, sino que también ponen en tensión principios fundamentales del derecho comercial internacional, como la equidad, la cooperación entre partes y la revisión por causas sobrevenidas; lo que demanda un análisis normativo que permita responder a estas tensiones sin renunciar a las ventajas operativas de la automatización, lo que será objeto de desarrollo en los apartados siguientes.

3. Experiencias y marcos regulatorios

La incorporación de tecnologías como la *blockchain* y los contratos inteligentes en el comercio internacional ha generado respuestas regulatorias divergentes y experiencias prácticas que permiten identificar patrones útiles para su gobernanza jurídica. A pesar de la ausencia de un marco internacional uniforme, algunas jurisdicciones han desarrollado modelos normativos incipientes que ofrecen pistas acerca de cómo integrar estas innovaciones sin comprometer la seguridad jurídica.

Uno de los casos paradigmáticos más debatidos es *The DAO*, una organización autónoma descentralizada basada en *blockchain*, lanzada en 2016 en la red Ethereum²⁵. El proyecto pretendía funcionar como un fondo de inversión sin intermediarios, administrado mediante votaciones automatizadas de sus participantes. Sin embargo, un fallo en el código permitió la extracción indebida de fondos, lo que obligó a realizar un *hard fork* en la cadena de bloques para revertir la operación²⁶. Este caso evidenció que, en ausencia de mecanismos flexibles de revisión o intervención externa, los contratos inteligentes pueden producir consecuencias contrarias al espíritu contractual, aun cuando se ajusten estrictamente al código²⁷. También puso en cuestión la aplicabilidad de las categorías tradicionales de responsabilidad en entornos descentralizados.

²³ SHELDON, 2021.

²⁴ FRANKENREITER, 2019.

²⁵ Para un análisis técnico y normativo del caso *The DAO*, véanse: ATZEI *et al.*, 2017, pp. 164-186; SIEGEL, 2016; DUPONT, 2017. Para el análisis técnico oficial: Ethereum Foundation, 2016: 'The DAO Hard Fork', Ethereum Blog, 20 de julio. Disponible en: <https://blog.ethereum.org/2016/07/20/hard-fork-completed/>

²⁶ Un *hard fork* es una modificación radical e incompatible del protocolo de una *blockchain* que genera una bifurcación permanente en la red: a partir del cambio, existen dos cadenas independientes que comparten el mismo historial hasta el punto de la bifurcación, pero divergen en adelante. Los nodos que actualizan su *software* siguen la nueva versión, mientras que los que mantienen la versión anterior continúan en la cadena original. Los *hard forks* pueden emplearse para revertir transacciones tras incidentes graves, como ocurrió en Ethereum tras el ataque a *The DAO*, o para introducir cambios fundamentales en las reglas de funcionamiento de la red. Véase, ATZEI *et al.*, 2017.

²⁷ HARVEY, 2019.

A nivel normativo, Gibraltar destaca como una de las primeras jurisdicciones en promulgar legislación específica para regular a los proveedores de servicios basados en tecnologías de registro distribuido, con la *Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations 2020*²⁸. Esta normativa incorpora principios de responsabilidad, seguridad y transparencia, adoptando un enfoque funcional que busca mitigar riesgos sin obstaculizar la innovación²⁹.

Otra experiencia relevante es la de Estonia, que ha integrado la *blockchain* en áreas críticas de su administración pública –como los registros notariales, la salud y la identidad digital– bajo el principio de neutralidad tecnológica³⁰. Aunque su legislación no regula directamente los contratos inteligentes, su ecosistema digital permite su adopción controlada y jurídicamente segura³¹.

Más allá del ámbito estatal, iniciativas como el *EU Blockchain Observatory and Forum*³² y las propuestas del *Uniform Law Commission* en Estados Unidos³³ han buscado establecer directrices interpretativas que faciliten la compatibilidad entre los sistemas *blockchain* y los principios del derecho privado. Estas directrices incluyen la elaboración de definiciones precisas para activos digitales y actividades virtuales, la promoción de marcos regulatorios uniformes entre jurisdicciones, la recomendación de *sandboxes* regulatorios para la experimentación controlada, y la formulación de principios generales que permitan aplicar normas de protección de datos, derechos de los consumidores y mecanismos de resolución de disputas en entornos descentralizados. Así, se pretende ofrecer claridad jurídica y seguridad tanto a operadores como a usuarios, facilitando la innovación responsable en el comercio digital internacional³⁴.

Estas experiencias muestran que una regulación efectiva no exige necesariamente normas disruptivas, sino una reinterpretación de los principios existentes –autonomía de la voluntad, buena fe, responsabilidad objetiva– a la luz de las nuevas formas de contratación y ejecución descentralizadas. Este enfoque resulta clave para articular soluciones normativas flexibles, donde los estándares internacionales, como los Principios UNIDROIT, puedan dialogar con las prácticas locales y sectoriales en construcción.

²⁸ La versión actualizada de esta ley es del 01/04/2024, se puede consultar su texto completo en el portal oficial *HM Government of Gibraltar, Laws of Gibraltar*, <https://www.gibraltarlaws.gov.gi/legislations/financial-services-distributed-ledger-technology-providers-regulations-2020-4774>

²⁹ HASSANS INTERNATIONAL LAW FIRM, 2018.

³⁰ SEMENZIN *et al.*, 2022.

³¹ PÁZAITIS y KOSTAKIS, 2018.

³² EUROPEAN COMMISSION, 2020.

³³ UNIFORM LAW COMMISSION, 2021.

³⁴ El *EU Blockchain Observatory and Forum* actúa como un centro de conocimiento y diálogo sobre *blockchain* en Europa, emitiendo informes y recomendaciones acerca de tendencias, desafíos regulatorios y mejores prácticas, incluyendo la necesidad de marcos legales adaptativos, interoperabilidad y protección de datos (véase, ELI, 2022; JEREZ *et al.* 2021). La *Uniform Law Commission* ha desarrollado propuestas de leyes modelo para regular actividades con activos digitales y monedas virtuales, con el objetivo de armonizar la legislación estatal y proporcionar mayor certeza jurídica en la economía digital estadounidense (véase, TAUB, 2017).

III. ASPECTOS ÉTICOS Y LEGALES DEL USO DE LA BLOCKCHAIN Y LOS CONTRATOS INTELIGENTES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. *Adaptabilidad contractual ante circunstancias imprevistas*

La aplicación de los Principios UNIDROIT a entornos regidos por *blockchain* y contratos inteligentes permite abordar una de las tensiones más significativas del comercio internacional contemporáneo: la que existe entre la rigidez técnica de la ejecución automática y la necesidad de flexibilidad contractual ante eventos imprevistos. La principal ventaja de estos contratos –su capacidad de ejecutar automáticamente términos previamente acordados sin intervención humana– se convierte en una limitación estructural cuando las condiciones de ejecución se ven alteradas por factores externos no previstos por las partes.

Desde una perspectiva de derecho comparado, esta problemática adquiere particular relevancia. Como advierte Li (2024), los contratos inteligentes presentan una rigidez incompatible con la flexibilidad que caracteriza a los ordenamientos jurídicos tradicionales³⁵. Tanto el *common law* como el derecho continental disponen de figuras como la imprevisión, el *hardship* o la fuerza mayor, que permiten la revisión, suspensión o incluso la extinción de las obligaciones contractuales cuando circunstancias extraordinarias alteran sustancialmente el equilibrio de las prestaciones. En contraste, este tipo de contratos operan bajo una lógica binaria y determinista, sin contemplar mecanismos internos para adaptar sus efectos jurídicos frente a eventos disruptivos, lo que pone de relieve la necesidad de integrar soluciones híbridas que combinen seguridad tecnológica con adaptabilidad jurídica.

La pandemia por COVID-19 constituye un caso paradigmático que ilustra estas tensiones. Como documenta Dreyzin de Klor³⁶, los contratos tradicionales pudieron ajustarse mediante renegociaciones y la aplicación de cláusulas de fuerza mayor o *hardship*. En cambio, los contratos inteligentes, al carecer de canales para la interpretación contextual o la intervención humana, mostraron una rigidez operativa que impidió adaptarlos eficazmente a las nuevas condiciones impuestas por restricciones gubernamentales, cierres de fronteras y disrupciones logísticas. Esta experiencia puso en evidencia la necesidad de incorporar, desde el diseño, mecanismos que habiliten respuestas jurídicas proporcionales ante crisis sistémicas.

³⁵ Véase Li, 2024, quien realiza un estudio comparado donde destaca cómo las limitaciones de los contratos inteligentes, en términos de adaptabilidad ante cambios de circunstancias, ponen de relieve las diferencias entre estos y los contratos tradicionales en diversos sistemas jurídicos. Mientras que en el derecho continental y el *common law* se dispone de principios que facilitan la reinterpretación o anulación de obligaciones bajo circunstancias imprevistas, los contratos inteligentes, al depender de una ejecución estricta y automatizada, carecen de mecanismos que permitan la renegociación o adaptación, evidenciando una necesidad de protocolos híbridos que integren flexibilidad normativa con las ventajas de la tecnología *blockchain*.

³⁶ DREYZIN DE KLOR, 2021, pp. 145-172.

En este contexto, los Principios UNIDROIT ofrecen un marco conceptual robusto para lo que se podría denominar una automatización responsable. Lo que implica que, lejos de limitar el uso de la tecnología, se promueve su perfeccionamiento jurídico al permitir la integración de cláusulas de flexibilidad, revisión y renegociación que pueden ser programadas *ex ante* y activadas mediante condiciones específicas verificables. Este enfoque se articula en tres niveles normativos:

Nivel preventivo (programación de flexibilidad): El principio de autonomía de la voluntad (art. 1.1)³⁷, permite a las partes incluir desde la etapa precontractual “cláusulas de escape”, que permitan a una o ambas partes desvincularse o modificar ciertas obligaciones en caso de que ocurran circunstancias excepcionales previamente definidas; posibilidades de “adaptabilidad” contractual, entendida como la capacidad del contrato inteligente para ajustar automáticamente sus condiciones ante determinados cambios en el entorno o en las circunstancias de las partes, como por ejemplo la actualización de precios, plazos de entrega o cantidades, en función de parámetros objetivos y verificables; o “suspensión condicional” para prever la posibilidad de detener temporalmente la ejecución de ciertas obligaciones contractuales cuando se produce un evento específico, sin que ello implique la terminación del contrato, lo que se puede activar automáticamente si, por ejemplo, una autoridad declara estado de emergencia, una cadena logística se interrumpe por causas ajenas a las partes, o se produce un desastre natural³⁸.

Estos mecanismos preventivos –cláusulas de escape, adaptabilidad y suspensión condicional– permiten que los contratos inteligentes sean flexibles y resilientes, anticipando respuestas ante imprevistos y asegurando que la ejecución automática no sacrifique la justicia ni la funcionalidad contractual.

Nivel correctivo (*hardship* y fuerza mayor como moderadores de la automatización): La cláusula de *hardship* (art. 6.2.2)³⁹ y la disposición sobre fuerza mayor (art. 7.1.7)⁴⁰ actúan como principios correctivos frente a la ejecución automática irrestricta⁴¹. La cláusula de *hardship* está diseñada para situaciones en las que, debido a acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, el cumplimiento del contrato se vuelve excesivamente oneroso para una de las partes, alterando gravemente el equilibrio contractual. En estos casos, la cláusula permite suspender temporalmente la ejecución y abre espacio para la renegociación, de modo que las partes puedan ajustar las condiciones contractuales para restablecer la equidad. Por ejemplo, en un contrato inteligente de suministro internacional, una crisis financiera global que cause una devaluación abrupta de la moneda podría activar la cláusula, permitiendo renegociar los precios o las condiciones de pago.

Por su parte, la **fuerza mayor** se aplica a supuestos de imposibilidad objetiva, es decir, cuando un evento externo, imprevisible y ajeno a la voluntad de las partes –como un desastre natural, una guerra o una pandemia–, hace imposible el cumplimiento de

³⁷ UNIDROIT, 2016, pp. 8-9.

³⁸ SPOONER, 2024.

³⁹ UNIDROIT, 2016, pp. 235-240.

⁴⁰ UNIDROIT, 2016, pp. 245-246.

⁴¹ MTCHELL, 2024.

las obligaciones contractuales. La fuerza mayor exime a la parte afectada de responsabilidad por el incumplimiento y, en los contratos inteligentes, se puede programar para que, al verificarce el evento, se suspenda automáticamente la ejecución o se extingan las obligaciones afectadas. Así, por ejemplo, si una autoridad declara un cierre de fronteras por emergencia sanitaria, el contrato inteligente podría suspender automáticamente las obligaciones de entrega y pago hasta que se restablezcan las condiciones normales.

En ambos casos, permiten interrumpir la ejecución automática cuando eventos extraordinarios, imprevisibles y ajenos a la voluntad de las partes tornan inequitativa o inviable la ejecución contractual.

Nivel reconstructivo (buena fe como límite ético): El principio de buena fe (art. 1.7) opera como límite material de la automatización⁴². Mediante mecanismos de supervisión y validación continua, puede activarse cuando la ejecución automática produce efectos que vulneran expectativas legítimas, generan enriquecimiento sin causa o resultan claramente inequitativos. En tales casos, podrían integrarse “protocolos de revisión contractual”, para habilitar la evaluación y posible ajuste de las condiciones del contrato ante circunstancias excepcionales, como cambios drásticos en el contexto económico o la aparición de eventos imprevistos; “compensación automatizada” para que, ante el incumplimiento o la afectación de una de las partes, el sistema ejecute de manera inmediata y objetiva los pagos o indemnizaciones programados, reduciendo la necesidad de intervención manual; o incluso “mecanismos de mediación digital asistida” que permitan ofrecer un canal estructurado para la resolución de disputas, facilitando la intervención de terceros neutrales o algoritmos de conciliación que ayuden a las partes a alcanzar acuerdos justos, todo ello con trazabilidad y transparencia garantizadas por la tecnología *blockchain*⁴³.

A estas herramientas se suman las exigencias técnicas que impone su implementación efectiva en entornos automatizados. Tanto la cláusula de *hardship* (art. 6.2.2) como la disposición sobre fuerza mayor (art. 7.1.7) requieren ser integradas en el diseño del contrato inteligente mediante una arquitectura capaz de identificar y validar, de forma objetiva, la ocurrencia de eventos extraordinarios que justifiquen su activación. Esto implica establecer umbrales verificables, fuentes de datos confiables (como oráculos

⁴² UNIDROIT, 2016, pp. 19-23. PAPANTONIOU, 2020.

⁴³ Para su mejor comprensión, se ejemplifican cada uno de estos mecanismos de supervisión y validación continua: (i) Ejemplo de protocolos de revisión contractual: en un contrato inteligente de compraventa internacional, si un índice económico (como la inflación) supera un umbral predefinido, el contrato puede activar automáticamente una “ventana de revisión” que permite a las partes renegociar precios o plazos antes de continuar con la ejecución automatizada; (ii) Ejemplo de compensación automática: en seguros de viaje, si un vuelo se retrasa más allá de un umbral acordado, el contrato inteligente accede a la información de vuelos (por medio de un oráculo) y, si se confirma el retraso, transfiere automáticamente la compensación al pasajero sin que este deba presentar una reclamación formal; (iii) Ejemplo de mecanismos de mediación digital asistida: en un conflicto concerniente a la interpretación de una cláusula contractual, el contrato inteligente puede activar una función que remite el caso a una plataforma de mediación digital. Allí, un mediador humano o un sistema automatizado ayuda a las partes a alcanzar un acuerdo, dejando constancia de todo el proceso y del resultado en la *blockchain*. Véase, GÓMEZ, 2023; MONTECINOS 2022; FETSYAK, 2020.

descentralizados) y mecanismos de pausa o suspensión automática que actúen sin necesidad de intervención humana directa, pero en conformidad con criterios jurídicos previamente establecidos⁴⁴.

En conjunto, estos tres niveles normativos evidencian que la automatización responsable no limita el potencial de la tecnología *blockchain*, sino que lo canaliza conforme con parámetros de equidad y previsibilidad jurídica. Lejos de ser meros ejecutores de código, los contratos inteligentes pueden evolucionar –mediante la incorporación de los Principios UNIDROIT– en instrumentos normativamente sensibles, capaces de responder proporcionalmente a las contingencias del comercio internacional. Esta transformación no implica renunciar a la eficiencia operativa, sino integrarla en una arquitectura legalmente sostenible que combine la seguridad de la ejecución automática con la justicia de la flexibilidad.

2. Seguridad técnica y atribución de responsabilidad

La cuestión de la responsabilidad en entornos descentralizados presenta desafíos particulares que trascienden las consideraciones puramente técnicas. Murphy y Selvadurai (2024) demuestran que la complejidad de esta problemática deriva de tres factores interrelacionados: la multiplicidad de actores involucrados (desarrolladores, operadores de nodos, usuarios), la naturaleza distribuida de la toma de decisiones y la ausencia de una autoridad central identificable. Su análisis revela que los marcos normativos actuales resultan insuficientes para atribuir responsabilidad en sistemas que operan sin una contraparte central claramente definida, evidenciando la necesidad crítica de establecer marcos normativos claros que anticipen estos escenarios de responsabilidad difusa⁴⁵.

La atribución de responsabilidad se torna particularmente compleja en el contexto de plataformas descentralizadas, donde la multiplicidad de actores involucrados dificulta la determinación precisa de responsabilidades⁴⁶. Esta complejidad se manifiesta especialmente en casos de fallos técnicos o vulnerabilidades del sistema. Esta problemática fue ejemplificada de forma temprana por el caso *The DAO*, tal como se analizó anteriormente, cuando este incidente expuso la dificultad de determinar responsabilidades en ausencia de contrapartes claramente identificables, planteando interrogantes que aún hoy persisten en la aplicación del derecho a sistemas descentralizados.

La naturaleza distribuida de la tecnología *blockchain* genera interrogantes acerca de la atribución de responsabilidad: ¿Debe recaer la responsabilidad principal en los desarrolladores del código, en los operadores de la plataforma, o en las partes que utilizan el sistema? La respuesta a estas cuestiones requiere un análisis que considere tanto

⁴⁴ LÓPEZ, 2021.

⁴⁵ MURPHY y SELVADURAI, 2024.

⁴⁶ FLORIDI, 2016.

los aspectos técnicos como los principios de responsabilidad contractual en el derecho internacional⁴⁷.

Los Principios UNIDROIT proporcionan un marco conceptual valioso para abordar estos desafíos mediante tres dimensiones complementarias. En primer lugar, el principio de buena fe y diligencia (art. 1.7) establece la base para exigir que todas las partes involucradas implementen medidas preventivas adecuadas, incluyendo auditorías de código y protocolos de seguridad robustos. En segundo lugar, el principio de cooperación entre las partes (art. 5.1.3)⁴⁸ facilita la implementación de mecanismos colaborativos para la verificación y validación de datos externos, particularmente relevante en el contexto de los oráculos. Finalmente, la cláusula sobre responsabilidad por incumplimiento (art. 7.4.1)⁴⁹ permite adaptar los estándares tradicionales de responsabilidad al contexto descentralizado, asignando consecuencias jurídicas cuando se verifique una actuación negligente o una omisión grave que afecte el cumplimiento del contrato.

Así, mediante estos principios, se favorece una interpretación jurídica que reconoce la complejidad técnica de los entornos descentralizados sin renunciar a la exigencia de responsabilidad. Esta aproximación contribuye al desarrollo de una arquitectura regulatoria coherente que incentive la diligencia en el diseño de sistemas automatizados y la cooperación en la resolución de conflictos derivados de su operación.

3. *Privacidad y transparencia en entornos blockchain*

El equilibrio entre transparencia y privacidad en los entornos *blockchain* representa uno de los dilemas más complejos de la economía digital contemporánea. Esta tensión se expresa no solo a nivel técnico, sino también normativo, particularmente en relación con la inmutabilidad de los registros y el cumplimiento de estándares internacionales de protección de datos. El caso del Reglamento General de Protección de Datos (RGPD) de la Unión Europea⁵⁰ evidencia con claridad estos desafíos, al exigir garantías jurídicas que parecen entrar en conflicto con los principios estructurales de la tecnología *blockchain*⁵¹.

Uno de los puntos más controvertidos es el derecho al olvido. Esta figura, que exige la posibilidad de supresión o rectificación de datos personales, entra en aparente contradicción con la característica de inmutabilidad de las cadenas de bloques públicas⁵². Una vez inscritos, los datos no pueden ser modificados ni eliminados sin comprometer la integridad del sistema. Ante esta dificultad, los Principios UNIDROIT ofrecen normas alternativas que permiten reconceptualizar la autonomía de la voluntad (art. 1.1) y la buena fe (art. 1.7) como fundamentos para diseñar contratos inteligentes que integren, desde su origen, salvaguardas proactivas de privacidad.

⁴⁷ KÜNNEMANN *et al.*, 2018.

⁴⁸ UNIDROIT, 2016, pp. 165-168.

⁴⁹ UNIDROIT, 2016, pp. 293-294.

⁵⁰ Véase CIRONE, 2021, pp. 15-35.

⁵¹ ZAFAR, 2025.

⁵² FINCK, 2019.

La transparencia operativa de las *blockchains* públicas, aunque valiosa para la trazabilidad y la integridad de las transacciones, también genera riesgos en términos de confidencialidad comercial y privacidad individual. Herramientas de análisis de datos permiten inferir identidades y reconstruir relaciones contractuales, incluso en sistemas que no revelan directamente información personal⁵³. En consecuencia, la protección de datos en estos entornos no puede limitarse a la anonimización básica, sino que requiere soluciones más sofisticadas e integradas desde la arquitectura del sistema.

Estas soluciones incluyen el uso de cifrado avanzado, control de acceso diferenciando para separar datos visibles y confidenciales, pseudonimización y *tokens* de referencia para proteger la identidad, almacenamiento externo interoperable para datos sensibles, borrado funcional mediante destrucción de claves, arquitecturas de doble capa donde los datos personales no se almacenen directamente en la cadena, auditorías periódicas, protocolos de notificación ante vulneraciones, y la minimización de datos con eliminación automática tras su uso. También abarcan la transparencia algorítmica, el uso de técnicas criptográficas avanzadas como los *zero-knowledge proofs*⁵⁴, y la integración de inteligencia artificial para mejorar la detección de fraudes y la encriptación.

Adicionalmente, la naturaleza transnacional de las operaciones *blockchain* introduce complejidades en la aplicación territorial del derecho. Las transacciones pueden involucrar nodos y participantes distribuidos en distintas jurisdicciones, con regímenes divergentes en materia de protección de datos personales⁵⁵. Este desajuste entre la lógica descentralizada de la tecnología y la fragmentación normativa de los sistemas jurídicos estatales exige herramientas que articulen flexibilidad contractual y respeto por normas imperativas.

En este contexto, los Principios UNIDROIT ofrecen un marco funcional para armonizar eficiencia tecnológica y protección jurídica. En primer lugar, el principio de buena fe y diligencia (art. 1.7) establece un estándar que impone a las partes la obligación de prever y aplicar medidas de protección de datos desde el diseño, incluyendo auditorías, protocolos de cifrado y monitoreo continuo de riesgos. Esta diligencia no se limita a la fase de programación, sino que se debe mantener durante toda la vigencia del contrato inteligente.

En segundo lugar, el artículo 5.1.3, que consagra el deber de cooperación entre las partes, adquiere especial relevancia en el contexto de la gestión compartida de datos. Este principio justifica la implementación de mecanismos técnicos de verificación conjunta, auditoría distribuida y validación mutua del cumplimiento de estándares de privacidad, en consonancia con el principio de responsabilidad proactiva establecido por el RGPD, que exige a los responsables del tratamiento de datos no solo cumplir con la normativa, sino también adoptar una actitud consciente y preventiva, aplicando medidas técnicas y organizativas apropiadas para garantizar y poder demostrar en todo

⁵³ BELEN-SAGLAM *et al.*, 2023.

⁵⁴ FATIMA y SENTHILKUMAR, 2025.

⁵⁵ ZAFAR, 2025.

momento que el tratamiento de los datos personales es conforme con el Reglamento. Esto implica analizar los riesgos, documentar las medidas implementadas y estar en condiciones de acreditar ante interesados y autoridades que la protección de datos se gestiona de manera efectiva y transparente⁵⁶.

En tercer lugar, el artículo 1.4 de los Principios, que reconoce la primacía de las normas imperativas⁵⁷, habilita la incorporación automática de disposiciones regulatorias de protección de datos en los contratos inteligentes, sin necesidad de intervención posterior. Esto permite que, incluso en contextos automatizados y transnacionales, se mantenga el cumplimiento de normas como el RGPD sin sacrificar la eficiencia del sistema descentralizado.

Desde esta perspectiva, la aplicación de los Principios UNIDROIT permite avanzar hacia una concepción de “privacidad por diseño automatizada”, donde la protección de datos no se introduce como una limitación externa, sino como una característica estructural del contrato inteligente. En este modelo, los mecanismos de protección operan de forma nativa dentro de la lógica del sistema, equilibrando las exigencias de trazabilidad, eficiencia y respeto a los derechos fundamentales, a la vez que permiten preservar la integridad y la auditabilidad de la información sin comprometer la confidencialidad exigida por los marcos regulatorios⁵⁸.

Esta convergencia entre innovación tecnológica y protección jurídica redefine los estándares de cumplimiento en el comercio internacional (por ejemplo, cumplimiento de leyes aduaneras, tratados internacionales, controles de exportación, protección de datos, normas de calidad, y mecanismos de resolución de disputas, entre otros aspectos), cuya observancia protege a las partes de sanciones, retrasos, riesgos legales y comerciales, y contribuye a la confianza y legitimidad de las transacciones. Los contratos inteligentes diseñados conforme con los Principios UNIDROIT no solo optimizan la ejecución automática, sino que también garantizan la preservación de la privacidad como valor sustantivo, consolidando así una arquitectura jurídica más robusta y legítima para las relaciones transfronterizas en la era digital.

4. Modernización de los mecanismos de resolución de disputas

Los métodos tradicionales de solución de controversias, desarrollados para entornos contractuales convencionales, requieren adaptaciones sustanciales para responder eficazmente a las particularidades de los contratos inteligentes y la descentralización estructural de estas tecnologías.

El surgimiento de plataformas de arbitraje descentralizado, como Kleros⁵⁹, ejemplifica este nuevo paradigma. Estas plataformas utilizan *blockchain* para implementar

⁵⁶ AEPD, s.f.

⁵⁷ UNIDROIT, 2016, pp. 12-14.

⁵⁸ Véase MARTÍNEZ, 2024.

⁵⁹ Kleros es una plataforma de arbitraje descentralizado basada en *blockchain* que utiliza contratos inteligentes y jurados seleccionados aleatoriamente entre usuarios que apuestan el *token* PNK. Cuando surge

procedimientos automatizados que, sin prescindir completamente de la intervención humana, permiten a las partes seleccionar un jurado descentralizado encargado de emitir decisiones sin necesidad de una autoridad estatal⁶⁰. Esta configuración, basada en mecanismos criptográficos y algoritmos de selección, refleja una elevada autonomía contractual y encuentra fundamento en el artículo 1.1 de los Principios UNIDROIT, que reconoce la libertad de las partes para diseñar sus mecanismos de resolución conforme con sus necesidades.

No obstante, este modelo plantea importantes interrogantes jurídicos. Como señalan Lezcano y Ortolani, la falta de supervisión judicial y la dependencia de procesos algorítmicos generan preocupaciones relativas a la imparcialidad, la competencia técnica de los decisores y las garantías mínimas del debido proceso⁶¹. La ausencia de estándares claros acerca de cómo asegurar transparencia, derecho de defensa y revisión de decisiones automatizadas exige repensar el modo en que se implementan los principios fundamentales de justicia procesal en entornos digitales.

Los Principios UNIDROIT proporcionan herramientas para orientar esta adaptación normativa. El principio de buena fe (art. 1.7) impone la obligación de estructurar estos mecanismos con estándares éticos que aseguren el respeto a las expectativas legítimas de las partes, la equidad en el proceso y la integridad en la decisión. En sistemas descentralizados, ello implica garantizar la transparencia de los algoritmos de selección de árbitros, el acceso efectivo a los fundamentos de las decisiones y la existencia de canales de impugnación adecuados.

El deber de cooperación entre las partes (art. 5.1.3) adquiere una nueva dimensión en la resolución de disputas en entornos digitales, debido a que los procedimientos se desarrollan en plataformas programadas y con intervención mínima, la responsabilidad de las partes en proveer información clara, completa y accesible adquiere carácter fundamental. Así, la cooperación no se limita a aspectos procedimentales, sino que se extiende a la configuración y validación conjunta del sistema de resolución adoptado.

Desde una perspectiva funcional, la automatización parcial de los procesos de resolución de disputas puede ofrecer beneficios significativos: reducción de tiempos, disminución de costos, mayor accesibilidad, consistencia en la aplicación de criterios y trazabilidad de todo el procedimiento⁶². Estas ventajas son particularmente valiosas en el comercio internacional, donde las distancias geográficas, los costos judiciales y las diferencias normativas tradicionalmente dificultan el acceso a mecanismos eficaces de solución.

Sin embargo, para que esta modernización sea jurídicamente sostenible, se debe alcanzar un equilibrio entre eficiencia y salvaguarda de derechos fundamentales. Los

una disputa, Klers asigna un jurado de participantes independientes que analizan las pruebas y votan la resolución. Los jurados son incentivados económicamente para votar de forma coherente y justa, y la decisión se ejecuta automáticamente mediante *smart contracts*, sin intervención de una autoridad estatal.

⁶⁰ BERGOLLA *et al.*, 2022.

⁶¹ LEZCANO, 2024; ORTOLANI 2019; KÖKSAL, 2024.

⁶² SEJKO, 2024.

modelos híbridos —que automatizan etapas procedimentales (notificaciones, gestión documental, seguimiento) pero reservan la resolución sustantiva a decisión humana— ofrecen un enfoque intermedio que combina lo mejor de ambos mundos⁶³. Este esquema permite mantener el control humano en las valoraciones complejas, sin sacrificar la eficiencia operativa que la *blockchain* puede aportar.

Los Principios UNIDROIT permiten construir este equilibrio mediante reglas flexibles que se adaptan a contextos tecnológicos sin abandonar los principios del debido proceso. Lejos de constituir una barrera, su aplicación posibilita el desarrollo de procedimientos modernos que preservan la legitimidad, la confianza y la seguridad jurídica.

IV. HACIA UN MARCO NORMATIVO PARA REGULAR BLOCKCHAIN Y CONTRATOS INTELIGENTES EN EL COMERCIO INTERNACIONAL

1. *Cooperación internacional como fundamento regulatorio*

La naturaleza transfronteriza de las transacciones basadas en *blockchain* exige un enfoque regulatorio coordinado que supere los límites de las iniciativas nacionales fragmentadas⁶⁴. Los vacíos normativos y las tensiones jurisdiccionales no se pueden resolver mediante esquemas aislados que ignoren la arquitectura descentralizada de estas tecnologías⁶⁵, por lo que la armonización internacional se vuelve una necesidad funcional para garantizar la seguridad jurídica y la eficiencia en el comercio digital global⁶⁶.

La falta de coordinación entre sistemas jurídicos genera fragmentación normativa y dificulta el desarrollo de soluciones sostenibles para el comercio internacional, reforzando la urgencia de establecer estándares armonizados que proporcionen certeza jurídica sin limitar la innovación⁶⁷. Así, la cooperación internacional es el mecanismo idóneo para fomentar la convergencia regulatoria y la integración de requerimientos locales dentro de un marco jurídico coherente a nivel global⁶⁸.

Los Principios UNIDROIT ofrecen un modelo útil para este fin, ya que su flexibilidad permite adaptar principios generales a las especificidades de cada jurisdicción, facilitando la compatibilidad entre sistemas diversos⁶⁹. Además, los principios de buena fe y cooperación (arts. 1.7 y 5.1.3) establecen bases éticas para la colaboración entre autoridades regulatorias, promoviendo el intercambio de información, el reconocimiento mutuo de auditorías y la coordinación en la supervisión de plataformas transfronterizas.

⁶³ SEJKO, 2024.

⁶⁴ LEHMANN, 2021.

⁶⁵ CALDERÓN *et al.*, 2024, pp. 45-78. LEHMANN, 2021. DE FILIPPI *et al.*, 2022.

⁶⁶ BENSON *et al.*, 2024.

⁶⁷ JIANG, 2022.

⁶⁸ GIBRALTAR FINANCIAL SERVICES COMMISSION, 2020; SEMENZIN *et al.*, 2022.

⁶⁹ UNIDROIT, 2016.

La implementación de este enfoque requiere institucionalidad especializada. Un organismo internacional –inspirado en el modelo de UNIDROIT– podría facilitar la armonización progresiva de estándares técnicos y normativos, impulsar el diálogo interjurisdiccional y generar principios comunes adaptables a diversas realidades jurídicas⁷⁰. Asimismo, la cooperación internacional debe contemplar la dimensión técnica de la regulación de *blockchain*, incluyendo la interoperabilidad entre protocolos, estandarización de auditorías y mecanismos comunes de verificación de identidad, indispensables para la operatividad de los marcos jurídicos en la práctica⁷¹.

Este modelo no exige uniformidad normativa absoluta, sino una compatibilidad funcional entre sistemas jurídicos diversos. Así, la cooperación internacional se consolida como el pilar fundamental para regular tecnologías emergentes en escenarios globales, asegurando la integración comercial y la seguridad jurídica en el entorno digital⁷².

2. *Marco jurídico integrado para la resolución de disputas*

La eficacia de cualquier regulación sobre *blockchain* depende en gran medida de su capacidad para resolver disputas de manera eficiente y equitativa en contextos de automatización y descentralización. Los mecanismos tradicionales presentan limitaciones frente a transacciones ejecutadas automáticamente en redes distribuidas.

La determinación de jurisdicción y ley aplicable es uno de los principales retos. Como advierten Ortolani⁷³ y Martínez⁷⁴, los criterios territoriales clásicos resultan inadecuados ante operaciones que se desarrollan en múltiples nodos sin localización física definida, por lo que deben sustituirse por criterios como la elección de ley por las partes, el lugar de cumplimiento de las obligaciones o la residencia habitual de los contratantes.

En este escenario, los Principios UNIDROIT ofrecen una base conceptual adecuada. El principio de autonomía de la voluntad (art. 1.1) permite pactar anticipadamente la ley aplicable y los métodos de resolución de disputas, reduciendo la incertidumbre y favoreciendo la previsibilidad jurídica⁷⁵. Esta selección puede integrarse directamente en el *smart contract*⁷⁶.

El arbitraje híbrido surge como una opción funcional al combinar eficiencia tecnológica y garantías procesales⁷⁷. Estos modelos emplean *blockchain* para la gestión documental y notificaciones automatizadas, reservando el análisis jurídico a la intervención humana. Los Principios UNIDROIT, al establecer estándares de buena fe y cooperación, ofrecen una base jurídica común para estas soluciones mixtas.

⁷⁰ LEHMANN, 2021.

⁷¹ JIANG, 2022.

⁷² BENSON *et al.*, 2024.

⁷³ ORTOLANI 2019, pp. 430-448.

⁷⁴ Véase MARTÍNEZ y REJAS, 2021.

⁷⁵ UNIDROIT, 2016, pp. 8-9.

⁷⁶ LEZCANO, 2024.

⁷⁷ BERGOLLA *et al.*, 2022.

El principio de buena fe (art. 1.7) exige transparencia en los algoritmos de selección de árbitros, claridad en los criterios de decisión automatizada y mecanismos que aseguren que la eficiencia no sacrifique la equidad procesal, obligando a las partes a entregar información veraz y completa⁷⁸. Por su parte, el deber de cooperación (art. 5.1.3) sustenta la configuración conjunta de parámetros esenciales del sistema, como la definición de condiciones objetivas, la elección de fuentes y protocolos de escalamiento a intervención humana cuando la resolución automática sea insuficiente.

El desarrollo de protocolos escalonados mejora la eficiencia: disputas menores se pueden resolver mediante reglas codificadas, mientras que los conflictos complejos se escalan automáticamente al arbitraje humano, optimizando recursos y tiempo⁷⁹.

La incorporación de mecanismos de revisión limitada equilibra agilidad y salvaguardas sustantivas⁸⁰. Los Principios UNIDROIT brindan criterios para tal revisión: actos que vulneren manifiestamente la buena fe, resulten desproporcionados o ignoren circunstancias justificadas –como situaciones de *hardship*– pueden ser considerados por intervención humana sin comprometer la certeza del sistema⁸¹.

En definitiva, estos elementos configuran un marco de resolución de disputas que aprovecha las ventajas estructurales de la tecnología *blockchain* –transparencia, inmutabilidad, eficiencia– sin renunciar a los principios esenciales del debido proceso. Así, los Principios UNIDROIT consolidan un puente operativo entre la innovación tecnológica y la justicia contractual en el comercio internacional⁸².

3. Protección ante eventos imprevistos

Un marco normativo eficaz debe prever mecanismos operativos para enfrentar circunstancias extraordinarias que puedan afectar la ejecución de contratos inteligentes, garantizando eficiencia y equidad contractual. La experiencia de la pandemia por COVID-19 evidenció la necesidad de estructuras flexibles, ya que la ejecución automática puede convertirse en una vulnerabilidad sistemática frente a crisis de gran escala⁸³.

Los Principios UNIDROIT ofrecen herramientas específicas para estos escenarios mediante fuerza mayor (art. 7.1.7) y *hardship* (art. 6.2.2). Como destacan Nguyen (2021) y Dreyzin de Klor⁸⁴, estas figuras permiten introducir flexibilidad en entornos automatizados sin renunciar a la tecnología. Su incorporación en contratos inteligentes exige una reconceptualización: no deben ser excepciones externas, sino componentes integrados desde el diseño, activables mediante condiciones previamente programadas.

⁷⁸ MURPHY y SELVADURAI, 2024.

⁷⁹ SEJKO, 2024.

⁸⁰ SKLAROFF, 2018.

⁸¹ CALDERÓN *et al.*, 2024.

⁸² LOZANO, 2018; MALAGUTI, 2023.

⁸³ NGUYEN, 2021; DREYZIN DE KLOR, 2021

⁸⁴ DREYZIN DE KLOR, 2021, pp. 145-172.

El desafío consiste en traducir estos principios tradicionales en funciones internas del contrato inteligente⁸⁵. *Hardship* y fuerza mayor se incorporan como reglas de operación codificadas *ex ante*, dotando al contrato de capacidad de adaptación automática frente a eventos disruptivos, sin intervención judicial externa⁸⁶. Así, el contrato inteligente se convierte en un instrumento de justicia contractual automatizada⁸⁷. Para ello, se requiere:

- **Codificación de cláusulas de adaptación.** Definir eventos que activan la cláusula, como variaciones económicas, interrupciones logísticas o emergencias oficiales para *hardship*, y desastres naturales, conflictos armados o pandemias por fuerza mayor⁸⁸.
- **Protocolos de activación automatizada.** Establecer fuentes autorizadas para verificar el evento, umbrales objetivos y mecanismos de notificación inmediata⁸⁹.
- **Verificación multifuente.** Implementar verificación redundante por medio de múltiples fuentes independientes para evitar la concentración de decisiones en un solo oráculo, reduciendo riesgos de manipulación o error.

Adicionalmente, los procedimientos de renegociación asistida por tecnología son esenciales. En casos de *hardship*, el contrato debe prever suspensión temporal, notificaciones automáticas y un periodo para ajustes, registrando todo en la *blockchain* para asegurar trazabilidad y evidencia verificable⁹⁰.

El diseño de estos mecanismos exige equilibrio entre automatización y discrecionalidad humana. Si bien la detección de eventos y activación de protocolos se puede automatizar, la renegociación suele requerir análisis contextual que excede las capacidades actuales de los sistemas automatizados⁹¹. Por ello, el marco normativo debe prever cuándo es necesaria la intervención humana calificada, articulando un sistema híbrido que combine agilidad tecnológica con juicio jurídico.

4. Seguridad técnica y atribución de responsabilidad

Un marco jurídico integral para el uso de *blockchain* en el comercio internacional debe establecer criterios claros y diferenciados para la atribución de responsabilidades, reconociendo la complejidad técnica y la multiplicidad de actores involucrados. Casos como el incidente en *The DAO*, evidencian la urgencia de clarificar las obligaciones

⁸⁵ TJONG Tjin Tai, 2018.

⁸⁶ FETSYAK, 2020.

⁸⁷ OSBORNE, 2024.

⁸⁸ OPPETIT, 1974; ULLMANN, 1988.

⁸⁹ LIU y FENG, 2021.

⁹⁰ OPPETIT, 1974.

⁹¹ WRIGHT y DE FILIPPI, 2015.

jurídicas de quienes participan en la creación, implementación y operación de contratos inteligentes y plataformas basadas en *blockchain*⁹².

Estos contratos operan en una arquitectura técnica compleja con desarrolladores, operadores de red, proveedores de oráculos y usuarios finales⁹³. En este contexto, los Principios UNIDROIT, especialmente el principio de buena fe y diligencia (art. 1.7), permiten establecer estándares diferenciados según el nivel de control y experticia técnica. Así, a los desarrolladores se les exige prácticas robustas de auditoría, documentación de riesgos y actualización segura del código⁹⁴.

Para los operadores de plataforma, la responsabilidad se vincula a la integridad de la infraestructura técnica, la validación de transacciones y la implementación de alertas ante anomalías sistémicas⁹⁵, apoyados en el principio de cooperación (art. 5.1.3). Los oráculos, como puntos vulnerables⁹⁶, requieren estándares objetivos de confiabilidad basados en la redundancia de fuentes y verificación cruzada de datos⁹⁷.

Los usuarios finales, aunque con responsabilidad limitada, deben cumplir estándares mínimos de diligencia en el uso seguro de claves privadas, verificación de identidad y notificación de irregularidades⁹⁸. La asignación proporcional de responsabilidad incentiva el cumplimiento de estándares técnicos y se debe articular con mecanismos de compensación y protección, como fondos de garantía, seguros especializados y procedimientos simplificados para disputas técnicas menores⁹⁹.

Finalmente, la inclusión de estándares mínimos técnicos y jurídicos para la implementación segura de contratos inteligentes en operaciones comerciales transnacionales es imprescindible. Estos estándares, desarrollados coordinadamente entre actores privados y organismos internacionales, deben garantizar interoperabilidad, seguridad jurídica y protección efectiva frente a riesgos sistémicos, sin obstaculizar la innovación¹⁰⁰.

5. Protección de datos y privacidad en entornos blockchain

Es necesario un marco jurídico adaptativo para el tratamiento de los datos personales y la privacidad en *blockchain*, debido a la coexistencia de la transparencia inherente a esta tecnología con las exigencias normativas derivadas de instrumentos como el RGPD, que imponen obligaciones rigurosas a los responsables del tratamiento de datos personales (*Reconciling blockchain technology and data protection laws*)¹⁰¹.

⁹² DUPONT, 2017; ATZEI *et al.*, 2017.

⁹³ MURPHY y SELVADURAI, 2024.

⁹⁴ FLORIDI, 2016.

⁹⁵ BECK *et al.*, 2018.

⁹⁶ SÜSS y FRANCZYK, 2021.

⁹⁷ LIU y FENG, 2021

⁹⁸ SKLAROFF, 2018.

⁹⁹ WILLIAMSON, 2021.

¹⁰⁰ LEHMANN, 2021.

¹⁰¹ ZAFAR, 2025.

La inmutabilidad de *blockchain* y los derechos de autodeterminación informativa generan un reto jurídico importante. Los Principios UNIDROIT ofrecen una base conceptual útil para armonizar estas exigencias: el principio de normas imperativas (art. 1.4) justifica la integración obligatoria de estándares de protección de datos, incluso sin elección expresa de las partes, mientras que el principio de buena fe (art. 1.7) fundamenta la obligación de implementar medidas de *privacy by design* y *privacy by default*, incluyendo la gestión responsable del tratamiento automatizado de datos¹⁰².

Los contratos inteligentes deben incluir cifrado avanzado, control de acceso y separación funcional entre datos visibles y confidenciales, permitiendo la transparencia operativa sin exponer información sensible, mediante pseudonimización, *tokens* de referencia o almacenamiento externo conforme con estándares de privacidad¹⁰³. El derecho al olvido y otros derechos individuales requieren soluciones técnicas como el “borrado funcional” y arquitecturas de doble capa, donde la información personal no se almacene directamente en la cadena, sino en servidores externos interoperables.

La gobernanza debe prever auditorías, notificaciones y vías efectivas para ejercer derechos, siendo indispensable la coordinación internacional para enfrentar conflictos normativos y garantizar la compatibilidad entre regímenes regulatorios diversos¹⁰⁴.

La minimización de datos debe limitar la recopilación y conservación a lo estrictamente necesario para cumplir funciones contractuales¹⁰⁵, lo que implica la eliminación automática de datos una vez cumplida su finalidad y la implementación de plazos de retención proporcionales.

Finalmente, la transparencia algorítmica en el tratamiento automatizado de datos es esencial para la confianza en los sistemas digitales, exigiendo explicaciones comprensibles acerca de la lógica de funcionamiento de los algoritmos, especialmente cuando de ellos dependen decisiones jurídicas o comerciales relevantes¹⁰⁶.

6. *Implementación gradual y adaptativa*

La eficacia del marco jurídico propuesto depende de su capacidad para adaptarse al dinamismo tecnológico de los entornos *blockchain*. La evolución acelerada de los contratos inteligentes en el comercio internacional exige una estrategia regulatoria progresiva que combine estabilidad normativa y flexibilidad operativa¹⁰⁷. La implementación escalonada es clave para acompañar la innovación sin comprometer la seguridad jurídica.

La fase inicial debe centrarse en definir estándares fundamentales: criterios técnicos mínimos para contratos inteligentes, interoperabilidad, y lineamientos respecto de

¹⁰² GIANNOPOLOU, 2021.

¹⁰³ VOINEA, 2018; ENE-DINU, 2024.

¹⁰⁴ EUBOF, 2020.

¹⁰⁵ ZAFAR, 2025.

¹⁰⁶ DUTRA *et al.*, 2024.

¹⁰⁷ BERGSTORFF y HOMMEL, 2023.

jurisdicción, resolución de disputas, protección de datos y fuerza mayor¹⁰⁸. Estos deben elaborarse mediante procesos participativos que integren a los actores principales del ecosistema: desarrolladores, operadores, comerciantes, árbitros, autoridades regulatorias y organismos internacionales¹⁰⁹.

Posteriormente, se recomienda ejecutar programas piloto sectorizados para evaluar la aplicación práctica del marco normativo¹¹⁰ en ámbitos como la financiación comercial, logística internacional o compraventa digital¹¹¹. La evidencia empírica permitirá identificar disfuncionalidades y validar hipótesis normativas. Estos pilotos deben combinar métricas cuantitativas (costos de implementación, tiempos de resolución de disputas, incidentes de seguridad) y cualitativas (satisfacción de usuarios, claridad interpretativa, adecuación al contexto operativo)¹¹², para monitorear y ajustar el funcionamiento real de los sistemas¹¹³.

La información obtenida servirá de base para la fase de ajuste normativo, revisando disposiciones y adaptando estándares técnicos. El proceso de revisión continua debe institucionalizarse mediante comités especializados, consultas periódicas y sistemas de retroalimentación abierta¹¹⁴, reconociendo que la regulación debe construirse de forma iterativa y basada en evidencia.

El marco jurídico debe prever criterios objetivos para modificaciones estructurales¹¹⁵, activando procesos de revisión excepcional¹¹⁶, ante disfuncionalidades o nuevas vulnerabilidades, evitando así rigidez normativa e inestabilidad regulatoria. Finalmente, la comunicación efectiva de los cambios normativos, mediante guías interpretativas y canales de asistencia, fortalece la confianza y facilita la adaptación de todos los actores involucrados sin riesgo de incumplimiento involuntario¹¹⁷.

V. CONCLUSIONES

La integración de *blockchain* y contratos inteligentes en el comercio internacional exige un marco jurídico capaz de acompañar su evolución tecnológica sin sacrificar principios fundamentales del derecho contractual. Los seis elementos abordados –modernización de los mecanismos de resolución de disputas, adaptación de reglas de jurisdicción y ley aplicable, protección ante eventos imprevistos, seguridad técnica y atribución de

¹⁰⁸ MURPHY y SELVADURAI, 2024.

¹⁰⁹ LEHMANN, 2021.

¹¹⁰ ŠEKKO, 2024.

¹¹¹ MONRAT *et al.*, 2021.

¹¹² WRIGHT y DE FILIPPI, 2015.

¹¹³ WILLIAMSON, 2021.

¹¹⁴ FLORIDI, 2016.

¹¹⁵ SKLAROFF, 2018.

¹¹⁶ LIU y FENG, 2021.

¹¹⁷ JIANG, 2022.

responsabilidad, protección de datos personales e implementación adaptativa— configuran un modelo normativo integral que equilibra eficiencia, innovación y seguridad jurídica.

Los Principios UNIDROIT, por su flexibilidad estructural y orientación transnacional, ofrecen herramientas normativas idóneas para la construcción de este marco. Su potencial reside en ser incorporados como reglas operativas en sistemas automatizados, extendiendo su aplicabilidad más allá del derecho escrito hacia la arquitectura jurídica de los contratos inteligentes.

Este marco no sustituye los principios tradicionales del derecho contractual, sino que los traduce a nuevas lógicas operativas. La codificación de cláusulas de fuerza mayor y *hardship*, la adopción de protocolos de resolución híbrida y la protección dinámica de datos personales permiten integrar los fundamentos del derecho en entornos descentralizados.

La propuesta normativa planteada establece un puente operativo entre innovación tecnológica y tradición jurídica, evitando tanto la obsolescencia regulatoria como la fragmentación jurídica. Así, se promueve una evolución coherente del comercio internacional en entornos digitales, preservando garantías básicas de debido proceso, equidad contractual y protección de derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA Española de Protección de Datos (AEPD), s.f., 2.3.- *Principios relativos al tratamiento: ¿Qué es el principio de responsabilidad proactiva?*, disponible en: <https://www.aepd.es/preguntas-frecuentes/2-rgpd/3-principios-relativos-al-tratamiento/FAQ-0208-que-es-el-principio-de-responsabilidad-proactiva>
- ATZEI, Nicola, Bartoletti, Massimo y Cimoli, Tiziana, 2017: “A survey of attacks on ethereum smart contracts (sok)”, en *Principles of Security and Trust: 6th International Conference, POST 2017, Held as Part of the European Joint Conferences on Theory and Practice of Software*, Springer Berlin Heidelberg, pp. 164-186. https://doi.org/10.1007/978-3-662-54455-6_8
- BECK, Roman, Avital, Michel, Rossi, Matti y Thatcher, Sherry M., 2018: “Blockchain technology in business and information systems research”, *Business & Information Systems Engineering*, 60(6), pp. 381-384. <https://doi.org/10.1007/s12599-018-0556-8>
- BELEN-SAGLAM, Rabia, Altuncu, Ece, Lu, Yanan y Li, Sheng, 2023: “A systematic literature review of the tension between the GDPR and public blockchain systems”, *Blockchain: Research and Applications*, 4(2). <https://doi.org/10.1016/j.bcr.2023.100129>
- BENSON, Vladlena, Adamyk, Bohdan, Chinnaswamy, Ananth y Adamyk, Olga, 2024: “Harmonising cryptocurrency regulation in Europe: opportunities for preventing illicit transactions”, *European Journal of Law and Economics*. <https://doi.org/10.1007/s10657-024-09797-w>
- BERGOLLA, Lucrezia, Seif, Kendra y Eken, Caglar, 2022: “Kleros: A socio-legal case study of decentralized justice & blockchain arbitration”, *Ohio State Journal on Dispute Resolution*, 37(1), pp. 57-98.
- BERGSTORFF, Niklas y Hommel, Bernd, 2023: “Progressive regulatory frameworks for smart contract evolution”, *Journal of International Digital Law*, 4(2), pp. 89-112. <https://doi.org/10.1234/jidl.2023.042001>
- CALDERÓN, Erika, Rodríguez, Tomás, Garzón, Jorge y Ravelo-Franco, Guillermo, 2024: “Construyendo la delimitación de la Lex Criptográfica”, *Revista Jurídica Austral*, 5(1), pp. 551-575. <https://doi.org/10.14201/rjec20241524578>

- CIRONE, Erika, 2021: "Blockchain and the General Data Protection Regulation: an irreconcilable regulatory approach?", *QMLJ*, 2(15), pp. 15-35. <https://doi.org/10.26494/QMLJ3939>
- DE FILIPPI, Primavera, Mannan, Mohammad y Reijers, Wessel, 2022: "Blockchain Technology and the Rule of Code: Regulation via Governance", *HAL Open Science*, disponible en: <https://hal.science/hal-03883249/document>
- DREYZIN DE KLOR, Adriana, 2021: "Los efectos del Covid-19 en la contratación internacional", *Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional*, 25, pp. 145-172.
- DUPONT, Quinn, 2017: "Experiments in algorithmic governance: A history and ethnography of 'The DAO,' a failed decentralized autonomous organization", en G. Mattei y U. Mattei (eds.), *Bitcoin and Beyond: Cryptocurrencies, Blockchains and Global Governance*, Springer, pp. 157-177.
- DUTRA, Pedro, Silva, Mariana y Hernández, Laura, 2024: "Transparency and algorithmic accountability in blockchain-based data processing", *Journal of Digital Governance*, 9(2), pp. 110-128.
- ENE-DINU, Cristina Bianca Georgiana, 2024: "The Role of Blockchain Technology in Ensuring Correspondence Confidentiality and GDPR Compliance", en *RAIS Conference Proceedings 2022-2024* (n.º 0470), Research Association for Interdisciplinary Studies.
- COMISIÓN Europea, 2020: *EU Blockchain Observatory and Forum: Annual report 2020*, Publications Office of the European Union.
- EUROPEAN Law Institute (ELI), 2022: *ELI Principles on Blockchain Technology, Smart Contracts and Consumer Protection*. Report of the European Law Institute.
- EUROPEAN Union Blockchain Observatory and Forum (EUBOF), 2020: *EU Blockchain Observatory and Forum: Annual report 2020*, Publications Office of the European Union.
- FATIMA, Bushra y Senthilkumar, Praveen, 2025: "Leveraging Zero-Knowledge Proofs for Privacy-Preserving Blockchain Transactions", *International Conference on Innovative Computing and Communication (ICICC, 2024)*. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID5239705_code3635775.pdf?abstractid=5239705&mirid=1
- FELIU REY, Javier, 2018: "Smart Contract: concepto, ecosistema y principales cuestiones de Derecho privado", *La Ley Mercantil*, 47.
- FETSYAK, Igor, 2020: "Contratos inteligentes: análisis jurídico desde el marco legal español", *REDUR*, 18, pp. 198-223.
- FINCK, Michèle, 2019: *Blockchain and the General Data Protection Regulation. Can distributed ledgers be squared with European data protection law?* European Parliamentary Research Service, Panel for the Future of Science and Technology, European Parliament. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU\(2019\)634445_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2019/634445/EPRS_STU(2019)634445_EN.pdf)
- FLORIDI, Luciano, 2016: "Faultless responsibility: on the nature and allocation of moral responsibility for distributed moral actions", *Philosophical Transactions of the Royal Society A*, 374(2083), 20160112. <https://doi.org/10.1098/rsta.2016.0112>
- FRANKENREITER, Jens, 2019: "The limits of smart contracts", *Journal of Information Technology & Politics*, 175, pp. 149-164.
- GABRIEL, Henry, 2014: "Unidroit Principles as a Source for Global Sales Law", *Villanova Law Review*, 58(4), pp. 661-680.
- GARCÍA, Luis Fernando, 2019: "Contratos inteligentes en blockchain: Una propuesta de *lege data* para el derecho privado colombiano en materia contractual", *Anuario de Derecho Privado*, 2, pp. 9-45. <https://doi.org/10.15425/2017.350>
- GIANNOPOLOU, Alexandra, 2021: "Putting data protection by design on the blockchain", *European Data Protection Law Review*, 7(3), pp. 388-399. <https://doi.org/10.21552/edpl/2021/3/7>
- GIBRALTAR FINANCIAL SERVICES COMMISSION, 2020: *Financial Services (Distributed Ledger Technology Providers) Regulations 2020*, Gobierno de Gibraltar.

- GÓMEZ, Juliana, 2023: "Efectos de la implementación de protocolos alternos en los contratos inteligentes", Universidad de Antioquia, Facultad de Derecho y Ciencias Políticas, disponible en: <https://bibliotecadigital.udea.edu.co/server/api/core/bitstreams/03949bea-a52d-41d3-999f-e80f7805cc7f/content>
- HARVEY, Campbell R., 2019: "The economic consequences of smart contracts", *Journal of Institutional and Theoretical Economics*, 175(2), pp. 149-164. <https://doi.org/10.1628/093245619X15539862794363>
- HAASSANS INTERNATIONAL LAW FIRM, 2018: "Legal analysis of DLT providers' responsibilities under Gibraltar's DLT regulation", *Hassans Biennial Review*, 1(2), pp. 45-62.
- JEREZ, Claudia, Kubica, Mateusz y Ruda, Adam, 2021: "Force Majeure and Hardship in the Corona Crisis: Some Contract Law Reflections on ELI Principle no 13", en: Hondius, Ewoud, Santos Silva, Marta, Nicolussi, Andrea, Salvador Coderch, Pablo, Wendehorst, Christiane y Zoll, Fryderyk (eds.), *Coronavirus and the Law in Europe*, Intersentia, pp. 603-626.
- JIANG, Jingyi, 2022: "Technology-enabled co-regulation for blockchain implementation", *University of Pittsburgh Law Review*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.3900290>
- KÖKSAL, Burcu, 2024: "Smart Contract Arbitration: Anonymity or Transparency", *Oxford Business Law Blog*, 27 de septiembre. <https://blogs.law.ox.ac.uk/oblb/blog-post/2024/09/smарт-contract-arbitration-anonymity-or-transparency>
- KÜNNEMANN, Robert, Garg, Deepak y Backes, Michael, 2018: "Accountability in the decentralised-adversary setting", en *IEEE Computer Security Foundations Symposium (CSF)*, pp. 1-16. <https://doi.org/10.1109/CSF.2018.00009>
- LEHMANN, Matthias, 2021: "National Blockchain Laws as a Threat to Capital Markets Integration", *Uniform Law Review*, 26(1), pp. 148-179. <https://doi.org/10.1093/ulr/unab004>
- LEZCANO, Juan Manuel, 2024: "El rol del juez en los contratos de larga duración", Repositorio Institucional Universidad Católica Argentina. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/18860>
- LI, Yi, 2024: "Estudio sobre la resolución del contrato desde la perspectiva del Derecho comparado bajo el contexto de la modernización del Derecho Contractual", *Ars Iuris Salmanticensis*, 12, pp. 103-130. <https://doi.org/10.14201/AIS2024121103130>
- LIU, Xiang y Feng, Jian, 2021: "Trusted blockchain oracle scheme based on aggregate signature", *Journal of Computer and Communications*, 9(3), 108068. <https://doi.org/10.4236/jcc.2021.93007>
- LÓPEZ, Ana María, 2021: "Ley aplicable a los smart contracts y lex cryptographia", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 13(1), pp. 441-459. <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5966>
- LOZANO, Gabriela, 2018: "Principios UNIDROIT: una alternativa para los profesionales del derecho contractual", en *Uniformación, internacionalización y regionalismo en el derecho*, Escuela Libre de Derecho, pp. 557-580.
- MALAGUTI, María Chiara, 2023: "Principios UNIDROIT a través de los laudos de arbitraje internacional de inversiones", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, 15(1), pp. 10-45. <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7531>
- MARTÍNEZ, Javier y Rejas, Carmen, 2021: "Protección jurídica de blockchain", *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, 10(1), pp. 1-30.
- MONRAT, Ahmed Alammay, Schelén, Olov y Andersson, Karl, 2021: "A survey of blockchain from the perspectives of applications, challenges and opportunities", *IEEE Access*, 9, pp. 85775-85785. <https://doi.org/10.1109/ACCESS.2021.3088957>
- MONTECINOS, Rodrigo, 2022: "Diseño de procedimientos de gestión de conflictos sustentados en las tecnologías de blockchain", *Revista IUS ET VERITAS*, 64, julio, pp. 228-249.

- MURPHY, David G. y Selvadurai, Nayomi, 2024: "Building the blocks: Developing an effective regulatory framework for the attribution of liability in distributed ledger technology", *ANU Journal of Law and Technology*, 5(1), pp. 6-51.
- NGUYEN, Tri, 2021: "The Hardship Clause as a Solution for the Risk of Frustrated Contract in Viet Nam", *VNU Journal of Science: Legal Studies*, 37(2), pp. 49-61.
- OPPETIT, Bruno, 1974: "L'adaptation des contrats internationaux aux changements de circonstances: la clause de 'Hardship'", *Journal du Droit International (Paris)*, 1, pp. 794-814.
- ORTOLANI, Pietro, 2019: "The impact of blockchain technologies and smart contracts on dispute resolution: arbitration and court litigation at the crossroads", *Uniform Law Review*, 24(2), pp. 430-448.
- PÁZAITIS, Alex y Kostakis, Vasilis, 2018: "Network sovereignty and blockchain-based democracy in Estonia", *Journal of Peer Production*, 11(1), pp. 1-20.
- SEJKO, Dren, 2024: "Bridging the digital divide: A proposed integrated dispute resolution model for Virtual Assets", SSRN. <https://doi.org/10.2139/ssrn.4851644>
- SEMENZIN, Elena, Rozas, David y Hassan, Samer, 2022: "Blockchain in public sector: Evaluating Estonia's e-governance model", *Government Information Quarterly*, 39(4), 101740. <https://doi.org/10.1016/j.giq.2022.101740>
- SHELDON, Robert, 2021: "Auditing the blockchain oracle problem", *Current Issues in Auditing*, 15(2), pp. 27-37.
- SIEGEL, David, 2016: "Understanding the DAO attack", *CoinDesk*, 25 de junio. Disponible en: <https://www.coindesk.com/learn/understanding-the-dao-attack/>
- SINGH, Amarjeet, Parizi, Reza M., Zhang, Qiang, Choo, Kim-Kwang R. y Dehghanianha, Ali, 2020: "Blockchain smart contracts formalization: Approaches and challenges to address vulnerabilities", *Computers & Security*, 88, 101654.
- SKLAROFF, Joshua M., 2018: "Smart contracts and the cost of inflexibility", *Penn Carey Law: Legal Scholarship Repository*.
- SÜSS, Vanessa y Franczyk, Bogdan, 2021: "A systematic literature review on blockchain oracles", *MonAMI*, HS Mittweida. <https://monami.hs-mittweida.de/files/14641/14641.pdf>
- TAUB, Daniel, 2017: "Uniform Law Commission Addresses Virtual Currency Regulation", *Uniform Law Commission*, 21 de noviembre.
- TJONG TJIN TAI, Eric, 2018: "Force majeure and excuses in smart contracts", en: SCHOLTEN, Mihaela A. (ed.), *The Cambridge Handbook of Smart Contracts, Blockchain Technology and Digital Platforms*, Cambridge University Press, pp. 80-101.
- ULLMANN, Howard, 1988: "Droit et pratique des clauses de 'Hardship' dans le système juridique américain", *Revue de Droit des Affaires Internationales*, 7, pp. 889-904.
- UNCTAD, 2023: *Global report on blockchain and its implications on trade facilitation performance*, UNCTAD/TCS/DTL/INF/2023/1, United Nations Conference on Trade and Development. https://unctad.org/system/files/official-document/tcsdtlinf2023d1_en.pdf
- UNIDROIT, 2016: *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales de 2016*. Disponible en: <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>
- UNIDROIT, 2020: *Nota del Secretariado UNIDROIT sobre los Principios UNIDROIT de Contratos Comerciales Internacionales y la crisis sanitaria de COVID-19*, Secretariado UNIDROIT.
- UNIFORM LAW COMMISSION, 2021: *Drafting Committee on Distributed Ledger Technology: Model blockchain legislation*, Uniform Law Commission.
- VOINEA, Adriana, 2018: "The role of blockchain technology in ensuring correspondence confidentiality through pseudonymization", *RAIS Education*, pp. 67-69. <https://rais.education/>

-
- WILLIAMSON, Oliver E., 2021: "Transaction cost economics: The governance of contractual relations", *Journal of Law, Economics, & Organization*, 37(1), pp. 1-20.
- WRIGHT, Aaron y De Filippi, Primavera, 2015: "Decentralized blockchain technology and the rise of lex cryptographica", *SSRN Electronic Journal*. <https://doi.org/10.2139/ssrn.2580664>
- ZAFAR, Adeel, 2025: "Reconciling blockchain technology and data protection laws: regulatory challenges, technical solutions, and practical pathways", *Journal of Cybersecurity*, 11(1), tyaf002. <https://doi.org/10.1093/cybsec/tyaf002>

La teoría de los actos propios en el derecho privado chileno y español. Algunas consideraciones dogmáticas y comparativas

Andrés Peña Adasme*

Resumen

El trabajo presenta algunas consideraciones comparativas de la teoría de los actos propios en el Derecho privado chileno y español. Se compara su origen histórico, su desarrollo dogmático, así como su aplicación práctica. Se logra constatar que en ambos países se ha arribado a una situación bastante similar derivada de sus problemas de aplicación. En relación con estos, se llama la atención acerca de dos criterios que deben guiar la aplicación de la teoría del acto propio: el carácter residual y su excepcionalidad.

Teoría de los actos propios; buena fe; expectativas legítimas

The doctrine of estoppel by conduct in Chilean and Spanish private Law. Some dogmatic and comparative considerations

ABSTRACT

This paper offers a comparative analysis of the doctrine of estoppel by conduct—commonly referred to as the theory of one's own acts—in Chilean and Spanish private law. It examines the historical origins, dogmatic evolution, and practical application of the doctrine in both jurisdictions. The study observes that, despite their distinct legal traditions, both countries have arrived at a broadly similar doctrinal position, largely shaped by the practical difficulties associated with its application. In addressing these difficulties, the paper highlights two guiding principles that should inform the doctrine's use: its residual character and its exceptional nature.

Estoppel by conduct; estoppel; good faith; legitimate expectations

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile. Magíster y Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Profesor adjunto de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-7307-6990>. Correo electrónico: andres.pena@uv.cl

Este trabajo forma parte y es un resultado del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230881 “Acuerdos en el desacuerdo. Fundamentos, posibilidades y límites de los acuerdos procesales en el proceso civil chileno” (2023-2024), donde el autor es investigador responsable. Se agradece la esmerada revisión y valiosos comentarios de los evaluadores.

Artículo recibido el 30.1.2025 y aceptado para su publicación el 24.6.2025.

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se compara la teoría de los actos propios en el Derecho privado chileno y español. La elección de España como referente de comparación no es arbitraria, pues como se explicará, la utilización de esta teoría en Chile tuvo su origen en la doctrina española, fundamentalmente en la monografía de Díez-Picazo¹.

El estudio de esta institución es relevante, desde un punto de vista teórico y práctico por varias razones. En primer lugar, se trata de una institución jurídica que durante muchos años no estuvo regulada expresamente en Chile. En segundo lugar, se trata de una regla vaga e indeterminada. Como solo recientemente se ha consagrado de forma expresa, pero en términos muy vagos, sus condiciones de aplicación y sus límites han sido elaborados fundamentalmente por la doctrina y la jurisprudencia. Por último, se trata de una regla que es constantemente invocada por los tribunales para fundamentar sus decisiones. Sin embargo, durante los últimos años la aplicación jurisprudencial de esta teoría ha sido fuertemente criticada por la doctrina nacional. El objetivo de nuestro análisis comparativo es alcanzar una mayor reflexión y comprensión de esta institución y, de esta manera, contribuir a una más correcta y justa aplicación de esta regla en el sistema civil chileno.

Para estos efectos utilizaremos como metodología el método dogmático y comparado. Específicamente, revisaremos y analizaremos críticamente la doctrina española y chilena respecto de esta materia. Compararemos las soluciones jurídicas existentes en ambos sistemas desde un punto de vista funcional y así como su aplicación jurisprudencial.

Nuestra hipótesis es que la correcta comprensión de la teoría de los actos propios, así como los problemas y dificultades que esta genera, exige concluir que esta se debe aplicar de manera residual y excepcional.

Para estos efectos, a continuación (II) explicaremos el nacimiento y desarrollo de la teoría de los actos propios en España; (III) expondremos la recepción y el estado actual de la teoría de los actos propios en Chile; (IV) luego presentaremos algunas consideraciones comparativas de la institución de la teoría de los actos propios en ambos países; (V) a continuación nos detendremos y resaltaremos el carácter residual y excepcional de esta teoría; (VI) y por último, formularemos algunas conclusiones.

¹ DÍEZ-PICAZO, 1963.

II. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN ESPAÑA: UNA REGLA ANTIGUA Y CONOCIDA

1. *Origen histórico de la doctrina de los actos propios*

Aunque tiene antecedentes en el Derecho romano, la regla que prohíbe ir en contra de los actos propios surge como tal y con cierto grado de generalidad en la Edad Media².

En el Derecho romano existieron algunas reglas que para ciertos casos prohibían o no reconocían ciertos actos que contrariaban la conducta anterior del mismo sujeto. Sin embargo, se trataba de reglas aisladas para casos muy específicos, sin que existiera una regla general³.

En cambio, es en la Edad Media cuando surge la regla que prohíbe ir contra los actos propios bajo la forma de brocado. La regla surge gracias al trabajo de los glosadores de la Escuela de Boloña quienes trabajando sobre el *Corpus Iuris Civilis* y a partir de diferentes casos particulares construyeron, con algún grado de generalidad, brocados que expresaban una prohibición de ir en contra de o desconocer una conducta anterior⁴. La elaboración de la expresión *venire contra factum proprium non valet*, que hoy es la más conocida, surgiría en la escuela del Derecho natural racionalista y se atribuye a Filippo Decio⁵.

Posteriormente, aunque diversos códigos civiles sí regularon algunas situaciones particulares en las que se puede observar esta prohibición, no se reguló como norma o principio general⁶. Sin embargo, la prohibición sobreviviría y resurgiría nuevamente en varios países del sistema europeo continental⁷, ya sea por obra de la doctrina o, como en el caso español, de la jurisprudencia.

2. *La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia española*

En España, la doctrina de los actos propios en materia civil es bastante antigua. La primera sentencia conocida es de 1864. Desde esa fecha son innumerables las sentencias que comienzan a utilizar esta doctrina⁸. Sin embargo, esta aplicación de la doctrina de los actos propios por los tribunales españoles, principalmente por el Tribunal Supremo, fue bastante imprecisa y sin mayor claridad respecto de sus límites. En este sentido, Díez-Picazo sostiene que:

² Cfr. DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 21 y 22, 45; en Chile, CORRAL, 2010b, pp. 20-25; en Argentina, BORDA, 1993, pp. 13, 19 y 20; en Colombia, JARAMILLO, 2014, pp. 142 y 143, 157-159.

³ Algunos de estos casos son explicados en: DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 22-42; BORDA, 1993, pp. 13-19.

⁴ Cfr. DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 43 y ss.; CORRAL, 2010b, pp. 23-26.

⁵ CORRAL, 2010b, p. 27.

⁶ CORRAL, 2010b, p. 28.

⁷ CORRAL, 2010b, pp. 28-33.

⁸ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 13, 102 y 103.

“Probablemente ningún otro aforismo como este, … habrá sido tan reiteradamente utilizado como argumento decisivo en los debates forenses sobre las más diversas cuestiones y tan reiteradamente recogido en las decisiones de los Tribunales. Y, sin embargo, si somos sinceros, tendremos que confesar que pocas reglas de derecho poseen una vaguedad y una falta de concreción tan grandes (sic), hasta el punto de que es posible decir que su aplicación o inaplicación se fundan, la mayor parte de las veces, en convicciones intuitivamente formadas. Esta vaguedad y esta falta de concreción conducen, inevitablemente, a la confusión y a la inseguridad. La confusión viene, por lo pronto, de una falta de clara delimitación… Por su misma formulación, tan abstracta y general, la regla de que nadie puede ir contra sus propios actos, es susceptible de ser aplicada a las más extrañas y contrapuestas hipótesis. No se conocen sus límites, sus presupuestos, su fundamento, su finalidad”⁹.

Originalmente la regla no se encontraba regulada expresamente en la legislación española. Sin embargo, se entendió que se desprendía del principio general de buena fe al que hace referencia el artículo 1258 del Código Civil español¹⁰.

3. *El cambio de rumbo: Díez-Picazo y su monografía acerca de los actos propios*

En 1963 Luis Díez-Picazo publica en Barcelona la monografía titulada: *La doctrina de los actos propios. Un estudio Crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*. Esta obra se convirtió en el referente obligado concerniente a la materia tanto en el Derecho español como en otros países de Latinoamérica. Unos años antes José Puig Brutau también había publicado una obra sobre la materia¹¹, sin embargo, no tuvo la relevancia de la obra de Díez-Picazo. Esta fue la primera monografía que estudió los actos propios de forma completa y sistemática¹². Además, constituyó una crítica a las sentencias del Tribunal Supremo español y un intento de configuración, delimitación de los contornos y límites de esta figura.

Con esta obra el autor logró poner orden y sistema donde existía total confusión. Definió el fundamento de la regla, su naturaleza, sus requisitos de aplicación y sus consecuencias jurídicas. En términos simples, Díez-Picazo entiende que la doctrina de los actos propios es una regla jurídica cuyo fundamento es el principio general del Derecho de la buena fe¹³ y que protege la confianza legítima que las conductas pueden producir en terceros¹⁴. De acuerdo con el autor, la regla se aplica cuando (1) ha existido una conducta relevante y eficaz de un sujeto; (2) existe un intento de ejercer una pretensión posterior; (3) existe una contradicción entre esta pretensión y la primera conducta; (4)

⁹ DÍEZ-PICAZO, 1963, p. 13.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, 1963, p. 141.

¹¹ PUIG, 1951.

¹² En este mismo sentido CARRETTA, 2012, pp. 71-73.

¹³ Art. 7.1 del Código Civil español.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 125 y ss.

además, es necesario a lo menos dos sujetos¹⁵. La consecuencia jurídica sería la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria¹⁶. Por último, el autor delimita la figura de otras instituciones, concluyendo que esta teoría, por su vaguedad e indeterminación, no debe invocarse cuando exista una norma expresamente aplicable, es decir, tiene una aplicación residual¹⁷.

4. *La teoría de los actos posterior a Díez-Picazo*

Tanto fue el éxito de la monografía de Díez-Picazo que durante mucho tiempo no se volvió a publicar en España otra acerca del mismo tema¹⁸. Así lo reconoce el autor en una versión puesta al día publicada recientemente¹⁹. Además, las posteriores obras publicadas concernientes a la institución son tributarias de su monografía y la tomaron como referencia²⁰.

Esta situación no cambió cuando los actos propios pasaron a ser norma expresa. En efecto, el 30 de enero de 1991 España adhirió a la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías de 1980²¹, la que en su artículo 29 hace expresa mención a los “actos propios” como límite a la exigencia de escrituración para la modificación o resciliación contractual²².

5. *La aplicación jurisprudencial generalizada de la doctrina de los actos propios según Díez-Picazo y las críticas doctrinarias a su errónea utilización*

Los postulados de Díez-Picazo han sido seguidos por la jurisprudencia española en cuyas sentencias se puede observar claramente su influencia. Como muestra se pueden encontrar sentencias que exigen los mismos requisitos indicados por el autor en su

¹⁵ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 193 y ss.

¹⁶ Se debe advertir que no se utiliza en sentido técnico procesal, es decir, como un mecanismo de control de los actos de parte por el cual el juez impide que estos se incorporen al proceso, normal, aunque no exclusivamente, por errores procesales. Véase GORIGOITÍA, 2015, pp. 198-213; CARRASCO, 2018, pp. 497-552. Díez-Picazo se refiere a la “inadmisibilidad de la pretensión contradictoria” en el sentido de que, fuera del proceso, esta no es atendible, y la contraparte contra quien se hace valer puede legítimamente desatenderla. Dentro del proceso, implica que la pretensión contradictoria debe ser desestimada por el juez en la sentencia que resuelva sobre el fondo del asunto. Véase, DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 254 y ss.

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 144-182, en especial pp. 155, 213.

¹⁸ ROGEL 2005, p. 211.

¹⁹ DÍEZ-PICAZO, 2014, p. 71 y ss. El autor enumera solo obras publicadas fuera de España. Dentro de España, solo se refiere a la tesis doctoral de Carlos Jaramillo, la que recientemente ha sido publicada como libro: JARAMILLO, 2014. También: TUR FAÚNDEZ, 2011.

²⁰ DÍEZ-PICAZO, 2014, p. 71. Así, por ejemplo, LÓPEZ; ROGEL, 2005; BORDA, 1993.

²¹ BOE, núm. 26, de 30/01/1991.

²² Los textos que hemos podido consultar solo se limitan a explicar al artículo 29 que hace referencia a los “actos propios”, o solo mencionan la regla *venire contra factum proprium*, pero sin profundizar en esta institución. Por ejemplo, VÁZQUEZ, 2000, p. 150; SAN JUAN, 2003, pp. 223 y ss.

obra²³o que identifican a la buena fe o la protección de la confianza legítima como su fundamento²⁴, etcétera.

Por ejemplo, se puede mencionar un caso de un contrato de compraventa de un terreno donde se pactó como cláusula resolutoria expresa que si no se obtenía un permiso administrativo en un determinado plazo la SA compradora estaría facultada para pedir la resolución del contrato, y la restitución de los valores pagados. En este caso, el Tribunal Supremo rechazó el recurso de casación de la parte compradora demandante aplicando correctamente la teoría de los actos propios, pues entendió que como la SA compradora no reclamó la resolución pactada en su momento (por no obtención del permiso administrativo), no respondió al requerimiento de los compradores cuando se obtuvo el permiso respectivo, y reclamó en un primer proceso la resolución por otro incumplimiento, estaría contrariando su propios actos al pretender demandar nuevamente ahora la resolución del contrato fundado en la condición resolutoria originalmente pactada.

Otro caso que se puede mencionar consistió en que el Tribunal Supremo rechazó la aplicación de la teoría de los actos propios, fundado en el efecto vinculante de los acuerdos de los propietarios en materia de propiedad horizontal²⁵. Si el fundamento de la decisión es el efecto vinculante de los acuerdos adoptados por los copropietarios en las instancias reguladas por la legislación sobre propiedad horizontal, invocar los propios actos resulta innecesario, pues el rechazo de la conducta contradictoria deriva de la fuerza vinculante que la ley atribuye a dichos acuerdos.

Sin embargo, también es posible observar varias sentencias que se alejan de los postulados de Díez-Picazo o que aplican incorrectamente la doctrina de los actos propios, lo que ha generado muchas críticas doctrinarias. Se trata de casos en que se exigen requisitos de alguna manera cercanos o análogos, pero diferentes a los propuestos por el autor, o bien, casos que se pueden resolver por aplicación de otras normas o instituciones expresamente consagradas en materia civil²⁶, como, por ejemplo, las declaraciones unilaterales de voluntad y otras manifestaciones de voluntad en el ámbito contractual²⁷.

Así, por ejemplo, hay sentencias que exigen, entre otros requisitos, que el acto sea concluyente e indubitable, por ser expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto²⁸.

²³ Por ejemplo, STS, sección primera, de 27.2.2014, N° 76/2014; STS, sección primera, de 20.3.2012, N° 169/2012.

²⁴ STS, sección primera, de 31.1.2012, N° 29/2012; STS, sección primera, de 9.3.2012, N° 147/2012; STS, sección primera, de 20.6.2012, N° 390/2012; STS, sección primera, de 27.2.2014, N° 76/2014; STS, sección primera, de 5.2.2018, N° 63/2018.

²⁵ STS, sección primera, de 13.7.2012, N° 448/2012.

²⁶ ROGEL, 2005, pp. 211 y ss.

²⁷ DÍEZ-PICAZO, 2014, pp. 78-81

²⁸ STS, sección primera, de 12.5.2009, N° 356/2009; STS, sección primera, de 7.5.2010, N° 295/2010; STS, sección primera, de 13.7.2012, N° 448/2012; STS, sección primera, de 6.2.2014, N° 50/2014.

Un caso evidente de aplicación innecesaria de esta teoría consistió en que fue invocada para rechazar el recurso de casación respecto de dos codemandados, pues la sentencia recurrida acogió una petición subsidiaria a la que los mismos se habían allanado en su contestación. Como se observa, la invocación de los actos propios resulta impertinente, pues bastaba fundar el rechazo en la ausencia de agravio de los recurrentes, presupuesto ineludible en materia recursiva²⁹.

Como el propio Díez-Picazo reconoce, existe una línea jurisprudencial que define o identifica los actos propios con declaraciones expresas o tácitas de voluntad a los que el ordenamiento les reconoce el efecto de crear, modificar o extinguir situaciones jurídicas³⁰. Por ejemplo, las sentencias señalan que se trata de “un acto que cause estado definiendo inalterablemente la situación jurídica de su autor, o que vaya encaminado a crear, modificar o extinguir algún derecho opuesto a sí mismo”³¹. O bien, que “el acto sea concluyente e indubitado, constitutivo de la expresión de un consentimiento dirigido a crear, modificar y extinguir algún derecho generando una situación desacorde con la posterior conducta del sujeto”³².

En estos casos la invocación de la teoría de los actos propios resulta superflua e innecesaria si es la propia ley la que le atribuye efectos a esos actos. Por el contrario, es precisamente cuando la ley no atribuye un efecto vinculante a una conducta cuando puede resultar necesario y justo rechazar la conducta contradictoria. Como explicaremos al final de este trabajo, es en las fronteras o límites del universo de conductas posibles y donde la norma legal expresa no alcanza a llegar donde puede tener alguna justificación la aplicación de esta teoría de los actos propios.

III. LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS EN CHILE: UNA INSTITUCIÓN RECENTE

1. *La incorporación o recepción de la doctrina de los actos propios*

Originalmente la prohibición de ir contra los actos propios no estaba regulada expresamente en Chile. La incorporación de esta regla en nuestro sistema se produjo por obra de la doctrina civilista. Los primeros trabajos fueron publicados tras la segunda

²⁹ STS, 22.1.1996. Comentada en ÁLVAREZ, 1996, pp. 17-36.

³⁰ DÍEZ-PICAZO, 1984, pp. 1855-1860. STS, sección civil, de 21.3.1985; STS, sala de lo civil, de 15.1.2012, N° 827/2012; STS, sección primera, de 31.1.2012, N° 29/2012; STS, sección primera, de 7.5.2010, N° 295/2010; STS, sección primera, de 27.6.2012, N° 429/2012. LLEDÓ, 1991, pp. 1017-1027.

³¹ STS, sección civil, de 18.1.1990).

³² STS, sección primera, de 6.2.2014, N° 50/2014.

mitad de década de los ochenta recién pasada, por López Santa María³³, Ekdahl Escobar³⁴, Fueyo Laneri³⁵ y Pardo de Carvallo³⁶.

Con estos trabajos comienza lo que podríamos llamar la *etapa de incorporación o recepción* de la doctrina de los actos propios en nuestro sistema jurídico. Desde este momento los tribunales comienzan a aplicar a los asuntos civiles una regla que hasta entonces no se utilizaba³⁷.

2. *Fundamentos, requisitos y efectos de la doctrina de los actos propios*

Los trabajos mencionados anteriormente contribuyen a configurar en Chile los contornos de la teoría de los actos, su fundamento, sus hipótesis de aplicación y sus efectos. Estos elementos fueron tomados fundamentalmente de la monografía de Díez-Picazo³⁸, que fue el referente obligado acerca de la materia en España y en otros países de Latinoamérica³⁹. A su vez, algunos elementos de esta teoría fueron recogidos y utilizados en algunas jurisprudencias de los tribunales superiores⁴⁰.

Nuestra doctrina sostiene que: “La doctrina de los actos propios es un principio general de derecho, fundado en la buena fe, que impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño contingente”⁴¹. “La regla que normalmente se expresa diciendo que nadie puede venir contra sus propios actos, ha de interpretarse en el sentido de que toda pretensión, formulada dentro de una situación litigiosa, por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión, debe ser desestimada”⁴².

Asimismo, se sostiene que el fundamento de la doctrina de los actos propios es la buena fe. Si bien esta no se encuentra consagrada como principio general, a partir del art. 1546 del Código Civil que establece la buena fe objetiva en materia contractual se entiende que esta opera en todo el ordenamiento jurídico como principio general del Derecho⁴³.

³³ LÓPEZ, 1985, pp. 33-52.

³⁴ EKDAHL, 1989.

³⁵ FUEYO, 1990, pp. 303- 357.

³⁶ PARDO, 1991-1992, Chile, pp. 49-69.

³⁷ Romero señala algunas sentencias anteriores, en el ámbito procesal, que invocan argumentos similares. Cfr. ROMERO, 2003, pp. 170, cita 5.

³⁸ DÍEZ-PICAZO, 1963.

³⁹ Por ejemplo, LÓPEZ, 2005, pp. 1-201; BORDA, 1993; JARAMILLO, 2014.

⁴⁰ Para referencias jurisprudenciales véase ROMERO, 2003, pp. 168-172; ROMERO, 2010 pp. 69-79.

⁴¹ FUEYO, 1990, p. 310.

⁴² LÓPEZ, 1985, p. 48. La cita es de DÍEZ-PICAZO, 1963, p. 193.

⁴³ LÓPEZ, 1985, p. 162; PARDO, 1991-1992, p. 55. Por ejemplo, C. Ap. de Santiago, 19.7.1993 y C. Ap. de Valparaíso, 6.1.1995 ambas referidas en: CONTARDO, 2010 p. 83, cita 8; BOETSCH, 2011, pp. 52 y ss.; C. Suprema, 9.5.2001, referida en: ROMERO, 2003, p. 170.

En cuanto a los presupuestos de aplicación, la doctrina es bastante uniforme. Para Ekdahl Escobar, los presupuestos son: (1) la conducta vinculante; (b) la pretensión contradictoria; (3) el perjuicio de terceros y (4) la identidad de las partes⁴⁴. Por su parte, Fueyo identifica como presupuestos: (1) una conducta anterior relevante y eficaz, (2) el ejercicio de un derecho que produce una situación de contradicción, (3) una pretensión que afecta o daña a terceros, e (4) identidad de sujetos⁴⁵.

Según la Corte Suprema los requisitos son tres: (1) una conducta anterior, que revela una determinada posición jurídica de parte de la persona a quien se le trata de aplicar este principio; (2) una conducta posterior de parte del mismo sujeto, contradictoria con la anterior; y (3) que el derecho o pretensión que hace valer la persona a quien incide el actor perjudique a la contraparte jurídica⁴⁶.

Por último, la doctrina entiende que la consecuencia jurídica que produce el incumplimiento de esta prohibición es la inadmisibilidad de la pretensión contraria, pero no entendida en un sentido técnico procesal⁴⁷, sino que implica una desestimación de la demanda o un rechazo de la excepción⁴⁸.

Al igual que España, los actos propios tuvieron consagración normativa cuando comenzó a regir en Chile la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de compraventa internacional de mercaderías en 1990⁴⁹. Sin embargo, esto pasó inadvertido, pues los trabajos referentes al tema publicados con posterioridad no suelen mencionarlo⁵⁰.

3. *Aplicación generalizada de la teoría de los actos propios y la crítica de la doctrina*

Concluido el periodo de *recepción o incorporación* de la doctrina del acto propio, desde comienzos del siglo XXI es posible observar una aplicación cada vez más generalizada de esta doctrina en la solución de asuntos civiles⁵¹. También ha sido utilizada en conflictos de familia⁵² y laborales⁵³.

⁴⁴ EKDAHL, 1989, pp. 38 y 39.

⁴⁵ FUEYO, 1990, pp. 313-314.

⁴⁶ Sentencia de Corte Suprema, Sociedad Deportiva Palestina S.A. con Municipalidad de Las Condes, de 5.10.2006, rol N° 1696-2005; Corte Suprema, 9.5.2001, referida en: ROMERO, 2003, p. 170.

⁴⁷ Véase GORIGORTÍA, 2015, pp. 198-213; CARRASCO, 2018, pp. 497-552.

⁴⁸ LÓPEZ, 1985, p. 161; PARDO, 1991-1992, p. 61. Por ejemplo, Corte Suprema, 9.5.2001, referida en: ROMERO, 2003, p. 170.

⁴⁹ Convención de las Naciones Unidas referente a los contratos de compraventa internacional de mercaderías, 3 de octubre de 1990.

⁵⁰ Excepcionalmente, MOMBERG; SEVERÍN, 2023, pp. 68 y ss.

⁵¹ ILLANES, 2010 pp. 57 y ss.; CONTARDO, 2010, pp. 81 y ss.; CÉSPEDES, 2011, pp. 199-209; ROMERO, 2013, pp. 73 y ss.; MORALES, 2014, pp. 247-251.

⁵² CORRAL, 2010a, pp. 103-139.

⁵³ CAMAÑO, 2009, pp. 261-280; GANDULFO, 2012, pp. 1-24.

Un caso interesante de correcta aplicación de la teoría fue resuelto en el 2009 por la Corte Suprema⁵⁴. Los hechos fueron los siguientes: en 1995 un padre compró a su hijo un inmueble en tres millones quinientos mil pesos (\$3.500.000). Este valor era menos de la mitad del avalúo fiscal, el que a su vez era cercano a la mitad del valor comercial del inmueble. Ninguna de las partes de la compraventa impugnó el acto. Seis años después, en 2001, el padre vendió al hijo el mismo inmueble en cuatro millones de pesos (\$4.000.000). La relación de este precio con el avalúo fiscal y el valor comercial eran similares a las existentes seis años antes. Sin embargo, un año después de la segunda compraventa el padre vendedor demandó en juicio ordinario al hijo comprador pidiendo la rescisión de la compraventa alegando la existencia de lesión enorme. Las sentencias de segunda instancia y casación se fundaron en la teoría de los actos propios. Pues cuando el padre formuló la pretensión de rescisión por lesión enorme estaba contrariando sus propios actos, ya que pretendía dejar sin efecto una compraventa en atención a la desproporción del precio recibido, en circunstancias que seis años antes había comprado el mismo inmueble a la misma persona en similares términos y en ese momento no formuló reparo alguno. En este sentido se entendió que en el hijo (ahora comprador) se había formado la confianza legítima que la contraparte aceptaba esta desproporción en el precio y que no impugnaría la venta⁵⁵.

Sin embargo, esta mayor utilización de la teoría de los actos propios dejó en evidencia los problemas que esta plantea para su correcta aplicación derivados de su vaguedad y falta de contornos precisos. Nuestros tribunales superiores han utilizado la regla que prohíbe ir en contra de los actos propios en forma poco rigurosa, sin mayores fundamentos, confundiéndola con otras instituciones, sin claridad de las condiciones de aplicación⁵⁶, cuando resulta innecesaria por existir otras normas que regulen expresamente el caso⁵⁷, afectando otras normas y principios relevantes⁵⁸, extendiéndose a otros ámbitos del derecho privado e incluso en materia procesal. De esta manera, transitamos a lo que podríamos denominar la etapa de *aplicación expansiva*⁵⁹ y *problemática* de la teoría del acto propio.

⁵⁴ Sentencia de Corte Suprema, Melo Soto con Melo Abarzúa, de 13.12.2010, rol N° 3.602-2009.

⁵⁵ Véase PADILLA, 2013, p. 167.

⁵⁶ Algunas sentencias no mencionan los fundamentos de esta teoría o no comprueban la concurrencia de sus condiciones de aplicación. Asimismo, de algunas sentencias se desprende que la sola contradicción en la conducta o la contradicción con perjuicio a terceros es razón suficiente para entenderla atentatoria a la buena fe y rechazar la conducta contraria a los actos anteriores. Véase, por ejemplo, sentencia de Corte Suprema, Gres con Campos del Norte S. A., de 27.12.2006, rol N° 3437-2004; Sentencia de Corte Suprema, Inmobiliaria Alameda de Antofagasta con Vergara, de 30.5.2007, rol N° 4689-2005; Sentencia de Corte Suprema, De Caso Orrego con Bofill del Caso, de 13.9.2007, rol N° 3169-2005; Sentencia de Corte Suprema, Banco del Desarrollo con Vilas Méndez, de 9.10.2007, rol N° 2263-2006; Sentencia de Corte Suprema, E.M. Producciones Limitada con Red de Televisión Chilevisión S.A., de 22.6.2011, rol N° 9430-2009.

⁵⁷ Por ejemplo, en sentencia de Corte Suprema, Alarcón Pérez con Sidler Casas, de 7.3.2007, rol N° 127-2005, bastaba solamente el efecto obligatorio de la transacción.

⁵⁸ Algunos casos cuestionables de aplicación de la regla pueden verse en ROMERO, 2003, pp. 167-172; LYON, 2010 pp. 59 y ss.; FUEYO, 1990, pp. 320-327.

⁵⁹ Utilizando la expresión “teoría expansiva del acto propio”, véase GANDULFO, 2005, p. 364.

Así, por ejemplo, durante el primer lustro del siglo XXI, la cuarta sala de la Corte Suprema mantuvo una jurisprudencia⁶⁰ que rechazaba demandas laborales en que solicitaba que se calificara como relación laboral a relaciones jurídicas que fueron contratadas por escrito bajo el calificativo de arrendamiento de servicios inmateriales. En estos casos, la Corte desconocía el vínculo de subordinación y dependencia bajo el argumento de que alegar la existencia de una relación laboral era contrario a los actos de los trabajadores demandantes que habían calificado jurídicamente en forma diferente la relación jurídica. Como se puede apreciar, el derecho laboral protege a los trabajadores y busca el cumplimiento de la normativa laboral dándole primacía a la realidad y a la existencia de un vínculo de subordinación. Todo esto era olvidado y desconocido por esta línea jurisprudencial⁶¹.

Un ejemplo de incorrecta aplicación de la teoría del acto propio en el ámbito civil lo revela una sentencia de la Corte Suprema del 2011⁶² que rechazó el recurso de casación en el fondo que mantuvo el rechazo de una demanda de nulidad por falta de consentimiento de dos contratos celebrados entre dos sociedades donde el demandante era socio. La Corte Suprema entendió que al haber celebrado los referidos contratos el demandante estaba en conocimiento del vicio y que, al dar cumplimiento durante años a los mismos, estaba contrariando sus propios actos al formular la pretensión de nulidad. En este caso, como acertadamente lo explica la doctrina, la alegación de los actos propios era innecesaria, pues para rechazar la pretensión de nulidad bastaba invocar el artículo 1683 del Código Civil que impide alegar la nulidad al que ha ejecutado el acto o celebrado el contrato, sabiendo o debiendo saber el vicio que lo invalidaba⁶³.

Por último, también es posible identificar casos de incorrecta aplicación de la teoría de los actos propios en relación con instituciones procesales. Así ocurrió, por ejemplo, con la sentencia de 27 de abril de 2004 dictada por la Corte de Apelaciones de La Serena. En este caso, el Banco demandado alegó la nulidad de la notificación de la demanda y su resolución. Este incidente fue acogido por el tribunal de primer grado el que además ordenó que se notificara al banco mediante exhorto. El demandante reclamó contra esta resolución alegando que, de acuerdo con la notificación ficta del art. 55 inc. 2 del Código de Procedimiento Civil, el banco demandado debía entenderse notificado de la demanda y su resolución con la notificación por el estado diario de la resolución que decreta la nulidad de la notificación original. Este argumento fue desechado por el tribunal inferior. Sin embargo, el demandante no recurrió de esta resolución y procedió a notificar.

⁶⁰ Por ejemplo, Sentencia de Corte Suprema, Alcayaga Sasso con Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión, de 25.10.2006, rol N° 771-2005; Sentencia de Corte Suprema, Isella Ferlini con Canal 13, de 20.12.2006, rol N° 2450-2005. Véase LÓPEZ, 2016, pp. 552 y ss.; CAMAÑO, 2009, pp. 261-280.

⁶¹ Criticando esta aplicación de la teoría de los actos propios en materia laboral véase CAMAÑO, 2009, pp. 261-280; GANDULFO, 2012, pp. 1-24. A favor de la aplicabilidad restringida de la teoría del acto propio en materia laboral LÓPEZ, 2016, pp. 561 y ss.

⁶² Sentencia de Corte Suprema, Cremaschi Rubio con Esso Chile Petrolera Ltda., de 19.4.2011, rol N° 8332-2009.

⁶³ PADILLA, 2013, p. 160.

Al terminar el proceso el demandante apeló la sentencia definitiva y volvió a esgrimir este argumento. En la sentencia de segunda instancia la Corte rechazó la apelación por otras razones de fondo (prescripción). Pero, además, se rechazó la alegación referente a la aplicación de la notificación ficta del art. 55 inc. 2 del CPC considerando que como el demandante no había recurrido contra la resolución del tribunal de base que rechazaba esta cuestión y procedió a notificar por exhorto al banco demandado, alegarla después en la apelación sería contrario a los actos propios, es decir, “un acto o conducta del apelante que va contra sus comportamientos pretéritos”⁶⁴.

Como se puede apreciar, aunque la Corte invoca la teoría de los actos propios de forma concurrente o secundaria, lo cierto es que esta fundamentación es incorrecta. La alegación del apelante no se debía rechazar por afectar una expectativa legítima creada por su conducta anterior, sino que por aplicación de la institución de la preclusión. Al no recurrir contra la resolución del tribunal de primer grado, la cuestión referida a la aplicabilidad de la notificación ficta del art. 55 inc. 2 CPC se vuelve inamovible e indiscutible, pues ha precluido para el demandante la posibilidad de reclamarla con posterioridad.

Esta aplicación desmesurada y poco rigurosa de la teoría de los actos propios produjo como consecuencia una reacción de la doctrina que comenzó, desde diversas áreas, a criticar las sentencias de los tribunales⁶⁵. Desde este momento se comenzaron a publicar varios trabajos de investigación destinados a contribuir a la mejor comprensión y delimitación de la figura⁶⁶.

Así, por ejemplo, se comienza a comprender acertadamente que el fundamento de la teoría del acto propio no solamente es la buena fe, sino que el valor protegido consiste en la confianza o las expectativas legítimas que la conducta de un sujeto ha provocado en un tercero⁶⁷. Se entiende que esta doctrina se inserta en la teoría del ejercicio abusivo de los derechos⁶⁸. Se denuncia que la jurisprudencia aplicaría la doctrina del acto propio sin señalar sus condiciones de aplicación⁶⁹. Se concluye que la consecuencia de la contradicción no es la inadmisibilidad de la pretensión contradictoria en sentido técnico procesal⁷⁰, sino el rechazo o desestimación de la pretensión por afectar a la *causa petendi* de la acción⁷¹.

⁶⁴ Sentencia de Corte de Apelaciones de La Serena, Lizana Pérez y otro con Banco del Estado de Chile, de 27.4.2004, rol N° 29.688-2003.

⁶⁵ Las principales críticas: GANDULFO, 2005, pp. 363-374; GANDULFO, 2012, pp. 1-24; PADILLA, 2013, pp. 135-186; CAMAÑO, 2009, pp. 261-280; MORALES, 2014, p. 251; CARRETTA, 2012, pp. 80 y ss.

⁶⁶ Por ejemplo, CORRAL, 2010c.

⁶⁷ GANDULFO, 2005, pp. 365-368; GANDULFO, 2012, pp. 8 y ss.; PADILLA, 2013, pp. 138-144; BARROS, 2006, p. 637; MOMBERG; SEVERÍN, 2023, pp. 68 y 71. Sentencia de Corte Suprema, Banco Security con Cerva Almeyda y Ábalos Romero, de 2.11.2011, rol N° 5978-2010; Sentencia de Corte Suprema, Iturriaga Neira con Pérez Lazo, de 21.11.2024, rol N° 230406-2023.

⁶⁸ BARROS, 2006, pp. 621y ss., en especial pp. 632, 637-639.

⁶⁹ GANDULFO, 2012, pp. 4-5.

⁷⁰ De inadmisibilidad véase GORIGOITÍA, 2015, pp. 198-213; CARRASCO, 2018, pp. 497-552.

⁷¹ ROMERO, 2006, p. 76; ROMERO, 2010, p. 70. En sentido similar, LÓPEZ, 1985, p. 161; PARDO, 1991-1992, p. 61. Por ejemplo, Corte Suprema, 9.5.2001, referida en ROMERO, 2003, p. 170. Sentencia

La principal crítica que se le formula a los tribunales es la aplicación de la teoría de los actos propios a casos en que ya existe una norma jurídica que expresamente regula el asunto. Mientras que la doctrina del acto propio por su vaguedad y falta de reglamentación se debe utilizar en forma residual⁷². En este sentido, Larroucau propone una aplicación restringida del deber de coherencia argumentativa y de la teoría del acto propio que se limite a los casos de abuso, engaño y otras conductas dilatorias⁷³.

Como se puede apreciar, la crítica de la doctrina más reciente está contribuyendo a una mejor comprensión y una correcta aplicación.

4. *Regulación expresa de la teoría de los actos propios en la Ley N° 20.886 sobre tramitación digital de los procedimientos judiciales*

La prohibición de contrariar los actos propios fue incorporada nuevamente en 2015 con la Ley N° 20.886⁷⁴, art. 2, letra d), inc. 2:

El juez, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, 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.

Aunque se trata de una ley destinada a regular la tramitación judicial electrónica, la referencia a la buena fe procesal y los actos propios está redactada en tales términos que se puede considerar de aplicación general en materias procesales aun cuando no está regulada en el Código de Procedimiento Civil.

En contra de la doctrina mayoritaria, Larroucau ha sostenido que la consecuencia de contrariar los actos propios es la inadmisibilidad del acto (en sentido técnico procesal, impidiendo su incorporación del acto al proceso)⁷⁵. Esta postura podría tener un encuadre normativo en la nueva regla del art. 2 letra d), inc. 2 de la Ley N° 20.886, pues no solo establece el deber del juez de “corregir y sancionar”, sino también de “prevenir”, toda acción u omisión que importe ... una contravención de actos propios...”. Sin embargo, no nos parece correcto que los tribunales, como regla general, impidan la incorporación de argumentos *in limine* o a nivel de admisibilidad. Parece difícil desde un punto de vista práctico que los tribunales impidan la incorporación de argumentos al juicio de forma preventiva. En los ejemplos del autor no parece que se haya impedido la incorporación al proceso de esos argumentos⁷⁶. Nos parece que lo correcto es que el

de Corte Suprema, Banco Security con Cerva Almeyda y Ábalos Romero, de 2.11.2011, rol N° 5978-2010.

⁷² PADILLA, 2013, p. 146; GANDULFO, 2012, p. 2, cita 3; CORRAL, 2010a, pp. 103 - 108.

⁷³ LARROUCAU, 2020, pp. 280 y ss.

⁷⁴ Ley 20.886 Modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales, de 18 de diciembre de 2015.

⁷⁵ LARROUCAU, 2020, pp. 287 y ss.

⁷⁶ Sentencia de Corte Suprema, Banco Security con Cerva Almeyda y Ábalos Romero, de 2.11.2011, rol N° 5978-2010; Sentencia de Corte Suprema, Banco del Desarrollo con Vilas Méndez, de 9.10.2007, rol

tribunal se haga cargo del argumento en la sentencia y lo desestime por ser contrario a los actos propios de la parte.

Aunque esta consagración expresa ha llamado la atención de algunos autores⁷⁷, no ha variado sustancialmente la situación existente en Chile al respecto. La doctrina de los actos propios sigue siendo habitualmente utilizada por nuestros tribunales para resolver casos concretos, aunque con poca claridad respecto de los límites y contornos de la figura.

IV. COMPARACIÓN, CONTINUIDAD Y DIVERGENCIAS

A partir de esta breve descripción dogmática y jurisprudencial es posible formular algunas ideas:

- (1) Claramente en Chile y España existe una idea muy similar acerca de los diversos aspectos de esta teoría. Como se puede apreciar, en la doctrina y jurisprudencia más refinada de ambos países la teoría de los actos propios es una regla de derecho derivada del principio general de la buena fe, que protege la confianza legítima de los sujetos en las relaciones privadas. Se aplica en aquellos casos en que un sujeto ejerce una pretensión en un proceso judicial que resulta contradictoria con una conducta anterior de ese mismo sujeto. La consecuencia fundamental de la regla es que esa pretensión será inadmisible (por consiguiente desestimada) y por tanto el juez rechazará la demanda o la excepción. Sin embargo, atendido la vaguedad de la regla y su alto grado de indeterminación los autores aconsejan una aplicación residual solo a falta de otras normas expresamente aplicables.
Esta semejanza se explica, pues en Chile la teoría de los actos propios ha sido incorporada a partir de la doctrina y jurisprudencia española, tomadas fundamentalmente de la obra de Díez-Picazo.
- (2) Otro aspecto relevante para mencionar es la incorporación de la regla en cada país. En ambos casos, durante mucho tiempo la teoría de los actos propios no estuvo regulada expresamente, pero se dedujo de la buena fe objetiva en materia contractual. La gran diferencia es el momento y la forma como la regla fue introducida en cada sistema. En España la regla es muy antigua y fue introducida por la *praxis* judicial a mediados del siglo XIX, resultando especialmente relevante las sentencias del Tribunal Supremo. En cambio, en Chile la regla es relativamente reciente y fue introducida a finales de los años ochenta del siglo pasado por la doctrina civil.
- (3) En cuanto a su consagración normativa, en ambos países la regla fue incorporada expresa, aunque inadvertidamente, cuando entró en vigor en cada uno la Convención internacional sobre compraventa internacional de mercaderías, a

Nº 2263-2006; Sentencia de Corte de Apelaciones de La Serena, Lizana Pérez y otro con Banco del Estado de Chile, de 27.4.2004, rol N° 29.688-2003.

⁷⁷ LARROUCAU, 2020, pp. 273-296; CARRETTA, 2018, pp. 327-347, quien excluye la aplicación de la teoría de los actos propios para resolver cuestiones procesales como la preclusión. Véase p. 339.

finales del siglo XX. La diferencia radica en que, a diferencia de España, recientemente en Chile se ha introducido de manera expresa la prohibición de contrariar los actos propios con la dictación de la Ley N° 20.886 acerca de tramitación digital de los procedimientos judiciales, norma que por su texto se consideraría de aplicación general.

- (4) Otra diferencia radica en la determinación de los elementos y contornos de la figura. En España durante mucho tiempo la jurisprudencia de los tribunales reveló un alto grado de incertidumbre y confusión. Esta incertidumbre fue aclarada y resuelta en gran medida por la obra de Díez-Picazo en 1963. En cambio, la doctrina de los actos propios fue incorporada en Chile con sus elementos y sus límites ya determinados. La razón de esta semejanza es, nuevamente, que estos elementos fueron tomados de la monografía de Díez-Picazo.
- (5) El aspecto que consideramos más importante en esta comparación se refiere a la aplicación práctica de la teoría de los actos propios, pues en ambos países han existido problemas y críticas a la aplicación de la regla por parte de los tribunales. En Chile se critica la utilización poco rigurosa de la regla, lo que se ha llamado la “teoría expansiva del acto propio”⁷⁸. Fundamentalmente, se critica su aplicación cuando existen otras normas expresamente establecidas que regulan el asunto. Es decir, se sostiene que la regla se debe aplicar residualmente solo cuando no existan otras normas que regulen el caso. En España hay muchas sentencias que han seguido los planteamientos de Díez-Picazo, quien argumenta a favor de una aplicación residual. Sin embargo, también es posible identificar algunas sentencias que caen en el error de aplicar la doctrina del acto propio cuando existen otras normas que regulan el caso.

En nuestra opinión, el hecho de que la teoría de los actos propios presente similares problemas de aplicación en ambos países se explica por al menos dos razones: (a) en primer lugar, porque se trata de una regla jurídica que durante mucho tiempo no estuvo regulada expresamente, y su consagración normativa reciente no eliminó su vaguedad e imprecisión de sus contornos y, (b) en segundo lugar, pues se trata de una regla que es bastante intuitiva, resulta fácil de aplicar y que parece autoevidente, cuando realmente no lo es.

V. CRITERIOS PARA CONSIDERAR EN LA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS ACTOS PROPIOS

En nuestra opinión, para una correcta comprensión y aplicación de la teoría de los actos propios y para evitar los diferentes problemas que esta ha suscitado en la práctica,

⁷⁸ GANDULFO, 2005, pp. 364.

tanto en España como en Chile, es necesario tener en cuenta y no olvidar dos características fundamentales: su carácter residual y excepcional.

1. *Carácter residual o subsidiario de la teoría de los actos propios*

El carácter residual⁷⁹ de la teoría de los actos propios supone que esta regla solo es aplicable cuando no exista otra norma o disposición normativa que regule expresamente el asunto. Por tanto, si existe una norma o institución particular de Derecho privado que contemple y sancione expresamente un caso de contradicción con una conducta anterior deberá aplicarse esta y no la teoría de los actos propios.

La teoría de los actos propios se utilizaría de forma residual por varias razones. En primer lugar, se trata de una norma cuya regulación es especialmente vaga, sin contornos precisos y respecto de que no existe claridad acerca de sus condiciones de aplicación⁸⁰. Asimismo, se trata de una teoría cuya aplicación puede olvidar aplicar o desplazar otras normas expresas y desfigurar o distorsionar otras reglas y principios especialmente relevantes si se usa indiscriminadamente.

De esta manera, si estamos en el ámbito contractual, la conducta contradictoria se regularía en sus consecuencias por las normas que permiten interpretar el contrato a partir de las conductas de los propios contratantes⁸¹. Del mismo modo, se deberán aplicar preferentemente las normas relativas a la obligatoriedad de los contratos y demás acuerdos de voluntad como, asimismo, las normas sobre los efectos de las declaraciones unilaterales de voluntad, etc⁸². En materia procesal, por ejemplo, la contradicción se resolvería por medio de la preclusión por incompatibilidad o falta de oportunidad⁸³ y si la conducta previa consiste en una afirmación podrán aplicarse las normas referentes a la confesión⁸⁴. Todas estas instituciones, a diferencia de la teoría de los actos propios, suelen estar expresamente reguladas, tienen mayor arraigo histórico, más potencia explicativa y se encuentran más desarrolladas y refinadas por la doctrina.

Además, no se debe olvidar que la teoría de los actos propios nace en el derecho premoderno, previo al derecho codificado. En aquel desarrollo histórico resultó fundamental para regular muchas conductas que no estaban expresamente contempladas y que suponían un atentado a los sentimientos de justicia⁸⁵. En el contexto del derecho premoderno donde no había normas expresas tal vez tenía sentido la aplicación generalizada

⁷⁹ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 144-182, en especial pp. 155, 213; PADILLA, 2013, p. 146.; GANDULFO, 2012, pp. 2, cita 3; CORRAL, 2010a, p. 104; JARAMILLO, 2014, pp. 53, 140, 378-385; BORDA, 1993, pp. 90 y 91.

⁸⁰ JARAMILLO, 2014, p. 379. JARAMILLO además agrega las consecuencias para nada triviales que supone aplicar esta teoría, esto es, el rechazo de una pretensión. Cfr. p. 123.

⁸¹ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 153-156.

⁸² DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 145-152, 159 y ss.

⁸³ GANDULFO, 2009, pp. 165-178.

⁸⁴ DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 176-182. Al menos en el derecho procesal civil chileno en que la confesión tiene valoración legal (arts. 1713 CC y 399, 400 y 402 CPC). Para el caso español, con la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, la confesión no opera como medio de prueba.

⁸⁵ DÍEZ-PICAZO, 1963, p. 104.

de esta doctrina. Sin embargo, con la llegada del Derecho legislado, se hace necesario dar preferencia a las normas legales y dejar a la teoría de los actos propios como regla subsidiaria.

De esta manera, existiendo otras normas o instituciones jurídicas que puedan ser aplicables por el juez para solucionar un caso concreto la teoría de los actos propios no deberá ser un fundamento determinante o principal, sino que en el mejor de los casos solo será una justificación concurrente o secundaria. O como le explica Larroucau recurriendo al lenguaje angloamericano, solo podrá ser un *obiter dicta* de la sentencia y no la *ratio decidendi*⁸⁶.

2. *El carácter excepcional de la teoría de los actos propios*

En nuestra opinión, la correcta comprensión de la teoría de los actos propios exige recordar el carácter excepcional⁸⁷ que esta tiene dentro del Derecho privado. Dentro del ámbito propio del Derecho privado, la idea central donde este se construye es la autonomía y libertad de los individuos. Con el objeto de coordinar y dirigir las conductas de las personas el Derecho privado regula varias materias: acuerdos de voluntad, responsabilidad por daños, propiedad, capacidad, etc. Muchas de estas normas constituyen limitaciones a la libertad en vista de ciertos intereses generales que el Derecho privado busca alcanzar o proteger. Sin embargo, en aquellos ámbitos que el Derecho privado no alcanza a regular, vuelve a primar la libre iniciativa privada⁸⁸ de los individuos.

Con esta constatación de la libertad de las personas no se quiere defender que en el ámbito de las relaciones entre sujetos privados se pueda hacer cualquier cosa. Desde luego que la libertad no puede ser absoluta y debe tener límites. Uno de estos límites viene configurado por la teoría de los actos propios. Esta regla constituye un importante medio para controlar las extralimitaciones en el ejercicio de la libertad. Sin embargo, para que esta teoría puede jugar este importante papel es necesario entenderla desde la excepcionalidad. Su correcta comprensión exige entender que ella es una excepción dentro de una generalidad constituida por la libertad de las personas.

Es cierto que con el tiempo han surgido instituciones que buscan de alguna manera moralizar o corregir ciertas injusticias que surgen en los límites del Derecho privado, tales como el abuso del derecho, el enriquecimiento sin causa, las cláusulas abusivas, etc⁸⁹. Sin embargo, fuera del ámbito de estas instituciones, nuevamente el punto de partida debe ser la autonomía y libertad de los individuos.

Ahora bien, no se puede desconocer que en este campo de libertad de los individuos siempre podrán surgir nuevas situaciones no cubiertas suficientemente bien por el Derecho privado. Situaciones que de alguna manera pueden atentar contra los sentimientos

⁸⁶ LARROUCAU, 2020, pp. 284 y 285.

⁸⁷ CORRAL, 2010a, pp. 103-105; BARROS, 2006, p. 637. Sentencia de Corte Suprema, Banco Security con Cerva Almeyda y Ábalos Romero, de 2.11.2011, rol N° 5978-2010.

⁸⁸ De la libre iniciativa privada en el Derecho privado véase DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 56 y ss.

⁸⁹ Acerca de la moralización de las relaciones económicas: DÍEZ-PICAZO, 2007, pp. 59 y ss.

mínimos de justicia y sociabilidad en las relaciones recíprocas⁹⁰. Es precisamente en este punto donde la teoría de los actos propios está llamada a intervenir.

Esto supone entender que no toda contradicción en la conducta de los sujetos es reprobable. No toda conducta contradictoria puede dar paso a la aplicación de la teoría de los actos propios⁹¹. Por esto constituye un error considerar únicamente la coherencia como fundamento de esta institución⁹². No puede existir algo así como un deber general de ser coherentes⁹³. Por la sencilla razón que nos encontramos en el campo de la libertad y autonomía de los individuos. En principio, las personas tenemos la posibilidad de ser incoherentes⁹⁴, de volver sobre nuestros actos y corregirlos cuantas veces estimemos necesario. Sin embargo, esta posibilidad no es absoluta. En ciertos casos la conducta anterior de un sujeto produce en otro la confianza de que esa conducta o situación se mantendrá en el tiempo. Y hace surgir en otro sujeto una expectativa legítima⁹⁵ que el Derecho considera digna de protección. Entonces, el Derecho privado protege esta expectativa por medio de la regla que prohíbe, en estos casos (y no en todos), ir en contra de los actos propios.

En el fondo hay que percibirse que lo más relevante para el derecho no es solo la contradicción con los propios actos. El acento debe ponerse en las expectativas legítimas defraudadas por la contradicción en la conducta (esta es el bien jurídico protegido). Por esta razón, pareciera que en vez de llamarse teoría de los actos propios debería denominarse “teoría de las expectativas defraudadas ilegítimamente” o “teoría de las expectativas legítimas defraudadas”.

Por tanto, la correcta comprensión de la teoría de los actos propios exige entender que esta opera desde la excepcionalidad, en los límites del Derecho privado. Donde las demás instituciones son insuficientes. Es en las fronteras o límites del universo de conductas posibles y donde la norma legal expresa no alcanza a llegar, donde puede tener justificación la aplicación de esta teoría de los actos propios. En otras palabras, la teoría de los actos propios es algo así como el guardián fronterizo de la justicia en los linderos del Derecho privado y en donde sus demás instituciones no logran llegar.

⁹⁰ Estas ideas son esgrimidas por Barros en relación con el abuso del derecho. Cfr. BARROS, 2006, pp. 626 y 628.

⁹¹ JARAMILLO, 2014, pp. 90, 374-378; GANDULFO, 2005, p. 365; CARRETTA, 2012, p. 76; BARROS, 2006, p. 640.

⁹² JARAMILLO, 2014, pp. 69, 75-79, 84 y 85, 96 y 97.

⁹³ CORRAL, 2010a, p. 103; MOMBERG; SEVERÍN, 2023, p. 68.

⁹⁴ CARRETTA, 2012, p. 79.

⁹⁵ GANDULFO, 2005, pp. 365-368; GANDULFO, 2012, pp. 8 y ss.; PADILLA, 2013, pp. 138-144; BARROS, 2006, p. 637; DÍEZ-PICAZO, 1963, pp. 141-143; JARAMILLO, 2014, pp. 142 y 143, 157-159, 124-133.

VI. CONCLUSIONES

Al terminar estas consideraciones comparativas de la teoría del acto propio en Chile y España, se pueden esbozar algunas ideas a modo de conclusión:

- (1) La teoría de los actos propios es una regla jurídica muy importante en ambos ordenamientos jurídicos, pues permite a los tribunales resolver con justicia conflictos que no están expresamente regulados. En el mundo actual que avanza más rápidamente que el Derecho resulta muy valioso contar con una norma residual que permita solucionar los nuevos conflictos que surjan.
- (2) Sin embargo, se trata de una norma cuya regulación es vaga e indeterminada, lo que ha producido grandes problemas de aplicación. En muchos casos, la errónea aplicación de la regla lleva a resultados injustos por ser contradictoria con otros valores o por distorsionar otras instituciones jurídicas.
- (3) En ambos países la doctrina ha estado atenta a estos problemas y ha criticado duramente la aplicación de la doctrina por los tribunales superiores. En este sentido se puede afirmar que la doctrina del acto propio es un ejemplo que revela la importancia que tiene la ciencia jurídica para contribuir a una mejor comprensión de las reglas jurídicas, a una mejor aplicación de estas por los tribunales y, en definitiva, para alcanzar la justicia.
- (4) La correcta comprensión y aplicación de la teoría de los actos propios exige reconocer su carácter residual y excepcional. El carácter excepcional supone que la teoría de los actos propios solo debe aplicarse cuando no exista otra norma que regule expresamente el punto. Por su parte, el carácter excepcional supone que para aplicar esta teoría no basta la sola contradicción, pues las personas somos libres de contradecirnos y de volver sobre nuestros pasos. Además de la contradicción, es necesario que esta afecte al bien protegido por la regla: la confianza y las expectativas legítimas que la primera conducta ha generado en otra persona. Solo en esta medida podrá existir la posibilidad de que los tribunales rechacen la conducta de un sujeto que es contradictoria con sus propios actos anteriores.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ Alarcón, Arturo, 1996: "Legitimación para recurrir. Buena Fe Procesal; Doctrina de los actos propios, Interés jurídico que defender. Incongruencia. Motivo de casación en el 1.692.3.1 LEC. Procedimiento sumario de ejecución hipotecaria del artículo 131 LH. Nulidad de actuaciones. Proceso declarativo ordinario del artículo 132 LH. Legitimación del tercero perjudicado; Falta de legitimación pasiva del Registrador. Sobreseimiento", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, Nº 43, pp. 17-36.
- BARROS Bourie, Enrique, 2006: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BORDA, Alejandro, 1993, *La teoría de los actos propios* (2^a edición ampliada y actualizada), Buenos Aires, Abeledo-Perrot.

- BOETSCH Gillet, Cristián, 2011: *La buena fe contractual*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CAMANZO Rojo, Eduardo, 2009: "Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia Laboral", *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, XXXII, pp. 261-280.
- CARRASCO Poblete, Jaime, 2018: "La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil", *Revista Ius et Praxis (Talca)*, Año 24, No 1, pp. 497-552.
- CARRETTA Muñoz, Francesco, 2012: *La coherencia en el proceso civil: imperativo conductual y decisinal desde la buena fe (casos y jurisprudencia)*, Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Valparaíso.
- CARRETTA Muñoz, Francesco, 2018: "¿Los actos propios en el proceso civil? A propósito del principio de la buena fe procesal y su incorporación en la Ley N° 20.886 sobre Tramitación Electrónica en el procedimiento civil chileno", *Revista de Derecho Privado*, Universidad, Externado de Colombia, N° 35, julio-diciembre, pp. 327-347.
- CÉSPEDES Muñoz, Carlos, 2011: "Venire contra factum proprium non valet. Sentencia de la Excma. Corte Suprema de 02 de noviembre de 2011", *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, N° 17, Santiago, Universidad San Sebastián, pp. 199-209.
- CORRAL Talciani, Hernán, 2010a: "La doctrina de los actos propios en el Derecho de familia chileno", en Hernán Corral Talciani (editor), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 18, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 103-139.
- CORRAL Talciani, Hernán, 2010b: "La raíz histórica del adagio *Venire contra factum proprium non valeat*", en Hernán Corral Talciani (editor), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 18, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 19-33.
- CORRAL Talciani, Hernán (editor), 2010c: *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 18, Santiago, Universidad de los Andes.
- CONTARDO González, Juan Ignacio, 2010: "La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena", en Hernán Corral Talciani (editor), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión Jurídica N° 18, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 81-102.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2007: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Vol. I* (6^a edición), Navarra, Thomson Civitas.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1963: *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, Bosch.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2014: *La doctrina de los actos propios. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo* (2^a edición), Navarra, Civitas, Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1984: "La llamada doctrina de los actos propios: los requisitos de los actos propios. La alegación de vicios o defectos en los géneros vendidos", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 6, pp. 1855-1860.
- EKDAHL Escobar, María Fernanda, 1989: *La doctrina de los actos propios. El deber jurídico de no contrariar conductas propias pasadas*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- EZURMENDIA Álvarez, Jesús, 2021: *Reflexión contemporánea sobre la cosa juzgada. Comparación entre modelos de civil law y common law*, Barcelona, Bosch Editor.
- FUEYO Laneri, Fernando, 1990: "La doctrina de los actos propios", en Fernando Fueyo Laneri, *Instituciones de Derecho Civil Moderno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, pp. 303-357.

- GANDULFO Ramírez, Eduardo, 2005: "La aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet*. Un caso de vulgarismo jurídico", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 32, N° 2. Santiago, pp. 363-374.
- GANDULFO Ramírez, Eduardo, 2012: "La prohibición de ir contra los propios actos y el contexto del orden público. (Una aproximación con el Derecho del trabajo en el caso 'Pacareu con Universidad mayor')", *La Razón del Derecho. Revista Interdisciplinaria de Ciencias Jurídicas*, N° 3, Santiago, pp. 1-24.
- GANDULFO Ramírez, Eduardo, 2009: "Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico", *Ius et Praxis* (Talca), Vol. 15, N° 1, pp. 165-178.
- GORIGORTÍA Abbott, Felipe, 2015: "La inadmisión como técnica multipropósito: un análisis desde los recursos civiles de España y Chile", *Revista Opinión Jurídica* (Colombia), Vol. 14, N° 28, pp. 198-213.
- ILLANES Ríos, Claudio, 2010: "Teoría del acto propio. Breves comentarios sobre su recepción en Chile", en Hernán Corral Talciani (editor), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 18, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 57-58.
- JARAMILLO, Carlos Ignacio, 2014: *La doctrina de los actos propios. Significado y proyección de la regla venire contra factum proprium en el ámbito contractual*, Madrid, La ley.
- LARROUCAU Torres, Jorge, 2020: "La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXIII, N°1, pp. 273-296.
- LLEDÓ Yagüe, Francisco, 1991: "Subarriendo, artículo 22. forma sustancial o *ad probationem*. Infracción de la buena fe. La doctrina de los actos propios", *Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil*, N° 27, pp. 1017-1027.
- LÓPEZ Mesa, Marcelo, 2005: "La doctrina de los actos propios y sus aspectos más relevantes", en Marcelo López Mesa; Carlos Rogel Vide, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid - Buenos Aires, Reus - B de F, pp. 1-201.
- LÓPEZ Oneto, Marcos, 2016: "La teoría de los actos propios en el derecho del trabajo chileno", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43 N° 2, pp. 547-571.
- LÓPEZ Santa María, Jorge, 1985: "Los intereses devengados por indemnización contractual de perjuicios. Doctrina de los actos propios o estoppel", *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. 82. Santiago, pp. 33-52.
- LYON Puelma, Alberto, 2010: "Crítica a la doctrina del acto propio: ¿Sanción de la incoherencia o del dolo o mala fe?", en Hernán Corral Talciani (editor), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, *Cuadernos de Extensión Jurídica*, N° 18, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 59-68.
- MOMBERG Uribe, Rodrigo; Severín Fuster, Gonzalo, 2023: "Las formalidades convencionales en la contratación moderna. La cláusula de no modificación oral o *no oral modification clause* y la doctrina de los actos propios como límite a su eficacia", *Ius et Veritas*, N° 67, diciembre, pp. 61-75.
- MORALES Ortiz, María Elisa, 2014: "La prohibición de ir contra acto propio como manifestación de la exigencia al consumidor de actuar conforme a los parámetros de la buena fe (Corte de Apelaciones de Santiago)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, N° 1, Universidad Austral de Chile, pp. 247-251.
- PADILLA Parot, Ricardo Andrés, 2013: "Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, Santiago, pp. 135-186.
- PARDO de Carvallo, Inés, 1991-1992: "La doctrina de los actos propios", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, XIV, Valparaíso, pp. 49-69.

- PUIG Brutau, José, 1951: *Estudios de Derecho Comparado. La doctrina de los actos propios*, Barcelona, Ariel.
- ROGEL Vide, Carlos, 2005: "La doctrina de los propios actos en la última jurisprudencia civil española", en Marcelo López Mesa; Carlos Rogel Vide, *La doctrina de los actos propios. Doctrina y jurisprudencia*, Madrid-Buenos Aires, Reus-B de F, pp. 202-237.
- RODRÍGUEZ Grez, Pablo, 1997: *El Abuso del Derecho y el Abuso Circunstancial*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2006: *Curso de Derecho Procesal civil. La acción y la protección de los derechos*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2010: "El acto propio en materia arbitral: algunos límites probatorios para su aplicación", en Hernán Corral Talciani (editor), *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Cuadernos de Extensión Jurídica, N° 18, Santiago, Universidad de los Andes, pp. 69-79.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2003: "El principio de la buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios". *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, No. 1, Santiago, Pontificia Universidad Católica de Chile, pp. 167-172.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2013: *El recurso de casación en el fondo civil (Propuestas para la generación de precedentes judiciales)*, Santiago, Legal Publishing.
- SAN JUAN Crucelaegui, Javier, 2003: "La aplicación e interpretación de la convención de Viena de las Naciones Unidas sobre compraventa internacional de mercaderías", *Estudios de Deusto*, V. 51, N° 2, pp. 195-231.
- TAVOLARI Oliveros, Raúl, 1996: "De la aceleración, la interrupción de la prescripción de la acción ejecutiva y la doctrina de los actos propios en el proceso: informe en Derecho", *Gaceta Jurídica*, N° 188, Santiago, pp. 88-102.
- TUR Faúndez, María Nélida, 2011: *La prohibición de ir contra los actos propios y el retraso desleal*, Navarra, Aranzadi, Thomson Reuters.
- VÁZQUEZ Lépinette, Tomás, 2000: *La compraventa internacional de mercaderías. Una visión jurisprudencial*, Navarra, Aranzadi Editorial.

Jurisprudencia

Jurisprudencia Nacional

- SENTENCIA de Corte de Apelaciones de La Serena, Lizana Pérez y otro con Banco del Estado de Chile, rol N° 29.688-2003, de 27 de abril de 2004.
- SENTENCIA de Corte Suprema, Alcayaga Sasso con Universidad Católica de Chile Corporación de Televisión, rol N° 771-2005, de 25 de octubre de 2006.
- SENTENCIA de Corte Suprema, Isella Ferlini con Canal 13, rol N° 2450-2005, de 20 de diciembre de 2006.
- SENTENCIA de Corte Suprema, Gres con Campos del Norte S. A., rol N° 3437-2004, de 27 de diciembre de 2006.
- SENTENCIA de Corte Suprema, Alarcón Pérez con Sidler Casas, rol N° 127-2005, de 7 de marzo de 2007.
- SENTENCIA de Corte Suprema, Sociedad Deportiva Palestino S.A. con Municipalidad de Las Condes, rol N° 1696-2005, de 5 de octubre de 2006.
- SENTENCIA de Corte Suprema, Inmobiliaria Alameda de Antofagasta con Vergara, rol N° 4689-2005, de 30 de mayo de 2007.

SENTENCIA de Corte Suprema, De Caso Orrego con Bofill del Caso, rol N° 3169 - 2005, de 13 de septiembre de 2007.

SENTENCIA de Corte Suprema, Banco del Desarrollo con Vilas Méndez, rol N° 2263-2006, de 9 de octubre de 2007.

SENTENCIA de Corte Suprema, Melo Soto con Melo Abarzúa, rol N° 3.602-2009, de 13 de diciembre de 2010.

SENTENCIA de Corte Suprema, Cremaschi Rubio con Esso Chile Petrolera Ltda., rol N° 8332-2009, de 19 de abril de 2011.

SENTENCIA de Corte Suprema, E.M. Producciones Limitada con Red de Televisión Chilevisión S.A., rol N° 9430-2009, de 22 de junio de 2011.

SENTENCIA de Corte Suprema, Banco Security con Cerva Almeyda y Ábalos Romero, rol N° 5978-2010, de 2 de noviembre de 2011.

SENTENCIA de Corte Suprema, Medina con Garmendia Macus S.A., rol N° 18.304-2017, de 12 de abril de 2018.

SENTENCIA de Corte Suprema, Iturriaga Neira con Pérez Lazo, rol N° 230406-2023, de 21 de noviembre de 2024.

Jurisprudencia española

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección civil, de 21 de marzo de 1985.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección civil, de 18 de enero de 1990.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 356/2009 de 12 de mayo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 295/2010 de 7 de mayo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 292/2011 de 2 de mayo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sala de lo civil, N° 827/2012 de 15 de enero.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 29/2012 de 31 de enero.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 147/2012 de 9 de marzo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 169/2012 de 20 de marzo.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 390/2012 de 20 de junio.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 429/2012 de 27 de junio.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 448/2012 de 13 de julio.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 50/2014 de 6 de febrero.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 76/2014 de 27 de febrero.

SENTENCIA del Tribunal Supremo Español, sección primera, N° 63/2018 de 5 de febrero.

Las Oficinas Locales de la Niñez como agentes relevantes en la promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes

*Isaac Ravetllat Balleste**

RESUMEN

El objetivo del presente estudio es reflexionar acerca de la puesta en acción de las Oficinas Locales de la Niñez. En este sentido, la Ley N° 20.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, además de crear, también atribuye a dichos órganos de la administración local competencias en materia de promoción y protección de derechos de niños, niñas y adolescentes. Tal eventualidad ha significado la adopción de un sistema mixto de protección que viene a desjudicializar –o administrativizar en parte– el modelo hasta ahora existente en Chile, basado esencialmente en la intervención de los tribunales de familia. En un contexto como el descrito, el presente artículo indaga acerca de la naturaleza de las Oficinas Locales de la Niñez, así como examina pormenorizadamente cuáles son sus funciones, con particular atención a su relevante papel en materia proteccional.

Oficinas Locales de la Niñez; protección de la infancia; derechos de la infancia y la adolescencia; Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia

Local Children's Offices as a relevant agents in the promotion and protection of the human rights of children and adolescents

ABSTRACT

The objective of this study is to reflect on the implementation of the Local Children's Offices. In that sense, Law No. 20.430, on Guarantees and Comprehensive Protection of the Rights of Children and Adolescents, in addition to creating, also attributes to these local administration

* Abogado y Doctor en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Profesor asociado de la Facultad de Derecho, Universidad de Tarapacá, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-3857-8150>. Correo electrónico: iravetllat@academicos.uta.cl.

Este estudio fue financiado con fondos del Proyecto de investigación UTA Mayor 2025 “Oficinas Locales de Niñez como agentes relevantes en la promoción y defensa de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes”, código 3730-25.

Artículo recibido el 23.2.2025 y aceptado para su publicación el 18.5.2025.

bodies competences in matters of promotion and protection of the rights of children and adolescents. Such an eventuality has meant the adoption of a mixed system of protection that comes to dejudicialize –or partially administrative– the model that until now existed in Chile, based essentially on the intervention of the family courts. This article, therefore, investigates the nature of the Local Children's Offices, as well as examines in detail what their functions are, with particular attention to their relevant role in protection matters.

Local Children's Offices; child protection; rights of children and adolescents; Law about Guarantees and Integral Protection of the Rights of Children and Adolescents

INTRODUCCIÓN

Las Oficinas Locales de la Niñez –en adelante, OLN– son las encargadas de velar, a nivel comunal, por la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes –en adelante, NNA–. No en vano, toda intervención proveniente de las OLN debe tomar su razón de ser en el principio de la protección integral de NNA referenciado en la Ley N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia –en adelante, Ley sobre Garantías–. Este paradigma de actuación está basado, o se sustenta, en una concepción de NNA como sujetos titulares de derechos, así como en la interdependencia de los derechos que les son reconocidos, todo ello a modo de garantizar su pleno desarrollo y en conformidad con el principio del interés superior del NNA¹. Desde un punto de vista operativo, esta forma de proceder centra su *leitmotiv* en el despliegue de acciones destinadas al respeto, protección y cumplimiento de todos los derechos y garantías de los NNA, consagrados en la Constitución Política de la República, en la Convención sobre los Derechos del Niño, en la Ley sobre Garantías, así como en los demás tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile que se encuentren vigentes². Ello en correlación directa con la idea de que no existen unos derechos más importantes que otros. Efectivamente, hay derechos civiles y políticos, al igual que económicos, sociales y culturales, es decir, derechos de participación y derechos de protección; son derechos que se necesitan unos a otros, que se refuerzan y retroalimentan recíprocamente. Así es como debieran ingresar en la conciencia de NNA y de la sociedad en general, como una riqueza que les pertenece³.

Pues bien, con la aprobación de la Ley sobre Garantías y su posterior desarrollo reglamentario, se ha puesto en funcionamiento el denominado como sistema mixto

¹ CONTRERAS, 2024, pp. 214-220.

² AGUILAR, 2022, pp. 20-22. Por su parte, y en estrecha relación con lo apuntado, Estrada y Valenzuela añaden que “la efectivización de los derechos es fundamental en un sistema de garantías y plantea la necesidad de contar con mecanismos de exigibilidad, en esta misma línea la Ley sobre Garantías plantea la posibilidad de que cualquier persona pueda interponer acciones en caso de que los órganos del Estado no cumplan con la observancia de los deberes establecidos en la misma ley, indicando que se habilita a toda persona a interponer acciones administrativas y judiciales con el fin de restaurar el ejercicio y goce de tales derechos”. ESTRADA y VALENZUELA, 2023, pp. 18-19.

³ AUTOR/A.

de protección de los derechos de la niñez y la adolescencia, en el que las OLN están llamadas a desempeñar un rol trascendental, en orden a superar las múltiples críticas esgrimidas frente al ya extinto modelo judicializado imperante en Chile hasta agosto de 2024⁴, sustentado en que toda medida de protección, de una u otra forma, terminaba dirimiéndose en un procedimiento proteccional ante los Tribunales de Familia. Por el contrario, el nuevo régimen de intervención propuesto por la Ley sobre Garantías viene a combinar dos niveles diferenciados, a la par que articulados, de actuación: uno de índole administrativa –emplazado en sede local– y otro de naturaleza judicial –atribuido a los Tribunales de Familia⁵.

De este modo, la hipótesis que nos planteamos en este estudio es que este proceso de desjudicialización –o de administrativización parcial– del sistema público de protección a la infancia y la adolescencia, gestado en la institucionalidad de las OLN, parece, *a priori*, erigirse en la respuesta más diligente y eficaz para hacer frente con ciertas garantías a los riesgos, amenazas y situaciones de vulneración de derechos a los que a diario se enfrentan NNA y sus familias⁶.

Arribados a este punto, y en un escenario de cambio como el descrito, el presente artículo tiene como objetivo esencial el delimitar las principales singularidades que supone la aparición en escena de este nuevo actor local llamado OLN, a la par que indagar acerca de su modo de proceder para dar respuesta adecuada a las funciones que le han sido asignadas por la Ley sobre Garantías. Para ello, y siguiendo una metodología de carácter cualitativo con enfoque hermenéutico de tipo documental, el texto se ha dividido en dos grandes apartados. En el primero, se esbozan las ideas centrales acerca de qué son, de quién dependen y cómo actúan las OLN. Acto seguido, y en segundo término, se pone el foco en el estudio de cuáles son las funciones propias de las OLN, con especial atención a su relevante papel en materia proteccional. Finalmente, se cierra el estudio con unas reflexiones de carácter conclusivo.

⁴ A tenor de lo establecido en la Disposición Transitoria única del Decreto N° 3, de 24 de mayo 2024, el procedimiento de protección administrativa –universal y especializada– de derechos entró en vigor transcurridos noventa días desde la fecha de publicación de este Reglamento, es decir, desde el 24 de agosto de 2024.

⁵ En este sentido, Retamal identificaba como evidentes fallas del modelo judicializado las siguientes: la falta de prioridad en el agendamiento de audiencias para las medidas de protección y la cercanía temporal entre ellas; la falta de fundamentación adecuada de los fallos; y la ausencia del respeto del deber de plazo razonable de los procesos. RETAMAL, 2017, p. 52. Asimismo, Lathrop también alertaba de algunas deficiencias de carácter normativo y de funcionamiento del sistema de protección de NNA. LATHROP, 2014, pp. 207-208. De igual modo, Illanes y Contreras consideran que la intervención estatal –refiriéndose a la protección de NNA– ha estado sujeta a parámetros judiciales, que, pese a los parámetros de homogeneización, han resultado volubles. ILLANES y CONTRERAS, 2022, pp. 322-323. Finalmente, Contreras identifica como algunas de las fallas del modelo judicializado, el hecho de que el catálogo de medidas cautelares contempladas por el legislador –refiriéndose a la Ley N° 19.968– son insuficientes entre la multiplicidad de situaciones vulneradoras; la sobrecarga del programa de diagnóstico –DAEM–; y la recurrente confusión entre las medidas cautelares y la medida de protección definitiva adoptada por los Tribunales de Familia. CONTRERAS, 2021, pp. 254.

⁶ ILLANES y CONTRERAS, 2022, p. 327; VALENZUELA, 2024, p. 266.

I. LAS OFICINAS LOCALES DE LA NIÑEZ Y SU PUESTA EN ACCIÓN

Inicialmente, al referirnos a las OLN, concretamente a su modo específico de actuar, el primer aspecto digno de ser relevado es que estos organismos de la administración pública municipal del Estado cuentan con una doble adscripción o dependencia: del consistorio correspondiente, por lo que a su personal se refiere; y, de la Subsecretaría de la Niñez, en cuanto a los lineamientos técnicos y funcionales de su intervención (art. 65 de la Ley sobre Garantías). Esta vinculación, en la práctica, queda plasmada mediante la suscripción de un convenio de colaboración y transferencia de recursos entre la municipalidad –o una agrupación de ellas– y el Ministerio de Desarrollo Social y Familia, mediante la Subsecretaría de la Niñez⁷.

Un segundo elemento igualmente merecedor de nuestra atención, vinculado directamente con el modo de proceder esperado de las OLN, se encuentra implícitamente contenido tras la idea de que son precisamente estos entes locales a los que corresponde generar las condiciones mínimas idóneas para articular y coordinar de forma adecuada al intersector⁸, reorganizando las diferentes instancias de intervención y gestión presentes en el territorio en materia de atención y protección integral de NNA, de tal modo que todas esas experiencias reviertan en una única Mesa Comunal de Articulación Interinstitucional, y a partir de ella suscitar sinergias positivas entre los diferentes sectores, servicios y prestaciones que culminen en acuerdos y flujos de acción que faciliten el trabajo y la toma de decisiones apropiadas y oportunas⁹.

Y es que no podemos obviar que la reseñada como vía administrativa, como es tildada por ciertos sectores doctrinales¹⁰, no está compuesta únicamente y exclusivamente por las OLN, sino que, por el contrario, todos y cada uno de los órganos de la administración del Estado, basados en el deber de inexcusabilidad, están llamados a asumir, dentro del ámbito de sus competencias, sus respectivas cuotas de corresponsabilidad (artículo 62 de la Ley sobre Garantías)¹¹. Lo apuntado no es contradictorio, sino más bien cumulativo, con afirmar que la Ley sobre Garantías coloca a las OLN en una singular posición protagónica, como entes encargados de la coordinación de las prestaciones de servicios a nivel comunal, erigiéndose, por esta razón, en la cara más visible de la administración del Estado, ya sea desde su rol de promoción y protección administrativa o interactuando con el Poder Judicial en el caso de que la vulneración sea muy grave, o cuando las

⁷ Destacar lo dispuesto en el artículo 84 de la Ley sobre Garantías, en virtud de esto se introduce una importante modificación en el artículo 4 de la Ley N° 18.695, orgánica constitucional de Municipalidades, agregando una nueva función que puede ser desempeñada por los entes locales.

⁸ Para Cunill-Grau, la intersectorialidad remite a la integración de diversos sectores, principalmente –aunque no solo– gubernamentales, con vistas a la solución de problemas sociales complejos cuya característica fundamental es su multicausalidad. CUNILL-GRAU, 2014, p. 8.

⁹ SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2022, p. 13.

¹⁰ HENRÍQUEZ, 2024a, pp. 321-322.

¹¹ COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2003, parr. 9.

medidas adoptadas no estén dando los resultados esperados, debido a la oposición o falta de colaboración de las familias involucradas¹².

En tercer término, otro de los grandes retos que inicialmente afrontan las OLN, no es otro que tratar de superar las tareas y funciones en su día contraídas por las ya extintas Oficinas de Protección de Derechos –OPD(s)–, que si bien, en el papel, debían facilitar e impulsar el desarrollo institucional de sistemas municipales de atención y protección de la infancia y la adolescencia en un territorio determinado –Ley N° 20.032–, en realidad, y en buena medida debido al alto nivel de exigencia y volumen de trabajo al que fueron expuestas, no pudieron desarrollarlo, al menos en toda su amplitud¹³. Es por ello que consideramos de vital importancia que las OLN, más allá de las competencias de nuevo cuño asignadas por la Ley sobre Garantías, sin ir más lejos la posibilidad de adoptar, caso de ser preciso, medidas de protección administrativa –universal o especializada–, no releguen o dejen en un segundo plano –invisibilicen, en definitiva– sus atribuciones de tenor más bien preventivo –tanto con NNA como con las familias–, a la vez que incentiven y doten de la importancia que merecen las campañas locales de promoción y sensibilización del reconocimiento y respeto de los derechos de NNA, así como de sus capacidades de incidencia efectiva en sus entornos cotidianos de vida¹⁴. En suma, hay que huir de las miradas o enfoques excesivamente protecciónistas con los que tradicionalmente este tipo de servicios e instituciones locales –las OPDs para ser más exactos– habían venido operando a lo largo del tiempo, no tanto por una falta de capacitación o de voluntad por parte de sus profesionales, sino más bien por una limitación o escasez en cuanto a los recursos humanos y económicos destinados a afrontar sus diferentes cometidos legales –promoción, prevención, participación y protección de derechos de NNA–, lo que en la práctica llevó a las OPDs a tener que renunciar, o a no poder desarrollar, políticas locales de promoción y prevención de derechos de calidad, o, al menos, no hacerlo con el impacto y alcance esperados.

Con ese afán de superación, y con la idea de implementar paulatinamente la nueva institucionalidad que a nivel municipal propone la Ley sobre Garantías, el proceso de instalación de las OLN se ha venido realizando de forma progresiva a lo largo de todo el territorio nacional. Este itinerario se ha dividido en diferentes etapas, siempre, por supuesto, respetando lo mandatado por la Ley sobre Garantías, la que dispone de un periodo máximo de cinco años para culminar todo este proceso, a contar desde la fecha de publicación de la norma –15 de marzo de 2022–. Ciertamente, el camino se inició en el 2022 con la puesta en marcha de 90 OLN(s)¹⁵, a las que se le sumaron otras 15 comunas en julio del 2023, y otras 94 entre agosto y diciembre del mismo año, lo que arrojaba 199 comunas al concluir el 2023. Posteriormente, y durante el 2024, se contabilizaron 79 nuevas comunas, finalizando este ciclo con 278 OLN(s) en funcionamiento.

¹² HENRÍQUEZ, 2024a, pp. 318-319.

¹³ ASTUDILLO y ASTUDILLO, 2020, pp. 153-154.

¹⁴ AUTOR/A; y RETAMAL, 2017, pp. 62-63.

¹⁵ SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2022; ILLANES y CONTRERAS, 2022, pp. 340-341.

Finalmente, se prevé que durante el 2025 se avance con las restantes 67 comunas y se logre alcanzar 345 OLN(s), lo que vendría a significar que el trabajo ha concluido con dos años de antelación. En este sentido, y según datos aportados por la Defensoría de la Niñez, a finales de 2024 las OLN alcanzaron una cobertura de 3.585.069 NNA, siendo la Región de Arica y Parinacota la que, por el momento, ha conseguido abarcar al 100% de su población infantil y adolescente¹⁶.

Un cuarto elemento acreedor de nuestra atención, dentro de este apartado introductorio relativo al modo de proceder de las OLN, guarda estrecha relación con los criterios arbitrados por la norma para delimitar cuándo una OLN es competente para intervenir en un caso concreto. La respuesta la encontramos perfectamente delimitada en el artículo 67 de la Ley sobre Garantías, en virtud de ello, la regla general viene establecida por el domicilio –entendemos que legal– del NNA o, en su defecto, el de su familia de origen o de la persona que lo tenga a su cuidado. Asimismo, y para el caso que el NNA se encuentre sujeto a una medida de cuidado alternativo, le corresponde conocer del caso a la OLN con jurisdicción en el lugar del domicilio de la familia de acogida –con independencia de cuál sea su modalidad– o de la residencia familiar, según fuere el caso. Finalmente, y a modo de cláusula de cierre, de no ser aplicable ninguna de las pautas anteriormente descritas, la competencia queda determinada por el lugar donde se encuentre el NNA; y, a falta de lo anterior, por el sitio de ocurrencia del hecho de la amenaza o vulneración que ocasiona la intervención de la OLN. En idéntico sentido, se pronuncia el artículo 7 del Decreto N° 3, de 24 de mayo de 2024, que aprueba el reglamento que determina los procedimientos detallados que las OLN deben seguir para el cumplimiento de sus funciones.

II. ÁMBITOS DE INTERVENCIÓN Y FUNCIONES DE LAS OFICINAS LOCALES DE LA NIÑEZ

Tal y como ya avanzábamos en el apartado introductorio de este estudio, las OLN son las encargadas de la protección administrativa de NNA, cometido este que debe ser cumplido dando respuesta efectiva a nivel comunal –entorno más cercano de vida y socialización de NNA y sus familias– al conocido desde la psicología social, como el principio de las tres p(s)¹⁷. En otras palabras, corresponde a las OLN garantizar y dar contenido a la promoción de derechos –primera de las p(s)– a la prevención de vulneraciones –segunda de las p(s)– y a la protección de sus derechos –última, y tercera de las p(s)–¹⁸. Todo ello mediante la planificación, gestión y ejecución de las acciones administrativas que se consideren oportunas, siempre en torno a dos componentes básicos:

¹⁶ DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2025, p. 12.

¹⁷ VERHELLEN, 1997, pp. 80-81; y CASAS, 1998, p. 219.

¹⁸ RAVETLLAT, 2024, pp. 83-84.

la promoción territorial y la gestión integrada de casos (artículo 3 del Decreto N° 15, de 11 de marzo de 2024).

Es por ello que, acto seguido, nos adentramos en el examen pormenorizado de cada una de las funciones o ámbitos de intervención que se les atribuyen a las OLN, para, de este modo, evidenciar el rol trascendental que juegan estos órganos de la administración pública local en el modelo de protección integral de derechos instaurado por la Ley sobre Garantías.

1. *Promoción territorial y defensa de derechos*

Entendemos por promoción todas aquellas acciones destinadas a fomentar el conocimiento y respeto de los derechos de NNA, así como garantizar su efectividad, impulsando las condiciones que favorezcan su pleno ejercicio. Lo apuntado se debe alcanzar mediante políticas públicas, generales y especiales, que determinen acciones concretas conforme con criterios de priorización temática, territorial y condiciones de vulnerabilidad.

Este cometido o encargo aparece claramente atribuido a las OLN en el artículo 66 de la Ley sobre Garantías, en el que se hace referencia expresa a dos aspectos concretos: el primero, concerniente a la necesaria orientación de los NNA y sus familias en el ejercicio de sus derechos (apartado a). Es decir, concienciar, capacitar y sensibilizar tanto a NNA como a sus adultos referentes, así como a la sociedad en general, acerca de los derechos y garantías reconocidos a NNA y el modo –o si se prefiere las vías– de cómo hacerlos efectivos para el caso de que sean vulnerados, a la vez que favorecer la generación de espacios o entornos seguros de vida y crecimiento para NNA; y, el segundo, relativo a la participación social de NNA –con el acompañamiento de sus familias, comunidad y sociedad civil– en la construcción de sus contextos cotidianos de vida (apartado b).

En cuanto a la primera de las funciones asignadas a las OLN en el aludido artículo 66 (letra a) de la Ley sobre Garantías, y para otorgar un sentido y una lógica estructural a la sensibilización, educación y difusión encomendada a estos órganos públicos, los mismos se ven en la necesidad de dotarse de un plan de acción local de niñez y adolescencia. Este plan de acción consiste en un instrumento de gestión municipal que define y organiza las prioridades, objetivos, acciones, responsabilidades, plazos y resultados esperados, para el mejoramiento de la situación de la niñez y la adolescencia, de acuerdo con las singularidades que presenta el respectivo territorio, en consideración con los ejes de la Política Nacional de la Niñez y Adolescencia y su Plan de Acción 2024-2032 (artículo 5 del Decreto N° 15, de 11 de marzo de 2024)¹⁹. En ese sentido, a abril de 2024, tan solo el 8% de las OLN vigentes contaban ya con un Plan de acción local de niñez y adolescencia, lo que denota un notable retraso en la cuestión²⁰.

¹⁹ Para un conocimiento más exhaustivo de esta Política y su plan de Acción analizar el Resumen ejecutivo redactado por la Subsecretaría de la Niñez. Disponible en: https://chilecrecemas.cl/storage/documents/Resumen_ejecutivo.pdf (último acceso 10 de febrero 2025).

²⁰ DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2025, p. 18.

Para la confección, desarrollo y ejecución del mencionado Plan de acción se deben seguir varias etapas, que si bien son lideradas por la OLN también requieren de la intervención de la Mesa de Articulación Interinstitucional Comunal, y de la toma en consideración de los aportes provenientes de los diversos actores locales, entre ellos la sociedad civil y los propios NNA –ya sea organizados mediante el Consejo Consultivo Comunal o de otras iniciativas participativas existentes en el municipio²¹.

Estas diferentes fases, que deben culminar con la adopción de un plan de acción local de la niñez y la adolescencia, principian con la realización de un diagnóstico local, es decir, con el levantamiento de información fidedigna acerca de las particularidades del entorno comunal en el que están creciendo NNA, muy especialmente en lo relativo a factores de riesgo y de protección para su desarrollo y bienestar y el de sus familias. Para alcanzar dicho objetivo, además de recopilar los datos ya disponibles en la comuna respecto del estado de los derechos de NNA, y en aras a ampliar esos antecedentes, se sugiere, en la medida de lo posible, aplicar metodologías de levantamiento de información cuantitativa –por ejemplo, una encuesta de opinión a los NNA de la localidad acerca de cuáles son sus principales preocupaciones–, así como también hacer lo propio acudiendo a técnicas de la investigación de naturaleza cualitativa –*focus group* de NNA, autoridades, familias, instituciones educativas, profesionales de la salud y organizaciones territoriales, entre otros²²; acto seguido, y partiendo de todos esos insumos, y una vez designado un equipo redactor, este debe definir los ejes, objetivos y acciones que forman parte del Plan de Acción Local, que deben ser validados por la Mesa de Articulación Interinstitucional Comunal y por el Consejo Consultivo Comunal de NNA, para a partir de ellos redactar definitivamente el plan local, definiendo las prioridades, determinando los cursos de acción y estableciendo los resultados esperados. Estos documentos deben, finalmente, ser aprobados por la Mesa de Articulación Interinstitucional Comunal. A continuación, y una vez que el municipio ya cuenta con su plan de acción, se viene el periodo de ejecución del mismo con una duración de tres años. Por último, y de forma anual, se debe proceder a su debida evaluación mediante la Mesa de Articulación Interinstitucional Comunal y el Consejo Consultivo Comunal de NNA, identificando el nivel de cumplimiento de las metas fijadas, examinando el grado de logro de las prioridades comprometidas y redefiniendo, en caso de ser necesario, los objetivos o cursos de acción preestablecidos.

Sorprende que la reglamentación que desarrolla el componente de promoción territorial de las OLN se refiera únicamente a la necesidad de elaborar un plan de acción local (artículos 4 y 5 del Decreto N° 15, de 11 de marzo de 2024) y pase por alto, en cambio, la necesidad previa de contar con una política comunal de niñez y adolescencia. En este sentido, parece lógico pensar que un plan de acción, para que tenga verdadero sentido, debe ajustarse y ejecutar los principios y lineamientos contenidos en un antecedente

²¹ Un acercamiento sobre la importancia y las metodologías a utilizar para vincular de forma ética a NNA en la elaboración de políticas públicas puede encontrarse en SARACOSTTI *et al.*, 2022; ETHICAL RESEARCH INVOLVING CHILDREN, 2022; DI IORIO *et al.*, 2021, pp. 121-132.

²² VERGARA *et al.*, 2015, pp. 55-65; THOMSON y GUNTER, 2017, pp. 327-342; THOMSON, 2017, pp. 207-218; SKELTON, 2008, pp. 21-36; y SARACOSTTI, *et al.*, 2015, pp. 211-244.

político local en la que, teóricamente, se sustenta, pues un plan de acción no es más que una herramienta de planificación que permite operacionalizar, en objetivos, resultados y acciones concretas, las previsiones de una política local que muestre la capacidad de liderazgo del gobierno local en materia de derechos de niñez y adolescencia. De no ser así, se pierde buena parte de su significación.

En otro orden de cosas, y acudiendo ahora a la segunda de las funciones asignadas a las OLN en el artículo 66, letra b, de la Ley sobre Garantías, que hace mención al cometido de “fortalecer e impulsar la participación de los niños, niñas y adolescentes, sus familias, comunidades y la sociedad civil en materias relacionadas con la protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes”, llama poderosamente la atención, por su mirada un tanto reduccionista, que las previsiones comprendidas en este precepto se limiten a albergar una simple mención a que dicho objetivo se debe alcanzar por medio de la constitución de Consejos Consultivos Comunales integrados por NNA, como si este fuera el único espacio apto a nivel local para promover, potenciar y visibilizar la agencia activa de NNA en su comunidad. Análoga limitación podemos encontrar en el artículo 4 *in fine* del Decreto N° 15, de 11 de marzo de 2024, cuando de nuevo se vinculan las actividades de participación de NNA, características del componente de promoción territorial de las OLN, únicamente con los Consejos Consultivos Comunales.

De esta suerte, y aun reconociendo la legitimidad e importancia de las OLN en la creación y puesta en marcha de Consejos Consultivos Comunales, con la intención de promover iniciativas de participación infantil y adolescente a nivel municipal que respondan a un modelo de carácter más bien institucionalizado de incidencia pública de NNA, ello no debiera ir en detrimento de la existencia –y por supuesto del fomento– de otros espacios y experiencias participativas igualmente válidas y dignas de ser tomadas en consideración. En no pocas ocasiones, estos conductos más formales de vehicular la participación protagónica de NNA –refiriéndonos con ello a los Consejos Consultivos– corren el riesgo de imitar estructuras eminentemente adultas controladas, consciente o inconscientemente, por el organismo público encargado de liderar dicho proyecto participativo. De este modo, entendemos que no deben menospreciar o invisibilizar, sino justamente todo lo contrario, otras propuestas de participación social que convivan en la comuna y que escapen del que podríamos calificar como oficialismo²³. En realidad, lo sustancial y verdaderamente significativo es que todas y cada una de estas instancias participativas que cohabitán en el municipio se sustenten sobre principios democráticos, donde el protagonismo y el activismo de NNA se vislumbren como los ejes centrales de su articulación y modo de proceder, para evitar, así, incurrir en los clásicos estándares paternalistas-protecciónistas que, por regla general, han venido y siguen informando este tipo de prácticas sociales²⁴.

²³ NOVELLA, 2021, p. 63; PALASÍ y MORATA, 2023, pp. 111-115.

²⁴ MARTÍNEZ y MUÑOZ, 2022, p. 87.

2. *Prevención de vulneración de derechos*

Esta competencia atribuida también a las OLN focaliza su interés en la tarea de detectar oportunamente riesgos de vulneraciones de derechos de NNA, teniendo en consideración los factores de riesgo y los elementos protectores que tanto ellos y ellas, como sus familias y su entorno presentan. Entendemos por factor de riesgo, todo evento, condición o situación que pueda incidir negativamente en la situación de un NNA y que, por esta razón, pueda disminuir las probabilidades de ser sujeto de una futura vulneración de derechos.

En este sentido, las OLN deben desarrollar diversas líneas estratégicas de intervención, entre ellas y enunciando algunas de las más destacadas –específicamente tres– debemos mencionar: en primer lugar, la necesidad de difundir los beneficios y prestaciones garantizados a NNA y sus familias para así fomentar un acceso informado a la oferta local disponible; en segundo término, desplegar estrategias de interacción comunitaria que permitan incidir en la sensibilización y empoderamiento a los NNA para el ejercicio de sus derechos, así como a las familias y comunidades locales en la asunción de su rol de co-garantes de estos derechos; y finalmente, en tercer lugar, planificar y poner en práctica un plan de formación y capacitación en conocimientos y herramientas técnicas a instituciones, programas y organizaciones locales para incorporar el enfoque de derechos de la niñez y la adolescencia a sus discursos y formas de proceder.

En muchos casos el área preventiva y de promoción se consideran y, en consecuencia, funcionan de la mano, en el entendido de que, si hay promoción también hay prevención. Tal circunstancia provoca que esta faceta –la preventiva– también asignada a las OLN reste un tanto invisibilizada, o no adquiera el protagonismo deseado²⁵.

3. *Protección administrativa de derechos*

La protección administrativa de derechos actúa bajo la lógica de un modelo de gestión integrada de casos que opera mediante procedimientos que se encuentran interrelacionados entre sí y que son progresivos en cuanto a la intensidad de las acciones de acompañamiento personal y familiar al NNA. Estas acciones de acompañamiento, a su vez, guardan relación directa con las necesidades de NNA, el nivel de problematización y reconocimiento de sus progenitores o cuidadores, así como a los recursos individuales y familiares con los que cuentan para resolver la situación que provoca la intervención de la OLN.

Así, se reputa que el proceso de gestión integrada de casos implica establecer mecanismos que permitan dar seguimiento a un NNA y su familia por medio de la cadena de derivaciones e intervenciones, usualmente desde más de un sector, hasta que el bienestar del NNA se haya restaurado y protegido²⁶. Efectivamente, no hay que perder de vista que

²⁵ BLOQUE POR LA INFANCIA, 2025, p. 33.

²⁶ UNICEF y LABORATORIO DE INNOVACIÓN PÚBLICA, 2021, p. 10.

cada NNA, al igual que cada familia, es un mundo, con sus particulares características y necesidades, por lo que no siempre se requiere de un mismo procedimiento estandarizado, sino de todo lo contrario. En consecuencia, este modelo de gestión personalizada de casos se debe caracterizar por su flexibilidad y facilidad de adaptación a los requerimientos de NNA y sus familias, de igual modo que a la gravedad de las situaciones que los afecten, en donde algunas familias pueden precisar diferentes niveles de acompañamiento, mientras que otras, en cambio, con una simple orientación básica son capaces de resolver de forma autónoma las dificultades por las que están atravesando. Ello supone redoblar los esfuerzos para que el sistema y sus recursos se adecúen a las verdaderas necesidades de los NNA y sus familias y no a la inversa, como tradicionalmente ha venido acaeciendo. Este cambio de paradigma lleva implícita una apuesta por un modelo innovador, dinámico y dúctil que le permita ir adaptándose a las demandas emergentes y a las nuevas formas de atención que una sociedad en permanente evolución reclama²⁷.

De este modo, y en virtud de lo estipulado en el artículo 8 del Decreto N° 15, de 11 de marzo de 2024, el modelo integrado de gestión personalizada de casos dispone de tres mecanismos diferenciados de intervención: los procedimientos de intermediación; la atención social; y la protección administrativa de derechos, los que, de forma interrelacionada y escalando en la intensidad de las acciones de apoyo y acompañamiento personal y familiar, atienden las diversas necesidades de NNA, considerando también, caso de ser preciso, el procedimiento de seguimiento de la situación vital de egresados del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia.

Igualmente, este modelo de protección administrativa se fundamenta en la idea esencial de resaltar el rol básico de las familias, en sus múltiples dimensiones y facetas, a la hora de satisfacer los derechos de NNA, otorgándoles la prioridad como espacio vital para la realización de los mismos²⁸. En este sentido, si bien el papel del Estado debe ser siempre subsidiario²⁹, ello no se contradice con la circunstancia de que las administraciones públicas –en nuestro caso las OLN– se encuentren del todo ajena a esta tarea privada, sino que se les reserva el deber de colaborar, crear las condiciones y acompañar a las familias con el fin de favorecer y hacer posible que los progenitores –o personas a cargo– estén en las mejores condiciones de poder dar respuesta efectiva a los deberes de crianza y formación que les han sido atribuidos respecto de NNA³⁰.

No en vano, la propia Ley sobre Garantías, en su artículo 15, estatuye como uno de sus principios el de la protección social, señalando como deber del Estado el “asegurar políticas, programas y asistencia apropiados para el fortalecimiento de las familias, que consideren el entorno social en el que se desenvuelven, con el fin de que estas puedan asumir y ejercer adecuadamente el deber de cuidado y protección de sus hijos”³¹.

²⁷ ESTRADA, 2015.

²⁸ HENRÍQUEZ, 2024b, p. 6.

²⁹ PINOCHET y RAVETILLAT, 2015, pp. 78-79.

³⁰ ACUÑA, 2020, p. 116.

³¹ ESTRADA y VALENZUELA, 2023, p. 45.

En otras palabras, los NNA son titulares del derecho a la vida familiar, principalmente a vivir con su familia biológica, y a que las medidas de acompañamiento y protección que debe dispensarles el Estado estén basadas en el fortalecimiento de sus contextos más cercanos y naturales de vida. De este modo, recae sobre el Estado la responsabilidad de promover, de la manera más amplia posible, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar como medida de protección del NNA³².

En definitiva, las OLN deben propender al fortalecimiento de las familias, favoreciendo, siempre que ello no sea contradictorio con el principio del interés superior del NNA, la mantención de los vínculos familiares³³. No en vano, entre las disposiciones generales y los principios aplicables a los procedimientos de las OLN, consagrados en el Decreto N° 3, de 24 de mayo de 2024, se contiene el designio de que estas instancias locales “orienten su atención como una instancia de colaboración, conciliación y apoyo a la función cuidadora de las familias, realizando acciones de fortalecimiento de su rol protector y de derivación a la oferta de servicios a nivel local con el fin de asegurar las condiciones necesarias para el desarrollo integral de los NNA, en resguardo de su interés superior” (artículo 4)³⁴.

Arribados a este extremo, y directamente vinculado con el enfoque de intervención –al lado de las familias y de los NNA– reservado para las OLN, no debemos eludir, y mucho menos minusvalorar, el papel relevante y destacado que se le debe atribuir, dentro de este nuevo modelo de atención social local, al diagnóstico biopsicosocial. Esta evaluación ostenta como finalidad indagar acerca de la situación en que se encuentra el NNA, valorando recursos, factores de riesgo y protectores en los niveles individual, familiar y contextual, para descartar o determinar la necesidad de iniciar alguno de los procedimientos del componente de gestión integrada de casos, esto es, intermediación, atención social o protección administrativa de derechos³⁵.

En términos generales, el diagnóstico biopsicosocial contempla un conjunto de actividades de recopilación y análisis de antecedentes de la situación del NNA y su familia, partiendo con aquellos que ya constan o están disponibles en el sistema de información de la OLN, y prosiguiendo, si el gestor(a) de casos lo estima oportuno, para profundizar en algún aspecto en particular, con la solicitud de información adicional a la institución de la red local que corresponda –colegio, centro de salud, oficina municipal migrante, entre otros–, o realizando entrevistas con el NNA o su familia –bien sea en dependencias de la OLN, en visitas domiciliarias, o en otros entornos seguros del NNA–. Finalizada esta etapa, con toda la información recopilada y los hallazgos respecto de los factores de riesgo y protectores, corresponde al gestor(a) de caso tomar una primera decisión: archivar la solicitud, por entender que no se verifica situación de riesgo alguna que deba ser afrontada desde la OLN; o bien transferir el expediente desde la sede administrativa

³² LAMA, 2024, pp. 54-56 y 99-100.

³³ LEPIN, 2014, p. 16.

³⁴ SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2022, p. 31; y VALENZUELA, 2024, p. 270.

³⁵ SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2024a, p. 4.

a la sede judicial, cuando el escenario que se presenta requiera de la competencia exclusiva de Tribunales de Familia para dictar medidas de separación, que suspendan o limiten relaciones familiares; o proseguir con alguno de los procedimientos de la gestión integrada de casos, en cuya eventualidad se iniciará la elaboración de una propuesta de Plan de Intervención Personalizado –en adelante PIP– que debe ser presentado al NNA –atendiendo a su edad y autonomía progresiva– así como a su familia³⁶.

En caso darse esta última contingencia, abordamos, en las próximas líneas, el examen de los diferentes procedimientos de gestión integrada susceptibles de ser adoptados por las OLN.

3.1. Procedimiento de intermediación

Una vez efectuado el diagnóstico biopsicosocial si los antecedentes estudiados denotan uno o diversos factores de riesgo que pueden ser abordados mediante orientación y gestión de la oferta local de prestaciones, se debe iniciar de inmediato un procedimiento de intermediación. En este supuesto, la OLN no decreta ninguna medida de protección administrativa –de las listadas en el artículo 68 de la Ley sobre Garantías–, sino que simplemente guía o acompaña a la familia, y, en caso de ser preciso, activa la oferta local de prestaciones para asegurar las condiciones necesarias para el desarrollo del NNA. En otras palabras, las OLN asumen un rol de apoyo activo al NNA y sus familias con el único propósito de facilitar que estas últimas se encuentren en las mejores condiciones para dar efectivo cumplimiento a su deber de garantizar el desarrollo integral de NNA.

En resumen, la OLN en el desempeño de un procedimiento de intermediación no asume un planteamiento de confrontación, fiscalización o enjuiciamiento de las personas, sino que, por el contrario, procura involucrar a las familias –así como a los NNA, en atención a su edad y estado de madurez– en un diálogo constructivo que facilite la identificación, caso de existir, de las verdaderas necesidades de acompañamiento y apoyo que se susciten en cada caso concreto. Esta manera de proceder busca contribuir al fortalecimiento de la participación general de todos los actores comprometidos en la atención y protección de los derechos de NNA. En igual medida, coadyuva a la realización de los derechos de la infancia y la adolescencia al ofrecer a las instituciones públicas locales, a las familias y a NNA la oportunidad de colaborar conjuntamente en la mejora de las condiciones de vida de este colectivo de la población en particular situación de vulnerabilidad³⁷.

³⁶ SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2024b, pp. 4-5.

³⁷ DAVID y NASH, 2010, pp. 173-174; y NEWMANN *et al.*, 2023.

3.2. Procedimiento de atención social

Este nivel de intervención corresponde a los casos de NNA que, a tenor de lo valorado en el diagnóstico biopsicosocial, presentan factores de riesgo o situaciones de amenaza o vulneración de derechos que pueden ser abordados mediante una intervención social y acompañamiento a la familia, por existir reconocimiento, problematización e interés por parte de sus cuidadores, así como recursos personales o familiares que permitan resolver la situación, ya sea acudiendo a la gestión de la oferta local o complementariamente con atenciones que realice la propia OLN. Ante tal eventualidad, al igual que sucediera en el inciso anterior, tampoco se adopta por parte de la OLN medida de protección alguna, ni se inicia como tal un procedimiento de protección administrativa –desarrollado en el artículo 72 de la Ley sobre Garantías–. De nuevo, la intervención toma base, se fundamenta en definitiva, en un acuerdo colaborativo celebrado entre el órgano de la administración local y las familias.

3.3. Protección administrativa de derechos: universal o especializada

Este tercer nivel de intervención se cautela para aquellos casos que involucran a NNA con factores de riesgo o situaciones de amenaza o vulneración de derechos, que necesitan de medidas administrativas de protección por no existir reconocimiento o problematización de tales circunstancias por parte de las personas encargadas de su cuidado o por no ser suficientes los recursos personales o familiares de las mismas para poder ponerles fin.

A su vez, dentro de esta categoría de procedimientos de protección administrativa de derechos, encontramos aquellos catalogados como de carácter universal, cuando no contemplan medidas que involucren al Servicio de Protección Especializada, o, por el contrario, aquellos otros considerados como de naturaleza especializada, que se suscitan cuando se precisa de medidas de derivación a un programa de intervención ambulatorio administrado por dicho servicio. En otras palabras, entre ambos procedimientos, tan solo existe una diferencia programática, y no tanto de carácter conceptual³⁸.

Partiendo, en primera instancia, con el procedimiento de protección administrativa universal de derechos (artículo 66 e y g de la Ley sobre Garantías), corresponde a las OLN iniciar, gestionar y realizar este tipo de intervenciones ante la detección de riesgos de vulneración de derechos, interpretando como tales toda acción u omisión que tenga una potencialidad inminente de limitar o privar al NNA del ejercicio de uno o más de los derechos que le son reconocidos. Ante tal eventualidad, la OLN está llamada –de oficio o a instancia de parte– a recepcionar los antecedentes del caso y elaborar un diagnóstico biopsicosocial del NNA y su familia.

Acto seguido, y una vez confeccionado el diagnóstico biopsicosocial, el Coordinador(a) de la OLN, caso de considerarlo oportuno y siempre atendiendo al principio del interés

³⁸ MORLACHETTI, 2013, p.11 y MORLACHETTI, 2022, pp. 22-23.

superior del NNA, puede decidir adoptar una o diversas medidas de protección llamadas a eliminar –o a reducir– el riesgo de vulneración de derechos previamente identificado. A lo dicho, hay que añadir, además, la necesidad de elaborar –bajo la guía del gestor(a) de casos– un plan de intervención personalizado con el NNA y su familia, si corresponde³⁹. Este plan es consignado en un acuerdo o convenio celebrado entre la OLN y el NNA y su familia, quienes de manera voluntaria se comprometen a respetar sus previsiones⁴⁰. A mayor abundamiento, y solo para el procedimiento de protección administrativa –ya sea universal o especializado–, este PIP se reduce a un acta que debe ser firmada tanto por el gestor(a) como el familiar que acompaña al NNA y por este último, si es que así se estimare oportuno. Finalmente, esta acta es sancionada por el Coordinador(a) de la OLN mediante una resolución que consigna la medida administrativa de protección acordada, la que debe ser necesariamente una de las contenidas en el artículo 68 de la Ley sobre Garantías.

De esta suerte, los planes de intervención personalizados pueden contener acciones de diversa índole, ya sean de carácter psicosocial o socioeducativo. Sin ir más lejos, y a título meramente ejemplificativo, algunas de las cuestiones que son susceptibles de ser abordadas, atendiendo a las particularidades propias de cada caso concreto, son las relativas a la sensibilización en derechos de NNA, la crianza respetuosa, la fijación de normas y límites, la formación en competencias parentales, emocionales y comunicacionales, por citar solo algunas, y estas pueden ser tratadas tanto en sesiones individuales como en talleres grupales.

Adoptado el acuerdo, la OLN debe dar inicio a la puesta en práctica de la o las medidas de protección administrativa, derivando a los NNA, y sus familias, a los órganos o entidades competentes, en atención con lo estipulado en el plan de intervención y el acuerdo firmado entre las partes, con el objeto de que puedan acceder a las prestaciones y ayudas sociales precisas para el debido resguardo de los derechos de NNA. Las instituciones que intervienen con el NNA o sus familias asumen la responsabilidad de informar debidamente de sus actuaciones, en tiempo y forma, a la OLN. En este punto, es especialmente relevante que se derive a las familias y a NNA a aquellos servicios y prestaciones disponibles en la comuna, gestionando alternativas y, en su caso, levantando la alerta de la brecha existente, en caso de no encontrarse la oferta disponible.

Para emprender este proceso de trabajo con las familias, desde la Subsecretaría de la Niñez se ha optado por seguir un método de intervención identificado como Modelo Centrado en Tareas⁴¹. Esta metodología de la actuación social se centra en la consecución de diversos objetivos específicos –en nuestro caso por las familias– mediante la realización de cometidos vinculados con la resolución de las problemáticas o falencias identificadas por el instrumento de diagnóstico –biopsicosocial– y reconocidos como dificultades por parte de las propias familias.

³⁹ SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2024b, p. 7.

⁴⁰ ESTRADA, 2023, p. 341.

⁴¹ TOLSON, 2003.

No obstante lo apuntado, si los progenitores, personas responsables del cuidado de un NNA o cualquier otro individuo dificultan o impiden la debida ejecución de la medida acordada, o bien la incumplen de modo grave o de manera reiterada e injustificada, le corresponde a la OLN –concretamente al gestor/a de casos– valorar la procedencia de ponerlo en conocimiento del Tribunal de Familia competente atendiendo al interés superior del NNA y siempre, por supuesto, razonando su toma de decisión. Ante tal tesitura, el citado órgano jurisdiccional puede, esencialmente, inclinarse por dos opciones: o bien, ordenar los apremios que se estimen oportunos para lograr su cumplimiento forzado, devolviendo, inmediatamente, el expediente a la OLN; o, por el contrario, determinar que el caso requiere de una medida de protección especializada de carácter judicial, reteniendo en consecuencia el asunto e informando de ello a la correspondiente OLN (artículos 66 y 70 de la Ley sobre Garantías).

Finalmente, y para con ello cerrar el procedimiento de protección administrativa universal –aunque en idénticos términos debemos pronunciarnos en el seno de la protección administrativa especializada–, constatar que también compete a la OLN asumir el seguimiento y monitoreo de las medidas de protección adoptadas y de los planes de intervención personalizados comprendidos en ellas, así como de la situación vital de los egresados de los programas de protección especializada del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia. En consecuencia, y basados en el seguimiento de cada expediente administrativo, el coordinador(a) de la OLN se encuentra en predisposición de decidir, fundadamente, el cese, continuidad o modificación de las medidas de protección administrativa que en su momento fueron adoptadas⁴².

Refiriéndonos ahora al procedimiento de protección administrativa especializada de derechos (artículo 66 f y g de la Ley sobre Garantías), debemos indicar que corresponde también a las OLN la potestad de iniciar, gestionar y realizar este tipo de intervenciones frente a la situación de NNA que se encuentren vulnerados en uno o más de sus derechos.

Efectivamente, recibidos los antecedentes del caso y confeccionado el diagnóstico biopsicosocial del NNA y su familia, si la OLN alberga fundadas sospechas de que este se encuentra vulnerado en uno o más de sus derechos, debe derivarlo –en un plazo de 24 horas– al programa de diagnóstico clínico especializado del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia más cercano a su domicilio. Todo ello con el objetivo o finalidad de descartar o confirmar la posible concurrencia de derechos. Lo recientemente apuntado debemos hacerlo extensible a cualquier etapa de los diversos procedimientos de gestión integrada de casos.

Para efectivizar esta derivación al programa de diagnóstico clínico, la OLN puede acudir a la adopción de una medida de protección administrativa de urgencia (artículos 14.3 y 28.1 del Decreto Supremo N° 3), donde se solicita a la Dirección Regional del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia la asignación

⁴² A tenor de lo estipulado en el Decreto Supremo N° 3 (2024), el monitoreo del Plan de Intervención Personalizado tiene plazos específicos según el tipo de procedimiento: intermediación, al menos cada 2 meses; atención social, al menos cada 2 meses; y procedimiento de protección administrativa, como mínimo cada 3 meses.

de cupo para un programa de Diagnóstico Clínico Especializado⁴³. Una vez asignado este cupo, la OLN debe remitir los antecedentes que posee respecto del caso al programa correspondiente para la realización de tal evaluación⁴⁴.

Acto seguido, y para el supuesto que el diagnóstico clínico especializado corrobore la vulneración de derechos, la OLN debe iniciar un proceso de protección administrativa especializada, elaborar un plan de intervención personalizado con el NNA y su familia, si fuera el caso, y adoptar –correspondiendo ello al coordinador(a) de la OLN– las medidas de protección administrativa que correspondan, que en ningún caso podrán significar la separación del NNA de su contexto familiar, sino que, por el contrario, suponen su derivación, y en el caso de su familia, a uno o varios programas ambulatorios del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia. En este sentido, y a modo de simple recordatorio, no olvidar que atañe a la OLN la adopción de la o las medidas de protección, mientras que su ejecución efectiva, en cambio, es encomendada al Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, todo ello bajo la supervigilancia de la Subsecretaría de la Niñez del Ministerio de Desarrollo Social y Familia (artículo 57 de la Ley sobre Garantías)⁴⁵.

Además, y al igual que acaeciera al referirnos a las medidas de protección administrativa universal, en el caso de que un NNA o su familia no cumplan con el plan de intervención acordado, no adhieran al programa de diagnóstico especializado o al programa de intervención del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia al que la OLN lo haya derivado para poner fin y restablecer su situación de vulneración de derechos, la propia OLN ostenta la obligación de comunicarlo inmediatamente al Tribunal de Familia competente, para que sea este quien, de manera fundada, ordene los apremios pertinentes para su cumplimiento forzado, o bien considere que procede alguna de las medidas de protección de su exclusiva competencia previstas en la Ley N° 19.968 (artículos 66 y 70 de la Ley sobre Garantías).

Por último, y a título de cierre del presente acápite, consideramos que el impacto de la protección administrativa en el comportamiento de las causas que ingresan por medidas de protección a los tribunales de familia aún no puede ser evaluado de forma certera, debido al poco tiempo transcurrido desde la entrada en vigencia del Decreto N° 3 –agosto 2024-. No obstante, y a tenor de los datos suministrados por el Poder Judicial, las cifras de ingresos por medidas de protección de derechos a los tribunales con competencias en materia de familia muestran una leve tendencia a la disminución en la diferencia porcentual de causas correspondientes a agosto-diciembre de 2024,

⁴³ También existe la posibilidad de que las propias municipalidades, en atención a lo previsto en el artículo 4 de la Ley N° 20.032, ostentan la opción de acreditarse como órganos colaboradores del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, para postular a la licitación de los programas de la línea de acción de diagnóstico clínico especializado, pericia y seguimiento de casos.

⁴⁴ Esta remisión debe ajustarse al procedimiento de asignación de cupo previsto en el artículo 19 de la Ley N° 21.302 y el artículo 6 del Decreto Supremo N° 12 de 2021, que aprueba el reglamento sobre el procedimiento para la asignación de cupos en proyectos de protección especializada del Servicio.

⁴⁵ ESTRADA, 2022, pp. 386-387.

atendiendo al porcentaje de población de NNA que tiene como referencia una OLN, en contraste con las que no⁴⁶.

CONCLUSIONES

En primer término, constatamos que el modelo mixto de protección de derechos de NNA apuesta, definitivamente, por desestimar la necesidad de tener que acudir, en todo caso, a un procedimiento judicial, por encontrarse este excesivamente sobrecargado y revelarse como claramente inoperativo ante determinadas circunstancias de amenaza o conculcación no grave de derechos, que precisamente por no serlo enervan o hacen innecesaria la presencia de esta autoridad jurisdiccional.

Ahora bien, aun siendo cierto lo anterior, para lograr que este nuevo sistema se asiente de forma efectiva, consideramos como imprescindible delinear una clara y nítida distribución competencial entre los diferentes agentes partícipes del proceso, evitando con ello el riesgo de generar una superposición de actuaciones que den lugar a derivaciones circulares innecesarias –entre el nivel administrativo y el judicial– o que provoquen altas cuotas de complejidad en el funcionamiento de esta red articulada de intervención. En suma, el éxito o fracaso del modelo dependen en gran medida de que la atribución de prerrogativas –entre los diferentes niveles de la administración del Estado– se fundamente en unos criterios normativos claros e indubitosos, alejados de cualquier atisbo de subjetividad o arbitrariedad.

De igual modo, y en segundo lugar, concluimos que las funciones de protección administrativa asignadas a las OLN están informadas por un principio de subsidiariedad progresiva, esto es, el alcance e intensidad de sus intervenciones –sea adoptando o no medidas de protección administrativa– viene condicionado por dos aspectos primordiales: el grado de riesgo, amenaza o vulneración de derechos que sufra el NNA en el seno familiar; y, los factores de riesgo y protección presentes, y el grado en que lo están, en el contexto de vida familiar de ese NNA. Es por ello que juzgamos como de vital importancia que las OLN integren a NNA y sus familias como parte de la solución, es decir que sean contemplados no únicamente como meros beneficiarios de los servicios, sino como agentes protagónicos intervinientes del proceso iniciado, trabajando desde sus fortalezas y capacidades, y no solo desde sus riesgos y necesidades.

⁴⁶ En virtud de los datos estadísticos recopilados por el Poder Judicial, en las zonas con 100% de cobertura de las OLN –caso, por ejemplo, de la Región de Arica y Parinacota–, en agosto 2024 ingresaron al Tribunal 4.647 causas protectivas, mientras que en diciembre 2024 la cifra se redujo a 3.536. DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2025, pp. 20-21.

BIBLIOGRAFÍA

- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2020: "Los deberes de los padres respecto de sus hijos: asegurando su protección y bienestar", en Carmen Domínguez (editora), *Convención Internacional de los Derechos del Niño. Estudios y experiencias en Chile y Latinoamérica a 30 años de su vigencia*, Santiago de Chile: Thomson Reuters, pp. 110-131.
- ASTUDILLO MEZA, Constanza y ASTUDILLO GONZÁLEZ, Camila, 2022: "Reflexiones en torno al derecho a la inclusión de niños, niñas y adolescentes", en Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores), *Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 147-170.
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2022: "Los derechos de la niñez y su incorporación en el Derecho chileno", en Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores), *Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 19-51.
- BLOQUE POR LA INFANCIA, 2025: *Informe de monitoreo de la Ley 21.430 sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia. Estudio de casos en la implementación de las oficinas locales de la niñez en 13 comunas de Chile*, Santiago de Chile: Bloque por la Infancia.
- CASAS AZNAR, Ferran, 1998: *Infancia: perspectivas psicosociales*, Barcelona: Paidós.
- COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO, 2003: *Observación General núm 5, Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 27 de noviembre de 2003*, Documento CRC/GC/2003/5.
- CONTRERAS SAAVEDRA, Paul, 2024: "El interés superior del niño y su aplicación en procedimientos de medidas de protección", en Alexis Mondaca *et al.* (editores.), *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia III. El interés superior del niño, niña y adolescente en el contexto de la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 205-223.
- CONTRERAS SAAVEDRA, Paul, 2021: "Medidas de protección", en: Alexis Mondaca y Alejandra Illanes (editores), *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 245-267.
- CUNILL-GRAU, Nuria, 2014: "La intersectorialidad en las nuevas políticas sociales. Un acercamiento analítico-conceptual", *Gestión y Política Pública*, N° 1, pp. 5-46.
- DAVID, Valeska y NASH, Claudio, 2010: "Igualdad y no discriminación en el sistema interamericano de derechos humanos", en Claudio Nash e Ignacio Mújica (editores), *Derechos humanos y juicio justo*, Lima: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, pp. 159- 212.
- DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ, 2025: *Balance inicial de la implementación de las Oficinas Locales de la Niñez*, Santiago de Chile: Defensoría de los Derechos de la Niñez.
- DI IORIO, Jorgelina; LENTA, Malena; y GUEGLIO, Constanza, 2021: "De la retórica a la gramática de la investigación con niñas, niños y adolescentes", *Sociedad e Infancias*, N° 5, pp. 121-132.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco y VALENZUELA RIVERA, Ester, 2023: *Ley 21.430, sobre garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia*, Santiago de Chile: Academia Judicial de Chile.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2023: "Promesas pendientes. Panorámica y aspectos críticos de la Ley 21.430 de Garantías y Protección de derechos de la Niñez", *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, N° 82, pp. 311-367.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2022: "Vino viejo, odre viejo, nueva etiqueta. Una panorámica de la Ley del nuevo Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia",

- en Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores), *Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 357-393.
- ESTRADA VÁSQUEZ, Francisco, 2015: "Principios del procedimiento de aplicación de medidas de protección de derechos de niños y niñas", *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, N° 82, pp. 311-367.
- ETHICAL RESEARCH INVOLVING CHILDREN, 2022: *Ethical Research Involving Children Charter*, Florencia: Innocenti Research Centre. UNICEF.
- HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio, 2024a: "Tutela judicial efectiva en la Ley sobre Garantías y Protección Integral de Derechos", en Alexis Mondaca *et al.* (editores), *Lecciones de derecho de la infancia y adolescencia III. El interés superior del niño, niña y adolescente en el contexto de la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 307-329.
- HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio, 2024b: "Análisis crítico del estado actual del Sistema de Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 40, pp. 1-28.
- HENRÍQUEZ GALINDO, Sergio, 2023: *Ley de Garantías y Protección Integral de Derechos de la Niñez y Adolescencia en Chile. Análisis crítico de la Ley N° 21.430*, Santiago de Chile: Der Ediciones.
- ILLANES VALDÉS, Alejandra y CONTRERAS SAAVEDRA, Paul, 2022: "Protección especializada en el contenido del sistema de garantías y protección integral de los derechos de la niñez y adolescencia. La protección dentro de la protección", en Isaac Ravetllat y Alexis Mondaca (editores), *Comentarios a la Ley sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Infancia y la Adolescencia*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 319-356.
- LAMA GÁLVEZ, Belén, 2024: *Derecho de relación directa y regular. Estudio desde la perspectiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, 2024: "Ley de Garantías y Protección Especializada: ajustes necesarios ante un cambio de paradigma", en Fabiola Lathrop (editora), *Perspectivas globales sobre el Derecho de Familias. Actas del Congreso Internacional de Derecho de Familias 2023*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 237-252.
- LATHROP GÓMEZ, Fabiola, 2014: "La protección especial de derechos de niños, niñas y adolescentes en el Derecho chileno", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, pp. 197-229.
- LEPIN MOLINA, Cristián, 2014: "Los nuevos principios del Derecho de Familia", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 23, pp. 9-55.
- MARTÍNEZ NEIRA, María Delia y MUÑOZ ZAMORA, Graciela, 2022: *Encuentros ciudadanos de niños y niñas 2019-2020*, Santiago de Chile: Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación.
- MORLACHETTI, Alejandro, 2022: "Introducción a los sistemas nacionales de protección integral de la infancia y la adolescencia en América Latina", en Isaac Ravetllat *et al.* (editores), *Sistemas Nacionales de Protección Integral de los Derechos de la Niñez y la Adolescencia en América Latina: estado de aplicación y desarrollo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 15-33.
- MORLACHETTI, Alejandro, 2013: *Sistemas nacionales de protección integral de la infancia: fundamentos jurídicos y estado de aplicación en América Latina y el Caribe*, Santiago de Chile: Cepal y Unicef.
- NEWMANN, Constance; NAYEBARE, Alice; NIDIAYE, Ndye; OKELLO, Patrick; GUEYE, Abdou; BIJOU, Sujata; BA, Selly; GAYE, Sokhna; COUMBA, Ndye; GUEYE, Babacar; DIAL, Yankouba; y NDOYE, Maimouna, 2023: "Systemic structural gender discrimination and inequality in the health workforce: theoretical lenses for gender analysis, multi-country evidence and implications for implementation and HRH policy", *Human Resources for Health*, Vol. 21, N° 37, pp. 2-12.
- NOVELLA CÁMARA, Ana María; MATEOS BLANCA, Tania; CRESPO TORRES, Ferran; y LÓPEZ GONZÁLEZ, Aitor, 2021: "Escenarios de participación de la infancia: oportunidades para la

- coproducción en los municipios”, *Pedagogía social: Revista Interuniversitaria de Comunicación y Educación*, N° 38, pp. 61-76.
- PALASÍ LUNA, Eva y MORATA GARCÍA, Txus, 2023: “Ocio y participación de niñas, niños y adolescentes: el tiempo libre educativo como marco de construcción de ciudadanía activa”, en Isaac Ravetllat y Vicente Cabedo (editores), *Participación social de los niños, niñas y adolescentes. Guía de buenas prácticas para su desarrollo*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 111-151.
- PINOCHET OLAVE, Ruperto y RAVETLLAT BALLESTÉ, Isaac, 2015: “El principio de mínima intervención del Estado en los asuntos familiares en los sistemas normativos chileno y español”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 44, pp. 69-89.
- RETAMAL RETAMAL, Alejandra, 2017: *Atención de la infancia vulnerable en Chile; diagnóstico sobre su institucionalidad y propuestas de mejoras*, Santiago de Chile: Cuadernos de Trabajo del Centro UC de la Familia, 1, Pontificia Universidad Católica de Chile.
- SARACOSTTI, Mahia; TORO, Ximena; y VEAS FLORES, Alicia, 2022: *Pequeños grandes investigadores para que niños, niñas y adolescentes aprendan a investigar sobre compromiso escolar y otros temas*, Santiago de Chile: Universidad Autónoma de Chile.
- SARACOSTTI, Mahia; CARO, Pamela; GRAU, María Olaya; KINKEAD, Ana; y VATTER, Nicolás, 2015: “El derecho de participación en la niñez: alcances y desafíos para la investigación social”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, N° 62, pp. 211-244.
- SKELTON, Tracey, 2008: “Research with children and young people: exploring the tensions between ethics, competence and participation”, *Children's Geographies*, Vol. 6, N° 1, pp. 21-36
- SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2024a: *Gestión integrada de casos Fase N° 1: elaboración del diagnóstico biopsicosocial. Oficinas Locales de la Niñez*, Santiago de Chile: Subsecretaría de la Niñez.
- SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2024b: *Gestión integrada de casos Fase N° 2: elaboración y aprobación del plan de intervención personalizado. Oficinas Locales de la Niñez*, Santiago de Chile: Subsecretaría de la Niñez.
- SUBSECRETARÍA DE LA NIÑEZ, 2022: *Orientaciones técnicas para la instalación de las Oficinas Locales de Niñez*, Santiago de Chile: Subsecretaría de la Niñez.
- THOMSON, Fionagh, 2017: “Are methodologies for children keeping them in their places?”, *Children's Geographies*, Vol. 5, N° 3, pp. 207-218
- THOMSON, Pat; y GUNTER, Helen, 2017: “The methodology of students-as-researchers: valuing and using experience and expertise to develop methods”, *Discourse Studies in the Cultural Politics of Education*, Vol. 28, N° 3, pp. 327-342.
- TOLSON, Reid, 2003: *Generalist practice: a Task-Centered Approach*, New York: Columbia University Press.
- UNICEF y LABORATORIO DE INNOVACIÓN PÚBLICA, 2021: *Modelo de gestión para un sistema local de protección integral de los derechos de la niñez*, Santiago de Chile: Unicef.
- VALENZUELA RIVERA, Ester, 2024: “El Servicio de Protección Especializada de la Niñez y Adolescencia: una oportunidad de protección para los niños, niñas y adolescentes”, en Fabiola Lathrop (editora), *Perspectivas globales sobre el Derecho de Familias. Actas del Congreso Internacional de Derecho de Familias 2023*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 253-274.
- VERGARA, Ana; PEÑA, Mónica; CHÁVEZ, Paulina; y VERGARA, Enrique, 2015: “Los niños como sujetos sociales. El aporte de los nuevos estudios sociales de la infancia y el análisis crítico del discurso”, *Psicoperspectivas*, Vol. 14, N° 1, pp. 55-65.
- VERHELLEN, Eugeen, 1997: *Convention on the Rights of the Child*, Gent: Garant Publishers.

Jurisprudencia citada

CORTE de Apelaciones de La Serena, sentencia de 27 de noviembre de 2024, rol 627-2024.

Normas e instrumentos citados

CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño, adoptada el 20 de noviembre de 1989. Publicada en Chile el 27 de septiembre de 1990.

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

LEY N° 21.430, sobre Garantías y Protección Integral de los Derechos de la Niñez y Adolescencia, publicada el 15 de marzo de 2022.

LEY N° 21.302, de creación del Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, publicada el 5 de enero de 2021.

LEY N° 19.968, de creación de los Tribunales de Familia, publicada el 30 de agosto de 2004.

DECRETO SUPREMO N° 15, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el reglamento que determina la normativa técnica y metodológica que deben cumplir las oficinas locales de niñez y las demás normas para su adecuado funcionamiento, publicado el 11 de marzo 2024.

DECRETO N° 3, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el Reglamento que determina los procedimientos detallados que las oficinas locales de niñez deberán seguir para el cumplimiento de sus funciones, en particular, el procedimiento para la apertura de procesos de protección administrativa y para la adopción de medidas de protección, publicado el 24 de mayo de 2024.

DECRETO N° 11, del Ministerio de Desarrollo Social y Familia, que aprueba el reglamento que regula el procedimiento de tutela administrativa de derechos para garantizar un debido proceso y la efectiva cautela de estos, según lo previsto en el artículo 60 de la Ley N° 21.430, publicado el 18 de enero de 2023.

Automatización, trabajo y protección: acerca del despido tecnológico en Chile

*Álvaro Domínguez Montoya**

RESUMEN

En la presente investigación se propone un estudio sistemático y crítico de la automatización como justificación del término del contrato de trabajo y sus efectos, enfocándose en su encuadre normativo, desarrollo dogmático y respuesta jurisprudencial a propósito de su legalidad y alcances jurídicos en el ordenamiento jurídico chileno.

Automatización; Despido; Necesidades de la Empresa

Automation, work, and protection: On technological dismissal in Chile

ABSTRACT

This research proposes a systematic and critical study of automation as a justification for the termination of the employment contract and its effects, focusing on its regulatory framework, dogmatic development and jurisprudential response regarding its legality and legal scope in the Chilean legal system.

Automation; Dismissal; Company Needs

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Máster y Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Barcelona, España. Profesor asociado del Departamento de Derecho Laboral, Universidad de Concepción, Chile. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-9059-6730>. Correo electrónico: adominguez@udec.cl.

El presente artículo es resultado del proyecto de investigación VRID N°2023000801INI de la Universidad de Concepción, denominado “Despido y nuevas tecnologías: problemáticas y soluciones en el ordenamiento jurídico chileno”.

Artículo recibido el 5.9.2024 y aceptado para su publicación el 25.6.2025.

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación se centra en el estudio de la automatización y cambios tecnológicos como justificación de la extinción del contrato de trabajo y sus efectos jurídicos en el ordenamiento jurídico chileno.

En este contexto, su objetivo es generar un estudio que permita identificar los problemas que presenta nuestra legislación, doctrina y jurisprudencia respecto de la causa tecnológica en el encuadre del despido por necesidades de la empresa, con miras en buscar soluciones desde una perspectiva que otorgue centralidad al trabajo en nuestro modelo jurídico.

En cuanto a sus objetivos específicos buscamos determinar los alcances de la automatización en relación con la causal de despido por medio del análisis de sus rasgos fundamentales; efectuar un análisis de sus aspectos sustantivos de manera unitaria y coherente con los fines del Derecho del Trabajo; y críticamente servir de fundamento para cuestionar su desarrollo en nuestro ordenamiento jurídico.

La metodología utilizada consiste en un estudio sistemático y analítico de fuentes normativas, doctrinarias y jurisprudenciales.

El perfil adoptado será el de una investigación “sistematizadora”, de *lege data y lege ferenda*¹, analizando los aspectos generales, características y fundamentos de la automatización y su impacto jurídico para el Derecho del Trabajo, estudiando la relación entre la irrupción de nuevas tecnologías y los estándares de protección del despido.

Respecto de la jurisprudencia utilizada, se analizaron y sistematizaron sentencias emanadas de los Tribunales Superiores de Justicia²⁻³, debido a su importancia para la configuración de nuestro sistema recursivo laboral⁴⁻⁵.

En este contexto, del universo estudiado, se utilizó una muestra intencional⁶. El criterio de selección fue el de “casos típicos”⁷ en su variante de “casos críticos”⁸, resultando así un análisis de sentencias en que existía un pronunciamiento de fondo, cuando

¹ COURTIS, C., 2006, p. 118.

² Cortes de Apelaciones (SCA) y Corte Suprema (SCS).

³ La jurisprudencia analizada fue la dictada por los tribunales superiores de justicia chilenos de los últimos 10 años, utilizando como base de datos “Base Jurisprudencial del Poder Judicial” disponible en <https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia>, donde exista un pronunciamiento de fondo.

⁴ Lo anterior debido a la importancia del Recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral y su exigencia de procedencia según el artículo 483 del Código del Trabajo.

⁵ De igual forma, como motivo de no estudiar la jurisprudencia de los Juzgados de Letras del Trabajo de Concepción, fue porque se detectaron investigaciones que realizaban estudios acerca de los pronunciamientos de tribunales laborales de instancia, cuyas conclusiones y observaciones fueron utilizadas en el cuerpo de esta investigación. Estos estudios corresponden a dos tesis de maestría en Derecho del Trabajo del Magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social de la Universidad de Concepción: Rivas Márquez, J., 2021 y Villa Valenzuela, M., 2024.

⁶ VERD, J. y LOZAREZ, C., 2016, pp. 113-155.

⁷ VERD, J. y LOZAREZ, C., 2016, p. 121.

⁸ VERD, J. y LOZAREZ, C., 2016, p. 121 y LECOMPTE, M. y PREISSEL, J., 1993, p. 77.

se desarrollaba y profundizaba la concurrencia de necesidades de la empresa en relación con la automatización como justificación del despido, permitiendo así observar su implantación en la estructura normativa existente en nuestro ordenamiento jurídico. El análisis de las sentencias fue de contenido cualitativo de texto⁹.

II. TRABAJO, AUTOMATIZACIÓN Y DESPIDO

1) *Tecnología y trabajo: viejo vino en nuevas copas*

Los embates y dilemas de la “segunda ola” de transformación del mundo del trabajo por los avances de las tecnologías no son nuevos¹⁰. La tecnología es obra del trabajo humano y este, parojojalmente, ha resultado ser modelado por el mismo¹¹. Trabajo y tecnología “han discurrido siempre de la mano”, aunque no siempre de manera pacífica¹².

Esta tensión ha sido planteada por los teóricos del capitalismo industrial¹³ a propósito de la tentación originaria de emplear las máquinas para sustituir el trabajo, con el fin de aumentar las ganancias de producción y reducir los costos propios de la explotación del giro de la actividad mercantil, apuntando a una forma de empresa “más perfecta”: aquella que puede prescindir totalmente “del trabajo de las manos”¹⁴. De esta forma la relación entre trabajo y tecnología inicia con la profecía del reemplazo de hombres y mujeres por las máquinas¹⁵, asumiendo su encarnación más moderna en el “debate acerca de la destrucción del trabajo por la automatización”¹⁶.

Contemporáneamente esta cuestión se reedita en el concepto del *digital labor*, noción designada para referir a la automatización completa de las secuencias de trabajo y de los procesos laborales, conjugando los avances en el campo de la robótica y en el análisis de datos, siendo sinónimo de la automatización total y, a fin de cuentas, de la sustitución del trabajo humano por el de nuevas tecnologías¹⁷.

La cuestión aquí planteada ha generado dos líneas de pensamiento que se enlazan con el rol del derecho del trabajo y, por lo mismo, con sus instituciones, fines y funciones.

La primera de estas tesis, de corte determinista y basada en estudios prospectivos¹⁸, es la del fin del trabajo. Plantea que la incorporación de las nuevas tecnologías afectará

⁹ VERD, J. y LOZAREZ, C., 2016, pp. 305-309.

¹⁰ BRYNJOLFSSONS, E. y MACAFFE, A., 2014, pp. 7 y 8.

¹¹ FREY, C. y OSBORNE, M., 2017, p. 254.

¹² FERNÁNDEZ, M., 2020, p. 11.

¹³ DAVID RICARDO, D., 1817; Etzler, J., 1836; Babbage, C., 1832.

¹⁴ ANDREW, U., 1835.

¹⁵ Encarnó lo anterior el Ludismo y sus predecesores motines Van Daal, J., 2015; Rule, J., 199; Rude, G., 2013; Hosbsawm, E., 1987, p. 16-31.

¹⁶ CASILLI, A., 2018, p. 51.

¹⁷ CASILLI, A., 2022.

¹⁸ BRYNJOLFSSONS, E., y MACAFFE, A., 2014; FREY, C. y OSBORNE, M., 2017; World Economic Forum, 2016; World Economic Forum, 2018; NEDELKOSKA, L. y QUINTINI, G., 2018; HAWKSWORTH, J.,

los niveles de empleo, extendiéndose con mayor o menor intensidad, pero de forma total, tanto a tareas rutinarias como no rutinarias. Bajo este influjo se avizora un futuro en el que “no habrá más trabajo ni hoy, ni mañana”¹⁹, siendo una realidad “inopinada y a la que estamos predestinados”²⁰. Para esta tesis, los efectos que produce la disruptión tecnológica en las sociedades postindustriales determinarían una era de crecimiento sin empleo, replanteando el orden social fundado en el trabajo²¹, lo que inevitablemente conllevará la pérdida de relevancia del derecho del trabajo: “extinguido el trabajo para otro por un salario, se extingue consecuencialmente el derecho que lo regula”²².

Esto abre a su vez dos corrientes acerca de los efectos y el futuro de la sociedad del trabajo. Por una parte, la distopía de la exclusión social total de los trabajadores desplazados y la consolidación hegemónica del capitalismo y, por otra parte, la utópica de nuevas fuerzas productivas en un marco de comunalismo cooperativo digital con perspectivas de superación del sistema político-económico actual²³.

No obstante, una segunda tesis postula una lectura distinta. En primer lugar, se asume una crítica abierta a los teóricos y estudios del fin del trabajo²⁴, impugnando la metodología empleada, sus variantes y sesgos, tanto de carácter conceptual y estadísticos. Estas críticas encuentran eco en el hecho que ninguna de las profecías se ha cumplido²⁵; por el contrario, demuestran que, si bien ha existido automatización de tareas, nunca ha sido de todas ni al mismo tiempo²⁶, siendo sus efectos reales insignificantes si los observamos históricamente²⁷ y comparados con otros factores que realmente han incidido en los niveles de desempleo²⁸, existiendo una sobreestimación de la capacidad de automatización²⁹ y una subestimación de la resistencia del mundo del trabajo a la misma³⁰.

En esta línea también se impugna la infravaloración de las consideraciones económicas de sustitución, mantenimiento y rigidez de la automatización como factores en la toma de decisiones empresariales³¹.

Esta lectura plantea que, más que existir un reemplazo o sustitución de entidades artificiales, hay una transformación del trabajo³², lo que hoy se refleja con mayor cla-

et al., 2018; WEBB, M., 2020; FELTEN, W., *et al.*, 2019; GRENNAN, J. y MICHAELY, R., 2020. Utilizando metodologías similares en Chile: ACUÑA, J. y BRAVO, J., 2023 y ABUD, M., 2023.

¹⁹ UGARTE, J., 2023.

²⁰ FERNÁNDEZ, M., 2020, p. 12.

²¹ RIFKIN, J., 1998.

²² UGARTE, J., 2023, p. 128 y ss.

²³ UGARTE, J., 2023, p. 128 y ss.

²⁴ ALONSO, L., 1999 y MEDA, D., 1998.

²⁵ BENANAV, A., 2021. Un ejemplo es el cambio de posición Frey, 2019.

²⁶ CASILLI, A., 2022, p. 47 y ss.

²⁷ GORDON, R., 2014 y COWEN, T., 2011,

²⁸ VALENDUC, G. y VENDRAMIN, P., 2016, p. 26.

²⁹ GEORGIEFF, A., y MILANEZ, A., 2021.

³⁰ CASILLI, A., 2022, pp. 47 y ss.

³¹ ABELIANSKY, A., *et al.*, 2020, p. 323.

³² CANOY, M., 2021, p. 47 y ss.

ridad en la digitalización de tareas humanas, las que significan su desplazamiento en dos tendencias claramente identificadas y que tiene larga data en los procesos de reorganización del capital: estandarización y externalización de los procesos de producción. Lo que realmente se produce es una reorganización de la relación entre el interior y el exterior de la empresa, donde el valor producido desde el interior disminuye, mientras que el producido desde el exterior aumenta³³.

A la hora de la verdad, las tesis del “fin del trabajo”³⁴ y “desempleo tecnológico”³⁵ se comportan como una construcción discursiva de carácter persuasivo. Por lo mismo, esta tesis junto con impugnar las proyecciones deterministas y sin desconocer el impacto de las tecnologías, plantea que realmente la forma de abordar la cuestión dependerá de la capacidad de tomar decisiones por parte de los poderes públicos frente a las consecuencias de la implementación e irrupción de nuevas tecnologías en el mundo del trabajo, mediando sus efectos sociales con el derecho y políticas públicas³⁶.

Este debate, en su vieja y nueva edición, nos plantea el dilema de siempre: la centralidad del trabajo o de la función empresarial en la definición de los fines y funciones del derecho laboral. Por tanto, argumentamos que cualquier análisis debe adoptar una posición explícita, lo que tendrá implicancias en la cosmovisión que subyace a la forma en que nuestra disciplina entiende el problema³⁷. No estamos ante el fin del derecho del trabajo, sino más bien ante la metamorfosis de sus instituciones³⁸.

2. *Poder, despido y automatización*

Como sintetiza Ugarte, “en el trabajo, antes del derecho, está el poder” En la dogmática laboral, señala el autor, existe el consenso de que el poder es clave en el campo de las relaciones de trabajo, siendo determinante los procesos de influencia y control sobre el trabajo³⁹.

En las últimas décadas, a esa forma tradicional de poder y control sobre los trabajadores, se han agregado nuevas formas de control que, lejos de aminorar la posición prevalente del empleador, “la han acrecentado exponencialmente”⁴⁰. Estas nuevas formas de control se expresan en las nuevas tecnologías que abarcan el control tecnológico-digital de la relación laboral, derivado del auge de las tecnologías de la comunicación e información, permitiendo un control en los trabajadores mucho más amplio e intenso⁴¹.

³³ CASILLI, A., 2022, p. 48 y ss.

³⁴ RIFKIN, J., 1998.

³⁵ KEYNES, J., 1932, pp. 358-373.

³⁶ FERNÁNDEZ, M., 2020; AVENT, R., 2017; BOYD, R. y HOLTON, R., 2017.

³⁷ POQUET, R., 2020, pp.181 y ss.

³⁸ MONEREO, J., 2017.

³⁹ UGARTE, J., 2020, p. 84; KIRKBRIDE, P., 1994, p. 121.

⁴⁰ UGARTE, J., 2020, p. 85.

⁴¹ UGARTE, J., 2020 p. 85.

En este contexto, se han enlazado las herramientas de trabajo con las del control en un plano tecnológico, modulando los derechos de los trabajadores, lo que ha revelado la insuficiencia del derecho del trabajo y el ordenamiento jurídico laboral en aspectos cruciales para el cumplimiento de sus fines en sus técnicas regulatorias, lo que evidencian la necesidad de reformular las instituciones laborales y replantear su restricción o amplitud.

Como indicamos, una de estas cuestiones centrales ha sido en la terminación del contrato de trabajo, en el sentido del cómo incide la implementación de cambios tecnológicos en la justificación del despido. Esto importa profundamente, por cuanto las causales de despido “no son solo un argumento que habilita la terminación, sino que, a la vez, expresan los supuestos ideológicos de las normas protectoras”⁴², por lo que estas reflejan la centralidad atribuida normativamente a los intereses en pugna en la contradicción capital-trabajo.

Así, si se quiere en términos técnico-políticos, el debate de la automatización, en tanto dimensión fáctica de la justa causa de despido en un marco de valoración de quien ejerce dominante mente la función empresarial, conlleva una oposición de los derechos sociales con la libertad de empresa, siendo vistos como un obstáculo para alcanzar rendimientos empresariales más eficientes y óptimos en un marco de competitividad.

Estas cuestiones generan interrogantes en las clásicas dimensiones de estudio en las que se proyectan los modelos de regulación del despido: la causa, el procedimiento, la previsión de consecuencias jurídicas para el incumplimiento de estas limitaciones y, por último, el establecimiento de canales administrativos y judiciales para la tutela de derechos reconocidos por la norma sustantiva⁴³.

En este contexto, particularmente para nuestra línea de investigación –y a diferencia de otras aristas laborales⁴⁴– en Chile prácticamente nada se ha dicho respecto de la introducción de cambios tecnológicos como supuesto de hecho justificante de la extinción del contrato de trabajo⁴⁵. No se ha problematizado acerca de la estructura normativa de causa de despido que la justifica, su *ratio* temporal y causal, la naturaleza del perjuicio económico y la externalidad de la necesidad que justifica el término del contrato, sus formas jurídicas y efectos, pero aún más importante, cómo dialoga la irrupción del cambio tecnológico como supuesto de hecho con la naturaleza jurídica de esta causal, problemática que pretendemos abordar en este artículo.

Esto último es sumamente relevante, por cuanto nuestro ordenamiento no tiene una respuesta expresa frente a la irrupción de nuevas tecnologías ante el despido y, por lo mismo, carece de mecanismos idóneos de protección y previsión ante sus efectos. Esto último es sumamente complejo, ya que como lo hemos indicado anteriormente, la

⁴² ARELLANO, J., 2017, p. 40.

⁴³ ÁLVAREZ, A., 2021, p. 48.

⁴⁴ PALOMO, R., et al., 2022; UGARTE, J., 2022; CODDOU, A. y PADILLA, J., 2024; CODDOU, A., 2022; LIZAMA, L. y LIZAMA, D., 2020.

⁴⁵ La excepción se encuentra en dos tesis de maestría en Derecho del Trabajo del Magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social de la Universidad de Concepción: RIVAS MÁRQUEZ, J., 2021 y VILLA VALENZUELA, M., 2024.

terminación del contrato de trabajo en Chile se caracteriza por la frágil temporalidad de su tipología contractual y la flexibilidad de los supuestos habilitantes de despido, siendo la protección contra el despido precaria⁴⁶.

III. LAS NECESIDADES DE LA EMPRESA Y SU CONFIGURACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN CAUSAL EXTINTIVA EN CHILE

1. *Descripción normativa de las necesidades de la empresa en Chile*

Si bien el origen de esta causal se encuentra en leyes anteriores, se introduce en su forma actual a partir de la Ley N° 19.010 acerca de las normas de terminación del contrato de trabajo y estabilidad en el empleo, estando su regulación en el actual artículo 161 inciso 1º del CT.

De su regulación se ha indicado que el supuesto habilitante está redactado “en términos tan vagos y amplios, que cualquier circunstancia económica puede ser calificada como tal”⁴⁷. En este contexto se aprecia una indefinición de la causa justificadora, siendo indiferente la naturaleza del motivo; esto es, si es técnico, organizativo, productivo o económico. La causa no se concreta, no se precisa, ni se formula una caracterización que permita esclarecer su extensión⁴⁸.

El legislador pretendió delimitar su alcance mediante la vía de ejemplificación⁴⁹, enumerando circunstancias “análogas” o “semejantes”⁵⁰ no taxativas, lo que configura un catálogo abierto⁵¹ ante el que concurre tal causal de despido, motivos que refieren a “la existencia de aspectos organizacionales y económicos que afectan al empleador”⁵². Así esta causal genéricamente atiende a motivos de orden “económico, tecnológico o estructural”⁵³, y que igualmente se ha identificado en un sentido económico y técnico⁵⁴.

Lo anterior ha permitido caracterizar la causal como de “contenido indeterminado”⁵⁵ y “textura abierta”⁵⁶, configurada por conceptos ambiguos e imprecisos, “lo que com-

⁴⁶ DOMÍNGUEZ, A., 2021.

⁴⁷ UGARTE, J., 2004, p. 40.

⁴⁸ DOMÍNGUEZ, A., 2022.

⁴⁹ LIZAMA, L. y LIZAMA, D., 2019, p. 254; MELIS, C. y SÁEZ, L., 2009, p. 135; ETCHEBERRY, F., 2011, p. 203; NADAL, D., 2003, p. 293.

⁵⁰ NADAL, D., 2003, p. 293.

⁵¹ Entre otros: SCS, 20.3.2019, Rol 1073-2018, SCS, 8.1.2018, Rol 35742-2017; SCS, 12.8.2011, Rol 201-2011. SCS, 29.9.2009, Rol 4123-2009; SCS, 8.1.2015, Rol 5000-2014; SCS, 7.9.2006, Rol 757-2005.

⁵² SCA de Concepción, Rol 471-2021, 27.4.2022.

⁵³ LIZAMA, L. y LIZAMA, D., 2019, p. 254 y ss.

⁵⁴ NADAL, D., 2003, p. 294; THAYER, W. y NOVOA, P., 2003, p. 96; GAMONAL, S. y GUIDI, C., 2015, p. 268 y 269.

⁵⁵ DOMÍNGUEZ, A., 2022, p. 39 y ss.; ROJAS, I., 2020.

⁵⁶ DOMÍNGUEZ, A., 2022, p. 50.

porta una cierta aplicación menos rigurosa del principio de seguridad jurídica⁵⁷. Eso representa un problema en la dinámica de las relaciones de trabajo, ya que su definición originaria queda entregada al contratante más fuerte, quien se vuelve legislador y juez de sus propios intereses. Esto último, a criterio de la doctrina, es el principal problema de esta causal, ya que termina por convertir “la sola voluntad empresarial como fundamento de la terminación del contrato de trabajo”, distorsionando nuestro sistema de protección⁵⁸.

En el mismo nivel de incertidumbre, el legislador, en una grave omisión, no ha indicado la oportunidad temporal o bien los períodos objetivos para la concurrencia válida de la necesidad empresarial, lo que amplía desproporcionadamente el *ratio* de la crisis y las posibilidad de justificación del empleador⁵⁹.

Asimismo, no se distinguen los ámbitos de afectación en que incide la causa desencadenante, ni tampoco el alcance de los elementos sobrevenidos para su asunción válida. Este evoca a la problemática de la noción de perjuicio patrimonial, en el sentido de si es parte de la norma y, de ser tal, si comprende tanto las pérdidas actuales como las previstas. De este modo, no existe claridad si la opción legislativa comprende los *despidos preventivos*, esto es, medidas extintivas vinculadas a la predictibilidad de hechos y situaciones futuras negativas para la organización empresarial⁶⁰.

En la operativa práctica, todas estas circunstancias permiten hablar de un “libre despido encubierto” con el “efecto jurídico automático” del pago de la indemnización por término de contrato, que por su configuración normativa constituye un “incentivo” para impedir su impugnación⁶¹⁻⁶², más aún si esta tiene limitaciones importantes en relación con la forma de determinación de la indemnización⁶³⁻⁶⁴, con una sanción de baja cuantía para el caso que se determine judicialmente su improcedencia⁶⁵.

Sumado a lo anterior, esta modalidad de despido no tiene limitaciones cuantitativas ni limitaciones temporales de concreción, pudiendo materializarse un *despido colectivo*, sin requisitos adicionales ni autorizaciones de ningún tipo, siendo inexistente la intervención del poder público y las organizaciones sindicales.⁶⁶

Por lo mismo, la problemática del despido por necesidades de la empresa no se refiere solamente a su contenido causal indeterminado, sino que también al problema

⁵⁷ MONEREO, J. y FERNÁNDEZ, J., 1997, p. 172 y ss.

⁵⁸ DOMÍNGUEZ, A., 2022, p. 121.

⁵⁹ DOMÍNGUEZ, A., 2022, p. 28 y ss.

⁶⁰ DOMÍNGUEZ, A., 2022.

⁶¹ UGARTE, J., 2004, p. 39; GAMONAL, S., 2021, p. 401 y MELIS, C. y SÁEZ, L., 2009, p. 135.

⁶² La CS avala, indirectamente, la tesis de las indemnizaciones y recargos como precio de la arbitrariedad: SCS, Rol 119.179-2020, 22.3.2022.

⁶³ Artículo 163 del CT.

⁶⁴ Artículo 174 del CT.

⁶⁵ Artículo 168 letra a) del CT.

⁶⁶ El Despido Colectivo no existe en nuestra legislación, siendo eliminado por las reformas laborales formuladas al CT de 1931. Existen algunos proyectos de ley acerca de la materia: Cámara de Diputados, boletines 9886-13 y 15244-13.

de su *impredecibilidad*⁶⁷, que impide suministrar criterios mínimamente orientativos para delimitar su núcleo esencial.

2. *El debate de fondo: entre la crisis empresarial y excesiva onerosidad. La centralidad del trabajo o la centralidad de quien ejerce la función empresarial*

La técnica normativa utilizada por el legislador nacional impide estructurar un concepto claro de la causal de despido, los que, a su vez, distan de ser concluyentes, exigiendo de esta manera que sea el intérprete quien precise su sentido⁶⁸.

Pues bien, respecto del despido por necesidades empresariales se pueden identificar dos tesis en tensión que oscila entre la fuerza impropia y excesiva onerosidad, ya revisadas⁶⁹.

Para una primera tesis, el despido por necesidades de la empresa se relaciona con la idea de crisis empresarial, que es equivalente a la de crisis de explotación; esto es, desequilibrios y pérdidas que puedan tener o no un estado irreversible y que afectan gravemente la actividad empresarial. En tal contexto, la justificación económica se da en la ocurrencia de pérdidas sostenidas producto de un estado desequilibrado y crítico en la estructura económica y financiera de la empresa. En otras palabras, un estado que requiera la supresión del trabajo o cesación de una determinada actividad, ante la inutilidad de los esfuerzos que se realicen o se hayan realizado para proseguir con el giro laboral⁷⁰.

Para tal tesis se presenta un peligro de “subsistencia del proyecto empresarial” que no es meramente coyuntural o circunstancial, sino con “vocación de permanencia”⁷¹, sostenido en el tiempo.

Esta línea de argumentación se relaciona con la idea de crisis empresarial, entendidos como “despidos por crisis”⁷², esto es, como “supuestos de fuerza mayor distinta a la fuerza propia”, un despido “por fuerza mayor impropia”⁷³ que se produce cuando se hace “imposible el cumplimiento de la prestación de forma definitiva”⁷⁴, entendiéndose que los tipos de supuestos habilitantes constituyen supuestos que “se distinguen [de la fuerza mayor propia] porque normalmente revelan más dificultades graves que imposibilidades de cumplimiento”⁷⁵, sin “producir una imposibilidad física de la prestación de trabajo”⁷⁶.

⁶⁷ Tomamos la idea del concepto “impredecible” de BASSA, J. y VIERA, C., 2015, p. 330.

⁶⁸ SCS, 22.12.2009, Rol N° 7022-2009.

⁶⁹ DOMÍNGUEZ, A., 2022.

⁷⁰ DEL VALLE, J., 1996, p. 53; MARTÍN, L., 2008, p. 253 y ss.

⁷¹ ARCE, J., 1997, p. 28.

⁷² ALONSO, L., 1957, p. 39-55; BAYÓN, G. y PÉREZ, E., 1957, p. 486, 488, 491 y 493.

⁷³ DEL VALLE, J., 1996, pp. 59-110; BAYÓN, G. y PÉREZ, E., 1957, p. 486, 488, 491 y 493; PESO, J., 1957, p. 87; SAGARDOY, J., 1980 p. 163 y 164; BLASCO, B., 1992, p. 575 y ss.; FERNÁNDEZ, J., 1993, p. 40 y ss.

⁷⁴ MARTÍN, L., 2008, p. 188 y ss.

⁷⁵ ALONSO L. y CASAS, M., 2009.

⁷⁶ DESDENATADO, A., 1995, pp. 255.

Por otra parte, existe una interpretación mucho más flexible y rupturista. El despido por necesidades empresariales por causa económica no es continuadora de la de idea de crisis, no representa una noción de inviabilidad permanente, sino más bien una evolución decreciente de pérdidas de beneficios⁷⁷, y que por lo mismo no se trata exclusivamente de una pérdida contable, sino que también son incluibles en este concepto situaciones de desequilibrio que tienen reflejo en la cuenta de resultados de la empresa, que pueden ser la caída o reducción de beneficios⁷⁸ susceptibles de convertirse en un futuro próximo o inmediato en pérdidas⁷⁹.

Esta tesis se sostiene en que el cumplimiento de la prestación conlleva un sacrificio extraordinario, en condiciones más onerosas para el deudor que a las que se obligó inicialmente. Esto sin que signifique una imposibilidad absoluta de cumplimiento, que en materia laboral “se identifica con una situación de ruptura de equilibrio entre producción y consumo (crisis económica), entre trabajo y producción (crisis laboral), que obliga al empresario a dar demasiado para obtener muy poco”⁸⁰, justificando la resolución del contrato por motivos extraordinarios e imprevisibles que hacen excesivamente oneroso el cumplimiento de la obligación, situándose como un problema de la causa del contrato⁸¹, entendida como función económica y social que cumple el mismo en un régimen de mercado⁸².

3. *La tesis jurisprudencial dominante: la crisis empresarial*

Sin perjuicio de las deficiencias del diseño normativo, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria han definido el contenido y alcance de esta causa de terminación del contrato de trabajo como una hipótesis de despido objetiva, configurada por supuestos de orden técnico y económico, determinada por la necesidad empresarial de rasgos distintivos de gravedad y permanencia, donde existe una relación causal entre esta y la necesaria separación de uno más trabajadores⁸³.

Para la doctrina nacional, y según la tesis dominante⁸⁴⁻⁸⁵, la idea de necesidad hace alusión al estado económico desfavorable o difícil que pasa la empresa, establecimiento o servicio, de carácter objetivo, grave y permanente, ya sea por falta de

⁷⁷ LÓPEZ GÓMEZ, J., 1996, pp. 53 y 54.

⁷⁸ MARTÍN, L., 2008, p. 254.

⁷⁹ DEL REY, S., 1998, p. 19.

⁸⁰ SUÁREZ, F., 1962, p. 72; SUÁREZ, F., 1967, p. 164 y 165.

⁸¹ SUÁREZ, F., 1967, pp. 164 y 165; RIVERO, J., 1963, p. 36.

⁸² RIVERO, J., 1963, p. 36; SUÁREZ, F., 1961, p. 1888.

⁸³ DOMÍNGUEZ, A., 2022.

⁸⁴ En la tesis mayoritaria ROJAS, I., 2015, p. 432; ETCHEBERRY, F., 2011, 203; GAMONAL, S., 2021, p. 399; LANATA, R., 2010, p. 283; DOMÍNGUEZ, A., 2022; THAYER, W. y NOVOA, P., 2003, p. 96; GAMONAL, S. y GUIDI, C., 2015, p. 268. NADAL, D., 2003, p. 294; UGARTE, J., 2004, p. 39; MELIS, C. y SÁEZ, L., 2009, p. 135.

⁸⁵ Por la tesis minoritaria VARAS CASTILLO, M., 2011; SIERRA, A. y CERÓN, R., 2020, pág. 367; LIZAMA, L. y LIZAMA, D., 2019, p. 254.

rentabilidad o eficiencia motivada por factores externos de orden patrimonial, que obliga el adoptar forzadamente procesos de reorganización, modernización o de racionalización en el funcionamiento de la empresa.

En el mismo sentido se ha sostenido por la jurisprudencia mayoritaria y, en buena parte, dominante. Las necesidades de la empresa no pueden fundarse en la mera voluntad empresarial, sino que en situaciones objetivas que den cuenta de que, por circunstancias económicas graves que afectan a la empresa, se adoptan forzadamente procesos de reorganización, modernización o de racionalización en el funcionamiento de la empresa⁸⁶.

Esto coincide con la caracterización jurisprudencial y dogmática de la necesidad empresarial, la que es entendida como poseedora de tres rasgos distintivos: objetiva, grave y permanente⁸⁷.

Ahora, no obstante, los intentos de la jurisprudencia y doctrina de corregir la ineeficacia del diseño legal para alcanzar los fines u objetivos de la estabilidad en el empleo, en los hechos, son insuficientes.

La evidente textura abierta del despido por necesidades de la empresa plantea dudas interpretativas y de aplicación, las que finalmente se resolverán por quien detenta su ejercicio discrecional, definiendo su alcance sobre la base de la opción más favorable a su interés. Por lo mismo, ante alternativas abiertas de esta naturaleza, solo se podrá conocer el verdadero alcance de la medida y su ponderación, al momento de la resolución de la controversia por un tribunal de justicia, la que como observaremos, no priva de efectos la decisión empresarial.

Así, la resolución de los conflictos laborales queda abierta y predefinida por quien tenga el poder autotutelar, afectando la justificación de la medida y supeditando su control a la judicatura de turno, con los vaivenes cíclicos que significan y conocemos.

IV. LA AUTOMATIZACIÓN COMO JUSTIFICACIÓN EXTINTIVA

La causal de necesidades de la empresa en nuestro ordenamiento, por su indefinición y vaguedad, exige que sea el intérprete quien precise su sentido y le asigne un significado, todo esto tiene repercusiones en cuáles serán los contornos de la automatización o la implementación total o parcial de nuevas tecnologías como supuesto extintivo que no encuentra reconocimiento en la norma.

⁸⁶ SCS, Rol 95.518-2021, 21.3.2023; SCS, Rol N°87.286-2021, 17.1.2023; SCS, Rol 119.179-2020, 22.3.2022; SCS, 08.11.2021, Rol 76.715-2020; SCS, 20.3.2019, Rol 1073-2018; SCS, 8.1.2018, Rol 35.742-2017; SCA de Santiago, Rol 247-2021, 10.3.2022; SCA de Concepción, Rol 471-2021, 27.4.2022; SCA de la Serena, Rol 86-2021, 26.8.2021; SCA de Valdivia, Rol 24-2022, 4.4.2022; SCA de Arica, Rol 12-2021, 23.2.2021; SCA de Valdivia, Rol 34-2021, 12.4.2021; SCA de Rancagua, Rol 404-2020, 21.12.2020; SCA de Valparaíso, Rol 23-2021, 12.2.2021; SCA de Concepción, Rol 404-2020, 21 de diciembre 2020; SCA de Santiago, Rol 22254-2021, 10.12.2021; SCA de Concepción, 24 de octubre de 2019, Rol 390-2019; SCA de Santiago, 17.5.2019, Rol 1923-2018; SCA de Santiago, 4.7.2019, Rol 2162-2018; SCA de Temuco, 23.2.2018, Rol 428-2017, entre otras.

⁸⁷ DOMÍNGUEZ, A., 2022; ROJAS, I., 2015, p. 432.

Esto importa, ya que, bajo las tesis en permanente disputa acerca de la naturaleza jurídica de las necesidades de la empresa, se han planteados dudas respecto del alcance de la automatización como justificación de una justa causa de despido objetiva, cuestión que puede extrapolarse en nuestro ordenamiento jurídico, asumiendo la forma en que la doctrina y jurisprudencia ha entendido la noción de necesidad empresarial para justificar el despido.

Queremos en este punto encauzar el debate a propósito del cambio tecnológico y automatización como justificación del despido en la doctrina comparada y, concretamente, si esta es coherente con nuestro desarrollo dogmático y jurisprudencial⁸⁸, con el fin de observar si su problematización difiere de la discusión general y, por lo mismo, requiere una particular intromisión normativa más allá de la crítica a nuestro modelo de terminación del contrato de trabajo.

En este marco, cobra relevancia el entender que, sea cual sea la tesis que se asuma, los requisitos para su concurrencia determinarán si la decisión es justificada o injustificada y, por lo mismo, cuál es el coste de la decisión empresarial. En nada se alterarán los efectos del despido, ya que, en términos concretos, la extinción del vínculo laboral permanecerá incólume, siendo la única consecuencia el pago de una indemnización punitiva tasada, cuestión que la doctrina ha denominado como el “precio de la arrogancia del poder”⁸⁹⁻⁹⁰.

1. *El cambio tecnológico y su asunción como justificación de las necesidades de la empresa*

La razón tecnológica como motivo extintivo dogmáticamente calza con la tipología de la causa técnica dentro del esquema de las necesidades de la empresa. Desde lo fáctico, constituye la adopción de medidas tendientes a la racionalización de la organización productiva mediante la incorporación de los necesarios avances tecnológicos, para mejor satisfacción de los fines propios de una medida empresarial, como lo es la competitividad de la empresa o maximizar la producción⁹¹.

La causa técnica en su variante tecnológica, hace referencia a alteraciones o modificaciones del proceso de producción, mediante la introducción de nuevos métodos productivos, que conllevan reestructuraciones de los servicios o especializaciones precisas⁹², y presuponen una inversión en la renovación de los bienes de capital que utiliza

⁸⁸ Particularmente porque es la doctrina comparada española en la que se ha fundamentado la idea de necesidades de la empresa en Chile. DOMÍNGUEZ, E., 2022.

⁸⁹ ROMAGNOLI, U., 1997, p. 137.

⁹⁰ Una reciente sentencia de la Corte Suprema chilena reconoce lo anterior: *el legislador protege la estabilidad en el empleo y la mantención de las fuentes laborales, siendo de carga del empleador la indemnización de sus trabajadores con los incrementos que al efecto dispone la ley, siempre que la empresa no se encuentre en la necesidad de prescindir de sus empleados por una situación externa e independiente de ella, sino que la misma ha sido generada por su decisión libre, en pro de la optimización de sus recursos y funcionamiento, decisión legítima que la ley no objeta, pero cuyas consecuencias deben ser asumidas por su titular.* SCS 22.03.2022, Rol 119179-2020.

⁹¹ DOMÍNGUEZ, A., 2022.

⁹² ALBIOL, M., 1991, p. 172; BLASCO, B., 1992, p. 582

la empresa⁹³, necesaria por la obsolescencia técnica del equipamiento productivo o de los sistemas de organización, o, más simplemente, medidas que operan en los puestos de trabajo como consecuencia del proceso técnico, tales como introducción de nuevas maquinarias, mecanización o automatización⁹⁴.

Con las causas técnicas se trata de posibilitar precisamente la incorporación de tecnologías destinadas a sustituir métodos y procesos de trabajo que han quedado obsoletos y faltos de competitividad por otros más modernos, ya que estas van relacionadas con la obsolescencia de las tecnologías y medios de producción aplicados en un determinado puesto de trabajo, como también la incorporación de nuevas técnicas de producción⁹⁵.

En este esquema, el sustento fáctico de la implementación tecnológica busca un fin determinado: “el aumento del rendimiento o el mantenimiento del mismo rendimiento con una disminución del coste de los factores productivos”⁹⁶, debiendo darse una inversión de capital que la diferencia de la causa económica⁹⁷.

En esta justificación causal existe una mayor identificación con la idea de competitividad que con la de crisis⁹⁸ y, por lo mismo, abre espacio a los despidos preventivos; esto es, medidas extintivas vinculadas a la predictibilidad de hechos y situaciones futuras negativas para la organización empresarial, basado en proyecciones hipotéticas⁹⁹, difuminando los límites intrínsecos de la tesis de la crisis empresarial –*condiciones económicas desfavorables de carácter actuales, graves y permanentes*–, para abrir dentro de la misma, espacio para la tesis del despido por excesiva onerosidad con márgenes más flexibles.

Así, en este marco, para esta cosmovisión justificativa de la “causa técnica”, no es posible exigir que los cambios tecnológicos introducidos obedezcan a superar problemas o dificultades económicas, ni tampoco, de la repercusión más o menos positiva de dichos cambios en la viabilidad o evolución de la empresa. Se plantea la independencia del despido fundado en la introducción de cambios tecnológicos, siendo autónomo de la noción de crisis económica y, por lo mismo, virtualmente procedente en una organización empresarial con beneficios y sin signos de una evolución negativa o deterioro patrimonial que justifique la decisión extintiva¹⁰⁰.

De esta forma, la discusión dogmática desde la que bebe nuestra doctrina para caracterizar la causal de necesidades de la empresa en el caso de la automatización, sostiene, por criterios de flexibilidad y competitividad, parte del debate económico que envuelve la idea de crisis empresarial.

En efecto, centra su justificación en la noción de competitividad, más que en la idea de ajenidad de los riesgos y la superación de una situación de necesidad empresarial

⁹³ GOERLICH, J., 1994, p. 72.

⁹⁴ RIVERO, J., 1994, p. 174.

⁹⁵ POQUET, R., 2020, p. 176 y ss.

⁹⁶ MARTÍN, L., 2008, p. 262.

⁹⁷ MARTÍN, L., 2008, p. 262.

⁹⁸ MARTÍNEZ, R., 1995, p. 367.

⁹⁹ MONEREO, J., 2010, p. 48.

¹⁰⁰ JURADO, A., 2020, p. 22.

de inviabilidad, con márgenes mucho más amplios de interpretación y, por lo mismo, más favorables a quienes ejercen la función empresarial para adaptarse, según su propia voluntad, a los cambios que subjetivamente estime pertinentes en la explotación de su actividad.

2. *La sola automatización no justifica el despido*

Como observamos, el determinismo tecnológico y la influencia de la narrativa de valorización de la cultura empresarial permea la definición de los contornos del poder de dirección y la subjetividad de las justas causas extintivas, abriendo espacio a la liberalización del despido por medio de la idoneidad de la motivación tecnológica, justificando abstractamente despidos objetivos con la correlativa supresión de las exigencias económicas, causales y de previsibilidad que modelan la construcción del despido objetivo.

A nuestro entender y siguiendo la línea jurisprudencial dominante, en Chile la implementación de nuevas tecnologías por sí no constituye justificación suficiente y no exime al empleador el acreditar que real y efectivamente se encuentra en una situación económica objetiva, grave y permanente.

A diferencia de los razonamientos anteriores, la causa tecnológica no escapa del “juicio de razonabilidad” propio de la justa causa de despido de necesidades de la empresa. Nuestro ordenamiento no permite un orden diferenciado ni distingue normativamente en la rigurosidad del análisis de asunción válida de los poderes extintivos del empleador. Por lo mismo, cualquier análisis debe partir de la verificación del vínculo entre la causa y la necesidad, como así también su adecuación; esto es, que la medida sea apta para conseguir el objeto perseguido por el empleador en cuanto relación medio-fin, en que no exista otra medida que, en términos semejantes, permita alcanzar la superación de la necesidad, vinculadas por la noción de causalidad¹⁰¹.

En otros términos, el análisis, también en este caso, debe verificar que la medida adoptada sea la más idónea, menos lesiva y proporcionada en el contexto en que se aplica, y permita finalmente concluir que es “inevitable la separación de uno o más trabajadores”¹⁰², constituyendo un requisito la satisfacción del principio razonabilidad, para así “discernir que la medida se justifique, o que no sea arbitraria”¹⁰³.

A nuestro entender el solo cambio tecnológico no sería causa suficiente, debido a la configuración de la noción de necesidad y su indefectible conexión con la idea de crisis, no existiendo autonomía e independencia de la causa técnica de lo económico, ya que se incardinan como supuesto habilitante a partir de la noción perjuicio e inviabilidad económica de la necesidad, la que precisamente determina la justificación del despido bajo el estándar de proporcionalidad.

¹⁰¹ DOMÍNGUEZ, A., 2022; DOMÍNGUEZ, A., 2021.

¹⁰² Entre otros: SCS, 12.8.2011, Rol 201-2011; SCA de Santiago, 26.12.2011, Rol 573-2011; SCS, 22.12.2009, Rol 7022-2009.

¹⁰³ SCA de Santiago, 11.4.2016, Rol 2061-2015.

De esta forma, la tesis determinista y abstracta de la causa tecnológica no logra satisfacer los instrumentos de control racional de la decisión patronal que se imponen legal, doctrinaria y jurisprudencialmente en Chile al despido.

Estas reflexiones y sin perjuicio del esquema dogmático indicado, también encuentran eco en la doctrina española más reciente, cuestión relevante por cuanto de ahí se nutre dogmáticamente la tesis del despido por crisis empresarial asumida en nuestro país por la doctrina y jurisprudencia¹⁰⁴. Para esta corriente comparada más reciente y contextualizada al debate actual de la automatización, la incorporación de cambios tecnológicos no constituye puramente una justificación causal técnica, sino que concurren en la misma, causas productivas y organizativas, lo que introduce otros factores ponderativos que no se pueden prescindir de los juicios de razonabilidad y proporcionalidad¹⁰⁵.

Esta tesis supone que la causa técnica, y en general las necesidades empresariales, si bien sirven de instrumentos que facilitan la dirección y organización de la empresa que atraviesa dificultades económicas, no configuran un sistema de incremento de los beneficios que pretenda ampliar esta lógica a cualquier circunstancia que se produzca en el proceso técnico, productivo o de organización¹⁰⁶.

Incluso, en una vertiente más crítica, la automatización constituye un cambio en los instrumentos de producción, y en este entendido, implica la irrupción de alguno nuevo, y no el cambio de algo pasado¹⁰⁷. No se modifican modos o técnicas de producción, sino que más bien se produce la sustitución de personas trabajadoras por instrumentos mecanizados¹⁰⁸, lo que obliga imbuir la justificación del despido en el juicio de razonabilidad y, por lo mismo, no tan solo ponderar la decisión desde la proporcionalidad y necesidad de la medida, sino también, desde los fines de la estabilidad en el empleo y el diseño de sus supuestos excepcionales de extinción.

3. *La automatización en la jurisprudencia en Chile: entre la crisis y la excesiva onerosidad de la flexibilidad laboral*

La pregunta ahora es cómo se ha proyectado este debate en la judicatura del trabajo en Chile y cómo han dado respuesta a las problemáticas que plantea¹⁰⁹. En una primera aproximación, podemos identificar las mismas vicisitudes que se pueden observar en relación con cualquier juicio acerca de la calificación de justificación de las necesidades

¹⁰⁴ DOMÍNGUEZ, A., 2022.

¹⁰⁵ LAFUENTE, V., 2021, p. 63, POQUET, R., 2020, p. 180.

¹⁰⁶ IGARTUA, J., 2021, p. 18 y 19; POQUET, R., 2020, p. 181.

¹⁰⁷ POQUET, R., 2020, p. 180.

¹⁰⁸ LAFUENTE, V., 2021, p. 63.

¹⁰⁹ Junto con la jurisprudencia paradigmática analizada, tomamos como referencia la jurisprudencia estudiada en los trabajados de maestría en Derecho del Trabajo y Previsión Social de la Universidad de Concepción de Rivas, J., 2021 y Villa, M., 2024, tomando sus conclusiones y observaciones en las citas de referencia. Adicionalmente se analiza la jurisprudencia dictada por los tribunales superiores de justicia chilenos de los últimos 10 años, utilizando como base de datos “Base Jurisprudencial del Poder Judicial” disponible en <https://www.pjud.cl/portal-jurisprudencia>, en los cuales exista un pronunciamiento de fondo.

de la empresa como motivo de término del contrato, esto es, problemas de forma, prueba y justificación de la causal invocada¹¹⁰.

En efecto, por una parte, en varios de los casos en que se ha invocado la causal de necesidades de la empresa y se ha fundado en la automatización o cambios tecnológicos parciales o totales, se ha estimado improcedente la causal por falta de prueba o defectos de forma, teniendo en cuenta la particularidad de la justificación elegida para el despido¹¹¹.

No obstante, por otra parte, encontramos también pronunciamientos de fondo en los que se asume una u otra postura dependiendo de los elementos que construye la jurisprudencia para su validez, pero sin mayor claridad en asumir explícitamente una u otra tesis de justificación¹¹².

En efecto, en la jurisprudencia podemos encontrar sentencias que, haciendo eco de la noción amplia de la idea de necesidad de la empresa –que prescinde de la noción de perjuicio económico de su análisis– entiende que basta para asunción válida la acreditación de la reestructuración tecnológica y automatización¹¹³.

Pero por otra y en una inclinación mayoritaria, encontramos que el encuadre del debate de la causa tecnológica como justificante del despido por necesidades de la empresa se desarrolla sobre la noción de crisis empresarial y, por lo mismo, exige para su justificación, adicionalmente a la acreditación del cambio tecnológico y la automatización, el probar que real y efectivamente la empresa se encuentra en una situación económica objetiva, grave y permanente que la fuerza adoptar la medida extintiva¹¹⁴.

Esto refleja la tensión existente en determinar el alcance efectivo de la noción de necesidades de la empresa, sin perjuicio la jurisprudencia se inclina por la tesis de la crisis empresarial como fundamento dogmático de esta causal, dando cuenta de lo anterior el último pronunciamiento de la Corte Suprema referente a la automatización y cambio tecnológico como justificación de las necesidades empresariales¹¹⁵.

Este último pronunciamiento configura un caso paradigmático por su incidencia en el debate público¹¹⁶, sin perjuicio que mantiene lo ya constatado: la jurisprudencia

¹¹⁰ Los referidos trabajos utilizando una metodología selectiva de casos, observan que el debate se orienta en similares términos a la generalidad de las discusiones que pueden representar otras causales, sin perjuicio de evidenciar que, en la mayoría de los casos de instancia, la cuestión se resolvió por la vía probatoria.

¹¹¹ RIVAS, J., 2021.

¹¹² RIVAS, J., 2021; VILLA, M., 2024.

¹¹³ SCA de Valdivia, Rol 212-2019, 30.9.2019; SCA de San Miguel, Rol 571-2023, 7.3.2024; SCA de Santiago, Rol 571-2023, 7.3.2024.

¹¹⁴ SCA de Santiago, Rol 784-2013, 6.11.2013; SCA de Santiago, Rol 653-2022, 12.1.2023; SCA de Talca, Rol 423-2018, 24.4.2019; SCA de Iquique, Rol 6-2023, 21.4.2023; SCA de Valparaíso, Rol 180-2022, 19.5.2022; SCS, Rol N°87.286-2021, 17.1.2023.

¹¹⁵ SCS, Rol N°87.286-2021, 17.1.2023.

¹¹⁶ Dan cuenta de ello su impacto en el debate nacional acerca del alcance de la causal en relación con la automatización. Respecto de este punto ver los siguientes medios de comunicación digitales: (DiarioUChile, 2023) <https://radio.uchile.cl/2023/02/07/expertos-y-sindicalistas-valoran-fallo-de-la-corte-suprema-que-limita-despidos-por-necesidades-de-la-empresa/> [fecha de consulta 16 de junio de 2025]; (RadioBIOBIO, 2023) <https://www.biobiochile.cl/noticias/economia/actualidad-economica/2023/02/02/suprema-cambia-reglas-del-juego-a-despido-por-necesidad-de-la-empresa-no-basta-la-decision-patronal>.

nacional no ha identificado alguna diferencia entre la automatización y otros supuestos de reorganización empresarial, debiendo por tanto sujetarse a los mismos requisitos generales que se han fijado para la asunción válida de las necesidades de la empresa.

El caso trata de una trabajadora que desempeñó la función de supervisora de cajas en una empresa de *retail* y que fue despedida por la causal de necesidades de la empresa del artículo 161 inciso 1º del Código del Trabajo, todo esto en un proceso de racionalización y restructuración generalizado, fundado en los cambios estructurales que experimenta la compañía, siendo su justificación concreta la distribución de sus funciones en otras personas y la implementación de nuevas cajas automáticas que no requieren de asistencia.

En este marco, tanto el Juez del Trabajo como la Corte de Apelaciones respectiva, consideraron que los hechos descritos en la carta de despido describen procesos internos de reorganización de la empresa, destinados a reestructurar y reducir la dotación del área en que se desempeñaba la demandante, racionalización del personal que se sostiene en un análisis de cargos a nivel nacional, destacando el carácter técnico y no económico de la necesidad de la empresa invocada para despedir a la trabajadora, por lo que carecen de relevancia otras motivaciones como la bonanza económica o la expansión del negocio en el país, advirtiendo que el cargo ejercido por la trabajadora se eliminó, porque fue entregado a uno de los supervisores que permaneció en su puesto, cambios tendientes a lograr una mayor productividad y que, en paralelo, viene dado por un proceso de automatización de sus funciones con la implementación de cajas automáticas, hechos que constituyan razones suficientes para desestimar la demanda.

En este marco, la Corte Suprema resolviendo el objeto de unificación planteado¹¹⁷, asume idéntica argumentación que en otros supuestos de crisis empresarial¹¹⁸⁻¹¹⁹, indicando que, al estar ante una causal de despido objetiva, la decisión extintiva no puede fundarse en la simple voluntad del empleador, sino que en situaciones graves que den cuenta que forzosamente debió adoptar procesos de modernización o de racionalización en el funcionamiento de la empresa y en circunstancias financieras adversas, por lo que no basta la simple decisión patronal para justificar la desvinculación del dependiente, porque se requiere de una razón adicional, grave y exterior a su intención para sostenerla, conjunto de exigencias que en este caso no concurren.

shtml[fecha de consulta 16 de junio de 2025]; (Diario Financiero, 2023) <https://www.df.cl/economia-y-politica/laboral-personas/el-ultimo-rayado-de-cancha-de-la-suprema-a-los-despidos-por-necesidades> [fecha de consulta 16 de junio de 2025]

¹¹⁷ “Que la materia de derecho propuesta consiste en determinar ‘si la causal legal de término del contrato de trabajo del artículo 161 inc. 1º ‘necesidades de la empresa’ al ser una causal objetiva, solo puede ser invocada por el empleador a partir de factores económicos externos ajenos a su voluntad, no pudiendo emanar de una reestructuración cuyo origen es la mera voluntad de la empresa o 2. Si como sostiene la Iltma. Corte de Apelaciones de San Miguel en el fallo impugnado, tal exigencia no está contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo, porque esta causal dice relación con razones de orden técnico y no económico” (sic).

¹¹⁸ Como por ejemplo SCS 21.03.2023, Rol 76.715-2020; SCS 08.09.2022 63.480-2021.

¹¹⁹ En términos dogmáticos cita a parte de la doctrina nacional que sostiene dicha tesis: LANATA, P., 2010, p. 283; THAYER, W., y NOVOA, P., 2003, p. 96; GAMONAL, S. y GUIDI, C., 2015, p. 387 y 388.

De esta forma la Corte Suprema consolida aquella tesis jurisprudencial que entiende que la automatización, por sí sola, no justifica el despido por necesidades de la empresa, sino que exige la concurrencia copulativa de los requisitos de objetividad, externalidad y gravedad, presentes también en otras hipótesis paradigmáticas de reorganización empresarial en relación con las necesidades de la empresa.

4. *La respuesta del derecho del trabajo ante la automatización como causa extintiva y su coherencia en nuestro ordenamiento jurídico*

Como vimos existen distintas posturas para abordar el rol del Derecho del Trabajo frente a los cambios tecnológicos, propuestas y observaciones que han acompañado históricamente a nuestra disciplina y que distan de ser conclusivas. De esta forma se ha transitado desde las tesis negacionistas a las del determinismo tecnológico.

No obstante, más allá de los polos de ambas lecturas, creemos que el enfoque para acometer este problema debe ser el institucionalista, esto es, que las políticas e instituciones públicas sean las que desarrollen nuevos instrumentos y adeguren los existentes, para afianzar, evitar, canalizar y reparar los efectos negativos de la digitalización y la automatización como tecnología disruptiva. En este caso el abordar el impacto de las tecnologías se debe realizar por los poderes públicos y actores sociales, desde un enfoque preventivo y no desde una “posición pasiva” o “fatalista”¹²⁰.

Por lo mismo, la primera cuestión es centrarnos en entender que el *digital labor* no se reduce al simple reemplazo o sustitución de entidades artificiales, sino más bien significa una transformación de la organización del trabajo, expresada en la digitalización y automatización, autónoma o complementaria, de tareas humanas en el marco de reorganización, estandarización, sustitución y externalización de los procesos de producción, que conlleva abordar el fenómeno tecnológico desde una lógica preventiva y sistémica, antes que reactiva y coyuntural.

En este marco la Organización Internacional del Trabajo (OIT), si bien no cuenta con un Convenio referido a la automatización o robotización del trabajo, ha ido desarrollando informes de diagnóstico y propuestas mediante la Comisión Mundial de la OIT respecto del Futuro del Trabajo. Se proponen “revitalizar el contrato social” mediante una acción comprometida de los gobiernos y organizaciones de empleadores y trabajadores, con tres ejes de actuación, que combinados entre sí generarán crecimiento, igualdad y sostenibilidad para las generaciones futuras y presentes. Estas medidas consisten, genéricamente, en aumentar la inversión en las capacidades de las personas; aumentar la inversión en las instituciones del trabajo; e incrementar la inversión en trabajo decente y sostenible, pero nada específico concerniente a las medidas frente al despido tecnológico.

En la misma línea, la recomendación en términos de políticas públicas ha sido de un enfoque de recualificación de los trabajadores y trabajadoras como forma de “desarrollo

¹²⁰ RODRÍGUEZ, M., 2020, p. 14.

de su capital humano”¹²¹, en la línea de la “modernización de los currículum educativos”, “formación profesional digital” y “acreditación de competencias”¹²², pero nada específico respecto del despido fundado en la automatización.

Sin perjuicio de lo anterior, hemos podido identificar un proyecto de ley que le reconoce como supuesto extintivo con algunas limitaciones. En Colombia, actualmente se encuentra discutiendo la iniciativa de ley¹²³ que plantea, por una parte, una arista conservativa de formación¹²⁴ y reubicación¹²⁵, y otra extintiva, en que se autoriza el término del contrato previo cumplimiento de aquellas medidas conservativas de empleo, permitiéndose el despido por automatización como una medida excepcional, previa autorización administrativa y con una indemnización especial¹²⁶.

Por otra parte en Chile, salvo lo indicado y algunos estudios específicos, nada se ha dicho del impacto de la automatización en relación con regulación de la terminación del contrato de trabajo, por el contrario, el enfoque está en recomendaciones preventivas de abordar y fortalecer el sistema de capacitación. Estos estudios evidencian y plantean en general como política pública, la necesidad de contar con herramientas adecuadas que permitan realizar diagnósticos y caracterización efectiva de cuántos y qué empleos van a ser reemplazados por la tecnología, siendo indispensable el tener instrumentos que faciliten la realización de estudios públicos, detallados y periódicos referentes a esta materia¹²⁷.

En este marco recomiendan el tener herramientas que permitan determinar el nivel de estudio de la población trabajadora y la propensión a la pérdida de empleo, con miras a evaluar y reformar la arquitectura actual del sistema de capacitación, formación continua y reconversión laboral, mediante la modificación de los mecanismos de financiamiento de acceso los trabajadores y trabajadoras, con el fin que puedan acceder plenamente a la capacitación y formación continua, siendo además necesario mejorar la calidad de tales programas y fortalecer el esquema de incentivos para los proveedores e intermediarios del sistema de relaciones laborales¹²⁸.

¹²¹ World Economic Forum, 2018, p. 17.

¹²² Foro Económico Mundial (Comisión Europea), 2016.

¹²³ Proyecto de ley número 166 de 2023, nombre *por medio del cual se modifica parcialmente normas laborales y se adopta una reforma laboral el trabajo decente y digno en Colombia*. Congreso de la República de Colombia, Cámara de Representantes.

¹²⁴ Exige que al menos durante los 6 meses anteriores a la aplicación de la automatización o modernización que implique la terminación de su puesto de trabajo, mediante la incorporación a rutas y programas de formación para el trabajo conforme con la reglamentación que expida el Ministerio del Trabajo pertinente al particular.

¹²⁵ El proyecto de ley plantea que trabajadores han de ser reubicados laboralmente en otro cargo o área de la empresa en similares o mejores condiciones de trabajo.

¹²⁶ Se plantea que ante la imposibilidad de reubicación laboral, el empleador deberá solicitar autorización al Ministerio del Trabajo cuando se trate de despidos colectivos, teniendo derecho al pago de una indemnización por término de contrato especial.

¹²⁷ ACUÑA, J. y BRAVO, J., 2023, p. 31.

¹²⁸ ACUÑA, J. y BRAVO, J., 2023, p. 32 y 33; HIDALGO, M., 2018, p. 136 y 137.

Ahora, si bien estas medidas concretas nos parecen adecuadas, deben ser complementadas con medidas vinculadas al rol de la figura del contrato de trabajo y sus estándares de configuración y protección, la figura de los sindicatos y la renta universal, entre otras respuestas y propuestas que exceden las esferas que estudia esta investigación.

No obstante y desde la perspectiva de este estudio, esto es de los efectos jurídicos ante el despido, a nuestro criterio la operatividad de la automatización disruptiva en la práctica jurisprudencial, evidencia los defectos de nuestro sistema de terminación del contrato de trabajo. Por lo mismo, a propósito de la necesidad de incorporar cambios a la normativa actual de término del contrato, sería insuficiente abordar la automatización estrictamente desde su acaecimiento, ya sea por la vía de la prohibición como supuesto justificante extintivo, o bien, de su tolerancia normativa mediante el establecimiento de requisitos específicos para su asunción válida o redefinición de su cuantía en términos sancionatorios.

Lo anterior, no tan solo por lo reduccionista y aislada de las medidas, sino que más bien porque las vicisitudes de indeterminación causal e impredecibilidad evidencian un defecto patológico más que un problema propio de la automatización como tecnología disruptiva frente al trabajo. En este caso el eje central está en que nuestro sistema de terminación del contrato de trabajo es de protección precaria y mínimos, privilegiando la sola voluntad empresarial como fundamento de la terminación del contrato de trabajo sin posibilidad de sancionarla de ineficaz, distorsionando y configurando en los hechos, modelo de libre despido indemnizado.

En la discusión jurisprudencial de la automatización y cambio tecnológico como supuesto extintivo, se presentan las mismas problemáticas que otras hipótesis paradigmáticas de la reorganización empresarial en relación con las necesidades de la empresa¹²⁹, vicisitudes propias de un modelo precario de protección ante el despido y que, frente a cualquier proceso de reorganización del capital, presentará las mismas vicisitudes si no se plantea una respuesta de fondo.

Por lo mismo, considerando la ineficacia del diseño normativo en la causa y la ausencia de mecanismos adecuados e idóneos para prever las consecuencias jurídicas del incumplimiento de sus límites, la respuesta debe ser sistémica antes que coyuntural. De esta forma, para que una reforma respecto de esta materia logre cumplir con los fines de la estabilidad en el empleo, junto con adoptar medidas específicas asociadas a la influencia e impactos de las tecnologías en el mundo del trabajo, se debe rediseñar totalmente nuestro sistema de terminación del contrato de trabajo, en la línea de formalizar e introducir límites colectivos, oportunidad, causales y sancionatorios adecuados frente a la decisión de despido ilegal.

¹²⁹ Como la externalización (SCS. Rol 4.881-2015, 31.1.2015) y fusión empresarial (SCS. Rol 119.179-2020, 22.3.2022).

V. CONCLUSIONES

1. El debate de la automatización y reemplazo tecnológico ha acompañado históricamente las discusiones pertinentes a la centralidad del trabajo y la función empresarial en la sociedad capitalista, que se reedita cíclicamente y, en sus distintas versiones, ha repercutido en la construcción de los límites y funciones del Derecho del Trabajo para regular sus efectos.

Los estudios más recientes cuestionan la metodología, variantes y sesgos, tanto conceptuales como estadísticos, de las tesis del fin del trabajo, acusando que la enunciación de sus efectos se comporta como una construcción discursiva de carácter persuasivo, que intensifica y justifica la narrativa de los poderes empresariales, condicionando el rol del Derecho del Trabajo en la orientación de políticas públicas, sin que pueda mediar los efectos sociales producidos por la automatización.

2. Esto tiene importancia en nuestro esquema regulatorio, ya que no existe normativa que reglamente los efectos que produce la automatización como justificante del despido, debiendo reconducirse su encuadre al estudio del despido por criterios de necesidad empresarial.

Lo anterior es relevante, ya que la causal en la que se desarrolla el encauce de la automatización, se caracteriza por su vaguedad causal, conceptos jurídicos indeterminados de textura abierta, lo que complejiza la delimitación de los factores habilitantes para su validez.

Esto importa, ya que, bajo las tesis en permanente disputa en la naturaleza jurídica de las necesidades de la empresa, se han planteados dudas acerca del alcance de la automatización como justificación de una justa causa de despido, lo que se ha visto reflejado tanto en la doctrina como en la jurisprudencia.

En este marco, el determinismo tecnológico y la influencia de la narrativa de valorización de la cultura empresarial permea la definición de los contornos del poder de dirección y la subjetividad de las justas causas extintivas, abriendo espacio a la liberalización del despido mediante la idoneidad de la motivación tecnológica, justificando abstractamente despidos objetivos con la correlativa supresión de las exigencias económicas, causales y de previsibilidad que modelan la construcción del despido objetivo.

3. Pese a existir diversos pronunciamientos jurisprudenciales, la inclinación mayoritaria exige para su justificación y validez, adicionalmente a la prueba del cambio tecnológico y la automatización, el acreditar que real y efectivamente la empresa se encuentra en una situación económica objetiva, grave y permanente que la fuerza adoptar la medida extintiva, asumiendo la tesis mayoritaria de la crisis empresarial.

Por lo mismo, entendemos que la sola concurrencia del proceso automatización y cambio tecnológico, total o parcial, no constituye causa justa de extinción del contrato de trabajo, ya que la causal de despido por necesidades empresariales requiere que la empresa se halle en una situación de dificultad originada en problemas de rentabilidad y de eficiencia vinculadas con causas económicas y organizativas,

como así también, que la medida extintiva sea destinada y contribuya a superar tal situación de necesidad.

4. En atención a que en la discusión jurisprudencial de la automatización y cambio tecnológico como supuesto extintivo se presentan las mismas problemáticas que otras hipótesis paradigmáticas de la reorganización empresarial en relación con las necesidades de la empresa, se hace necesario plantear una respuesta sistemática a nuestro modelo de terminación del contrato de trabajo, ya que de otra forma seguirá perfilándose en los hechos como un modelo de estabilidad en el empleo precario que en la práctica funciona como un modelo de libre despido indemnizado.

Por lo mismo, considerando la ineficacia del diseño normativo en la causa y la ausencia de mecanismos adecuados e idóneos para prever las consecuencias jurídicas del incumplimiento de sus límites, estimamos que para que una reforma en esta materia logre cumplir con los fines de la estabilidad en el empleo, junto con adoptar medidas específicas asociadas a la influencia e impactos de las tecnologías en el mundo del trabajo, se debe rediseñar totalmente nuestro sistema de terminación del contrato de trabajo, en la línea de formalizar e introducir límites colectivos, de oportunidad, causales y sancionatorios adecuados frente a la decisión de despido ilegal.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIANSKY, A., Et. Al., 2020: El futuro del trabajo: Hacer frente a los retos mundiales del cambio demográfico y la automatización. *Revista Internacional del Trabajo* (139), 309-333.
- ABUD, M., 2023: *Automatización laboral: diagnósticos y desafíos*. Santiago: Puntos de referencia. Edición digital No. 661. Centro de Estudios Públicos.
- ACUÑA, J. y Bravo, J., 2023: *Automatización: nuevas estimaciones para Chile. Observatorio del Contexto Económico de la Universidad Diego Portales*, Santiago: Documento de Trabajo No 22.
- ETZLER, J., 1836: *The paradise within the reach of all men, without labour, by powers of nature and machinery : an address to all intelligent men*. Londres: John Brooks.
- ALBIOL, M., 1991: "Regulación de plantillas laborales y despidos colectivos: práctica judicial". *Actualidad Laboral*.
- ALONSO, L, 1957: *El despido*. Madrid: Instituto de Estudios Políticos.
- ALONSO, L y Casas, M., 2009: *Derecho del Trabajo*. Madrid: Thompson Reuters.
- ALONSO, L., 1999: *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*. Madrid: Trotta.
- ÁLVAREZ, A., 2021: Reflexiones generales sobre el modelo de regulación del despido en Europa. En I. Rojas, *La protección ante el despido laboral*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- ANDREW, U., 1835: *The Philosophy of the Manufacturers*. Londres: Charles Knight.
- ARCE, J., 1997: *La extinción objetiva del contrato. Despido objetivo y despidos colectivos. Régimen jurídico y tratamiento procesal*. Granada: Comares.
- ARELLANO, J., 2017: Causales de término de la relación de trabajo y el Convenio N° 158 de la OIT: el desahucio y la exigencia de motivación de la causal. En *Estabilidad en el Empleo. Estudios Homenaje al profesor Francisco Walker Errázuriz*. Santiago: Sociedad Chilena de Derecho del Trabajo y Seguridad Social.

- AVENT, R., 2017: *La riqueza de los humanos*. Barcelona: Ariel.
- BABBAGE, C., 1832: *On the Economy of Machinery and Manufactures* . Cambridge: Cambridge University Press.
- BASSA, J. y Viera, C., 2015: Contenido esencial de los derechos fundamentales. En VVAA, *Manual sobre derechos fundamentales*. Santiago: LOM.
- BAYÓN, G. y Pérez, E., 1957: *Manual de Derecho del Trabajo*. Madrid: General Victoriano Suárez.
- BENANAV, A., 2021: *La automatización y el futuro del trabajo*. Madrid: Traficantes de sueños.
- BLASCO, B., 1992: La extinción del contrato de trabajo por causas tecnológicas o económicas: el expediente de regulación de empleo. *Actualidad Laboral* (33).
- BOYD, R. y Holton, R., 2017: Technology, innovation, employment and power: Does robotics and artificial intelligence really mean social transformation?. *Journal of Sociology*, 54. Technology, innovation, employment and power: Does robotics and artificial intelligence really mean social. *Journal of Sociology*, 54(3), 331-345.
- BRYNJOLFSSONS, E. y MacAfee, A., 2014: *The second Machine Age. Work progrres, andr prosperity in a time of brillant technologies*. New York: W.W. Norton y Company.
- CANOY, M., 2021: *El trabajo flexible en la era de la información*. Madrid: Alianza Editorial.
- CASILLI, A., 2018: Inteligencia artificial: ¿los humanos reemplazarán a los robots? En C. Antonio, *Trabajo, conocimiento y vigilancia: 5 ensayos sobre tecnología*. La Paz.
- CASILLI, A., 2022: *Esperando a los robots*. Santiago: LOM.
- CODDOU, A.; 2022: Discriminación algorítmica en las plataformas digitales de trabajo. En R. Palomo, *Las plataformas digitales de trabajo*. Santiago: Tirant lo Blanch.
- CODDOU, A. y Padilla, J 2024: "La discriminación algorítmica en los procesos automatizados de reclutamiento y selección de personal". *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*.
- COURTIS, C., 2006: El juego de los juristas. Ensayo de caracterización de la investigación dogmática. En C. Courtis, *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la investigación jurídica*. Madrid: Editorial Trotta.
- COWEN, T.,2011: *The Great Stagnation*. New York: Penguin.
- DAVID Ricardo, D., 1817: *On the Principles of Political Economy, and Taxation*. Cambridge: Cambridge University Press.
- DEL Rey, S., 1998: El despido colectivo y la reforma laboral de 1997 . En VVAA, *Problemas aplicativos del despido en las reformas laborales de 1994 y 1997*. Madrid: IBIDEM.
- DEL Valle, J., 1996: *La extinción del contrato de trabajo por causas económicas, técnicas, organizativas y de producción* . Madrid: ACARL.
- DESDENTADO, A., 1995: El despido objetivo económico: ámbito, causa, forma, efectos y control. En J. y Aparicio Tovar, *El Régimen del Despido tras la reforma laboral*. Madrid: IBIDEM.
- DOMÍNGUEZ, A., 2021: La fragilidad causal del despido en Chile: análisis, críticas y propuestas. En R. Irene, *La protección ante el despido laboral*. Santiago: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- DOMÍNGUEZ, A., 2022: *El despido por necesidades de la empresa en Chile*. Santiago: Thomson Reuters.
- ETCHEBERRY, F., 2011: *Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Legal Publishing.
- FELTEN, W., Et. Al., 2019: The Occupational Impact of Artificial Intelligence: Labor, Skills, and Polarization. *NYU Stern School of Business*.
- FERNÁNDEZ, M., 2020: *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*. Albacete: Bomarzo.
- FERNÁNDEZ, J., 1993: *Expedientes de regulación de empleo*. Madrid: Trotta.
- FREY, C y Osborne, M., 2017: The future of employment: how susceptible are jobs to computertisation? *Technological Forecasting and Social Change*, 114.
- FREY, C., 2019: *The Technology Trap: Capital, Labor, and Power in the Age of Automation* . Princeton: Princeton University.

- GAMONAL, S. y Guidi, C., 2015: *Manual del Contrato de Trabajo*. Santiago: Abeledo Perrot.
- GAMONAL, S., 2021: *Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: DER.
- GEORGIEFF, A. y Milanez, A., 2021: What happened to jobs at high risk of automation? *OECD Social, Employment and Migration Working Papers No. 255*.
- GOERLICH, J., 1994: La extinción del contrato de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores reformado: el nuevo régimen del despido disciplinario y de los despidos por causas económicas. *Tribuna Social* (43).
- GORDON, R., 2014: The Demise of U.S. Economic Growth: Restatement, Rebuttal, and Reflections. *Political Economy - Development: Domestic Development Strategies eJournal*. Gordon, R.J. (2014). *The Demise of U.S. Economic Growth: Restatement, Rebuttal, and*.
- GRENNAN, J. y Michaely, R., 2020: Artificial Intelligence and high-skilled work: evidence from analysts. *Swiss Finance Institute Research Paper*.
- HAWKSWORTH, J., Et. Al., 2018: *Will robots really steal our jobs?: an international analysis of the potential long term impact of automation*. PricewaterhouseCoopers.
- HIDALGO, M., 2018: *El empleo del futuro. Un análisis del impacto de las nuevas tecnologías en el mercado laboral*. Barcelona: Deusto.
- HOSBSBAWM, E., 1987: *El mundo del trabajo. Estudios históricos sobre la formación y evolución de la clase obrera*. Barcelona,: Crítica.
- IGARTUA, J., 2021: "Una primera aproximación a la 'sustitución' tecnológica como causa de extinción del contrato de trabajo". *Revista Derecho Social y Empresa*, 14.
- JURADO, A., 2020: obotización/Automatización y Despido Objetivo por Causas Técnicas (Art. 52 c ET). *Labos. Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 1(3).
- KEYNES, J., 1932: Economic Possibilities for our Grandchildren. En Keynes, *Essays in Persuasion* (págs. 358-373). New York: Harcourt Brace.
- KIRKBRIDE, P., 1994: El poder. En *Relaciones Laborales, La psicología de la influencia y el control en el trabajo*. Madrid: Ministerio del Trabajo y Seguridad Social.
- LAFUENTE, V., 2021: *El control judicial de los despidos*. Albacete: Bomarzo.
- LANATA, R., 2010: *Contrato individual de trabajo*. Santiago: Legal Publishing.
- LECOMPTE, M. y Preissle, J., 1993: Ethnography and qualitative design in educational research, New York: Academic Press.
- LIZAMA; L. y Lizama, D., 2019: *Manual de Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: DER.
- LIZAMA, L. y Lizama, D., 2020: *El Derecho del Trabajador en las Nuevas Tecnologías*. Santiago: DER.
- LÓPEZ, J., 1996: Las causas económicas y empresariales de despido. En C. Villalón, *Los despidos por causas económicas y empresariales*. Cádiz: Universidad de Cádiz, Servicio de Publicaciones.
- MARTÍN, L., 2008: *El despido objetivo por necesidades de la empresa*. Madrid: Reus.
- MARTÍNEZ, R., 1995: Despido Objetivo por causas económicas, técnicas, productivas o de organización. En D. I. Gil, *Reforma de la legislación laboral. Estudios dedicados al profesor Alonso García*.
- MEDA, D., 1998: *El trabajo. Un valor en peligro de extinción*. Barcelona: Gedisa .
- MELIS, C. y Sáez, L., 2009: *El Contrato Individual de Trabajo en los Dictámenes de la Dirección del Trabajo*. Santiago: Jurídica Conosur.
- MONERO, J., 2010: *El despido colectivo y sus elementos configuradores tras las recientes reformas*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- MONERO, J., 2017: *La metamorfosis del derecho del trabajo*. Albacete: Bomarzo.
- MONERO, J. y Fernández, J., 1997: La reconfiguración causal del despido colectivo: algunas reflexiones críticas", en Castiñeira, J. (coord.), *Presente y futuro de la regulación del despido*. Pamplona: Aranzadi.
- NADAL, D., 2003: *El despido en el Código del Trabajo*. Santiago: Lexis Nexis.

- NEDELKOSKA, L. y Quintini, G., 2018: Automation, skills use and training. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*.
- PALOMO, R., et al., 2022: "El debate sobre la laboralidad del trabajo vía plataformas digitales en Chile y algunos problemas conexos", *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 35, julio-diciembre
- PESO, J., 1957: La fuerza mayor propia. En VVAA, en *Diecisiete lecciones sobre fuerza mayor, crisis de trabajo, reconversión y empleo*. Madrid: Universidad de Madrid.
- POQUET, R., 2020: Cuarta revolución industrial, automatización y afectación sobre la continuidad de la relación laboral. *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 8, 167-183.
- QUINTINI, G., 2018: Automation, Skills Use and Training. *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*. *OECD Publishing*.
- RIFKIN, J., 1998: *El fin del trabajo. Nuevas tecnologías contra puestos de trabajo: el nacimiento de una nueva era*. Barcelona: Paidós .
- RIVAS, J., 2021: *¿El despido tecnológico satisface el estándar legal para ser una efectiva necesidad de la empresa en Chile?* Concepción: Trabajo Final de Magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.
- RIVERO, J., 1963: *La novación del contrato de trabajo*. Barcelona: Bosch.
- RIVERO, J., 1994: Modificación de las condiciones de trabajo. En VVAA, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*. Madrid: Edersa.
- RODRÍGUEZ, M., 2020: *Humanos y robots: empleo y condiciones de trabajo en la era tecnológica*. Albacete: Bomarzo.
- ROJAS, I., 2015: *Derecho del Trabajo. Derecho Individual del Trabajo*. Santiago: Thomson Reuters.
- ROJAS, I., 2020) Las necesidades de la empresa como causa de terminación del contrato de trabajo en el sistema jurídico chileno. RDUCN [online]. 2020, vol.27, 13.
- ROMAGNOLI, U., 1997: *Derecho, el Trabajo y la Historia*, CES, Madrid, 1997.
- RUDE, G., 2013: *La multitud en la Historia. Los disturbios populares en Francia e Inglaterra 1730-1848*. Madrid: Siglo XXI.
- RUIZ, J., 2012: *Metodología de la investigación cualitativa*. Bilbao: Universidad de Deusto.
- RULE, J., 1990: *Clase obrera e Industrialización. Historia social de la Revolución Industrial, 1750-1850*. Barcelona: Crítica.
- SAGARDOY, J., 1980: La terminación del contrato de trabajo. Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- SIERRA, A. y Cerón, R., 2020: Terminación del Contrato de Trabajo (Capítulo 8). En R. Palomo, *GPS Laboral*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- SUÁREZ, F., 1962: La resolución del contrato de trabajo por excesiva onerosidad sobrevenida de la prestación del empresario. *Revista Política Social* (56).
- SUÁREZ, F., 1961: Apuntes sobre la causa del contrato de trabajo. *RT*.
- SUÁREZ, 1967, F.; *Terminación del contrato de trabajo*. Madrid: Marcial Pons.
- THAYER, W.y Novoa, P., 2003: *Manual de Derecho del Trabajo* (Vol. IV). Santiago: Editorial Jurídica.
- UGARTE, J., 2020: Derechos fundamentales en el trabajo, poder y nuevas tecnologías. *Revista IUS*, Vol. 14, Núm. 45.
- UGARTE, J., 2004: *Derecho del Trabajo, Flexibilidad Laboral y Análisis Económico del Derecho*. Santiago: Editorial Lexis Nexis.
- UGARTE, J., 2023: *Derecho del Trabajo: invención, teoría y crítica*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- VAN Daal, J., 2015: *La Cólera de Ludd*. Logroño: Pepitas de Calabaza.
- VARAS, M., 2011: Pérdida de eficacia de la causal de necesidades de la empresa en el sistema de terminación del contrato de trabajo. *Revista chilena de derecho del trabajo y de la seguridad social* (1).

- VALENDUC, G. y Vendramin, P., 2016: Work in the digital economy: sorting the old from the new. *New Labor Forum*, 3(25), 56-64.
- VERD, J. y Lozarez, C.,, 2016: *Introducción a la investigación cualitativa. Fases, métodos y técnicas*. Madrid: Síntesis.
- VILLA, M., 2024: *El principio de la estabilidad en el empleo en el despido por automatización como causal de necesidades de la empresa*. Concepción: Trabajo Final de Magíster en Derecho del Trabajo y Previsión Social, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción.
- WEBB, M., 2020: The Impact of Artificial Intelligence on the Labor Market. *Stanford University*.
- WORLD Economic Forum, 2016: *The future of jobs. Employment, skill and workforce strategy for the fourth industrial revolution*. Disponible en https://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf. Última consulta 27.10.2025
- WORLD Economic Forum, 2018: *Towrd a reskilling revolution. A future of jobs for all*. <https://www.weforum.org/publications/towards-a-reskilling-revolution/>. última consulta 27.10.2025

Remedios por falta de conformidad en la compraventa de consumo: ¿Un régimen de garantía o uno de incumplimiento?

Sebastián Campos Micin*

RESUMEN

En este trabajo se procura mostrar que el régimen de remedios por falta de conformidad previsto en la Ley N° 19.496 no constituye realmente un régimen de garantía, sino que uno de remedios por incumplimiento. Ello en razón de que la falta de conformidad puede ser consistentemente concebida como una hipótesis amplia de cumplimiento imperfecto y de que los remedios que reconoce la ley no tienen un éxito asegurado, sujetándose a las mismas exigencias que el derecho común contempla para los remedios generales por incumplimiento. A mayor abundamiento, se mostrará que el señalado régimen está pensado preminentemente para las ventas de género –en cuyo marco la calificación de la falta de conformidad como una hipótesis de incumplimiento es relativamente sencilla–, sin perjuicio de que la falta de matices en la ley permita su extensión a las ventas de especie. Finalmente, se precisará que la extensión del régimen a las ventas de especie apareja un importante cambio de paradigma: el abandono de la premisa de que el cumplimiento o conformidad se refiere siempre a la prestación debida, abrazándose, en cambio, la idea de que el cumplimiento se refiere derechosamente a la satisfacción del interés amparado por el contrato.

Remedios por falta de conformidad; garantía legal; remedios por incumplimiento

*Remedies for lack of conformity in consumer sales:
a warranty regime or a breach of contract one?*

ABSTRACT

This paper attempts to show that the system of remedies for lack of conformity provided by Act No. 19,496 does not really constitute a guarantee regime, but rather a system of remedies for breach of contract. This is because lack of conformity can be consistently conceived as a broad hypothesis of imperfect performance, and the remedies recognized by the law are not guaranteed success, being subject to the same requirements that civil law contemplates for general remedies for breach of contract. Furthermore, it will also be shown that the aforementioned regime is

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Máster en Economía y Derecho del Consumo, Universidad de Castilla-La Mancha, España. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor Asistente del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3236-8630>. Correo electrónico: scamps@derecho.uchile.cl.

Artículo recibido el 23.3.2025 y aceptado para su publicación 7.8.2025.

primarily designed for sales of generic goods - within which the qualification of lack of conformity as a hypothesis of breach of contract is relatively simple -, without prejudice to the fact that the lack of nuances in the Act allows its extension to sales of specific goods. Finally, it will be specified that the extension of the regime to sales of specific goods entails an important paradigm shift: abandoning the premise that performance or conformity always refers to the behavior due, embracing instead the idea that performance refers directly to the satisfaction of the interest protected by the contract.

Remedies for lack of conformity; legal guarantee; remedies for breach of contract

I. INTRODUCCIÓN

Doctrina autorizada ha sostenido que el régimen de remedios por falta de conformidad en ventas de consumo, contemplado en los artículos 19 y siguientes de la Ley N°19.496, de 7 de marzo de 1997, que establece normas en la protección de los derechos de los consumidores –en adelante, LPDC–, no sería uno basado en el incumplimiento, sino que uno de garantía. El régimen operaría ante la verificación de ciertos riesgos y aseguraría al comprador la obtención de determinadas prestaciones (sustitución, reparación, restitución del precio, restitución de lo pagado en exceso y bonificación, según los casos), tal como sucede con el régimen de las acciones edilicias, el que se activa cuando se concreta el riesgo de que la cosa vendida esté afecta a un vicio redhibitorio, garantizando al comprador la restitución del precio o de lo que haya pagado en exceso, a su elección¹.

Otros autores, por el contrario, asumen que el régimen previsto en la LPDC es uno de remedios por incumplimiento². No obstante, algunos de esos mismos autores, en línea con un uso coloquial muy extendido, hablan de la existencia de una garantía legal, sugiriendo que el régimen asegura ciertas prestaciones al consumidor ante la verificación de hipótesis de falta de conformidad³.

La calificación del régimen previsto en la LPDC como uno de garantía o uno de remedios por incumplimiento no es en absoluto baladí. Un régimen de garantía –que, conviene aclarar, es algo distinto a la existencia de obligaciones de garantía⁴–, se caracteriza

¹ FERRANTE, 2016, p. 872; FERRANTE, 2018, pp. 187-189.

² BARRIENTOS, 2019, pp. 161 y 162. En relación con los servicios, RODRÍGUEZ, 2014, pp. 791-819. En sentido similar, aunque dejando a un lado las hipótesis contempladas en las letras a) y b) del artículo 20 de la LPDC, NASSER, 2019, p. 260.

³ BARRIENTOS, 2019, p. 157; NASSER, 2019, pp. 249 y 250.

⁴ Aunque haya algún parecido de familia, la categoría de la “obligación de garantía” no se refiere a un régimen remedial, sino a una clase de obligación cuya naturaleza es relevante sobre todo en relación con un remedio por incumplimiento: la indemnización de perjuicios. En concreto, según doctrina autorizada, una obligación de garantía sería aquella en que el deudor se compromete a satisfacer a todo evento un interés del acreedor, asumiendo todos los riesgos que puedan obstaculizar o impedir dicha satisfacción, estén o no bajo la esfera de su control. Tratándose de este tipo de obligación, la insatisfacción del interés del acreedor no solo equivaldría al incumplimiento, sino que daría automáticamente lugar a responsabilidad por los perjuicios (SCHOPF, 2023, pp. 71 y 72).

por el aseguramiento de ciertas prestaciones –o remedios, si se quiere– ante un supuesto de hecho determinado, sin que sea relevante la causa u origen de dicho supuesto y sin condicionar el éxito de dichas prestaciones a la concurrencia de otras exigencias. En este sentido, el éxito de cada una de las prestaciones contempladas por el régimen estaría asegurado en todo caso, sin que sea procedente la excusa de caso fortuito ni ninguna otra⁵. En cambio, un régimen de remedios por incumplimiento reconoce una lógica distintiva para cada mecanismo de tutela, condicionando su éxito a la concurrencia de sus propios y diferenciados requisitos de procedencia⁶.

La utilización en el medio nacional de la expresión “garantía legal” resulta cuanto menos problemática, pues mediante ella parece sugerirse que el régimen previsto en la LPDC opera de un modo que no necesariamente se condice con su naturaleza. De hecho, el Servicio Nacional del Consumidor, valiéndose de la señalada expresión, en su “Circular Interpretativa sobre los Fundamentos de la Garantía Legal”, de 13 de septiembre de 2023, ha sostenido expresamente que, salvo los casos establecidos en la propia LPDC, los remedios contemplados por los artículos 19 y 20 son de ejercicio discrecional, no requieren de justificación y no pueden ser restringidos⁷. La circular, por lo demás, asume que la verificación de alguna de las hipótesis de falta de conformidad previstas en la LPDC es suficiente para el ejercicio de cualquiera de los remedios, sin reconocer límites ni exigencias adicionales⁸. En suma, el Servicio concibe el régimen como si se tratara de uno de garantía.

El objetivo principal de este trabajo es mostrar que el régimen de remedios por falta de conformidad previsto en la LPDC no constituye realmente un régimen de garantía, sino que uno de remedios por incumplimiento. Ello en razón de que la falta de conformidad puede ser consistentemente concebida como una hipótesis amplia de cumplimiento imperfecto y de que los remedios que reconoce la LPDC no tienen un éxito asegurado, sujetándose a las mismas exigencias que el derecho común contempla para los remedios generales por incumplimiento. A mayor abundamiento, por su cercana relación con el objetivo principal, hay dos objetivos secundarios de los que el trabajo pretende hacerse cargo: por un lado, precisar que el régimen está pensado fundamentalmente para ventas de género, sin perjuicio de que la falta de matrículas en la LPDC permite su extensión a ventas de especie; por otro, explicar en qué sentido la extensión del régimen a las ventas de especie presupone un importante cambio de paradigma: el abandono de la premisa de que el cumplimiento o conformidad se refiere siempre a la prestación debida, abrazándose, en cambio, la idea de que el cumplimiento se refiere derechosamente a la satisfacción del interés amparado por el contrato.

⁵ FERRANTE, 2016, pp. 871-874.

⁶ Para un panorama general, DE LA MAZA y VIDAL, 2018a, pp. 361-770.

⁷ Circular Interpretativa sobre los Fundamentos de la Garantía Legal, de 13 de septiembre de 2023 (Santiago, resolución exenta N° 586), p. 4.

⁸ Circular Interpretativa sobre los Fundamentos de la Garantía Legal, de 13 de septiembre de 2023 (Santiago, resolución exenta N° 586), pp. 4, 8-11.

La relación de los objetivos secundarios con el objetivo principal está determinada por la circunstancia de que, en orden a la calificación de la falta de conformidad como una hipótesis de incumplimiento, se torna necesario tener claridad acerca del grado de determinación de la cosa debida por el vendedor. En el ámbito de las ventas de género, es relativamente sencillo sostener que la falta de conformidad no implica sino una hipótesis amplia de cumplimiento imperfecto, pues supone, *grosso modo*, que la cosa entregada no corresponde al género pactado o, correspondiendo, es de una calidad inferior a mediana. En cambio, tratándose de ventas de especie, la calificación de la falta de conformidad como una hipótesis de incumplimiento supone una resignificación de la prestación debida por el deudor, transitándose desde la premisa de que el objeto de la prestación se refiere a la cosa tal como es, hacia la idea de que el objeto es la cosa tal como debe ser. Luego, la cosa debida, aunque haya sido designada específicamente, tendrá que ser siempre una cosa funcional a los intereses del acreedor. En este particular ámbito, el incumplimiento coincidirá con la insatisfacción del interés amparado por el contrato.

Un trabajo como este se hace necesario en atención a las muy diversas consecuencias que se extraen de calificar el régimen previsto en la LPDC como uno de garantía o como uno por incumplimiento. Bajo la primera alternativa, verificada una hipótesis de falta de conformidad cubierta por la pretendida garantía, el comprador podría obtener a todo evento cualquiera de las prestaciones concretas que envuelva el remedio escogido. En cambio, bajo la segunda, cada remedio quedará regido por sus propias reglas, siendo necesario que concurran las particulares exigencias que al respecto contempla el derecho privado.

El trabajo se dividirá en tres secciones. En la primera se hará una breve alusión a la necesidad de un régimen especial de remedios por falta de conformidad en las ventas de consumo y al modo en que dicho régimen se regula en la LPDC. En la segunda se abordará la “falta de conformidad” como supuesto de hecho que activa el régimen de remedios en las ventas de consumo, precisándose, además, que esta no debe ser entendida como un supuesto desvinculado de las obligaciones del vendedor que da lugar a un régimen de garantía, sino que como una hipótesis amplia de incumplimiento del vendedor que sirve como presupuesto común a diversos remedios reconocidos al consumidor. En la tercera se indagará acerca del ámbito de aplicación del régimen previsto en la LPDC, indicándose que, pese a estar pensado predominantemente para las ventas de género, la falta de matices de la ley permite extenderlo a ventas de especie. Se explicará, además, en la misma sección, que la extensión del régimen a las ventas de especie supone un cambio de paradigma no menor en la comprensión del sistema: debe abandonarse la premisa de que el cumplimiento o conformidad se refiere a la prestación debida, abrazándose ahora la idea de que el cumplimiento se refiere derechosamente a la satisfacción del interés amparado por el contrato; finalmente se expondrán las conclusiones.

II. SOBRE LA NECESIDAD DE UN RÉGIMEN ESPECIAL DE REMEDIOS POR FALTA DE CONFORMIDAD EN LAS VENTAS DE CONSUMO Y SU REGULACIÓN EN LA LPDC

En el marco de la sociedad de consumo, el afán de los empresarios de incrementar sus utilidades lleva, con frecuencia, a una aminoración de los costes de producción, repercutiendo ello en la aptitud y calidad de los productos y servicios ofrecidos. Ello, a su turno, provoca que, en muchos casos, tales productos y servicios no sean totalmente conformes con lo convenido en el contrato o, en defecto de estipulación, con lo que resulta razonable según la naturaleza del bien y las circunstancias concurrentes⁹.

Ante este escenario, en lo que concierne a la compraventa, el régimen de vicios redhibitorios propio de los códigos decimonónicos resulta insuficiente e inadecuado para hacer frente a los problemas de falta de conformidad. En primer lugar, al estar pensado para vicios ocultos en especies o cuerpos ciertos, no es claro que el referido régimen pueda extenderse a compraventas de cosas genéricamente determinadas¹⁰. En segundo lugar, el régimen no brinda una solución general a todas las hipótesis de falta de conformidad, pues, al menos la acción propiamente redhibitoria, solo resulta aplicable en los casos en que el vicio de que adolece la cosa sea grave, esto es, cuando esta no sirve para su fin natural o sirva imperfectamente y sea razonable presumir que el comprador, de haber conocido el vicio, no hubiese celebrado el contrato o lo hubiese hecho a un precio significativamente más bajo. Finalmente, el régimen, incluso si se estimara aplicable, resulta inadecuado, toda vez que no contempla remedios tendientes a la satisfacción del interés originario del cliente. En efecto, según el régimen de las acciones edilicias, el cliente solo puede pedir la rescisión del contrato o la rebaja del precio, sin contemplarse la posibilidad de instar por la reparación del bien o su sustitución por otro que sea conforme con el contrato¹¹.

Tratándose de contratos de consumo, la preocupación por reconocer remedios tendientes a la satisfacción del interés del consumidor se trasuntó, por ejemplo, en el considerando décimo de la Directiva 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, que expresaba que “en caso de que el producto no sea conforme al contrato, los consumidores deben tener derecho a que los bienes se conformen a él sin cargo alguno, pudiendo elegir entre su reparación y su sustitución o, en su defecto, obtener una reducción del precio o la resolución del contrato”. Hoy, la regulación de la Unión Europea sobre remedios por falta de conformidad se encuentra contemplada en la Directiva 2019/771/UE, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes, por la que se modifican el Reglamento N° 2017/2394/CE y la Directiva 2009/22/CE y se deroga la Directiva 1999/44/CE.

⁹ En similar sentido, DÍAZ, 2016, p. 11.

¹⁰ ZIMMERMANN, 2008, pp. 93-95.

¹¹ Refiriendo la pretendida inconveniencia del régimen de acciones edilicias, entre otros, DE LA MAZA y VIDAL, 2018b, pp. 96 y 97.

En lo que concierne al derecho chileno, la LPDC, con miras al fortalecimiento de la tutela de los intereses de los consumidores ante hipótesis de falta de conformidad, reconoce remedios de manera diferenciada, según el contrato celebrado sea uno de compraventa o de prestación de servicios. En esta línea, los remedios por falta de conformidad de la cosa vendida, usualmente referidos como *garantía legal*, se encuentran regulados en el Párrafo 5° (“Responsabilidad por incumplimiento”) del Título II, y, más concretamente, en los artículos 19, 20 y 21. A su turno, los remedios por falta de conformidad del servicio prestado se regulan en el Párrafo 4° (“Normas especiales en materia de prestación de servicios”) del Título III, especialmente en los artículos 40 y 41.

En lo que dice relación particularmente con la compraventa, la LPDC, en lugar de declarar aplicable el régimen remedial en toda hipótesis de falta de conformidad, ha tipificado numerosos casos en que aquel resulta procedente¹². Al respecto, siguiendo un esquema cercano al propuesto por Barrientos¹³, puede decirse que la ley contempla tres clases de hipótesis de falta de conformidad que activan el régimen en el marco del contrato de compraventa: a) la falta de conformidad de la cantidad del producto (artículo 19 de la LPDC); b) la falta de conformidad de las especificaciones que ha de cumplir el producto (artículo 20 letras a), b), d) y g) de la LPDC); y c) la falta de conformidad de la aptitud del producto para su uso o consumo (artículo 20 letras c), e) y f) de la LPDC).

A mayor abundamiento, la identificación de los remedios procedentes depende de la clase de falta de conformidad que se presente. Así, en caso de falta de conformidad de la cantidad del producto, los remedios que puede ejercer el consumidor son: a) la sustitución del producto; b) la bonificación del valor en la compra de otro producto; y c) la devolución del precio pagado en exceso (reducción del precio)¹⁴. Obviamente, en caso de que el consumidor sufra algún daño, a los mencionados remedios podrá añadirse la indemnización de perjuicios (exartículo 3 letra e) de la LPDC)¹⁵. A su turno, en hipótesis de falta de conformidad de las especificaciones que ha de cumplir el producto, y también en aquellas de falta de aptitud de la cosa para su uso o consumo, los remedios de que estará provisto el consumidor son: a) la reparación gratuita del producto; b) la sustitución del producto; y c) la devolución de la cantidad pagada (resolución)¹⁶. También en estos casos, si el consumidor ha sufrido algún daño, puede añadirse la indemnización de perjuicios (exartículos 3 letra e) y 20 inciso 1° de la LPDC).

¹² NASSER, 2019, pp. 254 y 255.

¹³ Según Barrientos, los vicios o defectos que activan la *garantía legal* en el marco del contrato de compraventa se pueden clasificar en vicios de cantidad (artículo 19 de la LPDC), vicios de calidad (artículo 20 letras c), e) y f) de la LPDC), falta de especificaciones (artículo 20 letras a), b), d) y g) de la LPDC) y vicios producidos por las declaraciones publicitarias que se integran al contrato (artículo 20 c) de la LPDC) (BARRIENTOS, 2019, p. 162). En nuestra opinión, la última hipótesis no tiene realmente una identidad propia, sino que se enmarca en una hipótesis precisa de falta de conformidad, a saber, la falta de aptitud del producto.

¹⁴ Artículo 19 de la LPDC.

¹⁵ BARRIENTOS, 2016, p. 211; BARRIENTOS, 2019, p. 191.

¹⁶ Artículo 20 de la LPDC.

III. LA FALTA DE CONFORMIDAD COMO SUPUESTO DE HECHO QUE ACTIVA EL RÉGIMEN DE REMEDIOS EN LAS VENTAS DE CONSUMO

Todas las hipótesis que, según la LPDC, activan el régimen remedial, por muy genéricas o específicas que sean, pueden ser reconducidas a la noción de falta de conformidad¹⁷.

En términos generales, la noción de falta de conformidad comprende cualquier defecto que presente la cosa o producto, prescindiendo de su gravedad, o de su carácter ostensible u oculto. De esta guisa, tienen cabida en la noción de falta de conformidad los defectos de calidad, de cantidad, de aptitud para servir al uso natural o convenido, así como también las hipótesis de *aliud pro alio* o de inobservancia de las exigencias legales o reglamentarias aplicables al producto de que se trate¹⁸. Desde una perspectiva inversa, la conformidad puede ser entendida como la adecuación, correspondencia o identidad entre la cosa entregada y aquella que ha sido caracterizada en el contrato¹⁹.

Por cierto, el marco de referencia para apreciar la conformidad o falta de conformidad de la cosa o producto no se agota en lo estipulado expresamente en el contrato, sino que también considera lo que razonablemente se puede esperar del producto según la naturaleza del mismo, las condiciones objetivas referidas en la publicidad, la información precontractual entregada y las circunstancias concurrentes a la celebración del contrato²⁰.

Una de las ventajas de la noción de falta de conformidad reside en que, en orden al reconocimiento de la procedencia de remedios en favor del consumidor, se prescinde de la necesidad de constatar una infracción culpable o dolosa de algún deber de cuidado. Técnicamente, la consagración de un régimen de falta de conformidad presupone la imposición al proveedor de ciertos riesgos, sin que sea pertinente preguntarse si estos efectivamente se encuentran o no bajo la esfera de su control²¹.

Debido a lo anterior, alguna doctrina ha sostenido que el régimen de remedios contemplado en la LPDC no sería uno basado en el incumplimiento, sino que uno de garantía. El régimen operaría ante la verificación de ciertos riesgos, tal como sucede con el régimen de las acciones edilicias, que se activa cuando se concreta el riesgo de que la cosa vendida no sirva o sirva imperfectamente para su fin natural o para el fin especificado en el contrato²².

A este respecto conviene recordar que, según el tradicional régimen de las acciones edilicias, la presencia de un vicio redhibitorio no configura propiamente un incumplimiento, sino el presupuesto de un régimen que confiere al comprador determinados mecanismos de tutela (acción redhibitoria y acción de rebaja del precio) que se pueden hacer efectivos en todo caso, sin que el vendedor pueda oponerse alegando la concurrencia

¹⁷ En el mismo sentido, BARRIENTOS, 2019, pp. 161 y 162.

¹⁸ MARTÍN, 2011, pp. 1699 y 1700.

¹⁹ MARÍN, 2015b, p. 1686.

²⁰ NASSER, 2019, pp. 252 y 253.

²¹ FERRANTE, 2018, pp. 187-189

²² FERRANTE, 2016, p. 872; FERRANTE, 2018, pp. 187-189.

de un caso fortuito o fuerza mayor²³. En realidad, la existencia de un vicio redhibitorio revelaría que el equilibrio subjetivo entre cosa y precio ha sido cimentado sobre una base falsa (que la cosa sirve para su fin natural o para el fin especificado en el contrato), desmintiéndose la relación de proporcionalidad pretendida en el acuerdo. Luego, en tanto el vicio ya habría existido al momento del perfeccionamiento del contrato (exartículo 1858 N° 1 del Código Civil), el comprador estaría facultado para pedir la rescisión o la rebaja del precio, remedios que darían alivio al desequilibrio económico que tal sujeto ha padecido²⁴.

Según doctrina autorizada, el ámbito propio del régimen de las acciones edilicias es de las ventas de especie²⁵. El régimen se aplicaría justamente cuando, en razón de un vicio oculto al momento de la celebración, el cuerpo cierto no sirve o sirve imperfectamente para su fin natural o para el fin especificado en el contrato. Tal defecto, al ser desconocido por el comprador, daría lugar, como se ha anticipado, a un desequilibrio económico originario, el que podría encontrar alivio en la rescisión (que no resolución) del contrato o en la rebaja del precio. No habría allí incumplimiento alguno, al menos no en su sentido estricto, esto es, como inobservancia de un deber de prestación, toda vez que el vendedor habría entregado exactamente la cosa debida²⁶. Es en este sentido que puede decirse que el régimen de acciones edilicias, en cuanto asegura como efecto práctico la restitución del precio pagado o una devolución de lo pagado en exceso, comporta una garantía ante el riesgo de que la cosa vendida presente vicios, garantía que, en un sentido técnico, estaría absolutamente desvinculada de la obligación asumida por el vendedor²⁷. En principio, tal régimen no podría operar cuando el vendedor, en lugar de obligarse a entregar una especie o cuerpo cierto, se ha obligado a entregar cualquier individuo de un determinado género con tal que dicho individuo sea de una calidad no inferior a la mediana. De ser así, el vendedor estaría obligado a entregar una cosa libre de defectos y todo apartamiento de ello no envolvería propiamente un vicio redhibitorio, sino que un incumplimiento²⁸.

²³ FERRANTE, 2016, pp. 871-874. En similar sentido, considerando la evolución histórica de las acciones del comprador por defectos en la cosa, MORALES, 1980, pp. 679-682.

²⁴ Acerca de la naturaleza rescisoria de la acción redhibitoria, con acuciosa profundidad, DE VERDA Y BEAMONTE, 2009, pp. 223-239, consignando las conclusiones en 238 y 239. En la doctrina nacional, atribuyendo naturaleza rescisoria a la acción, LÓPEZ, 2017, pp. 434-451; WALKER, 2019, pp. 297-303; y ALCALDE, 2010, pp. 71-73.

²⁵ ZIMMERMANN, 2008, pp. 93-95.

²⁶ PRATS, 1992, p. 5097; MORALES, 1980, pp. 664, 665 y 680; MORALES, 2012, pp. 7 y 16; FENOY, 1993, p. 297. En relación con el derecho romano, OVIEDO, 2014, p. 216.

²⁷ FERRANTE, 2016, p. 872.

²⁸ DE VERDA Y BEAMONTE, 2009, p. 240; ZIMMERMANN, 2008, p. 98. En contra, alguna doctrina ha sostenido que, si la determinación de la cosa es genérica, habría, por necesidad, una especificación ulterior, al momento del pago. Despues de todo, la cosa que se entregue al comprador siempre tiene que consistir en una especie. De esta guisa, si el comprador aceptara el individuo dado en pago y este, por un defecto existente en dicho momento, no sirviera o sirviera imperfectamente para su destino, sí se configuraría un vicio redhibitorio. En esta línea, entre otros, OVIEDO, 2016, pp. 133-136; BERCOVITZ, 1969, pp. 823-828;

Pues bien, volviendo ahora al régimen de remedios previsto en la LPDC, no es claro que este configure realmente un régimen de garantía. El régimen, como se expuso, está articulado en la noción de falta de conformidad²⁹, la que, según se verá, no constituye sino una hipótesis amplia de incumplimiento.

En realidad, en la medida en que el incumplimiento sea concebido objetivamente (como inobservancia de la prestación debida), no existirá una real diferencia entre un régimen de remedios por incumplimiento y un régimen que pivota sobre la noción de falta de conformidad³⁰. Así como la conformidad puede concebirse como el exacto cumplimiento de la prestación debida, la falta de conformidad puede ser entendida como falta de correspondencia o identidad entre la prestación ejecutada y la prestación debida³¹.

Ahora bien, debido a que la falta de conformidad, en el sentido recién reseñado, presupone la entrega de una cosa no conforme al contrato, existen hipótesis de incumplimiento que lógicamente quedan fuera, tales como la falta de entrega y la entrega tardía³². De ahí que la falta de conformidad, al menos en el marco del régimen previsto en los artículos 19 y siguientes de la LPDC, no deba ser entendida como una categoría equivalente al incumplimiento, sino más bien como una hipótesis amplia de este último³³.

En atención a lo expuesto, es claro que el régimen previsto en la LPDC no se articula en función de una garantía desvinculada de la obligación asumida por el vendedor –como ocurre a propósito de los vicios redhibitorios³⁴–, sino que pivota en torno a un incumplimiento, aportado por la configuración de alguna de las hipótesis de falta de conformidad tipificadas en los artículos 19 y 20. En este sentido, puede afirmarse que la coloquialmente denominada *garantía legal* no constituye un régimen de naturaleza diversa a la de un régimen de remedios por incumplimiento³⁵.

En lo que atañe a los remedios, también es posible hacer algunas reflexiones.

FENOY, 1993, pp. 137-139, 298 y 299. En Chile, en una línea cercana, ALESSANDRI, 2003, v. I, t. II, p. 190; DE LA MAZA, 2014, p. 141, nota al pie N° 41.

²⁹ BARRIENTOS, 2019, pp. 161 y 162.

³⁰ MARÍN, 2015b, p. 1686.

³¹ MARÍN, 2015b, p. 1686.

³² MARTÍN, 2011, p. 1700.

³³ Ello, por cierto, no implica que no pueda hablarse de falta de conformidad frente a hipótesis ajenas al referido régimen. En realidad, no existen obstáculos dogmáticos para ensanchar la noción de falta de conformidad y hacerla por entera equivalente al incumplimiento. En este sentido, Nasser ha sugerido que el supuesto de falta de conformidad se debiese establecer, preferentemente, en el artículo 12 de la LPDC, que obliga al proveedor a cumplir con los términos, condiciones y modalidades que hubiere convenido con el consumidor para la entrega del bien o la prestación del servicio (NASSER, 2019, p. 252). En similar sentido, en el marco más general del derecho privado, Peña ha sostenido que la falta de conformidad no es algo distinto a la falta de identidad del pago, de modo que, en la medida que el pago no se haga “bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación” (exartículo 1569 inciso 1º del Código Civil), habrá falta de conformidad (PEÑA, 2023, p. 183).

³⁴ FERRANTE, 2016, p. 872.

³⁵ En sentido afín, BARRIENTOS, 2019, pp. 161 y 162. En relación con los servicios, RODRÍGUEZ, 2014, pp. 791-819. En sentido similar, aunque dejando a un lado las hipótesis contempladas en las letras a) y b) del artículo 20 de la LPDC, NASSER, 2019, p. 260.

Actualmente no debiera dudarse de que el único remedio por incumplimiento que realmente requiere de un factor especial de imputación (como culpa o dolo) es la indemnización³⁶, de modo que la mera circunstancia de que otros remedios previstos en la LPDC no presupongan un factor de esa clase no es una razón suficiente para predicar la existencia de un régimen de garantía –al menos no cuando, por “régimen de garantía”, se alude a un régimen de distinta naturaleza a uno basado en el incumplimiento–.

A mayor abundamiento, no resulta acertada la afirmación de que el caso fortuito no desempeña rol alguno en el régimen previsto en la LPDC. En derecho comparado, por muy amplia que sea la conceptualización de la falta de conformidad, los sistemas de consumo sí suelen reconocer que la imposibilidad de cumplimiento, sea definitiva o temporal, efectivamente excluye las modalidades de reparación y sustitución³⁷. Además, es muy usual que sustitución y reparación estén sujetas a un límite adicional: que la modalidad escogida no suponga un coste desproporcionado de cara al interés del consumidor o en comparación con la otra modalidad³⁸. Se trata, este último, de un límite orientado a resguardar el equilibrio contractual y que puede encontrar su base en las exigencias de la buena fe³⁹. Pues bien, aunque la LPDC no lo explice, tanto la imposibilidad como la desproporcionalidad del coste son límites a la pretensión de cumplimiento que resultan totalmente aplicables en el derecho chileno, encontrando sustento, la primera, en razones lógicas⁴⁰, y, la segunda, tanto en las exigencias de la buena fe como en la proscripción del abuso del derecho⁴¹.

Ha de reconocerse que algunos remedios previstos en la LPDC, como la resolución (“devolución de la cantidad pagada”, exartículo 20⁴²) y la rebaja del precio (“devolución del precio que haya pagado en exceso”, exartículo 19), son procedentes incluso en casos en que el incumplimiento esté causado por un caso fortuito⁴³. Respecto de ellos, por esta razón, la imposibilidad no constituye un verdadero límite. No obstante, ello no dice relación con la pretendida existencia de un régimen de garantía, sino que con la progresiva diferenciación y evolución técnica acerca de los requisitos de procedencia de

³⁶ Acerca del modo en que debiera entenderse la imputabilidad, véase DE LA MAZA y VIDAL, 2018a, pp. 617-620.

³⁷ Véase, a modo ejemplar, el artículo 13.2 de la Directiva 2019/771/UE. En lo que atañe al derecho alemán, ZIMMERMANN, 2008, p. 114; al derecho francés, JULIEN, 2019, pp. 469-471; al derecho inglés, BURROWS, 2020, p. 160; al derecho español, MARÍN, 2015c, pp. 1740-1742.

³⁸ Nuevamente, véase artículo 13.2 de la Directiva 2019/771/UE. Respecto del derecho alemán, ZIMMERMANN, 2008, p. 114; al derecho francés, JULIEN, 2019, pp. 469-471; al derecho inglés, BURROWS, 2020, p. 160; y al derecho español, MARÍN, 2015c, pp. 1742-1745.

³⁹ En relación con el derecho español, MARÍN, 2015c, pp. 1742 y 1743.

⁴⁰ Al respecto, CAMPOS, 2020, pp. 58-62.

⁴¹ BARRIENTOS, 2019, pp. 186 y 187. En España, en similar sentido, PANTALEÓN, 1993, pp. 1730 y 1731.

⁴² Es relativamente pacífico que “la devolución de la cantidad pagada” es, en realidad, la consecuencia del remedio reconocido al consumidor. Tal remedio, aunque la LPDC no lo exprese en forma adecuada, no es otro que la resolución. Al respecto, PEÑAILILLO, 2003, p. 431, nota al pie N° 789. En similar sentido, CORRAL, 1999, p. 183; BARRIENTOS, 2019, pp. 187 y 188.

⁴³ Al respecto, CAMPOS, 2020, pp. 43-50.

los diversos remedios que la ley reconoce al acreedor ante el incumplimiento. En esta línea, se ha sostenido por doctrina nacional que, en el caso particular de la resolución, si bien ella procedería incluso en hipótesis de caso fortuito, sería necesario que la falta de conformidad sea grave, en el sentido de que frustre una medida sustantiva del interés que previsiblemente el consumidor alberga en la ejecución del contrato⁴⁴. Tal solución, *obiter dictum*, está plenamente conforme con el panorama europeo⁴⁵.

Ciertamente, como la LPDC guarda silencio, en orden a la identificación de los requisitos o condiciones de procedencia de cada remedio habrá que acudir a las reglas de derecho común. A este respecto, conviene recordar que la legislación nacional de consumo (integrada por la LPDC y otras regulaciones sectoriales), pese a conformar un microsistema jurídico, no prescinde realmente de una aplicación supletoria del Derecho común⁴⁶.

Como puede colegirse, el régimen previsto en la LPDC, distanciándose de la lógica de un régimen de garantía, no asegura al consumidor la obtención de determinadas prestaciones en hipótesis típicas de falta de conformidad, sino que reconoce remedios cuyo éxito depende de la concurrencia de las particulares condiciones que al respecto contempla el derecho privado. En suma, en la medida que el incumplimiento sea entendido en términos objetivos, y se asuma, conforme con la doctrina más técnica, que los remedios reconocidos al consumidor se someten a las reglas pertinentes de derecho privado, será inapropiado defender una naturaleza diferenciada de regímenes basados en la falta de conformidad. No existe, estrictamente, garantía alguna.

Una posible objeción a lo aquí planteado es que, ante la duda acerca de la naturaleza jurídica del régimen de falta de conformidad previsto en la LPDC, debiera preferirse aquella interpretación que maximice el nivel de protección dispensado al consumidor (exartículo 2 ter). Tal interpretación, como se puede intuir, es la que concibe al régimen como uno de garantía. No obstante, por muy difundida que sea la idea de una “garantía legal” en nuestro medio⁴⁷, no debiera perderse de vista que los artículos 19 y 20 no hablan en ninguna parte de una garantía (tal expresión aparece recién en el artículo 21, para hacer alusión a aquella que se hubiere concedido voluntariamente por el proveedor), de modo que no existe una verdadera base normativa para una interpretación del régimen en tal sentido. Por lo demás, tal como se ha indicado previamente, el derecho del consumo, si bien conforma un microsistema jurídico, no prescinde realmente de una aplicación supletoria del Derecho común⁴⁸. De esta guisa, aunque con el cuidado que exige una efectiva protección de los intereses de los consumidores, los vacíos contemplados

⁴⁴ BARRIENTOS, 2016, pp. 201-204; BARRIENTOS, 2019, p. 188. En el mismo sentido, en materia de servicios, CONTARDO, 2013, p. 882. En la jurisprudencia, un atisbo –aunque indirecto– de esta aproximación puede verse en Corte de Apelaciones de Valdivia, 5.2.2016, rol 235-2015, cons. 9º.

⁴⁵ Véanse, a modo ilustrativo, los apartados 4 y 5 del artículo 13 de la Directiva 2019/771/UE.

⁴⁶ ISLER, 2019, pp. 172 y 173. En sentido similar, TAPIA, 2005, pp. 351-353; BARAONA, 2014, p. 382.

⁴⁷ Véanse, por ejemplo, BARRIENTOS, 2019, p. 157; NASSER, 2019, pp. 249 y 250; Circular Interpretativa acerca de los Fundamentos de la Garantía Legal, de 13 de septiembre de 2023 (Santiago, resolución exenta N° 586).

⁴⁸ ISLER, 2019, pp. 172 y 173; TAPIA, 2005, pp. 351-353; BARAONA, 2014, p. 382.

en la LPDC han de integrarse con base en normas de derecho civil. Eso es lo que ocurre con el régimen de falta de conformidad previsto en la LPDC, el que, por no decir nada acerca de los naturales límites y exigencias a que se someten los remedios reconocidos al consumidor, ha de ser complementado por las reglas generales del derecho de contratos. *Obiter dictum*, en derecho comparado es usual el establecimiento de límites y exigencias particulares para los distintos remedios reconocidos a consumidores ante hipótesis de falta de conformidad: ello se relaciona con el equilibrio contractual y en caso alguno envuelve un tratamiento injusto o desconsiderado hacia los intereses de la parte débil⁴⁹. En este sentido, la integración de los vacíos de la LPDC con base en reglas de derecho común no debiera estimarse disfuncional a los intereses (legítimos) del consumidor.

IV. SOBRE EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL RÉGIMEN EN LAS VENTAS DE CONSUMO: ¿HACIA UN NUEVO PARADIGMA EN LA NOCIÓN DE INCUMPLIMIENTO?

A diferencia de lo que ocurre con el régimen de las acciones edilicias, el régimen contemplado por la LPDC para hipótesis de falta de conformidad en la compraventa está pensado predominantemente para la venta de cosas genéricamente determinadas.

En la sociedad de consumo, la mayoría de los productos que se comercializan se producen en serie y son, por tanto, objetivamente fungibles. Ello conduce a que la determinación de la cosa debida en ventas de consumo suela hacerse en función de características y cualidades compartidas por una pluralidad de cosas (todas las que correspondan al mismo género)⁵⁰. Luego, la obligación del empresario suele ser de género, liberándose en la medida en que la cosa entregada cumpla con las características y cualidades que corresponda y que tenga una calidad no inferior a la mediana.

Excepcionalmente, la cosa objeto de una venta de consumo puede estar determinada como especie o cuerpo cierto. Más allá de los casos en que el empresario, por razones justificadas o no, ofrece la venta de bienes producidos en masa como especies o cuerpos ciertos, una hipótesis en que adquiere particular sentido una determinación específica se refiere a aquella en que la cosa vendida debe ser fabricada o producida por el propio vendedor, con sus propios materiales, según los requerimientos formulados por el consumidor⁵¹.

⁴⁹ Especialmente ilustrativo es el artículo 13 de la Directiva 2019/771/UE, que reconoce límites a los distintos remedios procedentes por falta de conformidad.

⁵⁰ GONZÁLEZ, 2019, p. 51; BAHAMONDES, 2019, pp. 146 y 148. En España, MARÍN, 2015c, p. 1735.

⁵¹ Aquí conviene recordar que, según el artículo 1996 del Código Civil, “(s)í el artífice suministra la materia para la confección de una obra material, el contrato es de venta (...).” La consideración del contrato de obra como uno en que podría cobrar sentido el régimen de remedios por falta de conformidad se puede observar en el artículo 3.2 de la Directiva 2019/771/UE. A mayor abundamiento, el legislador europeo asume que el referido régimen puede cobrar sentido tanto en los casos en que los materiales son suministrados por el empresario (casos de venta) como en aquellos en que son suministrados por el consumidor (casos de arrendamiento). Al respecto, comentando el artículo 115.1 del TRLGDCU (que transpone el artículo 3.2 de la Directiva 2019/771/UE al ordenamiento jurídico español), MARÍN, 2015a, pp. 1667-1669.

En todo caso, resulta indiscutible que la venta de cosas determinadas en función de su género constituye el modelo que recogen las normativas contemporáneas de consumo –y, entre ellas, la LPDC–. Sabido es que la Directiva 99/44/CE y, con ella, la generalidad de las normativas nacionales de consumo, bebieron del modelo de la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías, la que, a su turno, tuvo como paradigma la compraventa de cosas genéricas⁵².

La noción misma de falta de conformidad se articula en torno a este modelo: las características y cualidades que ha de tener la cosa, por pertenecer a un determinado género, constituyen el parámetro que permite medir si existe o no falta de conformidad y, por tanto, incumplimiento contractual⁵³. En el lenguaje del Código Civil, existirá falta de conformidad cuando la cosa entregada no corresponda al género pactado o, correspondiendo a este, sea de una calidad inferior a mediana. Se trata, en lo medular, de falta de identidad en el pago, todo ello a la luz de los artículos 1509, 1569 y 1828 del Código de Bello⁵⁴.

Por lo demás, uno de los remedios más eficaces contemplados por el régimen, a saber, la sustitución, constituye una modalidad de cumplimiento que parece exclusiva de las obligaciones de género⁵⁵. Se trata, cuanto menos, de un remedio típico en las ventas de género⁵⁶, cuya extensión a ventas de especie, si bien fortalece la posición del consumidor, no resulta dogmáticamente cómoda. En palabras de Zimmermann, “en la venta de bienes concretos y determinados, la *entrega de otro bien libre* de vicios es algo inviable y, desde un punto de vista conceptual, seguramente también inconcebible. Después de todo, es el bien concreto y determinado el que fue objeto de la promesa del vendedor y ello ya indica que no es posible cumplir con la entrega de otra cosa”⁵⁷.

Que la sustitución, como modalidad de cumplimiento, tenga por preciso supuesto de hecho el de la falta de conformidad o cumplimiento imperfecto de una obligación de género no debiera causar mayor extrañeza. Doctrina nacional autorizada ya ha defendido que tal es el ámbito natural de aplicación de la sustitución en el marco del régimen de remedios de derecho común, excluyéndose, *a priori*, la posibilidad de extender dicha modalidad de la pretensión de cumplimiento a casos en que la determinación de la cosa debida ha sido

⁵² MORALES, 2006, p. 199; VIDAL, 2007, pp. 43 y 44. Algo diverso es que tal modelo haya sido generalizado y, por tanto, extendido incluso a las ventas de especie. Al respecto, ZIMMERMANN, 2008, pp. 110 y 111. Véase también, precisando que la extensión del nuevo modelo a ventas de especie supone una renovada concepción del objeto de la obligación del vendedor, transitándose desde un objeto real (la cosa tal cual es) hacia uno ideal (la cosa como debe ser), MORALES, 2006, pp. 102 y 103, 195-199.

⁵³ En este sentido, de un modo muy lúcido, GONZÁLEZ, 2019, p. 51. En una senda similar, VIDAL, 2007, pp. 49 y 52.

⁵⁴ En la doctrina nacional, relacionando la falta de conformidad con la falta de identidad de pago, PEÑA, 2023, p. 183.

⁵⁵ ZIMMERMANN, 2008, p. 100; DE VERDA Y BEAMONTE, 2009, pp. 145 y 146; VIDAL, 2014, pp. 242 y 243; BAHAMONDES, 2019, pp. 148 y 149.

⁵⁶ MARÍN, 2015c, p. 1735.

⁵⁷ ZIMMERMANN, 2008, p. 100. En similar sentido, DE VERDA Y BEAMONTE, 2009, pp. 145 y 146.

específica⁵⁸. Inclusive, se ha sugerido que, por razones lógicas, si la determinación de la cosa es específica, la sustitución no tendría cabida ni siquiera en ventas de consumo⁵⁹.

Ahora bien, debido a que la LPDC no realiza matiz alguno, el régimen de remedios por falta de conformidad previsto en ella se puede estimar aplicable a ventas de especie. De ser así, debiera tenerse claro que la extensión de la sustitución, como modalidad de cumplimiento, a ventas de especie supone un cambio de paradigma no menor, de algún modo ya implícito en la Convención de Viena y en las normativas inspiradas en ella: debe abandonarse la premisa de que el cumplimiento o conformidad se refiere a la prestación debida, abrazándose ahora la idea de que el cumplimiento se refiere derechosamente a la satisfacción del interés amparado por el contrato⁶⁰. Luego, habrá incumplimiento toda vez que exista insatisfacción y podrá pedirse la sustitución de la cosa insatisfactoria (aunque haya sido designada como especie) por otra que sí sea satisfactoria (y, por esta razón, conforme con el contrato)⁶¹.

De acuerdo con una visión renovada, la cosa debida, aunque se haya determinado específicamente, no será la cosa tal como es, sino tal como deber ser, esto es, una cosa funcional a los intereses del acreedor⁶². En el fondo, la prestación debida será resignificada y ahora consistirá justamente en la satisfacción del interés del acreedor⁶³. Bajo esta comprensión, ajena al Código de Bello, la sustitución puede ser concebida como una modalidad de cumplimiento aplicable en cualquier caso de insatisfacción. Incluso la reparación de la especie defectuosa, que envuelve una prestación de hacer –esto es, una prestación de naturaleza totalmente diversa a la comprometida originalmente por el vendedor–, podrá concebirse como una modalidad de cumplimiento exigible, pues permite que el acreedor satisfaga su interés y que, por tanto, el deudor cumpla, por así decirlo, *su verdadera prestación*⁶⁴.

Ha de recordarse en este punto que, bajo el sistema diseñado por el Código de Bello, el compromiso del deudor no se refiere directamente a la satisfacción de un interés, sino que a la ejecución de una conducta, sea de dar, entregar, hacer o no hacer⁶⁵. Por cierto, la conducta debida ha de ejecutarse en los términos establecidos en el contrato y es ello, por regla general, lo que permitirá la satisfacción del interés del acreedor. Si la prestación no se ejecuta conforme con el contrato, habrá incumplimiento y ello normalmente implicará un problema de insatisfacción. Ahora bien, aunque doctrina autorizada ha acercado la noción de incumplimiento a la de insatisfacción de un interés amparado por

⁵⁸ Al respecto, VIDAL, 2014, pp. 242 y 243; BAHAMONDES, 2019, pp. 148 y 149.

⁵⁹ BARRIENTOS, 2018, p. 549, nota al pie N° 51.

⁶⁰ Se advierte aquí una importante influencia del *common law* inglés. Al respecto, FENOY, 1993, pp. 115-128, 549-560.

⁶¹ ZIMMERMANN, 2008, pp. 110 y 111; MORALES, 2006, pp. 195-199.

⁶² MORALES, 2006, p. 102. En Chile, véase especialmente, VIDAL, 2007, pp. 44-46, 48-54.

⁶³ MORALES, 2006, pp. 196 y 197.

⁶⁴ MORALES, 2006, p. 198.

⁶⁵ En este sentido, CÁRDENAS y REVECO, 2018, p. 35; CAMPOS, 2020, p. 54.

el contrato⁶⁶, no deja de ser cierto que, bajo las reglas del Código, algunos problemas de insatisfacción no suponen un incumplimiento (que, técnicamente, es una circunstancia sobrevenida a la celebración del contrato), sino que una causa preexistente o coetánea al contrato que falsea el equilibrio subjetivo definido por las partes. En estos casos, si el interés está realmente amparado por el contrato, podría configurarse una causa de rescisión. Es lo que ocurre, por ejemplo, con los vicios redhibitorios, la evicción parcial importante y la lesión enorme⁶⁷. En este contexto normativo, la asunción de una noción amplia de incumplimiento, coincidente con la insatisfacción de cualquier interés amparado por el contrato, perdería de vista la lógica que hay detrás de los supuestos de rescisión que establece el Código, soslayando una importante definición legislativa⁶⁸. Pese a que probablemente no sea lo más conveniente desde un punto de vista práctico, bajo las reglas impartidas por el Código Civil no parece plausible transitar plenamente hacia el paradigma que subyace a la Convención de Viena y a las normativas inspiradas en ella.

Pues bien, acaso los artículos 19 y 20 de la LPDC, que no restringen expresamente el ámbito de aplicación de la sustitución y de los demás remedios por falta de conformidad a las ventas de género, den cuenta de un efectivo cambio de paradigma en el contexto del derecho del consumo, distanciándose de la lógica que subyace al Código Civil. Conforme se ha explicado, la procedencia de la reparación y la sustitución en una venta de especie presupone una redefinición de la prestación debida por el deudor: la prerrogativa del consumidor de exigir la reparación de la especie defectuosa o, derechamente, la entrega de una cosa distinta a la especie designada en el contrato da cuenta de que la prestación debida por el proveedor ya no es la cosa tal como es, sino que tal como deber ser, esto es, funcional a los intereses del acreedor⁶⁹. De esta guisa, la extensión del régimen de remedios por falta de conformidad a las ventas de especie presupone el tránsito a un nuevo paradigma en el derecho de contratos chileno, aunque acotado al ámbito de las ventas de consumo⁷⁰. A diferencia de lo que ocurre bajo las reglas del Código de Bello, bajo los preceptos de la LPDC sí puede decirse que la prestación del vendedor consiste, derechamente, en la satisfacción del interés protegido por el contrato.

En todo caso, la extensión del régimen previsto en la LPDC a las ventas de especie no implica que, en tal particular ámbito, el régimen obre como uno de garantía, haciendo responsable a todo evento al proveedor de determinadas prestaciones, como son, según los casos, la sustitución, la reparación, la restitución del precio, la devolución del exceso y la bonificación. En realidad, cada remedio seguirá rigiéndose por sus propias reglas y procederá en la medida que concurran sus particulares requisitos. De ahí que el régimen siga siendo uno de remedios por incumplimiento, aunque en el entendido

⁶⁶ DE LA MAZA y VIDAL, 2018a, pp. 260-269; VIDAL, 2007, pp. 48-54.

⁶⁷ Respecto de la rescisión, sus variadas causas y su régimen en el Código de Bello, ALCALDE, 2010, pp. 65-77; WALKER, 2019, pp. 229-450.

⁶⁸ Especialmente iluminadora al respecto, WALKER, 2019, pp. 295, 296, 302 y 303

⁶⁹ MORALES, 2006, p. 102.

⁷⁰ Es posible enfatizar aquí que el cambio de paradigma anunciado no es tanto una consecuencia, sino que un presupuesto de la extensión del régimen previsto en la LPDC a las ventas de especie.

de que, en este acotado espacio, el incumplimiento coincidirá con la insatisfacción de un interés protegido por el contrato.

V. CONCLUSIONES

1. El régimen de remedios por falta de conformidad previsto en la LPDC está pensado predominantemente para las ventas de género. Debido a que la mayoría de los productos que se comercializan se producen en serie y son, por tanto, objetivamente fungibles, la determinación de la cosa debida en ventas de consumo suele hacerse en función de características y cualidades compartidas por una pluralidad de cosas (todas las que correspondan al mismo género). Luego, la obligación del empresario suele ser de género, liberándose en la medida en que la cosa entregada cumpla con las características y cualidades que corresponda y que tenga una calidad no inferior a la mediana.
2. El referido régimen, además, se articula en torno a la noción de falta de conformidad o identidad entre la cosa entregada y aquella que ha sido caracterizada en el contrato. Tal falta de conformidad, de manera estricta, no implica sino una hipótesis amplia de cumplimiento imperfecto, pues supone, *grosso modo*, que la cosa entregada no corresponde al género pactado o, correspondiendo, es de una calidad inferior a mediana. De esta manera, el régimen de remedios por falta de conformidad no tiene realmente una naturaleza diversa a la de un régimen de remedios por incumplimiento, especialmente si se tiene en cuenta que los mecanismos de tutela reconocidos al consumidor se someten a las reglas pertinentes de derecho privado y están sujetos a determinados límites.
3. Ahora bien, debido a que la LPDC no realiza matiz alguno, el régimen de remedios por falta de conformidad previsto en ella eventualmente podría aplicarse a ventas de especie. No obstante, ello supone una reconceptualización de la prestación debida en dicho tipo de venta, transitándose desde la premisa de que el objeto de la prestación se refiere a una cosa tal como es, hacia la idea de que el objeto es la cosa tal como debe ser. Luego, la cosa debida, aunque haya sido designada específicamente, tendrá que ser siempre una cosa funcional a los intereses del acreedor. En este particular ámbito, el incumplimiento coincidirá con la insatisfacción del interés amparado por el contrato.
4. La extensión del régimen previsto en la LPDC a las ventas de especie no implica que, en tal particular ámbito, el régimen obre como uno de garantía, haciendo responsable a todo evento al proveedor de determinadas prestaciones, como son, según los casos, la sustitución, la reparación, la restitución del precio, la devolución del exceso y la bonificación. En realidad, cada remedio seguirá rigiéndose por las reglas de derecho común y procederá en la medida que concurran sus particulares requisitos. De ahí que el régimen siga siendo uno de remedios por incumplimiento, aunque en el entendido de que, en este acotado espacio, el incumplimiento coincidirá con la insatisfacción de un interés protegido por el contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Jaime, 2010: "La rescisión en el Código Civil chileno", en DEPARTAMENTO DE DERECHO PRIVADO UNIVERSIDAD DE CONCEPCIÓN (coord.), *Estudios de Derecho Civil V. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción*, Santiago: Abeledo Perrot-Thomson Reuters, pp. 47-77.
- ALESSANDRI, Arturo, 2003: *De la compraventa y de la promesa de venta*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BAHAMONDES, Claudia, 2019: *El cumplimiento específico de los contratos*, Santiago: DER ediciones.
- BARAONA, Jorge, 2014: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y Comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 41, N° 2, pp. 381-408.
- BARRIENTOS, Francisca, 2016: *La garantía legal*, Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS, Francisca, 2017: "Intento de configuración de un concurso de normas por entregas defectuosas", *Revista de Derecho Privado* (Universidad del Externado), N° 32, pp. 257-277.
- BARRIENTOS, Francisca, 2018: "El incumplimiento y los remedios en los contratos de consumo", en Álvaro VIDAL (dir.) y Gonzalo SEVERIN (ed.), *Estudios de Derecho de Contratos en Homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 531-553.
- BARRIENTOS, Francisca, 2019: *Lecciones de Derecho del Consumidor*, Santiago: Thomson Reuters.
- BERCOVITZ, Rodrigo, 1969: "La naturaleza de las acciones redhibitoria y estimatoria en la compraventa", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 22, N° 4, pp. 777-838.
- BURROWS, Andrew, 2020: *A restatement of the english law of contract* (2^a edición), Oxford: Oxford University Press.
- CAMPOS, Sebastián, 2020: *Caso fortuito y teoría de la imprevisión en el derecho de contratos*, Santiago: Ediciones DER.
- CÁRDENAS, Hugo y REVECO, Ricardo, 2018: *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Santiago: Thomson Reuters.
- CONTARDO, Juan Ignacio, 2013: "Artículo 41", en Carlos PIZARRO e Íñigo DE LA MAZA (dirs.) y Francisca BARRIENTOS (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago: LegalPublishing, pp. 866-888.
- CORRAL, Hernán, 1999: "Ley de protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos", en CORRAL, Hernán (ed.), *Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la ley 19.496 y las principales tendencias extranjeras*, Cuadernos de extensión jurídica, 3, Santiago: Universidad de los Andes, pp. 163-211.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2014: "La tutela del comprador frente a la ausencia de calidades presupuestadas en la cosa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, pp. 117-159.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, 2018a: *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*, Santiago: Thomson Reuters.
- DE LA MAZA, Íñigo y VIDAL, Álvaro, 2018b: "Aliud pro alio, incumplimiento contractual y vicios redhibitorios en el contrato de compraventa", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, L, pp. 93-125.
- DE VERDA Y BEAMONTE, José Ramón, 2009: *Saneamiento por vicios ocultos. Las acciones edilicias*, Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- DÍAZ, Silvia, 2016: "Introducción. La contratación con consumidores", en Silvia DÍAZ (coord.), *Manual de derecho de consumo*, Madrid: Reus, pp. 7-28.
- FENOY, Nieves, 1993: *Falta de conformidad del objeto, modelo de compraventa y sistema de acciones. Evolución del ordenamiento español*. Tesis para optar al grado de doctora en la Facultad de

- Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid. Disponible en <https://repositorio.uam.es/handle/10486/4550>
- FERRANTE, Alfredo, 2016: "Obligación y garantía: la cripto-naturaleza de los remedios contractuales y de su jerarquía en el actual panorama jurídico", *Anuario de Derecho Civil*, N° 3, pp. 865-923.
- FERRANTE, Alfredo, 2018: "Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía", *Revista de derecho Privado Universidad Externado de Colombia*, N° 35, pp. 165-201.
- GONZÁLEZ, Fabián, 2019: "Hacia una noción de incumplimiento del contrato de consumo por la entrega defectuosa de productos", *Revista Justicia y Derecho*, v. 2, N° 2, pp. 43-61.
- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- JULIEN, Jérôme, 2019: *Droit de la consommation* (3^a edición), Issy-les Moulineaux: LGDJ Lextenso Éditions.
- LÓPEZ, Patricia, 2017: "La naturaleza jurídica de la acción redhibitoria en el Código Civil chileno: ¿nulidad relativa, resolución por incumplimiento o rescisión propiamente tal?", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 44, N° 2, pp. 423-459.
- MARÍN, Manuel, 2015a: "Artículo 115. Ámbito de aplicación", en Rodrigo BERCOVITZ (coord..), *Comentario del Texto Refundida de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 1665-1683.
- MARÍN, Manuel, 2015b: "Artículo 116. Conformidad de los productos con el contrato", en Rodrigo BERCOVITZ (coord..), *Comentario del Texto Refundida de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 1683-1715.
- MARÍN, Manuel, 2015c: "Artículo 119. Incompatibilidad de acciones", en Rodrigo BERCOVITZ (coord..), *Comentario del Texto Refundida de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios y otras Leyes Complementarias*, Navarra: Thomson Reuters-Aranzadi, pp. 1733-1745.
- MARTÍN, Pilar, 2011: "Garantías y servicios posventa", en Manuel REBOLLO y Manuel IZQUIERDO (dir.), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid: Iustel, pp. 1687-1808.
- MORALES, Antonio, 1980: "El alcance protector de las acciones edilicias", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 33, N° 3, pp. 585-686.
- MORALES, Antonio, 2006: *La modernización del derecho de obligaciones*, Navarra: Aranzadi Thomson-Civitas.
- MORALES, Antonio, 2012: "Tres modelos de vinculación del vendedor en las cualidades de la cosa", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 65, N° 1, pp. 5-28.
- NASSER, Marcelo, 2019: "El requisito de aplicación de los remedios: La "falta de conformidad"", en Alfredo FERRANTE (dir.), *Venta y protección del consumidor. Una visión a través del caleidoscopio latinoamericano*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 247-265.
- OVIEDO, Jorge, 2014: "La protección del comprador ante los vicios ocultos de la cosa entregada: del derecho romano a los instrumentos contemporáneos sobre contratos", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIII, pp. 201-240.
- OVIEDO, Jorge, 2016: "Los requisitos del vicio redhibitorio en la compraventa según el Código Civil chileno-colombiano", *Revista de Derecho Privado (Universidad del Externado de Colombia)*, N° 30, pp. 129-169.
- PANTALEÓN, Fernando, 1993: "Las nuevas bases de la responsabilidad contractual", *Anuario de Derecho Civil*, vol. 46, N° 4, pp. 1719-1746.

- PEÑA, Natanael, 2023: "La identidad del pago y de la cosa debida en el Derecho de contratos: por una correcta comprensión del artículo 1569 del Código Civil", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 50, N° 1, pp. 163-191.
- PEÑAILILLO, Daniel, 2003: *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PRATS, Lorenzo, 1992: "La entrega de cosa diversa a la pactada (*aliud pro alio*) como incumplimiento resolutorio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (comentario a las sentencias del Tribunal Supremo de 1 de marzo de 1991, de 20 de noviembre de 1991 y 28 de enero de 1992)", *Revista General de Derecho*, N° 573, pp. 5081-5105.
- RODRÍGUEZ, María Sara, 2014: "Responsabilidad por incumplimiento de contratos de servicios: la protección del consumidor y del cliente por prestaciones defectuosas", *Revista Chilena de Derecho*, 41(3), pp. 791-823.
- SCHOPF, Adrián, 2023: "Las obligaciones de medios, de resultado y de garantía en la configuración de la responsabilidad contractual en el derecho civil chileno", *Revista de Derecho de la Universidad Católica de la Santísima Concepción*, N° 42, pp. 56-83.
- TAPIA, Mauricio, 2005: *Código Civil 1855-2005: Evolución y perspectivas*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIDAL, Álvaro, 2007: "Cumplimiento e Incumplimiento Contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 34, N° 1, pp. 41-59.
- VIDAL, Álvaro, 2014: "La pretensión de cumplimiento específico y su inserción en el sistema de remedios por incumplimiento en el Código Civil", en DE LA MAZA, Íñigo, MORALES, Antonio y VIDAL, Álvaro, *Estudios de Derecho de Contratos, Formación, cumplimiento e incumplimiento*, Santiago: Legal Publishing, pp. 229-247.
- WALKER, Nathalie, 2019: *La rescisión por lesión en el Código Civil chileno. Historia, regulación y vínculos con las nulidades*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ZIMMERMANN, Reinhard, 2008: *El nuevo derecho alemán de obligaciones. Un análisis desde la Historia y el Derecho comparado*, Barcelona: Editorial Bosch S.A.

Normas citadas

CIRCULAR Interpretativa sobre los Fundamentos de la Garantía Legal, de 13 de septiembre de 2023 (Santiago, resolución exenta N° 586).

CÓDIGO Civil

DECRETO con fuerza de ley N° 3, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley N° 19.496, que establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores.

DIRECTIVA 99/44/CE, de 25 de mayo de 1999, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo

DIRECTIVA 2019/771/UE, de 20 de mayo de 2019, relativa a determinados aspectos de los contratos de compraventa de bienes.

Jurisprudencia

CORTE de Apelaciones de Valdivia, sentencia de 5 de febrero de 2016, rol N° 235-2015.

Del derecho a la realidad: el acceso igualitario de los inmigrantes a las prestaciones de salud en Chile

*Mayra Feddersen Martínez**

*Pablo Muñoz Henríquez***

*Constanza Salgado Muñoz****

RESUMEN

Este artículo tiene dos objetivos principales. Primero, examina cómo Chile está cumpliendo con su obligación constitucional de garantizar el acceso a la protección de la salud para todos los habitantes, incluidos los extranjeros, en un contexto de notable aumento migratorio. Segundo, evalúa la calidad de dicho acceso mediante un caso de estudio que se enfoca en la atención hospitalaria de partos y cesáreas, una prestación de salud reproductiva dirigida exclusivamente a mujeres y clínicamente comparable entre chilenas y extranjeras. Utilizando registros administrativos de egresos hospitalarios se observa que, desde 2016, fecha en que jurídicamente se asimiló a los migrantes sin documentos como personas carentes de recursos, y por tanto, beneficiarios del sistema público de salud, el país logró expandir y proporcionar cobertura terciaria a la población migrante indocumentada. Sin embargo, al analizar la atención de partos y cesáreas, se identifican diferencias sistemáticas entre mujeres chilenas y migrantes en el tipo de atención que estas reciben, especialmente en el caso de mujeres haitianas.

Derecho a la salud; inmigrantes; discriminación

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctora en Filosofía y Políticas Sociales, Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. Profesora asociada, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile, e investigadora principal del Núcleo Milenio Migra ANID-MILENIO-NCS2022_051. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6189-1412>. Correo electrónico: mayra.feddersen@uai.cl

** Ingeniero Comercial, mención Economía, y Magíster en Análisis Económico, Universidad de Chile. Doctor en Economía, Universidad de California, Berkeley, Estados Unidos. Profesor asistente, Departamento de Economía, Facultad de Economía y Negocios, Universidad de Chile. Investigador principal del Núcleo Milenio Migra ANID-MILENIO-NCS2022_051. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-1625-6647>. Correo electrónico: pablomh@fen.uchile.cl

*** Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Edimburgo, Escocia. Profesora asistente, Facultad de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3427-8321>. Correo electrónico: constanza.salgado@uai.cl

Este trabajo se enmarca en el proyecto Núcleo Milenio Migra ANID-MILENIO-NCS2022_051 “Consecuencias de la migración en Chile”.

Agradecemos el financiamiento del Núcleo Milenio Migra ANID-MILENIO-NCS2022_051 y la colaboración prestada por Daniela Otárola en las etapas iniciales de este artículo.

Artículo recibido el 19.3.2025 y aceptado para su publicación el 7.8.2025.

From rights to reality: immigrants' equal access to health care benefits

ABSTRACT

This article has two main objectives. First, it examines how Chile has fulfilled its constitutional obligation to guarantee access to health care for all inhabitants—including foreigners—in a context of significant migratory growth. Second, it evaluates the quality of such access through a case study focused on hospital-based childbirth, a reproductive health service provided exclusively to women and clinically comparable across Chilean and foreign patients. Using administrative records of hospital discharges, we observe that since 2016—when undocumented migrants were legally recognized as individuals without financial means and thus entitled to public health care—the country has successfully expanded tertiary coverage to the undocumented migrant population. Nonetheless, an analysis of childbirth and cesarean delivery reveals systematic differences in the type of care received by Chilean and migrant women, with particularly pronounced disparities affecting Haitian women.

Right to health; immigrants; discrimination

I. INTRODUCCIÓN

En los últimos veinte años, Chile se ha convertido en uno de los principales países de destino de la población extranjera en Latinoamérica¹. Al 31 de diciembre de 2023, se contabilizaban 1.918.583 personas extranjeras, de estas, el 38% provenía de Venezuela, 13,6% de Perú, 10,9% de Colombia y 9,6% de Haití². Para un país que consagró el acceso igualitario a la protección de la salud para todos sus habitantes, sin distinción por origen nacional o estatus migratorio, este incremento podría poner en riesgo su capacidad de satisfacer sus obligaciones al respecto³.

La consagración constitucional, del derecho a la protección de la salud no es exclusiva de Chile. En efecto, otros países de la región, como Colombia y Brasil también lo estipulan en sus Cartas Fundamentales. Empero, en el caso de Chile ¿qué significa exactamente dicho reconocimiento?

Según la Organización Mundial de la Salud, entre 2018 y 2021, solo 42 de los 84 países encuestados, ofrecían un acceso equitativo a los servicios de salud, independiente

¹ CRUZ RIVEROS *et al.*, 2023, p. 3.

² SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES, 2023.

³ Desde otra perspectiva, este incremento podría venir acompañado de la incorporación al sistema de salud de doctores, enfermeras y personal médico formado en el extranjero, cubriendo así la demanda de especialistas y de atención médica requerida en áreas donde escasean dichos recursos. Ver RUTTEN, 2009, pp. 156–171.

de la situación migratoria⁴. Tanto en Colombia⁵, como en Argentina⁶ y en Brasil⁷, un porcentaje de la población inmigrante no accedía a la salud. En Chile, esta realidad es compartida. Estudios exploratorios han mostrado que los inmigrantes con menos de un año de residencia o migrantes sin documentos enfrentan importantes obstáculos de acceso a las prestaciones médicas⁸.

La insoslayable pregunta que emerge de la evidencia disponible es clara: ¿Todos los extranjeros en Chile acceden a las prestaciones de salud en las mismas condiciones que los chilenos? ¿Depende dicho acceso de su estatus migratorio, de sus recursos o es universal?

A pesar de que la literatura disponible identifica diversos problemas de acceso, esta evidencia es de naturaleza eminentemente cualitativa⁹, y por tanto no generalizable a la población total de extranjeros. Del mismo modo, cuando se ha recurrido a encuestas nacionales, principalmente a la Encuesta de Caracterización Socioeconómica-CASEN¹⁰ para analizar los obstáculos de acceso a la salud, sus conclusiones se han construido sobre información autorreportada, lo que puede esconder errores de apreciación cometidos por parte de los sujetos encuestados.

Este artículo se hace cargo de estas limitaciones empíricas. Mediante la revisión de los datos administrativos del Departamento de Estadísticas e Información de Salud (DEIS), se persiguen dos objetivos. En primer lugar, se determinará la forma en que Chile cumple con su deber de asegurar el derecho de acceso a la protección de la salud de la población nacional y extranjera en un periodo en donde la migración experimentó un importante incremento, y además, en una época en que se implementaron relevantes cambios normativos que, como se verá, impactaron en el cumplimiento de este derecho. En segundo lugar, el artículo analiza las características de la atención en partos y cesáreas –un procedimiento hospitalario que reciben mujeres sin distinción de nacionalidad o estatus migratorio– como estudio de caso representativo de las prestaciones de salud reproductiva. Esta elección permite examinar no solo el acceso formal al sistema, sino también dimensiones más sutiles vinculadas con la calidad y equidad en la atención brindada¹¹.

Gracias al análisis expuesto, este artículo contribuye a dos literaturas que rara vez son puestas en relación. Por un lado, aporta a una línea bien consolidada en los estudios

⁴ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2022, p. 19.

⁵ RODRÍGUEZ VARGAS et. al, 2020, pp. 1-32.

⁶ AIZENBERG et al., 2015, pp. 65-94; BAEZA et al., 2019, pp. 43-66.

⁷ GOLBERG y SILVEIRA, 2023, pp. 283-297.

⁸ BENÍTEZ, 2018, pp. 71-76; BERNÁLEZ et al., 2017, pp. 167-175; CABIESES y OYARTE, 2020, pp. 1-20; FERRER-LUES et al., 2024, pp. 1-24.

⁹ BERALES et al., 2017, pp.167-175; LIBERONA-CONCHA y MANSILLA, 2017, pp. 507-520; OJEDA et al., 2020, pp. 1-14; CORREA-BETANCOURT y PÉREZ-GONZÁLEZ, 2020, pp. 1-8; FERRER-LUES et al., 2024, pp. 1-24

¹⁰ BENÍTEZ, 2018, pp. 71-76; CABIESES y OYARTE, 2020, pp. 1-20

¹¹ La accesibilidad comprende cuatro dimensiones superpuestas: no discriminación, accesibilidad física, accesibilidad económica y accesibilidad de información. COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, Observación General N° 14, párr. 12, p. 4.

sociojurídicos que muestra la brecha entre la ley en los libros y en la práctica¹². Sin embargo, en este caso, no se limita a mostrar una brecha, sino que también plantea interrogantes acerca de los factores que podrían explicar por qué las mujeres extranjeras estarían teniendo más cesáreas los fines de semana, y qué factores podrían iluminar la alta prevalencia de este procedimiento excepcional para las mujeres haitianas. Asimismo, el artículo complejiza la mirada de la literatura respecto de cesáreas, al mostrar que la irregularidad y la ausencia de recursos no influyen significativamente en las decisiones de las mujeres de practicarse estos procedimientos¹³. Más allá de los incentivos monetarios que podrían existir, las diferencias encontradas podrían evidenciar cómo las dificultades lingüísticas y culturales impiden que se produzca una comunicación efectiva entre madres y doctores, lo que podría explicar que se realicen mayores cesáreas en las mujeres extranjeras que en las nacionales¹⁴.

Este artículo se estructura de la siguiente manera: En primer lugar, se llevará a efecto un análisis exhaustivo del contenido normativo del derecho a la salud, con el fin de delinear su alcance y las obligaciones que impone al Estado. A partir de este marco conceptual se procederá, en una segunda sección, a contrastar el marco normativo con los datos de egresos hospitalarios disponibles para la población chilena entre 2012 y 2019, lo que permitirá evaluar críticamente la implementación concreta de este derecho durante dicho periodo¹⁵. En una tercera sección se profundizará en el estudio de caso de los procedimientos asociados al parto, cuyo carácter universal lo hace aplicable a todas las mujeres embarazadas, independientemente de su nacionalidad. El artículo concluye con una reflexión acerca de las implicancias de los hallazgos para el derecho a la salud en general, y se sugieren líneas de investigación futuras en esta temática.

II. ACCESO A LAS PRESTACIONES DE SALUD: EL ESTÁNDAR NORMATIVO

En esta sección se formula el estándar constitucional vinculado a la protección de la salud al que está obligado el Estado en relación con las personas migrantes y luego se describen los esfuerzos que este ha hecho a nivel legal y administrativo por configurar un régimen que permita el cumplimiento de dicho estándar. Se postula, primero, que la Constitución garantiza la protección de la salud a todas las personas, sin hacer distinciones por nacionalidad. Segundo, que, cumpliendo con dicho mandato y con los estándares contenidos en los tratados internacionales vigentes, Chile ha ido, administrativa y legalmente, generando condiciones de igualdad normativa para el acceso del derecho a la salud para las personas que se encuentran en una situación de mayor vulnerabilidad.

¹² GOULD y BARCLAY, 2012, pp. 323-335.

¹³ BORRESCIO-HIGA y VALDÉS, 2019, pp. 1-7; DE ELEJALDE y GIOLITO, 2021, pp. 1-19.

¹⁴ LAGOS y LAWSON, 2015, pp. 297-298.

¹⁵ Es importante señalar que esta investigación cubre el periodo 2012 y 2019, fecha en que aún no se encontraba vigente la Ley N° 21.325, aprobada en abril de 2021, pero con vigencia diferida hasta la publicación de su reglamento, el 12 de febrero de 2022.

1. *La protección a la salud en la Constitución*

El derecho a la protección de la salud se encuentra reconocido en el artículo 19 N° 9 de la Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos de los que Chile es parte¹⁶, los que se entienden incorporados al ordenamiento jurídico con una jerarquía supralegal por ser derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana, conforme con el artículo 5 inciso segundo de la Constitución¹⁷.

Como todo derecho, el derecho a la protección de la salud supone una relación triádica cuyo primer elemento es el portador o titular del derecho; su segundo elemento, el destinatario del derecho; y su tercer elemento, el objeto del derecho¹⁸. La Constitución establece en el inciso 1º del artículo 19 que las personas son las titulares de los derechos, libertades y competencias establecidos en los 25 numerales de dicho artículo. El concepto persona no distingue entre nacionales y extranjeros. En este sentido, como ha sostenido la doctrina, la regla general de titularidad del artículo 19 inciso 1º es amplia, ya que comprende a los chilenos y extranjeros¹⁹. Por su parte, el Estado es el principal destinatario del derecho a la protección de la salud²⁰.

El objeto de este derecho es el conjunto de las obligaciones o deberes que tiene el Estado respecto de sus titulares, las que se encuentran consagradas en el artículo 19 N° 9 de la Constitución. El deber más amplio y general es proteger la salud de las personas²¹. A modo de concretizar dicho deber, el texto de la Constitución menciona tres obligaciones más precisas por parte del Estado: 1) la obligación de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de promoción, protección y recuperación de la salud y rehabilitación del individuo (inc. 2º); 2) la obligación de coordinar y controlar las actividades relacionadas con la salud (inc. 3º); 3) la obligación de garantizar la ejecución de acciones de salud por instituciones públicas o privadas (inc. 4º). Para garantizar el acceso y la ejecución de las acciones de salud, la Constitución habilita al legislador para establecer cotizaciones obligatorias (inc. 4º).

Es especialmente relevante para el argumento de este artículo la obligación de proteger el libre e igualitario acceso a las acciones de salud antes identificadas. Que el acceso sea “libre”, significa que sea voluntario; es decir, se trata de una decisión del

¹⁶ Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 1989, art. 12; Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 1989, art. 11.f; Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, 1990, art. 11; Protocolo de San Salvador, 2022, art. 10; Convención sobre los Derechos del Niño, 1990, art. 24 y, específicamente en el caso de las personas migrantes, Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares, 2005, art. 28. Los años corresponden a las fechas de publicación en Chile.

¹⁷ HENRÍQUEZ, 2008, pp. 73-119.

¹⁸ ALEXY, 2008.

¹⁹ ALDUNATE, 2008, p. 152; CEA, 2008, p. 51; CONTRERAS, 2016, p. 141.

²⁰ Pero no el único: tanto el Tribunal Constitucional como las Cortes han visto a las Isapre como destinatarias del derecho a la protección de la salud.

²¹ Constitución Política, 1980, art. 19 N° 9, inc. 1º.

individuo que no debe estar sujeta a presiones o coerción²². A su vez, que el acceso sea “igualitario”, significa que no sea discriminatorio o a base de privilegios²³.

A la luz de la normativa constitucional citada se puede sostener que la Constitución reconoce el derecho a la protección de la salud para nacionales y extranjeros. El derecho internacional es más ambiguo en este punto²⁴. Por una parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) garantiza el derecho al disfrute del más alto nivel posible de salud física y mental contenido en el artículo 12 respecto de toda persona. En su observación N° 14, ha establecido que “los establecimientos, bienes y servicios de salud deben ser accesibles, de hecho y de derecho, a los sectores más vulnerables y marginados de la población, sin discriminación alguna por cualquiera de los motivos prohibidos”²⁵.

Empero y de acuerdo con el PIDESC, el país de origen es un motivo prohibido de discriminación²⁶. Sin embargo, también señala que “[l]os países en desarrollo, teniendo debidamente en cuenta los derechos humanos y su economía nacional, podrán determinar en qué medida garantizarán los derechos económicos reconocidos en el presente Pacto a personas que no sean nacionales suyos”²⁷.

El Comité DESC no se ha pronunciado de manera general acerca de cómo debe interpretarse dicha norma en relación con el artículo 12 y con la obligación de no discriminación por país de origen en el ejercicio de los derechos del artículo 2.2. Pese a ello, el Comité sí ha señalado, en el caso concreto de España, en 2012, preocupación por las modificaciones normativas a la Ley de Extranjería de 2009, que recortan los derechos de acceso de los inmigrantes sin documentos a los servicios públicos de salud, y por ello, recomienda “asegurar que, de conformidad con la Observación general N° 14 (2000) del Comité [...] y con el principio de universalidad de las prestaciones sanitarias, las reformas introducidas no limiten el acceso de las personas que residen en el Estado parte a los servicios de salud, cualquiera sea su situación legal”²⁸.

Así, considerando que la prohibición de no discriminación es uno de los pilares fundamentales del sistema de protección de los derechos humanos²⁹, y que la nacionalidad es un motivo prohibido, tal como se señaló precedentemente, y que la Constitución vigente en Chile asume una titularidad amplia, se concluye que el derecho de acceso a la salud, bajo la normativa vigente entre 2012 y 2019, no distinguía entre nacionales

²² SILVA BASCUÑÁN, 2008, p. 132.

²³ CEA, 2008, p. 333; VIVANCO, 2004, p. 314.

²⁴ Así también lo señala LOUGARRE, 2016, pp. 40-41.

²⁵ Observación General N° 14, sección 12 letra d).

²⁶ Artículo 2.2 del PIDESC.

²⁷ Artículo 2.3 del PIDESC. Por otra parte, el artículo 28 de la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares restringe explícitamente el derecho de los trabajadores migrantes a la salud a la atención de emergencia.

²⁸ Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales Informe sobre los períodos de sesiones 48º y 49º, España, párr. 19.

²⁹ LAGOS y LAWSON, 2015, p. 289.

y extranjeros, debiendo satisfacer el acceso a la salud respecto de todos sus habitantes, sin distinción por origen nacional.

En las siguientes secciones se mostrará cómo el Estado chileno ha implementado legal y administrativamente el derecho constitucional a la protección de la salud para todas las personas, y en particular para los migrantes sin documentos.

2. *La realización del derecho a la protección de la salud: el régimen público y la protección de la salud para los grupos vulnerables*

Si bien la historia del sistema público de salud chileno es de larga data, el sistema actual se encuentra configurado en sus aspectos esenciales por la normativa legal creada en la década de los 80³⁰. Así, el primer cuerpo legal relevante es el DL 3.500, de 1980, que establecía la obligación para todos los trabajadores dependientes de cotizar el 4% de su remuneración, con el objeto de financiar las prestaciones de salud en las instituciones de previsión existentes o bien en el Fondo Nacional de Salud (Fonasa)³¹. Hoy, las personas que trabajan de manera dependiente o independiente deben cotizar el 7% de su remuneración, y pueden hacerlo en Fonasa o bien pueden optar por hacerlo en una Institución de Salud Previsional (Isapre)³².

En la medida en que la ley no distingue, tanto nacionales como extranjeros pueden cotizar en Fonasa o en una Isapre, pasando así a pertenecer al sistema previsional público o privado, requisito en los hechos imprescindible para poder financiar las prestaciones de salud que eventualmente se reciban.

El segundo cuerpo normativo relevante es la Ley N° 18.469, de 1981 (hoy contenida en el DFL 1, de 2006), cuyo objeto, expresamente establecido, fue regular el ejercicio del derecho constitucional a la protección de la salud, creando para ello un régimen de prestaciones de salud. Dicha ley estableció que los organismos que integraban el Sistema Nacional de Servicios de Salud serían responsables de la ejecución de las acciones que buscaban asegurar la salud de todos los habitantes de la República³³.

Para asegurar el acceso a las acciones de salud a todas las personas dicha normativa estableció que son beneficiarios del régimen de prestaciones (perteneciendo así al sistema previsional público), aunque no coticen, “las personas carentes de recursos o indigentes”³⁴. Dichas personas pertenecen al grupo de beneficiarios de lo que la ley

³⁰ COUSO y REYES, 2009.

³¹ DECRETO LEY 3500, 1980, art. 84 y 85.

³² La Constitución es clara en que las acciones de salud se pueden realizar o ejecutar por instituciones públicas o privadas, evitando así, con esta disposición, que el Estado monopolice la ejecución de esas acciones (BULNES, 2001). En 1981 se dicta el DFL N° 3, del Ministerio de Salud, que crea la regulación que da forma a las Instituciones de Salud Previsional (Isapre).

³³ Ley N° 18.469, 1981, art. 133. La Red Asistencial de cada Servicio de Salud estará constituida por el conjunto de establecimientos asistenciales públicos que forman parte del Servicio, los establecimientos municipales de atención primaria de salud de su territorio y los demás establecimientos públicos o privados que suscriban, en los términos que la ley exige, convenio con el Servicio de Salud respectivo (art. 17).

³⁴ Ley N° 18.469, 1981, art. 136 letra e).

denomina “Tramo A”. Respecto de este grupo, Fonasa cubre el valor total de las prestaciones del régimen en Modalidad de Atención Institucional³⁵, operando así como un seguro social de carácter universal³⁶.

Es importante destacar que la ley, al igual que la Constitución, no hace distinciones en atención a la nacionalidad. Además, se preocupa de proteger a los grupos más vulnerables, a los que exime de la obligación de cotizar. La ley, no obstante, no contempla de manera explícita la hipótesis de carencia de permiso migratorio, lo que hizo en los hechos difícil para este grupo de personas vulnerables acceder a las prestaciones del régimen público de salud³⁷.

3. Los avances de la regulación administrativa del acceso a la protección de la salud de los migrantes indocumentados

Pese a que la ley en materia de protección de la salud no distinguía entre chilenos y extranjeros, y la Constitución asegura la protección de la salud a todas las personas, en los hechos, el acceso a las prestaciones de salud estaba limitado por la carencia de documentos del extranjero³⁸. Es por ello por lo que, con anterioridad a la dictación de la Ley N° 21.325 de Extranjería y Migraciones, en 2021, el Estado, mediante la Administración, fue progresivamente tomando varias medidas administrativas, por medio de distintos instrumentos, con el objeto de hacer efectivo el derecho que tenían los migrantes sin documentos³⁹.

Esta evolución comenzó el 2003 con el Oficio Circular N° 1.179 y el Oficio Circular N° 6.232 en que se instruyó a la autoridad migratoria conceder a las mujeres extranjeras embarazadas que se encontraban en situación de irregularidad (pero que habiendo tenido residencia en el país, esta se encontraba vencida) una visa de residencia, con el objeto de que pudieran inscribirse en los consultorios y acceder al control y seguimiento de sus embarazos⁴⁰.

³⁵ Las personas pertenecientes al Grupo o Tramo A solo pueden acceder a la Modalidad de Atención Institucional. En esta modalidad de atención las prestaciones médicas se otorgan por los organismos que integran el Sistema Nacional de Servicios de Salud. Respecto de dicho grupo, la ley establece que el Estado debe cubrir el valor total de las prestaciones médicas (art. 161 inc. 2º, DFL 1, 2005). La administración ha expandido la gratuidad respecto de todos los tramos que se atiendan en la Modalidad de Atención Institucional, dictando la Resolución Exenta N° 1.112 de 2022, del Ministerio de Salud.

³⁶ Fonasa opera como seguro social en la medida en que los riesgos de los cotizantes se mutualizan. Cada persona contribuye de acuerdo con su capacidad económica, pero todos acceden al mismo régimen. Es, además, universal, porque incluso quienes no pueden contribuir acceden al régimen y reciben las prestaciones que este ofrece. Es por ello que Fonasa se financia no solo mediante las cotizaciones que enteran las personas, sino que por los recursos que año a año le entrega la Ley de Presupuesto.

³⁷ LARENAS-ROSA y CABIESES, 2018, pp. 487-496; IRIBARNE-WIFF *et al.*, 2024, pp. 203-204.

³⁸ BERNALES *et al.*, 2017, p. 169; LIBERONA-CONCHA y MANSILLA, 2017, pp. 507-520.

³⁹ LARENAS-ROSA y CABIESES, 2018, pp. 487-496; IRIBARNE-WIFF *et al.*, 2024, pp. 203-204.

⁴⁰ FEDDERSEN y GREENE, 2023, pp. 53-58.

En el 2008, mediante el Oficio Ordinario A 14 N° 3.229, el Ministerio de Salud instruyó a los directores de los Servicios de Salud que las personas extranjeras que se encontraban en Chile sin documentos tenían derecho a atención médica de urgencia.

Unos años más tarde y debido al aumento de personas inmigrantes carentes de documentos que presentaban problemas de salud, el Ministerio de Salud dictó el Oficio Circular A 15 N° 06, de 2015, el que estableció, de manera general, que los establecimientos integrantes del Sistema Público de Salud brindarían las prestaciones de salud que fueran necesarias a los extranjeros que estuvieran en el país y que “carezcan de documentos o permisos de permanencia” en las siguientes situaciones: la mujer durante el embarazo, el parto y 12 meses desde este; los niños hasta los 18 años de edad, todas las prestaciones de salud que requieran; casos de urgencia médica; y prestaciones de salud pública.

El Decreto Supremo N° 67, de 2016, del Ministerio de Salud, que modificó el Decreto Supremo N° 110, de 2004, fijó las circunstancias y mecanismos para acreditar a las personas como “carentes de recursos e indigentes” a efectos de integrarse al sistema público de salud. El objeto de dicha modificación fue añadir la siguiente circunstancia: “[t]ratarse de una persona inmigrante que carece de documentos o permisos de residencia, que suscribe un documento declarando su carencia de recursos”⁴¹.

Esta nueva circunstancia permitió expresamente que, si una persona migrante carecía de visa, su situación ante la Administración no constituía un obstáculo para acceder al régimen de salud, ya que podía hacerlo como carente de recursos, en la misma situación que una persona nacional. La Circular A 15 N° 4, de junio de 2016, impartió instrucciones para operativizar la aplicación de dicha circunstancia, consagrando que, por cada persona que acreditare la carencia de recursos, Fonasa debía crear un número de atención de salud provisorio, cuyo objetivo era incluirla como beneficiaria del Tramo A.

4. *La protección de los migrantes indocumentados en la Ley N° 21.325 de 2021*

Desde un punto de vista estrictamente jurídico, y pese a que el Decreto Ley 1.094 de 1975 no reconocía el derecho a la salud de los extranjeros, durante su vigencia se aplicaban las reglas generales, es decir, las reglas constitucionales y legales que regularon la protección de la salud, las que como se señaló anteriormente, no distinguían por nacionalidad⁴².

Ahora bien, y como se ha expuesto en esta sección, administrativa y legalmente la autoridad fue progresivamente protegiendo el acceso a la salud a los migrantes sin documentos. Lo anterior fue recogido por la Ley N° 21.325 de Migración y Extranjería, la que reconoció explícitamente los derechos de las personas migrantes, y en particular, sus derechos sociales.

⁴¹ La motivación del DS N° 67 reconoce que ella se funda en el aumento de las personas migrantes que no tienen documentación ni permiso, la vulnerabilidad de dichas personas ante una enfermedad y la obligación legal de otorgar salud a todos los habitantes, sin distinción. DECRETO SUPREMO N° 67, 2016.

⁴² En este sentido, DOMÍNGUEZ, 2016, p. 203. LAGOS y LAWSON, 2015, p. 283.

El proyecto de ley original de 2013⁴³ declaraba en el mensaje que buscaba “reconoce[r] en forma explícita la condición de igualdad de los migrantes con los nacionales, tanto en derechos como en obligaciones”. No obstante, en su propuesta normativa, el proyecto distinguía en términos de acceso entre migrantes residentes e irregulares, y entre residentes y nacionales. Los residentes debían acreditar permanencia, de manera continua, por un período mínimo de dos años para acceder a las prestaciones de salud financiadas en su totalidad con recursos fiscales. Los migrantes sin documentos, asimismo, tenían derecho a acceder a la protección de la salud en casos calificados: menores de edad; embarazo, parto y puerperio; y atención de urgencia. El último inciso buscaba elevar a rango legal la regulación administrativa, pero al hacerlo, al mismo tiempo negaba que tuvieran un derecho legal a acceder a una protección más amplia.

Durante el segundo gobierno de Piñera se sustituyó esta norma por la versión más amplia que fue finalmente aprobada, y que estableció que “los extranjeros residentes o en condición migratoria irregular, ya sea en su calidad de titulares o dependientes, tendrán acceso a la salud conforme con los requisitos que la autoridad de salud establezca, en igualdad de condiciones que los nacionales”⁴⁴. Este cambio fue concordante con la normativa legal y administrativa revisada. A su vez, fue consistente con los estándares internacionales vigentes y con el principio de no regresividad⁴⁵ que contempló el Derecho Internacional de los Derechos Humanos⁴⁶.

III. ACCESO A PRESTACIONES DE SALUD: LA REALIDAD

Existe una nutrida literatura en el ámbito de la salud que ha intentado documentar los diferentes obstáculos que enfrentan las personas migrantes en Chile. Pocos investigadores, no obstante, han logrado examinar si acaso dichos obstáculos son accidentales o si en cambio reflejan una experiencia generalizada. El segundo objetivo de este artículo es verificar si los esfuerzos normativos que se han expuesto han producido efectos en la realidad.

1. *Evidencia cualitativa respecto de los obstáculos para acceder a la salud*

Las investigaciones acerca del derecho a la protección de la salud se han enfocado en los desafíos que enfrentan las poblaciones extranjeras para acceder a los servicios de salud, analizando tanto las experiencias de los trabajadores de la salud como las de los pacientes extranjeros.

⁴³ Historia de la Ley N° 21.325, de Extranjería y Migraciones.

⁴⁴ Artículo 15 de la Ley N° 21.325 de Extranjería y Migraciones.

⁴⁵ Así lo señaló el asesor del Ministerio del Interior y Seguridad Pública, explicando la indicación sustitutiva. Ver Historia de la Ley N° 21.325 de Extranjería y Migraciones, p. 871.

⁴⁶ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1991, art. 26; Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, 1989, art.2.1.

Estudios iniciales en la Región Metropolitana⁴⁷, Iquique⁴⁸ y Antofagasta⁴⁹, basados en entrevistas y observación, revelaron que los funcionarios de la salud percibían a los migrantes como una carga, debido principalmente a sus diferencias culturales y étnicas⁵⁰. Investigaciones posteriores han confirmado estos obstáculos, resaltando la utilidad de incorporar facilitadores especializados⁵¹. Otras investigaciones cualitativas se han centrado en la experiencia de los inmigrantes al acceder a la salud, destacando la discriminación, la atención despersonalizada, el desconocimiento de los funcionarios de la experiencia de migración⁵², y de la normativa aplicable⁵³.

Una tercera línea de investigación analizó los datos de la encuesta CASEN, comparando las respuestas de los migrantes con las de la población chilena en diversas preguntas. Estas investigaciones buscaban identificar patrones y diferencias en el acceso y uso de los servicios de salud. Así por ejemplo, un estudio de Benítez, basado en datos de la CASEN entre 2013 y 2017, concluyó que un porcentaje importante de migrantes carecía de cobertura de salud, especialmente durante sus primeros años en el país, debido principalmente a su situación indocumentada⁵⁴. Además, Cabieses y Oyarte encontraron que los inmigrantes tenían una probabilidad 7,5 veces mayor de no tener previsión de salud en comparación con los chilenos⁵⁵.

En suma, en cualquiera de las líneas exploradas, se enfatizaba que los inmigrantes tenían un acceso precario a los centros de salud y varios reportaban que no contaban con un seguro que les permitiera costear una atención hospitalaria. Anecdóticamente estas situaciones evidencian un incumplimiento de los estándares normativos descritos anteriormente ¿Es dicha realidad consistente para todos los extranjeros que se encuentran viviendo en el país?

2. *Hospitalización y egresos hospitalarios de extranjeros*

Los datos administrativos de egresos hospitalarios del Departamento de Estadísticas e Información de Salud (DEIS) del Ministerio de Salud permiten conocer la nacionalidad del paciente que ingresa al sistema de salud y el tipo de seguro médico que cubre su hospitalización. Así, estos registros complementan la evidencia cualitativa que se ha descrito con anterioridad y aportan nuevos antecedentes. Por ejemplo, en el Gráfico N° 1,

⁴⁷ CORREA BETANCOURT Y PÉREZ GONZALEZ, 2020, pp. 1-8; FERRER-LUES *et al.*, 2024, pp. 1-24; BERNALES *et al.*, 2017, pp. 167-175; TIJOUX Y AMBIADO, 2023, pp. 363-377.

⁴⁸ PIÑONES-RIVERA *et al.*, 2021, pp. 1-18.

⁴⁹ CRUZ RIVEROS *et al.*, 2023, pp. 1-12.

⁵⁰ LIBERONA-CONCHA Y MANSILLA, 2017, p. 517.

⁵¹ REYES MUÑOZ, 2023, p. 32; OYARTE *et al.*, 2022, pp. 5-12; ZEPEDA-VEGA Y GONZÁLEZ-CAMPOS, 2019, pp. 193-195.

⁵² CRUZ RIVEROS *et al.* *et al.*, 2023; OJEDA *et al.* 2020

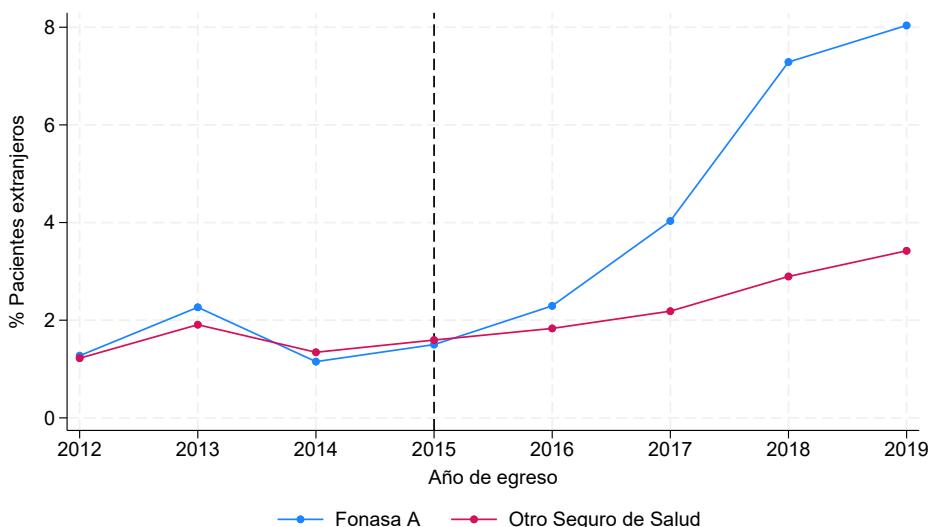
⁵³ LARENAS ROSA Y CABIESES 2018

⁵⁴ BENÍTEZ, 2018, pp. 71-76

⁵⁵ CABIESES Y OYARTE, 2010, p. 10.

se puede observar el porcentaje de egresos hospitalarios que corresponden a inmigrantes, clasificados por el tipo de seguro que poseen.

Gráfico N° 1. Porcentaje de egresos inmigrantes por tipo de seguro



Fuente: elaboración propia.

Nota: Número de egresos hospitalarios de pacientes extranjeros (i.e., no chilenos) con Fonasa A y sin Fonasa A, dividido por el número de egresos totales de pacientes (i.e., chilenos y no chilenos) con Fonasa A y sin Fonasa A. Datos provenientes del Departamento de Estadísticas e Información de Salud. Se consideran todos los egresos hospitalarios, independiente si el paciente egresa vivo o muerto.

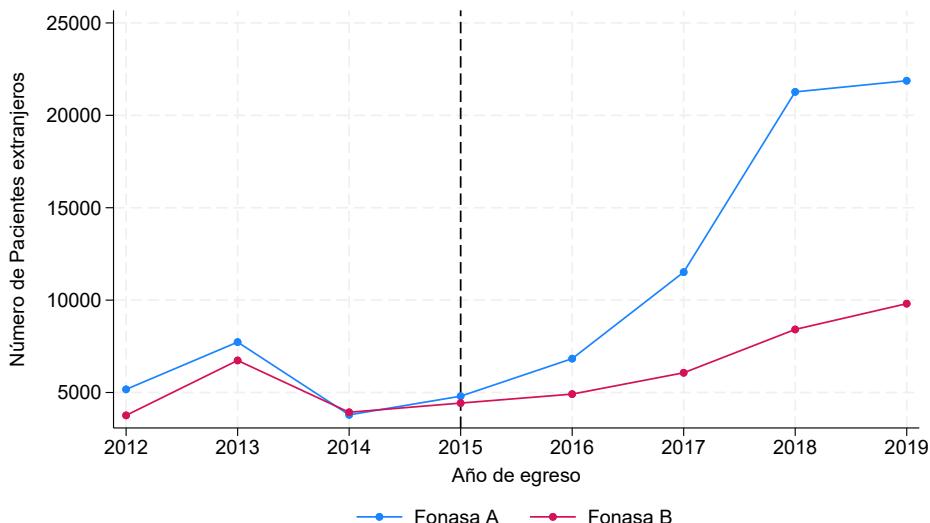
En el Gráfico N° 1 se observa que en los años 2012-2014 no había una diferencia notable en el tipo de seguro de salud entre pacientes extranjeros y locales. Sin embargo, para el año 2019 se observó un incremento significativo en el uso del Tramo A de Fonasa por parte de pacientes migrantes, en 400% en relación con el año 2012.

El Decreto Supremo N° 67, que entró en vigor el 10 de marzo de 2016, permitió que un mayor número de pacientes fueran atendidos en el Tramo A de Fonasa. Dicho aumento se hace evidente al comparar los egresos de pacientes extranjeros en el Tramo A con los del Tramo B, donde se ubican a las personas con ingresos laborales mensuales que no superan el salario mínimo, pero que generan recursos⁵⁶. Antes de 2015, el Gráfico N° 2 muestra un comportamiento similar entre ambos tramos. Sin embargo,

⁵⁶ DFL 1, 2005, art. 160. Es oportuno destacar que, si bien ingresaron más extranjeros al país desde el año 2015 en adelante, el gráfico deja de manifiesto que la proporción de extranjeros con Fonasa en el Tramo A creció significativamente y en mayor magnitud que la proporción de extranjeros con otros tipos de seguro post 2015.

tras la entrada en vigor del Decreto N° 67, se produjo un incremento drástico en las atenciones de personas en Fonasa Tramo A, lo que sugiere que anteriormente carecían de este acceso, lo que indicaría que la principal barrera para acceder a la atención terciaria era la falta de documentación, hallazgo confirmado por las investigaciones cualitativas expuestas previamente⁵⁷.

Gráfico N° 2. Número de egresos de pacientes inmigrantes con Fonasa Tramo A y Tramo B



Fuente: elaboración propia.

Nota: Número de egresos hospitalarios de pacientes extranjeros (i.e., no chilenos) con Fonasa A y Fonasa B, Datos provenientes del Departamento de Estadísticas e Información de Salud. Se consideran todos los egresos hospitalarios, independiente si el paciente egresa vivo o muerto.

En suma, de los Gráficos N° 1 y N° 2 se vislumbra de forma clara el impacto que tuvo la implementación del Decreto N° 67. Asegurado el acceso económico, ¿se encuentran disponibles, en idénticas condiciones, las prestaciones de salud para los extranjeros y los nacionales?

Para responder esta pregunta, es necesario examinar no solo el acceso formal y económico al sistema de salud, sino también la manera en que ese acceso se traduce en prestaciones efectivas y de calidad. En este sentido, resulta pertinente enfocarse en un tipo de atención sanitaria que, por su naturaleza, involucra exclusivamente a mujeres: los partos y cesáreas. Estos procedimientos no solo permiten evaluar el acceso a prestaciones de salud reproductiva en Chile, sino que también abren la posibilidad de explorar si

⁵⁷ CORREA BETANCOURT Y PÉREZ GONZÁLEZ, 2020; OYARTE *et al.*, 2023.

existen brechas de trato vinculadas al origen nacional de las mujeres. Diversos estudios han documentado cómo las mujeres migrantes, y en particular las mujeres haitianas, enfrentan barreras adicionales en su interacción con el sistema de salud, derivadas de prejuicios que combinan marcadores culturales, raciales y de género.⁵⁸ Así, el análisis de este caso permite identificar no solo desigualdades en la prestación de servicios médicos, sino también prácticas institucionales que reproducen patrones de discriminación interseccional que podrán afectar de manera específica a mujeres migrantes racializadas⁵⁹.

3. Nacimientos y cesáreas de las mujeres inmigrantes

Para entender la naturaleza y extensión de las barreras de acceso, en sus otras dimensiones⁶⁰, revisamos el acceso a un procedimiento al que acceden mujeres chilenas y migrantes en el contexto de su maternidad. Debido a que las complicaciones en un parto no se pueden anticipar⁶¹, investigar diferencias en este procedimiento quirúrgico es una buena forma de saber si existen diferencias en su aplicación, y qué factores podrían explicarlas.

En Chile, tanto el parto natural como la cesárea requieren hospitalización, con una duración promedio de dos días para el parto natural y tres días para la cesárea. La cesárea, en tanto, puede ser programada o realizarse de emergencia ante complicaciones durante el trabajo de parto⁶².

Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), la tasa ideal de cesáreas debería estar entre el 10% y el 15%⁶³. Sin embargo, muchos países exceden esta recomendación. A nivel internacional, Chile destaca por tener una de las tasas más altas de cesáreas, la que alcanzaba en 2014 al 45%⁶⁴.

Para medir el acceso a la salud en un procedimiento concreto, esta investigación revisó la situación de las mujeres entre los 20 y 40 años de edad que eran beneficiarias de Fonasa Tramo A y que tuvieron un hijo/a en Chile durante 2018 y 2019. Para ello, nos centramos en los egresos hospitalarios asociados al capítulo O de la Clasificación Internacional de Enfermedades⁶⁵. Con estos datos se clasificó a los nacimientos en nacimientos por parto natural y nacimientos por parto por cesárea⁶⁶.

⁵⁸ TIJOUX y AMBIADO, 2022; LIBERONA *et al.*, 2023.

⁵⁹ ORTIZ *et al.*, 2019; DAVIS, 2019.

⁶⁰ Accesibilidad económica, física, información y cultural. Ver COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2000, OG N° 14, Párr. 12. p. 4.

⁶¹ YAMAMOTO *et al.*, 2024.

⁶² MINISTERIO DE SALUD, 2023, pp. 47-48.

⁶³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, WHO/RHR/15.02, Declaración 14 de abril de 2015.

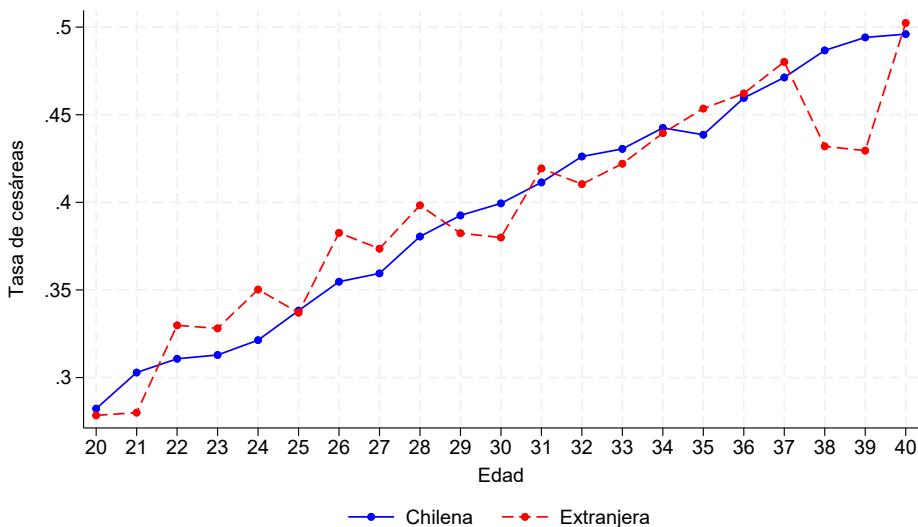
⁶⁴ YAMAMOTO *et al.*, 2024, p. 370.

⁶⁵ CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES (CIE-10), capítulo XV, Códigos O-99: "Embarazo, parto y puerperio".

⁶⁶ Se clasificó como parto natural todos los casos con códigos ICD-10 relacionados a parto natural (O80, O81, O83, O84), así como también los casos que tuvieran la palabra "PARTO" en su descripción. Se

En el Gráfico N° 3 se puede observar que –consistente con la evidencia internacional⁶⁷– en los datos administrativos encontramos una asociación positiva entre la edad de la madre y la probabilidad de que un parto sea por cesárea. El porcentaje de partos por cesárea para madres de 20 años es en torno al 27%, pero crece con la edad, llegando a casi 50% para madres de 40 años. Es importante destacar que dicha relación entre edad de la madre y tasa de cesáreas se observa independiente del origen nacional de la madre.

Gráfico N° 3. Tasa de cesáreas por edad de la madre



Fuente: elaboración propia.

Notas: Tasa de cesáreas (i.e., cesáreas/nacimientos) por edad de la madre. Se consideran mujeres chilenas y no chilenas con Fonasa A. Datos de egresos hospitalarios para los años 2018 y 2019, provenientes del Departamento de Estadísticas e Información de Salud.

Además de los factores de riesgo clínico (tales como la edad de la madre) que determinan la realización de una cesárea, también se ha documentado que las tasas de cesárea pueden estar afectadas tanto por el tipo de prestador de salud, así como por los médicos a cargo de este procedimiento. Por ejemplo, Burns *et al.* sugieren que médicos con diferentes niveles de experiencia o formados en determinadas escuelas de medicina pueden tener diferentes propensiones a optar por un parto por cesárea⁶⁸.

clasificó como parto por cesárea todos los casos que tuvieran la palabra “CESÁREA” en su descripción. Si un evento era consistente con ambas definiciones, se dejó como cesárea pues su descripción incluía esta palabra.

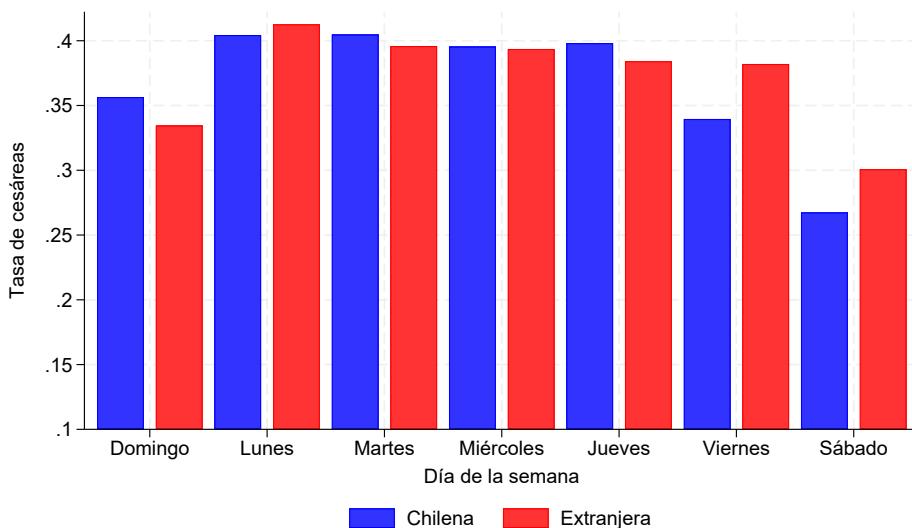
⁶⁷ RYDAHL *et al.*, 2019; WITT *et al.*, 2015.

⁶⁸ BURNS *et al.*, 1995.

Otra forma de observar el rol de los médicos en la tasa de cesáreas es por medio de los incentivos que estos enfrentan. La literatura sugiere que los médicos podrían manipular la tasa de cesáreas en respuesta a incentivos económicos o de conveniencia temporal⁶⁹. Relacionado a esto último, Del Carmen *et al.* analizaron más de un millón de nacimientos en California entre 2006 y 2010 y encontraron que las cesáreas eran un 27% menos probables de ocurrir durante los fines de semana⁷⁰. Un estudio similar, pero más pequeño, fue realizado en Grecia por Giaksi *et al.*, donde encontraron que las tasas de nacimientos más bajas se observaron los lunes, sábados y domingos, alcanzando su punto máximo los viernes⁷¹. Para el caso de Brasil, también se ha documentado que el día del nacimiento es manipulado en torno al periodo de carnaval⁷².

A la luz de esta evidencia, en el Gráfico N° 4 presentamos la tasa de cesáreas por día de la semana, y por el país de origen de la madre. Dos hechos se desprenden de este gráfico: primero, que la tasa de cesáreas es menor durante el fin de semana, y segundo,

Gráfico N° 4. Tasas de cesáreas por días de la semana



Fuente: elaboración propia.

Notas: Tasa de cesáreas (i.e., cesáreas/nacimientos) por día de la semana. Se consideran mujeres chilenas y no chilenas con Fonasa A. Datos de egresos hospitalarios para los años 2018 y 2019, provenientes del Departamento de Estadísticas e Información de Salud.

⁶⁹ ALLIN, 2015.

⁷⁰ DEL CARMEN *et al.*, 2020.

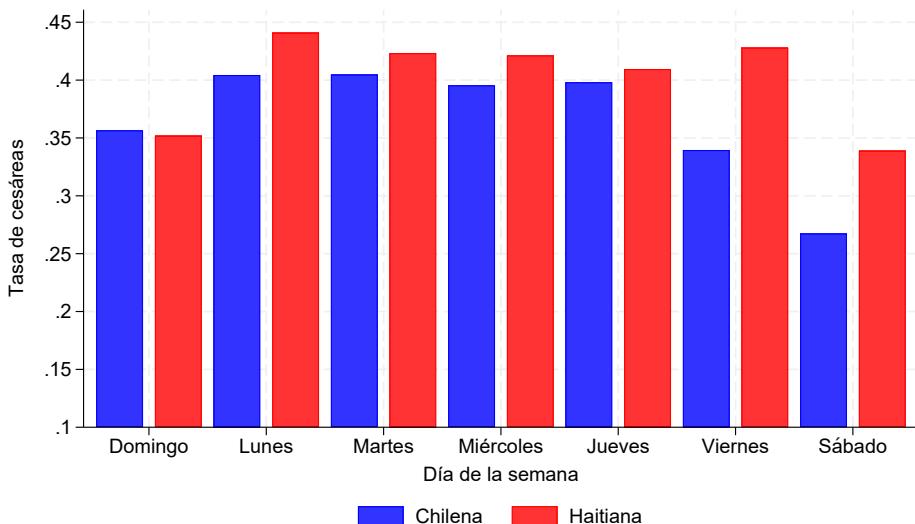
⁷¹ GIAXI *et al.*, 2023.

⁷² MELO y MENEZES-FILHO, 2024.

que las tasas de cesáreas los viernes y sábado son mayores para mujeres migrantes que para mujeres chilenas. Si bien las razones detrás de estas diferencias se deberían tanto a preferencias de las pacientes como a preferencias de los prestadores de salud, no se puede ignorar la posibilidad de discriminación.

Evidencia reciente para Estados Unidos muestra que gran parte de las diferencias raciales en las tasas de cesáreas, no se explican por diferencias en el riesgo médico de las pacientes⁷³. Para explorar esta dimensión racial, en el Gráfico N° 5 consideramos la tasa de cesáreas por día de la semana de madres con país de origen Haití, un país donde el 95% de sus habitantes son de ascendencia africana. La evidencia demuestra en este caso, que la diferencia entre las tasas de cesáreas los viernes y sábado es más pronunciada para madres haitianas que para madres chilenas, y que esta diferencia es incluso mayor que la observada al considerar toda la población migrante.

Gráfico N° 5. Tasa de cesáreas por día de la semana: Haití



Fuente: elaboración propia.

Notas: Tasa de cesáreas (i.e., cesáreas/nacimientos) por día de la semana. Se consideran mujeres chilenas y haitianas con Fonasa A. Datos de egresos hospitalarios para los años 2018 y 2019, provenientes del Departamento de Estadísticas e Información de Salud.

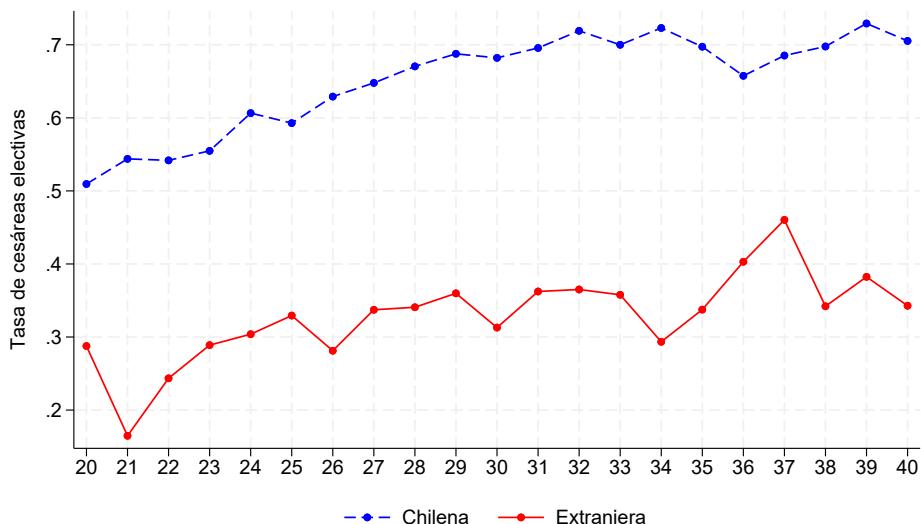
Estos resultados, obtenidos a partir de datos administrativos, se podrían interpretar a la luz del trabajo de Oyarte *et al.* que reporta que los inmigrantes en Chile son más

⁷³ CORREDOR-WALDRON *et al.* 2024.

propensos a percibir discriminación, principalmente por el color de piel y la apariencia física⁷⁴.

El Gráfico N° 6 también revela que –independiente de su edad– las madres extranjeras tienen un porcentaje significativamente menor de cesáreas electivas que las madres chilenas. Este resultado es consistente con el caso de estudio analizado en Escobar *et al.* en el Hospital San José entre marzo de 2020 y agosto de 2021. Sus hallazgos revelaron que, a pesar de representar casi la mitad (48,1%) de los nacimientos durante este período, las madres inmigrantes experimentaron una mayor tasa de cesáreas generales, incluidas el 7,54% más de cesáreas de emergencia, siendo las madres haitianas 1,61 veces más propensas a cesáreas de emergencia que las madres nativas⁷⁵.

Gráfico N° 6. Tasa de cesáreas electivas



Fuente: elaboración propia.

Notas: Tasa de cesáreas electivas (i.e., cesáreas electivas/(cesáreas electivas+cesáreas emergencia)) por edad de la madre. Se consideran mujeres chilenas y no chilenas con Fonasa A. Se consideran como cesáreas electivas aquellos egresos hospitalarios con código ICD10 O820 “parto por cesárea electiva” y como cesáreas de emergencia aquellos egresos hospitalarios con código ICD10 O821 “parto por cesárea de emergencia”. Datos de egresos hospitalarios para los años 2018 y 2019, provenientes del Departamento de Estadísticas e Información de Salud.

En cuanto a los mecanismos detrás de estos resultados, resulta imposible desentrañar empíricamente si estos se deben a preferencias (o restricciones) de las pacientes o del

⁷⁴ OYARTE *et al.*, 2022.

⁷⁵ ESCOBAR *et al.*, 2022.

hospital. La evidencia existente, sin embargo, complementa nuestro análisis. Cruz Riveros *et al.*, por ejemplo, reporta que los migrantes en Antofagasta no acudían a los centros de salud porque estaban trabajando y porque los centros se encontraban muy alejados de su residencia⁷⁶. Oyarte *et al.* encontraron instancias de discriminación, reportadas por los extranjeros, en su interacción con los proveedores de salud. Sin embargo, ello no habría evitado que acudieran a las consultas, pero sí que modificaran la información que le transmitían a los funcionarios de la salud⁷⁷.

Nuestra evidencia a base de datos administrativos es coincidente con el acceso generalizado identificado por Oyarte *et al.* Se confirma que podría existir discriminación, sin embargo, esta no sería experimentada de la misma manera para todas las mujeres extranjeras, sino que especialmente para las mujeres extranjeras de Haití. En efecto, a ellas se les están practicando más cesáreas, y esto ocurre con mayor frecuencia los viernes y sábados (Gráfico N° 5). Lo anterior se podría explicar en que, como indicaba Cruz Riveros *et al.*, y Oyarte *et al.*, las mujeres haitianas podrían evitar acudir a los centros de salud, explicando el mayor número de cesáreas de emergencia observadas. Esta situación, no obstante, no explica las diferencias en los días de semana en los que ocurre la cesárea.

Así, la diferencia por día y tipo de cesáreas podría deberse a un prejuicio en contra de las madres haitianas. Para Tijoux y Ambiado la comunidad haitiana enfrenta una discriminación significativa de parte de los profesionales de la salud. Las funcionarias calificaron a las madres haitianas como “irresponsables y de comportamientos poco afectivos o violentos hacia sus hijos”, expresado en el “desapego aprendido”⁷⁸. Esta investigación ilumina las diferencias observadas en los datos administrativos. Sin embargo, no es posible descartarla o afirmarla de forma absoluta.

Antes de concluir, es admisible señalar que, aunque este estudio ofrece evidencia amplia acerca del acceso a la atención terciaria para personas migrantes en Chile, el análisis de la calidad de dicho acceso se restringe a un caso de estudio específico: la atención de partos y cesáreas en mujeres afiliadas a Fonasa Tramo A. Esta elección metodológica permite observar con precisión cómo se ejercen los derechos en una prestación crítica y comparable entre mujeres chilenas y extranjeras. No obstante, los resultados obtenidos no son necesariamente extrapolables a otras áreas del sistema de salud, como la atención ambulatoria, la salud mental o los controles prenatales, ni tampoco a la experiencia de los hombres migrantes, quienes podrían enfrentar barreras distintas. Aun así, las disparidades observadas en este procedimiento revelan que el acceso en condiciones de igualdad sigue siendo un desafío, especialmente en contextos donde convergen diferencias culturales, lingüísticas, raciales y de género.

⁷⁶ CRUZ RIVEROS *et al.*, 2023, p. 8.

⁷⁷ OYARTE *et al.*, 2022, p. 9.

⁷⁸ TIJOUX y AMBIADO, 2023, p. 370.

IV. CONCLUSIÓN

Este artículo aborda primero el significado normativo de la obligación constitucional e internacional que recae en el Estado de proteger la salud de todas las personas que habitan en su territorio. Se sostiene que esta obligación se traduce en garantizar un acceso amplio, libre y voluntario a las acciones de salud para todas las personas, independiente de su nacionalidad. Esta, a su vez, se ha concretado legalmente en el establecimiento de un sistema privado, y principalmente un sistema público al que acceden las personas que cotizan, e incluso quienes no pueden hacerlo porque carecen de recursos.

Ahora bien, el estándar constitucional y legal no siempre ha logrado el acceso concreto y real a la atención sanitaria. La administración intentando cumplir con los estándares vigentes y reducir la brecha práctica, ha dictado e implementado decretos y circulares para reducir los obstáculos que impiden que ciertos grupos vulnerables de la población puedan tener un acceso efectivo a las prestaciones de salud.

A pesar de la existencia de evidencia cualitativa, que como se muestra en la segunda sección de este artículo, subraya la persistencia de obstáculos para acceder a la salud por parte de ciertas poblaciones extranjeras, el análisis de los egresos hospitalarios del Departamento de Estadísticas e Información del Ministerio de Salud entre 2012 y 2019 muestra una realidad diferente. En efecto, desde que jurídicamente se asimiló a los migrantes sin documentos como personas carentes de recursos (2016), se ha logrado expandir de forma relevante la cobertura terciaria a esta población. Se observa así que los esfuerzos realizados por la administración a nivel normativo tuvieron un impacto directo y significativo en cumplir con el estándar constitucional y legal vigente.

Ahora bien, los datos también muestran que persisten brechas en la calidad de la atención de salud que experimentan algunos migrantes que se atienden por Fonasa A. Por medio del análisis de un procedimiento común para todas las mujeres en Chile, los partos vaginales y las cesáreas, se evidenció que el sistema público de salud chileno aún enfrenta desafíos para garantizar el acceso a la protección de la salud sin discriminación.

Los resultados indican que los obstáculos no se relacionan exclusivamente con la situación migratoria o la falta de recursos económicos, como se enfatizaba en los estudios cualitativos predominantes, sino que varias de las brechas de acceso pueden estar influenciadas por barreras lingüísticas y culturales que limitan la comunicación efectiva entre los pacientes migrantes y los profesionales de la salud. En efecto, las diferencias por día y tipo de cesáreas que experimentan las mujeres de Haití, en comparación a las mujeres chilenas, podría deberse a un prejuicio extendido en contra de las madres provenientes de dicho país. Sin embargo, únicamente con los datos de egresos hospitalarios no es posible descartar u afirmar de forma absoluta esta hipótesis. Una línea futura de investigación podría intentar determinar el peso efectivo de estos factores en el acceso a la salud de estos grupos de la población y los mecanismos que desarrollan los migrantes para resistir o superarlos.

Pese a las limitaciones metodológicas ya mencionadas, este trabajo permite comprender de forma clara los tres niveles bajo los cuales el derecho funciona: el nivel abstracto y general de la norma constitucional, el nivel programático de la norma legal, y el nivel

práctico de la regulación administrativa. De lo expuesto, pareciera existir bastante consenso en la comprensión abstracta y general y legal del derecho a la protección de la salud. Ahora bien, los principales problemas aparecen cuando se implementan los mandatos constitucionales y legales en la práctica. El desarrollo administrativo en el caso del derecho a la salud ha sido clave. Sin embargo, persisten ciertas brechas que solo se pueden evidenciar si se analiza empíricamente el ejercicio de este derecho con información administrativa.

BIBLIOGRAFÍA

- AIZENBERG, Lila; RODRÍGUEZ, María Laura; CARBONETTI, Adrián, 2015: Percepciones de los equipos de salud en torno a las mujeres migrantes bolivianas y peruanas en la ciudad de Córdoba, *Migraciones internacionales*, Tijuana, 8 (28): 65-94.
- ALEXY, Robert, 2008: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad,), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2^{da} edición en español), Madrid.
- ALDUNATE, Eduardo, 2008: *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing.
- ALLIN, Sara; BAKER, Michael; STABILE, Mark, 2015: "Physician incentives and the rise in C-sections: Evidence from Canada", Working Paper Series, National Bureau of Economic Research, Cambridge.
- BAEZA, Brígida; AIZENBERG, Lila, y BARRÍA OYARZO, Carlos, 2019: "Cultura y salud migratoria: miradas comparativas entre profesionales sanitarios y mujeres migrantes bolivianas", *Si Somos Americanos* 19 (1): 43-66. <https://doi.org/10.4067/S0719-09482019000100043>.
- BENÍTEZ, Alejandra, 2018: "Esquemas previsionales de salud: carencia en migrantes internacionales en Chile", *Cuadernos Médico Sociales* 58 (4): 71-76.
- BERNALES, Margarita; CABIESES, Báltica; MCINTYRE, Ana María y CHEPO, Macarena, 2017: "Desafíos en la atención sanitaria de migrantes internacionales en Chile", *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 34 (2): 167-75. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2017.342.2510>.
- BORRESCIO-HIGA, Florencia, y VALDÉS, Nieves, 2019: "Publicly Insured Caesarean Sections in Private Hospitals: A Repeated Cross-Sectional Analysis in Chile", *BMJ Open* 9 (4): 1-7. <https://doi.org/10.1136/bmjopen-2018-024241>.
- BULNES, Luz, 2001: "El derecho a la protección de la salud en la Constitución de 1980", *Actualidad Jurídica: Revista de Derecho de la Universidad del Desarrollo* 2 (4): 131-148.
- BURNS, Lawton; GELLER, Stacie y DOUGLAS, Wholey, 1995: "The effect of physician factors on the cesarean section decision", *Medical Care* 33 (4): 365-382. <https://doi.org/10.1086/679105>
- CLASIFICACIÓN INTERNACIONAL DE ENFERMEDADES (CIE-10), disponible en <https://ais.paho.org/classifications/chapters/pdf/volume1.pdf>
- CABIESES, Báltica; CHEPO, Macarena; OYARTE, Marcela; MARKKULA, Niina; BUSTOS, Patricia; PEDRERO, Víctor; DELGADO, Iris, 2017: "Health inequality gap in immigrant versus local children in Chile", *Revista chilena de pediatría* 88 (6): 707-16. <https://doi.org/10.4067/S0370-41062017000600707>.
- CEA, José Luis, 2008: *Derecho Constitucional Chileno. Derechos, Deberes y Garantías* (Segunda Edición), Tomo II, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CHEPO, Macarena; ASTORGA-PINTO, Sofía, y CABIESES, Báltica 2019: "Atención inicial de migrantes en Chile: iniciativa en atención primaria de salud a un año de su implementación", *Revista Panamericana de Salud Pública* (43):1-9. <https://doi.org/10.26633/RPSP.2019.71>.

- COMES, Yanila; SOLITARIO, Romina; GARBUS, Pamela; MAURO, Mirta; CZERNIECKI, Silvina; VÁSQUEZ, Andrea; SOTELO, Romelia y STOLKINER, Alicia, 2007: "El concepto de accesibilidad: la perspectiva relacional entre población y servicios", *Anuario de investigaciones* 14: 201-209.
- COMITÉ DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, 2000: "Observación General N° 14, E/C.12/2000/4, 11 de agosto de 2000.
- CONTRERAS, Pablo, 2016: "Titularidad de los derechos fundamentales", en *Manual de Derechos Fundamentales. Teoría General* (editado por Pablo Contreras y Constanza Salgado). LOM editores, pp. 119-160.
- CONVENCIÓN sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Publicada en Chile el 9 de diciembre 1989.
- CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos. Publicada en Chile el 5 de enero de 1991.
- CONVENCIÓN sobre los Derechos del Niño. Publicado en Chile el 27 de septiembre de 1990.
- CONVENCIÓN Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migrantes y sus Familiares. Publicado en Chile el 8 de junio de 2005.
- CORREA BETANCOUR, Marcela, y PÉREZ-GONZÁLEZ, Cristian, 2020: "Caracterización de las consultas de la población migrante adulta en un servicio de urgencia público del área norte de Santiago de Chile durante 2018", *Revista de Salud Pública* 22 (6): 1-8. <https://doi.org/10.15446/rsap.v22n6.84769>.
- CORREDOR-WALDRON, Adriana; CURRIE, Janet y SCHNELL, Molly. 2024. "Drivers of Racial Differences in C-Sections", Working Paper Paper Series, National Bureau of Economic Research. <https://doi.org/10.3386/w32891>.
- CORTE IDH, Caso Vera Rojas y otros contra Chile, Sentencia de 1 de octubre de 2021.
- COUSO, Javier; REYES, Mauricio, 2009: "Notas acerca del origen y trayectoria del derecho constitucional a la salud de la salud en Chile", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte* 16 (2): 161-194.
- CRUZ-RIVEROS, Consuelo; PORTILLA-SAAVEDRA, Diego; LAY-LISBOA, Siu-Lin; MARDONES-MACAYA, Constanza; MACAYA-SANZANA, Camila y VIDAL-SAAVEDRA, Leslie, 2023: "Accesibilidad en la atención primaria de salud desde la perspectiva de migrantes y personal de salud en Antofagasta, Chile", *Ciencia y Enfermería*, (29): 01-12. <https://doi.org/10.29393/CE29-32AACL60032>.
- DAVIS, Dána-Ain, 2019. "Reproductive Injustice: Racism, Pregnancy, and Premature Birth". New York: NYU Press.
- DEL CARMEN, Gabriel A.; STAPLETON, Sahael; QADAN, Motaz; DEL CARMEN, Marcela G y CHANG, David, 2020: "Does the Day of the Week Predict a Cesarean Section? A Statewide Analysis", *Journal of Surgical Research* (245): 288-94. <https://doi.org/10.1016/j.jss.2019.07.027>.
- DOMÍNGUEZ VALVERDE, Andrea Cecilia, 2016: "Derecho Chileno Migratorio a la Luz Del Derecho Migratorio Internacional: ¿Ceden Los Derechos Humanos Mínimos De Los Extranjeros Ante Las Prerrogativas Soberanas De Control Migratorio", *Revista chilena de derecho* 43 (1): 189-217. <https://doi.org/10.4067/S0718-34372016000100009>.
- DE ELEJALDE, Ramiro y GIOLITO, Eugenio, 2021: "A demand-smoothing incentive for cesarean deliveries". *Journal of Health Economics* (75): 01-19. <https://doi.org/10.1016/j.jhealeco.2020.102411>.
- FEDDERSEN, Mayra, y Greene, Tomás, 2023: *Manual de Derecho Migratorio Chileno* (2 Edición), Thomson Reuters.
- FERRER LUES, Marcela Patricia; JARAMILLO, Matías; CHEPO, Macarena; MUÑOZ LIZANA, Nelson; AMBIADO CORTÉS, Constanza, y TIJOUX MERINO, María Emilia, 2024: "Desafíos del enfoque

- de competencias culturales para atender la salud de personas migrantes en Chile”, *Migraciones internacionales* (15): 01-24. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2726>.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2013: “El derecho a la salud”, *Estudios Constitucionales* 11(2): 283- 332.
- GIAXI, Paraskevi; GOUROUNTI, Kleanthi; VIVILAKI, Victoria; METALLINOU, Dimitra; ZDANIS, Panagiotis; GALANOS, Antonis y LYKERIDOU, Aikaterini, 2023: “Can the Day of the Week and the Time of Birth Predict the Mode of Delivery According to Robson Classification?”, *Healthcare*, 11 (15): 01-12. <https://doi.org/10.3390/healthcare11152158>.
- GOLDBERG, Alejandro, y SILVEIRA, Cássio, 2013: “Desigualdad social, condiciones de acceso a la salud pública y procesos de atención en inmigrantes bolivianos de Buenos Aires y São Paulo: una indagación comparativa”, *Saúde e Sociedade* 22 (2): 283-97. <https://doi.org/10.1590/S0104-12902013000200003>.
- GOULD, Jon B., y BARCLAY, Scott, 2012: “Mind the Gap: The Place of Gap Studies in Sociolegal Scholarship”, *Annual Review of Law and Social Science* 8 (1): 323-35. <https://doi.org/10.1146/annurev-lawsocsci-102811-173833>.
- HENRÍQUEZ, Miriam, 2008: “Jerarquía de los tratados de derechos humanos: análisis jurisprudencial desde el método de casos”, *Estudios Constitucionales* 6 (2): 73-119.
- HISTORIA DE LA LEY 21.325, Biblioteca del Congreso Nacional, disponible en <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7856/> (consultado: 04/03/2015).
- IRIBARNE-WIFF, Jossette; CHEPO, Macarena; y RUIZ-AZAROLA, Ainhoa, 2024: “Enfoque de derechos humanos en la respuesta a salud y migración en Chile: revisión documental”, *Salud Pública de México* (66): 198-205. <https://doi.org/10.21149/14869>.
- LAGOS, Víctor y LAWSON, Delfina, 2015: “El acceso a la salud de las personas migrantes en Chile. Avances y desafíos” en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*. Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales.
- LARENAS-ROSA, Daniel, y CABIESES, Báltica, 2019: “Salud de migrantes internacionales en situación irregular: una revisión narrativa de iniciativas”, *Revista Peruana de Medicina Experimental y Salud Pública* 36 (3): 487-96. <https://doi.org/10.17843/rpmesp.2019.363.4469>.
- LOUGARRE, Claire, 2016: “Using the Right to Health to Promote Universal Health Coverage: A Better Tool for Protecting Non-Nationals’ Access to Affordable Health Care?”, *Health and Human Rights* 18(2): 35-48.
- LIBERONA CONCHA, Nanette Paz, y MANSILLA, Miguel Ángel, 2017: “Pacientes ilegítimos: Acceso a la salud de los inmigrantes indocumentados en Chile”, *Salud Colectiva* 13 (3): 507-20. <https://doi.org/10.18294/sc.2017.1110>.
- LIBERONA CONCHA, Nanette; PIÑONES-RIVERA, Carlos; ÁLVAREZ TORRES, Camila, 2023: “Consequences of the structuring of interethnic relations: barriers to healthcare access for migrant women and their families in Tarapacá”, *Chungará (Arica)* 55 (2): 321-34. <https://doi.org/10.4067/S0717-73562023005000502>.
- MINISTERIO DE SALUD, 2023, Guía de gestación y nacimiento, empezando a crecer, disponible en https://www.crececontigo.gob.cl/wp-content/uploads/2022/01/guia-de-gestacion-y-nacimiento-empezando-a-crecer_2023.pdf
- NOGUEIRA, Humberto, 1996: “Los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico chileno”, *Revista Chilena de Derecho* 23 (2-3): 341-380.
- NOGUEIRA, Humberto, 2009: *Derechos Fundamentales y Garantías Fundamentales. Los Derechos Fundamentales Sociales*, Tomo III, Licrotecnia.
- OJEDA, Mackarena; ANTILEF, Alejandra; KOTZIAS, Evangelia; DOS SANTOS, Atherino; y DA ROSA DAMIANI, Patrícia, 2020. “Experiencies of immigrant women accessing health care in Punta Arenas, Chile”, *Texto & Contexto - Enfermagem* (29): 1-14. <https://doi.org/10.1590/1980-265x-tce-2019-0276>.

- ORTIZ, Jovita; DÍAZ, Marcela; ARAYA B, Marcela; QUIROZ, Jael; CARROZA, Begoña; PAVEZ, Jocelyn; GUTIERREZ, Lorena y BINFA, Lorena, 2019: "Comparison of Bio-Sociodemographic, Obstetric and Perinatal Characteristics among Immigrant and Native Women in the Metropolitan Region in Chile", *Midwifery* (75): 72-79. <https://doi.org/10.1016/j.midw.2019.04.008>.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, WHO/RHR/15.02, Declaración 14 de abril de 2015.
- ORYARTE, Marcela; CABIESES, Báltica; ESPINOZA, Manuel; VALENZUELA, María Teresa y DELGADO, Iris, 2022: "Percepción de discriminación en inmigrantes comparados a nacidos en Chile y su relación con acceso a servicios y resultados de salud", *Revista de Salud Pública* (56): 01-14. <https://doi.org/10.11606/s1518-8787.2022056004125>.
- PACTO Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales. Publicada en Chile el 27 de mayo de 1989.
- PIÑONES-RIVERA, Carlos; LIBERONA CONCHA, Nanette; y LEIVA GÓMEZ, Sandra, 2021: "Perspectivas teóricas sobre salud y migración: determinantes sociales, transnacionalismo y vulnerabilidad estructural", *Saúde e Sociedade* 30 (1): 1-18. <https://doi.org/10.1590/s0104-12902021200310>.
- PROTOCOLO Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Protocolo de San Salvador. Publicado en Chile el 22 de octubre de 2022.
- REYES MUÑOZ, Yafza, 2023: "Aportes de la antropología médica y la enfermería transcultural para el abordaje del fenómeno migratorio en Chile: El caso de enfermeras que trabajan con madres migrantes", *Aiken, Revista de Ciencias Sociales y de la Salud* 3 (1): 17-35.
- RODRÍGUEZ VARGAS, Juan Manuel; VARGAS-VALLE, Eunice Danitza; y LÓPEZ JARAMILLO, Ana María, 2020: "La afiliación al sistema de salud de personas migrantes venezolanas en Colombia", *Población y Salud en Mesoamérica, Costa Rica*, 18 (2): 1-32. <https://doi.org/10.15517/psm.v18i2.42795>.
- RUTTEN, Martine, 2009: "The Economic Impact of Medical Migration: A Receiving Country's Perspective", *Review of International Economics* 17 (1): 156-71. <https://doi.org/10.1111/j.1467-9396.2008.00798.x>.
- RYDAHL, Eva; DECLERCQ, Eugene; JUHL, Mette y DAMKJÆR MAIMBURG, Rikke, 2019: "Cesarean Section on a Rise-Does Advanced Maternal Age Explain the Increase? A Population Register-Based Study", *PloS One* 14 (1): 1-16. <https://doi.org/10.1371/journal.pone.0210655>.
- SERVICIO NACIONAL DE MIGRACIONES, 2023. Estimaciones de Extranjeros al 31 de diciembre de 2023. <https://serviciomigraciones.cl/estudios-migratorios/analisis-sermig/> (actualizado al 10/02/2025).
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 2008: *Tratado de Derecho Constitucional* (Segunda Edición). Tomo XII, Editorial Jurídica.
- THAYER CORREA, Luis Eduardo, 2021: "Puertas cerradas y huellas abiertas: migración irregular, trayectorias precarias y políticas restrictivas en Chile", *Migraciones Internacionales* (12):1-21. <https://doi.org/10.33679/rmi.v1i1.2270>.
- TIJOUX, María Emilia, y AMBIADO CORTÉS, Constanza, 2022: "Ser paciente haitiano/a en Chile y vivir el racismo en centros de la red pública de salud", *Interdisciplinaria. Revista de Psicología y Ciencias Afines* 40 (1): 363-77. <https://doi.org/10.16888/interd.2023.40.1.22>.
- VIVANCO, Ángela, 2004: *Curso de Derecho Constitucional* (Segunda Edición), Tomo II, Ediciones Universidad Católica.
- WITT, Whitney P.; WISK, Lauren E.; CHENG, Erika R.; MANDELL, Kara; CHATTERJEE, Debanjana; WAKEEL, Fathima; GODECKER, Amy L.; y ZARAK, Dakota, 2015: "Determinants of Cesarean Delivery in the US: A Lifecourse Approach", *Maternal and Child Health Journal* 19 (1): 84-93. <https://doi.org/10.1007/s10995-014-1498-8>

YAMAMOTO, Masami; ESTRADA, Margarita.; LARRAÍN, Francisco; VALDEBENITO, Patricia; ARTEAGA, Juan; FIGUEROA, Horacio, 2024: Análisis de la tasa de cesáreas por grupos de Robson en Clínica Universidad de los Andes, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 89(2), 85-91. <https://doi.org/10.24875/rechog.23000061>

ZEPEDA VEGA, Carolina Viviana, y GONZÁLEZ CAMPOS, M. Cristina, 2019: "Discriminación y exclusión hacia migrantes en el sistema de salud chileno. Una revisión sistematizada", Salud & Sociedad 10 (2): 188-204. <https://doi.org/10.22199/issn.0718-7475-2019-02-012>.

La internación psiquiátrica involuntaria en el derecho chileno: aspectos sustantivos

Pablo Marshall Barberán*

RESUMEN

Este artículo realiza una reconstrucción dogmática de la regulación sustantiva de la internación psiquiátrica involuntaria en el derecho chileno, tras la entrada en vigor de la Ley N° 21.331 en el año 2021. Se identifican y proponen soluciones a algunos problemas interpretativos que afectan a dicha legislación y que suponen un obstáculo para la aplicación de la ley por parte de la autoridad administrativa y los equipos clínicos involucrados y a su revisión por parte de los tribunales de justicia.

Internación psiquiátrica involuntaria; libertad personal; Salud Mental

Involuntary psychiatric hospitalization in Chilean Law: substantive aspects

ABSTRACT

This article provides a doctrinal reconstruction of the substantive regulation of involuntary psychiatric hospitalization in Chilean law following the enactment of Law 21.331 in 2021. It identifies and proposes solutions to some interpretative issues affecting this legislation, which pose obstacles to its implementation by administrative authorities and the clinical teams involved and to its review by the courts of justice.

Involuntary psychiatric hospitalization; personal freedom; Mental Health

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Glasgow, Escocia. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8347-4620>. Correo electrónico: pmarshall@uach.cl. Este trabajo contó con el financiamiento del Núcleo Milenio Estudios en Discapacidad y Ciudadanía (DISCA) (ANID – MILENIO – NCS2022_039) y del proyecto ANID Fondecyt Regular 1240242 “Medidas no consentidas en salud mental en Chile”.

I. INTRODUCCIÓN

La hospitalización psiquiátrica involuntaria (en adelante HPI) ha sido históricamente la institución central de la regulación jurídica de la salud mental. Representa asimismo uno de los temas más complejos y debatidos en la intersección de la ética, el derecho y la práctica psiquiátrica¹. Desde un punto de vista histórico, la pregunta acerca de en qué condiciones las personas que tienen un problema de salud mental pueden ser hospitalizadas y tratadas contra su voluntad ha marcado la regulación de la salud mental desde hace más de 200 años². Desde un punto de vista ético, el abordaje de la HPI requiere un esfuerzo de justificar medidas de privación de libertad y la posibilidad de tratamientos sin consentimiento sobre la base de proteger la vida o la integridad física y psíquica tanto de pacientes y de terceros³. Finalmente, desde un punto de vista político, este tipo de intervención obliga a cuestionar hasta qué punto es legítimo coaccionar a una persona para recibir tratamiento en contra de su voluntad, incluso cuando ello se realiza en la búsqueda de preservar su propia salud⁴.

Uno de los principales desafíos que enfrenta la justificación de la HPI es el inmenso poder y discreción que otorga a la profesión psiquiátrica⁵. Los profesionales de la salud mental se convierten en árbitros de decisiones que afectan de manera significativa los derechos fundamentales de las personas, como la libertad personal, la integridad corporal y la privacidad⁶. Esto subraya la importancia de una regulación jurídica para el actuar de los profesionales de la salud que establezca límites claros para su actuación y salvaguardas robustas que garanticen el respeto que las decisiones en este ámbito se adopten en estricto apego a la regulación y velando por la menor afectación de los derechos de los pacientes⁷.

Si bien la HPI es generalmente aceptada por el derecho con la finalidad de abordar situaciones excepcionales, su uso requiere una reflexión constante respecto de sus implicancias. Este procedimiento no solo impacta a los individuos directamente afectados, sino que también tiene repercusiones en la manera en que la sociedad conceptualiza y responde a los problemas de salud mental. En este contexto, resulta fundamental considerar alternativas menos restrictivas y centradas en la persona, priorizando siempre la construcción de modelos de atención que promuevan la autonomía y la inclusión social⁸. Es así como en los últimos 20 años la HPI ha sido objeto de un cuestionamiento profundo inspirado por un movimiento social de personas con discapacidad y que ha sido cristalizado en la Convención de los Derechos de las Personas con Discapacidad

¹ Véase, por ejemplo, MCSHERRY Y FRECKELTON, 2015; VÖLLM Y NEDOPIL, 2016.

² Para una revisión histórica en el derecho continental, CASTEL, 1988.

³ SZMUKLER, 2018; TÄNNSJÖ, 1999.

⁴ Por ejemplo, SZASZ, 1991.

⁵ Por ejemplo, ROSE, 1998.

⁶ SZMUKLER, 2018, pp. 20-25.

⁷ Una visión crítica de esta comprensión en GOODING, 2017, pp. 85-88.

⁸ DAVIDSON, 2020; GOODING *et al.*, 2020; SASHIDHARAN *et al.*, 2019.

(CDPD)⁹ y en varios pronunciamientos de su Comité¹⁰. Dicho cuestionamiento apunta a terminar con las medidas no consentidas en salud mental en general y con la HPI en particular y se basa en consideraciones éticas, jurídicas y terapéuticas de gran relevancia¹¹.

Esta tendencia internacional cuya más importante y reciente expresión es el informe de la OMS sobre “Salud mental, derechos humanos y legislación: orientación y práctica”, invita a examinar críticamente la regulación de la HPI¹². En concreto, se opone a la continuación de la HPI, no solo basada en una interpretación estricta de la CDPD, sino considerando la evidencia existente en las nocivas consecuencias de su operación. El núcleo de esta postura es el Artículo 14 CDPD que, al señalar que “la existencia de una discapacidad no justificará en ningún caso una privación de la libertad”, se entiende que constituye una prohibición absoluta. El Comité de la CDPD ha interpretado que esta disposición excluye cualquier forma de HPI, incluso cuando se argumenta la existencia de un “riesgo” o “peligrosidad” para la persona o para terceros, ya que esto constituye una forma de discriminación¹³. Este argumento se complementa con la defensa irrestricta de la capacidad jurídica, consagrada en el Artículo 12 de la CDPD, que requiere el consentimiento libre e informado y se erija como la base indispensable de toda intervención de salud mental¹⁴, y someter a una persona a un tratamiento sin su consentimiento puede constituir una denegación de su personalidad jurídica¹⁵.

Sin embargo, contra esta tendencia crítica, la HPI sigue existiendo en la mayoría de los países signatarios de la CDPD¹⁶, y es respaldada por otros órganos de derechos humanos de las Naciones Unidas¹⁷. Asimismo, una parte importante de la literatura especializada se ha mostrado crítica a las implicancias de la interpretación del Comité CDPD¹⁸. Una toma de posición es sumamente difícil en este aspecto, especialmente ante la falta de ejemplos exitosos de abolición de este tipo de prácticas a nivel legal¹⁹. Es en parte, por esta razón, que el trabajo que se presenta no busca hacer un análisis de compatibilidad de la regulación nacional de la HPI con los estándares internacionales²⁰.

⁹ GOODING, 2017, pp. 40-68.

¹⁰ Comité CDPD, 2014 y 2017. Acerca de este desarrollo, GUILLOUD, 2023, pp. 105-110.

¹¹ Para la versión más comprensiva de esta discusión, GOODING, 2017.

¹² OMS/NU, 2024, pp. 57-77.

¹³ Comité CDPD, 2017, pár. 6-9, 13-5. Véase también, ACNUD, 2017, pár. 29; OMS/NU, 2024, par. 21.

¹⁴ OMS/NU, 2024, par. 57.

¹⁵ Comité CDPD, 2014, pár. 40-1.

¹⁶ Notablemente por el Comité de Derechos Humanos, 2016.

¹⁷ Respecto del desacuerdo entre el Comité CRPD y el Comité de Derechos Humanos, MARTIN y GURBAI, 2019; MCSHERRY *et al.*, 2023.

¹⁸ Por ejemplo, DAWSON, 2015; SCHOLTEN y GATHER, 2018.

¹⁹ Es así como en OMS/NU, 2024, se sostiene que “A pesar del creciente consenso entre los expertos y los mecanismos de derechos humanos sobre estas normas, se sigue manteniendo que el internamiento involuntario puede ser necesario en circunstancias excepcionales para proteger a las personas de daños graves o para proteger a otros. Esta diferencia de criterios refleja la transformación en curso de las perspectivas y actitudes, así como las tensiones entre las normas de la CDPD y los enfoques anteriores de la legislación sobre salud mental” (p. 21).

²⁰ En parte, porque esa labor ya ha sido desarrollada en CAMPOS, 2024.

Esto no obsta a que los argumentos vertidos en la discusión global respecto de la coacción psiquiátrica en general y la HPI en particular no puedan ser considerados cuando se realiza la interpretación del derecho que regula el fenómeno. Se considera que esta forma de influencia es particularmente importante, en la medida que, mediante el análisis de la regulación legal de cara a darle una eficacia práctica a la HPI, sus distintos elementos pueden ser modulados, reconducidos y orientados hacia una práctica que sea más respetuosa de los derechos de las personas involucradas, por ejemplo, estableciendo una interpretación estricta en la operación práctica de la HPI²¹.

Es en el contexto de esta discusión en que este artículo realiza una reconstrucción dogmática de la regulación sustantiva de la HPI en el derecho chileno, tras la entrada en vigor de la Ley N° 21.331 (del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental) en el año 2021 (en adelante Ley N° 21.331 o la Ley)²². Esta reconstrucción dogmática busca sistematizar y ofrecer una interpretación de las normas que regulan la HPI, que busque identificar algunos problemas, contradicciones y lagunas, ofreciendo propuestas de solución con miras a la aplicación práctica de la ley. Si bien la Ley N° 21.331 cuenta en su artículo 3 con un catálogo de principios, ninguno de estos tiene una especificidad suficiente para ser útil a la hora de interpretar las normas sustantivas de la HPI, que cuentan con sus propios estándares normativos, contenidos en el artículo 13 de la Ley. Esta reconstrucción abre la posibilidad de una crítica técnica a varios aspectos de ley que probablemente serán discutidos a propósito del Proyecto de Ley de Salud Mental Integral²³. Por regulación sustantiva, se entiende las características, requisitos, derechos y obligaciones que están contenidas en la regulación legal. Se deja de lado la regulación del procedimiento judicial de salvaguardia de dicha regulación sustantiva, y sin cuya eficacia la regulación sustantiva puede resultar inconducente²⁴. Sin embargo, la regulación de la salvaguardia judicial requiere para su abordaje un trabajo especialmente dedicado a ello, porque no está desarrollada adecuadamente en la Ley cuya regulación siembra más dudas que certezas²⁵.

En este trabajo se identifican y proponen soluciones a algunos de los problemas interpretativos que afectan a los aspectos sustantivos de la HPI. La Sección II proporciona antecedentes generales que sirven como marco para la actual regulación de la HPI, incluyendo la trayectoria histórica y los principios de la ley. La Sección III describe las características generales de la HPI, aclarando su relación con el consentimiento informado, las implicaciones de considerarla una privación de libertad y su relevancia como institución de excepción. La Sección IV revisa los requisitos de procedencia mediante una interpretación del artículo 13 de la Ley. Es importante la clarificación del requisito

²¹ Un interesante caso de estudio de un intento legislativo por eliminar la HPI es el caso peruano. Acerca de este caso, VÁSQUEZ, 2021.

²² En lo que sigue los artículos referidos sin mención del cuerpo legal correspondiente son referencias a la Ley N° 21.331.

²³ Boletín 17.003-11

²⁴ En relación con las salvaguardias para HPI, GOODING, 2017, pp. 138-43.

²⁵ HENRÍQUEZ, 2023.

del riesgo, la no discriminación y la comprensión de estos requisitos para la salvaguarda judicial del artículo 14 de la Ley. La Sección V aborda la necesidad de consentimiento para otros tratamientos durante la HPI. Finalmente, la Sección VI plantea dudas acerca de la regulación aplicable al inicio y término de la HPI tras la entrada en vigencia de la Ley.

II. ANTECEDENTES GENERALES

La HPI es un asunto muy poco estudiado en Chile. Así, son pocos los trabajos académicos publicados desde el derecho²⁶ y la medicina²⁷ que la han abordado recientemente. Por lo anterior, son pocos los antecedentes doctrinales con los que se cuenta para la realizar la reconstrucción de esta institución desde su propia historia y la lógica del derecho de la salud mental. En esta sección se revisarán dos elementos que pueden contribuir a dar un contexto de la HPI: (1) una panorámica de la evolución regulatoria de la HPI en el derecho chileno; y (2) los compromisos generales del modelo de salud mental chileno en que la HPI se inserta, expresados en el texto de la Ley N° 21.331 y en la discusión que la antecedió²⁸.

1. *Cambios en la regulación de la hospitalización psiquiátrica en Chile*

La primera regulación de la HPI en Chile data de 1856 cuando se dictó la Ley de las Casas de Locos que daba cuenta del funcionamiento de la Casa de Orates fundada en 1852 en Santiago²⁹. La segunda regulación corresponde al Decreto 68 de 1927 (Reglamento para Servicios de Salubridad Mental), que estuvo vigente hasta el 2000 y que obtuvo cobertura legislativa recién en 1968 cuando entró en vigor el nuevo Código Sanitario que en su Libro VII (arts. 130 a 134) establece normas acerca de “la observación y reclusión de los enfermos mentales”. Puede advertirse que el énfasis de estas dos regulaciones estaba puesto, en su origen, en el control social y el resguardo del orden público, algo que paulatinamente será desplazado en la regulación que le siguió por un énfasis en los aspectos terapéuticos de la HPI.

En el 2000 entra en vigor el Decreto 570 (Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y de los establecimientos que la proporcionan), que reemplaza al Decreto 68, pero sigue vinculado únicamente a la regulación del Código Sanitario³⁰. En el 2012 la Ley N° 20.584 establece una serie de normas sustantivas de HPI (art. 25 a 27), que complementaron la regulación general del Código Sanitario y que finalmente serían derogadas por la entrada en vigencia de la Ley N° 21.331. La Ley

²⁶ BARBIERI *et al.*, 2023; CAMPOS, 2024; FIGUEROA, 2017; HENRÍQUEZ, 2023; MARSHALL, 2023.

²⁷ BARRERA, 2021; BUSTAMANTE Y CAVIERES, 2018; OSORIO M. *et al.*, 2016; SANTANDER *et al.*, 2011.

²⁸ Historia de la Ley 21.331.

²⁹ Por todos, CAMUS, 1993.

³⁰ Este reglamento fue complementado por la Circular 1 de 2019.

Nº 20.584 establece por primera vez en el derecho nacional a la HPI como una excepción al principio general del consentimiento informado para los tratamientos de salud.

En ese contexto, si bien la Ley N° 21.331 no constituye la primera norma de rango legal en regular la HPI, vuelve a poner cierta densidad en la regulación legal que había sido entregada a la regulación reglamentaria y vuelve más estrictos los requisitos para su procedencia. Sin embargo, como ha sido notado por la literatura³¹, el reglamento que está previsto en esta Ley y que reemplazaría al Decreto 570, no ha sido todavía emitido por el Presidente de la República, lo que deja la actual normativa con varios conflictos entre lo establecido en la Ley y lo previsto en el Decreto 570 todavía vigente y con importantes lagunas que deben colmarse para lograr la aplicación práctica de la Ley³².

Adicionalmente, la Ley N° 21.331 establece varios compromisos con la protección de derechos humanos de los pacientes, un modelo comunitario de salud mental y con el proceso de desinstitucionalización que no tenían reconocimiento legal. En la tramitación de la Ley N° 21.331 se pueden observar algunas referencias en torno a la necesidad de adecuarse a los estándares que impone la CDPD y particularmente cumplir con las recomendaciones que formuló el Comité de la CDPD a Chile en sus Observaciones Finales al informe inicial enviado por nuestro país a dicho organismo en 2016³³. Tanto la Corte Suprema como algunos invitados advirtieron acerca de la incompatibilidad de algunos aspectos del proyecto con los estándares fijados por la CDPD³⁴, los que finalmente no fueron abordados a cabalidad y mantuvieron a la Ley en un terreno de cumplimiento parcial de las Observaciones mencionadas. Si bien la comprensión de la trayectoria histórica de la regulación de la HPI requiere un análisis pormenorizado que no puede darse aquí, sí pueden advertirse dos cosas. Por un lado, la regulación de la HPI no ha variado considerablemente en sus aspectos esenciales, persistiendo como una facultad de la autoridad para privar de libertad a una persona por razones relacionadas con el riesgo que produce su problema de salud mental. Por otro lado, puede advertirse una constante evolución en dirección a definir los contornos, limitar esa facultad, y salvaguardar los derechos de quienes se ven sometidas a ella³⁵. Esa trayectoria evolutiva ha estado en gran medida marcada por la influencia de los estándares establecidos por la CDPD.

2. *Modelo comunitario de la salud mental y desinstitucionalización*

Quizás la más importante novedad de la Ley N° 21.331 es que caracteriza a la hospitalización por razones psiquiátricas como una medida terapéutica excepcional y esencialmente transitoria, con independencia de si esta medida ha sido consentida o no por el paciente. Los artículos 11 y 12 reflejan un claro compromiso con el modelo de

³¹ BARBIERI *et al.*, 2023, pp. 503; Véase, por ejemplo, CAMPOS, 2024, pp. 194; HENRÍQUEZ, 2023, pp. 15-16.

³² Una vez publicada la Ley N° 21.331, se publicó la Circular 6 de 2021. Para una crítica, BARRERA, 2024.

³³ Comité CDPD, 2016.

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional (2021) Historia de la Ley N° 21.331.

³⁵ BARBIERI *et al.*, 2023.

salud mental comunitaria que contrasta con un modelo de salud mental centrado en el tratamiento hospitalario, y con el proceso de desinstitucionalización, esto es, con el proceso de cierre de los hospitales psiquiátricos residenciales y de larga estadía, estableciendo principios que priorizan alternativas menos restrictivas para el tratamiento de personas con problemas de salud mental. Este compromiso se evidencia en dos artículos que establecen las bases ideológicas de la Ley N° 21.331 en este respecto.

En primer lugar, en el carácter excepcional y transitorio de toda hospitalización se encuentra en el artículo 11, que subraya que la hospitalización psiquiátrica debe ser una medida utilizada solo cuando las intervenciones dentro del entorno familiar, comunitario o social no sean efectivas. Esta perspectiva refuerza la idea de que la atención en salud mental debe centrarse en la vida de las personas en el seno de una comunidad y en la inclusión social del individuo, considerando aspectos laborales, educacionales y habitacionales, entre otros, limitando la utilización de los dispositivos hospitalarios a casos estrictamente necesarios. Muestra así una preferencia por soluciones que no involucren la hospitalización, al señalar que la hospitalización solo se justifica si garantiza mayores beneficios terapéuticos que otras alternativas, incentivando el desarrollo y fortalecimiento de redes de atención ambulatoria y comunitaria³⁶.

En segundo lugar, el artículo 12 prohíbe explícitamente el uso de la hospitalización psiquiátrica como respuesta a problemas sociales, habitacionales u otros que no sean sanitarios. Esto refleja un enfoque que intenta desvincular la atención en salud mental de prácticas de asistencia y de control social vinculados con la lógica asilar³⁷, invitando a la generación de apoyos comunitarios que permitan a las personas desarrollar una vida de forma independiente³⁸. Así, el artículo 26 prohíbe la creación de nuevos establecimientos asilares o de atención segregada en salud mental. Además, se enfatiza la obligación de los prestadores de servicios de salud de garantizar el derecho de las personas a vivir en comunidad y mantener sus vínculos sociales³⁹. Estos mandatos se alinean con las recomendaciones internacionales en materia de derechos humanos, que abogan por la desinstitucionalización y el fortalecimiento de una red comunitaria como eje central de la atención en salud mental⁴⁰.

III. CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA HOSPITALIZACIÓN INVOLUNTARIA

El compromiso con la salud mental comunitaria y la desinstitucionalización que se advierte en la Ley N° 21.331 se ve reforzada en el caso de la HPI debido, por un lado, al inherente problema que esta medida supone para una regulación sanitaria fundada en la

³⁶ Respecto del modelo de salud mental comunitaria, THORNICROFT *et al.*, 2016.

³⁷ En el modelo asilar, ROTHMAN, 2017.

³⁸ Acerca del derecho a la vida independiente, GOODING, 2018.

³⁹ Moción Ley N° 21.331, Boletín N° 10563-11.

⁴⁰ OMS/NU 2024: 90-98. Para un análisis de la HPI en Chile en relación con los estándares internacionales de derechos humanos, CAMPOS, 2024.

dignidad y autonomía del paciente (art. 3), y, por otro lado, a la historia de abusos que son asociados a la psiquiatría en la práctica de este tipo de medidas⁴¹.

Doctrinariamente, se puede definir a la HPI como una medida restrictiva de la libertad personal que puede ser adoptada excepcionalmente cuando un paciente no presta su consentimiento para ser atendido (evaluado, tratado u hospitalizado) por un problema de salud mental que no es posible de abordar mediante una atención ambulatoria y existe además una situación real de riesgo cierto e inminente para la vida o la integridad de la persona o de terceros.

En esta definición se contienen las características fundamentales de la HPI conforme con el artículo 13 de la Ley: (1) su carácter involuntario o no consentido; (2) su carácter restrictivo de la libertad personal; y (3) su excepcionalidad.

1. *No se requiere consentimiento*

La HPI no requiere consentimiento informado del paciente porque está concebida como una medida excepcional para proteger la vida y la integridad de la persona o de terceros en situaciones de riesgo cierto e inminente. Constituye así, en una regla de excepción que autoriza la intervención médica en ausencia de consentimiento, siendo, por supuesto, la regla general la exigencia del consentimiento informado conforme con el artículo 4 de la Ley⁴².

Si bien en estos casos la capacidad de la persona para otorgar consentimiento libre e informado podría estar gravemente afectada debido a su estado de salud mental, lo que podría impedir garantizar su autonomía por medio del consentimiento informado, la HPI no requiere que el paciente se encuentre en una hipótesis de déficit o ausencia de capacidad para consentir⁴³. De hecho, la utilización de la HPI puede ser usada en casos en que el paciente sea totalmente competente para expresar su consentimiento y sin embargo se niegue a entregarlo. En este sentido, la discusión concerniente a los problemas de evaluación de la capacidad para consentir que típicamente afectan a personas con discapacidad al adoptar decisiones de salud en contextos de ausencia de riesgo cierto e inminente para la vida y la integridad, no resultan pertinentes respecto de la HPI.

La razón tras esta característica de la HPI es que la ley prioriza la protección urgente del paciente y de terceros por sobre la autonomía individual, reconociendo que la demora en la intervención podría tener consecuencias irreversibles. Sin embargo, para minimizar el impacto en los derechos de la persona, esta medida está estrictamente

⁴¹ CHODOFF, 2001.

⁴² Así, Circular 6, sección 1. Cf. CAMPOS, 2024, pp. 198-200. Si bien uno puede estar de acuerdo con Campos en que la ausencia de consentimiento para la hospitalización, tal como está regulada en la Ley N° 21.331, sería incompatible con los estándares fijados por el Comité de la CDPD, el mismo nombre de la institución que se describe deja claro que se trata de una medida que transcurre en contra o en ausencia de la voluntad del paciente.

⁴³ Para una explicación acerca de la diferencia de excepciones al consentimiento informado basadas en la capacidad y excepciones basadas en el riesgo, SZMUKLER Y DAWSON, 2011.

regulada, requiere evaluaciones interdisciplinarias y debe ser revisada judicialmente en un corto plazo, asegurando así que se adopte solo cuando sea absolutamente necesario y por el menor tiempo posible.

La HPI no solo debe entenderse como una excepción al consentimiento informado, sino que puede estar condicionada por otras medidas que la Ley ha concebido para la protección de la voluntad y preferencias de la persona, en línea con el artículo 12 de la CDPD, como apoyos para la toma de decisiones, incluida adaptaciones para el consentimiento informado (art. 4 inc. 2), y la designación de acompañantes para la toma de decisiones (art. 4 inc. 4)⁴⁴. Con el fin específico de evitar la HPI se contemplan específicamente las (1) declaraciones de voluntad anticipadas; (2) planes de intervención en casos de crisis psicoemocional; (3) otras herramientas de resguardo. Todas ellas buscan evitar que las intervenciones psiquiátricas se desvíen de la voluntad y preferencias de una persona cuya capacidad de manifestar el consentimiento se encuentra comprometida. Crucialmente, la reglamentación administrativa de esas herramientas todavía es una tarea pendiente que entorpece su aplicación y efectividad, estando todavía por ser determinado cómo impactan estas formas de manifestación de voluntad y preferencias en la prevención de la hospitalización y el tratamiento involuntario.

2. *Restricción o afectación de la libertad personal*

El artículo 13 reconoce explícitamente que la HPI constituye una afectación al derecho a la libertad de las personas. Este reconocimiento no solo tiene relevancia a nivel conceptual, sino que impacta directamente en la configuración legal de las salvaguardias de la HPI, en la manera de aplicar garantías constitucionales y en cómo su utilización involucra los compromisos internacionales de Chile en materia de derechos humanos.

El artículo 19 N° 7 de la Constitución consagra la garantía de la libertad personal y seguridad individual, estableciendo que no puede privarse a ninguna persona de su libertad, a menos que medie una decisión fundada en la ley y dictada por una autoridad competente. Este precepto se extiende a toda forma de privación o restricción de libertad, incluidas las HPI. El artículo 21 de la Constitución establece el recurso de amparo para proteger el derecho a la libertad personal cuando una persona es ilegal o arbitrariamente privada de libertad⁴⁵. En el contexto de una HPI, si un paciente o su representante estima que se está vulnerando este derecho, por ejemplo, porque no se cumplieron con los requisitos o con los procedimientos establecidos en la ley, pueden interponer un recurso de amparo ante la Corte de Apelaciones competente. De esta forma, se dispone de un mecanismo urgente y eficaz para proteger la libertad personal, evitando hospitalizaciones ilegales. La posibilidad de recurrir a este mecanismo refuerza la exigencia de que toda internación involuntaria debe ser una medida estrictamente

⁴⁴ Acerca del modelo de apoyos para el consentimiento informado, MARSHALL, 2023.

⁴⁵ Para un examen de cómo los tribunales chilenos han expandido el alcance del recurso de amparo, HENRÍQUEZ, 2013.

justificada. Al ser reconocida como una modalidad de afectación de la libertad, la HPI deja de ser vista exclusivamente como un acto médico para adquirir un estatuto jurídico que impone la necesidad de salvaguardas formales.

El artículo 15 establece un procedimiento de revisión judicial que constituye su principal salvaguarda legal de la HPI, conforme al cual el Tribunal de Familia competente deberá revisar el cumplimiento de los requisitos legales para su procedencia. Los términos de operación de esta salvaguardia son confusos en la redacción de la Ley y constituyen una protección de menor intensidad que la que puede ser brindada por el recurso de amparo⁴⁶. El análisis de estas cuestiones procedimentales, como se mencionó, serán postergadas para su análisis en otro lugar.

3. *Excepcionalidad*

La Ley N° 21.331 reconoce la HPI como una medida excepcional, implicando su uso solo en circunstancias precisas y bajo condiciones estrictas debido a la afectación masiva de la autonomía del paciente. La excepcionalidad de la HPI: (1) requiere para su aplicación una situación grave de riesgo, convirtiéndola en un último recurso frente a alternativas terapéuticas menos restrictivas, lo que implica la obligación de explorar opciones menos invasivas antes de imponer una HPI; (2) implica una interpretación restrictiva de los requisitos legales para la HPI, no pudiendo extenderse a supuestos no contemplados por la ley; (3) es una medida temporal, sujeta a revisiones periódicas y por ningún motivo puede extenderse indefinidamente (art. 13 inc. 5º); y (4) implica preferir modalidades que garanticen la mayor autonomía posible del paciente, sin aislarla o someterla a procedimientos o tratamientos innecesarios, minimizando su duración e intensidad y maximizando su autonomía y participación. La excepcionalidad de la HPI se expresa en requisitos de procedencia difíciles de cumplir y que requieren cumplirse copulativamente.

IV. REQUISITOS DE PROCEDENCIA

La Ley N° 21.331 establece requisitos tanto sustantivos como formales para la procedencia de la HPI. Los requisitos sustantivos, presentes en el artículo 13, están contenidos en el encabezado del artículo 13:

“Solo procederá cuando no sea posible un tratamiento ambulatorio para la atención de un problema de salud mental y exista una situación real de riesgo cierto e inminente para la vida o la integridad de la persona o de terceros. De ningún

⁴⁶ Sin embargo, la jurisprudencia recaída en recursos de amparo frente a hospitalizaciones involuntarias ha sido utilizado prioritariamente para atacar las resoluciones judiciales que ordenan tal medida, no habiéndose encontrado fallos recientes que utilicen el amparo para cuestionar una HPI ordenada por el equipo médico.

modo la hospitalización psiquiátrica involuntaria puede deberse a la condición de discapacidad de la persona”.

De esta norma se puede concluir que para proceder con la HPI se deberá cumplir con 4 requisitos: (1) un problema de salud mental, (2) riesgo a la vida o integridad de la persona o terceros, (3) fines terapéuticos, (4) prohibición de discriminación por discapacidad. Adicionalmente, se considera (5) la proporcionalidad como requisito implícito, en la medida que esta es una medida que afecta derechos fundamentales. Si bien la redacción y la separación de estos requisitos podría haber sido más clara, ellos coinciden con los requisitos que en el derecho comparado se exige habitualmente para la procedencia de la HPI⁴⁷. Los (6) requisitos formales, por otro lado, se refieren a elementos específicos que deben ser documentados en la ficha clínica del paciente.

1. Problema de salud mental

La HPI solo procederá cuando vaya dirigida a abordar un problema de salud mental, por lo que es necesario que el paciente sometido a ella tenga un diagnóstico o al menos síntomas de ello. El encabezado del artículo 13 sostiene que ella “solo procederá cuando no sea posible un tratamiento ambulatorio para la atención de *un problema de salud mental*” (énfasis añadido). La Circular 6 señala al respecto que la HPI procederá cuando exista una “condición psíquica y conductual derivada de una enfermedad mental diagnosticada o probable” (sección 3). No procederá la HPI para abordar problemas de salud física, independiente del riesgo que suponen para la persona o terceros, con la salvedad de las medidas de las que dispone la autoridad sanitaria conforme a la Ley N° 20.584 para abordar riesgos para la salud pública (art. 15 a).

2. Riesgo

El principal requisito de procedencia de la HPI es la existencia de “una situación real de riesgo cierto e inminente para la vida o la integridad de la persona o de terceros” (Art. 13). Este requisito busca limitar estrictamente las situaciones en las que los equipos de salud pueden privar o restringir la libertad personal de alguien debido a su salud mental. En primer lugar, el peligro debe ser “cierto”, lo que significa que no puede ser hipotético o basado en conjeturas. El término “cierto” indica que debe haber evidencia fáctica que pruebe una alta probabilidad de que la persona se cause daño a sí misma o a otros, o que su vida o integridad esté en peligro si no recibe tratamiento inmediato. En segundo lugar, el carácter “inminente” del riesgo hace referencia a su cercanía temporal; es decir, que existe la urgencia de actuar inmediatamente para evitar un daño que está a punto de materializarse o que, de no mediar intervención, se concretará en un plazo

⁴⁷ Para una descripción de la regulación comparada, ALBRECHT, 2016. Para un panorama de Latinoamérica, MARSHALL, 2023

breve. Esta inminencia distingue las situaciones excepcionales que pueden requerir una HPI de aquellas en las que, aunque exista algún riesgo, hay tiempo suficiente para aplicar medidas menos restrictivas. En tercer lugar, la ley solo autoriza el uso de la HPI cuando se ven amenazados los bienes jurídicos de mayor relevancia: la vida y la integridad física o psíquica, tanto del propio paciente como de terceros. Por tanto, la HPI no procederá cuando los bienes amenazados sean, por ejemplo, el orden público o la propiedad.

El contraste con otras jurisdicciones ilustra el espectro de posibilidades para concretar el requisito de riesgo. Algunas formulaciones son generales, como la “protección de terceros” o la necesidad por “salud y seguridad” de la *Mental Health Act* inglesa, sin calificar el grado de daño. En Australia, el riesgo debe ser “serio”; en Canadá, la HPI debe ser “necesaria para evitar un riesgo de daño físico o corporal”; y en EE.UU., la ocurrencia del riesgo suele calificarse con una “probabilidad sustancial”. Existen varias calificaciones que hacen más o menos exigente el requisito para la procedencia de la HPI⁴⁸. La Ley N° 21.331 se alinea con las formulaciones más precisas y exigentes para la materialización del requisito de riesgo.

A pesar de la claridad conceptual del requisito de riesgo, su determinación recae en el equipo médico, que debe evaluar rigurosamente la gravedad de la situación clínica. Esta evaluación difícilmente puede ser expresada en una simple frase en la Ley⁴⁹. Se deben analizar elementos como conductas suicidas, autolesiones recientes, amenazas verosímiles, episodios de psicosis, descompensaciones graves que impidan distinguir la realidad y conductas peligrosas, o antecedentes de agresión en crisis psiquiátricas⁵⁰.

Finalmente, la evaluación del riesgo debe ser dinámica y revisada periódicamente. Si el paciente mejora o existen alternativas seguras para manejarlo sin privarlo de libertad, el riesgo cesa y la HPI debe terminar o pasar a ser voluntaria. El carácter dinámico está implícito en la obligación de revisar periódicamente las condiciones que justificaron la medida (art. 14).

Es importante notar que la utilización de criterios de peligrosidad ha sido criticada por el Comité CDPD, sobre la base de que constituye un régimen discriminatorio que frecuentemente solo se aplica a las personas con discapacidad intelectual y psicosocial⁵¹.

3. *Fines terapéuticos*

La existencia del riesgo producido por una persona con un problema de salud mental, sin embargo, no es suficiente. La HPI solo está justificada si tiene una finalidad terapéutica (arts. 11 y 13 N°4), es decir, si tiene aportes y beneficios terapéuticos, como estabilizar o mejorar el estado de salud mental del paciente. Por tanto, no procederá esta medida cuando no permita un avance de los fines terapéuticos, incluso si existe riesgo

⁴⁸ LARGE *et al.*, 2023, pp. 342-345.

⁴⁹ LARGE *et al.*, 2023, p. 345.

⁵⁰ Acerca del particular, véase, por ejemplo, las Orientaciones Técnicas para Funcionamiento de Hospitales de Día en Psiquiatría, del Ministerio de Salud.

⁵¹ Comité CDPD, 2017, pár. 13-5. Veáse también GOODING, 2017, pp. 144-8.

para la vida o la integridad del paciente y de terceros. Esto genera dudas acerca de las medidas de asistencia social o de control social procedentes frente a personas que no tienen un pronóstico terapéutico positivo⁵².

4. *Discriminación*

El artículo 13 de la Ley establece como requisito que la HPI no “puede deberse a la condición de discapacidad de la persona”⁵³. Este requisito abre la puerta a la discusión respecto de qué rol puede cumplir la discapacidad al determinar la procedencia de la HPI, lo que ha sido objeto de atención prioritaria por parte del Comité de CDPD al interpretar el artículo 14 de la CDPD que establece que la “existencia de una discapacidad no justifica en ningún caso una privación de libertad”⁵⁴. Existen dos posiciones principales al evaluar la compatibilidad de la HPI con la prohibición de discriminación por razón de discapacidad establecida por la CDPD⁵⁵.

La primera sostiene que en la medida que la HPI utiliza un criterio diagnóstico para determinar su aplicabilidad, eso es, requiere que una persona tenga una condición de salud mental, la HPI sería siempre discriminatoria contra las personas con discapacidad en la medida que el juicio del riesgo que la persona supone nunca se aplicaría a personas sin una condición de salud mental, pese a que ellas también pueden conducir acciones que suponen un riesgo para la vida y la integridad de sí mismas o de terceros. En estos términos, para que la HPI fuera compatible con el mandato de no discriminación, sería necesario eliminar al elemento diagnóstico (la condición de salud mental) de los requisitos para la aplicación de la HPI. Sin embargo, eliminar el diagnóstico como criterio no basta por sí solo para garantizar una aplicación justa. Es necesario un enfoque basado exclusivamente en el riesgo demostrado, sujeto a criterios estrictos y verificables, aplicables a cualquier persona sin importar su diagnóstico previo⁵⁶.

Una segunda posición es más radical y ha sido defendida por el Comité CDPD⁵⁷. Sostiene que, aunque el elemento diagnóstico fuera eliminado, la aplicación práctica de la HPI seguiría siendo aplicada de forma prevalente a las personas con condiciones de salud mental, lo que, si bien podría no constituir un caso de discriminación directa, sí constituiría discriminación indirecta en contra de dichas personas. Para esta posición, independiente de la forma en que se diseñe la HPI, sus consecuencias siempre serán

⁵² En relación con las consecuencias a largo plazo de la desinstitucionalización y la carencia de respuestas a los problemas de acceso a cuidados sociales y residenciales por parte de personas con condiciones de salud mental, PRIMEAU *et al.*, 2013; en Chile, PONCE DE LEÓN, 2023.

⁵³ Esta frase parece haber sido tomada de la redacción del artículo 14 CDPD.

⁵⁴ Dicho artículo debe ser leído en conjunto con los artículos 12 (capacidad jurídica) y 19 (vida independiente) CDPD. Véase GUILLOUD, 2023, pp. 105-110.

⁵⁵ Acerca de este desacuerdo, WILSON, 2021.

⁵⁶ SLOBOGIN, 2015; WILSON, 2021, pp. 64-67.

⁵⁷ Especialmente, Comité CDPD, 2017, pero también Comité CDPD, 2014, par. 41-42

discriminatorias para las personas con discapacidad y, por tanto, ella es contraria a la CDPD y debe ser abolida⁵⁸.

Esta discusión es importante para entender el mandato de no discriminación establecido en el artículo 13. Si bien es posible entender la mención como la expresión de una contradicción inmanente mandando una aplicación no discriminatoria de una institución profundamente discriminatoria, el significado de la prohibición de discriminación puede ser entendido de una manera precisa si lo que se busca es entregarle una función útil dentro de la interpretación sistemática de los requisitos de la HPI. Considerar el mandato en línea con el Comité de la CDPD, significaría una contradicción importante en la regulación: por un lado, autorizando y regulando la HPI y, por otro, prohibiendo su operación práctica. Aunque sin disentir con la premisa de que la regulación de la HPI está en tensión con la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD)⁵⁹, lo que requeriría un cambio legislativo, el sentido de la prohibición de discriminación puede ser interpretado de una manera más armónica con el resto de la regulación de la HPI, que intenta minimizar su alcance y privarla de consecuencias indeseables. En este entendido, que la HPI no puede deberse a la condición de discapacidad de la persona y podría significar (1) una prohibición de aplicación por defecto de la HPI a personas con discapacidad psicosocial documentada, (2) dejarse influenciar por estereotipos acerca de las personas con discapacidad y, al contrario, requeriría (3) una actitud especialmente atenta de parte del equipo médico el cumplimiento estricto de todos los requisitos establecidos para la HPI. Esa actitud vigilante viene asociada al importante nivel de discreción de la que disfrutan el equipo médico al interpretar los requisitos mencionados⁶⁰.

5. Proporcionalidad

La proporcionalidad de la HPI es un requisito que no aparece explícito en la Ley, sino que se desprende de varias disposiciones de las cuales emerge, aunque primordialmente del hecho de que la HPI es una hipótesis de afectación de derechos fundamentales. Si el objetivo de la HPI es la recuperación del paciente y hacer cesar del riesgo que su conducta supone, la aplicación de la HPI a un caso concreto debe ser proporcional frente la consecución de ese fin⁶¹. La proporcionalidad de la medida implica que la medida sea estrictamente “necesaria” para el abordaje del problema de salud mental, que la medida sea “ídónea” para ello, teniendo la capacidad de estabilizar o recuperar al paciente, y que la medida sea proporcional (en sentido estricto) requiriendo la existencia de una relación de (al menos) equivalencia entre el riesgo y la restricción de la autonomía personal que la HPI implica.

⁵⁸ WILSON, 2021, pp. 53-90.

⁵⁹ Existen opiniones que justifican la compatibilidad de la HPI con la CDPD sobre la base de la protección del derecho a la vida y el derecho a la salud. Véase, por ejemplo, KELLY, 2024, quien menciona “el derecho al” tratamiento involuntario.

⁶⁰ CAMPBELL, 2023, pp. 70-71.

⁶¹ Respecto del principio de proporcionalidad en salud mental, NILSSON, 2021.

Que la medida sea necesaria requiere, primero, que no sea posible un tratamiento ambulatorio para ese problema (art. 13), y que no exista una alternativa menos restrictiva y más eficaz para el tratamiento del paciente o la protección de terceros (art. 13 N° 2). Esto obliga al personal médico y a la autoridad sanitaria a agotar o al menos evaluar razonablemente esas alternativas antes de recurrir a la HPI. Que la medida sea idónea requiere que la medida permita la recuperación del paciente y el consecuente cese del riesgo. Este requisito se relaciona con la finalidad terapéutica de la HPI e implica que no procederá cuando no permita un avance de los fines terapéuticos. Finalmente, la proporcionalidad de la medida se expresa nítidamente en el requisito de que la HPI deberá ser por el menor tiempo posible y bajo ningún supuesto indefinida (art. 13 N° 1). Sin embargo, también se encuentra en la exigencia de que el riesgo sea cierto e inminente, exigiendo que la afectación de la libertad debe estar directamente vinculada con la magnitud del peligro que se quiere evitar. La ley exige demostrar que sin la HPI el resultado podría ser la muerte o un daño grave a la integridad. Si ello no se evidencia, la medida podrá ser considerada como desproporcionada⁶².

6. Requisitos formales para su procedencia

Se han revisado 5 requisitos sustantivos que deben concurrir para autorizar la HPI. Sin embargo, el artículo 13 establece condiciones formales adicionales a estos requisitos. Son formales, debido a que la forma de cumplir con dichos requisitos será su incorporación en la ficha clínica del paciente. Sin embargo, estas no son meras formalidades, sino que son garantías que buscan asegurar que la HPI se realice en condiciones estrictamente reguladas. Los requisitos, que tiene el carácter de copulativos, son los siguientes: (1) “Una prescripción que recomiende la hospitalización, suscrita por dos profesionales de distintas disciplinas [...] uno de los cuales siempre deberá ser un médico cirujano, de preferencia psiquiatra”⁶³; (2) “La inexistencia de una alternativa menos restrictiva y más eficaz para el tratamiento del paciente o la protección de terceros”, lo que se cumpliría mediante una explicación respecto de la proporcionalidad de la medida; (3) un informe acerca de las acciones de salud implementadas previamente, si las hubiere; (4) “Que tenga una finalidad exclusivamente terapéutica”, lo que se cumple con una justificación de la idoneidad de la medida para configurar el fin terapéutico; (5) “señalarse expresamente el plazo de la HPI y el tratamiento a seguir [...]”, adicionalmente deberá indicarse el recinto en que se llevará a cabo la medida; (6) informar a la autoridad sanitaria competente y a algún pariente o representante de la persona, respecto de la HPI. La omisión de estos requisitos formales podría significar la ilegalidad de la HPI.

El artículo 14, al establecer la revisión judicial de la HPI, exige al Tribunal “resolver si se cumple con los requisitos de legalidad establecidos en el artículo 13 de la

⁶² NILSSON, 2021, pp. 144-148.

⁶³ Este requisito constituye un avance respecto de lo establecido anteriormente en el art. 25 s) de la Ley N° 20.584, en que solo se exigía la concurrencia de un médico no especialista.

presente ley". Una interpretación posible es que solo se revisen los requisitos formales recién mencionados. Sin embargo, una interpretación más acertada exige revisar tanto los requisitos formales como los sustantivos. Limitar el control judicial a lo formal convertiría la revisión en un trámite burocrático, mientras que una revisión sustantiva evalúa si la HPI cumple los objetivos de la Ley, evitando hospitalizaciones injustificadas y entregando una tutela judicial a las personas sujetas a esta clase de medidas.

V. OTRAS MEDIDAS NO CONSENTIDAS DURANTE LA HOSPITALIZACIÓN INVOLUNTARIA

La HPI es una medida que supone el ingreso de la persona a un recinto hospitalario para recibir un tratamiento de salud mental. Esta sección analiza cuál es el régimen de consentimiento al que se sujetan los tratamientos y otras medidas en el contexto de la HPI.

El Ley N° 21.331 establece una prohibición de "someter a una persona hospitalizada en forma involuntaria a procedimientos o tratamientos irreversibles, tales como esterilización o psicocirugía" (art. 17)⁶⁴. Delimitar el alcance de tal prohibición implica aclarar qué cuenta como un procedimiento o tratamiento irreversible. Estos se caracterizan por generar efectos permanentes e irreparables en el cuerpo o la mente de una persona, siendo imposible revertir sus consecuencias o restablecer la condición previa. Ejemplos típicos son intervenciones quirúrgicas que modifican de forma definitiva funciones corporales o tratamientos que afectan de manera irreversible el sistema nervioso central. Sin embargo, pueden existir "zonas grises" de procedimientos cuyos efectos, si bien no son tan drásticos como los mencionados, podrían generar secuelas de muy difícil reversión. Por ejemplo, ciertos tratamientos con psicofármacos pueden provocar daños neuronales a largo plazo. Se puede plantear la pregunta si en dichos casos, dichas medidas deberían considerarse bajo la prohibición legal o si, al no ser abiertamente "irreversibles", podrían quedar sujetos a otro régimen de autorización.

Adicionalmente, la prohibición plantea la interrogante acerca de los procedimientos o tratamientos que no tienen el carácter de irreversibles. La cuestión por determinar es si en estos casos es necesario contar con el consentimiento informado del paciente hospitalizado involuntariamente o si, por el contrario, la autorización para la HPI se extiende también a los tratamientos realizados durante tal HPI. Es claro que la Ley no dispone que todos los procedimientos "no irreversibles" se puedan realizar sin consentimiento durante una HPI. Frente a esto se debe considerar que el principio general, establecido en el artículo 4, es que se requiere el consentimiento informado, y que su omisión en el caso de la HPI no implica autorización tácita para procedimientos no relacionados con la emergencia. En este sentido, la prohibición no implica automáticamente que todos los tratamientos "no irreversibles" se puedan realizar sin consentimiento.

⁶⁴ Esta disposición constituye un importante avance respecto del régimen anterior, en que dichos tratamientos no estaban prohibidos, sino que se requería contar con el informe favorable del comité de ética del establecimiento (art. 24 Ley N° 20.584)

El Comité CDPD ha sostenido que los tratamientos que se reciban son independientes del estatus de hospitalización de las personas, sugiriendo que la solución sería la de requerir consentimiento informado para todo tratamiento durante la HPI⁶⁵. Esto se debería a que mientras la HPI descansaría en un fundamento de riesgo, el tratamiento sin consentimiento descansaría en la falta de capacidad para consentir de la persona en cuestión. La posición del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en contraste, considera que la HPI daría cobertura a los tratamientos sin la necesidad de consentimiento informado⁶⁶. Una posición intermedia puede ser ofrecida aquí. Ella establece que la HPI está destinada a situaciones excepcionales en las que existe un riesgo cierto e inminente para la vida o integridad de la persona o de terceros, debe entenderse que el fundamento para actuar sin consentimiento es la necesidad de proteger a las personas frente a dichos riesgos. Esto sugiere, por un lado, que los procedimientos y tratamientos que no sean indispensables para mitigar el riesgo que justificó la HPI deberían requerir el consentimiento del paciente. En ausencia de este consentimiento, tales intervenciones constituirían una infracción a la Ley y acarrearían las responsabilidades correspondientes. Asimismo, los procedimientos necesarios para mitigar el riesgo, por ejemplo, aquellos destinados al manejo de conductas perturbadoras y agresivas⁶⁷, como la contención (física, mecánica y química) y la observación en sala individual, podrían ser entendidos cubiertos por la autorización de emergencia de la HPI⁶⁸. Por tanto, la autorización implícita que permite la HPI no debería extenderse automáticamente a todos los tratamientos realizados durante la HPI. Los tratamientos necesarios para abordar la emergencia que motivó la HPI se pueden realizar sin consentimiento, pero los procedimientos adicionales deberían ajustarse al principio del consentimiento informado.

VI. INICIO Y TÉRMINO DE LA HOSPITALIZACIÓN INVOLUNTARIA

1. *Inicio*

El artículo 131 del Código Sanitario, todavía vigente, establece que la internación de los “enfermos mentales”⁶⁹ en recintos hospitalarios puede ser voluntaria, administrativa (ordenada por la autoridad sanitaria), judicial o de urgencia (ordenada por el médico en una situación de crisis), lo que sugiere que las hospitalizaciones involuntarias pueden tener tres fuentes. En contraste, la Ley N° 21.331 clasifica las HPI de acuerdo con su

⁶⁵ Comité CDPD, 2017, par. 11

⁶⁶ FIALA-BUTORA, 2024, pp. 6-7 (refiriéndose a los casos *X. v. Finland*, *Sýkora v. the Czech Republic* y *Pleső v. Hungary*).

⁶⁷ Resolución 984 de 2003.

⁶⁸ El art. 21 establece una serie de requisitos de procedencia de las medidas de manejo para estas conductas entre los que no se encuentra el requisito del riesgo ni el del consentimiento informado.

⁶⁹ Tanto el Código Sanitario como el Decreto 570 usan la expresión internación, la que en este contexto ha sido reemplazada en la Ley N° 21.331 por la de hospitalización.

fuente u origen, sino que lo hace solo respecto de su carácter voluntario o involuntario, por lo que se plantea la duda si la regulación que ella establece a todas las HPI mencionadas en el Código Sanitario o si solo se refiere a la ordenada por el médico.

Respondiendo a esta duda, la Circular 6, que “instruye” a las HPI y busca “armonizar” los procesos de HPI con la nueva normativa mientras se dictan los reglamentos pertinentes, señala que la autoridad sanitaria, los tribunales y los establecimientos de salud deben velar por el respeto de los requisitos legales establecidos por la Ley N° 21.331. Asimismo, sostiene que el SEREMI de Salud correspondiente revisará los casos propuestos por la red de salud. De esta manera, se puede advertir que si bien la autoridad sanitaria sigue teniendo un rol en la HPI, pierde la facultad de iniciar una HPI por sí misma. Esto se hace aún más evidente debido a que la misma Circular 6 establece con claridad las situaciones que pueden dar paso a una HPI según la Ley N° 21.331: (a) a partir de una atención psiquiátrica involuntaria de urgencia; (b) a partir de una indicación clínica, que surja en el contexto de una atención ambulatoria; y (c) durante una hospitalización psiquiátrica voluntaria⁷⁰.

Aceptar este cambio, sin embargo, no es del todo fácil. Las disposiciones del Código Sanitario y del Decreto 570 siguen formalmente vigentes, y todavía no ha entrado en vigor el reglamento de la Ley N° 21.331 que podría zanjar esta cuestión. El estatus normativo de la Circular 6 impide entender que ella modifica alguno de estos textos. El mensaje del Ejecutivo del proyecto de ley de salud mental integral busca corregir esta incoherencia modificando el Código Sanitario y clarificando, mediante una reforma a la Ley N° 21.331, que la HPI solo puede ser sanitaria o judicial⁷¹. Ello ofrece luces acerca de que la dirección de nuestra legislación es limitar la competencia de la administración en favor de una decisión técnica que quede en manos de los médicos tratantes. Sin embargo, también confirma el problema de técnica legislativa que afectó a la Ley N° 21.331, que no anticipó estos problemas.

2. *Término*

El alta o permiso de salida del paciente constituye una decisión exclusiva del equipo de salud, bajo la dirección del médico tratante. En el caso de los pacientes hospitalizados voluntariamente, se suma el derecho establecido en el artículo 18 de decidir por sí mismos el término de su hospitalización⁷². Sin embargo, cuando se trata de una HPI, el alta médica sigue una regulación específica. El artículo 16 establece claramente que el equipo médico tiene la obligación de poner fin a la HPI “tan pronto cese la situación de riesgo cierto e inminente para ella o para terceros”. La Circular 6 refuerza que la HPI debe terminar sin requerir “restauración plena de la salud”.

⁷⁰ Circular 6, secciones 5 y 8, que sin embargo no regula la HPI por orden judicial.

⁷¹ Boletín 17.003-11, arts. 28 y 29, que modifican el artículo 13 de la Ley N° 21.331 y el artículo 130 del Código Sanitario.

⁷² Este es un derecho general establecido por los artículos 16 y 18 de la Ley N° 20.584.

Una vez que cesan las razones que justificaban la HPI, el equipo médico debe ofrecer al paciente dos opciones: el alta hospitalaria, que implica que el paciente abandone el recinto, o continuar la hospitalización de forma voluntaria, con el consentimiento informado del paciente. En este último caso, la HPI se transforma en una hospitalización psiquiátrica voluntaria. La Circular 6 también regula situaciones no contempladas expresamente en la Ley N° 21.331, como el abandono no autorizado del recinto hospitalario por parte de un paciente que aún cumple con los criterios de HPI. En estos casos, debido a la gravedad del riesgo, se autoriza notificar a la autoridad policial conforme con el artículo 8 del Código Sanitario, para facilitar el reingreso del paciente. El mismo instrumento normativo establece el procedimiento aplicable en caso de fallecimiento durante una HPI.

Un aspecto particularmente llamativo es la facultad del Tribunal de Familia competente para ordenar el alta hospitalaria inmediata si se incumplen los requisitos legales para la HPI. Esto aparece contradecir el artículo 16, que otorga al equipo médico la facultad exclusiva de decidir el alta o el permiso de salida. Para resolver esta contradicción, se propone interpretar que la expresión “disponer el alta médica” no sustituye las competencias del equipo médico, sino que es una orden judicial que obliga a dicho equipo a adoptar alternativas terapéuticas disponibles cuando cesan las razones que justificaban la HPI. Así, se armonizan ambas disposiciones, preservando las atribuciones médicas y el control judicial de legalidad⁷³.

VII. CONCLUSIONES

Este trabajo ha realizado una reconstrucción dogmática de los aspectos sustantivos de la HPI con el fin de sistematizar sus normas y ofrecer una interpretación coherente para los operadores jurídicos y equipos clínicos. La HPI busca equilibrar la protección de los derechos de las personas con problemas de salud mental con la necesidad de intervenir en situaciones de riesgo inminente para la vida o la integridad. Este trabajo se ha enfocado en los aspectos sustantivos de la HPI, identificando sus características, requisitos y los principales desafíos interpretativos que surgen para su aplicación. La HPI se caracteriza por ser una medida excepcional y restrictiva de la libertad personal, aplicable solo en emergencias y sin necesidad de consentimiento informado. Su excepcionalidad exige que se utilice únicamente cuando no haya alternativas menos restrictivas y se cumplan los requisitos legales: existencia de un problema de salud mental, riesgo cierto e inminente, finalidad terapéutica, ausencia de discriminación por discapacidad y proporcionalidad de la medida. Estos requisitos buscan limitar el uso de la HPI y garantizar que su aplicación sea siempre justificada. Aunque se reconoce la profunda tensión existente con los estándares de la CDPD, el análisis que se ha realizado se ha

⁷³ Sin embargo, las facultades que pueden ejercer los Tribunales de Familia en el procedimiento de revisión de la HPI exceden este trabajo y requieren, debido a la ausencia de una normativa específica, un estudio de cómo funciona este procedimiento en la práctica.

centrado en la ley vigente para establecer una base informada que permita futuros debates respecto de su necesaria reforma.

Este artículo avanza propuestas de interpretación concretas para abordar vacíos y ambigüedades de la regulación. En primer lugar, se propone la incorporación de la proporcionalidad como un requisito implícito y autónomo, indispensable para la ponderación de los derechos fundamentales afectados. En segundo lugar, se propone una interpretación funcional para la prohibición de discriminación, entendiéndola como un mandato de vigilancia activa contra estereotipos y de aplicación rigurosa de los demás criterios legales. Finalmente, se argumenta que la autorización para la HPI no autoriza automáticamente cualquier intervención posterior, sosteniendo que los tratamientos no directamente ligados a mitigar el riesgo inminente que la originó requieren, como regla general, del consentimiento informado del paciente. Estas proposiciones buscan ofrecer coherencia en la aplicación de la ley, especialmente ante la ausencia de un reglamento que la desarrolle.

Finalmente, este trabajo abre diversas líneas de investigación futura que son cruciales para complementar el análisis nacional sobre la HPI. Resulta indispensable un estudio empírico de cómo funciona en la práctica la revisión judicial, indagando en cómo los tribunales de familia abordan el desafío de comprender y controlar las decisiones clínicas que fundamentan una HPI. Del mismo modo, es fundamental investigar cómo los equipos médicos toman las decisiones prácticas de la HPI y en qué medida cumplen con los exigentes requisitos legales.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBRECHT, H.-J., 2016: "Legal aspects of the use of coercive measures in psychiatry", en *The Use of Coercive Measures in Forensic Psychiatric Care: Legal, Ethical and Practical Challenges*, pp. 31-48, Berlin, Springer.
- BARBIERI, L. R., Pigozzi Sandoval, P. P., y Arenas Massa, Á., 2023: "Desafíos clínicos y normativos de la internación forzada en Chile, en virtud de la nueva Ley de Salud Mental", *Revista Médica de Chile*, volumen 151, número 4, pp. 497-504.
- BARRERA, Á., 2021: "Toda ley de Salud Mental debe legislar sobre la hospitalización involuntaria, o no será efectiva", *Cuadernos Médico Sociales*, volumen 61, número 1, pp. 55-59.
- BARRERA, Á., 2024: "Análisis crítico de la Circular 6 del Ministerio de Salud, que reglamenta la hospitalización psiquiátrica involuntaria", *Cuadernos Médico Sociales*, volumen 64, número 1, pp. 11-19.
- BUSTAMANTE, J. A., y Cavieres, A., 2018: "Internación psiquiátrica involuntaria. Antecedentes, reflexiones y desafíos", *Revista Médica de Chile*, volumen 146, número 4, pp. 511-517.
- CAMPBELL, L., 2023: "The relationship between ethics and law in mental healthcare", en *Routledge Handbook of Mental Health Law*, pp. 55-80, Londres, Routledge.
- CAMPOS, P., 2024: "Hospitalización psiquiátrica involuntaria y los estándares de la CDPD: revisión de la Ley N° 21.331, sobre salud mental en Chile", *Estudios Constitucionales*, volumen 22, número 1, pp. 181-210.
- CAMUS, P., 1993: "Filantropía, medicina y locura: la Casa de Orates de Santiago, 1852-1894", *Historia*, volumen 27, número 1, pp. 89-140.

- CASTEL, R., 1988: *The Regulation of Madness: The Origins of Incarceration in France*, Cambridge, Polity.
- CHODOFF, P., 2001: "Mal uso y abuso de la psiquiatría: visión general", en Bloch, Chodoff, P. Green S. (editores), *La Ética en Psiquiatría*, Madrid, Triacastela.
- COMITÉ CDPD, 2014: Observación General N° 1, Artículo 12: Igual reconocimiento como persona ante la ley (CRPD/C/GC/1).
- COMITÉ CDPD, 2017: Directrices sobre el derecho a la libertad y la seguridad de las personas con discapacidad (A/72/55)
- COMITÉ CDPD, 2016: Observaciones finales sobre el informe inicial de Chile (CRPD/C/CHL/CO/1)
- COMITÉ de Derechos Humanos, 2016: Comunicación Individual No. 2920/2016 (/C/127/D/2920/2016)
- COMITÉ de Derechos Humanos, 2016: Views adopted by the Committee under article 5(4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2044/2011 (CCPR/C/116/D/2044/2011).
- COMITÉ de Derechos Humanos, 2019: Views adopted by the Committee under article 5 (4) of the Optional Protocol, concerning communication No. 2920/2016 (CCPR/C/127/D/2920/2016).
- DAVIDSON, L., 2020: "A key, not a straitjacket: the case for interim mental health legislation pending complete prohibition of psychiatric coercion in accordance with the convention on the rights of persons with disabilities", *Health and Human Rights*, volumen 22, número 1, p. 163-178.
- DAWSON, J., 2015: "A realistic approach to assessing mental health laws' compliance with the UNCRPD", *International Journal of Law and Psychiatry*, volumen 40, pp. 70-79.
- FIALA-BUTORA, J., 2024: "The influence of the convention on the rights of persons with disabilities on the European court of human rights in the area of mental health law: Divergence and unexplored potential", *International Journal of Law and Psychiatry*, volumen 94, 101965.
- FIGUEROA, F., 2017: "Internamientos involuntarios y tratamientos forzados en psiquiatría: Autonomía y no discriminación como estándar de derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, volumen 13, pp. 111-121.
- GOODING, P., 2017: *A New Era for Mental Health Law and Policy*, Cambridge, Cambridge University Press.
- GOODING, P., 2018: "The Right to Independent Living and being included in the Community: Lessons from the United Nations", *International Journal of Mental Health and Capacity Law*, volumen 24, pp. 32-54.
- GOODING, P., McSherry, B., y Roper, C., 2020: "Preventing and reducing 'coercion' in mental health services: an international scoping review of English-language studies", *Acta Psychiatrica Scandinavica*, volumen 142, número 1, pp. 27-39.
- GUILLOUD, S. D., 2023: "The United Nations convention on the rights of persons with disabilities and mental health laws: Requirements and responses", en *Routledge Handbook of Mental Health Law*, pp. 101-123, Londres, Routledge.
- HENRÍQUEZ, M., 2013: "¿Hacia una ampliación del habeas corpus por la Corte Suprema?", *Revista de Derecho* (Coquimbo), volumen 20, número 2, pp. 421-437.
- HENRÍQUEZ, S., 2023: "Ley de reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental en Chile: descripción crítica", *Revista Justicia & Derecho*, volumen 6, número 1, pp. 1-19.
- KELLY, B. D., 2024: The right to mental health care in mental health legislation", en *Routledge Handbook of Mental Health Law*, Londres, Routledge.
- LARGE, M., Callaghan, S., y Ryan, C. J., 2023: "Risk of harm and involuntary psychiatric treatment", en *Routledge Handbook of Mental Health Law*, pp. 342-355, Londres, Routledge.
- MARSHALL, P., 2023: "Informed Consent and Decision Support: Legal reforms in Latin America", en N. Espejo y M. Bach (editores), *Legal capacity, disability and human rights*. Londres, Intersentia.

- MARSHALL, P., 2023: "Argentina, Chile, Colombia, and Peru: the relationship of Mental Health Law and Legal Capacity", en B. Kelly y M. Donnelly (editores), *Handbook of Mental Health Law*, Londres, Routledge.
- MARTIN, W., y Gurbai, S, 2019: "Surveying the Geneva impasse: Coercive care and human rights", *International Journal of Law and Psychiatry*, volumen 64, pp. 117-128.
- MCSHERRY, B., y Freckleton, I. R., 2015: *Coercive care: rights, law and policy*, Londres, Routledge; 19b.
- MCSHERRY, B., Gooding, P., y Maker, Y., 2023: "Human rights promotion and the 'Geneva impasse' in mental healthcare: scoping review", *BJP Psych Open*, volumen 9, número 3, e58.
- NILSSON, A., 2021: *Compulsory Mental Health Interventions and the CRPD: Minding Equality*, Londres, Routledge.
- ORGANIZACIÓN Mundial de la Salud, y Naciones Unidas, 2024: *Salud Mental, Derechos Humanos y Legislación: Orientación y Práctica*.
- OSORIO M, J. P., Parrini V, J., Galdames G, F., y Dinamarca C, F., 2016: "Length of stay in psychiatric hospitalization in patients with GES diagnoses and its comorbidities", *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría*, volumen 54, número 1, pp. 19-26.
- PONCE de León Solís, V., 2023: "El derecho a la vivienda adecuada de las personas con discapacidad mental en Chile", *Estudios Constitucionales*, volumen 21, número 2, pp. 35-65.
- PRIMEAU, A., Bowers, T. G., Harrison, M. A., y XuXu., 2013: "Deinstitutionalization of the mentally ill: Evidence for transinstitutionalization from psychiatric hospitals to penal institutions", *Comprehensive Psychology*, volumen 2, pp. 16-02.
- ROSE, N., 1998: Governing risky individuals: "The role of psychiatry in new regimes of control", *Psychiatry, Psychology and Law*, volumen 5, número 2, pp. 177-195.
- ROTHMAN, D. J., 2017: *The Discovery of the Asylum: Social Order and Disorder in the New Republic*, Londres, Routledge.
- SANTANDER, J., Huerta, D., Aceituno, D., y Fuentes, X., 2011: "Descripción clínica y socio-demográfica de pacientes psiquiátricos internados involuntariamente bajo el régimen de hospitalización administrativa en Chile", *Revista Chilena de Neuro-psiquiatría*, volumen 49, número 2, pp. 157-164.
- SASHIDHARAN, S. P., Mezzina, R., y Puras, D., 2019: "Reducing coercion in mental healthcare", *Epidemiology and Psychiatric Sciences*, volumen 28, número 6, pp. 605-612.
- SCHOLTEN, M., y Gather, J., 2018: "Adverse consequences of article 12 of the UN Convention on the Rights of Persons with Disabilities for persons with mental disabilities and an alternative way forward", *Journal of Medical Ethics*, volume, 44, pp. 226-233
- SLOBOGIN, C., 2015: "Eliminating mental disability as a legal criterion in deprivation of liberty cases: The impact of the Convention on the Rights of Persons with Disabilities on the insanity defense, civil commitment, and competency law", *International Journal of Law and Psychiatry*, volumen 40, pp. 36-42.
- SZASZ, T., 1991: *Ideology and Insanity: Essays on the Psychiatric Dehumanization of Man*, Nueva York, Syracuse University Press.
- SZMUKLER, G., 2018: *Men in White Coats: Treatment Under Coercion*, Oxford, Oxford University Press.
- SZMUKLER, G., y Dawson, J., 2011: "Reducing Discrimination in Mental Health Law - The 'Fusion' of Incapacity and Mental Health Legislation", en *Coercive Treatment in Psychiatry*, pp. 97-119, Nueva York, John Wiley.
- TÄNNSJÖ, T., 1999: *Coercive Care: The Ethics of Choice in Health and Medicine*, Londres, Routledge.
- THORNICROFT, G., Deb, T., y Henderson, C., 2016: "Community mental health care worldwide: current status and further developments", *World Psychiatry*, volumen 15, número 3, pp. 276-286.

- VÁSQUEZ, A., 2021: "The Potential of the Legal Capacity Law Reform in Peru to Transform Mental Health Provision", en M. A. Stein, F. Mahomed, V. Patel, y C. Sunkel (editores), *Mental Health, Legal Capacity, and Human Rights*, pp. 124-139, Cambridge, Cambridge University Press.
- VÖLLM, B., y Nedopil, N. (editores), 2016: *Coercive Measures in Forensic Psychiatric Care: Legal, Ethical and Practical Challenges*, Berlin, Springer.
- WILSON, K., 2021: *Mental Health Law: Abolish or Reform?*, Oxford, Oxford University Press.

Normas Jurídicas

- CONVENCIÓN de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su Protocolo Facultativo. Referencia online: <https://bcn.cl/2esho> (consultada 09/07/2025).
- BIBLIOTECA del Congreso Nacional, historia de la Ley N° 21.331 (del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental). <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7866/>
- CÓDIGO Sanitario (Decreto con Fuerza de Ley 725). Referencia online: <https://bcn.cl/w2AJnv> (consultada 09/01/2025).
- DECRETO 570, Reglamento para la internación de las personas con enfermedades mentales y sobre los establecimientos que la proporcionan. Referencia online: <https://bcn.cl/26fzq> (consultada 09/01/2025).
- DECRETO 68 de 1927, Reglamento para Servicios de Salubridad Mental. Referencia online: <https://bcn.cl/lvK2fu> (consultada 09/01/2025).
- LEY N° 20.584 (regula los derechos y deberes que tienen las personas en relación con acciones vinculadas a su atención salud). Referencia online: <https://bcn.cl/25b3z> (consultada 09/01/2025).
- LEY N° 21.331 (del reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental). Referencia online: <https://bcn.cl/2p863> (consultada 09/01/2025).
- LEY de las Casas de Locos que daba cuenta del funcionamiento de la Casa de Orates fundada en 1852 en Santiago. Referencia online: <https://bcn.cl/RWctwL> (consultada 09/01/2025).
- MINISTERIO de Salud, Circular 1 de 2019 (Instruye sobre hospitalización involuntaria de personas afectadas por enfermedades mentales). Referencia online: <https://bcn.cl/2zqlp> (consultada 09/01/2025).
- MINISTERIO de Salud, Circular 6 de 2021 (Instruye sobre hospitalización involuntaria de personas afectadas por enfermedades mentales dejando sin efecto circular que indica). Referencia online: <https://bcn.cl/2zqlp> (consultada 09/01/2025).
- MINISTERIO de Salud, Resolución 984 de 2003 (aprueba norma general técnica N° 65 contención en psiquiatría). Referencia online: <https://bcn.cl/3kzmu> (consultada 09/01/2025).
- MINISTERIO de Salud, 2001: Orientaciones Técnicas para Funcionamiento de Hospitales de Día en Psiquiatría. Referencia online: https://bibliodrogas.gob.cl/biblioteca/documentos/TRATAMIENTO_CL_5268.PDF (consultada 07/04/2025).
- PROYECTO de ley que establece la ley integral de salud mental y modifica los cuerpos legales que indica, Boletín 17.003-11.
- PROYECTO de Ley sobre protección de la salud mental, Boletín N° 10563-11, que dio origen a la Ley 21.331.

El Derecho Humano a la Comunicación Social en la Propuesta de Nueva Constitución de la Convención Constitucional del 2022: Reflexiones para un Debate Futuro

*Juan Ignacio Gaona Astudillo**

RESUMEN

El derecho a la comunicación no cuenta con una consagración expresa a nivel normativo en el ordenamiento jurídico chileno. Esto estuvo cerca de cambiar de haberse aprobado la Propuesta de Nueva Constitución del 2022, elaborada por la Convención Constitucional. El presente artículo sostiene que, si bien este derecho no se encuentra consagrado explícitamente en la propuesta final, se le reconoce a partir de una interpretación de la historia constitucional. El contenido de este derecho se encuentra vinculado tradicionalmente con el Informe MacBride de la UNESCO de 1980, que propone un nuevo derecho para fortalecer la democracia en la comunicación social, criticando la incapacidad de la libertad de expresión para garantizar efectivamente su dimensión social. En Latinoamérica, el derecho a la comunicación ha sido consagrado a nivel constitucional como legal en varios Estados de la región, pero sin mayor claridad de su debida implementación. Se propone una interpretación del contenido y alcance de este nuevo derecho a la comunicación social de la Propuesta de Nueva Constitución de 2022, con miras aportar en el debate normativo de este nuevo derecho.

Derecho a la comunicación social; libertad de expresión; proceso constituyente chileno

The Right of Social Communication in the New Constitution Proposal of the Constitutional Convention of 2022

ABSTRACT

The right to communicate lack an explicit normative recognition in the Chilean law. That was close to change if the Proposal of a New Constitution of 2022 would have been approved. This

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Magíster en Derecho con mención en Derecho Público, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Profesor externo, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9340-2955>. Correo electrónico: jgaona.a@edu.uai.cl.

El presente trabajo es una versión actualizada de la tesis para optar al grado de Magíster con mención en Derecho Público de la Universidad Adolfo Ibáñez, titulada “El derecho a la comunicación en la propuesta de nueva Constitución de la convención constitucional: ¿el fin de la hegemonía constitucional de la libertad de expresión?”, aprobado en diciembre del año 2022 y guiado por el profesor Javier Gallego Saade.

Artículo recibido el 30.4.2025 y aceptado para su publicación el 7.8.2025.

article upholds that, even though this right wasn't explicitly recognized in the final proposal, it can be recognized by an interpretation of the constitutional history. The core of this right has been traditionally bound to the UNESCO MacBride report, which propose a new right to strength democracy in social communication, criticizing the incapacity of free speech to effectively secure its social dimension. On Latin America, many states had recognized the right to communicate in constitutional and legal level, but its implementation lacks clarity. The author offers an interpretation of the content and extent of this new right to a social communication of the Proposal for a New Constitution of 2022, looking forward to contribute on the normative debate of this new right.

Right to social communication; freedom of speech; Chilean constitutive process

I. INTRODUCCIÓN

La primera Propuesta de Nueva Constitución, del año 2022 (en adelante “Propuesta de NC/22”), elaborada por la Convención Constitucional, contiene un nuevo derecho constitucional que pudo haberse integrado a nuestro ordenamiento jurídico chileno: el derecho a la comunicación social. Desde la tradición del constitucionalismo liberal, que contempla derechos como la libertad de expresión, la libertad de prensa o el derecho a la información, surgen preguntas relevantes: ¿debe interpretarse o no a este derecho como parte de la libertad de expresión?; ¿qué hace distinto al derecho a la comunicación de la libertad de expresión?; ¿cómo este dialoga con los derechos humanos?; ¿de dónde proviene este nuevo derecho y cuál habrían sido los efectos prácticos de su consagración?

Sostendré que el derecho a la comunicación social se encuentra consagrado en el artículo 83 de la Propuesta de NC/22, pese a no mencionarlo expresamente. Desde una interpretación de la historia constituyente, es posible fundamentar sólidamente que el espíritu de la norma fue pensado desde los fundamentos filosóficos que establecen la base teórica del derecho a la comunicación. Es más, su omisión se debe a una razón técnica y no política. Una interpretación sistemática refuerza lo anterior, pero, además, permite delimitar el alcance del derecho a la comunicación con la libertad de expresión.

Esta tesis solo se puede defender si se analiza el contenido material del derecho a la comunicación. Para ello, resulta indispensable volver a los fundamentos filosóficos de la libertad de expresión y sus críticas, para luego dar cuenta del origen y desarrollo de la corriente filosófica detrás de este nuevo derecho. Debido a que el estudio del derecho a la comunicación proviene principalmente de los estudios de las comunicaciones, este trabajo también pretende servir como una introducción pedagógica del mismo a la doctrina jurídica nacional, que o bien lo desconoce o lo confunde con el derecho a la información.

Presentaré el artículo en tres secciones. En primer lugar (II), desarrollaré los distintos fundamentos filosóficos de la libertad de expresión, a modo de dar cuenta de las tensiones conceptuales de diferentes visiones de su contenido y alcances. Se seguirá aquí la presentación de John Charney en la materia, partiendo por el (II.1) fundamento liberal clásico de la libertad de expresión; luego, con la (II.2) crítica de economía política a la prensa; para después desarrollar los (II.3) fundamentos democráticos y republicanos de este derecho. En segundo lugar (III), introduciré los fundamentos filosófico-políticos

del derecho a la comunicación y su devenir normativo en el derecho comparado latinoamericano. En particular, expondré los (III.1) orígenes de este nuevo derecho, que se ha propuesto como un nuevo derecho humano, principalmente a partir del Informe MacBride de la UNESCO; seguiré con la (III.2) relación de este derecho con el pensamiento comunicacional latinoamericano, principalmente siguiendo a Jesús Martín-Barbero, para terminar con (III.3) la experiencia de su reconocimiento en el derecho constitucional latinoamericano. Finalmente (IV) ofreceré una interpretación normativa de la Propuesta de NC/22, que permite el reconocimiento del derecho a la comunicación y el contenido material de este dentro de la tradición del pensamiento comunicacional latinoamericano. Primero daré cuenta del (IV.1) camino que tuvo en Chile el derecho a la comunicación desde la academia y la sociedad civil en el proceso constituyente, en donde estos actores logran que este nuevo derecho sea debatido en la Convención Constitucional; después (IV.2) defenderé el reconocimiento del derecho a la comunicación social en la Propuesta de NC/22, mediante una interpretación de la historia constitucional y sistemática; para concluir con (IV.3) la construcción del contenido material del derecho a la comunicación y su particular configuración en tres derechos (producir información, participación equitativa y a una prensa libre y pluralista) con un alcance expansivo a incluir dentro del mismo otros (como los derechos digitales y los derechos a las culturas, las artes, los conocimientos y a la memoria).

II. EL DEBATE FILOSÓFICO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN

Cuando hablamos del derecho humano a la comunicación es imprescindible también hablar de la libertad de expresión. Siendo este último derecho el concepto más cotidiano y tradicional, requiere ser analizado previamente para comprender el surgimiento del segundo. El debate filosófico-político que ha fundamentado la necesidad de proteger la libertad de expresión es profuso y complejo. Seguiré principalmente la forma en que lo ha presentado John Charney¹, al ser esta una versión más sofisticada de cómo generalmente se analiza este derecho.

1. *El fundamento liberal de la libertad de expresión*

La libertad de expresión² ha sido uno de los derechos fundamentales más importantes del derecho constitucional moderno, siendo protagonista en varias de las discusiones políticas más relevantes desde su reconocimiento. Es tal su importancia que tradicionalmente su protección ha implicado diferenciar a un Estado como democrático en vez de uno tiránico. Si es posible resumir a la tradición liberal del derecho a la libertad de

¹ CHARNEY, 2020.

² Entiéndase cuando se hable de libertad de expresión en su concepción liberal clásica que integra también a la libertad de prensa.

expresión, esta consistiría en tres argumentos centrales para su especial protección: la búsqueda de la verdad, la defensa contra la tiranía del gobierno³ y contra la tiranía de la mayoría⁴; contando con dos premisas del conocimiento: la falibilidad del pensamiento humano y el valor del pensamiento crítico⁵.

La tesis filosófica de la libertad de expresión, llevada a la acción práctica, postula que siempre es mejor más opinión o, dicho de otro modo, que nunca es bueno censurar una opinión, bajo el fundamento que de esta manera nos acercamos más a la verdad. En este sentido, la prohibición a la censura previa es la garantía más básica en la protección de la libertad de expresión. No es posible concebir que existe libertad de expresión si es exigida una licencia para expresar toda clase de opinión, idea o información.

A esta concepción de la libertad de expresión se la puede catalogar de instrumental o consecuencialista, pues descansa el fundamento de su protección en un criterio externo: la verdad⁶. Esta teoría, además, descansa en una concepción negativa de la libertad, que es entendida como la no interferencia de agentes externos a la propia individualidad, la que se ve vulnerada cuando a uno se le restringe o impide hacer algo, en este caso, expresarse⁷. Así, tanto la censura del Estado como la coacción moral de la opinión pública son los grandes enemigos de la libertad de expresión⁸.

A esta clásica defensa de la libertad de expresión, a comienzos del siglo XX, le fue añadida una nueva dimensión de la que Mill no reflexionó mayormente: el mercado. En sintonía con el pensamiento liberal clásico –a partir del célebre voto disidente del juez de la Corte Suprema estadounidense Oliver Wendel Holmes en el caso *Abrams v. United States* (1919)⁹– se ha utilizado (como concepto metafórico) al *mercado de ideas* para sostener que el mercado es el canal por donde se puede maximizar de mejor forma la mayor cantidad de opiniones posibles y sin censura (cumpliendo el ideal de Mill)¹⁰. Para sus simpatizantes, viendo con preocupación las experiencias intrusivas, censoras y represivas de los Estados totalitarios y comunistas, ven en el mercado un mecanismo no ideológico que es preferible frente a la censura estatal¹¹.

2. *La crítica de economía política de la prensa*

El devenir de la libertad de expresión en el mercado ha sido objeto de profundas críticas. Como punto de partida, esta teoría crítica sostiene que el paradigma de la expresión

³ Estos primeros dos argumentos se encuentran elocuentemente desarrollados en MILTON, 1918. Para un desarrollo de su teoría, véase CHARNEY, 2018, pp. 26-32.

⁴ Esta es la tesis principal de MILL, 1970. Para más detalle, véase CHARNEY, 2018, pp. 40-54.

⁵ Ambas premisas se encuentran presentes tanto en MILTON, 1918, como en MILL, 1970.

⁶ CHARNEY, 2018, p. 43.

⁷ Véase, BERLIN, 1974, pp. 137-145; BALBONTÍN y MALDONADO, 2019, pp. 6-23.

⁸ MILL, 1970, p. 75; CHARNEY, 2018, pp. 42-43.

⁹ 250 US 616 (1919), p. 630.

¹⁰ Para mayor detalle, véase AHUMADA, 2017, pp. 155-161; FISS, 1986, pp. 1413-1414.

¹¹ Véase, GARGARELLA, 2013, pp. 89-90. Para mayor profundidad, véase FISS, 1996.

de ideas no se encuentra en las esquinas de las calles, sino en los medios de comunicación masiva. La protección de la autonomía privada de los medios de comunicación puede ser incluso antagonista en la maximización de un debate público de calidad¹².

Charney ha planteado que el elemento común de quienes son parte de la crítica de economía política de la prensa es que los controladores de los medios de comunicación tienen la “habilidad de seleccionar, producir, censurar y entregar información que contribuye a reproducir las existentes prácticas sociales y alinear la opinión pública con los cánones de las prevalecientes ideologías”¹³. El ideal virtuoso de la opinión pública burguesa surgida a fines del siglo XVIII ha sido suplantada por una publicidad manipulativa¹⁴, en donde el modelo capitalista de los medios de comunicación masiva opera como un sistema de propaganda para los fines de los grupos de poder económico¹⁵.

Por su parte, Owen Fiss ha planteado elocuentemente que una defensa irrestricta de la libertad de expresión encarna una ironía, al producir un efecto silenciador de los grupos más desventajados en el debate público, a causa del temor que sufren en tanto víctimas de discriminación histórica ante la expresión hegemónica de sus opresores. Y cuando estos hablan, por lo general sus palabras carecen de autoridad, como si no dijeran nada. Las grandes batallas acerca de libertad de expresión a fines del siglo XX justamente versaron de esto, como lo fueron respecto de la pornografía, las expresiones de odio y la regulación de campañas electorales¹⁶.

La llegada de internet rompió las existentes barreras de ingreso a la comunicación masiva y así las voces silenciadas por el mercado han encontrado espacios para poder expresarse. No obstante, la crítica de economía política es extensiva al estado actual de los medios digitales¹⁷, que cuentan con alto nivel de explotación laboral, supervigilancia y control ideológico por parte de los gigantes digitales¹⁸. Como bien nos previene Paul Bernal, la libertad de expresión es solo una herramienta para los dueños o controladores de estas grandes corporaciones de las comunicaciones del mundo digital, quienes la defenderán solo cuando les convenga¹⁹.

3. *Fundamentos democráticos y republicanos de la libertad de expresión*

Los defensores de la crítica de economía política de la prensa han encontrado en la democracia el fundamento teórico de la libertad de expresión. Contrarios a la libertad negativa como no interferencia, han optado por defender la concepción filosófica de la

¹² Véase FISS, 1986, pp. 1408-1411.

¹³ CHARNEY, 2018, pp. 3-4 (traducción propia).

¹⁴ HABERMAS, 1989, pp. 177-178. Para miradas críticas al concepto burgués de opinión pública de Habermas, véase BALBONTÍN y MALDONADO, 2019, pp. 33-47.

¹⁵ HERMAN y CHOMSKY, 1994, pp. 1-2.

¹⁶ FISS, 1996, p. 16.

¹⁷ CHARNEY, 2018, pp. 5-6.

¹⁸ FUCHS, 2016, p. 218; CHARNEY, 2021, pp. 89 ss.

¹⁹ BERNAL, 2018, p. 127.

libertad positiva, que comprende la libertad como autonomía colectiva, por lo que solo se será libre si la conducta es guiada por la voluntad popular²⁰. Así, la expresión de ideas u opiniones, o la difusión de información, solo será libre si las normas que la regulan sean autoimpuestas mediante el proceso democrático.

Estos límites a la libertad de expresión, por tanto, dependerán de la concepción sustantiva de democracia que se siga, quedando sujeta a la “verdad política” de un tiempo y lugar particular²¹. Dicha amplitud conceptual puede incluir, con motivo de la autonomía popular, concepciones radicales de la democracia, que sugieren mecanismos de censura extremadamente amplios, siendo estos peligrosos de ser capturados en manos de regímenes totalitarios²². Al otro extremo, existen concepciones de la democracia (deliberativa) que abordan el problema de la economía política de la prensa de una forma superficial como meras fallas del mercado, asumiendo el postulado liberal que presupone al ser humano como un ser racional²³.

Charney ha postulado una alternativa a esta encrucijada desde la concepción republicana de libertad como no dominación²⁴. Esta teoría se fundamenta en la realización tanto de la autonomía individual como la colectiva, siendo rastreable hasta el propio fundador de la teoría clásica de la libertad de expresión: John Milton²⁵. El Estado, sostiene la teoría republicana, tiene como objetivo interferir en la sociedad para erradicar estas prácticas o estructuras de dominación²⁶. La posibilidad de que exista una prensa libre, sostiene Charney, descansa en que el Estado pueda interferir de modo tal de erradicar toda práctica de dominación proveniente tanto del Estado como del mercado²⁷. Al final, el debate decanta en cómo orientar las políticas regulatorias conforme con la promoción del principio de pluralismo mediático, especialmente el informativo²⁸.

Hay quienes han conceptualizado normativamente estos fundamentos democráticos-republicanos de la libertad de expresión con el derecho a la información, restringiendo así el alcance normativo de la libertad de expresión (en sentido estricto) a su concepción liberal negativa²⁹. En un sentido similar, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos –a partir del caso de La Última Tentación de Cristo– ha sostenido que existe una dimensión individual (liberal) y una dimensión social (democrática) de la libertad de expresión, enfatizando su condición esencial para una sociedad democrática³⁰.

²⁰ Véase, BERLIN, 1974, pp. 136-148.

²¹ CHARNEY, 2018, p. 81.

²² CHARNEY ejemplifica este problema en la teoría radical de Herbert Marcuse. Véase, MARCUSE, 1965, pp. 97-112; CHARNEY, 2018, p. 13; CHARNEY, 2020, pp. 268-270.

²³ CHARNEY, 2021, p. 85.

²⁴ CHARNEY, 2020, pp. 268 ss.

²⁵ CHARNEY, 2018, p. 122.

²⁶ PETTIT, 1997, pp. 21 ss. Asimismo, véase CHARNEY, 2018, pp. 121-126; CHARNEY, 2020, p. 270.

²⁷ CHARNEY, 2018, p. 144; CHARNEY, 2020, p. 271.

²⁸ Véase, CHARNEY, 2021; SÁEZ, et al., 2023, pp. 19 ss.

²⁹ BALBONTÍN y MALDONADO, 2019, pp. 183-184.

³⁰ Corte IDH, 5 de febrero de 2001, párr. 64-68. Véase, BALBONTÍN y MALDONADO, 2019, pp. 76-78.

En todo caso, se entiende desde el derecho internacional e interamericano de derechos humanos que esta diferenciación se ha englobado dentro del derecho a la libertad de expresión como concepto normativo más genérico que incluye, al menos, ambos conceptos: libertad de expresión y derecho a la información³¹.

Más allá de su nomenclatura conceptual, reflexionando acerca del imaginario constitucional de la libertad de expresión en el proceso constituyente chileno, para Charney lo central es que el Estado pueda “consagrar un principio general que garantice la justa distribución del poder comunicativo”³².

III. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN: LA BÚSQUEDA DE UN NUEVO DERECHO HUMANO PARA DEMOCRATIZAR LAS COMUNICACIONES

Existe otra tradición crítica que ha abordado el fenómeno de las comunicaciones. En esta, el derecho a la comunicación se ha consolidado como un nuevo derecho humano, que busca la democratización efectiva de las comunicaciones. Para comprender de mejor manera el derecho a la comunicación social consagrado en la Propuesta de NC/22, no se puede hacer sin conocer el origen de este nuevo derecho humano, la tradición filosófica de la que proviene y la revisión de la experiencia de su recepción en el derecho comparado latinoamericano.

1. *Los orígenes del derecho humano a la comunicación*

Hay consenso entre quienes han estudiado el tema, que el derecho a la comunicación se puede rastrear en sus orígenes conceptuales a Jean d'Arcy, considerado como el padre de la televisión francesa y del servicio público audiovisual. Como principal punto de análisis, es la crítica de la falta de participación de la ciudadanía en la comunicación social, por lo que este nuevo derecho humano estaría llamado a cumplir ese rol normativo, resultando insuficiente el derecho a la información para su efectivo desarrollo³³.

Ahora bien, el debate acerca del derecho a la comunicación se consolida a nivel internacional con el llamado “Informe MacBride”, elaborado por la Comisión Internacional para el Estudio de los Problemas de la Comunicación a petición de la UNESCO, publicado luego por este organismo en 1980 bajo el título *Un Solo Mundo, Voces Múltiples*. El motivo que lleva a su elaboración nace en el contexto de postguerra y el proceso de descolonización e independencia política de varios pueblos en el mundo, pero quedando sujetos económicamente a los países industrializados. Los países en desarrollo

³¹ BALBONTÍN y MALDONADO, 2019, pp. pp. 65-143. Aunque otros, siguiendo la doctrina y jurisprudencia constitucional española, defienden la autonomía conceptual del derecho a la información. Véase, LETURIA y VILLANUEVA, 2022.

³² CHARNEY, 2020, p. 272.

³³ MACBRIDE, *et al.*, 1993, pp. 148-149; HAMELINK, 2003; OTTAVIANO, 2019, pp. 105-106; PUKKO, 2024, p. 6.

mostraron su insatisfacción del sistema de comunicaciones, denunciando sufrir “una corriente unilateral de la información y el entretenimiento producidos en los países industrializados”, advirtiendo peligros de “dependencia cultural”³⁴. Para los países en desarrollo, desde la década de 1960, levantaron voces críticas a nivel internacional que derivaron en esfuerzos desde la UNESCO para abordar el problema del desequilibrio de la información, a partir de conferencias y declaraciones, siendo el Informe MacBride una continuación del debate internacional en la materia³⁵.

De sus orígenes, el derecho a la comunicación busca oponerse a los problemas que advertía la crítica de economía política de la prensa. Lo distintivo es que enfatiza el problema de las comunicaciones desde una mirada más global, bajo el eje Norte-Sur, problematizando la dependencia cultural determinada por la gran concentración existente en los países desarrollados del mercado noticioso. Esto impacta negativamente en los países en vías de desarrollo, perjudicando la producción nacional. Pero impacta de igual forma las tendencias culturales occidentales de las élites urbanas, que reproducen los patrones de consumo comunicacional occidental³⁶.

Se plantea en el Informe MacBride que dentro “de los defectos más extendidos de la comunicación es la ausencia de participación del público en la administración y la toma de decisiones”³⁷. Así, existían esfuerzos en esa época para “romper las barreras tradicionales e incluir al público en las comunicaciones”³⁸, que en la práctica se han materializado por medio de la comunicación alternativa o contrainformación, que abarcan grupos muy diferentes, pero lo que los caracteriza es “oponerse a la comunicación institucionalizada u oficial”³⁹. Estos grupos han florecido especialmente en países industrializados, pero también en países en desarrollo, especialmente en Latinoamérica. Lo primordial, sostiene el informe, es poder brindar a su público información socialmente útil (en vez de contenido de entretenimiento)⁴⁰.

La búsqueda democrática de una corriente en dos sentidos, de libre intercambio, acceso y participación en las comunicaciones, son parte de los fundamentos teóricos originarios del derecho a la comunicación. El Informe MacBride advierte que este derecho se encuentra todavía en proceso de formulación de un contenido material propio, pero que pretende ir más allá de los principios internacionales y derechos humanos ya adoptados por la comunidad internacional, con un enfoque orientado a la democratización de las comunicaciones en todos los niveles: individual, local, nacional e internacional⁴¹. Identifica derechos de comunicación específicos, como serían los derechos de asociación

³⁴ MACBRIDE, *et al.*, 1993, p. 59.

³⁵ *Ibid.*, pp. 60-68.

³⁶ *Ibid.*, pp. 123-129.

³⁷ *Ibid.*, p. 144.

³⁸ *Ibid.*, p. 146.

³⁹ *Ibid.*, p. 147. Para un desarrollo de la comunicación alternativa en Chile, véase Sáez, 2018.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Ibid.*, pp. 148-150.

(reunión, discusión, participación...), derechos de información (inquirir, estar informado, informar...) y derechos del desarrollo humano (cultura, elección, intimidad...)⁴².

2. *El derecho a la comunicación en el pensamiento comunicacional latinoamericano*

El proceso de conceptualización teórica del derecho a la comunicación ya viene en la década de 1970 en Latinoamérica⁴³. Este derecho ha emergido contra el sistema de dominación de clase neoliberal en foros académicos, políticos, gubernamentales y sociales, contando con reconocimiento en sistemas jurídicos latinoamericanos a nivel constitucional (Ecuador y Bolivia) como legal o administrativo (Brasil, Uruguay, Venezuela y, aunque ya no, Argentina)⁴⁴.

Pedro Santander reconoce un vínculo del derecho a la comunicación con el “pensamiento comunicacional latinoamericano”, que en lo central propone “la búsqueda de una conexión permanente entre la producción teórica y la praxis, con el fin de influir en las políticas de comunicación de los países y de estimular la comunicación comunitaria y participativa”⁴⁵. Cynthia Ottaviano ha vinculado a este pensamiento –que se ha desarrollado especialmente en México, Brasil, Colombia y Argentina– con los enfoques teóricos derivados de la escuela de Birmingham y los estudios culturales, cambiando de foco los estudios de la comunicación social “al campo de la cultura y ya no de la mera relación entre emisor, mensaje y receptor/a”⁴⁶.

Uno de sus mayores exponentes de este pensamiento comunicacional latinoamericano es Jesús Martín-Barbero, en su obra *De los medios a las mediaciones: comunicación, cultura y hegemonía* (1987). Como punto de partida, este ofrece un cambio metodológico de investigar “los procesos de constitución de lo masivo [de las comunicaciones]… desde las mediaciones y los sujetos, esto es, desde la articulación entre prácticas de comunicación y movimientos sociales”⁴⁷. Se aborda, desde un sentido político, la naturaleza comunicativa de la cultura, en tanto “proceso productor de significaciones y no solo de mera circulación de informaciones y, por tanto, en el que el receptor no es un mero decodificador de lo que en el mensaje puso el emisor, sino un productor también”⁴⁸.

La visión de meros receptores masivos de información conlleva a la “imposibilidad de ejercer derechos como consecuencia de la unilateralidad mediática”⁴⁹ denunciada ya por el Informe MacBride. En cambio, este nuevo paradigma político-cultural de las comunicaciones desplaza la comprensión de consumidores de información a una ciudadanía comunicacional, en que las audiencias son titulares de derechos comunicacionales,

⁴² *Ibid.*, p. 150.

⁴³ Santander, 2016, p. 32.

⁴⁴ *Ibid.*, p. 28.

⁴⁵ *Ibid.*, pp. 32-33. De manera similar, OTTAVIANO, 2020, p. 79.

⁴⁶ OTTAVIANO, 2020, pp. 46-47.

⁴⁷ MARTÍN-BARBERO, 2013, p. XXXVII.

⁴⁸ *Ibid.*, p. 245.

⁴⁹ OTTAVIANO, 2020, p. 44.

desde una perspectiva de derechos humanos⁵⁰. El derecho a la información no resultaría suficiente a nivel conceptual, justamente porque tiende a reproducir aquellas miradas “informacionistas” de la comunicación, que se vinculan a un cientificismo que resalta como foco de estudio a las nuevas tecnologías, pero que reduce la complejidad social al “dejar fuera del análisis las condiciones sociales de producción de sentido... de las luchas por la hegemonía, esto es, por el discurso que ‘articula’ el sentido de una sociedad”⁵¹. En este sentido, Barbero sostiene que el método para el estudio de las comunicaciones no puede desconocer la situación, que “reclama el reconocimiento, según la lógica de la diferencia, de verdades culturales y sujetos sociales”⁵². En este sentido, el derecho humano a la comunicación se lo ha comprendido dentro de los derechos de tercera generación⁵³, que vendría a resolver los problemas teórico-conceptuales derivados del derecho a la información.

La influencia del nuevo derecho humano a la comunicación se vio reducida en las décadas de 1980 y 1990 producto del avance de las políticas neoliberales de desregulación y de las dictaduras cívico-militares de la región⁵⁴. En la década de los 2000, resurge el interés académico y de las organizaciones de la sociedad civil por levantar el derecho a la comunicación, que se da principalmente a partir de la Cumbre Mundial sobre la Sociedad de la Información de 2003 y 2005. Sin embargo, a estos u otros nuevos foros internacionales se les ha criticado una discontinuidad con el debate iniciado en la década de 1970 con el Informe MacBride, destacando un enfoque más tecnológico (informacionista)⁵⁵. Esta ruptura con el derecho a la comunicación ha llevado a que los debates recientes acerca de los derechos digitales se aborden como problemas tecnológicos occidentales, centrados a menudo en los valores del individualismo neoliberal⁵⁶. Puukko nos plantea retomar los debates del derecho a la comunicación en el contexto de los derechos digitales, sugiriendo un diálogo en la investigación del activismo mediático con enfoques basados en derechos⁵⁷.

3. *El derecho a la comunicación en el derecho constitucional latinoamericano*

El derecho a la comunicación en el constitucionalismo latinoamericano⁵⁸ ha sido recogido en las constituciones de Ecuador (2008) y Bolivia (2009). Resulta interesante desde la categorización conceptual de ambas constituciones el cómo se diferencia la tradición de la libertad de expresión y la tradición del derecho a la comunicación. Por

⁵⁰ *Ibid.*, pp. 52-55.

⁵¹ *Ibid.*, p. 239.

⁵² *Ibid.*, p. 218.

⁵³ OTTAVIANO, 2020, p. 103.

⁵⁴ *Ibid.*, 2020, p. 109; PUUKKO, 2024, p. 7.

⁵⁵ PUUKKO, 2024, p. 8.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 12.

⁵⁷ *Ibid.*, pp. 12-14.

⁵⁸ Véase, OTTAVIANO, 2020, pp. 113-118.

un lado, se reconoce a la libertad de expresión como un derecho civil⁵⁹ o político⁶⁰, que se asocian tradicionalmente con los derechos de primera generación, proceso históricamente contemporáneo con los orígenes de la libertad de expresión en el contexto de las revoluciones modernas y las primeras cartas de derechos fundamentales⁶¹. Ahora bien, esto no quiere decir que se adopte necesariamente a partir de su origen una interpretación liberal de este derecho en dichos Estados andinos, por el contrario, estos se enmarcan dentro de la tradición democrática de la libertad de expresión del sistema internacional de derechos humanos⁶². Desde un punto de vista de categorización conceptual, la tradición democrático-republicano de la libertad de expresión es más clara en el caso boliviano, que consagra tanto la libertad de expresión⁶³ y el derecho a la información⁶⁴, mientras que en el caso ecuatoriano el menos claro, al solo consagrarse a la libertad de expresión⁶⁵.

Lo novedoso es que ambas constituciones contienen una regulación constitucional especial para el derecho a la comunicación. En el caso de Ecuador, se la clasifica dentro de los derechos del buen vivir como “Comunicación e Información”⁶⁶; y, en el caso de Bolivia, se lo categoriza dentro de los derechos fundamentales como “Comunicación Social”⁶⁷. En cuanto a su definición conceptual, en el caso de Ecuador es más extensa, al establecer el derecho a una “comunicación libre, intercultural, incluyente, diversa y participativa, en todos los ámbitos de la interacción social, por cualquier medio y forma, en su propia lengua y con sus propios símbolos” (artículo 16.1), mientras que en el caso boliviano es más simple, al constituir el “derecho a la comunicación y el derecho a la información” (artículo 106.I).

Los preceptos constitucionales siguientes de ambas constituciones, si bien difieren en algunas perspectivas, coinciden en comprender otros derechos dentro del derecho a la comunicación, como la libertad de expresión⁶⁸, el derecho a la información⁶⁹, derechos de acceso universal a las tecnologías de la información y comunicación⁷⁰ y el derecho a

⁵⁹ Constitución Política del Estado de Bolivia, Primera Parte “Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías”, Título II “Derechos Fundamentales y Garantías”, Capítulo Tercero “Derechos Civiles y Políticos”, Sección I “Derechos Civiles”, artículo 21.

⁶⁰ Constitución de la República de Ecuador, Título II “Derechos”, Capítulo Sexto “Derechos de libertad”, artículo 66.

⁶¹ Para una conexión del derecho a la comunicación con los orígenes de la libertad de expresión, véase Ottaviano, 2020, pp. 79 ss.

⁶² De manera expresa en la Constitución Política del Estado de Bolivia (artículo 13.IV); y, con menor claridad, en la Constitución de la República de Ecuador (artículo 11).

⁶³ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 21.5.

⁶⁴ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 21.6.

⁶⁵ Constitución de la República de Ecuador, artículo 66.6; junto al más clásico derecho a rectificación, réplica o respuesta (artículo 66.7).

⁶⁶ Constitución de la República de Ecuador, Título II, Capítulo Segundo, Sección tercera.

⁶⁷ Constitución Política del Estado de Bolivia, Primera Parte “Bases Fundamentales del Estado, Derechos, Deberes y Garantías”, Título II “Derechos Fundamentales y Garantías”, Capítulo Séptimo.

⁶⁸ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 106.2.

⁶⁹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 18.

⁷⁰ *Ibid.*, artículo 16.2.

la integración de espacios de participación en el campo de la comunicación⁷¹. También se establecen deberes a los Estados, como la garantía de ejercicio de estos derechos para trabajadores de prensa⁷² y el fomento de la pluralidad y diversidad en la comunicación (en el espectro radioeléctrico, en la creación y fortalecimiento de diversos tipos de medios de comunicación, y prohibiciones de monopolios u oligopolios)⁷³.

Se establecen normas especiales en el ejercicio de estos derechos por los medios de comunicación y los trabajadores de la información, como ciertas garantías (cláusula de conciencia, secreto profesional, reserva de fuente⁷⁴ y reserva legal de regulación de contenidos⁷⁵) y responsabilidades especiales (prohibiciones de contenido a la publicidad que induzca violencia o discriminación⁷⁶, fomento de producción de comunicación nacional, promoción de la diversidad de valores culturales, producción y difusión de programas educativos plurilingües y en lenguaje alternativo para discapacitados⁷⁷ y deberes de veracidad y responsabilidad a comunicaciones en los medios⁷⁸). Ecuador, en un referéndum constitucional (2011), intensificó dichas prohibiciones respecto de la organización societal de los medios (prohibición de que empresas privadas nacionales de comunicación tengan directa o indirectamente derechos o acciones fuera del ámbito comunicacional)⁷⁹.

Sin embargo, la implementación legal del derecho a la comunicación en la región no ha sido lo esperado. Su reconocimiento legal expreso en Bolivia (2011), Venezuela (2011) y Ecuador (2013), no fue acompañado de un diseño institucional democrático, sino autoritario. El principal problema en la implementación del derecho a la comunicación ha radicado en la captura de las instituciones regulatorias por parte de los gobiernos andinos que han impulsado este nuevo derecho humano, como ha ocurrido justamente en Bolivia⁸⁰, Venezuela⁸¹ y Ecuador⁸².

⁷¹ *Ibid.*, artículo 16.4.

⁷² Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 106.3.

⁷³ Constitución de la República de Ecuador, artículo 17; Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 107.3.

⁷⁴ Constitución de la República de Ecuador, artículo 20; Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 106.3 y 107.4.

⁷⁵ Constitución de la República de Ecuador, artículo 17.

⁷⁶ *Ibid.*, artículo 19.

⁷⁷ Constitución Política del Estado de Bolivia, artículo 107.1.

⁷⁸ *Ibid.*, artículo 107.2.

⁷⁹ Constitución de la República de Ecuador, artículo 312.

⁸⁰ OTTAVIANO, 2020, pp. 121-122.

⁸¹ *Ibid.*, pp. 238-243.

⁸² *Ibid.*, pp. 133-134; Ahumada, 2015, pp. 384-386.

IV. EL DERECHO A LA COMUNICACIÓN SOCIAL EN LA PROPUESTA DE NUEVA CONSTITUCIÓN DE CHILE DE 2022: REFLEXIONES PARA EL DEBATE FUTURO

Finalmente, después de todo este recorrido de cerca de cuatro siglos del devenir de la libertad de expresión en el siglo XVII y el surgimiento del derecho a la comunicación en el siglo XX, en el siglo XXI este último ha sido recogido por el derecho constitucional latinoamericano. El proceso constituyente chileno no es la excepción. En lo siguiente, presentaré una propuesta interpretativa que reconoce la existencia del derecho a la comunicación social en la Propuesta de NC/22 elaborada por la Convención Constitucional, ofreciendo una construcción normativa de este derecho: producir información; participación equitativa en la comunicación social; y una prensa libre y pluralista.

1. *De la sociedad civil a la Convención Constitucional: el origen del derecho a la comunicación en proceso constituyente chileno*

El proceso constituyente chileno, siguiendo la tendencia del constitucionalismo latinoamericano, ha levantado el derecho a la comunicación como un cambio de paradigma del modelo neoliberal vigente⁸³. La investigación académica nacional, desde los estudios de comunicación y medios, ha tenido un crecimiento desde el presente siglo en cuanto a las relaciones entre la movilización social, los medios y la comunicación⁸⁴. Se observa que la investigación de los movimientos sociales en Chile ha realizado el camino de los medios a las mediaciones (culturales) propuesto por Martín-Barbero⁸⁵, siguiendo al pensamiento comunicacional latinoamericano. La nueva fase del proceso constituyente a partir de la revuelta popular de octubre de 2019 aviva el debate acerca del derecho humano a la comunicación para una nueva Constitución. Desde la academia y los movimientos sociales de las comunicaciones se ha impulsado el debate público al respecto⁸⁶, articulando el “Bloque por el Derecho a la Comunicación”⁸⁷. Estas iniciativas ciudadanas fueron adheridas por 114 candidatos a convencionales constituyentes⁸⁸, que impulsaron el derecho a la comunicación en la Convención Constitucional.

Algunos de esos candidatos resultaron electos como convencionales constitucionales, y los compromisos adquiridos con la sociedad civil rápidamente se hicieron notar. Por

⁸³ SANTANDER, 2015; AVENDAÑO, 2015; BÓRQUEZ, *et al.*, 2015; REYES y JARA, 2015; HERMOSILLA, 2015; URANGA, 2015; Colectivo Democracia y Comunicación (DemCo), 2015. Asimismo, SÁEZ, *et al.*, 2016. La antesala de estos debates se dio a nivel legal, con la Ley N° 20.433 (2010), que crea los servicios de radiodifusión comunitaria, y la Ley N° 20.750, que permite la introducción de la televisión digital terrestre. Solo en esta última se menciona en dos ocasiones el derecho a la comunicación en el debate legislativo.

⁸⁴ SAAVEDRA, 2023, p. 13.

⁸⁵ *Ibid.*, p. 19.

⁸⁶ Véase, entre otros, Observatorio del Derecho a la Comunicación (ODC), 2020.

⁸⁷ Integrado por el Colegio de Periodistas, organizaciones de la sociedad civil, programas y medios de universidades y diversos medios no tradicionales y comunicadores independientes (<https://radiojgm.uchile.cl/nuevacostitucion-nace-bloque-por-el-derecho-a-la-comunicacion/>.)

⁸⁸ Diario Universidad de Chile, 2021.

primera vez en nuestro ordenamiento jurídico, en el Reglamento General de la Convención Constitucional (2021), aparece de manera expresa el derecho a la comunicación. Dentro de las comisiones temáticas creadas en dicho cuerpo normativo, la más llamativa sin duda fue la Comisión sobre Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios (Comisión 7)⁸⁹. A esta le fue mandatado abordar dentro de sus temas el “derecho a la comunicación y derechos digitales”⁹⁰. Fueron presentadas tres iniciativas constituyentes⁹¹ por convencionales que abordaron directamente el derecho a la comunicación (ICC N°310-7; ICC N°222-7; ICC N°212-7)⁹², desarrollándose profusamente en dos de ellas los fundamentos históricos y teóricos del pensamiento comunicacional latinoamericano (ICC N°310-7; ICC N°212-7)⁹³, donde se reconoce la trayectoria de este debate en la academia y organizaciones de la sociedad civil (como el Bloque por el Derecho a la Comunicación)⁹⁴. Todas estas iniciativas constituyentes fueron aprobadas por la Comisión 7.

2. *La historia constitucional del derecho a la comunicación y la libertad de expresión en la Propuesta NC/22*

En el Pleno de la Convención Constitucional, el debate constituyente del derecho a la comunicación decantó en el Borrador de la Propuesta de NC/22, que contempla en el Capítulo de la Comisión 7 lo siguiente:

“458.- Artículo 1.- Derecho a la comunicación social. Toda persona, individual o colectivamente, tiene derecho a producir información y a participar equitativamente en la comunicación social. Se reconoce el derecho a fundar y mantener medios de comunicación e información.

459.- Artículo 2.- El Estado debe respetar la libertad de prensa, promover el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad de información. Se prohíbe la censura previa”.

Es en el trabajo realizado por la Comisión de Armonización donde se elimina el encabezado del artículo que refería expresamente al derecho a la comunicación social⁹⁵,

⁸⁹ Acerca de su origen, véase el Primer Informe de la Comisión sobre Sistemas de Conocimientos, Culturas, Ciencia, Tecnología, Artes y Patrimonios (Comisión 7), 2022, pp. 1-2 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=3778&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION)

⁹⁰ Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, artículo 68, literal i).

⁹¹ *Ibid.*, artículo 81.

⁹² Primer Informe de la Comisión 7, 2022, pp. 266-296 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=3778&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION)

⁹³ *Ibid.*, pp. 266-280, 284-296.

⁹⁴ *Ibid.*, p. 288.

⁹⁵ Véase esta modificación en comparado propuesto para la armonización: https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2987&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION

quedando finalmente este derecho establecido en el artículo 83 de la Propuesta de NC/22, en el siguiente tenor:

- “1. Toda persona tiene derecho a producir información y a participar equitativamente en la comunicación social. Se reconoce el derecho a fundar y mantener medios de comunicación e información.
2. El Estado respetará la libertad de prensa y promoverá el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad de información”⁹⁶.

Como se puede apreciar, bajo una interpretación de la historia constitucional, es evidente que el derecho a la comunicación social forma parte de la Propuesta de NC/22, a pesar de que no se menciona expresamente, siendo su omisión una mera decisión técnica de armonización y no política, que permita negar su reconocimiento.

Respecto de su sistematización en la Propuesta de NC/22, el derecho a la comunicación social fue ubicado dentro del Capítulo II, sobre Derechos Fundamentales y Garantías, justo detrás del derecho a la libertad de expresión. No existe, como en las constituciones de Bolivia y Ecuador, una subclasificación de los derechos fundamentales. Pese a ello, se puede llegar a algunas conclusiones con el orden en que estos derechos fueron ubicados. Se optó por anteponer el derecho a la libertad de expresión (artículo 82) al derecho a la comunicación social (artículo 83), junto con los artículos que lo suceden, lo que es coherente con el desarrollo histórico de ambos derechos⁹⁷.

La libertad de expresión fue debatida dentro de la Comisión sobre Derechos Fundamentales (Comisión 4)⁹⁸, sin embargo, contrario a la tendencia de la Propuesta NC/22, se optó por la formulación minimalista de este derecho en el artículo 82:

- “1. Toda persona, natural o jurídica, tiene el derecho a la libertad de expresión y opinión, en cualquier forma y por cualquier medio, el cual comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole.
2. No existirá censura previa, sino únicamente las responsabilidades ulteriores que determine la ley”⁹⁹.

⁹⁶ Se omite el derecho de aclaración o rectificación, establecido en el artículo 83.3, ya que este pertenece a un derecho tradicionalmente vinculado a la libertad de expresión. Este fue incorporado dentro de la Comisión 7, quedando en el artículo 8 del Borrador de la Propuesta NC/22 de dicha comisión (N°467). La Comisión de Armonización al principio lo ubicó inmediatamente después de la libertad de expresión, para finalmente reubicarlo dentro del derecho a la comunicación social (véase el comparado propuesto para la armonización: (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2987&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION)

⁹⁷ Aunque dicha sistematicidad se pierde con la ubicación del derecho de acceso a la información en el artículo 77 de la Propuesta de NC/22.

⁹⁸ Reglamento General de la Convención Constitucional, 2021, artículo 65, literal y).

⁹⁹ Es casi idéntica a la formulación del Borrador de la Propuesta de NC/22, N°244.

La propia Comisión 4 optó desde un principio por no incluir el derecho a la comunicación, al rechazar la propuesta ICC N°704 (la otra que lo contenía, la ICC N°280, fue retirada)¹⁰⁰. La Convención Constitucional se decidió por una formulación de la libertad de expresión muy similar, aunque resumida, a la del artículo 13.1-2 de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH). Al igual que en las constituciones de Bolivia y Ecuador, la Propuesta de NC/22 consagra en su artículo 15 un principio de recepción e integración del derecho internacional de los derechos humanos, los que “forman parte integral de esta Constitución y gozan de rango constitucional”, por lo que la interpretación de la libertad de expresión bajo este marco comprende los fundamentos democrático-republicanos analizados al comienzo y, por tanto, a la doble dimensión (individual y social) de este derecho en el marco del derecho internacional de los derechos humanos. Como parte del derecho a la información se estableció en el artículo 77 de la Propuesta de NC/22 un derecho de acceso a la información pública.

No obstante, el Pleno de la Convención Constitucional rechazó en dos oportunidades la propuesta de la Comisión 4 de incluir una prohibición a la propaganda en favor de la guerra y la apología al odio, muy similar a la del artículo 13. 5 de la CADH¹⁰¹, lo que sugiere una tendencia más liberal que el propio texto de la CADH en materia de libertad de expresión.

Dicha tendencia menos sancionatoria también puede rastrearse en la historia constituyente del derecho a la comunicación. El Pleno de la Convención Constitucional rechazó el diseño institucional propuesto por la Comisión 7, que era un único órgano autónomo y técnico, llamado Consejo Nacional de Comunicaciones, que contaba con facultades sancionatorias¹⁰². La segunda propuesta de la Comisión 7 establecía este mismo Consejo, el que estaba “encargado de proteger y promover el derecho a la comunicación social, la libertad de prensa, el pluralismo de los medios de comunicación y la diversidad de información, en los distintos soportes tecnológicos existentes”, sin referirse a atribuciones sancionatorias. Esta última propuesta estuvo cerca de ser aprobada¹⁰³.

¹⁰⁰ Primer Informe de la Comisión sobre Derechos Fundamentales (Comisión 4), relativo a definiciones generales sobre derechos fundamentales y sobre derechos civiles y políticos, 2022, pp. 29-31 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2415&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION)

¹⁰¹ Primer Informe de la Comisión 4, 2022, p. 221 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2415&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION), artículo 8, inciso 2. Rechazado en la Sesión 66^a, ordinaria, del 10 de marzo de 2022, del Pleno de la Convención Constitucional (<https://sala.cconstituyente.cl/default.aspx#/documento/4123/70/-1/Default/0.3594658835834805>). Informe de Reemplazo al Primer Informe de la Comisión 4, 2022, p. 50 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=2426&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION), artículo 8, inciso 4. Rechazado en la Sesión 77^a, ordinaria, del 30 de marzo de 2022, del Pleno de la Convención Constitucional (<https://sala.cconstituyente.cl/default.aspx#/documento/4123/70/-1/Default/0.3594658835834805>).

¹⁰² Tercer Informe de la Comisión 4, 2022, p. 436 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=3782&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION), artículo 4. Rechazado en la Sesión 86^a, ordinaria, del 20 de abril de 2022, del Pleno de la Convención Constitucional (<https://sala.cconstituyente.cl/default.aspx#/documento/4123/70/-1/Default/0.3594658835834805>).

¹⁰³ Informe de Reemplazo al Tercer Informe de la Comisión 4, 2022, p. 7 (https://www.cconstituyente.cl/comisiones/verDoc.aspx?prmID=3780&prmTipo=DOCUMENTO_COMISION), artículo 4. Rechazado

3. *El derecho a la comunicación social en la Propuesta NC/22: reflexiones para el futuro*

Hay una pregunta que hasta aquí no se ha explorado: ¿por qué es relevante reflexionar acerca del derecho a la comunicación? Antes de la positivización de este derecho en diversos Estados latinoamericanos, María Paula Saffon se planteó esto mismo, estableciendo las bases del debate jurídicamente relevante para el futuro: “surge la cuestión de si el derecho a la comunicación es una figura que requiere de un reconocimiento jurídico específico o si se trata de un neologismo o de una expresión que está de moda, pero que se refiere a situaciones ya reconocidas y protegidas anteriormente”¹⁰⁴.

En el debate constituyente chileno, el Observatorio del Derecho a la Comunicación (ODC)¹⁰⁵ señala que existen tres enfoques conceptuales del derecho a la comunicación, que los denominaré como (i) neológico, (ii) instrumental y (iii) sustantivo.

Primero, en el (i) enfoque neológico, el derecho a la comunicación se utiliza como mero sinónimo de libertad de expresión¹⁰⁶ o del derecho a la información¹⁰⁷. Este enfoque hace que el derecho a la comunicación sea un concepto vacío. Por la historia constituyente analizada, este enfoque claramente no prevaleció en la Convención Constitucional.

El segundo, es el (ii) enfoque instrumental, que sigue la conceptualización de Cees Hamelik¹⁰⁸, que entiende al derecho a la comunicación como un concepto “paraguas”¹⁰⁹, que contiene varios derechos dentro de este. Para los debates de la Cumbre Mundial de la Sociedad de la Información de 2003 y 2005, Hamelik propuso que el derecho a la comunicación se compone de 5 dimensiones: derechos de información, derechos culturales, derechos de protección, derechos de participación y derechos colectivos¹¹⁰. Este enfoque le otorga un contenido instrumental al derecho a la comunicación, para fines de una mejor sistematización conceptual de diversos derechos, de manera tal de orientar la “gobernabilidad global de las ‘sociedades de la comunicación’ esté inspirada en una preocupación por los derechos humanos”¹¹¹. No obstante, al igual que el enfoque neologista, no le otorga un contenido material propio a este derecho.

La recepción del enfoque instrumental del derecho a la comunicación queda evidentemente plasmada en la Constitución de Ecuador (2008), al contener derechos de participación (artículo 16.1), información (artículo 18), acceso universal a tecnologías de

en la Sesión 96^a, ordinaria, del 5 de mayo de 2022, del Pleno de la Convención Constitucional (<https://sala.cconstituyente.cl/default.aspx#!/documento/4123/70/-1/Default/0.3594658835834805>).

¹⁰⁴ SAFFON, 2007, p.35.

¹⁰⁵ Observatorio del Derecho a la Comunicación, 2020.

¹⁰⁶ LORETI y LOZANO, 2014; Observatorio del Derecho a la Comunicación, 2020.

¹⁰⁷ Véase, BALBONTÍN y MALDONADO, 2019, pp. 132-134. Si bien distinguen ambos derechos, no desarrollan un argumento de su diferencia. Resulta interesante, en todo caso, el vínculo que los autores hacen del derecho a la comunicación con los principios N°5, 6 y 8 de la Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2000.

¹⁰⁸ HAMELINK, 2003.

¹⁰⁹ Observatorio del Derecho a la Comunicación, 2020.

¹¹⁰ HAMELINK, 2003.

¹¹¹ *Ibid.*

la información y comunicación (artículo 16.2) e integración de espacios de participación en el campo de la comunicación (artículo 16.4). En la Propuesta de NC/22 se estableció el derecho a la participación en la comunicación social, haciéndose parte al menos terminológicamente de este enfoque instrumental en lo que respecta a los derechos de participación. Pese a esta vinculación terminológica, no me parece acertado sostener que el derecho a la comunicación social del artículo 83 sea solo un concepto paraguas de otros derechos, sino que contiene un contenido sustantivo propio.

Finalmente, está el (iii) enfoque sustantivo, que –siguiendo a Saffon¹¹²– defiende la postura de que el derecho a la comunicación es un concepto autónomo, que puede distinguirse de la libertad de prensa y el derecho a la información, al surgir en un nuevo contexto comunicacional marcado por las nuevas tecnologías de la información y comunicación, dando paso a la sociedad de la información. En este contexto, “no basta con acceder a o recibir pasivamente información y conocimiento, sino que también es fundamental poder producirlo. Por consiguiente, resulta esencial que tanto el acceso a cómo la producción de información y conocimiento estén garantizados a todas las personas de manera equitativa”¹¹³. Este derecho aborda nuevas necesidades y busca cumplir distintos objetivos que la libertad de expresión y el derecho a la información, pero cada uno cumple su rol, por lo que “es menester verlos como derechos complementarios que se articulan entre sí con miras a garantizar una mayor protección de sus destinatarios”¹¹⁴. Para Saffon, sin embargo, el derecho a la comunicación sigue siendo un derecho emergente, pero que “está teniendo lugar un interesante proceso de formación”¹¹⁵.

Pues bien, se puede rescatar del fallido primer proceso constituyente chileno este enfoque sustantivo del derecho humano a la comunicación en el artículo 83 de la Propuesta de NC/22, que –siguiendo los postulados del pensamiento comunicacional latinoamericano– intencionalmente se distancia de los verbos usados en el artículo 82 respecto de la libertad de expresión (“buscar, recibir y difundir”) y nos ofrece este derecho a “producir” información. Esto es una innovación a nivel latinoamericano, en relación con lo ya desarrollado por las constituciones de Bolivia y Ecuador, que no contienen en su definición el verbo producir.

Esta interpretación sustantiva del derecho a la comunicación es armónica con el principio de recepción e integración del derecho internacional de los derechos humanos (artículo 15 de la Propuesta de NC/22), al desarrollar –como indica Saffon– cada derecho bajo su tradición filosófica dentro de un marco constitucional compartido. La libertad de expresión se encuentra, en su concepción republicana (libertad como no dominación) en el artículo 82; el derecho a la información dentro de este mismo y del artículo 77 (derecho de acceso a la información pública), en una concepción más democrática (libertad como

¹¹² SAFFON, 2007.

¹¹³ *Ibid.*, p. 36.

¹¹⁴ *Ibid.*, p. 41.

¹¹⁵ *Ibid.*, p. 16.

autonomía colectiva); y el derecho a la comunicación en el artículo 83 de la Propuesta de NC/22 (libertad como participación democrática en las mediaciones culturales).

Bajo este enfoque sustantivo del derecho a la comunicación social del artículo 83 de la Propuesta de NC/22, a modo de establecer las bases del contenido sustantivo o material del este nuevo derecho humano para el debate futuro, propongo que la Convención Constitucional elaboró un triple derecho dentro de este: el derecho a producir información; el derecho a la participación equitativa en la comunicación social; y el derecho a una prensa libre y pluralista.

La presente propuesta interpretativa busca servir como la base en la que deben leerse las demás normas de la Propuesta de NC/22, especialmente aquellas provenientes de los debates constituyentes de la Comisión 7, que estableció al derecho a la comunicación en esta triple dimensión como su eje rector. Un desarrollo más acabado de estas otras normas constitucionales excede los objetivos de la presente tesis, que tiene como objeto de establecer las bases filosófico-políticas para guiar la interpretación constitucional de la Propuesta de NC/22 en materia de comunicaciones.

Al menos, desde este enfoque sustantivo del derecho a la comunicación social, es posible comprender al derecho de acceso a la información pública (artículo 77) no solo como parte de la tradición democrática de la libertad de expresión (en tanto derecho a la información), sino que también como parte de la tradición del derecho a la comunicación (en tanto derecho a producir información). En esta misma base teórico-conceptual se pueden leer otras normas destinadas a hacer efectivo el pluralismo en los medios de comunicación, como: la obligación del Estado de impedir la concentración de la propiedad de los medios y la clásica norma liberal de prohibición del monopolio estatal de estos (artículo 84); medios de comunicación públicos independientes del gobierno (artículo 85); la promoción estatal de medios de comunicación e información regionales, locales y comunitarios (artículo 84); y el principio de interés público de la infraestructura de las telecomunicaciones (artículo 86.6) y del espacio eléctrico (artículo 86.7).

Uno de los aspectos más innovadores de la Propuesta de NC/22 son las diversas normas que, sistemáticamente, pueden relacionarse con los derechos digitales. Es claro el enfoque basado en el derecho a la comunicación de estos, en contraste a los enfoques tecnológicos vistos más arriba, como se puede apreciar con el “derecho al acceso universal a la conectividad digital y a las tecnologías de la información y comunicación” (artículo 86.1). Luego, establece obligaciones al Estado de garantizar “acceso libre, equitativo y descentralizado, con condiciones de calidad y velocidad adecuadas y efectivas, a los servicios básicos de comunicación” (artículo 86.2), de “promover y participar del desarrollo de las telecomunicaciones, servicios de conectividad y tecnologías de la información y comunicación” (artículo 86.3), la “obligación de superar las brechas de acceso, uso y participación en el espacio digital y en sus dispositivos e infraestructuras” (artículo 86.4), así como garantizar “principio de neutralidad en la red” (artículo 86.5). A esto se suman derechos “a participar de un espacio digital libre de violencia” (artículo 89) y “a la educación digital” (artículo 90).

Y por si esto fuera poco, como el título de la Comisión 7 donde se originó el derecho a la comunicación, puede este relacionarse con los derechos a las culturas, las artes, los conocimientos y a la memoria (artículos 92-102).

V. CONCLUSIONES FINALES

Los desafíos de la comunicación social en la actualidad son cada vez más complejos de cuando se exigió por primera vez el fin de la censura previa. Las reflexiones y los fundamentos filosófico-políticos del derecho humano a la comunicación, por medio del pensamiento comunicacional latinoamericano, que se dieron a partir de la segunda mitad del siglo XX, siguen marcando nuevos horizontes para la búsqueda de una mayor democratización de las comunicaciones. Habiendo transcurrido un cuarto del siglo XXI del resurgimiento de este derecho en el contexto de los debates de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en internet, podemos apreciar que trayectoria del derecho a la comunicación ha logrado su reconocimiento en diversos Estados latinoamericanos, especialmente dentro de la experiencia del constitucionalismo latinoamericano.

El proceso constituyente chileno es el último en esta historia. Como se expuso, el derecho a la comunicación social fue debatido e impulsado desde la academia y la sociedad civil, logrando su reconocimiento en la Propuesta de NC/22, como un nuevo derecho fundamental, en el marco del derecho internacional de los derechos humanos y del pensamiento comunicacional latinoamericano. El rechazo a Propuesta de NC/22 de la Convención Constitucional en el plebiscito de salida por la ciudadanía chilena da un término a lo que pudo ser el primer reconocimiento de este derecho en Chile.

Este trabajo pretende recordar, hacer memoria, y no olvidar la experiencia y los aprendizajes del desarrollo de una tradición filosófica-nORMATIVA que ya no es solo emergente, sino en proceso de consolidación a nivel regional. El estudio del contenido material del derecho a la comunicación, en su relación con la tradición democrática y republicana de la libertad de expresión y su desarrollo en el derecho internacional de los derechos humanos, puede ser una alternativa para que los ciudadanos del mundo hagamos frente a los grandes problemas de nuestro siglo en la sociedad de la comunicación global.

La nueva Ley N° 21.710, puede marcar el comienzo del derecho a la comunicación en el ordenamiento jurídico chileno, al declarar el día 12 de mayo como el “el día de la libertad de información, del derecho a la comunicación y del periodismo independiente y comunitario”. Dedico mis últimas palabras a Francisca Sandoval, reportera de Señal 3 La Victoria, medio de televisión comunitaria, asesinada mientras cubría una manifestación en el día del trabajador el 2022, que inspira la promulgación de dicha ley y levanta las esperanzas de quienes buscan justicia en la comunicación social.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA, Paula, 2015: "Libertad de expresión en América Latina: de la protección del disenso a la necesidad de un debate público robusto", en Ahumada *et al.* (editores), *SELA: 20 años pensando en los derechos y la democracia*, Buenos Aires, Libraria, pp. 376-395.
- AHUMADA, Paula, 2017: "Del mercado de las ideas a la mercantilización de la esfera pública bajo el orden constitucional en Chile", en *Derecho y Crítica Social*, volumen 3, N°2, pp. 151-189.
- AVENDAÑO, Claudio, 2016: "Comunicación con enfoque de Derechos", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 15-19.
- BALBONTÍN, Cristóbal y Maldonado, Alexandra, 2019: *Libertad de expresión, derecho a la información y medios de comunicación*, Legal Publishing Chile, Santiago.
- BERLIN, Isaiah, 1974: "Dos conceptos de libertad", en *Libertad y necesidad en la historia* (trad.), Revista de Occidente, Madrid.
- BERNAL, Paul, 2018: *The Internet, Warts and All. Free Speech, Privacy and Truth*, Cambridge, Cambridge University Press.
- BÓRQUEZ, A., Ramírez, D. y García, T., 2016: "El derecho a la comunicación e información en el debate constituyente", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 47-51.
- CHARNEY, John, 2018: *The Illusion of the Free Press*, Oxford, Hart Publishing.
- CHARNEY, John, 2019: "Libertad de expresión y pluralismo informativo: compatibilidades y tensiones en el contexto de la televisión", en *Revista Derecho del Estado*, N° 42, pp. 117-148.
- CHARNEY, John, 2020: "Las libertades expresivas en el imaginario constitucional", en Jaime Bassa, Juan Carlos Ferrada y Christian Viera (editores), *La constitución que queremos: Propuestas para un momento de crisis constituyente*, Santiago, Lom Ediciones, pp. 255-275.
- CHARNEY, John, 2021: "Tres concepciones de pluralismo informativo", en *Revista Chilena de Derecho y Tecnología*, Volumen 10, N°2, pp. 69-102.
- COLECTIVO Democracia y Comunicación, 2016: "7 claves sobre las comunicaciones para una Nueva Constitución", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 87-93.
- DIARIO Universidad de Chile, 2021: "Candidatos convencionales adhieren incluir el Derecho a la Comunicación en la Nueva Constitución", disponible en: <https://radio.uchile.cl/2021/05/11/candidatos-convencionales-adhieren-incluir-el-derecho-a-la-comunicacion-en-la-nueva-constitucion/#>.
- FISS, Owen, 1986: "Free Speech and Social Structure", en *Iowa Law Review*, volumen 71.
- FISS, Owen, 1996: *The Irony of Free Speech*, Cambridge, Harvard University Press.
- FUCHS, Christian, 2016: *Critical Theory of Communication: New Readings of Lukács, Adorno, Marcuse, Honneth and Habermas in the Age of Internet*, Londres, University of Westminster.
- GARGARELLA, Roberto, 2013: "Libertad de expresión como 'debate público robusto'", en Esteban Restrepo (compilador), *Libertad de expresión entre tradición y renovación: Ensayos en homenaje a Owen Fiss*, Bogotá, Universidad de los Andes.
- HABERMAS, Jürgen, 1989: *The Structural Transformation of the Public Sphere: An Inquiry into a Category of Bourgeois Society* (trad.), Cambridge, MIT Press.
- HAMELINK, Cess, 2003: "El derecho a comunicarse", en Infoamérica, disponible en: http://www.infoamerica.org/documentos_word/hamelink02.doc.
- HERMOSILLA, María Helena, 2016: "Derecho a la comunicación, la puerta ancha para superar la discriminación de género", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 71-76.

- HERMAN, Edward S. y Chomsky, Edward, 1994: *Manufacturing Consent: The Political Economy of the Mass Media*, Londres, Vintage.
- LETURIA, Francisco y Villanueva, Juan, 2022: "La libertad de información como derecho autónomo y diferenciado: fundamentos y consecuencias (un análisis de alcance universal realizado desde la experiencia española)", en *Revista Ius et Praxis*, Año 28, N°3, pp. 130-154.
- LORETI, Damián y Lozano, Luis, 2014: *El derecho a comunicar. Los conflictos entorno a la libertad de expresión en las sociedades contemporáneas*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- MACBRIDE, et al., 1993, *Un Solo Mundo, Voces Múltiples*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- MARCUSE, Herbert, 1965: "Repressive Tolerance", en Robert Paul Wolff, Barrington Moore JR. y Herbert Marcuse (editores), *A Critique of Pure Tolerance*, pp. 81-117, Boston, Beacon Press.
- MARTÍN-BARBERO, Jesús, 2010: *De los medios a las mediaciones: comunicación, cultura y hegemonía*, 6ta edición, Barcelona: Anthropos Editorial, Ciudad de México: Universidad Autónoma Metropolitana.
- MILL, John Stuart, 1970: *Sobre la libertad* (trad.), Madrid, Alianza.
- MILTON, John, 1918: *Areopagitica, with a Commentary by Sir Richard C. Jebb and with Supplementary Material*, Cambridge, University Press.
- OBSERVATORIO del Derecho a la Comunicación, 2020: "Derecho a la comunicación, libertad de expresión y nueva Constitución", en *Radio JGM*, disponible en: <https://radiojgm.uchile.cl/opinion-derecho-a-la-comunicacion-libertad-de-expresion-y-nueva-constitucion/>.
- OTTAVIANO, Cynthia, 2020: *Derecho humano a la comunicación, desconcentración, diversidad e inclusión: los desafíos comunicacionales del siglo XXI, desde las perspectivas de las defensorías de las audiencias*, Avellaneda, UNDAV Ediciones y Buenos Aires, Punto de Encuentro.
- PETTIT, Philip, 1997: *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, Oxford, Oxford University Press.
- PUKKO, Outi, 2024: "Repensando los derechos digitales a través de los problemas sistémicos de la comunicación", en *Revista Latina de Comunicación Social*, N°82, pp. 1-19.
- REYES, Pedro y Jara, René, 2016: "Apropiación de Internet, participación ciudadana y constitución", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 65-70.
- SAAVEDRA, Jorge, 2023: "Comunicación, medios y movimientos sociales en Chile: balance de (un cuarto de) siglo", en *Comunicación y Medios*, volumen 32, N° 48, pp. 12-23.
- SÁEZ, Chiara, et. al., 2016: "Derecho a la comunicación y nueva constitución", disponible en: https://www.academia.edu/37464651/Derecho_a_la_comunicaci%C3%B3n_y_liberdad_de_experi%C3%B3n_Documento_de_discusi%C3%B3n_2016_.pdf.
- SÁEZ, Chiara, 2018: *Apuntes para una historia de la comunicación alternativa en Chile*. Santiago, RIL editores.
- SÁEZ, C., Avilés, J., Riffó, F. y García, J., 2023: *Pluralismo TV. Medición y análisis del pluralismo en la televisión chilena* (1º edición), Santiago, Social-ediciones.
- SAFFON, María Paula, 2007: "El derecho a la comunicación: un derecho emergente", en Rincón, et al., *Ya no es posible el silencio*, Bogotá, Fondo Editorial CEREC, pp. 15-60.
- SANTANDER, Pedro, 2016: "Derecho a la comunicación": trayectoria de un concepto", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 27-33.
- URANGA, Victoria, 2016: "Comunicación, democracia y derechos para y con los niños, niñas y adolescentes", en Claudio Avendaño (coordinador), *Comunicación y Proceso Constituyente*, Santiago, Editorial Aún creemos en los sueños, pp. 81-85.

Jurisprudencia citada

CORTE IDH, Caso Olmedo Bustos y otros *vs.* Chile, sentencia de 5 de febrero de 2001.

CORTE Suprema de Estados Unidos de América. Abrams *vs.* United States. 250 U.S. 616 (1919).

El giro hacia una contratación pública verde en Colombia: la protección del medio ambiente como política horizontal

Cristian Díaz Díez*

RESUMEN

El objetivo de este trabajo es explicar el alcance de la transformación gradual de la contratación estatal colombiana en un sector óptimo para la ejecución de la política pública de protección del medio ambiente, a partir de un método de investigación cualitativa de carácter documental. Para cumplir esta finalidad, el estudio se estructura en tres partes. En primer lugar, se analizan los factores sociojurídicos que han incidido en el giro hacia una contratación pública verde. En segundo lugar, se brindan argumentos a favor de la tesis de que en el ordenamiento jurídico vigente los criterios ambientales están comenzando a jugar un papel cada vez más relevante en la contratación estatal, en las fases precontractual, contractual y postcontractual. En tercer lugar, se exponen algunos desafíos derivados de la inclusión de parámetros de sostenibilidad ecológica en el sistema de compras públicas. Se concluye que la consideración de criterios ambientales impone a las entidades estatales y a los demás sujetos contratantes retos como la gestión eficiente de la incertidumbre científica, el ejercicio racional de la discrecionalidad administrativa y la ponderación adecuada de la protección del ecosistema con otros postulados que también dirigen la contratación pública.

Contratación pública verde; medio ambiente; políticas horizontales

* Abogado, filósofo y magíster en Derecho, Universidad de Antioquia, Colombia. Doctor en Derecho, Gobierno y Políticas Públicas, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Administrativo y Filosofía Jurídica de la Universidad EAFIT, Medellín, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9139-6941>. Correo electrónico: cdiazdi@eafit.edu.co

El presente trabajo es resultado del proyecto de investigación identificado como “Naturaleza y forma de garantía de la transparencia en el ejercicio de la función administrativa en Colombia”, con código No. 828-000028, financiado por la Universidad EAFIT (Medellín, Colombia). También deriva de la investigación doctoral que se concretó en la tesis titulada “Conocimiento científico y metodología aplicativa del Derecho administrativo. La ciencia como criterio directivo de la decisión administrativa en el Estado social y democrático de Derecho”, elaborada y defendida en la Universidad Autónoma de Madrid (España). Igualmente, se enmarca en el proyecto de generación de conocimiento “La responsabilidad Estratégica del Estado verde”, Ref. PID2023-149184OB-C41, ejecutado en virtud de la ayuda concedida por la Agencia Estatal de Investigación, adscrita al Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, de España.

Artículo recibido el 24.10.2024 y aceptado para su publicación el 18.5.2025.

The shift towards green public procurement in Colombia: environmental protection as a horizontal policy

ABSTRACT

The objective of this paper is to explain the scope of the gradual transformation of Colombian state procurement into an optimal sector for the execution of public policy for environmental protection, based on a qualitative research method of documentary nature. To achieve this purpose, the study is structured in three parts. Firstly, the socio-legal factors that have influenced the shift towards green public procurement are analyzed. Secondly, arguments are provided in favor of the thesis according to which in the current legal system environmental criteria are beginning to play an increasingly relevant role in state contracting, in the pre-contractual, contractual and post-contractual phases. Thirdly, some challenges arising from the inclusion of ecological sustainability parameters in the public procurement system are presented. It is concluded that the consideration of environmental criteria imposes challenges on state entities and other contracting subjects such as the efficient management of scientific uncertainty, the rational exercise of administrative discretion and the adequate weighting of the protection of the ecosystem with other postulates that also guide public procurement.

Green public procurement; environment; horizontal policies

I. INTRODUCCIÓN

Actualmente Colombia está girando hacia una “contratación pública verde”¹. Con este concepto, también denominado “compra pública ecológica o sostenible”², se ha aludido, desde hace algunos años, a “un proceso por el que las autoridades públicas tratan de adquirir productos, servicios y obras con un impacto ambiental reducido durante su ciclo de vida, en comparación con el de otros productos, servicios y obras con la misma función primaria que se adquirirían en su lugar”³. Es decir, la contratación pública verde se refiere a la incorporación de una política de adquisición de bienes y servicios, por parte de las entidades estatales, en forma amigable con el medio ambiente⁴. El acercamiento a este modelo de abastecimiento en Colombia se manifiesta en la proliferación, en los últimos años, de pautas de *soft law*⁵ y de normas jurídicas vinculantes, cuyo contenido es dirigir la actividad contractual del Estado hacia fines de conservación del ecosistema. Como muestra de ello, en las consideraciones del Decreto 142 de 2023 se indica que el sistema de contratación pública “tiene una función

¹ FIGUEROA y PIANTINI, 2024, p. 43.

² RUIZ, 2024, p. 3.

³ COMISIÓN EUROPEA, 2008, p. 5. Véase también FERNÁNDEZ, 2018, pp. 29-33; MEDINA, 2020, p. 85; MIRANZO, 2017, p. 4

⁴ DOPAZO, 2020, pp. 11-12.

⁵ SARMIENTO, 2008, p. 95.

estratégica para la promoción de objetivos sociales y ambientales, pues representa un porcentaje considerable del gasto público, razón por la que se requiere integrar estos criterios a la valoración de la oferta más favorable en función de criterios cualitativos vinculados al objeto del contrato”⁶.

En efecto, la contratación estatal se ha ido posicionando en Colombia como un buen instrumento para la materialización de la política pública ambiental⁷. Dicho de otro modo, la contratación pública verde se inserta en la concepción de esta actividad como una contratación estratégica y socialmente responsable⁸, es decir, como un medio para el logro de objetivos o “políticas horizontales” que trascienden de la utilidad económica del negocio⁹. Como ha indicado Arrowsmith, el concepto de “políticas horizontales” resulta más adecuado que el de “políticas secundarias” o “colaterales”, porque expresa mejor la decisión estatal de proteger fines económicos, sociales y medioambientales que son tan importantes como los intereses comerciales del contrato público o en ocasiones se tornan más relevantes¹⁰. De este modo, la salvaguarda del medio ambiente no se concibe como un interés subordinado, sino prioritario, en el sistema de la compra pública. Puede decirse, entonces, que la contratación pública estratégica “no se dirige tan solo al mero abastecimiento de las necesidades del sector público, sino que también se concibe como una herramienta para alcanzar objetivos de interés general, sobre todo de carácter ambiental y social, beneficiosos para toda la sociedad”¹¹. En tal sentido, se ha observado que los contratos estatales pueden ser vehículos para incidir positivamente en la protección del medio ambiente, incentivando buenas prácticas tanto para los órganos del Estado como para los particulares¹². A esta medida también se le ha otorgado el nombre de “pequeño empujón” (*green nudge*), ya que fomenta propósitos ambientales en la adquisición de bienes y servicios por los órganos del sector público¹³.

El objetivo de este artículo es explicar el alcance de esta transformación gradual del sistema de compras públicas colombiano en un ámbito de protección ambiental. Aunque se trata de un trabajo que analiza, principalmente, un fenómeno doméstico –de un país concreto–, sus consideraciones y conclusiones podrían extenderse a otras latitudes en las que también se está experimentando el giro hacia una contratación pública verde. Por tanto, es un tema que adquiere interés para los Estados desde el punto de vista teórico y desde la perspectiva de la aplicación del Derecho, es decir, tanto en el campo de la “metodología académica” como en el de la “metodología aplicativa”¹⁴. En efecto, comprender esta tendencia en el interior de la contratación pública puede contribuir a

⁶ DECRETO 142, 2023.

⁷ FINGER, 2013, pp. 134-148; ROCHA, 2013, pp. 276-284.

⁸ DUQUE, 2022, pp. 114-117.

⁹ ARROWSMITH, 2019, pp. 223-261.

¹⁰ ARROWSMITH, 2019, pp. 225.

¹¹ MUÑOZ, 2024, p. 3.

¹² EXPÓSITO-LÓPEZ, 2023, pp. 4-5.

¹³ TERRÓN, 2019, p. 24.

¹⁴ DÍEZ, 2018, pp. 32-33; RODRÍGUEZ, 2016, p. 12.

la articulación sistemática de sus conceptos y a facilitar su puesta en práctica, teniendo en consideración las aportaciones interdisciplinares. Por esta razón, el enfoque que se emplea para este análisis es de tipo sociojurídico, pues no solo se brinda una explicación dogmática, sino que también se propone su vinculación con las circunstancias sociales que permiten comprenderla de un modo más integral¹⁵.

Para cumplir la finalidad señalada, el estudio consta de tres partes. En el primer acápite se analizan algunos factores sociojurídicos que contribuyen a dimensionar la consolidación gradual de la contratación pública verde como política horizontal en Colombia. En el segundo apartado se explica el alcance de los criterios ambientales en la actividad contractual de las entidades estatales, es decir, la forma en que este tipo de consideraciones incide en las fases precontractual, contractual y postcontractual. Finalmente, en un tercer momento, se plantea una reflexión acerca de los desafíos jurídicos que impone la contratación pública verde, sugiriendo algunas pautas para armonizar la finalidad de protección del medio ambiente con los demás mandatos que rigen en materia contractual.

II. FACTORES QUE EXPLICAN LA CONSOLIDACIÓN GRADUAL DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA VERDE EN COLOMBIA

La transformación del sistema de compras públicas colombiano en un sector de protección del medio ambiente no se explica como resultado de una única causa, sino por la confluencia de un conjunto de factores que conviene explicitar. Por una parte, puede decirse que la contratación pública verde es un efecto de la ciencia en relación con la sociedad. La confección y aplicación de cláusulas ambientales en la contratación pública se debe, en buena medida, a los desarrollos técnico-científicos que se han producido en el medio ambiente; por ejemplo, al resultado de los estudios respecto de las técnicas de reciclaje, de tratamiento de residuos y de aprovechamiento de fuentes de energías renovables¹⁶. En otras palabras, la investigación científica que se desarrolla en el interior de diversas disciplinas –especialmente en las ciencias ambientales– ha arrojado conclusiones pertinentes a los resultados devastadores de la acción humana en el planeta y respecto de la necesidad de emprender medidas para detener o mitigar su deterioro¹⁷. Los expertos han llamado la atención acerca de las dificultades como el cambio climático, el deterioro de la calidad del aire, la destrucción de la biodiversidad, entre otros. La mayor conciencia social a los problemas que afectan al medio ambiente ha hecho que la ciudadanía exija cada vez más una intervención de las autoridades en este sector, convirtiendo el cuidado del ecosistema en un criterio de legitimidad política¹⁸.

¹⁵ FARIÑAS, 2000, p. 129.

¹⁶ OLIVEIRA y FERNÁNDEZ, 2018, p. 180; TAVARES, 2018, p. 53.

¹⁷ ARAGONÉS *et al.*, 2002, pp. 277-288; GIANNUZZO, 2010, pp. 129-156; MORALES *et al.*, 2022, pp. 1-28.

¹⁸ AMAYA-ARIAS y RODRÍGUEZ, 2022, p. 308.

La tendencia de una contratación pública verde en Colombia también se puede interpretar como una expresión concreta de la constitucionalización del Derecho administrativo económico, en el que se inserta el régimen que regula la adquisición de bienes y servicios por parte de las entidades estatales¹⁹. Como se sabe, existe un mandato constitucional dirigido al Estado de intervenir en la economía y, en general, en las relaciones sociales, para garantizar el derecho colectivo al disfrute de un medio ambiente sano²⁰. La Constitución establece garantías para la salvaguarda de este derecho, principalmente la acción popular²¹ y, en forma excepcional, la acción de tutela²². Además, la “valoración de los costos ambientales” es un principio constitucional que rige en la contratación pública²³.

La constitucionalización de las compras públicas en esta materia se observa en varias manifestaciones regulatorias. Aunque el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública contiene enunciados normativos que obligan directamente a tener en cuenta la protección del medio ambiente –como se profundizará luego–, este deber se ha reforzado en los últimos años con la expedición de leyes y reglamentos que han sido más precisos y contundentes al respecto. Es importante destacar la Ley N° 2232 de 2022, que, entre otras disposiciones, prohíbe a las entidades estatales y a los particulares que desempeñen funciones públicas “la suscripción de contratos para el suministro de plásticos de un solo uso o de productos empacados o envasados en ellos” y les ordena reglamentar e implementar otras medidas en la materia para transitar “hacia alternativas sostenibles en la contratación estatal”²⁴. Asimismo, les exige efectuar consideraciones ambientales en la asignación del puntaje²⁵. Igualmente, conviene mencionar el Decreto 142 de 2023, que modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, con la finalidad de incorporar criterios ambientales en la contratación pública.

La jurisprudencia también ha contribuido a este proceso de constitucionalización de la contratación pública desde el punto de vista ecológico. Como muestra de ello, la Corte Constitucional²⁶ y el Consejo de Estado²⁷ han emitido pronunciamientos en los que señalan que también en la contratación pública existen límites y deberes de tipo ambiental, por lo que se deben realizar estudios previos que valoren adecuadamente sus

¹⁹ DÍEZ, 2012, p. 56.

²⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, arts. 49, 67, 79, 80, 88, 95.8, 267, 277.4, 333, 334 y 366.

²¹ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 88; igualmente, véase la LEY N° 1437, 2011, art. 144, que ratifica la procedencia de la acción popular cuando la causa de la vulneración del derecho colectivo sea un contrato estatal.

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 86.

²³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 267; LEY N° 80, 1993, art. 65 y LEY N° 1150, 2007, art. 13.

²⁴ LEY N° 2232, 2022, art. 13.

²⁵ LEY N° 2232, 2022, artículo 19.

²⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, 1999, 2012, 2018 y 2023, entre otras.

²⁷ CONSEJO DE ESTADO, 2006 y 2022, entre otros pronunciamientos.

efectos para la naturaleza. Esta lógica se inscribe en el “giro ecocéntrico”²⁸, es decir, en la transformación del paradigma antropocéntrico en un “Estado ecológico de Derecho”²⁹, en el que otros seres de la naturaleza se conciben como sujetos titulares de derechos y, por tanto, como fuentes de obligaciones para el Estado. La Corte Constitucional también ha señalado que el contrato estatal “no es un fin en sí mismo sino un medio para la consecución de los altos objetivos del Estado”³⁰. Esta concepción instrumental permite sostener que la contratación pública debe servir como mecanismo para la concreción de los fines constitucionales, dentro de estos se halla la protección del medio ambiente.

Los procesos de integración global igualmente explican el giro de la contratación pública colombiana hacia un modelo estratégico de protección ambiental. Por un lado, el ordenamiento jurídico nacional se ha acercado a sistemas normativos que, desde hace algunos años, han incorporado consideraciones ambientales en sus esquemas de compra pública. A modo de ejemplo, en la Unión Europea rigen las directivas 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, que obligan a sus Estados a incluir estas consideraciones en los procesos de abastecimiento³¹. Puede mencionarse el caso emblemático de España, que, mediante su Ley de Contratos del Sector Público de 2017³², ha transpuesto estas directivas y se ha convertido en un punto de referencia para los países iberoamericanos, entre ellos Chile³³ y Perú³⁴. Por otra parte, el ingreso de Colombia, en 2020, a la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE)³⁵ ha supuesto para el Estado tener que atender varios lineamientos para hacer de la contratación pública una actividad más comprometida con la tutela del ecosistema³⁶. A su vez, el Estado colombiano se ha comprometido con instrumentos internacionales en materia ambiental como la Declaración de Río de Janeiro de 3 al 14 de junio de 1992, sobre Medio Ambiente y Desarrollo³⁷ y el “Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe”, adoptado en Escazú, el 4 de marzo de 2018³⁸. También ha suscrito acuerdos que implican la adopción de políticas públicas para la preservación de los recursos naturales, como la Agenda 2030 de la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas, que incluye 17 objetivos de desarrollo sostenible (ODS)³⁹. Estos pactos internacionales también impulsan medidas estatales dentro del sistema de compras

²⁸ SÁNCHEZ, 2022, p. 194.

²⁹ AGUILAR, 2024, pp. 359-360.

³⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, 2009.

³¹ BERTAZZO, 2016, p. 256.

³² LEY N° 9, 2017.

³³ FIGUEROA y PIANTINI, 2024, pp. 55-57.

³⁴ FOY, 2011, pp. 345-348.

³⁵ DÍAZ, 2023, p. 15.

³⁶ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), 2024, pp. 10, 35-36. Respecto de las directrices de la OCDE en esta materia, véase FIGUEROA y PIANTINI, 2024, p. 51.

³⁷ LEY N° 99, 1993, art. 1.1.

³⁸ LEY N° 2273, 2022.

³⁹ COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2024.

públicas. Por ejemplo, el objetivo de desarrollo sostenible 12.7 propone “Promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales”⁴⁰.

La Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como órgano rector del sistema de compras públicas⁴¹, igualmente, ha desempeñado un papel importante en la configuración de la contratación estatal como instrumento de protección ambiental. En ejercicio de sus funciones, esta Agencia ha emitido directrices no vinculantes –de *soft law*– respecto de medidas que pueden implementar las entidades estatales para contratar en forma ambientalmente sostenible. Entre los instrumentos regulatorios que ha proferido hasta este momento destaca la “Guía de Compras Públicas Sostenibles con el medio ambiente”, actualizada el 29 de marzo de 2022⁴². También ha expedido un concepto pertinente a la materia, en el que explica la fundamentación de las compras públicas sostenibles ecológicamente⁴³. En este documento indica:

Conforme lo señala la Guía, las compras públicas sostenibles con el medio ambiente buscan la integración de los criterios medioambientales a la gestión contractual de las entidades públicas, con el propósito de promover políticas ambientales y, por tanto, el desarrollo sostenible del país. Particularmente, en materia de contratación estatal, se busca que la consecución de objetivos de desarrollo sostenible en su dimensión medioambiental se armonice con la satisfacción de las necesidades inmersas en el contrato y se incorporen en todas las etapas del sistema de compras públicas, esto es, tanto en la etapa de planeación y adjudicación como en la ejecución del contrato⁴⁴.

El artículo 4 del Decreto 142 de 2023 –modificadorio del artículo 2.2.1.1.2.2.2. del Decreto 1082 de 2015– establece que la Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente debe adoptar instrumentos para orientar a las entidades estatales en la aplicación de los criterios ambientales que las normas reglamentarias permiten, discrecionalmente, incluir. En cumplimiento de ese mandato, recientemente, la Agencia expidió la “Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable”⁴⁵. Por tanto, Colombia ha incorporado paulatinamente la política de protección del medio ambiente en la actividad contractual de las entidades estatales, tanto en normas jurídicas obligatorias como en instrumentos de derecho blando⁴⁶. A continuación se analiza la forma en que estos criterios deben aplicarse en el ámbito de la compra pública.

⁴⁰ COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2024.

⁴¹ DECRETO-LEY 4170, 2011, art. 2.

⁴² AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2022a.

⁴³ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2022b.

⁴⁴ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2022b, p. 9.

⁴⁵ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA-COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2024.

⁴⁶ SÁNCHEZ, 2012, p. 60.

III. APLICACIÓN DE LOS CRITERIOS AMBIENTALES EN LAS FASES DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

En la actualidad el ordenamiento jurídico colombiano contiene normas que hacen referencia a los criterios ambientales en las tres principales fases en que, de manera esquemática, puede dividirse la contratación pública: precontractual, contractual y postcontractual. Siguiendo este orden metodológico, durante la fase precontractual las entidades estatales están llamadas a efectuar consideraciones de tipo ambiental tanto en la etapa de planeación como en el desarrollo del procedimiento de selección. En esta fase los criterios ambientales se pueden emplear, fundamentalmente, para configurar el objeto del contrato, para establecer los requisitos habilitantes, para definir los criterios de calificación con puntos y para realizar la verificación respectiva de la acreditación de estos requisitos por parte de los proponentes. Para ello es fundamental la adecuada realización de los estudios previos. No en vano, cuando se pretenda la contratación de una obra⁴⁷ o abrir procedimientos de selección para ejecutar proyectos de asociación público-privada de iniciativa pública⁴⁸ o de iniciativa privada –en la etapa de factibilidad⁴⁹ estos estudios deben valorar el impacto ambiental. Asimismo, en los estudios previos se deben tipificar, estimar y asignar los riesgos que puedan afectar al medio ambiente⁵⁰.

Durante la fase precontractual las entidades públicas pueden incluir especificaciones técnicas de tipo ambiental en el objeto del contrato, indicando, por ejemplo, que la obra, bien o servicio debe cumplir con ciertas cargas de sostenibilidad, como pudiese ser el empleo de material reciclado o la disminución de gases de efecto invernadero. En tal sentido, hoy existe una habilitación discrecional para que, en las condiciones técnicas exigidas en el procedimiento de mínima cuantía y en los instrumentos de agregación de demanda, se incluyan aspectos ambientales⁵¹. Asimismo, en la configuración del objeto se deben respetar las limitaciones, en materia ambiental, que el ordenamiento jurídico establezca, por ejemplo, la prohibición –que rige independientemente del régimen aplicable– de contratar “el suministro de plásticos de un solo uso o de productos empacados o envasados en ellos”⁵². Por su parte, los órganos contratantes también pueden atender a consideraciones ambientales para definir los requisitos habilitantes. Como se sabe, estos requisitos no otorgan puntaje, sino que se comportan como exigencias mínimas que deben cumplir los interesados para participar en el procedimiento de selección contractual. El régimen jurídico de la contratación pública permite que las entidades exijan requisitos habilitantes –de solvencia– como la experiencia en métodos de gestión

⁴⁷ LEY N° 80, 1993, art. 25.12.

⁴⁸ LEY N° 1508, 2012, arts. 11.1 y 11.2.

⁴⁹ LEY N° 1508, 2012, art. 14; DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.2.1.5.5.

⁵⁰ LEY N° 1150, 2007, art. 4.

⁵¹ DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.1.2.1.5.1, párrafo, y art. 2.2.1.2.1.5.4, modificados, respectivamente, por los arts. 5 y 12 del Decreto 142, 2023.

⁵² LEY N° 2232, 2022, art. 13.

ambiental o etiquetas ecológicas⁵³, siempre que guarden relación con el objeto del contrato y sean proporcionados⁵⁴.

Adicionalmente, las entidades estatales tienen la potestad de definir los criterios de calificación con puntos –de evaluación– sobre la base de consideraciones ambientales, otorgando mayor puntaje a las ofertas que acrediten los factores configurados en virtud de dichos criterios cualitativos. Esto es lo que señala la norma reglamentaria vigente que establece que “Los criterios de calidad para evaluar la mejor relación calidad-precio podrán incluir criterios ambientales o sociales vinculados al objeto del contrato”, y que “Los criterios ambientales podrán referirse, entre otras, a variables como la reducción del nivel de emisión de gases de efecto invernadero; el empleo de medidas de eficiencia energética y la utilización de energía procedente de fuentes renovables durante la ejecución del contrato”⁵⁵. Este listado, como se observa, es enunciativo. Aunque el reglamento emplea un verbo potestativo, al permitir que los factores de evaluación se establezcan atendiendo a criterios de sostenibilidad ambiental avanza en la consolidación de la contratación pública verde. Si bien el artículo 2.2.1.1.2.2.2 del Decreto 1082 de 2015, modificado por el artículo 4 del Decreto 142 de 2023, se refiere a la licitación y a la selección abreviada como procedimientos contractuales en los que se pueden considerar criterios ambientales para evaluar la mejor relación calidad-precio, esto no obsta para que se apliquen en las demás modalidades de selección, en ejercicio de la potestad discrecional de la entidad contratante para establecer los criterios de selección objetiva⁵⁶.

De este modo, los aspectos ambientales pueden comportarse como elementos que permiten determinar de manera más integral la relación calidad-precio como justificación de la selección objetiva. En tal sentido, pueden hacer que la mejor oferta no sea la más barata, sino la que, sin perjuicio de la acreditación de otros criterios, resulta más sustentable desde el punto de vista ecológico. Esto puede incidir tanto en los factores iniciales de calificación –por ejemplo, mediante la creación de incentivos en la ponderación⁵⁷–, como en los criterios de desempate. Aunque, de acuerdo con la normativa vigente, la definición de los criterios de asignación de puntaje, teniendo en cuenta factores ambientales, obedece, por regla general, al ejercicio de la discrecionalidad administrativa, esta libertad tiene restricciones. Por ejemplo, el artículo 19 de la Ley N° 2232 de 2022 establece que las entidades contratantes que adquieran bienes o contraten obras que “sean susceptibles de incorporar elementos o insumos elaborados con madera plástica y elementos relacionados derivados de materiales de fuentes de reciclaje nacional, incluyendo el polialuminio”, deben establecer un cinco por ciento del puntaje para asignárselo a los oferentes que propongan adquirir, por un porcentaje mayor, productos con madera plástica fabricada con “fuentes de reciclaje nacional” o con “mezclas de plásticos y metales u otros elementos que provengan de fuentes de reciclaje

⁵³ LEY N° 1150, 2007, art. 5.

⁵⁴ OLLER, 2010, pp. 14-15.

⁵⁵ DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.2.2, modificado por el art. 4 del Decreto 142, 2023.

⁵⁶ LEY N° 1150, 2007, art. 5.

⁵⁷ LEY N° 2232, 2022, art. 19.

nacionales". La norma indica, además, que este puntaje igualmente deberá tenerse en cuenta como factor de desempate⁵⁸.

Las partes también pueden establecer cláusulas especiales de tipo ambiental que deben cumplirse durante la ejecución del contrato, esto es, en la fase contractual, por ejemplo, obligando al contratista a emplear determinadas fuentes de energía, vehículos eléctricos o materias primas biológicas o ecológicas. Si han quedado pactadas obligaciones de este tipo, las entidades estatales deben vigilar su observancia, bien mediante la supervisión, bien por medio de la interventoría, esto último cuando se requiera un conocimiento especializado o cuando se trate de contratos de obra celebrados previa licitación pública⁵⁹. Algo similar sucede con los deberes ambientales aplicables en la fase postcontractual. Por ejemplo, durante esta etapa puede regir la obligación de "recuperación ambiental de las obras o bienes"⁶⁰. Esta labor hace parte del "proceso de contratación" considerado integralmente, según establece en la actualidad el reglamento⁶¹.

IV. ALGUNOS DESAFÍOS: GESTIÓN DE LA INCERTIDUMBRE CIENTÍFICA, EJERCICIO RACIONAL DE LA DISCRECIONALIDAD ADMINISTRATIVA Y ADECUADA PONDERACIÓN

Aunque la protección del ecosistema por medio de la contratación pública es una finalidad legítima, que se fundamenta en el régimen jurídico vigente –tal y como se ha explicado–, este propósito ha dado lugar a discusiones. Algunas voces críticas consideran que el sistema de compras públicas no es un ámbito adecuado para ejecutar esa política horizontal, porque podrían afectarse otros postulados que dirigen la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado –como la calidad y la economía del objeto contractual–, los que, supuestamente, se sacrificarían por buscar la sostenibilidad ambiental⁶². Sin embargo, también se ha reconocido que este riesgo es contingente y se puede mitigar, de manera que no constituye un impedimento para la ejecución de dicha política en el sector de la compra pública⁶³. Como, en efecto, se ha señalado, es posible adquirir bienes o servicios de calidad, económicos y que a su vez sean sustentables ambientalmente⁶⁴. Piénsese, por ejemplo, en la generación de energía mediante paneles solares o en la adquisición de artículos de escritorio elaborados con material reciclado y que muestren buen funcionamiento, así como ahorro de dinero. En otras palabras, el rol activo que los partícipes de la contratación pública –especialmente las entidades estatales– deben

⁵⁸ LEY N° 2232, 2022, art. 19.

⁵⁹ LEY N° 1474, 2011, art. 83.

⁶⁰ DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.4.3.

⁶¹ DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.1.1.1.3.1.

⁶² Acerca de ello, véase BERTAZZO, 2016, p. 256.

⁶³ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), 2024a, p. 35; DUQUE, 2022, pp. 114-117.

⁶⁴ ARROWSMITH, 2019, pp. 245.

asumir, para proteger la naturaleza, no conduce de manera indefectible a un menoscabo de los demás fines que el ordenamiento jurídico les encomienda garantizar⁶⁵.

Ahora bien, para que la compra pública verde se implemente de manera adecuada, logrando un equilibrio en el cumplimiento de los principios que dirigen el sistema de contratación estatal, los órganos del Estado deben afrontar, por lo menos, tres desafíos: i) la gestión eficiente de la incertidumbre científica involucrada en materia ecológica; ii) el ejercicio racional de la discrecionalidad administrativa que, actualmente, confieren las normas que regulan el tema, y iii) la ponderación válida de la protección del medio ambiente con otros mandatos que el ordenamiento jurídico también exige salvaguardar.

En lo que respecta al primer desafío, conviene admitir que el deber de tener en cuenta criterios ambientales en las fases de la contratación pública hace que las entidades estatales y los particulares que participan en ella deban enfrentarse a temas que exigen un conocimiento especializado que, por regla general, solo dominan los expertos en las diversas disciplinas científicas: la biología, la física, la química, algunas ingenierías –forestal, sanitaria, de materiales, etc.–, entre otras. Ello se refleja, por ejemplo, en la inclusión, dentro de los enunciados jurídicos, de conceptos técnicos determinados e indeterminados –como los de polialuminio, ciclo de vida o valoración de costos ambientales–, esto es, de expresiones lingüísticas cuyo contenido semántico requiere acudir, en la interpretación, a áreas del conocimiento externas al Derecho⁶⁶. Por ejemplo, la consideración del “nivel de emisión de gases de efecto invernadero” como criterio ambiental vinculado al objeto del contrato⁶⁷ exige precisar este concepto técnico. Para hacerlo correctamente no solo se debe conocer la clasificación de estos gases según el tipo de actividad o proyecto, sino también la versatilidad existente en sus métodos de medición⁶⁸. Esto implica un claro reto epistemológico para los servidores públicos que deben gestionar el procedimiento contractual y para los particulares interesados en participar, pues muchas veces no está a su alcance dicho saber.

De este modo, la colaboración interdisciplinaria de los sectores científicos es necesaria para mitigar la ignorancia y permitir que las consideraciones ambientales se apliquen correctamente. Es apremiante que, en los procedimientos contractuales, se incorpore el saber que procede de las ciencias ambientales, mediante un diálogo fructífero con los profesionales de estas áreas. Incluso se ha sugerido el apoyo de la inteligencia artificial con este propósito, para automatizar la previsión y valoración de ciertos problemas ambientales⁶⁹. Sin embargo, como se ha reconocido, aun contando con el apoyo de expertos o sistemas tecnológicos, la ciencia no siempre ofrece información certera acerca del medio ambiente y los problemas que podrían afectarlo. En este sector suele haber altas dosis de incertidumbre científica⁷⁰. No en vano esta es una de las razones para que

⁶⁵ MUÑOZ, 2024, p. 3.

⁶⁶ BERMÚDEZ, 2000, p. 459.

⁶⁷ DECRETO 1082, 2015, art. .2.1.1.2.2.2.

⁶⁸ PÉREZ *et al.*, 2022, p. 55.

⁶⁹ EXPÓSITO-LÓPEZ, 2023b, pp. 13-17.

⁷⁰ ESTEVE, 2020, p. 40.

el Derecho ambiental se ubique en el Derecho administrativo de la gestión de riesgos⁷¹. Por ejemplo, si bien en la actualidad se cuenta con información más precisa, durante mucho tiempo se ha discutido acerca de los efectos de un herbicida como el glifosato para el ecosistema, incluida la salud humana. Ello ha generado debates pertinentes a la viabilidad de su contratación por parte del Estado para la erradicación de cultivos ilícitos⁷². Aun así, las Administraciones públicas deben decidir en medio de la incertezza, con las herramientas que contiene el Derecho, aplicando el principio de precaución⁷³. Sin perjuicio de ello, también pueden tener en cuenta el saber común presente en la sociedad. Dicho conocimiento tiene el potencial de complementar el juicio técnico de los órganos del Estado y de sus asesores⁷⁴. De ahí la importancia de instancias de participación ciudadana en el procedimiento contractual. Estos aspectos pueden morigerar la incertidumbre en la aplicación de consideraciones de sustentabilidad ambiental en la contratación pública.

En relación con el segundo desafío, es posible indicar que, como se expuso en el epígrafe anterior, actualmente la contratación pública verde en Colombia se caracteriza por conceder a las entidades estatales contratantes gran discrecionalidad para valorar la procedencia de incluir criterios ambientales en el pliego de condiciones o en su documento equivalente, así como en el contrato. Esto es conveniente, porque solo en cada caso puede determinarse la pertinencia de dichos criterios, según el alcance de la necesidad y las características del objeto contractual. En tal sentido, la discrecionalidad administrativa es una herramienta óptima para valorar qué criterios de sustentabilidad ambiental son pertinentes en cada circunstancia, atendiendo a la búsqueda de la mejor relación entre calidad y precio. Por el contrario, la regulación detallada podría generar situaciones de elusión, debido a que muchos casos escaparían a la programación normativa. En efecto, difícilmente el legislador y la autoridad que goza de potestad reglamentaria pueden regular por completo la mejor forma de atender los retos ambientales, pues en esta materia, como se ha dicho, existen elevados niveles de incertidumbre o imprevisibilidad. Resulta, por tanto, deseable que, como sucede con otros ámbitos del Derecho, en la regulación de la protección ambiental mediante la contratación pública haya conceptos normativos indeterminados, esto es, expresiones caracterizadas por su vaguedad semántica⁷⁵. Esta flexibilidad puede facilitar el logro de los objetivos de la contratación pública verde.

Pero esa amplia libertad de apreciación, que la ley y el reglamento otorgan a los órganos contratantes, no ha de confundirse con arbitrariedad⁷⁶. La discrecionalidad administrativa se debe ejercer en forma sensata. Por consiguiente, las entidades estatales deben abstenerse de incluir cláusulas ambientales sin efectuar un análisis técnico que lo justifique y tampoco pueden incorporarlas en forma caprichosa, cuando no sean

⁷¹ ESTEVE, 2006, pp. 10-12.

⁷² TORRES y RODRÍGUEZ, 2022, pp. 11-37.

⁷³ PERNAS, 2014, p. 102.

⁷⁴ CUEVAS y URUEÑA, 2019, pp. 17-22.

⁷⁵ ENDICOTT, 2003, pp. 180-182.

⁷⁶ FERNÁNDEZ, 2008, p. 80.

congruentes con el objeto del contrato. La Agencia Nacional de Contratación Pública-Colombia Compra Eficiente, en cuanto órgano rector, puede desempeñar una función importante, de tipo pedagógico, instruyendo a las entidades estatales acerca de las reglas de racionalidad para el ejercicio de la discrecionalidad administrativa en la valoración de las consideraciones ambientales⁷⁷. Pero debe tener la cautela de no convertir en reglada la potestad discrecional, pues el mandato reglamentario solo le permite brindar pautas mediante instrumentos de derecho blando (*soft law*)⁷⁸. La “Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable”, expedida recientemente por dicha Agencia, es un ejemplo de cómo, mediante parámetros no vinculantes, se puede brindar orientación técnica y jurídica para el correcto ejercicio de la discrecionalidad implicada en la contratación pública verde⁷⁹. En similar sentido, el Ministerio de Ambiente y Desarrollo Sostenible –o quien, en su momento, haga sus veces– está llamado a dictar “medidas administrativas” y a prestar “asistencia técnica” para implementar la reducción gradual de la producción y consumo de plásticos de un solo uso en la contratación estatal⁸⁰. En definitiva, el apoyo interinstitucional de órganos administrativos con competencia para la implementación de la contratación pública verde se ha considerado una estrategia esencial en la eficacia de esta política⁸¹.

Finalmente, frente al tercer desafío, ha de tenerse en cuenta que si bien el ordenamiento jurídico colombiano establece el deber de proteger el medio ambiente en la actividad contractual del Estado, se trata de un mandato de optimización que debe ponderarse con los demás principios o fines que también dirigen la contratación pública, como los de igualdad, libre concurrencia, eficiencia, economía, transparencia, entre otros. La ponderación es un método de aplicación del Derecho que exige identificar los intereses jurídicos involucrados en cada caso, asignar peso o importancia a cada uno de ellos y configurar la “regla de prevalencia condicionada”, esto es, definir el parámetro jurídico que permite priorizar la protección de un principio sobre los demás en la circunstancia específica⁸². Esto es lo que sucede, por ejemplo, cuando, en la construcción de una carretera, se enfrentan intereses ambientales –como la protección de especies arbóreas o el bienestar de animales en vía de extinción– y otros bienes jurídicos –como la seguridad de las personas que circularían por la vía y se beneficiarían de esta–⁸³. En tales casos la viabilidad de la contratación pública verde exige claridad respecto de los hechos, con ayuda del conocimiento disponible, y un ejercicio válido de la ponderación.

Para llevar a cabo esta ponderación, deben respetarse los límites jurídicos vigentes. En tal sentido, las normas en la materia prohíben cláusulas discriminatorias injustificadas

⁷⁷ RODRÍGUEZ, 2016, p. 12.

⁷⁸ DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.2.2, modificado por el art. 4 del DECRETO 142, 2023.

⁷⁹ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2024.

⁸⁰ LEY N° 2232, 2022, art. 13, párrafo 2.

⁸¹ ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), 2024, p. 83.

⁸² ALEXY, 2017, pp. 69-79.

⁸³ La definición de la ponderación y el ejemplo, con algunas variaciones, se encuentra en RODRÍGUEZ, 2016, pp. 133-138.

o que vayan en contra del trato nacional –un principio que también se fundamenta en los acuerdos comerciales suscritos por el Estado colombiano, a nivel internacional⁸⁴. Por ello, en otros contextos, como la Unión Europea, se ha indicado que la inclusión de criterios ambientales en la contratación pública debe respetar dos requisitos: que dichas consideraciones guarden relación con el objeto del contrato⁸⁵ y que, además, sean proporcionadas⁸⁶. Así también ha señalado la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente⁸⁷. Los órganos judiciales y de control tienen la función de inspeccionar que se cumplan ambos presupuestos, pues uno de los cánones que orientan el control de la contratación pública es la vigilancia de la adecuada “valoración de los costos ambientales”⁸⁸.

A modo de ejemplo, en lo que tiene que ver con la vinculación de los criterios ambientales con el objeto del contrato, no tendría justificación que se exigiera en el pliego de condiciones de un procedimiento de selección abreviada para la adquisición de medicamentos que se acredeite experiencia en el manejo de aguas residuales. La congruencia de los criterios ambientales con el objeto del contrato también rige en Colombia⁸⁹. En lo que atañe a la proporcionalidad, no sería razonable que se solicitaran etiquetas o se definieran criterios de calificación de tipo ambiental que solo pueden cumplir empresas nacionales, con la finalidad subrepticia de proteger la industria local, sin que sea clara la necesidad de tutela ambiental. En suma, las entidades estatales deben ponderar adecuadamente la protección del medio ambiente con los demás mandatos jurídicos que también dirigen la adquisición de sus bienes y servicios⁹⁰.

V. CONCLUSIONES

En los últimos años el régimen colombiano de contratación pública se ha estado consolidando como sector instrumental para la ejecución de la política ambiental. La protección del ecosistema se ha fortalecido como finalidad que también se debe garantizar en la adquisición de bienes y servicios por parte del Estado. Ello se evidencia en la expedición de normas jurídicas que establecen mandatos y prohibiciones o que permiten la incorporación de criterios ambientales en los procedimientos de selección contractual, así como en los contratos. Esta tendencia obedece a un conjunto de factores, entre los que se puede mencionar: la mayor conciencia social acerca de los problemas que afectan al planeta –en gran medida detectados gracias al avance de la investigación científica–, los procesos de integración global de los que ha sido partícipe Colombia, los instrumentos

⁸⁴ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 13; LEY 80, 1993, arts. 20 y 21.

⁸⁵ MUÑOZ, 2024, p. 17.

⁸⁶ FRANCO 2023, pp. 29-35.

⁸⁷ AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMpra EFICIENTE, 2022a, p. 15.

⁸⁸ CONSTITUCIÓN POLÍTICA de COLOMBIA, 1991, art. 267; LEY N° 80, 1993, art. 65.

⁸⁹ DECRETO 1082, 2015, art. 2.2.1.1.2.2.2, modificado por el art. 4 del DECRETO 142, 2023.

⁹⁰ RODRÍGUEZ, 2016, pp. 133-142.

internacionales en materia ambiental y el papel desempeñado por la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, como órgano rector, emitiendo orientaciones para una contratación pública sostenible.

Los criterios ambientales se pueden emplear en todas las fases de la contratación pública. En la fase precontractual las entidades estatales se pueden servir de ellos para configurar el objeto del contrato, establecer los requisitos habilitantes o definir los criterios de calificación. También se pueden pactar obligaciones especiales de ejecución de tipo ambiental cuyo cumplimiento las entidades estatales contratantes deben vigilar durante la fase contractual. Asimismo, puede haber deberes de esta naturaleza que se extiendan a la fase postcontractual, como la obligación de recuperación ambiental. Sin perjuicio de la existencia de algunos mandatos definitivos que consagran potestades regladas para las entidades estatales, la mayoría de las normas jurídicas que aluden a los criterios ambientales en las fases de la contratación pública consagran discrecionalidad administrativa. Esto significa que, por regla general, existe un importante margen de apreciación para determinar la procedencia de incluir o no cláusulas de tipo ecológico.

Si bien la protección del medio ambiente en el sistema de compras públicas es una finalidad legítima, en términos políticos, jurídicos y científicos, no está exenta de desafíos. En este artículo se han identificado tres. i) Por una parte, la intersección de los sectores del Derecho administrativo económico y del Derecho ambiental le imprime a la contratación pública el desafío de gestionar la incertidumbre científica que es connatural al manejo de los riesgos ambientales. ii) Por otra parte, las entidades estatales deben ejercer razonablemente la discrecionalidad administrativa, de manera que, en cada circunstancia, la incorporación de criterios ambientales en la actividad contractual obedezca a un ejercicio riguroso de análisis y justificación. iii) Asimismo, al ser la protección del medio ambiente un mandato de optimización debe ponderarse con los demás postulados que también dirigen las compras públicas. En lugar de obstáculos infranqueables, estos retos son oportunidades para dotar de eficacia la contratación pública verde. Para ello resulta fundamental la colaboración interdisciplinaria de los sectores científicos y del resto de la comunidad, la aplicación del principio de proporcionalidad en el examen de la pertinencia de incluir o no criterios ambientales, la función pedagógica de la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente, la asistencia técnica del Ministerio de Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible y la inspección de los órganos judiciales y de control.

BIBLIOGRAFÍA

- AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2022a:
“Guía de compras públicas sostenibles con el medio ambiente”, actualizada el 29 de marzo de 2022. Disponible en <https://colombiacompra.gov.co/manuales-guias-y-pliegos-tipo/manuales-y-guias>
- AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2022b:
“Concepto C-851 de 9 de diciembre de 2022”, Radicado No. RS20221209014719. Disponible en <https://relatoria.colombiacompra.gov.co/>

- AGENCIA NACIONAL DE CONTRATACIÓN PÚBLICA – COLOMBIA COMPRA EFICIENTE, 2024: “Guía de Contratación Pública Sostenible y Socialmente Responsable”, actualizada el 11 de abril de 2025. Disponible en <https://www.colombiacompra.gov.co/archivos/manual/guia-de-contratacion-publica-sostenible-y-socialmente-responsable>
- AGUILAR CAVALLO, Gonzalo, 2024: “El Estado ecológico de derecho y el acceso a la información en el Acuerdo de Escazú”, *Novum Jus* 18, N° 1, pp. 355-377. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2024.18.1.12>
- ALEXY, Robert, 2017: *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- AMAYA-ARIAS, Ángela María y RODRÍGUEZ SANMIGUEL, Santiago, 2022: “Hacia un nuevo marco de protección de la biodiversidad en Colombia”, *Revista de Derecho Ambiental*, volumen 2, N° 18, pp. 307-343. <https://doi.org/10.5354/0719-4633.2022.68227>
- ARAGONÉS TAPIA, Juan Ignacio, CUERVO ARANGO, María Amérigo, SEVILLANO TRIGUERO, Verónica y CORTÉS CANARELLI, Beatriz, 2002: “Los problemas ambientales como objeto de conocimiento científico y escenarios de intervención psicosocial”. *Psychosocial Intervention*, volumen 11, N° 3, pp. 277-288. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=326128>
- ARROWSMITH, Sue, 2019: “Políticas horizontales en la contratación pública: una taxonomía”, *Revista Digital de Derecho Administrativo*, N° 21, pp. 223-261. <https://doi.org/10.18601/21452946.n21.11>
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2000: “Estudio de los conceptos técnico-jurídicos del Derecho administrativo ambiental”, *Revista de Derecho Administrativo Económico*, volumen 2, N° 2, pp. 459-471. <https://doi.org/10.7764/redae.4.15>
- BERTAZZO, Silvia, 2016: “La incorporación de criterios ambientales en la contratación pública. La experiencia europea”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, volumen 46, N° 1, pp. 255-285. <https://www.projurepucv.cl/index.php/rderecho/article/view/1087>
- COMISIÓN EUROPEA, 2008: “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Contratación pública para un medio ambiente mejor, COM (2008), 400 final, 16 de julio de 2008, pp. 1-12. Disponible en: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52008DC0400>
- COLOMBIA, DEPARTAMENTO NACIONAL DE PLANEACIÓN, 2024: “Objetivos de Desarrollo Sostenible”. Disponible en <https://ods.dnp.gov.co/es/objetivos>
- CUEVAS BADALLO, Ana y URUEÑA LÓPEZ, Sergio, 2019: “Públicos y actores en la democratización de la actividad científica”, *Revista Iberoamericana de Ciencia, Tecnología y Sociedad*, volumen 14, N° 42, pp. 9-29. <https://ojs.revistacts.net/index.php/CTS/article/view/127>
- DÍAZ DÍEZ, Cristian Andrés, 2023: “Obligatoriedad del Sistema Electrónico de Contratación Pública (SECOP) para las entidades estatales con régimen contractual excepcional: un supuesto de retorno del Derecho Administrativo en Colombia”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, volumen 10, N° 2, pp. 1-31. <https://doi.org/10.14409/redoeda.v10i2.12920>
- DÍEZ SASTRE, Silvia, 2012: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Madrid: Marcial Pons.
- DÍEZ SASTRE, Silvia, 2018: *La formación de conceptos en el Derecho público. Un estudio de metodología académica: definición, funciones y criterios de formación de los conceptos jurídicos*, Madrid: Marcial Pons.
- DOPAZO FRAGUÍO, María Pilar, 2020: “La contratación pública como herramienta para promover la responsabilidad ambiental”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, volumen 11, N° 2, pp. 1-35. <https://doi.org/10.17345/rcda2914>

- DUQUE BOTERO, Juan David, 2022: *Contratación pública estratégica, socialmente responsable y competitiva* (2^a edición), Bogotá: Universidad del Rosario-Tirant lo Blanch.
- ENDICOTT, Timothy, 2003: "El Derecho es necesariamente vago", *Derecho y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, N° 12, pp. 179-189. <https://e-archivo.uc3m.es/entities/publication/ef1c1515-ef56-4ffc-9254-72c79291a597>
- ESTEVE PARDO, José, 2020: "La apelación a la ciencia en el gobierno y gestión de la crisis de la COVID-19", *Revista de Derecho Público: Teoría y Método*, volumen 2, pp. 35-50. https://doi.org/10.37417/RDP/vol_2_2020_272
- ESTEVE PARDO, José, 2006: "Derecho y medio ambiente: problemas generales. El Derecho del medio ambiente como Derecho de decisión y gestión de riesgos", *Revista Electrónica de Derecho de la Universidad de La Rioja*, N° 4, pp. 7-16. <https://doi.org/10.18172/redur.3978>
- EXPÓSITO-LÓPEZ, Oscar, 2023a: "Contratación pública energética estratégica, una prioridad geopolítica incipiente", *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, volumen 10, N° 1, pp. 1-18. <https://doi.org/10.14409/redoea.v10i1.13015>
- EXPÓSITO-LÓPEZ, Oscar, 2023b: "Inteligencia artificial, un asistente para fomentar la compra pública verde", *Revista de Direito Econômico e Socioambiental*, volumen 14, N° 2, pp. 1-34. <https://doi.org/10.7213/revdireconsoc.v14i2.31069>
- FARIÑAS, María José, 2000: "El conocimiento científico del Derecho", en Gregorio Pece-Barba, Eusebio Fernández y Rafael de Asís (editores), *Curso de teoría del Derecho* (2^a edición). Madrid: Marcial Pons, pp. 123-145.
- FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 2008: *De la arbitrariedad de la Administración*, Navarra: Aranzadi.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, Rafael, 2018: "Incorporación cláusulas ambientales en la contratación pública", en Ximena Lazo Vitoria (editora), *Compra pública verde*, Barcelona: Atelier, pp. 29-51.
- FIGUEROA MENDOZA, Mauricio y PIANTINI MONTIVERO, Daniella, 2024: "Los criterios de sustentabilidad en el contrato público como deber estratégico del Estado", *Revista de Derecho Administrativo*, N° 39, pp. 43-60. <https://doi.org/10.7764/redae.39.4>
- FINGER, Ana Cláudia, 2013: "Licitaciones sustentáveis como instrumento de política pública na concretização do direito fundamental ao meio ambiente saudável e ecologicamente equilibrado", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, volumen 13, N° 51 121-153. <https://doi.org/10.21056/aec.v13i51.146>
- FOY VALENCIA, Pierre, 2011: "Consideraciones sobre la contratación pública sostenible ('verde')", *Derecho PUCP*, N° 66, pp. 335-350. <https://doi.org/10.18800/derechopucp.201101.016>
- FRANCO ESCOBAR, Susana Eva, 2023: "La elección de los criterios de solvencia económica y financiera, técnica o profesional por los órganos de contratación en el Estado español: algunas prevenciones para evitar incurrir en desproporcionalidad", *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, volumen 23, N° 91, pp. 11-37. <https://doi.org/10.21056/aec.v23i91.1718>
- GIANNUZZO, Amelia Nancy, 2010: "Los estudios sobre el ambiente y la ciencia ambiental", *Scientiae Studia*, volumen 8, N° 1, pp. 129-156. <https://doi.org/10.1590/S1678-31662010000100006>
- MEDINA ARNÁIZ, Teresa, 2020: "La contratación pública estratégica", en Tomás Quintana López (editor), *La contratación pública estratégica en la contratación del sector público*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 81-99.
- MIRANZO DÍAZ, Javier, 2017: "Hacia una Administración pública sostenible: novedades en la legislación europea de contratación pública", *Actualidad Jurídica Ambiental*, N° 64, pp. 1-43. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6071588>
- MORALES JASSO, Gerardo, MARTÍNEZ VARGAS, David Ricardo, BADANO, Ernesto Iván y MÁRQUEZ MIRELES, Leonardo Ernesto, 2022: "¿Qué son las ciencias ambientales? Una introducción

- a sus problemas epistémicos”, *Revista del Centro de Investigación de la Universidad La Salle*, volumen 15, N° 57, pp. 1-28. <https://doi.org/10.26457/recein.v15i57.2852>
- MUÑOZ GÓMEZ, Marta J., 2024: “Compra pública alimentaria: acomodación de la cláusula ambiental de proximidad al Derecho de la competencia”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, volumen 15, N° 1, pp. 1-43. <https://raco.cat/index.php/rcda/article/view/430723>
- ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICO (OCDE), 2024a: “Panorama de las Administraciones Pùblicas: América Latina y el Caribe 2024”. Informe de 13 de marzo de 2024. Disponible en: <https://doi.org/10.1787/0f191dcb-es>
- ORGANISATION FOR ECONOMIC CO-OPERATION AND DEVELOPMENT (OECD), 2024b: “Harnessing Public Procurement for the Green Transition. Good Practices In Oecd Countries”. Reporte de 26 de junio de 2024. Disponible en: https://www.oecd.org/en/publications/harnessing-public-procurement-for-the-green-transition_e551f448-en.html
- OLIVEIRA, Fernanda Paula y FERNÁNDEZ SCAGLIUSI, María de los Ángeles, 2018: “Eficiencia energética en la contratación pública”, en Roberto Galán Vioque (editor), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, pp. 179-205.
- OLLER RUBERT, Marta, 2010: “La inclusión de cláusulas ambientales en la contratación pública”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, volumen 1, N° 1, pp. 1-34. <https://doi.org/10.17345/rcda1031>
- PÉREZ CEDEÑO, Rhonmer Orlando, VÁSQUEZ STANESCU, Carmen Luisa, TORRES SAMUEL, Maritza y RAMÍREZ PISCO, Rodrigo, 2022: “Métodos aplicados a la estimación de gases de efecto invernadero en los embalses de hidroeléctricas”, *Suma de Negocios*, volumen 13, N° 28, pp. 50-56. <https://doi.org/10.14349/sumneg/2022.V13.N28.A6>
- PERNAS GARCÍA, Juan José, 2014: “Libertad de prestación de servicios en la Unión Europea y protección del medio ambiente: liberalización versus intervención pública”, *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, volumen 1, N° 2, pp. 95-138. <https://doi.org/10.14409/rr.v1i2.4620>
- ROCHA FRANCO, Caroline da, 2013: “Licitacões ecoeficientes e as políticas públicas ambientais”, *A&C - Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, volumen 13, N° 51, pp. 275-286. <https://doi.org/10.21056/aec.v13i51.152>
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, José María, 2016: *Metodología del Derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid: Marcial Pons.
- RUIZ OLMO, Irene, 2024: “La descarbonización como elemento integrante de las cláusulas ambientales en la contratación pública”, *Revista Catalana de Dret Ambiental*, volumen 15, N° 1 <https://doi.org/10.17345/rcda3768>
- SÁNCHEZ JARAMILLO, Johana Fernanda, 2022: “Colombia: La naturaleza como sujeto de derechos entre el activismo y la contención”, *Novum Jus*, volumen 16, N° 3, pp. 189-218. <https://doi.org/10.14718/NovumJus.2022.16.3.8>
- SÁNCHEZ PÉREZ, Alexander, 2012: *Las normas de derecho blando. Un análisis jurídico de los efectos de la reserva de instrucción sobre el derecho territorial*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- SARMIENTO, Daniel, 2008: *El soft law administrativo. Un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la Administración*, Madrid: Civitas.
- TAVARES DA SILVA, Suzana, 2018: “Sostenibilidad ambiental en las directivas sobre contratación pública”, en Roberto Galán Vioque (editor), *Las cláusulas ambientales en la contratación pública*, Sevilla: Editorial Universidad de Sevilla, pp. 49-63.
- TERRÓN SANTOS, Daniel, 2019: “La nueva actividad pública de fomento: el ‘green nudge’ en la actual contratación pública”, *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, N° 22, pp. 24-39. <https://doi.org/10.24965/gapp.i22.10597>

TORRES GONZÁLEZ, Obdulia y RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, Carmen Elena, 2022: "El debate sobre el glifosato en Colombia: controversia científico-tecnológica y ciencia regulativa", *Revista Iberoamericana de Ciencia Tecnología y Sociedad*, volumen 17, N° 49, pp. 11-37. <https://ojs.revistacts.net/index.php/CTS/article/view/260>

Normas jurídicas

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional N° 116 de 20 de julio de 1991. Colombia.

LEY N° 1150 de 2007, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo, Diario Oficial N° 46.691 de 16 de julio de 2007. Colombia.

LEY N° 1437 de 2011, sobre el fortalecimiento de los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, Diario Oficial N° 47.956 de 18 de enero de 2011. Colombia.

LEY N° 1474 de 2011, sobre el fortalecimiento de los mecanismos de prevención, investigación y sanción de actos de corrupción y la efectividad del control de la gestión pública, Diario Oficial N° 48.128 de 12 de julio de 2011. Colombia.

LEY N° 1508 de 2012, sobre el régimen jurídico de las Asociaciones Público Privadas, normas orgánicas de presupuesto y otras disposiciones, Diario Oficial N° 48.308 de 10 de enero de 2012. Colombia.

LEY N° 9 de 2017, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014. España.

LEY N° 2232 de 2022, sobre medidas de reducción gradual de la producción y consumo de ciertos productos plásticos de un solo uso y otras disposiciones, Diario Oficial N° 52.089 de 7 de julio de 2022. Colombia.

LEY N° 2273 de 2022, aprueba el "Acuerdo regional sobre el acceso a la información, la participación pública y el acceso a la justicia en asuntos ambientales en América Latina y el Caribe", adoptado en Escazú, Costa Rica, el 4 de marzo de 2018, Diario Oficial N° 52.209 de 5 de noviembre de 2022. Colombia.

LEY N° 80 de 1993, expide el Estatuto General de Contratación de la Administración Pública, Diario Oficial N° 41.094 de 28 de octubre de 1993. Colombia.

LEY N° 99 de 1993, sobre la creación del Ministerio del Medio Ambiente, la ordenación del Sector Público encargado de la gestión y conservación del medio ambiente y los recursos naturales renovables, la organización del Sistema Nacional Ambiental, SINAE, y otras disposiciones", Diario Oficial N° 41.146 de 22 de diciembre de 1993. Colombia.

DECRETO-LEY 4170 de 2011, crea la Agencia Nacional de Contratación Pública – Colombia Compra Eficiente y determina su estructura, así como sus funciones. Colombia.

DECRETO 1082 de 2015, Decreto Único Reglamentario del sector Administrativo de Planeación Nacional, Diario Oficial N° 49.523 de 26 de mayo de 2015. Colombia.

DECRETO 142 de 2023, modifica y adiciona el Decreto 1082 de 2015, para promover el acceso al sistema de Compras Públicas de las Mipymes, las Cooperativas y demás entidades de la economía solidaria, incorporar criterios sociales y ambientales en los Procesos de Contratación de las Entidades Estatales, incluir el título de emprendimiento comunal y dictar otras disposiciones, Diario Oficial N° 52.295 de 1 de febrero de 2023. Colombia.

Jurisprudencia

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Sentencia de 13 de febrero de 2006. Radicado N° 13001-23-31-000-2004-00026-01(AP). C. P. Germán Rodríguez Villamizar. Colombia.

CONSEJO DE ESTADO. Sala de lo Contencioso Administrativo. Sección Tercera. Subsección C. Sentencia de 20 de abril de 2022. Radicado N° 25000-23-36-000-2013-01580-01 (58707). C. P. Jaime Enrique Rodríguez Navas. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 27 de enero de 1999. Sentencia C-035/1999. M. P. Antonio Barrera Carbonell. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 7 de octubre de 2009. Sentencia C-713/2009. M. P. María Victoria Calle Correa. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 25 de abril de 2012. Sentencia C-300/2012. M. P. Jorge Ignacio Pretelt Chaljub. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 11 de octubre de 2018. Sentencia SU-095/2018. M. P. Cristina Pardo Schlesinger. Colombia.

CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Segunda de Revisión. 23 de mayo de 2023. Sentencia T-173/2023. M. P. Juan Carlos Cortés González. Colombia.

El mito del Artículo 87 de la Constitución de 1925 y la incompetencia para juzgar a la administración

*José Tomás Blake Benítez**

RESUMEN

Este artículo analiza la justicia administrativa del siglo XX y cuestiona la supuesta incompetencia que el artículo 87 de la Constitución de 1925 habría generado en los tribunales ordinarios. La tesis de la incompetencia ha sido ampliamente difundida por la doctrina nacional, pero se construye sobre un análisis parcial y superficial de la jurisprudencia. Un estudio más detenido sugiere que la incompetencia fue acotada y motivada por razones sustantivas que trascienden el contenido del artículo 87. El siglo XX registra una valiosa práctica de control judicial que ha sido ocultada por la tesis de la incompetencia, provocando una visión histórica desajustada de nuestra justicia administrativa.

Constitución de 1925; artículo 87; incompetencia; justicia administrativa

The myth of article 87 of the 1925 constitution and the incompetence for judicial review

ABSTRACT

This article examines administrative justice in the 20th century and questions the alleged incompetence that Article 87 of the 1925 Constitution is said to have imposed on ordinary courts. The thesis of incompetence has been widely accepted in national legal scholarship, but it is based on a partial and superficial analysis of case law. A closer examination reveals that the incompetence was limited and driven by substantive reasons beyond the scope of Article 87. The 20th century records a valuable practice of judicial review that has been obscured by the thesis of incompetence, leading to a distorted historical view of our administrative justice.

Constitution of 1925; article 87; incompetence; administrative justice

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Máster en Derecho Público, University College London, Inglaterra. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad Diego Portales, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0006-1544-823X>. Correo electrónico: tomasblakeb@gmail.com.

El presente trabajo se enmarca en mi investigación doctoral en la Universidad de Chile, “Los reclamos de ilegalidad como contencioso administrativo”, cuyo profesor patrocinante es José Miguel Valdivia Olivares.

Agradezco a José Miguel Valdivia, Samuel Tschorne y Tomás Izquierdo, por el tiempo y la atención que generosamente dedicaron a discutir y enriquecer este trabajo.

Artículo recibido el 6.4.2025 y aceptado para su publicación el 7.8.25.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los lugares comunes más extendidos del derecho administrativo nacional es el famoso artículo 87 de la Constitución de 1925, que dispuso la creación de tribunales administrativos, generó la incompetencia de la justicia ordinaria para juzgar a la administración¹. Esta conclusión se construye sobre una visión trastocada de nuestra historia. Desde el plano normativo, el artículo 87 no tuvo la influencia que se le atribuye, ni aún en los casos donde se denegó la competencia. Desde el plano fáctico, la tesis de la incompetencia ha ocultado una práctica constante de justicia administrativa durante el siglo XX.

Según el relato común, tres ámbitos habrían escapado a la incompetencia generalizada². En primer lugar, los tribunales conservaron su competencia en los contenciosos especiales creados por leyes específicas. Asimismo, habrían admitido en general su competencia en materia de responsabilidad patrimonial. Por último, mediante acciones de derecho privado, los tribunales ocasionalmente brindaron protección a derechos patrimoniales, admitiendo una especie de control tácito u oblicuo acerca de la actuación administrativa. Fuera de estos campos específicos, la regla general habría sido la incompetencia de la justicia ordinaria para juzgar a la administración³.

El relato común concluye que, aunque los efectos de la incompetencia decayeron con el tiempo, no fueron completamente superados sino hasta 1989, tras la reforma constitucional que suprimió toda referencia a los tribunales contencioso-administrativos⁴. A pesar de que siempre se pudo sostener una interpretación alternativa a partir de la competencia residual de los tribunales ordinarios, reconocida desde 1875 por la Ley de Organización y Atribuciones de los Tribunales (LOAT)⁵, y reproducida en 1943 en el Código Orgánico de Tribunales (COT)⁶, la tesis de la incompetencia impuso la creencia de que durante el siglo XX la justicia administrativa fue “prácticamente inexistente”⁷.

¹ Así, por ejemplo, SILVA CIMMA, 1996, p. 191: “La doctrina y la jurisprudencia judicial de la época mayoritariamente entendieron que... los órganos del fuero común, salvo en aquellos casos de excepción en que una norma expresa lo autorizara, no tenían competencia para conocer y pronunciarse en materias contenciosas administrativas”. PIERRY (2001) p. 31: “La jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, invariablemente, señaló que el pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo excedía el ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios...”. FERRADA (2021) p. 48: “dado que la Constitución Política del Estado de 1925 afirmó en forma categórica la existencia de tribunales administrativos... los tribunales ordinarios, con la Corte Suprema a la cabeza, se declararon absolutamente incompetentes para conocer esos asuntos, que carecían de norma constitucional o legal que les atribuyera dicha potestad”.

² BORDALÍ y FERRADA, 2008, p. 214.

³ Según FAÚNDEZ, 2011, “la actividad administrativa que no había sido asignada expresamente a los juzgados o que no caía dentro de la jurisdicción de los tribunales administrativos especiales... incluía la mayoría y la parte más controvertida”, p. 165.

⁴ PIERRY, 2002, p. 34.

⁵ CHILE, Ley S/N de Organización y Atribuciones de los Tribunales, art. 5.

⁶ CHILE, Código Orgánico de Tribunales, art. 5.

⁷ VALDIVIA, 2017, p. 353.

Este artículo pretende refutar esta percepción. Para estos efectos, se analizan los precedentes jurisprudenciales en los que se construyó la tesis de la incompetencia, pero en un contexto de revisión jurisprudencial más amplio, que permita aproximarse con mayor perspectiva a la real representatividad de tales pronunciamientos. La fuente que se utiliza es la *Revista de Derecho y Jurisprudencia (RDJ)*, cuyo primer número es de 1903. Si bien su valor estadístico es limitado, pues el porcentaje de fallos publicados no es representativo, se trata de una de las publicaciones más importantes de la época en cuanto a recopilación y difusión de sentencias⁸.

El trabajo se divide en dos capítulos principales de análisis jurisprudencial. El primero recae en la justicia administrativa antes de la Constitución de 1925, a efectos de ofrecer un comparativo donde contrastar lo que ocurrió después de su aprobación. El segundo capítulo analiza la justicia administrativa durante la vigencia de la Constitución de 1925. A su vez, cada capítulo se divide en dos partes, donde se analizan separadamente los fallos que desconocieron la competencia y los fallos que la admitieron. El capítulo final contiene las conclusiones.

La tesis central del trabajo es que el artículo 87 de la Constitución de 1925 no tuvo el efecto que la doctrina le atribuye. Por una parte, antes y después de 1925 los tribunales negaron su competencia para conocer de ciertas materias sobre la base de un fundamento común, que lógicamente no pudo ser el artículo 87. Más que un problema de competencia procesal, la discusión gira en torno al artículo 4 de la LOAT (posteriormente, art. 4 del COT) y los límites de la intervención judicial en los actos del Poder Ejecutivo, aludiendo a las categorías de los actos políticos o de gobierno. Por otra parte, los casos en que los tribunales juzgaron a la administración rebasan por mucho a los que declinaron hacerlo. Así, contrariamente a lo que sugiere la tesis de la incompetencia, parece haber mucha más continuidad que ruptura tras la Constitución de 1925 y su famoso artículo 87.

II. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA ANTES DE LA TESIS DE LA INCOMPETENCIA

En su obra *La Constitución ante el Congreso*, de 1890, Jorge Huneeus cuestionaba la “manía de creer que el Ejecutivo todo lo puede”. Lo planteaba a propósito del estudio de las “atribuciones especiales” del Presidente de la República establecidas en la Constitución de 1833, concretamente respecto de la potestad reglamentaria de ejecución. Según se desprende de su estudio, su ejercicio era recurrente fuente de conflicto a causa de decretos que excedían el marco legal, frente a ello los tribunales reaccionaban dejándolos “sin aplicación y los consideran como letra muerta”⁹.

⁸ El total de casos analizados, antes y después de la Constitución de 1925, asciende a 64, de estos solo en nueve se desconoció la competencia para juzgar a la administración. Si consideramos los casos en que la competencia fue desconocida post-Constitución de 1925, el número desciende a cuatro.

⁹ HUNEEUS, 2016, p. 47.

Como se muestra a continuación, la dificultad del juzgamiento de ciertas actuaciones administrativas es un problema que se remonta a mucho antes de la Constitución de 1925. El planteamiento de Huneeus es expresivo de esta dificultad, que los tribunales habrían enfrentado desde antiguo recurriendo a la técnica del control tácito u obílico. Este mecanismo, que la doctrina suele mencionar como una de las vías utilizadas por la jurisprudencia a partir de la década de 1960 para sortear el problema de la incompetencia, tendría antecedentes mucho más remotos.

1. *La exclusión del control*

Los antecedentes que se analizan en esta subsección ilustran que el problema de la competencia para juzgar a la administración es previo a la Constitución de 1925. En realidad, como se verá, en muchas ocasiones el problema no es técnicamente de “competencia”, sino que parece más bien de justiciabilidad, es decir, acerca de la posibilidad de controlar judicialmente ciertas operaciones administrativas. Según se muestra a continuación, este problema se planteó antes y después de la Constitución de 1925, en términos análogos.

En un artículo publicado en 1917 en la *RDJ* Moisés Vargas enseñaba respecto de la doctrina francesa que distingue entre los actos de autoridad y los de gestión. Los primeros, dice, “son ejecutados en uso de la atribución soberana del Estado y escapan al conocimiento de los tribunales ordinarios”. Solo en circunstancias excepcionales, agrega, “pueden ser anulados por el Consejo de Estado y nunca dan origen a indemnizaciones de perjuicios”¹⁰.

Por su parte, los actos de gestión se subdividirían en dos tipos: actos de gestión privada y actos de gestión pública. Respecto de los primeros, los tribunales ordinarios serían plenamente competentes, en condiciones análogas a la situación de un particular. En cambio, respecto de los actos de gestión pública, debe recurrirse al Consejo de Estado, cuya competencia se extendería no solo a su eficacia sino también a su validez. Tras plantear la distinción en derecho francés, Vargas sostiene:

“Entre nosotros, cuando los tribunales se encuentran con un reglamento o decreto ilegal dictado por el Presidente de la República, no pueden anularlo, porque al hacerlo contrarían el precepto de la Ley Orgánica de Tribunales, contenido en el artículo 4º, que prohíbe al poder judicial inmiscuirse en los actos de los otros Poderes”¹¹.

Según Vargas, en ausencia de tribunales especiales, la justicia nacional solo se podía pronunciar acerca de los efectos del acto, mas no de su validez, dando eventualmente lugar a indemnizaciones. Sin embargo, agrega, “no ocurre esto de modo general”, pues

¹⁰ VARGAS, 1917, p. 92.

¹¹ VARGAS, 1917, p. 92.

habría ciertos “actos gubernativos respecto de los cuales los tribunales no pueden conocer ni aún de sus efectos”¹². Esta sería la posición dominante de la época:

“La doctrina que ha prendido entre nosotros en esta materia, con manifiesto detimento de los derechos de los habitantes, es que los tribunales carecen de jurisdicción aun para apreciar los efectos de un acto gubernativo cuando dicho acto es de aquellos que se ejecutan en virtud de alguna de las atribuciones exclusivas del Presidente de la República”¹³.

Vargas lamentaba que la jurisprudencia haya confundido “en un solo haz todas las atribuciones especiales del Presidente”, sin distinguir adecuadamente entre “aquellas de carácter político, de mando o de autoridad, que por su esencia no admiten ajena intervención”, y “aquellas meramente administrativas”. Concluye denunciando, en 1917, que este sería uno de los “escasos ejemplos de denegación de justicia”¹⁴.

El caso *Juzgado de Letras de Santiago con Presidente de la República* (1907)¹⁵ es un ejemplo de este fenómeno. Dos exmilitares reclamaron al Fisco un aumento de su pensión. El Fisco opuso falta de jurisdicción por tratarse de una “atribución especial y exclusiva” y planteó una contienda de competencia ante el Consejo de Estado. El Consejo confirmó que se trataba de una “facultad especial” cuyo ejercicio competía exclusivamente al Presidente de la República. Al efecto, invocó el artículo 4º de la LOAT, que prohibía al Poder Judicial “mezclarse en las atribuciones de otros poderes públicos”. Por estas razones, dio lugar a la contienda resolviendo que “no corresponde a los Tribunales de Justicia conocer en la demanda”. Como en este caso, la negativa a conocer en materia de retiros y pensiones aparece recurrentemente en esta época¹⁶ y así ha sido constatado por la doctrina¹⁷.

En el caso *Etchart con Fisco* (1908)¹⁸ se demandó la ejecución de una sentencia dictada contra el Fisco en una querella de restablecimiento de un fundo. El juzgado ordenó la ejecución del fallo y que se dispusiera el auxilio de la fuerza pública. El gobernador promovió una contienda de competencia argumentando que la ejecución de las sentencias condenatorias contra el Fisco corresponde ejecutarlas al Presidente. Se solicitó informe al fiscal quien sostuvo que la atribución presidencial “constituye sin duda una limitación a las facultades del Poder Judicial... pero ella ha sido impuesta como una necesidad de orden público”. El Consejo de Estado declaró la incompetencia del juez para ejecutar la sentencia, pero por razones procedimentales (c. 3º).

¹² VARGAS, 1917, p. 97.

¹³ VARGAS, 1917, p. 98.

¹⁴ VARGAS, 1917, p. 98.

¹⁵ Consejo de Estado, 02/09/1907.

¹⁶ Así, véase: Corte Suprema, 25/09/1907; Corte Suprema, 25/10/1907; Corte Suprema, 29/05/1914.

¹⁷ PANTOJA, 2005, p. 53.

¹⁸ Consejo de Estado, 26/10/1908.

En el caso *Ferrocarriles de Antofagasta a Bolivia con Fisco* (1919)¹⁹ se demandó la devolución de unos derechos de internación a la Aduana de Antofagasta. El Fisco alegó la incompetencia de la justicia ordinaria para conocer de un asunto “de carácter esencialmente administrativo” por infringir el artículo 4º de la LOAT. Si bien la Corte Suprema rechazó la excepción de incompetencia, lo hizo entendiendo que la demanda “no tiene por objeto reclamar del avalúo hecho por la Aduana, contrariamente a los que sostiene el recurrente, sino demandar la devolución de una suma pagada por derechos no debidos” (c. 3º).

Los casos expuestos, todos anteriores a la Constitución de 1925, dan cuenta del problema respecto del que razonaba Vargas en 1917. Un artículo de Mariano Fontecilla, publicado en 1953, titulado “Facultad o jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de ciertas materias relacionadas con decretos del Presidente de la República”²⁰, demuestra que la cuestión continuó planteándose en los mismos términos con posterioridad a 1925. Por su título y año de publicación, podría pensarse que el trabajo abordaría el problema de la incompetencia generado por el artículo 87 de la Constitución de 1925. La cuestión central, sin embargo, seguía siendo la misma que preocupaba a Moisés Vargas: la posibilidad de ejercer control judicial respecto de ciertas facultades presidenciales.

Fontecilla comienza ilustrando el contexto histórico del problema:

“Si se revisa la Constitución de 1833, con mayor amplitud, si cabe, no se encuentra prohibición alguna para que los Tribunales de Justicia revisen actos del Ejecutivo que digan relación con cuestiones patrimoniales, situación mantenida en la Carta de 1925 y en los Códigos Orgánicos respectivos, dictados desde 1875.

En efecto, al discutirse esta ley de 1875 se plantearon las dos tesis extremas que se conciben a estos respectos: una, para mantener la amplísima facultad de los Tribunales; y la otra, para restringirla”²¹.

Continúa Fontecilla dando cuenta de la génesis del artículo 4º de la LOAT. Explica que la versión originalmente propuesta establecía:

“Es prohibido al poder judicial mezclarse en las **funciones** de los otros poderes públicos, **entorpecerlas de cualquier modo** y, en general, ejercer otras funciones que las determinadas en los artículos precedentes”.

Sin embargo, en definitiva, la regla se aprobó sustituyendo la expresión “funciones” por “atribuciones” y eliminando la frase “entorpecerlas de cualquier modo”. Así, los tribunales habrían conservado la competencia “para precisar si la actuación reclamada está dentro de las atribuciones o facultades otorgadas a los otros poderes... sin

¹⁹ Corte Suprema, 4/1/1919.

²⁰ FONTECILLA, 1953, pp. 75-84

²¹ FONTECILLA, 1953, pp. 75-76.

importarle, siquiera, que su resolución entorpezca de cualquier modo las funciones de otros Poderes”²². En 1902, discutiéndose respecto de la dictación de un nuevo código orgánico, se propuso la incorporación de un inciso final al artículo 4º:

“Lo cual no obsta para que conozca de las contenciones que se originen entre particulares y el Fisco, nacidas de perjuicios irrogados por autoridades administrativas en uso de sus privativas atribuciones”.

Según relata Fontecilla, la regla finalmente no se aprobó, pero en razón de estimársela innecesaria, pues era “indiscutible el derecho de reclamar ante la justicia de los actos ilegales de la autoridad”²³. Esta conclusión habría sido ratificada tras la dictación de la Constitución de 1925 que dejó a salvo las reclamaciones “cuyo conocimiento no esté entregado a otros tribunales por la Constitución y las leyes”. Así, el artículo 87 “está reconociendo expresamente... la existencia actual de tribunales ordinarios para conocer de estas materias”²⁴.

El autor concluye que la previsión de tribunales administrativos no pretendió sustituir la competencia de la justicia ordinaria, sino que ampliar el ámbito de amparo judicial a materias que hasta entonces solo daban lugar a “acusaciones políticas ante el Congreso”. Sin embargo, este no sería el caso de aquellas atribuciones que el Ejecutivo debe ejercer “con arreglo a las leyes” que, si bien especiales, en ningún caso exclusivas en el sentido de que “rehúse[n] perentoriamente cualquier revisión”²⁵.

Como se ve, la discusión nacional en torno a la competencia de la justicia ordinaria para juzgar actos de la administración precede a la Constitución de 1925. Surge, de hecho, a propósito del artículo 4º de la LOAT. En este contexto, la discusión alude –sin demasiada rigurosidad– a las categorías de los actos políticos o de gobierno, así como a la distinción entre actos de autoridad y de gestión. Bajo este marco teórico la discusión siguió planteándose con posterioridad a la Constitución de 1925. Aunque su tratamiento es poco claro, sirve –a los efectos de este trabajo– para cuestionar el rol que la doctrina atribuye al artículo 87 en el problema del juzgamiento de la administración. Esta conclusión, que se adelanta con el texto de Fontecilla, es ratificada en la sección II, al analizar la jurisprudencia que negó la competencia tras la Constitución de 1925.

2. *La aceptación del control*

Para apreciar los efectos del artículo 87 de la Constitución de 1925 es útil ofrecer una idea de los tipos de contenciosos que surgían en el período previo a su adopción. La revisión de la RDJ permite apreciar un ejercicio relativamente común de control judicial

²² FONTECILLA, 1953, p. 76.

²³ FONTECILLA, 1953, p. 77.

²⁴ FONTECILLA, 1953, p. 79.

²⁵ FONTECILLA, 1953, pp. 80-81.

en diversos ámbitos de la actividad administrativa. En esta sección se exponen tres series de casos que se pueden agrupar en las siguientes categorías: contencioso regulatorio, contencioso patrimonial y contencioso electoral.

a) Contencioso regulatorio

Las actividades económicas sujetas a regímenes de autorización dan cuenta de un control judicial bastante exhaustivo de la actividad administrativa.

En el caso *Caballero con Municipalidad de San Felipe* (1916)²⁶, se discute acerca de un reglamento municipal que impuso a las carnicerías contar con puertas de fierro por razones sanitarias. La Corte de Santiago acogió la reclamación deducida por diversos locatarios, escrutando la eficacia y proporcionalidad de la medida. Según sostuvo, la exigencia “no se encamina a consultar de mejor modo la higiene pública y estado sanitario de la localidad”, pues “no impide la libre entrada de insectos al local, como tampoco el polvo y miasmas”. Asimismo, calificó la medida como “un gravamen ruinoso o derechamente excesivo”. Aún más, la corte se permitió sugerir una medida alternativa que cumpliría de mejor forma el fin perseguido, como lo serían puertas de madera.

En *Prieto con Municipalidad de Valparaíso* (1908)²⁷ se reclamó contra un reglamento que prohibió, por inmoralidad, los espectáculos de box y lucha romana. La Corte de Valparaíso rechazó el reclamo contra la prohibición del box por tratarse de una actividad “cruel” que genera una “perniciosa influencia sobre el pueblo, habituándolo... a ver correr la sangre con indiferencia sino satisfacción”. Sin embargo, lo acogió respecto de la prohibición de la lucha romana que “no presenta los caracteres de crueldad ni produce los efectos desmoralizadores que el box”.

En *Navarrete con Municipalidad de Chillán* (1913)²⁸ se reclamó contra la clausura de un prostíbulo por ubicarse a menos de 150 metros de los Reverendos Padres Franciscanos Delcazos. Las Cortes rechazaron el reclamo pues el establecimiento efectivamente infringía el “reglamento para las casas de tolerancia”, pero precisaron que “no se prohíbe por el decreto del señor Alcalde a la demandante que viva en la casa que tiene en arriendo”²⁹. Un problema análogo se planteó en *Peñafiel con Municipalidad de Santiago* (1914)³⁰, donde se reclamó contra la clausura de una cantina que operaba a menos de 200 metros de un templo, contraviniendo la ley de alcoholos. En primera instancia se acogió el reclamo y se declaró “nulo y sin ningún valor el decreto de clausura”, pues según pudo acreditarse el establecimiento en cuestión no sería un “templo abierto al público”, sino un “beaterío” donde residen monjas. Sin embargo, la Corte de Apelaciones revocó la sentencia amparándose en el significado literal de la palabra templo.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 13/6/1916.

²⁷ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 9/5/1908.

²⁸ Corte Suprema, 1/10/1913.

²⁹ Un caso análogo se planteó unos años antes en *Rojas con Municipalidad de Chillán* (Corte de Apelaciones de Talca, 15/5/1908).

³⁰ Corte Suprema, 4/11/1914.

En el caso *Lara* (1914)³¹ se reclamó contra una multa por operar una lechería sin autorización sanitaria. La Corte Suprema confirmó la multa sosteniendo que “estableciéndose dicho permiso para el funcionamiento de esa clase de negocios, es obvio que sin obtenerlo previamente, no pueden ellos abrirse al público”.

b) Contencioso patrimonial

En materia de cobros indebidos por parte de autoridades administrativas también se aprecia amplia litigación. En general, en estos casos no se impugna directamente la actuación administrativa, pero se juzga su regularidad como base para disponer la consecuencia patrimonial que se demanda de fondo.

En el caso *Jofré con miembros de la Municipalidad de Monte Patria* (1904)³² se planteó el problema de si podía demandarse la responsabilidad solidaria de los miembros de la municipalidad sin antes pedir la ilegalidad de la resolución que habría generado el daño. En primera instancia se resolvió que “mientras no se resuelva por quien corresponda la ilegalidad de tal resolución, falta la base legal para deducir la precitada acción” (c. 2). La Corte de Apelaciones revocó el fallo y ordenó al juzgado pronunciarse respecto del fondo.

En el caso *Abumada con Compañía de Gas* (1918)³³ la Municipalidad de Santiago pretendía cobrar a un concesionario de desvíos ferroviarios una contribución por el uso de las calles establecida en un reglamento municipal. En primera instancia se declaró que “las municipalidades no pueden imponer contribuciones” sin una ley que expresamente lo autorice (c. 5º). La municipalidad alegó que como el reglamento no fue reclamado, “se encuentra en vigor y es obligatoria su observancia”. La Corte Suprema rechazó este planteamiento sosteniendo que la circunstancia de no haber impugnado el reglamento “no tiene como consecuencia jurídica el que deben reputarse legales y válidos los mandatos de ese acuerdo, porque el conceder una acción especial, popular y rápida para obtener su invalidación, no excluye el ejercicio de los otros derechos, que en forma de alegación o excepción, pueden hacer valer los que se consideren agraviados por las resoluciones municipales”.

Varios otros casos dan cuenta de una litigación pública frecuente en asuntos patrimoniales. Así por ejemplo: la municipalidad debe restituir las contribuciones pagadas por el traslado de carnes del matadero al mercado desde la fecha en que tal contribución fue derogada (*Cornejo con Municipalidad de Iquique*, 1907)³⁴; las requisiciones ejecutadas por agentes de gobierno comprometen al Estado y por tanto el gobierno de turno está obligado al pago de las especies sustraídas por el gobierno anterior (*Wuth con Fisco*, 1908)³⁵; no puede exigirse ninguna contribución cuyo cobro no esté autorizado por las leyes vigentes al momento de verificarse la exacción (*Fisco con Ross de Edwards*,

³¹ Corte Suprema, 30/6/1914.

³² Corte de Apelaciones de La Serena, 15/6/1904.

³³ Corte Suprema, 18/10/1918.

³⁴ Corte Suprema, 27/11/1907.

³⁵ Corte Suprema, 11/1/1908.

1908)³⁶; la municipalidad debe restituir el depósito exigido para participar de una subasta de patente de alcoholes una vez cumplido el propósito de la garantía (*Valdés con Municipalidad de Santiago*, 1916)³⁷; el Fisco no puede tomar posesión del bien expropiado sin que previamente se verifique el pago o la consignación correspondiente (*Latapia con Fisco*, 1918)³⁸; no procede el cobro de derechos de internación por una mercadería de origen nacional que para efectos de su traslado debió salir provisoriamente del país, sin detenerse en territorio extranjero (*Podlech con Fisco*, 1920)³⁹; el Fisco debe reparar los perjuicios ocasionados a un contratista a consecuencia de la paralización de las obras por necesidades del servicio público (*Villavicencio con Fisco*, 1921)⁴⁰.

c) Contencioso electoral

Aunque es discutible que en estos casos se juzgue la actividad administrativa⁴¹, dan cuenta igualmente de una intervención judicial intensa y recurrente en la conformación de los órganos municipales⁴². Así, se ha resuelto que los jueces pueden revisar tanto la legalidad como la facticidad de las decisiones municipales (*Municipalidad de Santiago*, 1912)⁴³, apreciando ampliamente todo tipo de medios de prueba (*Salinas con Municipalidad de San Antonio*, 1914)⁴⁴, y pudiendo ordenar directamente la rectificación de los resultados o bien la realización de una nueva elección (*Municipalidad de Vicuña*, 1915)⁴⁵.

La *RDJ* muestra una litigación administrativa habitual durante el primer cuarto de siglo. Asimismo, muestra que las dificultades para juzgar ciertos actos de la administración preceden a la Constitución de 1925 y su artículo 87. En la próxima sección se analiza la jurisprudencia tras la vigencia de la nueva Constitución y los efectos que habría tenido en la justicia administrativa.

³⁶ Corte Suprema, 19/6/1908.

³⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 15/3/1916.

³⁸ Corte Suprema, 30/12/1918.

³⁹ Corte Suprema, 11/9/1920.

⁴⁰ Corte Suprema, 31/5/1921.

⁴¹ En la tradición francesa, el contencioso electoral es considerado un tipo de contencioso administrativo. Véase, LE YONCOURT, 2017.

⁴² Así, Corte de Apelaciones de Santiago, 16/8/1904; y, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 17/12/1903.

⁴³ Corte Suprema, 19/12/1912.

⁴⁴ Corte Suprema, 9/5/1914.

⁴⁵ Corte Suprema, 14/1/1915.

III. LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA DESPUÉS DE LA TESIS DE LA INCOMPETENCIA

¿Cuándo se produce la incompetencia de que tanto eco ha hecho la doctrina? ¿Inmediatamente a continuación de aprobarse la Constitución de 1925? ¿Hacia mediados de siglo? ¿En los gobiernos previos al golpe militar, cuando la relación entre el poder ejecutivo y judicial devino más álgida? Nuevamente a partir una revisión de la *RDJ*, la respuesta no es nada clara.

Siguiendo la estructura de la sección anterior, aquí se analizan casos en donde se negó la competencia de la justicia ordinaria, con especial énfasis en las razones que se ofrecieron para fundar tal incompetencia (1). Luego, se examinan distintos ámbitos en donde la justicia administrativa fue expresamente admitida y otros donde su procedencia no fue controvertida (2).

1. *La negación de la competencia*

La idea de la incompetencia es tan aceptada en la doctrina moderna que es muy común que se afirme sin más o con mínimas referencias jurisprudenciales, como ocurre con tres de los manuales de derecho administrativo más influyentes en nuestro medio⁴⁶. Uno de los pocos trabajos que analiza la jurisprudencia es un trabajo de Ángelo Farrán de 2017. La tesis del autor es que los efectos del artículo 87 no fueron tan categóricos como la posición mayoritaria sostiene, pues la jurisprudencia habría desarrollado diversos “mecanismos jurídicos indirectos” para otorgar protección en la esfera patrimonial de los particulares⁴⁷. Una revisión más exhaustiva de la jurisprudencia permite plantear una conclusión diferente: la denegación de competencia para juzgar a la administración no surge con el artículo 87 ni es consecuencia de él.

En un comentario de 1977, Soto Kloss criticaba la tesis de la incompetencia por razones sustantivas⁴⁸, pero en una nota al pie, pone en duda su real impacto en la práctica. Señala que si bien hubo casos en que se negó la competencia, estos serían “los menos”⁴⁹. Allí refiere diversos casos que se analizarán más adelante.

El ejemplo más citado por la doctrina como apoyo a la tesis de la incompetencia, y que ha sido referido como “característico” de una jurisprudencia “abundante y

⁴⁶ BERMÚDEZ, 2011, p. 418: “La jurisprudencia era invariable en el sentido de señalar que pronunciarse sobre la legalidad o ilegalidad de los actos del Poder Ejecutivo excedía el ámbito de la jurisdicción o competencia de los tribunales ordinarios...”; CORDERO, 2015, p. 614: “Los tribunales en general se declararon incompetentes, hasta aproximadamente la década de los 60...”; VALDIVIA, 2018, p. 364: “Los tribunales ordinarios (excesivamente respetuosos de la institucionalidad, y probablemente reacios a asumir nuevas cargas) se declararon sistemáticamente incompetentes para conocer de asuntos administrativos”.

⁴⁷ El autor hace referencia al control tácito u obílico mediante el conocimiento de acciones de derecho privado. FARRÁN, 2017 , p. 115.

⁴⁸ SOTO KLOSS, 1977, p. 241

⁴⁹ El autor se refiere al problema de la incompetencia como uno “[c]onocido vastamente, aunque con mucho de mito, prejuicios y no pocos errores de fondo”, p. 235.

prácticamente sin excepciones”⁵⁰, es el denominado caso *Socotransco* (1964)⁵¹. Se discute la legalidad de un decreto presidencial que dispuso la disolución de la personalidad jurídica de una sociedad. La defensa fiscal se opuso sosteniendo que las facultades del Presidente de la República son “exclusivas” y “excluyentes”, pues “no se concibe que aquello que corresponde privativamente a un Poder del Estado pueda también ser de la competencia de otro o quedar sujeto a su revisión, modificación o anulación”, a riesgo de infringir el artículo 4º del COT (p. 10). La Corte Suprema acogió este planteamiento sosteniendo que:

“La atribución de conceder o cancelar personalidades jurídicas a las corporaciones privadas es una facultad especial y privativa del representante del Poder Ejecutivo, facultad que al ser ejercida por el Presidente de la República, mediante el correspondiente acto de autoridad a través de un decreto supremo, su resolución no puede ser revisada por la justicia ordinaria, por disposición expresa de artículo 4º del Código Orgánico de Tribunales” (c. 3º).

La Corte agregó que “no se trata aquí de precisar la naturaleza y alcance de los efectos jurídicos de un acto de gestión proveniente de un contrato o de una convención”, sino de actos del Presidente “en virtud de su poder de mando”. La Corte concluyó: “Tales actos, de poder público o de autoridad, quedan fuera del derecho común” (c. 3º). En este contexto, la Corte invocó el artículo 87, que habría reservado el conocimiento de este tipo de asuntos a los tribunales administrativos. Sin embargo, en ausencia de una ley que expresamente otorgue tal competencia, como ocurre en el caso, el juzgado civil “ha carecido en absoluto de competencia” (c. 5º y 9º).

Otro caso emblemático referido por la doctrina es *Montero con Comisariato Departamental de La Serena* (1947)⁵². La Sra. Montero reclamó contra un decreto del Comisariato General Subsistencias y Precios que requisó un departamento de su propiedad y fijó la renta del arrendamiento. El tribunal de instancia acogió el reclamo y declaró la nulidad del decreto sobre la base del derecho de dominio de la demandante y la ausencia de facultades del Comisariato respecto del arrendamiento de inmuebles. La Corte de Apelaciones confirmó el fallo, pero la Corte Suprema lo casó declarando la incompetencia de la justicia ordinaria.

La Corte comenzó señalando que “la acción primordial de la demanda se ha dirigido a obtener de la Justicia Ordinaria la declaración de nulidad de un decreto de la autoridad administrativa, dictado en función de tal autoridad” (c. 2º). Luego de referir el artículo 4º de la Constitución (actual 7º) y el 4º del COT, la Corte declaró que el caso no habría presentado ninguna dificultad “si la petición formulada en la demanda se hubiera deducido llanamente solo en protección del derecho del particular” (c. 4º). Sin embargo, agregó, la demanda “se ha planteado exigiéndose directamente la declaración

⁵⁰ PIERRY, 2001, p. 32.

⁵¹ Corte Suprema, 9/1/1964.

⁵² Corte Suprema, 14/10/1947.

de nulidad de un acto de autoridad en el carácter de tal, no de simple gestión” (c. 5º). Acerca de esta petición, concluyó la Corte, “el Tribunal carecía de competencia” (c. 7º).

A primera vista, llama la atención que la sentencia no refiera en ningún momento el artículo 87 para denegar la competencia. En términos similares a los casos de incompetencia previos a la Constitución de 1925, el caso *Montero* se resuelve por aplicación de la teoría del acto de autoridad y el artículo 4º del COT. Aún más, según fluye de la sentencia⁵³, tampoco hubiera correspondido denegar la competencia por aplicación del artículo 87, pues la acción ejercida fue una reclamación especial, de aquellas que tal disposición dejó a salvo. Así, la incompetencia del caso responde, nuevamente, al antiguo problema del juzgamiento de ciertas atribuciones exclusivas y no a un asunto de distribución de competencias judiciales a consecuencia de la Constitución de 1925.

Un caso menos conocido es *Comunidad Salitrera San José con Fisco* (1942)⁵⁴. El caso es interesante por su semejanza con *Etchart con Fisco* (1908), que fue analizado en la sección anterior entre los casos de incompetencia previos a 1925. Al igual que allí, el caso concierne a la ejecución de una sentencia que acogió una querella de restablecimiento en contra del Fisco. El Fisco ejecutó esta sentencia mediante la dictación de un decreto supremo que fue impugnado. El Fisco alegó la incompetencia y la Corte Suprema acogió el planteamiento declarando que “carece la justicia ordinaria de competencia para conocer de ese acto ejecutado en virtud de facultades constitucionales del Ejecutivo” (c. 8º). Asimismo, reprodujo en términos literales un pasaje del informe del fiscal en el caso *Etchart*: “la disposición que confiere solo al Ejecutivo la atribución de hacer cumplir las sentencias contra el Fisco constituye, sin duda, una limitación de las facultades del Poder Judicial... pero ella ha sido impuesta como necesidad de orden público” (c. 9º).

Varios otros casos donde se aborda el problema de la competencia se inscriben en el marco teórico del acto de autoridad y las atribuciones exclusivas del Ejecutivo. Como dan cuenta los casos que siguen, la excepción de incompetencia se siguió planteando en este contexto, pero la tendencia jurisprudencial muestra una clara reticencia a admitirla.

2. *La aceptación de la competencia*

Como se señaló al inicio, el relato común acerca de la justicia administrativa suele admitir que, aunque la incompetencia de los tribunales ordinarios era la regla, esta no habría sido absoluta. En ciertos ámbitos o mediante mecanismos específicos, los tribunales habrían brindado protección a los particulares, principalmente en su esfera patrimonial.

En esta sección se analizan tres series de casos donde los tribunales no desconocieron su competencia para juzgar a la administración, cuestionando la idea de que la justicia administrativa se habría ejercido solo de modo indirecto y con carácter excepcional. En un cuarto grupo se analizan casos del denominado control oblicuo, todos vinculados a

⁵³ Corte Suprema, 14/10/1947, c. 1º: “Que este juicio se ha iniciado... por un reclamo en juicio sumario en contra del decreto expedido por el Comisario Departamental”.

⁵⁴ Corte Suprema, 27/4/1942.

intervenciones de industrias, cuyo origen suele atribuirse al denominado caso *Juez de Melipilla* (1967).

a) Casos donde se discutió expresamente la competencia

Una primera serie de casos que llama particularmente la atención recae en el control de jubilaciones y retiros que, como se vio más atrás, aparece a inicios de siglo como una causa recurrente de incompetencia. En el caso *Arenas con Fisco* (1937)⁵⁵ se planteó un problema enteramente análogo a aquellos.

Un grupo de exuniformados demandó al Fisco por descuentos en el pago de sus pensiones y el Ejecutivo respondió con la clásica excepción de incompetencia por tratarse del ejercicio de atribuciones privativas, cuyo control vulneraría el artículo 4º de la LOAT. En esta ocasión, sin embargo, la Corte Suprema no desconoció su competencia. Argumentando que no se trataría de “conceder jubilaciones” ni tampoco de “revisar las concedidas”, sino “tan solo de resolver acerca de la legitimidad de las decretadas”, resolvió que no podía entenderse “comprometida ni intervenida” la facultad privativa del Presidente de la República.

La jurisprudencia sería reiterada en *Alvarado con Fisco* (1954)⁵⁶, donde un exfuncionario del ejército demandó un aumento de su pensión. El Fisco alegó la incompetencia, invocando también el artículo 87. La Corte descartó infracción al artículo 4º de COT por tratarse de un asunto de naturaleza patrimonial. Respecto del artículo 87 sostuvo que en tanto los tribunales administrativos no sean creados “no es posible dejar a los particulares entregados a las probabilidades de exceso de poder” de las autoridades. Asimismo, agregó que “no habiéndose dictado la ley que organice y señale las atribuciones de esos tribunales administrativos y deslinde y determine las cuestiones o reclamaciones” que les corresponde conocer, “no es posible a los tribunales ordinarios de justicia inhibirse del conocimiento de asuntos o causas como la presente aún cuando aparentemente puedan... corresponder a tribunales administrativos cuando estos se establezcan efectivamente”.

Con fundamentos muy similares la Corte Suprema descartaría alegaciones de incompetencia en *Barboza con Fisco* (1954)⁵⁷ y *Herrera con Caja de Previsión de Defensa Nacional* (1964)⁵⁸, ambos respecto de remuneraciones y retiros.

En el caso *Sociedad Ferrocarril Aguas Blancas con Impuestos Internos* (1943)⁵⁹ se reclamó contra el cobro de un impuesto excesivo. El Fisco alegó la incompetencia del juzgado civil, pues el reclamo ejercido solo permitiría recurrir contra multas, no pudiendo el Poder Judicial controlar la determinación de un impuesto, a riesgo de infringir el artículo 4º de la Constitución (actual 7º), y el 4º de la LOAT. La Corte Suprema descartó la incompetencia por estimar que la atribución para juzgar acerca de la legalidad de una

⁵⁵ Corte Suprema, 10/9/1937.

⁵⁶ Corte Suprema, 5/1/1954.

⁵⁷ Corte Suprema, 22/7/1954.

⁵⁸ Corte Suprema, 3/11/1964, confirmando Corte de Apelaciones de Santiago, 16/6/1964.

⁵⁹ Corte Suprema, 7/1/1943.

multa “implica la facultad de juzgar sobre la legalidad del impuesto que la motiva” (c. 6º). Agregó que, aun de admitir la tesis de la defensa, los tribunales serían igualmente competentes por aplicación de “la regla universal contenida en el artículo 5º de la propia Ley Orgánica de Tribunales” (que establecía la competencia residual de la justicia ordinaria). En términos similares se resolvió *Compañía Minera Bellavista con Fisco* (1950)⁶⁰.

En el caso *Seguros La Estrella con Fisco* (1951)⁶¹ se demandó a la Dirección de Impuestos Internos por acoger una solicitud de reevalúo fiscal de conformidad con la ley, y luego dejarla sin efecto por instrucciones del Ejecutivo. En primera instancia se rechazó la demanda, pues “la cuestión materia de la litis es del resorte exclusivo de otro organismo administrativo, y que, en consecuencia, existía de parte de la justicia ordinaria una incompetencia absoluta para conocer de ella”. La Corte de Apelaciones revocó la sentencia y acogió la demanda. El Fisco dedujo recurso de casación en el fondo fundado en que la resolución del asunto correspondería exclusivamente a la Dirección. Al respecto, la Corte Suprema declaró:

“Que será menester referirse una vez más a las consideraciones que obstan a la aceptación de la tesis que sirve de fundamento capital a este como a los otros capítulos del recurso; pero cabe, sí, advertir todavía, en este motivo del recurso, que según él, la Dirección General de Impuestos Internos sería la llamada a decidir sobre la legalidad o ilegalidad de sus propias resoluciones, y basta enunciar este hecho para comprender que el legislador no ha pretendido establecer semejante absurdo” (c. 15).

Asimismo, agregó, que el derecho de los particulares a reclamar contra resoluciones administrativas que estimen ilegales “es, sin duda alguna, un asunto promovido en el orden temporal cuyo conocimiento atribuye la ley a los tribunales ordinarios” (c. 9º). Idéntica hipótesis de hecho se planteó en *Seguros La Tucapel* (1953)⁶², donde el Fisco opuso análogas excepciones, pero invocando también el artículo 87. La Corte resolvió en los mismos términos que el caso *La Estrella*, agregando respecto del artículo 87 que en tanto no se dicte la respectiva ley “no es posible precisar, por ahora, cuáles son las materias que, determinadamente, comprende la competencia de esos tribunales” (c. 15).

Finalmente, en el conocido caso *Camus con Dirección General de Pavimentación* (1961)⁶³ un grupo de vecinos demandó la improcedencia de cobros por obras de pavimentación. En primera instancia se acogió la demanda dejando sin efecto los cobros, pero la Corte de Apelaciones revocó la decisión declarando que “se trataba de una cuestión contencioso administrativa cuya resolución no correspondía a la justicia ordinaria”. La Corte Suprema casó la sentencia declarando que “mientras la ley no establezca y organice dichos tribunales administrativos y determine claramente la órbita de sus atribuciones, no se

⁶⁰ Corte Suprema, 19/12/1950.

⁶¹ Corte Suprema, 28/12/1951.

⁶² Corte Suprema, 3/8/1953.

⁶³ Corte Suprema, 23/5/1961.

puede excluir del conocimiento de la justicia ordinaria, la resolución de las acciones de carácter patrimonial” (c. 8º). Invocó el artículo 5 del COT y descartó infracción al artículo 4º, pues tal disposición impediría al poder judicial la intervención “en asuntos que incumbieran exclusivamente al poder Ejecutivo”, para cuyo conocimiento el artículo 87 de la Constitución habría previsto la creación de tribunales administrativos (c. 7º).

b) Casos de responsabilidad

La teoría del acto de autoridad también se planteó en el terreno de la responsabilidad del Estado, pero desde una perspectiva distinta. No se cuestionó la posibilidad de que los tribunales ordinarios juzguen a la administración; se hizo presente, simplemente, la necesidad de derivar la responsabilidad estatal de reglas que expresamente la reconocieran. La jurisprudencia acudió a la distinción francesa para delimitar el ámbito de la responsabilidad del Estado.

El antecedente de esta posición jurisprudencial parece ser el conocido caso *Mario Granja con Fisco* (1938)⁶⁴. El caso concierne a un carabinero que disparó a un transeúnte sin causa aparente, causándole graves lesiones. La Corte Suprema descartó la responsabilidad sobre la base de que el Estado “no tiene más responsabilidades directas que las que expresamente le impongan las leyes”, y el Código Civil no le impone responsabilidad por el hecho de sus funcionarios (c. 5º). A mayor abundamiento, sostuvo que “el carabinero no está al cuidado del Fisco” (c. 6º). Pese a la difusión que ha tenido este fallo, parece un pronunciamiento aislado en materia de responsabilidad.

En *Rettig con Fisco* (1941)⁶⁵ se condenó al Estado por la negligencia de un empleado de una empresa pública de agua en la manipulación de una sustancia tóxica. El descuido provocó la contaminación de un río, causando la muerte de animales que bebieron de sus aguas. Se estimó que los servicios a cargo de empresas públicas son actos de gestión del Estado, quien actuando como empresario responde conforme con las reglas generales del hecho del dependiente. Se descartó expresamente aplicar la doctrina del caso *Mario Granja*, pues “allí se presentó el caso relativo a un individuo que desempeñaba una función de las que son propias o características del Estado, y aquí se ha promovido una controversia relacionada con un acto que se realizó por un empleado adscripto a un servicio del cual el Fisco es empresario” (c. 3º). Con la misma lógica se condenó al Estado en *Aqueveque con Fisco* (1941)⁶⁶, por la muerte de una persona atropellada por un funcionario de correos, y en *Piña con Fisco* (1953)⁶⁷, donde un funcionario de la Dirección General de Aguas murió por el mal estado de un ascensor de sus dependencias.

En *Becker con Fisco* (1964)⁶⁸ los hechos son similares a los de *Mario Granja*, pero aquí sí comprometieron la responsabilidad del Estado. Se trata del accidente causado por

⁶⁴ Corte Suprema, 11/10/1938.

⁶⁵ Corte Suprema, 15/11/1941.

⁶⁶ Corte Suprema, 8/11/1944.

⁶⁷ Corte de Apelaciones de Santiago, 10/1/1953.

⁶⁸ Corte Suprema, 5/6/1964.

un policía en actividad de patrullaje. La Corte Suprema sostuvo que “la conducción de un automóvil fiscal (radiopatrullas) contrariando las ordenanzas del tránsito, gobernado por un carabinero, no es suficiente para considerar el hecho como acto de autoridad o de poder, sino que simplemente constituye un cuasidelito del que debe responder su autor o la entidad que tenga este a su cuidado” (c. 3º). Asimismo, la Corte pareció abrirse a la responsabilidad del Estado aun en presencia de actos de autoridad: “que son actos de autoridad aquellos que directamente emanan de una ley o reglamento y que si las personas encargadas de ejecutarlos obran dentro de las normas legales o reglamentarias no dan lugar a indemnización en contra del Estado” (c. 4º)⁶⁹. A *contrario sensu*, cuando se ejecutan fuera de las reglas, la responsabilidad sería procedente.

c) Casos pacíficos de justicia administrativa

Muchos otros casos dan cuenta de un control judicial pacífico, donde el asunto de la competencia ni siquiera se planteó. Con independencia de si se acogían o rechazaban las pretensiones reclamadas, se aprecia una justicia administrativa operando como una práctica regular. Al menos en lo que consigna la *RDJ*, estos casos parecen considerablemente más frecuentes que aquellos en los que la competencia fue motivo de discusión.

Así, por ejemplo: es procedente la rebaja de una patente comercial respecto de un giro adicional que es anexo al principal en un mismo establecimiento (*Murialdo*, 1933)⁷⁰; es ilegal el decreto municipal que prohíbe toda clase de apuestas, pues la ley solo permite restringir los “garitos o casas de juego o envite” y reglamentar las carreras de caballo (*Mirosa*, 1934)⁷¹; procede el reclamo contra la resolución de la autoridad sanitaria que impuso una multa y orden de cierre de una botica popular (*Jerko con Dirección General de Sanidad*, 1938)⁷²; es ilegal la ordenanza que fija impuestos a mataderos que no prestan el servicio de matar ganado al público (*Junta de Vecinos de Magallanes*, 1941)⁷³; es ilegal el acuerdo municipal que suprime los cargos municipales de matrona y dentista (*Schafer*, 1951)⁷⁴; es procedente el reclamo contra el valor de una expropiación (*Fisco con Díaz*, 1969)⁷⁵; es ilegal el decreto del alcalde que anula la autorización de funcionamiento de un cine sin acuerdo municipal; es igualmente ilegal el decreto alcaldicio que autoriza su funcionamiento “solo por un día” (*Massoud*, 1969)⁷⁶.

Pueden referirse también numerosos casos donde se rechazaban las pretensiones reclamadas por consideraciones de fondo, lo que presupone la competencia del

⁶⁹ A diferencia de estos casos, el caso *Arcaya con Municipalidad de Valparaíso* (1952) se resolvió llanamente conforme con el régimen de la culpa civil. Corte Suprema, 4/8/1952.

⁷⁰ Corte Suprema, 15/7/1933.

⁷¹ Corte Suprema, 11/1/1934.

⁷² Corte Suprema, 1/8/1938.

⁷³ Corte Suprema, 17/10/1941.

⁷⁴ Corte Suprema, 13/3/1951.

⁷⁵ Corte Suprema, 25/3/1969.

⁷⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 6/6/1969.

tribunal. Así, por ejemplo: las municipalidades deben fiscalizar la formación de nuevas poblaciones y pueden ordenar la suspensión de venta de sitios (*Sucesión Ross*, 1931)⁷⁷; la municipalidad no es parte en una reclamación de ilegalidad y por tanto no puede recurrir de casación (*Labarca*, 1939)⁷⁸; no procede conocer el reclamo de ilegalidad en sala, debiendo pronunciarse el tribunal pleno (*Escobar*, 1940)⁷⁹; el reclamo de ilegalidad solo procede ante la vulneración de un “derecho adquirido o un interés efectivo”, no una “mera expectativa” (*Leprivey*, 1943)⁸⁰; no procede una reclamación de ilegalidad interpuesta por el Banco Estado pues su finalidad es resguardar a los ciudadanos (*Banco del Estado*, 1964)⁸¹; se rechaza la reclamación del Banco Panamericano contra el acuerdo del Banco Central por no existir ilegalidad (*Banco Panamericano con Banco Central*, 1964)⁸²; el reclamo de ilegalidad es un solo reclamo con dos fases, de modo que la competencia de la Corte queda circunscrita “a los mismos hechos y fundamentos” deducidos ante el alcalde (*Pinochet*, 1966)⁸³.

d) El control oblicuo o indirecto

El caso *Juez de Melipilla con Presidente de la República* (1967)⁸⁴ es sindicado como un *leading case* del derecho administrativo por su importancia para superar el “problema de acceso formal a la jurisdicción”⁸⁵.

Tras el decreto presidencial que ordenó la reanudación de faenas del fundo “Paico Alto”, el afectado interpuso una querella de amparo ante el juzgado de letras de Melipilla y se trabó una contienda de competencia. El Ejecutivo argumentó que el decreto impugnado se trataba de un “acto de Gobierno” dictado en ejercicio de facultades “privativas y exclusivas”, porque los tribunales carecen de jurisdicción. Agregó que excepcionalmente la justicia ordinaria había sido habilitada para conocer acerca de determinados actos de autoridades administrativas, pero que no existe “ningún precepto de nuestra legislación que encargue a los tribunales de justicia el control de la legalidad o constitucionalidad de los decretos del Presidente de la República”. Al contrario, señaló, el artículo 4º del COT prohibiría semejante intervención.

La Corte Suprema rechazó la contienda argumentando que el querellante no pretendía una declaración “acerca de la validez o nulidad de un decreto supremo”, en relación con ello “los tribunales de justicia carecen de jurisdicción” (c. 6º). Sin embargo, estarían “plenamente facultados para desconocer eficacia al acto de autoridad que excede los

⁷⁷ Corte Suprema, 27/11/1931.

⁷⁸ Corte Suprema, 7/1/1939.

⁷⁹ Corte Suprema, 21/12/1940.

⁸⁰ Corte Suprema, 12/1/1943.

⁸¹ Corte Suprema, 13/11/1964.

⁸² Corte Suprema, 30/10/1964.

⁸³ Corte de Apelaciones de Santiago, 14/11/1966.

⁸⁴ Corte Suprema, 3/5/1967.

⁸⁵ CORDERO, 2017, p. 54. En el mismo sentido, FERRADA, 2021, pp. 49-50.

límites” (c. 7º). Aunque el artículo 87 no es referido en el fallo, no se puede descartar que ciertos razonamientos determinen su existencia⁸⁶. En cualquier caso, mucho más gravitante fue el artículo 4º del COT, como se aprecia del fallo y el voto de minoría⁸⁷.

La sentencia cuenta con una larga prevención del Ministro Varas, cuyos planteamientos servirán de base en varias sentencias posteriores. El Ministro sostuvo que si bien no se puede desconocer la atribución del Presidente de la República para dictar decretos supremos, “esta facultad no es ilimitada”. Por eso, cuando los decretos exceden el marco legal, los tribunales ordinarios son competentes para “no aplicar” reglamentaciones contrarias a derecho. Si bien no pueden declarar la nulidad, negar todo conocimiento a la justicia ordinaria “sería desconocer la obligación primordial que el Poder Judicial tiene de hacer justicia”. Esta sería, según concluye, la doctrina “reconocida unánimemente por todos los profesores de derecho administrativo”, refiriendo diversos autores (c. 5º).

Los razonamientos vertidos en *Juez de Melipilla* serán reiterados en diversos casos de intervenciones de industrias, resistidas mediante acciones posesorias. Así ocurre en *Bravo Ramos* (1972)⁸⁸, *Rayonhil Industria Nacional* (1973)⁸⁹, *Paños Oveja Tomé* (1973)⁹⁰ y *Tejidos Caupolicán* (1974)⁹¹. En los últimos dos casos, sin embargo, se hace mención explícita al artículo 87. En ambos casos la Corte Suprema fue más allá de aceptar meramente un control oblicuo y declaró la competencia de la justicia ordinaria en ausencia de la especial, como queda particularmente claro en *Tejidos Caupolicán*:

“Que el artículo 87 de nuestra Constitución Política anuncia que habrá Tribunales administrativos para resolver las reclamaciones que se interpongan contra los actos o disposiciones arbitrarias de las autoridades políticas o administrativas. La disposición anterior contiene un programa a futuro; el propósito de un nuevo ordenamiento jurídico que solo podrá ser realidad al dictarse las leyes que establezcan estos nuevos Tribunales y fijen su organización y atribuciones. Mientras tanto estas materias no se han sustraído del conocimiento de los Tribunales Ordinarios” (c. 5º).

Las categorías de casos expuestas en esta sección muestran que el fenómeno de la incompetencia para juzgar a la administración no fue masivo y, allí donde se planteó, la tesis no fue acogida. La incompetencia parece tener cabida en los casos del denominado control oblicuo o indirecto, pues su propia formulación asume una restricción para ejercer un control directo. Sin embargo, en todos estos casos, el fundamento aparece nuevamente

⁸⁶ “Si se pidiera derechosamente a un tribunal la declaración de ilegalidad de un decreto supremo, para lo cual es manifiesto que carece de jurisdicción, en razón de texto expreso...” (c. 8).

⁸⁷ El fallo fue acordado con el voto en contra de cuatro ministros, quienes estuvieron por dar lugar a la contienda de competencia en razón de la doctrina de la injustificabilidad de los “actos políticos” y el principio de separación de poderes consagrado en la Constitución (c. 1º).

⁸⁸ Corte Suprema, 27/9/1972.

⁸⁹ Corte Suprema, 5/9/1973.

⁹⁰ Corte Suprema, 31/10/1973.

⁹¹ Corte Suprema, 28/10/1974.

más asociado al artículo 4º del COT que al artículo 87. Aun cuando pudiera suponerse que la racionalidad del artículo 87 operó de modo implícito en los casos de control oblicuo, los tribunales igualmente los conocieron, censurando la actuación administrativa.

IV. CONCLUSIONES

La comprensión histórica dominante de nuestra justicia administrativa sufre de una grave distorsión. Por una parte, ha amplificado cuantitativamente y cualitativamente la importancia del artículo 87, en desmedro del papel que jugó el artículo 4º de la LOAT y del COT, antes y después de 1925. Por otra, ha ignorado la justicia administrativa que se desplegó regularmente durante el siglo XX.

Es verdad que ciertos decretos supremos del Presidente de la República motivaron declaraciones de incompetencia, pero estas provenían de antes de la Constitución de 1925 y en la mayoría de los casos continuaron planteándose conforme con los mismos términos. Aún más, la discusión en muchos casos no parece estrictamente de competencia procesal, sino más bien de justiciabilidad de ciertas atribuciones exclusivas de la administración, en línea con las ideas del acto de gobierno y la racionalidad del artículo 4º de la LOAT y el COT.

En materia de responsabilidad, la doctrina de los actos de autoridad nunca ofreció una matriz orientativa clara, generando pronunciamientos jurisprudenciales confusos e inconsistentes. Sin embargo, en la mayoría de los casos referidos por la doctrina, la responsabilidad del Estado fue igualmente declarada por los tribunales. La sola existencia de vacilaciones dogmáticas acerca del régimen de fondo aplicable conduce a descartar un auténtico problema de competencia.

Los casos de control oblicuo operan sobre una incompetencia de base, pero la propia noción da cuenta de que de todos modos se ejerció control sobre la administración; si alguna “incompetencia” cupiera en este ámbito se restringiría a nivel de la intervención judicial (poder de anulación), pero en ningún caso al conocimiento del asunto. Nuevamente, la matriz teórica del problema de la incompetencia parece anclarse en los límites difusos del artículo 4º del COT más que en la aplicación binaria de una regla meramente procesal.

Entender el rol histórico que efectivamente jugó el artículo 87 permite una lectura mucho más fidedigna de nuestra justicia administrativa. La jurisprudencia del siglo XX muestra un control judicial recurrente, donde el problema de la incompetencia fue acotado. Desde el plano normativo, el artículo 87 no dispuso denegación alguna de competencia. Desde el plano fáctico, tampoco la generó.

BIBLIOGRAFÍA

- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2011: *Derecho Administrativo General*, (2^a edición), Santiago: Legal Publishing.
- BORDALÍ SALAMANCA, Andrés y FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, 2008: *Estudios de Justicia Administrativa* Santiago: Legal Publishing.
- CORDERO VEGA, Luis, 2015: *Lecciones de Derecho Administrativo* (2^a edición), Santiago: Legal Publishing.
- CORDERO VEGA, Luis, 2017: “La importancia de los jueces de la Corte Suprema en la construcción del derecho administrativo chileno”, en García, José y Pastor, Rafael (eds.), *Grandes jueces chilenos. Actas de las I Jornadas de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile*, Santiago, Editorial Ediciones Jurídicas, pp. 53-64.
- FARRÁN MARTÍNEZ, Ángelo, 2017: “La justicia administrativa en Chile: un análisis en retrospectiva”, *Derecho y Humanidades*, N°29, pp. 115-147.
- FAÚNDEZ, Julio, 2011: *Democratización, Desarrollo y Legalidad, Chile 1831-1973*, Santiago: Universidad Diego Portales.
- FERRADA BÓRQUEZ, Juan Carlos, 2021: *Justicia Administrativa*, Santiago: DER Ediciones.
- FONTECILLA, Mariano, 1953: “Facultad o jurisdicción de los tribunales ordinarios para conocer de ciertas materias relacionadas con decretos del Presidente de la República”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo L, N° 7 y 8, pp. 75-84
- HUNEEUS ZEGERS, Jorge, 2016: *Obras de don Jorge Huneeus: la Constitución ante el Congreso*, tomo II, Universidad de Chile, Ediciones del Archivo Central Andrés Bello, Tribunal Constitucional de Chile. Disponible en <https://doi.org/10.34720/pyf7-6730>
- LE YONCOURT, Tiphaïne, 2017, “Le contentieux administratif dans l’histoire du droit électoral local”, *Revue du droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 6, pp.1525-1540.
- PANTOJA BAUZÁ, Rolando, 2005: “La inexplicable ausencia de una Justicia Administrativa en el Estado de Chile”, *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, N° 13, pp. 27-69.
- PIERRY ARRAU, Pedro, 2001: “Transformaciones del Derecho Administrativo en el Siglo XX”. 2001, *Revista de Derecho. Consejo de Defensa del Estado*, N°5, pp. 29-61.
- SILVA CIMMA, Enrique, 1996: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado. El Control Público*, Santiago: Editorial Jurídica.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1977: “Lo contencioso administrativo y los Tribunales Ordinarios de Justicia. Excepción de incompetencia”, *Revista de derecho público*, N°21-22, pp. 233-250.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: *Derecho Administrativo*, t. II, Santiago: Editorial Jurídica.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, 2017: “Reflexiones sobre las acciones en derecho administrativo” en Schopf Olea, Adrián, y Marín González, Juan Carlos (eds.), *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios en homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Legal Publishing), pp. 349-431.
- VALDIVIA OLIVARES, José Miguel, 2018: *Manual de Derecho Administrativo*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- VARGAS, Moisés, 1917: “La antigua teoría de la separación de los poderes y la moderna doctrina de la colaboración de los poderes públicos como fundamento del Derecho Administrativo”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, N°4, pp. 79-99.

Jurisprudencia Citada

- CONSEJO de Estado, 2 de septiembre de 1907, contienda de competencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, sec. 1^a, pp. 53-56 (JUZGADO DE LETRAS DE SANTIAGO CON PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA).
- CORTE Suprema, 25 de septiembre de 1907, casación en la forma, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, sec. 1^a, pp. 58-63 (PALACIOS CON FISCO).
- CORTE Suprema, 25 de octubre de 1907, casación de oficio, *Revisia de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, sec. 1^a, pp. 103-105 (SALINAS CON FISCO).
- CORTE Suprema, 27 de noviembre de 1907, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, sec. 1^a, pp. 139-144 (CORNEJO CON MUNICIPALIDAD DE IQUIQUE).
- CORTE Suprema, 11 de enero de 1908, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, sec. 1^a, pp. 213-217 (WUTH CON FISCO).
- CORTE Suprema, 19 de junio de 1908, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo V, sec. 1^a, pp. 429-441 (FISCO CON ROSS DE EDWARDS).
- CONSEJO de Estado, 26 de octubre de 1908, contienda de competencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VI, sec. 1^a, pp. 49-57 (ETCHART CON FISCO).
- CORTE Suprema, 19 de diciembre de 1912, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XI, sec. 1^a, pp. 168-180 (MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO).
- CORTE Suprema, 1 de octubre de 1913, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 1^a, pp. 77-80 (NAVARRETE CON MUNICIPALIDAD DE CHILLÁN).
- CORTE Suprema, 9 de mayo de 1914, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 1^a, pp. 330-336 (SALINAS CON MUNICIPALIDAD DE SAN ANTONIO).
- CORTE Suprema, 29 de mayo de 1914, casación de oficio, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, t. XV, sec. 1^a, pp. 86-89 (MONTERO CON FISCO).
- CORTE Suprema, 30 de junio de 1914, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 1^a, pp. 297-300 (LARA).
- CORTE Suprema, 30 de octubre de 1914, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 1^a, pp. 504-511 (MUNICIPALIDAD DE COQUIMBO).
- CORTE Suprema, 4 de noviembre de 1914, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 1^a, pp. 443-446 (PEÑAFIEL CON MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO).
- CORTE Suprema, 14 de enero de 1915, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XII, sec. 1^a, pp. 576-581 (MUNICIPALIDAD DE VICUÑA).
- CORTE Suprema, 18 de octubre de 1918, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVI, sec. 1^a, pp. 313-320 (AHUMADA CON COMPAÑÍA DE GAS).
- CORTE Suprema, 30 de diciembre de 1918, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVI, sec. 1^a, pp. 528-531 (LATAPIA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 4 de enero de 1919, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XVI, sec. 1^a, pp. 561-569 (FERROCARRILES DE ANTOFAGASTA A BOLIVIA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 11 de septiembre de 1920, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIX, sec. 1^a, pp. 292-296 (PODLECH CON FISCO).
- CORTE Suprema, 31 de mayo de 1921, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XX, sec. 1^a, pp. 375-384 (VILLAVICENCIO CON FISCO).
- CORTE Suprema, 27 de noviembre de 1931, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIII, sec. 1^a, pp. 213-220 (SUCESIÓN ROSS).
- CORTE Suprema, 15 de julio de 1933, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXX, sec. 1^a, pp. 482-484 (MURIALDO).

- CORTE Suprema, 11 de enero de 1934, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXI, sec. 1^a, pp. 245-251 (MIROSA).
- CORTE Suprema, 10 de septiembre de 1937, contienda de competencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXV, sec. 1^a, pp. 37-39 (ARENAS CON FISCO).
- CORTE Suprema, 1 de enero de 1938, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVI, sec. 1^a, pp. 137-138 (JERKO CON DIRECCIÓN GENERAL DE SANIDAD).
- CORTE Suprema, 11 de octubre de 1938, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVI, sec. 1^a, pp. 277-283 (MARIO GRANJA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 7 de enero de 1939, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVI, sec. 1^a, pp. 441-442 (LABARCA).
- CORTE Suprema, 21 de diciembre de 1940, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXVIII, sec. 1^a, p. 527 (ESCOBAR).
- CORTE Suprema, 17 de octubre de 1941, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIX, sec. 1^a, pp. 277-289 (JUNTA DE VECINOS DE MAGALLANES).
- CORTE Suprema, 15 de noviembre de 1941, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIX, sec. 1^a, pp. 343-346 (RETTIG CON FISCO).
- CORTE Suprema, 27 de abril de 1942, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXIX, sec. 1^a, pp. 548-554 (COMUNIDAD SALITRERA SAN JOSÉ CON FISCO).
- CORTE Suprema, 7 de enero de 1943, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXX, sec. 1^a, pp. 386-391 (SOCIEDAD FERROCARRIL AGUAS BLANCAS CON IMPUESTOS INTERNOS).
- CORTE Suprema, 12 de enero de 1943, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XXXX, sec. 1^a, pp. 440-448 (LEPRIVEY).
- CORTE Suprema, 8 de noviembre de 1944, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLII, sec. 1^a, pp. 392-399 (AQUEVEQUE CON FISCO).
- CORTE Suprema, 14 de octubre de 1947, casación de oficio, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLV, sec. 1^a, pp. 248-250 (MONTERO CON COMISARIATO DEPARTAMENTAL DE LA SERENA).
- CORTE Suprema, 19 de diciembre 1950, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVII, sec. 1^a, pp. 575-578 (COMPAÑÍA MINERA BELLAVISTA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 13 de marzo de 1951, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVIII, sec. 1^a, pp. 54-56 (SCHAFER).
- CORTE Suprema, 28 de diciembre de 1951, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLVIII, sec. 1^a, pp. 610-620 (SEGUROS LA ESTRELLA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 4 de agosto de 1952, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XLIX, sec. 1^a, pp. 281-284 (ARCAYA CON MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 10 de enero de 1953, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo L, sec. 2^a, pp. 11-17 (PiÑA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 3 de agosto de 1953, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo L, sec. 1^a, pp. 261-265 (SEGUROS LA TUCAPEL CON FISCO).
- CORTE Suprema, 5 de enero de 1954, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, sec. 1^a, pp. 4-8 (ALVARADO CON FISCO).
- CORTE Suprema, 22 de julio de 1954, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LI, sec. 1^a, pp. 387-390 (BARBOZA CON FISCO).
- CORTE Suprema, 23 de mayo de 1961, casación en la forma, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LVIII, sec. 1^a, pp. 144-150 (CAMUS CON DIRECCIÓN GENERAL DE PAVIMENTACIÓN).
- CORTE Suprema, 9 de enero de 1964, contienda de competencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXI, sec. 1^a, pp. 7-14 (SOCOTRANSICO CON FISCO).

- CORTE Suprema, 5 de junio de 1964, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXII, sec. 1^a, pp. 6-13 (BECKER CON FISCO).
- CORTE Suprema, 30 de octubre de 1964, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXI, sec. 1^a, pp. 329-351 (BANCO PANAMERICANO CON BANCO CENTRAL).
- CORTE Suprema, 3 de noviembre de 1964, casación en la forma y en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXI, sec. 1^a, pp. 358-372 (HERRERA CON CAJA DE PREVISIÓN DE DEFENSA NACIONAL), confirmando Corte de Apelaciones de Santiago, 16 de junio de 1964.
- CORTE Suprema, 13 de noviembre de 1964, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXI, sec. 1^a, pp. 390-392 (BANCO DEL ESTADO DE CHILE).
- CORTE Suprema, 3 de mayo de 1967, contienda de competencia, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXIV, pp. 109-120 (JUEZ DE MELIPILLA CON PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA).
- CORTE Suprema, 25 de marzo de 1969, casación en la forma y en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVI, sec. 1^a, pp. 21-24 (FISCO CON DÍAZ).
- CORTE Suprema, 27 de septiembre de 1972, queja, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXIX, sec. 4^a, pp. 159-167 (BRAVO RAMOS).
- CORTE Suprema, 5 de septiembre de 1973, casación en el fondo, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXX, sec. 1^a, pp. 66-71 (RAYONHIL INDUSTRIA NACIONAL).
- CORTE Suprema, 31 de octubre de 1973, casación de oficio, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXX, sec. 1^a, pp. 78-80 (PAÑOS OVEJA TOMÉ).
- CORTE Suprema, 28 de octubre de 1974, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXXI, sec. 1^a, pp. 147-152 (TEJIDOS CAUPOLICÁN).
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, 17 de diciembre de 1903, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo I, pp. 374-376 (MOYANO CON POBLETE).
- CORTE de Apelaciones de La Serena, 15 de junio de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo II, sec. 2^a, pp. 106-109 (JOFRÉ CON MIEMBROS DE LA MUNICIPALIDAD DE MONTE PATRÍA).
- CORTE Apelaciones de Santiago, 16 de agosto de 1904, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo II, sec. 1^a, pp. 15-18 (MELOSSI).
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, 9 de mayo de 1908, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VI, sec. 2^a, pp. 125-127 (PRIETO CON MUNICIPALIDAD DE VALPARAÍSO).
- CORTE de Apelaciones de Talca, 15 de mayo 1908, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo VII, sec. 2^a, pp. 1-3 (ROJAS CON MUNICIPALIDAD DE CHILLÁN).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 15 de marzo de 1916, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIV, sec. 2^a, pp. 25-26 (VALDÉS CON MUNICIPALIDAD DE SANTIAGO).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 13 de junio de 1916, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo XIII, sec. 2^a, pp. 41-48 (CABALLERO CON MUNICIPALIDAD DE SAN FELIPE).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 14 de noviembre de 1966, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXIII, sec. 2^a, pp. 157-162 (PINOCHE).
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 6 de junio de 1969, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo LXVI, sec. 2^a, pp. 38-39 (MASSOUD).

Identidad subjetiva del principio *non bis in idem* en los procedimientos administrativos sancionadores

Úrsula Patroni Vizquerra*

RESUMEN

En este artículo se analiza la identidad subjetiva como parte de los elementos constitutivos del principio non bis in idem, aplicable a los procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia en Perú. La finalidad es determinar si a la luz de lo regulado en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas y en la Ley del Procedimiento Administrativo General, en la sanción impuesta a una persona jurídica y a su representante en virtud de un mismo hecho, existe una identidad subjetiva por la que se haga necesaria la aplicación de los postulados de protección del principio non bis in idem. A partir de este análisis, se intentan establecer las posibles consecuencias que se podrían derivar, y en especial, se evalúa la posible nulidad del acto administrativo.

Identidad subjetiva; principio *non bis in idem*; procedimiento administrativo sancionador

Subjective coincidence in the double jeopardy principle regarding administrative penalty proceedings

ABSTRACT

This article analyzes the subjective coincidence as part of the elements that constitute the double jeopardy principle, applicable to administrative proceedings aimed to impose a penalty regarding anti-trust legislation in Peru. The purpose of establishing it is according to the Law for the Repression of Anti-Trust conducts is approved, as well as the Law for the General Administrative Proceedings, in the imposition of a penalty to a corporation and its representatives, based on the very same facts, exists a subjective coincidence that will make applicable the provisions of the

* Abogada, Universidad de Lima, Perú. Máster Universitario en Derecho y Administración Local, Universidad de Almería y Universidad de Burgos, España. Maestría en Administración de Empresas, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, Perú. Máster Universitario en Derecho de los Negocios, Universidad Francisco de Vitoria, España. Profesora de Derecho, Universidad de Lima, Perú. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6233-3519>. Correo electrónico: upatroni@ulima.edu.pe.

Este artículo se desarrolló como parte del proyecto de investigación “Identidad subjetiva del principio *Non bis in idem* en el procedimiento administrativo sancionador de competencia” del Instituto de Investigación Científica (IDIC) de la Universidad de Lima, Perú.

Artículo recibido el 28.4.2025 y aceptado para su publicación el 7.8.2025.

double jeopardy guarantee. The previously mentioned analysis also pretends to determine possible consequences of the described case, where the annulment of the administrative act is one of the possible results to be evaluated in this work.

Subjective coincidence; Double Jeopardy Principle; Administrative Penalty Proceedings

I. INTRODUCCIÓN

Un procedimiento administrativo sancionador se puede definir como la materialización del *ius puniendi* del Estado, ejercido mediante la potestad sancionadora derivada de su función administrativa. El ejercicio de la potestad sancionadora está limitado por las garantías con las que cuentan los administrados para asegurar el respeto a sus derechos¹. En este contexto, cobra vital relevancia el principio *non bis in idem*, principio extrapolado del derecho penal, que materializa la garantía de no ser condenado dos veces por un mismo hecho².

El principio *non bis in idem*, también conocido como la prohibición de la doble sanción, impide que una persona sea sancionada más de una vez por un mismo hecho, bajo el mismo fundamento y respecto del mismo sujeto. En el derecho administrativo sancionador peruano, su aplicación se sustenta en la concurrencia de tres elementos constitutivos: la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento. La interrelación de estos elementos condiciona la vigencia del principio y delimita el alcance de la potestad sancionadora del Estado.

El principio *non bis in idem* ha sido desarrollado, como lo señala Aguilera, con base en las dos dimensiones que presenta, la dimensión material que impide que se sancione a una persona dos o más veces por los mismos hechos y fundamentos, y la dimensión procesal, que establece el impedimento a someter por los mismos hechos, a una persona, a más de un proceso³. Sin embargo, el problema va más allá de las dimensiones del principio y apunta, más bien, a los elementos constitutivos del mismo, habida cuenta que el elemento subjetivo se convierte en un requisito indispensable, de manera conjunta con la obligación de la existencia de la identidad de hecho y la identidad de fundamento, para que opere la interdicción de la duplicación sancionadora.

Cubero efectúa un análisis de las aporías del ídem, en el que se resalta una dificultad que la identidad subjetiva representa en su aplicación, cuando se tiene que dilucidar la distinción entre persona física y jurídica⁴ y es que, en el caso de esta última, al ser una creación jurídica, su voluntad se manifiesta mediante personas naturales, las que se encuentran investidas de los poderes de representación para exteriorizar su voluntad y materializar la toma de decisiones.

¹ Véase Caso Baena Ricardo *vs.* Panamá, párr. 127, y Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) *vs.* Ecuador.

² NIETO, 2018, p.429.

³ AGUILERA, 2006, p. 483.

⁴ CUBERO MARCOS, 2018, p 261.

En el ordenamiento peruano, en los procedimientos administrativos sancionadores en materia de libre competencia, se ha evidenciado un patrón normativo y resolutivo, donde se sanciona a las personas naturales que instrumentalizan la voluntad de las personas jurídicas, por la comisión de una infracción que atenta contra la libre competencia y, por el mismo hecho y fundamento, una sanción simultánea a las personas jurídicas como responsables de la comisión de la conducta anticompetitiva. Esta situación plantea interrogantes en torno a la configuración de la identidad subjetiva del principio *non bis in idem*, pues si bien se trata formalmente de dos sujetos distintos, ambos pueden estar actuando mediante una única voluntad que da lugar a la conducta sancionable.

De ahí que la presente investigación busca determinar la configuración de la identidad subjetiva del principio *non bis in idem* respecto de la persona jurídica y a sus representantes, en el procedimiento administrativo sancionador de competencia en el derecho peruano. Así, se intentará mostrar que el elemento subjetivo como requisito para la aplicación del principio *non bis in idem* se configura incluso cuando se trata de dos sujetos de derecho distintos, siempre y cuando se encuentren articulados en una única voluntad, para que se cometa la infracción materia de sanción.

A partir de esto, se presentará una serie de conclusiones, en las que se demostrará la configuración de la identidad subjetiva del principio *non bis in idem* y cómo esto produce la emisión de actos administrativos viciados de nulidad, como consecuencia de imponer una sanción a la persona jurídica y otra, a sus representantes, pese a que se trata de una vulneración del principio *non bis in idem* habilitada por una norma legal y no por la determinación de la Administración pública.

En ese sentido, se ha partido de un análisis jurídico, con especial énfasis en los conceptos legales y en las fuentes del derecho comparado, con incidencia en el desarrollo doctrinal, legislativo y jurisprudencial a nivel iberoamericano, para luego establecer semejanzas y diferencias con el ordenamiento jurídico peruano.

II. EL PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM* EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR PERUANO

El principio del *non bis in idem* como principio del derecho que proscribe la doble sanción tiene sus orígenes, a decir de Domingo y Rodríguez, en el derecho romano, en particular en la *Lex Acilia repetundarum*⁵.

Este principio, que en el ordenamiento jurídico peruano se encuentra positivizado a nivel legal en el artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444⁶ (en adelante la Ley del Procedimiento Administrativo General), ha sido motivo de pronunciamiento por parte del Tribunal Constitucional del Perú⁷, el que ha

⁵ DOMINGO y RODRÍGUEZ, 2000, p. 92.

⁶ Ley N° 27444, 2001.

⁷ Tribunal Constitucional del Perú, Sentencias de los Expedientes 02050-2002-AA/TC, 02868-2004-AA/TC y 00361-2010-PA/TC.

señalado que si bien no tiene un reconocimiento expreso en la Constitución Política del Perú, no es menos cierto que es una garantía constitucional de carácter implícito⁸, que forma parte del contenido del núcleo fundamental del debido proceso, consagrado en el inciso tercero del artículo 139 de la Constitución⁹, con base en lo establecido en su Cuarta Disposición Final y Transitoria, que prescribe que los derechos y libertades que se encuentran reconocidos en la Constitución se deben interpretar de acuerdo con los tratados y acuerdos internacionales pertinentes a derechos humanos, así como de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos¹⁰.

A partir de lo señalado en esta Cuarta Disposición Final y Transitoria, Neves afirma que se ha establecido un criterio hermenéutico que sujetá el sentido de los preceptos de la parte dogmática de la Constitución al que se dé en los tratados referidos a la misma materia, que estén incorporados al derecho peruano interno¹¹.

Así, el Tribunal Constitucional ha dispuesto que, con base en que la interpretación y aplicación de los derechos y libertades fundamentales se efectúa conforme con los tratados acerca de derechos humanos en los que el Estado peruano es parte¹² y debido a que la Convención Americana de Derechos Humanos en su artículo 8 ha establecido que “El inculpado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos”¹³, el ordenamiento jurídico peruano tiene reconocido a nivel constitucional, como derecho implícito que forma parte del debido proceso, al principio *non bis in idem*.

Situación similar ha ocurrido en Chile, donde el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio del *non bis in idem* no aparece consagrado en forma explícita en la Carta Fundamental, como tampoco aparece mencionado, de manera desarrollada, el principio del debido proceso legal. Sin embargo, argumenta el Tribunal Constitucional, se debe entender que el principio del *non bis in idem* forma parte del conjunto de derechos que los órganos del Estado deben respetar y promover en virtud del reconocimiento como fuente de esos derechos, tanto a la propia Carta Fundamental como a los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes¹⁴. Corroborando su posición, el Tribunal Constitucional de Chile ha indicado que el principio del *non bis in idem* es la base esencial de todo ordenamiento penal democrático¹⁵.

Regresando al ámbito peruano, el Tribunal Constitucional ha determinado en la sentencia del caso Carlos Ramos Colque, que el principio del *non bis in idem* tiene una doble configuración: por un lado, una connotación procesal; y por el otro, una versión sustantiva o material, que imposibilita que recaigan dos sanciones sobre el mismo

⁸ Tribunal Constitucional del Perú, 8.4.2021, Sentencia del Expediente 03431-2017-PHC/TC.

⁹ Constitución Política del Perú, 1993.

¹⁰ Constitución Política del Perú, 1993.

¹¹ NEVES, 1999, p.196.

¹² Tribunal Constitucional del Perú, 6.4.2003, Sentencia del Expediente 2050-2002-HC/TC.

¹³ Convención Americana de Derechos Humanos, 1978.

¹⁴ Tribunal Constitucional de Chile, 4.7.2001, rol 2133-11-INA.

¹⁵ Tribunal Constitucional de Chile, 25.9.2016, rol 2896-15-INA.

sujeto por una misma infracción, porque tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador, contrario a las garantías propias del Estado de derecho¹⁶.

Al respecto, Mañalich señala que el principio *non bis in idem* contiene una conjunción de dos estándares susceptibles de ser diferenciados en atención a sus respectivas condiciones operativas. Se trata entonces de una prohibición de punición múltiple por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar sustantivo de adjudicación; y como una prohibición de juzgamiento múltiple por un mismo hecho, que se hace operativa como estándar de clausura procesal¹⁷. Por su parte, Gómez se suma a la idea de que el principio *non bis in idem* puede ser analizado desde dos perspectivas, una material o sustantiva, para que se impida imponer a un sujeto un doble castigo por un mismo hecho y fundamento y, la otra, de orden procesal, la que prohíbe someter a más de un proceso a un mismo sujeto por los mismos hechos y fundamento, tras una decisión con carácter de cosa juzgada¹⁸.

Por su parte, en relación con el estándar material, López Barja de Quiroga señala que el principio de *non bis in idem* impide que pueda existir un doble enjuiciamiento (*bis de eadem re ne sit actio*) sobre el mismo hecho respecto de la misma persona. Indica así, que se trata de evitar el riesgo de que ocurra la doble sanción y se anticipa la norma evitando el peligro de un nuevo juicio¹⁹.

En España, el Tribunal Constitucional ha señalado que el principio *non bis in idem* determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia si resultan de la aplicación de normativas diferentes; pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado²⁰.

En Perú, como ya ha sido señalado, el principio del *non bis in idem* se encuentra positivizado en la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley N° 27444²¹. Este principio, que garantiza la proscripción de la duplicidad sancionadora, está expresamente recogido en el numeral 11 del artículo 230, que regula los principios especiales que rigen la potestad sancionadora.

La Ley del Procedimiento Administrativo General establece que cuando concurra la triple identidad, esto es, la identidad de sujeto, de hecho y de fundamento, no podrá imponerse una pena y una sanción de manera sucesiva o simultánea. Además, la norma

¹⁶ Tribunal Constitucional del Perú, 6.4.2003. Sentencia del Expediente 2050-2002-HC/TC.

¹⁷ MAÑALICH, 2014, p. 547.

¹⁸ GÓMEZ GONZÁLEZ, 2017, p 106.

¹⁹ LÓPEZ BARJA DE QUIROGA, 2004, p.57.

²⁰ Tribunal Constitucional de España, 3.10.1983, Sentencia N° 77/1983.

²¹ Ley N° 27444, 2001.

modificada por el artículo 2 del Decreto Legislativo N° 1272²², precisa que esta prohibición existe también para sanciones administrativas, reafirmando la proscripción de la duplicidad sancionadora en todas sus formas.

Lo primero que se advierte del principio del *non bis in idem* regulado en la Ley del Procedimiento Administrativo General es que, en sede administrativa, la prohibición solo se aplica en su vertiente material; es decir, solo reconoce la garantía de la interdicción de la doble condena, un concepto acuñado por el Tribunal Constitucional de España²³.

Queda claro que, en el ámbito del derecho administrativo y conforme con lo dispuesto en la Ley del Procedimiento Administrativo General, el principio de *non bis in idem* prohíbe la imposición de dos sanciones cuando concurren la identidad del sujeto, hecho y fundamento. En ese sentido, en casos donde existan dos procedimientos sancionadores, ya sea de manera sucesiva o simultánea, sin importar si se tramitan ante la misma autoridad administrativa o ante diferentes administraciones, el principio de *non bis in idem* no podrá ser invocado mientras no se haya impuesto efectivamente una sanción derivada de uno de los procedimientos. Esto se debe a que, como ya se ha explicado anteriormente, la normativa administrativa no contempla una vertiente procesal que impida que se tramite sucesiva o simultáneamente dos procedimientos administrativos sancionadores.

Es importante destacar que la regulación respecto del procedimiento administrativo sancionador, así como la aplicación de los principios que rigen la potestad sancionadora establecidos en la Ley del Procedimiento Administrativo General, son de observancia obligatoria para todos los procedimientos sancionadores especiales. Esto se debe a que la Ley del Procedimiento Administrativo General es una norma común aplicable a todos los procedimientos sancionadores, que tiene garantías para los administrados establecidas como estándares mínimos de aplicación.

La Ley del Procedimiento Administrativo General es clara al indicar que “todos los procedimientos establecidos en leyes especiales deben observar necesariamente los principios de la potestad sancionadora administrativa” consagrados en dicha ley, además de indicar con carácter obligatorio que “los procedimientos especiales no pueden imponer condiciones menos favorables a los administrados”²⁴ que las previstas en el capítulo correspondiente al procedimiento sancionador.

Con base en lo anteriormente señalado, es innegable que la Ley del Procedimiento Administrativo General, como ley de garantías mínimas aplicables a todos los procedimientos administrativos, incluso a los sancionadores especiales, es una norma de cumplimiento imperativo que destierra la vieja discusión de la especificidad de las normas y la supletoriedad de su aplicación.

En consideración a que el principio del *non bis in idem* rige la potestad sancionadora para proscribir la aplicación de dos sanciones, cuando se presente la aludida triple identidad en procedimientos administrativos sancionadores, se concluye que este principio

²² Decreto Legislativo N° 1272, 2016.

²³ Tribunal Constitucional de España, 13.3.23, Sentencia N° 2/2023.

²⁴ Ley N° 27444, 2001.

debe ser respetado incluso en procedimientos especiales como son los procedimientos sancionadores de libre competencia que se encuentran regulados en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²⁵.

III. IDENTIDAD SUBJETIVA DEL PRINCIPIO *NON BIS IN IDEM* EN LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES DE LIBRE COMPETENCIA

La Comisión de Defensa de la Libre Competencia (en adelante la Comisión), ha aplicado adicionalmente multas a las personas naturales que actúan como representantes tras determinar la responsabilidad de la persona jurídica y sancionar a estas por la comisión de una infracción a las normas que protegen la libre competencia.

Es precisamente el caso del Expediente N° 007-2021/CLC, donde, por medio de la Resolución N° 052-2023/CLC-INDECOPI, se estableció la responsabilidad de una persona jurídica por concurrir en una práctica colusoria horizontal. Esta consistió en concertar el reparto de proveedores, concretamente a aquellos que pertenecen al mercado de trabajadores del sector de la construcción, a nivel nacional entre los años 2011 y 2017. Con base en la determinación de esta conducta, se impuso a la persona jurídica una multa de 271,68 Unidades Impositivas Tributarias (doscientos setenta y un con 68/100 UIT). Adicionalmente, la Comisión determinó la responsabilidad del gerente de gestión del talento humano y sostenibilidad por su concurrencia en la realización y ejecución de aquellos actos constitutivos de la conducta sancionable, por lo que le impuso una multa de 5,92 Unidades Impositivas Tributarias (cinco y 92/100 UIT).

El fundamento para imponer la multa a la persona natural gravitaba en encontrar probado que los actos consumados como gerente estaban dirigidos a la realización y ejecución de la conducta sancionable. Es decir, sobre las acciones propias del ejercicio de su cargo se construyó la práctica colusoria horizontal para concretar el reparto concertado de proveedores en el mercado, lo que a su vez constituye la base para la responsabilidad de la persona jurídica en sede administrativa.

Según las consideraciones de la resolución expedida por la Comisión, para sancionar a una persona natural, conforme con lo establecido en los artículos 2.1 y 46.3 del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas²⁶, se debe encontrar probado que la conducta desplegada por el que ejerce la dirección, gestión o representación del agente económico que incurre en la conducta anticompetitiva se concreta en el planeamiento, ejecución o realización de la misma.

En el caso en concreto, la Comisión en el considerando 246 de la Resolución N° 052-2023/CLC-INDECOPI, señaló lo siguiente:

²⁵ Decreto Legislativo N° 1034, 2008.

²⁶ Decreto Supremo N° 111-2024-PCM, 2024.

246. A mayor abundamiento, el señor Melquiades Damián participó reiteradamente, en representación de Cosapi, en reuniones con los representantes de Recursos Humanos de las otras empresas que eran parte del acuerdo de reparto, conforme a los elementos probatorios expresamente recogidos en la sección anterior y aquellos contenidos en la Resolución de Inicio²⁷.

De acuerdo con lo citado para la autoridad de competencia, es requisito indispensable para que la persona natural se haga acreedora de la sanción, que ella sea representante de la persona jurídica que comete la infracción materia del procedimiento sancionador.

En esta misma línea, la Comisión en el Expediente N° 012-2018/CLC, mediante Resolución N° 014-2020/CLC-INDECOPI, sanciona a ocho personas naturales tras encontrar probado que representaban a las personas jurídicas cuya responsabilidad se determinó y se les sancionó por concertar el reparto de clientes privados que prestaban el servicio de impresión comercial en el ámbito nacional, lo que constituye una práctica colusoria horizontal que se encuentra tipificada en el artículo 11, numeral 11.1 literal e del Texto Único Ordenado de la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas.

Asimismo, a manera de ejemplo, en lo referente a una de las personas que fue sancionada en su calidad de representante, además de la sanción impuesta a la persona jurídica, se aprecia el siguiente sustento para justificar la imposición de una sanción de carácter individual:

87. De acuerdo con la información proporcionada por Quad Graphics en su escrito del 19 de junio de 2020, el señor Pedro Isasi fue Gerente General de la empresa entre enero de 2007 y mayo de 2016. En ese sentido, para esta Comisión está probado que él ejerció la dirección, gestión y representación de Quad Graphics, ya que fue responsable de la planificación, organización, dirección, coordinación, supervisión y control de sus operaciones y ejerció su representación legal, según lo dispuesto en el artículo 188 de la Ley General de Sociedades²⁸.

Igual razonamiento ha manifestado la Comisión en la Resolución N° 015-2021/CLC-INDECOPI, proferida en el Expediente N° 002-2019/CLC, en la que se establece la responsabilidad y sanciona a las personas jurídicas por incurrir en una conducta mediante la que se ejercieron posturas o se establecieron abstenciones dirigidas al reparto de ítems con ocasión de una licitación, un concurso u otras formas de contratación o adquisición pública en materia de servicios de impresiones gráficas de material educativo en el ámbito nacional.

Como se puede observar hasta este punto, la Comisión ha impuesto sanciones a personas naturales por prácticas colusorias en donde a las personas jurídicas se les determina la responsabilidad e igualmente se les sanciona. En la Resolución N° 010-2017/

²⁷ Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 4.5.2023, Resolución N° 052-2023/CLC-INDECOPI.

²⁸ Comisión de Defensa de la Libre Competencia, 20.5.2020, Resolución N° 014-2020/CLC-INDECOPI.

CLC-INDECOPI, expedida en el Expediente N° 017-2015/CLC, la Comisión establece que, en el evento de comprobarse la comisión de una conducta anticompetitiva por parte de un agente económico, aquellas personas naturales que integren sus órganos de dirección o administración serán sujetos de sanción siempre que se demuestre que con su actuación participaron de la planeación, realización o ejecución de aquella conducta contraria a la libre competencia. En otras palabras, en la medida que se haya participado de la conducta infractora con la que se está sancionando a la persona jurídica, en calidad de representante o integrante de los órganos de dirección o administración, la persona natural será susceptible de recibir una sanción a título personal por la misma conducta infractora.

Como sustento de la afirmación que hace la Comisión, se invoca un pronunciamiento de la Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (en adelante la Sala de Competencia de España). La Sala de Competencia, en la resolución del 26 de mayo de 2016, correspondiente al Expediente S/DC/0504/14 AIO, señala que “debe atenderse a la realidad de la conducta desarrollada, con independencia de la existencia de nombramiento formal o no y de la terminología empleada por la persona jurídica para designar el cargo u ocupación de la persona física que realiza la conducta”²⁹. Esto debido a que, en aplicación del principio de primacía de la realidad, no se requeriría un nombramiento o representación formal; por tanto, basta con que la persona jurídica no desconozca las actuaciones de quien lo hace en su representación, pese a no tener una representación legal y formal.

La razón para que la Comisión fundamentara su decisión en la resolución del 26 de mayo de 2016 de la Sala de Competencia de España, tiene su justificación en la similitud que existe entre la legislación de competencia española y la peruana.

La ley española, Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia³⁰, establece, de manera muy similar a lo dispuesto en la regulación peruana, la posibilidad de sancionar a quien actúa en nombre de la persona jurídica. Así indica en su artículo 63, referido a las sanciones que se pueden imponer a los agentes económicos por infringir lo dispuesto en la normativa sobre libre competencia, que “los representantes legales o las personas que integran los órganos directivos que hayan intervenido en la conducta” pueden ser sancionados con una multa adicional a la que reciba la persona jurídica, como se aprecia a continuación.

Se evidencia entonces que en la legislación española se posibilita a sancionar no solo a la persona jurídica que infrinja lo dispuesto en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia, sino a cada uno de sus representantes, en la medida que hayan intervenido en la comisión de la conducta sancionable.

Lo hasta aquí expuesto, en relación con el desarrollo resolutivo efectuado por la Comisión sobre la base del modelo español, advierte una vulneración del principio *non*

²⁹ Sala de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, 26.5. 2016, Resolución del Expediente S/DC/0504/14 AIO.

³⁰ Ley N° 15/2007, 2007.

bis in idem. Se afirma esto debido a que existe una identidad subjetiva entre la persona natural que con su actuación participa de la planeación, realización o ejecución de la conducta sancionable y la persona jurídica cuya representación se ejerce, que es declarada primigeniamente responsable y que es acreedora igualmente de una sanción. Sin embargo, dicha trasgresión no es atribuible a la potestad sancionadora en sí misma, sino a lo establecido en la ley que habilita a la autoridad a imponer una doble sanción.

Asimismo, la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que replica lo señalado en la Ley 15/2007, de Defensa de la Competencia efectuando una diferenciación en la cuantía de la multa, parte de la premisa de que existe responsabilidad de la persona natural debido a que contribuye directamente en la realización de la conducta infractora. Adoptaría, sin que se diga expresamente, la figura de un coautor de la conducta.

Sin embargo, lo que pierden de vista las normas invocadas es que no se trata de una actuación conjunta o acordada con la persona jurídica que traería como consecuencia la imposición de una sanción solidaria, posibilidad recogida en la Ley del Procedimiento Administrativo General. Se trata de una única conducta realizada a partir de una sola voluntad. Considerarlo de manera distinta implicaría la imposición de una sanción que no cuenta con una tipificación establecida en la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, y que vulneraría el principio de tipicidad de la potestad sancionadora, recogido en el numeral 4 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el que señala que solo constituyen conductas sancionables administrativamente las infracciones previstas expresamente en normas con rango de ley, tipificadas como tales.

Ahora bien, es relativamente pacífica, en sede administrativa, la postura de la responsabilidad directa de las personas jurídicas cuando se reconoce legalmente su capacidad infractora. Como lo ha señalado el Tribunal Supremo de España, la imputabilidad de la persona jurídica en cuanto a la autoría de las infracciones en las que pudiera incurrir se construye con base en su naturaleza como sujeto de derecho.

Al respecto, el Tribunal Supremo indica:

Falta en ellos el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos. Capacidad de infracción y, por ende, reprochabilidad directa que deriva del bien jurídico protegido por la norma que se infringe y la necesidad de que dicha protección sea realmente eficaz y por el riesgo que, en consecuencia, debe asumir la persona jurídica que está sujeta al cumplimiento de dicha norma³¹.

De acuerdo con lo citado, la persona jurídica es capaz de cometer infracciones y, por tanto, de ser declarada responsable por las mismas y asumir la sanción que corresponda. En el ordenamiento jurídico peruano, no hay discusión acerca de la responsabilidad en sede administrativa de las personas jurídicas, más aún si se tiene en cuenta que son los sujetos de derecho que más intervienen en el mercado como oferentes de bienes y

³¹ Tribunal Supremo de España, 19.12.1991, Sentencia 246/1991, 19 de diciembre de 1991.

servicios. No obstante, no se debe perder de vista que la persona jurídica o moral, como también se le llama, en su calidad de creación jurídica con capacidad de contraer deberes y derechos –y de cometer infracciones–, requiere expresar su voluntad mediante las personas naturales que ostentan cargos en esta.

Se trae a colación la figura del gerente general de la forma en la que se consagra en la Ley General de Sociedades, Ley N° 26887³² (en adelante la Ley General de Sociedades). De acuerdo con este cuerpo normativo, el gerente general se encuentra investido de “las facultades generales y especiales de representación procesal, así como de representación ante personas naturales o jurídicas privadas o públicas para el inicio y realización de todo procedimiento, gestión o trámite a que se refiere la Ley del Procedimiento Administrativo General”. Asimismo, la Ley General de Sociedades indica expresamente que goza de facultades de “disposición y gravamen respecto de los bienes y derechos de la sociedad, celebración de todo tipo de contratos y suscripción de todos los documentos públicos o privados requeridos para el cumplimiento del objeto de la sociedad”³³.

En esa misma línea, el artículo 13 de la citada ley señala que “quienes no están autorizados para ejercer la representación de la sociedad no pueden obligarla con sus actos, aunque afirmen celebrarlos en nombre de ella”³⁴, por lo que se hace expresa la salvedad de que la responsabilidad civil o penal por tales actos recae exclusivamente en sus autores.

Como se aprecia del tenor de los artículos antes mencionados, el gerente general –en su calidad de representante absoluto de la persona jurídica, salvo limitación expresa inscrita en la partida electrónica de la sociedad– actúa en nombre de la persona jurídica y no en nombre propio para lograr la consecución de los fines u objetivos de aquella.

En ese sentido, la actuación del gerente general, como representante legal de la persona jurídica y como instrumento para materialización de sus cometidos, obliga y genera responsabilidad para el ente jurídico, salvo en los casos expresamente establecidos, como son la responsabilidad civil y penal.

A partir de lo señalado, en relación con la responsabilidad administrativa, el representante legal –sea el gerente general o cualquier otro representante– no es el autor de la conducta por la que se imputa la infracción previamente tipificada, es solo el vehículo que el autor, en este caso la persona jurídica, utiliza para llevar a cabo la conducta infractora que genera la responsabilidad administrativa.

Como se mencionó en el acápite precedente, la vertiente material del principio de *non bis in idem*, positivizada en el numeral 11 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, advierte que no se podrán imponer sucesiva o simultáneamente sanciones administrativas por el mismo hecho en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento.

³² Ley N° 26887, 1997.

³³ Ley N° 26887, 1997.

³⁴ Ley N° 26887, 1997.

Atendiendo a que se requiere que se produzca la triple identidad –sujeto, hecho y fundamento– para la aplicación del principio de *non bis in idem*, el análisis que a continuación se presenta está enfocado en la identidad subjetiva necesaria para la configuración.

Al respecto, Garberí, Buitrón y Guadalupe³⁵, en relación con la identidad subjetiva, señalan que “lo importante a efectos de la coincidencia o identidad subjetiva que tratamos es que la persona incursa en el procedimiento sea la misma, independientemente del título de culpabilidad esgrimido contra ella”.

A partir de ello, se puede decir que la coincidencia en la identidad subjetiva no está enfocada en la individualización del sujeto como un ser único, sino que la coincidencia de sujeto abarca incluso a los casos en que existiendo materialmente más de un sujeto, la manifestación de voluntad en la actuación activa u omisiva constitutiva de la infracción obliga a que los dos sujetos sean considerados como uno solo.

En esta línea argumentativa, Ramírez con mucho acierto señala:

En esta ocasión, si la Administración impusiere una sanción a una empresa y al mismo tiempo decidiera imponer otra al individuo que representa a dicha corporación, estaríamos en presencia de reiteración punitiva a un mismo sujeto, claro está, si los otros elementos del *non bis in idem* tienen lugar. Porque el individuo no actuó por su cuenta, sino en tanto que representante y ejecutor de la voluntad de la empresa³⁶.

El desarrollo de la identidad subjetiva como elemento constitutivo del principio de *non bis in idem* en la doctrina ha estado siempre enfocado a tratar esta igualdad de sujeto como un sinónimo que se subsume en la necesidad de que sea la misma persona –sujeto único e irrepetible–. Así lo entiende Sandoval cuando señala que la identidad subjetiva es personalísima e intransferible³⁷.

No obstante, existen algunos pronunciamientos que avalan el planteamiento según el cual, cuando se trata de personas jurídicas, la igualdad de sujetos se configura incluso ante la presencia de personas distintas –persona jurídica y persona natural– por la ficción jurídica que la empresa representa. Es innegable que la persona natural que conforma la identidad subjetiva actúa como ejecutor de una voluntad ajena, la voluntad de la persona jurídica.

En ese sentido, y tal como lo ha señalado Ramírez, en España el Tribunal Supremo ha reconocido esta configuración de la identidad subjetiva al rechazar un recurso por el que se solicitaba declarar la independencia de los procedimientos iniciados contra la junta directiva y la persona jurídica a la que esta pertenecía. En la decisión, el Tribunal establece que existe una identidad de sujetos, debido a que la junta directiva representa la voluntad de la persona jurídica.

³⁵ GARBERÍ y BUITRÓN, 2001, p. 182.

³⁶ RAMÍREZ, 2009, p. 102.

³⁷ SANDOVAL, 2009, p. 105.

Ramírez señala:

En palabras del Tribunal: En cuanto a la falta de identidad de sujetos, basta tener en cuenta que el procesamiento dictado contra los componentes de la Junta directiva del «C.A.V.», lo ha sido, sin duda, por su condición de directivos, en los que se incardina la personalidad jurídica y responsabilidad de la entidad en la actividad sancionada³⁸.

Por tanto, queda claro que en toda situación en la que la voluntad se manifieste mediante un representante legal, el hecho, como elemento constitutivo del principio de *non bis in idem*, se configura por acción u omisión de otro sujeto en virtud de la representación que ostenta. Sin embargo, al ser esta ejecución producto de la voluntad ajena, es decir, de la voluntad de la persona jurídica, el representante y el representado configuran la identidad subjetiva.

El sancionar al representante legal o a uno de sus trabajadores por el mismo hecho y fundamento por el que se está sancionando a la persona jurídica irremediablemente presupone una vulneración del principio de *non bis in idem*, debido a que se presenta el tercer elemento: la identidad subjetiva.

Esta posición tiene correlato con una categoría jurídica muy utilizada en sede administrativa, cuando se le atribuye responsabilidad administrativa a una persona jurídica por la conducta efectuada por su subordinado. Se trata de la responsabilidad vicaria, adoptada del Código Civil³⁹, donde se atribuye responsabilidad a un sujeto por los hechos dañosos realizados por otro sujeto, validando el cumplimiento de lo señalado por el principio de causalidad, regulado en el numeral 8 del artículo 230 de la Ley del Procedimiento Administrativo General, el que señala que la responsabilidad debe recaer en quien realiza la conducta omisiva o activa constitutiva de infracción sancionable.

Efectivamente, el Código Civil regula la responsabilidad vicaria, que en palabras de De Trazegnies se trata de “la responsabilidad alternativa o substituta del principal frente a los actos de su servidor, expresada en el principio *respondeat superior*”⁴⁰.

Se regula la responsabilidad vicaria en el artículo 1981⁴¹ del mencionado cuerpo normativo:

Artículo 1981.- Responsabilidad por daño del subordinado

Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por este último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria.

³⁸ RAMÍREZ, 2009, p. 104.

³⁹ Decreto Legislativo N° 295, 1984.

⁴⁰ DE TRAZEGNIES, 2016, p.203.

⁴¹ Decreto Legislativo N° 295, 1984.

Es así que, bajo el concepto de responsabilidad vicaria, la conducta infractora efectuada por un subordinado de la persona jurídica produce que la responsabilidad no sea atribuida a quien realizó el daño en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo, sino que se le atribuya dicha responsabilidad por el daño causado a aquel que tenga bajo sus órdenes –la persona jurídica– al causante del daño.

Así como se aprecia de la redacción del artículo 1981 del Código Civil, el autor directo –el subordinado– y el autor indirecto –la persona jurídica– están sujetos a responsabilidad solidaria, la que también es aplicable en sede administrativa, tal como lo prescribe el artículo 232 de la Ley del Procedimiento Administrativo General.

Sin embargo, la aplicación de la responsabilidad vicaria en sede administrativa ha generado una corriente jurisprudencial en materia de protección al consumidor, defendida por la Autoridad de protección al consumidor, que es la misma institución que la Autoridad de competencia, es decir el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante el Indecopi). En esta corriente jurisprudencial a nivel administrativo, solo se le atribuye responsabilidad y, por lo tanto, se sanciona, a la persona jurídica con base en una conducta de su subordinado o representante.

Existe un sinnúmero de pronunciamientos⁴² del Indecopi en los que se desarrolla la responsabilidad vicaria con la finalidad de atribuir la responsabilidad a la persona jurídica por una conducta cometida por un subordinado. Se afirma que en la medida que exista una relación vertical y jerárquica no se puede oponer que la actuación sea del subordinado para eximir la responsabilidad de la persona jurídica.

Existe una abierta incongruencia dentro de la misma institución a la hora de responsabilizar e imponer sanciones cuando se está frente a una misma situación. Cuando se trata de una infracción por la vulneración de los derechos del consumidor, la regla es que la persona jurídica responde por la infracción cometida por su subordinado o representante. Esto tiene sentido en la medida que el subordinado, sea empleado o representante, actúa en nombre de la persona jurídica y no en nombre propio, con su actuación manifiesta, ejecuta una voluntad ajena y constituye la vía para instrumentalizar la voluntad de un sujeto de derechos que, al ser una ficción jurídica, en palabras de Ramírez “no puede por sí mismo expresar su sentir, debido a una imposibilidad física que obliga a que sean sus órganos los encargados de manifestar su querer”⁴³.

No obstante, cuando se trata de una infracción a la libre competencia, la regla es que la persona jurídica responde como autora de la conducta infractora y por tanto es responsable y recibe una sanción; y a su vez, su subordinado, cuando ejerza la dirección, gestión o representación, es igualmente responsable y recibe una sanción por la conducta infractora cometida por la persona jurídica, de hasta cien (100) UIT, en la medida que

⁴² A manera de ejemplo, se hace mención a la Resolución N° 0342-2023/SPC-INDECOPI y a la Resolución N° 0168-2024/SPC-INDECOPI, donde se desarrolla el criterio de responsabilidad vicaria.

⁴³ RAMÍREZ, 2013, p. 10.

haya tenido participación en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa.

Se advierte que la actuación del subordinado de la persona jurídica que ejerce la dirección, gestión o representación, y que ha participado en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa, es sancionada pese a que solo es el vehículo que materializa la voluntad de la persona jurídica y pese a que no existe una tipificación expresa en la norma que permita configurar la conducta sancionable.

Así se evidencia que en los procedimientos sancionadores de libre competencia, se está presentando la identidad subjetiva cuando el hecho por el que se está determinando la responsabilidad de la persona jurídica, y que acarrea una sanción, es el mismo hecho por el que se sanciona también a la persona natural, quien actúa en representación de la persona jurídica planeando, realizando o ejecutando la infracción administrativa.

A partir de la aproximación que se ha efectuado al analizar los procedimientos sancionadores de libre competencia regulados bajo la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, se puede concluir que la identidad subjetiva no debe ser entendida desde un plano físico que se circumscribe a una identidad genética, sino que admite, en la situación en la que se actúe mediante un representante –como es el caso de la persona jurídica–, una identidad de la voluntad. Cuando se impone una sanción a la persona natural y otra sanción a la persona jurídica, tratándose de una única voluntad, se configura la identidad subjetiva requerida para la aplicación del principio de *non bis in idem*.

IV. PRINCIPIO DEL *NON BIS IN IDEM* COMO PRINCIPIO APLICABLE EN SEDE LEGISLATIVA

Como se ha referido en la sección anterior, existe una vulneración al principio de *non bis in idem* respecto de la identidad subjetiva cuando en un procedimiento administrativo sancionador de libre competencia se sanciona a la persona jurídica y a la persona natural que, si bien ha participado en el planeamiento, realización o ejecución de la infracción administrativa, actúa como ejecutor de la voluntad ajena, la voluntad de la persona jurídica. Así, en palabras de Ramírez, “los órganos y la persona jurídica configuran una identidad subjetiva, desde el plano jurídico, que vuelve imposible escindir a las dos personas que configuran la misma voluntad”⁴⁴.

Sin embargo, esta vulneración al principio de *non bis in idem* parte de una construcción legal y no por el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública. Siendo esto así, la pregunta que surge es si el principio de *non bis in idem* que rige la administración de justicia, sea en sede judicial o administrativa, alcanza también a la función legislativa.

Queda claro que el principio de *non bis in idem*, como principio positivizado de la potestad sancionadora, obliga al órgano resolutivo a no caer en la imposición de una

⁴⁴ RAMÍREZ, 2009, p. 102.

doble sanción cuando se presenten los tres elementos necesarios para la configuración de la prohibición. Sin embargo, como advierte Ossandón, “existen opiniones encontradas al discernir si el *non bis in idem* obliga también al legislador a la hora de forjar las normas que integran el ordenamiento jurídico”⁴⁵.

Para Mañalich, el principio de *non bis in idem* representa un estándar vinculante para el adjudicador, pero no, al menos directamente, para el legislador, porque la premisa metodológica que subyace a la aplicación del principio consiste en evitar las consecuencias de una eventual redundancia legislativa circunstancial⁴⁶.

Si bien se concuerda con lo señalado por Mañalich, no hay que perder de vista que en palabras de Romero, en el plano sustantivo, el principio se relaciona con el principio de culpabilidad, y busca evitar que las leyes, la judicatura o la administración sancionen dos veces a un mismo sujeto por los mismos hechos⁴⁷.

En ese sentido, es importante señalar que, si bien quien ejerce la función legislativa ostenta cierta discrecionalidad a la hora de emitir las normas legales, no es menos cierto que el límite de esta discrecionalidad lo encuentra en la ley y por sobre todo en la Constitución. A partir de esta premisa, no es posible sostener que el alcance del principio de *non bis in idem* se circumscribe a quienes ejercen la potestad sancionadora, sino que alcanza especialmente a quien construye el marco legal para que sea posible tal ejercicio en un escenario donde se garanticen los derechos de los administrados.

El respeto al principio de *non bis in idem* pasa por utilizar una técnica legislativa que garantice el debido procedimiento, el derecho de defensa y, por tanto, no habilite a sancionar dos veces cuando se presenta la identidad subjetiva, entendida siempre desde el plano jurídico.

Esta línea de pensamiento se desarrolla en el voto de prevención del ministro del Tribunal Constitucional de Chile, señor Juan José Romero Guzmán, en el sentido siguiente:

En otras palabras, en el caso analizado existe identidad subjetiva (el sujeto afectado es el mismo), identidad fáctica (el hecho original que ha merecido una sanción es el mismo que se ha tenido en consideración para la imposición de una segunda sanción) e identidad del fundamento (se protege el mismo bien jurídico o interés colectivo y las sanciones que se imponen sucesivamente en el tiempo tienen idéntica naturaleza y cumplen las mismas funciones). Por consiguiente, es posible sostener que el diseño legislativo impugnado viola el principio *non bis in idem* y, por esta razón, la Constitución⁴⁸.

De igual modo, el mismo ministro del Tribunal Constitucional de Chile, señor Juan José Romero Guzmán, en otro voto de prevención, señaló lo siguiente:

⁴⁵ OSSANDÓN, 2018, p. 959.

⁴⁶ MAÑALICH, 2011, p.143.

⁴⁷ ROMERO, 2020, p.123.

⁴⁸ Tribunal Constitucional de Chile. 25.9.2016, rol 2896-15-INA.

En términos generales, el legislador tiene el legítimo derecho de hacerlo. El problema constitucional respecto del tema específico analizado en este apartado radica, no obstante, en la forma jurídica en que se ha concretado legislativamente. El diseño legal, para casos como el de autos, tiene un efecto punitivo redundante⁴⁹.

Como se advierte, existe una vulneración al principio de *non bis in idem* a partir de las normas que se emiten, las que generan la posibilidad de imponer sanciones simultáneas o sucesivas cuando se trata de un mismo sujeto, hecho y fundamento. A pesar de ello, la prohibición de sancionar dos veces, como ya ha sido señalado, no es de cumplimiento exclusivo de quien ejerce la potestad sancionadora, sino que debe estar internalizada en quien emite las normas y genera el marco legal para la aplicación de dicha potestad.

De esta manera, el principio de *non bis in idem* es de mandatorio cumplimiento y obliga, en un primer momento, al legislador, quien tiene una discrecionalidad limitada por la ley y la Constitución. Ya ha sido referido en el presente trabajo que el principio de *non bis in idem* forma parte de los derechos que están contenidos en la Constitución y que garantizan el derecho al debido procedimiento y al derecho de defensa de todos los administrados. En tal sentido, el primero llamado a cumplir con los postulados del principio de *non bis in idem* es quien ejerce la función legislativa.

En ese sentido, la Corte Constitucional de Colombia se ha referido al principio del *non bis in idem* en los siguientes términos:

El principio *non bis in idem* no es solo una prohibición dirigida a las autoridades judiciales con el fin de impedir que una persona ya juzgada y absuelta vuelva a ser investigada, juzgada y condenada por la misma conducta. También es un derecho fundamental que el legislador debe respetar. Una norma legal viola este derecho cuando permite que una persona sea juzgada o sancionada dos veces por los mismos hechos. Dicha permisión puede materializarse de diferentes formas, todas contrarias a la Constitución (...)⁵⁰.

Queda claro, entonces, que el principio del *non bis in idem* es plenamente aplicable en sede legislativa. Pese a su obligatorio cumplimiento, la vulneración advertida respecto a la identidad subjetiva en los procedimientos sancionadores de libre competencia, parte de una posición legal y no de una aplicación por parte del operador jurídico de lo señalado en la ley.

Ante esta situación, surge una nueva interrogante respecto de las dobles sanciones que la ley estaría permitiendo. ¿Es acaso la doble sanción impuesta, habilitada por la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, que vulnera la identidad subjetiva del principio del *non bis in idem*, una sanción nula?

⁴⁹ Tribunal Constitucional de Chile.4.6.2017, rol 2897-15, 4 de Julio de 2017.

⁵⁰ Corte Constitucional de Colombia, 13.2.2008, Sentencia C-115/08.

Definitivamente, la doble sanción que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas permite generar una vulneración del principio del *non bis in idem* y, por tanto, una sanción que contiene un vicio de nulidad que se enmarca en el numeral 1 del artículo 10 de la Ley del Procedimiento Administrativo General. Este señala que “son vicios del acto administrativo, que causan su nulidad de pleno derecho, la contravención a la Constitución, a las leyes o a las normas reglamentarias”.

Ante esta situación, donde se está frente a la aplicación de una norma que abiertamente transgrede la Constitución, el órgano resolutivo debería preferir esta última y no imponer una doble sanción. Sin embargo, esta actuación podría implicar un control difuso en sede administrativa.

En el Caso Salazar Yarlenque, el Tribunal Constitucional del Perú estableció, como precedente vinculante referido al control difuso administrativo, que “todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública tiene la facultad y el deber de aplicar la Constitución e inaplicar una disposición infraconstitucional que la vulnera, de manera manifiesta, de conformidad con los artículos 38, 51 y 138 de la Constitución”⁵¹.

Con este precedente vinculante, se le otorgó a la Administración pública una potestad que no ha sido establecida en la Constitución, bajo una regla sustancial, en la que se debían observar dos presupuestos: (1) que dicho examen de constitucionalidad sea relevante para resolver la controversia planteada dentro del proceso administrativo; (2) que la ley cuestionada no sea posible de ser interpretada de conformidad con la Constitución.

Sin embargo poco tiempo después, el Tribunal Constitucional del Perú, con motivo de la decisión proferida en el Expediente N° 4293-2012-PA/TC, por mayoría, dejó sin efecto el precedente vinculante contenido en la sentencia del Expediente N° 03741-2004-AA/TC, “conforme al cual se autorizaba a todo tribunal u órgano colegiado de la Administración pública a inaplicar una disposición infraconstitucional cuando considere que ella vulnera manifiestamente la Constitución, sea por la forma o por el fondo”⁵².

No obstante, el Tribunal Constitucional en sentencia del Expediente N° 4293-2012-PA/TC, señaló expresamente que “los alcances de este pronunciamiento no enervan las obligaciones derivadas de los artículos 38, 44 y 51 de la Constitución, tanto para los ciudadanos como para la Administración pública, en lo que sea pertinente en cada caso concreto”⁵³.

Es a partir de esto último, que la obligación que subyace para la Administración pública, derivada del artículo 44 en lo que respecta a “garantizar la plena vigencia de los derechos humanos” y del artículo 51, relativo a la supremacía de la Constitución sobre toda norma legal, es que sin tener la prerrogativa del control difuso, debe de abstenerse de aplicar una doble sanción, por más habilitación legal que exista.

Ya lo ha dicho Mendoza, “el principio de legalidad se tiene que entender como que los servidores públicos están obligados a actuar con respeto a la ley, a la Constitución

⁵¹ Tribunal Constitucional del Perú. 14.11.2005, Sentencia del Expediente N° 03741-2004-AA/TC.

⁵² Tribunal Constitucional del Perú. 18.3.2014, Sentencia del Expediente N° 4293-2012-PA/TC.

⁵³ Tribunal Constitucional del Perú. 18.3.2014, Sentencia del Expediente N° 4293-2012-PA/TC.

y al derecho, que es distinto a actuar bajo la literalidad de la norma”⁵⁴. El principio de legalidad exige al funcionario público respetar el sistema jurídico, no siendo correcto que se emplee la norma inmediatamente aplicable, cuando se tiene la potestad de hacer un control de legalidad.

Se comparte, por consiguiente, el pensamiento de Mendoza. Independientemente de que la vulneración del principio del *non bis in idem* respecto del elemento de identidad subjetiva sea producto de lo establecido en la ley, la Administración pública debe abstenerse de aplicar una doble sanción en cumplimiento del principio de legalidad que rige su accionar.

Así, el sancionar dos veces al mismo sujeto, concebido así en el plano jurídico, en ejercicio de la potestad sancionadora, implica necesariamente viciar de nulidad el acto administrativo que contiene la doble sanción, por vulneración del principio de legalidad.

Por tanto es innegable que, independientemente de que la vulneración del principio del *non bis in idem* sea consecuencia de lo establecido en la ley o del ejercicio de la potestad sancionadora, el acto administrativo que se emita se encuentra viciado de nulidad como consecuencia de imponer una sanción a la persona jurídica y otra a sus representantes en el procedimiento administrativo sancionador de competencia, pues se configura la identidad subjetiva como elemento del principio *non bis in idem*.

V. CONCLUSIONES

Para la aplicación del principio *non bis in idem*, el elemento subjetivo es un requisito indispensable en la interdicción de la duplicidad sancionadora, de manera conjunta con la existencia de la identidad de hecho y la identidad de fundamento. El elemento subjetivo se configura cuando se presenta identidad de sujeto, la que puede extenderse incluso a casos en los que intervienen dos sujetos de derecho distintos, siempre que estén vinculados por una única voluntad, que haya dado lugar a la comisión de la infracción materia de sanción.

La Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas habilita sancionar dos veces, ante la existencia de identidad de sujeto, hecho y fundamento, cuando se sanciona a la persona jurídica y a su representante, en aparente contradicción con el principio *non bis in idem*. Esta habilitación encuentra su origen en la legislación española, que permite sancionar a quien actúa en nombre de la persona jurídica de manera adicional a la sanción que se impone a esta, a pesar de tratarse del mismo hecho y fundamento.

El riesgo de transgredir el principio *non bis in idem*, en este contexto, radica en la configuración del elemento subjetivo dentro de la norma legal y en la aplicación por parte del operador jurídico. Por ello resulta necesario efectuar una ponderación normativa con la finalidad de garantizar la primacía del principio de legalidad y la protección de los derechos de los administrados.

⁵⁴ MENDOZA, 28.2.2023, Conferencia: Principios del Procedimiento Administrativo.

Asimismo, la Ley del Procedimiento Administrativo General concebida como una ley de garantías mínimas, prevalece sobre las leyes especiales, en cuanto a la protección de los derechos de los administrados. El hecho que la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas establezca condiciones menos favorables a los administrados, al vulnerar el principio *non bis in idem* en su elemento subjetivo, implica que cualquier acto administrativo que imponga una doble sanción incurrirá en un vicio de nulidad.

En consecuencia, es necesario reforzar el control de legalidad en la aplicación de las sanciones administrativas y garantizar que los principios rectores de la potestad sancionadora, como lo es el principio *non bis in idem*, sean respetados de manera estricta. Este esfuerzo no solo fortalece la seguridad jurídica, sino que también contribuye a un sistema sancionador más equitativo y conforme con los estándares internacionales de protección de los derechos fundamentales.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- AGUILERA Morales, Marien, 2007: “El *non bis in idem*: un derecho fundamental en el ámbito de la Unión Europea”. *Revista Española de Derecho Europeo*, Nº XX. <https://www.revistasmarcialpons.es/revistaespanoladerechoeuropeo/article/view/350>
- CUBERO Marcos, José Ignacio, 2018: “Las aporías del principio *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador”. *Revista de Administración Pública*, Nº CCVII. <https://doi.org/10.18042/cepc/rap.207.09>
- DE TRAZEGNIES, Fernando, 2016: *La responsabilidad extracontractual*. Lima: Ara Editores.
- DOMINGO, Rafael y RODRÍGUEZ, Beatriz, 2000: *Reglas jurídicas y aforismos*. Navarra: Aranzadi, 2000.
- GARBERÍ, José y BUITRÓN, Guadalupe, 2001: *El procedimiento administrativo sancionador: comentarios al título IX de la Ley 30/1992 (“De la potestad sancionadora”) y al Real Decreto 1398/1993, por el que se aprueba el Reglamento de Procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración: (comentarios, jurisprudencia, formularios y legislación)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa, 2017: “El *non bis in idem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº XLIX. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512017000200101>
- LÓPEZ Barja De Quiroga, Jacobo, 2004: *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014: “El principio *non bis in idem* frente a la superposición del derecho penal y el derecho administrativo sancionatorio”, *Política criminal*, vol. IX, Nº 18. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000200008>
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2011: “El principio *non bis in idem* en el derecho penal chileno”. *Revista de Estudios de la Justicia*, Nº XV, 2011. <https://doi.org/10.5354/rej.v0i15.29476>
- MENDOZA, Dante. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. (28 de febrero de 2023). Conferencia: Principios del Procedimiento Administrativo #MartesDeJusticiaYDerechos. [Video]. YouTube. https://www.youtube.com/watch?v=KCYBA_YSpN0&t=1103s(obra audiovisual).
- NEVES MUJICA, Javier, 1999: “La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales”, *Ius Et Veritas*, vol. IX, Nº 19. <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15867>

- NIETO, Alejandro, 2018: *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- OSSANDÓN WIDOW, María, 2018: "El legislador y el principio *ne bis in idem*", *Política criminal*, vol. XXIII, N° 26. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992018000200952>
- RAMÍREZ TORRADO, María, 2013: "El *non bis in idem* en el ámbito administrativo sancionador", *Revista de derecho*, volumen XL, N° 2. <http://www.scielo.org.co/pdf/dere/n40/n40a01.pdf>
- RAMÍREZ TORRADO, María, 2009: "Consideraciones al requisito de identidad subjetiva del principio *non bis in idem* en el ámbito del derecho administrativo sancionador español", *Revista de derecho (Valdivia)*, volumen XXII, N° 1. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100005>
- ROMERO SEGUEL, Alejandro, 2020: "El principio del *non bis in idem* y la cosa juzgada penal como elementos constitutivos del derecho de defensa del imputado", *Revista Jurídica Digital UANDES*, volumen IV, N° 2. <https://doi.org/10.24822/rjduandes.0402.6>
- SANDOVAL MESA, Jaime, 2009: "El *non bis in idem* como fórmula del principio de legalidad que permite el ingreso del estatuto de Roma al derecho interno", *Prolegómenos*, volumen XII, N° 24. <https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/283896>

Normas jurídicas

a) Internacionales:

CONVENCIÓN Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), ratificada por Perú el 28 de julio de 1978. Publicada en la *Gaceta Oficial* N° 9460 el 11 de febrero de 1978.

b) España:

LEY 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, publicada el 4 de julio de 2007.

c) Perú:

CONSTITUCIÓN Política del Perú, promulgada el 29 de diciembre de 1993.

LEY N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, publicada el 11 de abril de 2001.

LEY N° 26887, Ley General de Sociedades, publicada el 9 de diciembre de 1997.

DECRETO Legislativo N° 1272, Decreto Legislativo que modifica la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General y deroga la Ley N° 29060, Ley del Silencio Administrativo, publicado el 21 de diciembre de 2016.

DECRETO Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 25 de junio de 2008.

DECRETO Legislativo N° 295, Promulgan el Código Civil aprobado por la Comisión Revisora creada por la Ley N° 23403, publicado el 25 de julio de 1984.

DECRETO Supremo N° 111-2024-PCM, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo N° 1034, Decreto Legislativo que aprueba la Ley de Represión de Conductas Anticompetitivas, publicado el 12 de octubre de 2024.

Jurisprudencia

a) Internacional:

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros *vs.* Panamá, Sentencia de 2 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

CORTE Interamericana de Derechos Humanos, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador, Sentencia de 28 de agosto de 2013 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas).

b) Colombia:

CORTE Constitucional, Sentencia C-115/08. Expediente D-6861, 13 de febrero de 2008.

c) Chile:

TRIBUNAL Constitucional. Rol 2897-15-INA, 4 de Julio de 2017 el voto por acoger, disidente.

TRIBUNAL Constitucional. Rol 2896-15-INA, 25 de agosto de 2016, voto de prevención.

TRIBUNAL Constitucional. Rol 2133-11-INA, 4 de julio de 2013.

d) España

TRIBUNAL Constitucional, Sala Segunda, Recurso de Amparo N° 5380-2020, Sentencia N° 2/2023, 13 de marzo de 2023.

TRIBUNAL Constitucional, Sala Segunda. Recurso de Amparo N° 366/982, Sentencia N° 77/1983, 3 de octubre de 1983.

TRIBUNAL Constitucional, Sección Tercera. Recurso de Amparo N° 22/1981, Sentencia N° 47/1981, 29 de abril de 1981.

TRIBUNAL Supremo, Sala Primera. Recurso de Amparo N° 1274/1988. Sentencia N° 246/1991, 19 de diciembre de 1991.

SALA de Competencia del Consejo de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España. Resolución del Expediente. S/DC/0504/14 AIO, 26 de mayo de 2016

e) Perú:

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 03431-2017-PHC/TC. Caso Wilfredo Óscar Aquise Dueñas, 8 de abril de 2021.

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 4293-2012-PA/TC, Caso Consorcio Requena, 18 de marzo de 2014.

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 00361-2010-PA/TC, Caso Jorge Eduardo Sánchez Rivera, 13 de setiembre de 2010.

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 047-2004-AI/TC, Pleno Jurisdiccional, 24 de abril de 2006.

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 03741-2004-AA/TC, Caso Salazar Yarlenque, 14 de noviembre de 2005.

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 02868-2004-AA/TC, Caso José Antonio Alvarez Rojas, 24 de noviembre de 2004.

TRIBUNAL Constitucional. Sentencia del Expediente N° 2050-2002-HC/TC, Caso Carlos Ramos Colque, 6 de abril de 2003.

SALA Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N° 0168-2024/SPC-INDECOPI. Expediente N° 0887-2020/CC, 24 de enero de 2024.

SALA Especializada en Protección al Consumidor. Resolución N° 0342-2023/SPC-INDECOPI. Expediente N° 2302-2021/CC1, 8 de febrero de 2023.

COMISIÓN de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 010-2017/CLC-INDECOPI, Expediente N° 017-2015/CLC, 22 de marzo de 2017.

COMISIÓN de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 052-2023/CLC-INDECOPI. Expediente N° 007-2021/CLC, 4 de mayo de 2023.

COMISIÓN de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 014-2020/CLC-INDECOPI. Expediente N° 012-2018/CLC, 20 de mayo de 2020.

COMISIÓN de Defensa de la Libre Competencia. Resolución N° 015-2021/CLC-INDECOPI. Expediente N° 002-2019/CLC, 5 de mayo de 2021.

Acumulación de autos: acerca de la noción *un solo juicio* del artículo 92 del CPC y sus efectos procesales

*Javiera Durand González**

RESUMEN

Este artículo analiza la figura de la acumulación de autos en el derecho procesal civil chileno, con énfasis en la noción de “un solo juicio” establecida en el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil. Se examinan sus fundamentos doctrinales y jurisprudenciales, así como los efectos que genera en la tramitación de los juicios acumulados. En particular, se estudian las hipótesis normativas que justifican la acumulación y los efectos de la resolución que la concede, abordando cuestiones como la suspensión de los procedimientos más avanzados y la unificación de etapas procesales. En este punto se abordan dos posiciones jurisprudenciales que discrepan a la hora de considerar la oportunidad en la que será posible hablar de que existe “un solo juicio” entre las causas acumuladas. En este sentido, se dedicará una sección a determinar la procedencia del incidente de abandono del método en procedimientos acumulados, lo que dependerá de la posición que se adhiera. En definitiva, el presente trabajo realiza un estudio doctrinal y jurisprudencial que permitirá al lector armonizar los principios de economía procesal y certeza jurídica con el derecho de acceso a la justicia, evitando que la institución se utilice con fines o en perjuicio de los litigantes.

Acumulación de autos; abandono del procedimiento; un solo juicio; efecto retroactivo

Consolidation of actions: on the concept of “one single trial” in Article 92 of the CPC and its procedural effects

ABSTRACT

This article examines the concept of case consolidation in Chilean civil procedural law, with an emphasis on the notion of a “single trial” established in Article 92 of the Code of Civil Procedure. It explores its doctrinal and jurisprudential foundations, as well as the effects it generates in the handling of consolidated cases. In particular, it studies the legal hypotheses that justify consolidation and the consequences of the ruling that grants it, addressing issues such as the suspension of more advanced proceedings and the unification of procedural stages. In this

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Privado, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora instructora de derecho procesal, Universidad Andrés Bello, campus Bellavista, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0008-0305-2945>. Correo electrónico: javiera.durand@derecho.uchile.cl.

Artículo recibido el 9.2.25 y aceptado para su publicación el 25.6.2025.

regard, two differing jurisprudential positions are analyzed concerning the moment when it is possible to consider that a “single trial” exists among the consolidated cases. A dedicated section will focus on determining the admissibility of procedural abandonment in consolidated cases, which will depend on the position adopted. Ultimately, this study provides a doctrinal and jurisprudential analysis that allows the reader to balance the principles of procedural economy and legal certainty with the right of access to justice, preventing the misuse of case consolidation to the detriment of litigants.

Case Consolidation; Procedural Abandonment; “single trial”; retroactive effect

I. INTRODUCCIÓN

Conforme con el artículo 92 del Código de Procedimiento Civil (CPC), procederá la acumulación de autos cuando se tramiten separadamente procesos “que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia”. Esta regla se complementa con tres hipótesis específicas en las que se presume la existencia de “una relación de continencia o conexión”¹ suficiente.

La relación de los procesos será evaluada a partir de los presupuestos de identidad de la cosa juzgada regulados en el artículo 177 del CPC: personas; cosa pedida; y causa de pedir. Por razones evidentes, esta relación no puede ser absoluta si lo que se pretende es la institución acumulativa, porque en tal supuesto la respuesta sería la litispendencia.

Considerando lo anterior, la doctrina nacional ha desarrollado criterios para definir la concurrencia de la conexión. Jorquera sostiene que bastará con la coincidencia de dos elementos del artículo 177 del CPC para que proceda la acumulación². Por su parte, Maturana niega que exista una regla general absoluta, pudiendo acumularse procesos donde solo coincide el objeto³, dependiendo en definitiva del impacto que sentencias independientes pudieran provocarse entre sí.

Si, por ejemplo, dos litigios iniciados por personas distintas reclamaren dominio acerca de una misma cosa, sentencias favorables a ambos podrían tornarse imposibles de cumplir, precisamente por ser los dos vencedores. Por ello Maturana plantea que “[e]n este caso aparece de manifiesto que es necesario que los dos juicios constituyan uno solo y terminen por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa”⁴.

Los múltiples escenarios “acumulables”, especialmente sin identidad de partes, generan legítimas dudas respecto de los efectos reales del incidente en los litigios originalmente tramitados por separado y especialmente en las partes de cada uno de ellos.

Estos efectos se analizarán bajo la expresión “que deban constituir un solo juicio”, del artículo 92 del CPC, lo que será el objeto del presente trabajo, indagando en el

¹ MATORANA, 2007, pp. 27.

² JORQUERA, 2020, p. 118.

³ MATORANA, 2007, p. 29.

⁴ MATORANA, 2007, p. 29.

sentido que el legislador pretendió asignarle, para determinar su extensión, el momento en que surgen sus efectos y el impacto en los litigantes.

Este análisis se complementará con un estudio jurisprudencial y doctrinal pertinente a la regla citada, especialmente relacionada a otras instituciones, como el incidente de abandono del procedimiento, la litispendencia y su variante por “conexidad” y la aplicación de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes en materia procesal.

El objetivo es alcanzar una interpretación coherente con los fines de la institución, sin descuidar los derechos legítimos en materia procesal y los posibles perjuicios que la acumulación pueda causar.

II. EL INCIDENTE DE ACUMULACIÓN DE AUTOS EN EL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTO CIVIL

1. *Sobre el fundamento de la institución de la acumulación de autos*

De acuerdo con el artículo 92 del CPC, “[l]a acumulación de autos tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar por una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa”. Continúa la norma disponiendo tres situaciones en las que se dará lugar a ella⁵ y que se desarrollará brevemente en la sección siguiente.

Según Riveros, la continencia a la que refiere la norma es en definitiva la “causal genérica que habilita la acumulación de procesos y que se desarrolla en las diversas hipótesis”⁶.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia están contestes en los bienes jurídicos que justifican la existencia de esta institución: certeza jurídica, eficacia de decisiones judiciales, evitar decisiones contradictorias y la economía procesal:

“Mediante su ejercicio se materializa el principio de certeza jurídica, procurando que los juicios que versen sobre acciones iguales o emanen directa e inmediatamente de los mismos hechos terminen por una sola sentencia, evitando de este modo sentencias contrarias o contradictorias en un mismo asunto, y hace vigente el principio de economía procesal, evitando la proliferación innecesaria de juicios sobre asuntos conexos, o sobre un mismo asunto”⁷.

En este punto, la incidencia acumulativa comparte características y fundamentos con otras instituciones procesales, como la litispendencia y la cosa juzgada. Así fue expuesto por Maturana en su memoria de 1982:

⁵ Sin perjuicio de lo dispuesto por el artículo 93 siguiente, a propósito del procedimiento concursal de liquidación de la Ley N° 20.720.

⁶ RIVEROS, 2024, p. 135.

⁷ CORTEZ, 2022, p. 289.

“(...) el establecimiento de estas tres instituciones, el legislador persigue impedir que se dicten sentencias contradictorias entre sí, puesto que ello importaría menos-cabar el vital papel que cumple el proceso como instrumento eficaz para generar un fallo de resuelva el conflicto que los particulares han sometido a la decisión del órgano jurisdiccional”⁸.

Ello se reconoce también por Parot, quien explica que “la acumulación de autos forma, pues, parte de este grupo de instituciones con las cuales se ha querido mantener el prestigio de los jueces, a la vez que reducir el número de juicios y simplificar los procedimientos”⁹.

La relevancia de la acumulación como herramienta para concretar estos principios ha sido latamente reconocida por Tribunales Superiores. Este fue, por ejemplo, el criterio adoptado en sentencia de la Corte Suprema de abril de 2009, al fallar que “(...) la razón de ser de la acumulación es evitar que se dicten fallos contradictorios sobre la misma cuestión debatida”¹⁰.

En cuanto a la eficiencia procesal como objetivo de este incidente, la Corte de Apelaciones de Santiago, en sentencia de julio de 2024 acogió una acumulación de autos fundándose precisamente en que “[l]a acumulación solicitada se ajusta al principio de economía procesal, resultando pertinente que los procesos se tramiten y fallen en conjunto, con el propósito de prevenir la multiplicación innecesaria de juicios”¹¹.

En definitiva, el propósito del legislador fue garantizar, mediante la reunión material de litigios interconectados, que fuera un solo tribunal el llamado a resolverlos, asegurando un mejor y más eficiente aprovechamiento de recursos económicos y procesales, al tiempo de eliminar el riesgo de sentencias contradictorias que restrinjan su posterior ejecución.

Sin perjuicio de lo anterior, la relevancia de estos objetivos no puede interpretarse irrestrictamente al punto de avalar una aplicación abusiva. Se comparte, por tanto, el criterio seguido por el Tribunal Constitucional en noviembre de 2019, respecto del deber del tribunal de sopesar beneficios y desventajas de una tramitación conjunta. Ello, sobre todo si la base de la alegación fuese la economía procesal, que por sí sola no puede bastar para dar lugar a la acumulación.

“[s]iendo la acumulación un mecanismo útil para cautelar finalidades valiosas, como la economía procesal, la celeridad, la unidad y continencia del proceso y para evitar sentencias contradictorias, al mismo tiempo, es razonable que proceda bajo supuestos que no alteren otros fines igualmente valiosos, entre ellos también el de celeridad, de tal manera que admitirla o no puede ser lesivo del derecho a un procedimiento racional y justo”¹².

⁸ MATORANA, 1982, p. 485.

⁹ PAROT, 1941, p. 8.

¹⁰ Corte Suprema, sentencia de 28 de abril de 2009, Rol N° 1743-2008.

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de julio de 2024, Rol N° 8064-2024.

¹² STC N° 5629 de 21 de noviembre de 2019, C°24.

En definitiva, aunque deseable en muchos casos, la acumulación siempre deberá evaluar si realmente se cumplen sus presupuestos legales, al tiempo de asegurar los derechos procesales de todos los intervenientes, su seguridad jurídica y el acceso a una pronta resolución de conflictos.

Acerca de este último punto, el artículo 92 del CPC parte de una premisa indispensable para acoger una incidencia de acumulación: la necesidad de cautelar la continencia o unidad de las causas cuya acumulación se reclamare. A su vez, ofrece tres hipótesis ejemplares¹³ en las que se presume dicha necesidad¹⁴.

a) Artículo 92 N° 1

El artículo 92 N° 1 del CPC contempla dos situaciones de hecho en que resultará procedente acumular causas: cuando se deduzcan dos o más acciones idénticas, o cuando aquellas emanaren directa e inmediatamente de los mismos hechos.

Respecto de la primera hipótesis, será aplicable en casos “en que en el proceso promovido con posterioridad se hubiere hecho valer una pretensión cuyos elementos sean cualitativamente los mismos, pero de una mayor extensión a los de la pretensión que se hubiere hecho valer en el primitivamente iniciado”¹⁵.

Así, más que una identidad estricta, lo que se verificará será una relación de “continencia” o contenido común¹⁶. De ahí a que se proponga que este numeral contempla “todos aquellos supuestos en que existe conexión entre las causas de pedir o el objeto pedido (*o petitum*) entre las diversas acciones sin que exista identidad de partes”¹⁷. Eso sí, aunque según se verá a propósito de la conexidad, en la práctica pueda diluirse esta separación, relevante resulta prevenir que esta relación es esencialmente distinta de aquella que concurre en un caso de litispendencia, en que la identidad del artículo 177 del CPC es total¹⁸.

El segundo supuesto se refiere a la identidad de hechos, aun cuando las pretensiones sean distintas. Un ejemplo lo ofrece una sentencia de la Corte de Concepción (diciembre de 2022), que conoció de dos demandas distintas, originadas en los mismos hechos: el cobro de un mismo premio de juego de azar por parte de dos actores, cada uno con un boleto distinto, dirigidas contra el mismo demandado¹⁹.

En doctrina, Rivero menciona otros casos de acumulación bajo esta hipótesis: “(...) se incluyen, asimismo, en este numeral como supuestos de conexión simple todas aquellas

¹³ MATORANA, 2014, pp. 10.

¹⁴ Corte de Santiago, sentencia de 10 de julio de 2024, Rol N° 8064-2024. En similar sentido, Corte de Concepción, sentencia de 9 de julio de 2020, Rol N° 364-2020.

¹⁵ MATORANA, 2014, pp. 11.

¹⁶ RIVERO, 2024, p. 135.

¹⁷ RIVERO, 2024, p. 137.

¹⁸ MATORANA, 1982, p. 163-165.

¹⁹ Corte de Concepción, Rol N° 1941-2022 de 27 de diciembre de 2022 (C°4°).

hipótesis de procesos simultáneos en que se vean involucrados terceros titulares de una pretensión incompatible o excluyente de la sostenida por las partes en otro proceso”²⁰.

En cambio, no procede la acumulación cuando los hechos son diversos, como ha resuelto la jurisprudencia en casos de demandas por daños sufridos en protestas sociales por personas distintas y en días distintos: “(...) cabe preguntarse si los 17 demandantes hubiesen presentado sus demandas en forma separada ¿se habrían podido acumular? y la respuesta es que no (...) cada hecho que se narra es diverso del otro y ni siquiera se verifican en el mismo día”²¹.

b) Artículo 92 N° 2

El segundo numeral del artículo 92 aplica a casos en que existan dos (o más) litigios ventilados por las mismas partes y cuyo objeto sea el mismo, aun cuando difieran sus posiciones jurídicas. En línea con el artículo 177 del CPC, podrá variar entonces la causa de pedir²², siempre y cuando objeto y partes sean iguales. Un ejemplo que grafica esta hipótesis está en sentencia de la Corte de Santiago:

“En efecto, si bien se trata de diferentes folios respecto de los que se demanda la prescripción de la acción de cobro, la norma en cuestión supone la identidad de partes y de la cosa pedida, siendo la expresión “aunque las acciones sean distintas”, según se ha dicho, precisamente una referencia a la diversidad en la causa de pedir”.²³

Conforme expone Rivero, la exigencia de la identidad de partes prevista por el numeral segundo “reviste mayor complejidad, en tanto importa adentrarse con mayor intensidad en las discutidas cuestiones relativas a los elementos que integran la causa de pedir”²⁴. En este sentido, su configuración por medio de las herramientas incidentales puede ser bastante más compleja, especialmente en caso de que los procedimientos se encontraren en fases iniciales del procedimiento sin actividad probatoria.

c) Artículo 92 N° 3

De acuerdo con el numeral tercero, procederá acumulación de autos si entre dos o más procesos existiera el riesgo de que produzcan excepción de cosa juzgada entre sí, incluso estando fundados en acciones diversas. De ahí a que se explique en doctrina que la causal tercera tendría aplicación en “aquellos supuestos en que, sin existir triple

²⁰ RIVERO, 2024, p. 137.

²¹ Corte de Santiago, sentencia de 4 de junio de 2021, Rol N° 770-2021.

²² CORTEZ Y PALOMO, 2018, p. 411.

²³ Corte de Santiago, sentencia de 10 de julio de 2024, Rol N° 8064-2024.

²⁴ RIVERO, 2024, p. 138.

identidad entre los elementos de las acciones, la cosa juzgada produce efectos absolutos o *erga omnes*²⁵.

Ejemplos en que esta causal resultará procedente hay varios. Entre ellos suele nombrarse casos en que varios demandados que fuesen codeudores solidarios²⁶; la declaración judicial de herederos a instancias de un acreedor hereditario o testamentario²⁷. También se identifican casos en ámbitos sectoriales, como fluye en sentencia de julio de 2021 dictada por la Corte Suprema en sede ambiental, declarando la acumulación de dos procedimientos que incidían en una misma Resolución de Calificación Ambiental:

“(...) para mantener la unidad o continencia de todos los reclamos judiciales que pueden interponerse en contra de las resoluciones administrativas que incidan en una RCA, con el fin de que ellos sean conocidos al mismo tiempo por el Tribunal Ambiental, este deberá esperar que se agote la vía administrativa de todos aquellos recursos (...) y proceder de modo simultáneo en la forma que resulte procedente, al conocimiento y resolución de todas las reclamaciones judiciales que se deduzcan a su respecto”²⁸.

Como ya fue anunciado, la referencia a la cosa juzgada que se encuentra en el numeral 3º en comento ha sido bastante eficaz y utilizada por la jurisprudencia a la hora de construir mecanismos tendientes a hacer valer anticipadamente la eficacia de la cosa juzgada: la litispendencia por conexidad²⁹:

“ (...) en relación con la falta de la triple identidad que alega la demandante, que según se ha sostenido por la doctrina y jurisprudencia recientes la litispendencia no solo procede frente a litigios en que existe perfecta triple identidad legal de partes, cosa pedida y causa de pedir, sino también frente a ciertos casos de litigios conexos y prejudiciales. (...) Cristian Maturana señala que el criterio de la triple identidad “no puede ser sustentado como un dogma de fe absoluto, sino que debe ser analizado en forma rigurosa cada vez que se presente esta excepción, por cuanto la litispendencia no tiene lugar siempre que aparezca que la sentencia de un pleito deba producir la excepción de cosa juzgada en otro”. Este autor advierte que la teoría de la triple identidad no sirve respecto de dos procesos no “integrales”, en palabras de Cornelutti, los procesos “que no sirven para componer toda la litis, porque no resuelve todas las cuestiones relativas a una de las vocaciones”³⁰.

²⁵ STOEHREL, 2020, p. 160. En similar sentido, CASARINO, 2005, p. 154.

²⁶ MATORANA, 2007, pp. 30.

²⁷ STOEHREL, 2020, p. 160.

²⁸ Excma. Corte Suprema, sentencia de 28 de julio de 2021, Rol N° 43698-2020, C°12.

²⁹ RIVERO, 2024, p. 139.

³⁰ 4º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 31 de agosto de 2023, Rol N° C-18.956-2020.

Fallos de la Corte Suprema han dado lugar a esta especial *litispendencia*, a partir del 92 N° 3 del CPC:

“La primera de ellas se produce cuando encontrándose una demanda pendiente y en tramitación se presenta otra idéntica a la anterior, con plena coincidencia de sus personas, objeto y causa de pedir. La litispendencia por conexidad, en cambio, se configura cuando no concurriendo las mencionadas tres identidades el primer y segundo proceso se encuentran vinculados por «conexidad» en términos tales «que la sentencia que haya de pronunciarse en un juicio deba producir la excepción de cosa juzgada en otro» (art. 92 N° 3 del Código de Procedimiento Civil)”³¹.

El fundamento detrás es impedir que “por medio del inicio de un nuevo juicio, se intente mejorar los eventuales defectos que se hubieran producido en el que ya estuviera pendiente (...) su finalidad última se orienta a precaver el riesgo de que uno de esos pleitos pudiera llegar a terminar de manera incompatible o descoordinada con otro que se afinara primero”³². Y aprovechando los efectos provocados por la interposición de una excepción dilatoria, se busca evitar eventuales problemas derivados de la pendencia de dos procesos.

Es posible así concluir que la solución que se adopte en este punto dependerá de la manera en cómo las partes involucradas en procedimientos conexos, invoquen o hagan valer dicha relación y potencial efecto de cosa juzgada, cuando no exista plena concurrencia de los presupuestos del artículo 177 y del objetivo que con ese ejercicio se persiga.

Ha de recordarse que “el objeto de la litispendencia es paralizar el segundo juicio, no el primero”³³; esta persigue ponerle término al procedimiento más reciente para concentrar la discusión en la causa primitiva. Ello contrasta con los efectos propios del incidente de acumulación, en donde el objeto buscado no es la extinción de un juicio, sino únicamente suspender temporalmente el avance de uno de ellos hasta que ambas causas alcancen un mismo estado procesal; hito desde donde se seguirán tramitando conjuntamente “como si fueren un solo juicio”.

De esta forma, la distinción no es baladí. Muy por el contrario, la elección y decisión judicial pueden implicar resultados profundamente distintos para la estrategia procesal y la regularidad del procedimiento. Mientras la litispendencia impedirá la prosecución del “segundo juicio”, la acumulación procura su subsistencia, aunque bajo una tramitación unificada. Ello, a fin de cuentas, ampliará el debate y exigirá una resolución judicial que abarque ambos procedimientos (aun cuando estén estrechamente relacionados).

Por esta razón, no será extraño que para el demandado sea preferible ejercer la litispendencia por conexidad por sobre la acumulación de autos del artículo 92 N° 3, como mecanismo para controlar “el abuso procesal o la mala fe de los litigantes en iniciar

³¹ Corte Suprema, sentencia de 22 de agosto de 2002, Rol N° 993-2002.

³² Corte Suprema, sentencia de 26 de marzo de 2013, Rol N° 6621-2012.

³³ 4º Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 31 de agosto de 2023, Rol N° C-18.956-2020.

procesos en paralelo, constituyéndose así la litispendencia en un resguardo del deber de congruencia y buena fe”³⁴. En contraste, para el actor puede que la acumulación aparezca como un mecanismo para corregir errores de forma o fondo –por ejemplo, en materia de legitimación–; para fortalecer su posición –por ejemplo, en materia probatoria, si es que se quiere aprovechar el ejercicio de otras partes–; o incluso para los efectos de un eventual fallo favorable, integrando hechos o pretensiones vinculadas.

En definitiva, con ciertas diferencias, el objetivo de evitar la duplicidad de ambos procedimientos podrá cumplirse mediante ambas instituciones. Lo que sí, como recuerda Rivero, es que tratándose de la litispendencia por conexidad no es posible identificar un criterio estable y uniforme en jurisprudencia. Todo lo contrario: “se aprecia una evidente confusión e incluso contradicciones entre las propias sentencias de la Corte”³⁵, que podrán variar dependiendo de la integración y de la sala respectiva.

2. *Acerca de los efectos de la decisión que acoge un incidente de acumulación*

El fin de la acumulación es la agrupación material de dos o más procedimientos pendientes, con el fin de que “ellos se tramiten y se fallen conjuntamente”³⁶, para que se tengan como un solo juicio. Esto, desde luego, exige precisar varios aspectos relevantes en cuanto a sus efectos: (i) la determinación del tribunal que conocerá del procedimiento acumulado; (ii) el efecto suspensivo que tendrá lugar respecto de las causas más avanzadas; y (iii) la agrupación material de los distintos procesos declarados en la resolución de acumulación.

El primero de ellos se describe en el artículo 96 del CPC, que define las reglas de competencia judicial, según la jerarquía de los tribunales que estuvieren conociendo hasta antes de la acumulación: “Si los juicios están pendientes ante tribunales de igual jerarquía, el más moderno se acumulará al más antiguo; pero en el caso contrario, la acumulación se hará sobre aquel que esté sometido al tribunal superior”.

El segundo efecto se detalla en el artículo 97 del CPC, conforme con ello, la resolución que decrete la acumulación suspenderá el o los procedimientos más avanzados, para así equiparar los que vayan en etapas más tempranas hasta un mismo estadio procesal. Luego, “llegados todos al mismo estado, se siguen tramitando conjuntamente y se fallan en una misma sentencia”³⁷.

Sin duda este efecto es esencial para la concreción del objetivo de la acumulación, pues de no hacerlo se provocaría un desajuste grave en la tramitación que terminaría por impedir la unidad y armonía procesal perseguida por este instituto. No obstante, es precisamente por este efecto que debiera tenerse especial cuidado a la hora de acoger esta incidencia, ya que puede que por medio de la acumulación solo se esté persiguiendo

³⁴ RIEDO, 2015.

³⁵ RIVERO, 2024, p., 139.

³⁶ MATORANA, 2007, pp. 27.

³⁷ CORTEZ y PALOMO, 2018, pp. 294.

una dilación o una corrección inoportuna de errores procesales o sustantivos graves en que incurriera el actor, imputables a su negligencia y que podrían ser solventados contraviniendo la lógica de la preclusión procesal.

Esta última idea se reconoce explícitamente en el proyecto de Código Procesal Civil chileno de 2012, al regular la denominada acumulación de procedimientos. Dichas reglas fijan límites claros a la institución acumulativa, negándola en casos en que “el demandante pudo haber ejercido conjuntamente sus acciones y no justifique la imposibilidad de haberlo hecho con la respectiva demanda, ampliación o reconvención”.

Ahora, sin lugar a dudas, la consecuencia más relevante de una resolución de acumulación será la formación de una unidad de causas o este “*solo juicio*” del que habla el artículo 92 del CPC.

En términos generales, las normas aplicables a la acumulación son claras al precisar algunos resultados inmediatos que provocará su declaración: las causas quedarán sujetas a una misma substanciación material, ante el mismo tribunal y finalizarán con una sola sentencia que abarcará todos los procesos acumulados.

Menos claro resulta el alcance “*un solo juicio*” en otros ámbitos, lo que ha incentivado diversas posiciones cuya adherencia impacta varias instituciones conexas.

Por ejemplo, surgen dudas en torno a la oportunidad en que esta unidad comienza a producir reales efectos jurídicos, a partir de lo dispuesto por el artículo 97 ya mencionado: ¿será una unidad inmediata, producida por la resolución que decreta la acumulación, o bien, solo comenzará a producir efectos desde que todas las causas lleguen a una misma fase procesal?

Asimismo, ¿la unidad de la que se habla en el artículo 92 del CPC puede llegar a producir efectos retroactivos en el juicio más reciente? Y de ser afirmativa la respuesta, ¿hasta qué punto se admitirá aquello? Todas estas dudas intentarán ser solventadas en la sección III siguiente.

III. NOCIÓN DE “UN SOLO JUICIO” Y SUS ALCANCES EN LOS PROCEDIMIENTOS INDIVIDUALES ACUMULADOS

1. *Momento en que se produce la unidad de juicios*

La doctrina pareciera coincidir en el momento en que comienza la tramitación conjunta de las causas acumuladas, si los procesos estuvieran en fases procesales distintas.

Maturana señala que una vez que los procedimientos acumulados se encontraren en un mismo estado procesal, es que estos se seguirán tramitando conjuntamente para ser fallados por una misma sentencia³⁸. En idéntico sentido, Cortez y Palomo³⁹. Casarino complementa la idea al explicar la operatividad del artículo 97: “(...) se paraliza hasta que

³⁸ MATORANA, 2007, pp. 33.

³⁹ CORTEZ y PALOMO, 2018, pp. 294.

el primero también quede en estado de formular observaciones a las pruebas rendidas, y de allí para adelante se tramitan conjuntamente, como si se tratara de un solo juicio”⁴⁰.

Todos comparten una idea: solo una vez que todos los procedimientos alcancen un mismo estado procesal comenzará la tramitación conjunta. No obstante, la duda que salta es qué ocurre con el periodo intermedio con los juicios incipientes mientras los demás se encuentran suspendidos.

Si la tramitación no será la misma sino hasta que alcancen un mismo estado procesal, ¿puede hablarse de que la causa acumulada configura un solo juicio antes de ese hito?

Al respecto, existen diversas posiciones. La decisión que se adopte incidirá en varias instituciones relevantes, como, por ejemplo, el abandono del procedimiento, la retroactividad legal o el derecho de los litigantes de los juicios suspendidos a intervenir en aquel que siga en curso.

a) Primera posición: la acumulación produce unidad inmediatamente

Conforme con el artículo 100 del CPC, se entiende que una vez decretada la acumulación, esta producirá efectos inmediatamente sin necesidad de que se encuentre firme y ejecutoriada⁴¹.

Partiendo de esta premisa y de lo previsto por el artículo 92 del CPC, una primera posición ha señalado que el efecto de unidad de procedimientos comenzaría desde la notificación de la resolución que haya decretado la acumulación, independiente del estado procesal en que los juicios acumulados se encuentren. Así, la Corte de Valparaíso:

“(...) sin perjuicio que la resolución de siete de enero del año en curso que hizo lugar a la acumulación de autos dispuso que ambas causas seguirían su tramitación “en forma separada...”, del mérito de autos se desprende inequívocamente que ambos juicios acumulados constituyen, desde la fecha de la acumulación, una sola causa respecto de la cual la parte demandante realizó gestiones con el objeto de dar curso progresivo a los autos con posterioridad (...)”⁴².

En similar sentido, sentencia de 2022 de la Corte Suprema:

“(...) el alcance del concepto de acumulación ya había sido analizado por esta Corte en diversas oportunidades, observándose que esta acumulación es diversa del incidente regulado en el artículo 92 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, pues como resultado de este último los procesos pasan a constituir un solo juicio y deben terminar en una sola sentencia”⁴³.

⁴⁰ CASARINO, 2005, pp. 157.

⁴¹ MATORANA, 2007, pp. 33.

⁴² Corte de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de 30 de noviembre de 2015, Rol N° 1509-2015.

⁴³ Corte Suprema, sentencia de 11 de noviembre de 2022, Rol N° 4007-2022.

- b) Segunda posición: la acumulación solo se verifica una vez que todos los procedimientos lleguen a una misma etapa procesal

Frente al efecto suspensivo provocado por el artículo 97 del CPC, una segunda posición sostiene que el efecto unificador solo se producirá una vez que todos los litigios lleguen a la misma etapa procesal. En el periodo intermedio, cada causa mantendría su individualidad de acuerdo con su respectiva tramitación. Así, Corte Suprema en 2009:

“TERCERO: Que, desde luego, conviene precisar que con fecha tres de junio de dos mil cinco, en los autos rol N°2.772-05, se ordenó la suspensión de la tramitación de aquella signada con el rol 2.251-04 del mismo tribunal, mientras avanzaba la que correspondía a la primera de las causas señaladas; (...) en ningún momento aquellos expedientes tuvieron una tramitación única, sino que se manejaron independientemente uno de otro, impidiendo de esta manera que en lo procesal, no obstante su unión física, constituyeran un solo proceso o unidad de causa. Como consecuencia de la acumulación, la tramitación del proceso más avanzado debe paralizarse a la espera que el más atrasado llegue a la misma etapa de procedimiento y, desde ese instante, corresponde tramitarlo como un solo juicio, dado que la razón de ser de la acumulación es evitar que se dicten fallos contradictorios sobre la misma cuestión debatida”⁴⁴.

El criterio es claro: mientras no lleguen todos a una misma etapa, no será posible hablar de un solo juicio. La independencia se perdería solo una vez que se sujeten todos a la misma tramitación. De acuerdo con Casarino, la necesidad de llegar a una misma etapa exigirá seguir con la tramitación del procedimiento más atrasado “sin que sea común al pleito más adelantado”⁴⁵, el que estará suspendido por aplicación del artículo 97. De esta manera, no existirá unidad de tramitación y, por tanto, cada juicio acumulado conservará su independencia y autonomía, al menos hasta su reanudación conjunta.

2. *Alcances sustantivos de la unidad de juicios*

Como se expuso, existe consenso en torno a la idea de que la unidad de juicios implicará una tramitación conjunta a resolverse en un mismo acto jurisdiccional (unificación material a nivel de rol, tribunal, expediente y sentencia). No obstante, esta situación no implica sustantivamente que las causas pierdan individualidad.

Si un proceso acumulado involucra a varias partes, cada una de ellas se verá en la obligación de acreditar las afirmaciones fácticas en que basen sus pretensiones, sin que el éxito de una de ellas derive necesariamente en el éxito de las demás⁴⁶.

⁴⁴ Corte Suprema, sentencia de 28 de abril de 2009, Rol N° 1743-2008.

⁴⁵ CASARINO, 2005, pp. 158.

⁴⁶ Véase en este sentido la reciente sentencia de 14 de diciembre de 2023 del 21º Juzgado Civil de Santiago, Rol C-9460-2019, en donde siendo un procedimiento indemnizatorio acumulado, acogió

Resulta evidente que si la acumulación se hubiere decretado a base de la causal del artículo 92 N° 1 del CPC (emanar todas las acciones en un mismo hecho), esta afirmación tenderá a morigerarse, pues la actividad probatoria desplegada para uno solo de los juicios probablemente sea eficaz para acreditar hechos respecto del resto.

Contrasta con el caso de excepciones de fondo personales (como la cosa juzgada plena, la falta de legitimación alegada o la prescripción de la acción). Su ejercicio seguirá siendo individual, teniendo cada parte la carga de oponerlas y probarlas, sin que baste con que otra parte lo haya hecho para que el tribunal extienda automáticamente sus efectos.

Esto se explica porque, aunque las acciones puedan ser tramitadas y valoradas conjuntamente bajo una misma causa “material”, la resolución final necesariamente tendrá que pronunciarse acerca de cada una de las acciones acumuladas que se hubieren deducido, so pena de incurrir en causal de casación en la forma del artículo 768 N° 5), lo que además supondrá en la práctica dividir el análisis jurisprudencial y la resolución final entre “causa principal” y “causas acumuladas”. En tales casos, aun cuando dos o más acciones resulten idénticas o se sustenten en los mismos hechos, a la hora de resolverlas serán tratadas como acciones independientes.

Esta diferenciación resulta esencial no solo por el artículo 170, sino también porque contribuye a resguardar el derecho de defensa de las partes y a evitar eventuales nulidades por omisión de pronunciamiento. En suma, la acumulación permite una economía procesal relevante, pero no autoriza al juez a *fundir* sustantivamente lo que, en *ultima ratio*, sigue siendo diverso.

En contraste, desde una perspectiva procesal sí podrá hablarse de “un solo juicio”, desde el momento en que se entienda procedente dicha unidad. Esta circunstancia dará lugar a la simplificación de varios trámites, dependiendo del estado procesal en que se encuentre la causa al tiempo de verificar la unificación. De alto interés resulta atender a diversas instituciones procesales que comenzarán a operar en las causas acumuladas como si todas ellas fuesen “un solo juicio”, independiente de la cantidad de roles que existan. A modo ejemplar, las limitaciones probatorias en materia de cantidad de testigos debiesen ser aplicadas en su totalidad, de modo que no será factible ampliar el número de terceros que declarén más allá del tope del artículo 372 del CPC.

Regla de igual naturaleza se encuentra en materia de la vista de la causa y el derecho a suspenderla de acuerdo con el artículo 165 N° 5. Tal fue el razonamiento de la Corte de Temuco aplicando por analogía estas reglas a la acumulación de recursos:

“Por consiguiente, la vista conjunta constituye una acumulación de recursos, que es análoga a la acumulación de autos que reglamenta el Título X del Libro I del Código de Procedimiento Civil, esto es, ‘tendrá lugar siempre que se tramiten separadamente dos o más procesos que deban constituir un solo juicio y terminar en una sola sentencia, para mantener la continencia, o unidad de la causa’ (Art.92).

parcialmente la “demanda” (entendida como una sola), respecto de ciertos actores, y respecto del resto la desechó por concurrir falta de antecedentes o cosa juzgada.

De lo que sigue que consistiendo la acumulación en el presente caso en la vista conjunta de todos los recursos, constituyen no solo un mismo juicio –como en realidad acontece en la especie en primera instancia–, sino que además una sola vista de los mismos, por lo que se deben aplicar las reglas referentes a la suspensión de la vista de la causa del Art. 165 N° 5 del mismo cuerpo legal, esto es, cada parte puede hacer uso del derecho por una sola vez; y siendo un hecho de la causa que el apelante había ejercido ese derecho con anterioridad en otras de las causas cuya acumulación se ordenó, se extinguió el mismo”⁴⁷.

Del mismo modo, ante una eventual confesión espontánea en una de las causas que fuesen posteriormente acumuladas, se estima que aquella habrá de tenerse por confesión judicial para todos los efectos probatorios pertinentes, y no así como confesión en juicio diverso.

Finalmente, esta lógica de unidad se proyecta especialmente en la actividad jurisdiccional, pues será en dicha oportunidad donde mejor se podrá concretar el principio de economía procesal. Si bien, como se dijo, el juez debe emitir un pronunciamiento acerca de cada una de las acciones acumuladas, nada impide que por eficiencia, el fallo se remita en parte a los razonamientos ya vertidos respecto de otra acción acumulada. Considerando la conexión entre procedimientos acumulados, proceder de este modo difícilmente se podría estimar contrario al deber de fundamentación.

3. *¿Efecto retroactivo de la acumulación de autos?*

Sin perjuicio de que este trabajo no tiene por objeto examinar en detalle la relación entre ley y tiempo, lo cierto es que, debido a la naturaleza de la acumulación, resulta plausible que entre el inicio de los procesos acumulables hayan ocurrido reformas procesales aplicables solo a uno de ellos. Por ello, en este contexto, adquiere particular relevancia indagar en el alcance real de la noción de “un solo juicio” del artículo 92, y en especial, si esta puede implicar una retroactividad normativa más amplia que la prevista en el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes (LERL).

a) Generalidades respecto de la retroactividad de leyes procesales

El artículo 24 de la LERL fija las reglas generales de aplicación retroactiva de la ley procesal, distinguiendo entre normas de substanciación y ritualidad, de aquellas relativas a “términos” y actuaciones ya iniciadas al alero de una ley anterior:

“Las leyes concernientes a la substanciación y ritualidad de los juicios prevalecen sobre las anteriores desde el momento en que deben empezar a regir. Pero los términos

⁴⁷ Corte de Apelaciones de Temuco, sentencia de 25 de octubre de 2005, Rol N° 836-2005.

que hubiesen empezado a correr y las actuaciones y diligencias que ya estuvieren iniciadas se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”.

Esta disposición recoge un principio clásico que establece la aplicación *in actum*⁴⁸ de las leyes de naturaleza procesal⁴⁹ frente a cambios normativos, y que asume de cierta forma que un cambio procedural será menos propenso a afectar derechos adquiridos que uno vinculado al fondo.

“3º) Que para la presente alegación, se debe hacer una distinción entre si lo que se discute es un tema de fondo o un tema procedural; (...) Lo anterior es relevante, toda vez que si fuera un tema de fondo, se podrían afectar eventualmente derechos adquiridos, pero al ser un tema procedural debe mirarse en lo estrictamente necesario para no afectar los derechos procesales de las partes”⁵⁰.

Esos “derechos procesales” a los que se hace mención son los descritos por la segunda parte del artículo 24 de la LERL, respecto de términos que ya estuvieren corriendo, o aquellas actividades o diligencias ya iniciadas bajo una ley anterior:

“(...) las formas de procedimiento caen bajo el dominio de la nueva ley; pero un acto de procedimiento iniciado ó consumado bajo el imperio de una legislación anterior debe ser considerado como un hecho jurídico cuya eficacia se mantiene bajo la ley nueva, tanto respecto á la subsistencia del hecho mismo como á las consecuencias que de él se derivan en el proceso”⁵¹ (sic).

Yáñez plantea varias actuaciones procesales en las que el principio de aplicación retroactiva de la ley procesal tendrá operatividad plena, cuestión que se funda en la eventual afectación de derechos adquiridos de los litigantes respectivos, lo que se califica por el autor como un principio “de la mayor simplicidad”⁵².

“Nos parece todavía que el que ha realizado un acto procesal con el propósito de conseguir un resultado jurídico determinado, como por ejemplo un reconocimiento de una deuda, una citación válidamente hecha, una apelación, una recusación, adquiere el derecho de continuar los actos posteriores del proceso, con la eficacia y para los efectos que acordaba la ley vigente. Todo acto de procedimiento completo y consumado mientras estaba en vigor la legislación anterior, debe ser reputado

⁴⁸ 1º Juzgado Civil de Rancagua, sentencia de 27 de marzo de 2017, Rol C-14325-2015, Cº4.

⁴⁹ BARROS, 1995, p. 10.

⁵⁰ Corte de Talca

⁵¹ TAVOLARI, 2010, p. 732.

⁵² TAVOLARI, 2010, p. 733.

como un hecho jurídico, adquisitivo del derecho de obtener el objeto atribuido a ese acto por la legislación en vigor”⁵³.

Ahora bien, como prevención, de acuerdo con la regla general de irretroactividad del artículo 9 inciso 1º del Código Civil⁵⁴, se ha concluido en doctrina que “la voluntad del legislador de retroobrar la ley debe ser manifestada expresamente. El carácter de retroactividad no se supone en una ley, si ella no lo expresa formalmente; o en otros términos, no puede suponerse una retroactividad oculta”⁵⁵ (sic). Esta circunstancia, según se verá, cobrará especial importancia en el estudio de sus efectos.

Establecido lo anterior, se analizará cómo estas reglas podrían entrar en conflicto en casos acumulados por aplicación del artículo 92 del CPC.

b) Retroactividad frente a la acumulación de autos

Una lectura inicial del artículo 24 LERL permite concluir que, como regla general, el efecto *in actuum* de las normas referentes a substanciación y ritualidad impediría mayores conflictos en casos donde los juicios acumulables se hubiesen iniciado bajo leyes procesales distintas. Sin embargo, esta conclusión se vuelve menos evidente si la nueva norma procesal contempla efectos retroactivos, lo que obliga a precisar los límites de su aplicación en contextos de acumulación.

En este marco, surgen al menos dos interrogantes relevantes: (i) si la noción de “un solo juicio”, propia de la acumulación del artículo 92 del CPC, puede implicar la aplicación retroactiva de una norma procesal derogada respecto del juicio más reciente; y (ii) si, ante la eventual coexistencia de regímenes procesales distintos, es jurídicamente viable decretar la acumulación.

Para abordar estas preguntas, resulta necesario tener a la vista dos reglas esenciales de tramitación acumulativa. La primera, contenida en el artículo 95 del CPC, exige que los juicios se encuentren sometidos a una misma clase de procedimiento como requisito de procedencia. La segunda, establecida en el artículo 96 del mismo código, dispone que, en caso de admitirse la acumulación, el juicio más moderno debe incorporarse al más antiguo.

La exigencia del artículo 95, en orden a que los juicios acumulables se sujeten a un mismo procedimiento, ha sido tradicionalmente justificada a base de consideraciones de economía procesal, coherencia normativa, unidad de tramitación y congruencia funcional entre actos procesales equivalentes. A ello se suma una razón práctica no menor: la dificultad de gestionar conjuntamente procesos con secuencias procedimentales, plazos, recursos y estructuras probatorias disímiles, que atentaría contra la eficiencia y consecución natural de los procesos.

⁵³ TAVOLARI, 2010, p. 733-734.

⁵⁴ “La ley puede solo disponer para lo futuro, y no tendrá jamás efecto retroactivo”.

⁵⁵ TAVOLARI, 2010, p. 722.

Considerando lo anterior, los eventuales cambios normativos que pudieren regir en el periodo intermedio entre dos procedimientos acumulables podría llevar a impedir la incidencia, aun cuando en lo sustancial los demás presupuestos acumulativos concurrieran.

Desde una perspectiva formalista, esta situación llevaría a rechazar la acumulación, en tanto no se cumpliría con el requisito de identidad de procedimiento exigido. Sin embargo, una interpretación estricta en ese sentido sacrifica la finalidad última de la acumulación procesal, según se describió previamente: evitar decisiones contradictorias, racionalizar la actividad jurisdiccional y asegurar la eficacia jurisdiccional.

En este punto, surge como alternativa una solución interpretativa que reconoce la posibilidad de una “retroactividad procedural excepcional”, derivada del principio de unidad del juicio acumulado. Esta se construiría bajo la lógica del artículo 92 del CPC y su noción de “un solo juicio”, permitiendo que, una vez admitida la acumulación, el proceso más reciente se incorpore plenamente al régimen procesal del más antiguo, aunque ello implique aplicar una normativa ya derogada respecto de aquel. Tal criterio, sin embargo, no está exento de tensiones, conforme con la regla general de irretroactividad antes descrita. Sin embargo, se estima que existen buenas razones para defender esta solución, conforme con la coherencia y unidad procesal.

Para reforzar lo que se viene diciendo, se transcriben algunas decisiones judiciales que confirman el razonamiento detrás de la solución: un ideal unitario, económico y coherente frente a modificaciones normativas. Por ejemplo, en sentencia de la Corte de Valdivia:

“(...) el estricto cumplimiento de las disposiciones legales vigentes y el debido resguardo de los derechos del fiscalizado requiere de certeza respecto de la legislación que es aplicable; es en este sentido que resulta necesario establecer una unidad y coherencia de tales disposiciones legales que deben aplicarse uniformemente en todo el curso y desarrollo de este proceso, dándole coherencia. Por lo demás así resulta del examen de la retroactividad de las leyes en el sentido que las actuaciones y diligencias que estuvieren iniciadas deben regirse por la ley vigente al tiempo de su iniciación (...) teniendo en cuenta, además, que la fiscalización es un acto administrativo complejo, compuesto por diversas etapas, al que no pueden aplicarse disposiciones legales diversas según el transcurso⁵⁶ (énfasis agregado).

En similar sentido, Corte de Santiago:

“Séptimo: Que es dable señalar que una vez que comienza a correr un plazo, bajo unas normas, no puede luego alterarse la forma de su cómputo mientras siga corriendo dicho plazo –y menos en perjuicio de una de las partes–, principio recogido en el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes.

⁵⁶ Corte de Valdivia, sentencia de 12 de febrero de 2025, Rol N° 380-2024.

Octavo: Que, de acuerdo al principio de unidad del procedimiento, no es posible sustentar que el procedimiento puede ‘cambiar’ por la expiración del plazo del arbitraje; no pudiendo mutarse a otro procedimiento sino hasta la total conclusión del procedimiento arbitral en los términos del artículo 664 y 666 del Código de Procedimiento Civil, manteniendo el árbitro su competencia para efectos de la resolución de providencias sobre recursos”⁵⁷.

A modo de referencia, en un procedimiento de precario, la acción fue ejercida conforme con el juicio sumario (pues aquella era la regla procesal vigente al tiempo de iniciar el juicio). No obstante, en el curso del proceso entró en vigencia la Ley N° 21.461 y que suprimió expresamente el comodato precario del catálogo de asuntos sometidos al procedimiento sumario, sujetándolo en cambio, al nuevo procedimiento monitorio de la Ley N° 18.101.

A raíz de este cambio legal, la parte demandada alegó la improcedencia de continuar la tramitación bajo las reglas del juicio sumario, pues su notificación vino con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo texto legal. Si bien en primera instancia se acogió la alegación, la Corte de Valdivia anuló de oficio el fallo:

“(...) Que, la Ley N° 21.461 no dispone una vigencia retroactiva en la materia en análisis, por lo que sus efectos rigen desde su publicación. Luego, la demanda fue deducida conforme a la legislación que estaba vigente a la época de su presentación, sin que el tribunal hubiese dictado alguna resolución invocando el artículo 24 de la ley sobre el efecto retroactivo de las leyes con ocasión de la dictación de la Ley N° 21.461.

6º) Que, en el contexto antes descrito, el actuar del demandante aparece amparado en la buena fe procesal, pues al tiempo de presentación de la demanda no le era exigible otro comportamiento y, posteriormente, los actos que desplegó se ajustaron a la tramitación dispuesta por el tribunal”⁵⁸.

En definitiva, se reconoció que alterar el procedimiento aplicable en un principio implicaría vulnerar la buena fe procesal y los derechos adquiridos por las partes conforme con el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes. Se estima que una situación similar se podría producir en caso de que dos procedimientos (por ejemplo, de precario) debieran ser acumulados y no obstante, por estar regidos por normas distintas, pudiera no ser pertinente hacerlo bajo la regla del artículo 95.

Ahora, si por el contrario, se da fuerza a la teoría de la unidad y se “retrotrae” la vigencia de la ley procesal del procedimiento más antiguo, podría sortearse esta limitación formal y articularse una respuesta conforme con los fines de la acumulación y la protección de los derechos procesales consolidados en la causa “original”.

⁵⁷ Corte de Santiago, sentencia de 15 de noviembre de 2023, Rol N° 3846-2023.

⁵⁸ Corte de Valdivia, sentencia de 7 de septiembre de 2023, Rol N° 475-2023.

Ilustrativo resulta el criterio que explica Parot al referirse al efecto de la acumulación de autos en la eventual derogación de las reglas de competencia jurisdiccional. Como se expondrá, si la competencia absoluta (de orden público) puede también derogarse para efectos de unificar la tramitación ante un mismo tribunal, misma solución habría de adoptarse si dos procedimientos conexos, por la diferencia temporal de su iniciación, se vieran sujetos a reglas procesales diversas.

“[n]o obstante la existencia de estas normas precisas y claras que fijan la competencia de los tribunales, pueden estos, siendo según ellas incompetentes para conocer un determinado asunto, llegar a resolver sobre él en virtud de presentarse ciertas circunstancias que lo hacen conexo a otro de que estuviere conociendo o fueren competentes para intervenir”⁵⁹.

El autor continúa ejemplificando cómo, por aplicación de la acumulación de autos por conexión, es posible incluso derogar en ciertos casos normas de competencia absoluta, tales como la cuantía:

“[l]a competencia determinada por la cuantía del asunto puede ser derogada cuando exista conexión entre dos o más pleitos, debiendo conocer de ellos el juez de jerarquía mayor, aun cuando por el valor algunos hubieren de corresponder a jueces inferiores (...)”⁶⁰.

En lo que respecta al fuero como factor de competencia absoluta, plantea Parot que la solución a dar en esos casos será la de extender las normas del fuero a quienes no las posean, es decir: “[s]i figuran en ellas personas que gocen de fuero, estas determinan la competencia del tribunal que debe conocer la acumulación”⁶¹.

Si las reglas de competencia –y especialmente competencia absoluta– pueden modificarse por la existencia de una conexión entre dos o más procesos, no se aprecian razones por las que no pudiere resolverse un conflicto bajo normas procesales derogadas, si uno de los autos acumulables se sujetare temporalmente a estas.

4. *Efectos prácticos adicionales: acerca de la (im)procedencia del incidente de abandono del procedimiento*

Finalmente, se abordará otro problema práctico derivado de la expresión “un solo juicio” del artículo 92 del CPC: la posibilidad de alegar el abandono del procedimiento en juicios acumulados en diferentes etapas.

⁵⁹ PAROT, 1941, p. 81 y 82.

⁶⁰ PAROT, 1941, p. 82.

⁶¹ PAROT, 1941, p. 87.

La jurisprudencia ha analizado casos donde, debido a la falta de notificación a todos los demandados en un litisconsorcio inicial, algunos ya emplazados no pueden invocar el abandono, ya que el procedimiento aún no se consideraría iniciado. Sin embargo, si la relación procesal es dinámica y de orden público, los demandados ya notificados sí podrían alegarlo, evitando que la configuración del juicio dependa únicamente del actor⁶².

En procedimientos acumulados, el problema es distinto: la relación procesal ya está establecida. Sin embargo, entre la resolución que decreta la acumulación y la unificación de tramitación, pueden transcurrir más de seis meses sin que el demandante impulse el procedimiento más atrasado, generando incertidumbre acerca de si los demás demandados pueden beneficiarse del abandono del procedimiento. Para ello se proponen dos casos:

a) Caso Uno: Acumulación con identidad de partes y objeto

a.1) Descripción del caso:

“A presenta una demanda de cobro de pesos contra B por el no pago del precio, causa que ya cuenta con interlocutoria de prueba firme. Paralelamente, B interpone una demanda separada contra A solicitando la resolución del contrato por incumplimiento, sin haber reconvenido en el primer juicio. Esta segunda causa se encuentra en etapa inicial, con una citación a audiencia de conciliación aún no notificada. Tras decretarse la acumulación a solicitud de A, el primer juicio se paraliza hasta que el segundo alcance la misma fase procesal. Sin embargo, B deja pasar más de seis meses sin notificar la citación, lo que lleva al actor a plantear el abandono del procedimiento respecto del segundo juicio”.

a.2) ResPECTO DE LA PROCEDENCIA Y EXTENSIÓN DEL INCIDENTE DE ABANDONO:

Analizando los procedimientos de manera independiente, el primer litigio, al estar en una fase más avanzada, no puede ser impulsado por A hasta que el segundo juicio alcance la misma etapa. Por ello, A no tiene la carga de movilizarlo, lo que impide que B alegue abandono del procedimiento, ya que no se cumple uno de los requisitos esenciales del incidente, según ha reconocido la Corte Suprema⁶³.

Respecto del segundo procedimiento, la carga de impulsarlo recae exclusivamente en B, quien debió notificar la citación a audiencia de conciliación. Al no hacerlo dentro del plazo de seis meses, su inactividad es plenamente imputable y se debe sancionar con el abandono de su causa.

Desde una visión unificada del juicio acumulado, el análisis gira en torno al alcance del concepto “un solo juicio”. Si se entiende que la acumulación genera unidad procesal desde su decreto, podría discutirse si A está legitimada para alegar abandono

⁶² ROMERO, 2001, pp. 147.

⁶³ Corte Suprema, sentencia de 21 de octubre de 2014, Rol N° 2634-2014.

del segundo procedimiento, especialmente si fue ella quien solicitó la acumulación. Incluso cabría sostener que la carga de impulso procesal recae en ambas partes, lo que haría viable una sanción conjunta.

Sin embargo, una interpretación más razonable sostiene que cada procedimiento conserva su autonomía mientras no se encuentren en la misma etapa, lo que permite individualizar las cargas procesales. Bajo esta perspectiva, la inactividad de B en el segundo proceso es suficiente para configurar el abandono, sin que A pueda verse perjudicada por la paralización general del expediente.

Esta visión es más coherente con la lógica del proceso y con el principio de un procedimiento racional y justo, evitando sancionar al litigante diligente por la pasividad de su contraparte. Como señala Cortez, la acumulación “(...) no impide la declaración del abandono de procedimiento, atendiendo a la finalidad de la sanción procesal, esto es, evitar la dilación innecesaria y la incertidumbre procesal que genera la pasividad negligente del actor”.⁶⁴

b) Caso Dos: Acumulación con pluralidad de demandados

b.1) Descripción del caso:

“A interpone demandas independientes contra cuatro compañías por responsabilidad extracontractual, derivadas de un mismo hecho. Al solicitar la acumulación, la causa contra B se encontraba *ad portas* del término probatorio, mientras que las acciones contra C, D y E aún se hallaban en etapa de discusión. Las causas contra C y D avanzan progresivamente hasta equipararse con la de B, quedando todas suspendidas por aplicación del artículo 97 del CPC. En cambio, la causa contra E permanece inactiva durante más de seis meses, sin que A impulse actuación alguna”.

b.2) Respecto de la procedencia y extensión del incidente de abandono:

Este supuesto se estima más complejo que el anterior. Aunque A haya realizado gestiones útiles en tres de los procedimientos, ha descuidado por completo la causa seguida contra E. Esto plantea la duda de si puede entenderse que ha impulsado el juicio acumulado en su conjunto o si su inactividad parcial permite que uno de los demandados invoque el abandono, bajo el concepto estricto de gestión útil de la Corte Suprema: “pasar al estadio procesal siguiente”⁶⁵.

El criterio adoptado dependerá de la interpretación que se dé a la noción de “un solo juicio”. Si se sostiene una unidad procesal estricta desde la acumulación, se podría considerar que cualquier gestión en el conjunto beneficia a todas las causas. Esta parece haber sido la orientación de la Corte de Rancagua en sentencia de 19 de noviembre de

⁶⁴ CORTEZ, 2022, pp. 181.

⁶⁵ Corte Suprema, sentencia de 12 de diciembre de 2017, Rol N° 6051-2017.

2024, donde consideró “discutible” declarar el abandono respecto de una causa acumulada individualmente, debido a que existían actuaciones relevantes en las otras.

“8.- Que, en mérito de lo anterior y además de ser discutible que se pueda solicitar el abandono del procedimiento respecto de uno de los juicios acumulados (...) pues si bien este se presentó en el Rol C-1903-2014, los efectos propios de tal incidente indudablemente afectaron a la causa C-751-2015, respecto de la cual se pidió el abandono.

9.- Que, establecido lo anterior, no cabe duda de que el escrito presentado con fecha 5 de junio de 2022 en la causa C-751-2015 y reiterado con fecha 14 de junio de 2022, en la causa Rol C-1903-2014, en el que la parte demandante del primero de ellos, se notificó del auto de prueba y dedujo recurso de reposición en su contra, tiene el carácter de una gestión útil destinada a dar curso progresivo a los autos (...)⁶⁶.

Sin embargo, este enfoque no resuelve el problema de fondo. Mientras las causas acumuladas no estén en fase procesal común, mantienen a juicio de esta autora su autonomía. Bajo esta óptica, A debía impulsar activamente cada uno de los procedimientos hasta lograr esa igualdad procesal. Su inactividad frente a E es plenamente imputable y habilita al demandado para alegar el abandono.

Aceptar que las gestiones realizadas en algunas causas benefician a todas termina por desnaturalizar la institución del abandono, permitiendo al actor esquivar sus consecuencias simplemente moviendo parcialmente el juicio acumulado. La responsabilidad de impulsar cada procedimiento corresponde exclusivamente al demandante, y su omisión no puede perjudicar al demandado diligente.

Además, incluso bajo la hipótesis de “unidad estricta”, podría sostenerse que, si alguna de las causas no avanza, ninguna gestión es verdaderamente útil, ya que el proceso global permanece estancado. Así, la inactividad en la causa contra E podría contaminar o traspasarse a las demás, permitiendo que los demandados de las causas más avanzadas (B, C y D) invoquen el abandono del conjunto.

En definitiva, cualquiera sea la interpretación adoptada respecto del momento en que nace la unidad procesal, no parece razonable impedir que los demandados invoquen el abandono cuando la paralización es consecuencia exclusiva de la negligencia del actor. La acumulación no puede convertirse en un refugio procesal para encubrir la inacción del demandante ni en un obstáculo para que los demandados ejerzan su derecho a una resolución pronta del conflicto.

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 19 de noviembre de 2024, Rol N° 1752-2023.

IV. CONCLUSIONES

1. La acumulación de autos cumple una función fundamental en el procedimiento civil chileno, destinada a garantizar la concreción de principios procesales tales como la economía procesal, la certeza jurídica y la coherencia del sistema, evitando fallos contradictorios en litigios especialmente conexos o relacionados.
2. Es así como se reconoce en el CPC diversas hipótesis donde se hará lugar a la acumulación de autos, sin perjuicio de que en definitiva la causal genérica sea la necesidad de que dos o más procesos deban configurar “un solo juicio”, “una sola tramitación” y “una sola sentencia”.
3. La exigencia del artículo 95 del CPC, relativa a que los juicios acumulables se encuentren sometidos a una misma clase de procedimiento, se puede tornar especialmente problemática cuando entre los procesos acumulables hayan operado reformas legales que impongan regímenes procesales distintos. En esos casos, aunque concurren los demás presupuestos, una interpretación estricta de dicha exigencia podría impedir la acumulación, sacrificando sus finalidades sustantivas.
4. Frente a esta tensión, se ha propuesto como solución una forma de retroactividad procesal excepcional, fundada en el principio de unidad del juicio acumulado del artículo 92 del CPC. Esta permitiría aplicar el régimen procesal del proceso más antiguo al conjunto de los acumulados, con el fin de preservar la coherencia procedural y evitar la fragmentación del trámite judicial.
5. Sin embargo, esta solución exige cautela. Cualquier retroacción normativa debe respetar los límites fijados por el artículo 24 de la Ley sobre Efecto Retroactivo de las Leyes y por el principio de protección de los derechos procesales ya consolidados en los litigios más recientes. En caso contrario, se corre el riesgo de una aplicación encubierta de normas derogadas, en perjuicio de una de las partes.
6. El sentido que se asigne, en todo caso, a la expresión “un solo juicio” recogida por el artículo 92 del CPC y el momento en que se entienda configurada tal situación resulta fundamental a la hora de resolver pretensiones que pudieren surgir en los procedimientos acumulados. En jurisprudencia ha sido posible identificar posiciones contrapuestas.
7. Por un lado, una interpretación estricta afirma que la acumulación decretada judicialmente genera inmediatamente un solo juicio, independientemente de que existan etapas procesales distintas entre las causas acumuladas. Ello impide diferenciar o reconocer la independencia de procedimientos y, por tanto, no se reconocería la viabilidad de alegar, por ejemplo, incidencias independientes como el abandono del procedimiento.
8. Por otro, una postura más flexible sugiere que la unidad procesal solo se consolida cuando todas las causas acumuladas alcanzan un mismo estado procesal, permitiendo que cada litigio mantenga su independencia hasta ese punto. Ello, a partir de una lectura de las disposiciones del CPC que recogen el incidente en comento.
9. La posición que se siga generará implicancias directas en instituciones procesales como el abandono del procedimiento, pues la falta de impulso en uno de los

procesos acumulados podría llegar (o no) afectar a los demás litigios si se considera que configuran un solo juicio. En este sentido, resulta fundamental adoptar un criterio que equilibre la economía procesal con el derecho de acceso a la justicia y la equidad procesal entre las partes.

10. En particular, la acumulación no puede ser utilizada como un escudo para encubrir la inactividad del actor en uno de los procesos acumulados. La jurisprudencia ha mostrado casos en que la inacción frente a una de las causas, pese a gestiones útiles en otras, ha permitido igualmente declarar el abandono respecto de aquella que no fue impulsada. Esto refuerza la necesidad de distinguir entre unidad formal y obligaciones procesales individualizadas.
11. En cualquier caso, la acumulación debe siempre asegurar que la misma no sea empleada con fines abusivos o meramente dilatorios. Así, el correcto uso de esta herramienta debe garantizar la eficiencia del sistema judicial sin menoscabar la individualidad de cada pretensión y la protección del debido proceso.
12. En definitiva, el concepto de “un solo juicio” exige una interpretación funcional y no meramente formal, que resguarde el equilibrio entre eficiencia procesal y garantías de las partes, evitando distorsiones como la aplicación indebida de normas procesales derogadas o la extensión mecánica de efectos procesales entre procedimientos que aún no han alcanzado unidad plena de tramitación.

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Enrique, 1995: *Vigencia de la ley. Efectos de la ley en el tiempo*. Santiago: Facultad de Derecho, Universidad de Chile.
- CASARINO, Mario, 2005: *Manual de derecho procesal. Tomo III, Derecho procesal civil*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CENTRO de Competencia (CECO). Acumulación de Autos. <https://centrocompetencia.com/acumulacion-de-autos/>.
- CORTEZ, Gonzalo y Palomo, Diego, 2018: *Proceso Civil, Normas comunes a todo procedimiento e incidentes*. Santiago: Thomson Reuters.
- CORTEZ, Gonzalo, 2022: “Concepto, Fundamento y Tiempo de la Litispendencia en el Proceso Civil Chileno, Revista chilena de Derecho, volumen 49, N° 2. <https://dx.doi.org/10.7764/r.4>
- GASCÓN, Fernando, 2000: “La acumulación de autos en el proceso civil”, Tribunales de Justicia. <https://docta.ucm.es/rest/api/core/bitstreams/569c2d70-118c-4c57-997b-c4dd12dfa5dd/content>.
- JORQUERA, René, 2020: *Síntesis de Derecho Procesal Civil*, Manuales Universitarios, Santiago: Editorial Jurídica.
- MATURANA, Cristian, 1982: “Relación entre la litispendencia, la acumulación de autos y la cosa juzgada”. Memoria para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas y sociales en la Universidad de Chile. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- MATURANA, Cristian, 2007: *Apuntes de Clase: Los Incidentes*. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- MATURANA, Cristian, 2014: Sobre la Acumulación de autos en dicha causa. Informe en Derecho. Disponible en: <https://tribunalambiental.cl/sentencias-e-informes/informes-de-derecho/>.

- PAROT, Jaime, 1941. "De la Acumulación de Autos". Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado. Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile.
- RIVERO, Reneé, 2024. Reflexiones sobre la acumulación de autos en el Sistema procesal chileno. Relación con la cosa juzgada y la litispendencia, en Javier Maturana y María de los Ángeles González (editors), *Derecho procesal y justicia. Homenaje a Cristián Maturana Miquel*. Thomson Reuters, Santiago, 2024, pp. 375 – 412.
- ROMERO, Alejandro, 1998: El Litisconsorcio Necesario en el Derecho Procesal Chileno. Doctrina y Jurisprudencia. *Revista Chilena de Derecho*, Volumen 25 N° 2. <https://repositorio.uc.cl/handle/11534/14694>.
- STOEHREL, Carlos, 2020: *De las Disposiciones Comunes a todo Procedimiento y de los Incidentes*. Séptima Edición Actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TAVOLARI, Raúl, 2010: *Doctrinas Esenciales Derecho Civil. Instituciones generales*, edición bicentenario, Santiago: Thomson Reuters.

Normas Jurídicas

CÓDIGO de Procedimiento Civil.

CÓDIGO Orgánico de Tribunales.

PROYECTO de Ley que establece el Código Procesal Civil, Boletín 053-369.

LEY sobre el Efecto Retroactivo de las Leyes.

Jurisprudencia

CORTE Suprema, sentencia de 11 de noviembre de 2022, Rol N° 4007-2022.

CORTE Suprema, sentencia de 28 de julio de 2021, Rol N° 43698-2020.

CORTE Suprema, sentencia de 12 de diciembre de 2017, Rol N° 6051-2017.

CORTE Suprema, sentencia de 21 de octubre de 2014, Rol N° 2634-2014.

CORTE Suprema, sentencia de 26 de marzo de 2013, Rol N° 6621-2012.

CORTE Suprema, sentencia de 28 de abril de 2009, Rol N° 1743-2008.

CORTE Suprema, sentencia de 22 de agosto de 2002, Rol N° 993-2002.

CORTE de Concepción, sentencia de 27 de diciembre de 2022, Rol N° 1941-2022.

CORTE de Concepción, sentencia de 9 de julio de 2020, Rol N° 364-2020.

CORTE de Rancagua, sentencia de 19 de noviembre de 2024, Rol N° 1752-2023.

CORTE de Santiago, sentencia de 10 de julio de 2024, Rol N° 8064-2024.

CORTE de Santiago, sentencia de 15 de noviembre de 2023, Rol N° 3846-2023.

CORTE de Santiago, sentencia de 4 de junio de 2021, Rol N° 770-2021.

CORTE de Talca, sentencia de 6 de julio de 2016, Rol N° 822-2016.

CORTE de Talca, sentencia de 9 de abril de 2019, Rol N° 1572-2018.

CORTE de Temuco, sentencia de 25 de octubre de 2005, Rol N° 836-2005.

CORTE de Valdivia, sentencia de 12 de febrero de 2025, Rol N° 380-2024.

CORTE de Valdivia, sentencia de 7 de septiembre de 2023, Rol N° 475-2023.

CORTE de Valparaíso, sentencia de 30 de noviembre de 2015, Rol N° 1509-2015.

STC N° 5629 de 21 de noviembre de 2019.

PRIMER Juzgado Civil de Rancagua, sentencia de 27 de marzo de 2017, Rol C-14325-2015.

CUARTO Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 31 de agosto de 2023, Rol C-43698-2020.

VIGÉSIMO Primer Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 14 de diciembre de 2023, Rol C-9460-2019.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Responsabilidad patrimonial por la “excesiva demora en la tramitación” de un procedimiento administrativo (Corte Suprema)

*State liability for “excessive delay in administrative procedures”
(Supreme Court)*

*Comentario de Flavio Quezada Rodríguez**

Santiago, siete de octubre de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

En estos autos Rol Corte Suprema N° 80.206-2023, caratulados “Canedo Cueto Franschesca con Fisco de Chile CDE”, sobre indemnización de perjuicios por falta de servicio, el Primer Juzgado de Letras de Iquique con fecha 3 de octubre del año 2022 acogió la demanda entablada, condenando al demandado al pago de la suma de \$2.000.000 por concepto de daño moral, rechazándola respecto de los restantes ítems demandados.

Apelada dicha sentencia por la demandante y por el Fisco de Chile, conoció de la causa la Corte de Apelaciones de Iquique, la que por medio de sentencia de 18 de abril de 2023 revocó la sentencia de primer grado, rechazando la demanda en todas sus partes.

En contra de dicho fallo, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

CONSIDERANDO:

[...]

SEXTO: Que, en este contexto, como reiteradamente ha señalado esta Corte, nuestra legislación escogió como regla de responsabilidad para el Estado la falta de servicio. El estándar de aquella permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto que, si no se cumplen, permiten calificar de antijurídica una actuación, o, en

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención en Derecho Público, Universidad de Chile. Máster en Derecho Público, Universidad de Bordeaux, Francia. Doctor en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona, España. Profesor de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad de Tarapacá, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-5981-3060>. Correo electrónico: fquezadar@academicos.uta.cl.

Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación UTA Mayor N° 3726-24.

su caso, una omisión. Lo anterior obliga al juez al examen de un deber de actuación, normalmente preventivo que, cumplido, liberará de responsabilidad al Estado.

Si bien se trata de un mecanismo bastante avanzado de responsabilidad, no llega a una que sea objetiva o total, no se funda exclusivamente en el hecho que ha provocado el daño, es decir, en la causalidad material, sino que es necesario acreditar el mal funcionamiento del servicio, esto es, que la Administración no ha cumplido su deber de prestar el servicio en la forma exigida por el legislador.

Dicho lo anterior, ante una acción u omisión que origina daño a un administrado, se debe precisar si la Administración actuó, no lo hizo o lo hizo en forma tardía. El solo hecho de no actuar, debiendo hacerlo, o hacerlo de manera tardía, es suficiente para establecer la falta de servicio de la Administración; por otro lado, si ésta actuó se comparará su proceder con el exigido a un servicio moderno, conforme a los recursos técnicos y humanos con que debe contar.

SÉPTIMO: Que, en el caso concreto, la falta de servicio que la parte demandante le imputa al Fisco de Chile radica en la excesiva demora en la tramitación de su permiso de residencia definitiva, considerando que fue solicitado en marzo del año 2017 y que recién el 24 de julio del año 2020 fue resuelto, interposición de un recurso de protección por dicha causa entremedio, cuestión que quedó acreditada en autos.

OCTAVO: Que, de acuerdo con lo estatuido en la Ley N° 19.880, que regula la actividad de la Administración, existen reglas y principios básicos que constituyen una garantía en favor de los particulares frente a la Administración, deben ser respetados en el procedimiento administrativo y, al respecto cabe reseñar, que el artículo 4 de la citada ley establece cuáles son tales principios, entre los que se incluyen los de celeridad, conclusivo, economía procedural e inexcusabilidad.

[...]

NOVENO: Que, estos principios encuentran una materialización concreta en el artículo 27 de la Ley N° 19.880, que dispone: “Salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses, desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final”.

Al respecto, si bien esta Corte ha manifestado que dicho plazo no es un plazo fatal para la Administración, también ha dicho que debe interpretarse en el sentido que la obliga a pronunciarse o a concluir un procedimiento en un plazo razonable, no mediando caso fortuito o fuerza mayor debidamente acreditada por el ente estatal.

DÉCIMO: Que, de lo expuesto queda en evidencia el incumplimiento de la normativa que regula la actividad de la Administración y la configuración de la falta de servicio denunciada, toda vez que la autoridad respectiva ha desconocido la aplicación de los principios de celeridad, conclusivo, de economía procedural e inexcusabilidad, excediendo con creces el plazo establecido en el artículo 27 de la Ley N° 19.880 con más de tres años de tramitación de un procedimiento iniciado incluso antes de la pandemia

Covid-19 que afectó al país, sin que medie justificación alguna en relación a un posible caso fortuito o fuerza mayor que lo tornara razonable.

[...]

UNDÉCIMO: Que, los sentenciadores del grado, al prescindir de los elementos probatorios que se tuvieron por acreditados, que daban cuenta de la excesiva y dilatada tramitación del permiso de residencia de la recurrente, ante la cual incluso acudió a los Tribunales de Justicia para obtener una respuesta, obteniendo una sentencia favorable al estimarse vulneradas sus garantías fundamentales con la demora, han transgredido las leyes reguladoras de la prueba, invirtiendo el onus probandi, e incurriendo, de este modo, en los yerros jurídicos denunciados.

DUODÉCIMO: Que el indicado error ha influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, toda vez que, considerando únicamente que la recurrente no habría padecido daño relevante, los sentenciadores decidieron rechazar la demanda, pese a que obran en autos antecedentes suficientes para tener acreditada la falta de servicio de la recurrente y la situación en la que se encontró, mientras que el demandado no aportó aquella prueba que resultaba necesaria para comprobar que en la especie no se verificó la falta de servicio que sirve de sustento a la acción intentada, motivo suficiente para acoger el arbitrio de nulidad en examen, tal como se dispondrá.

Por estos motivos y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 764, 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido por la parte demandante en contra de la sentencia de dieciocho de abril de dos mil veintitrés, dictada por la Corte de Apelaciones de Iquique, la que por consiguiente es nula y es reemplazada por la que se dicta a continuación, sin nueva vista de la causa.

[...]

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., y los Abogados Integrantes Sra. María Angélica Benavides C. y Sr. José Valdivia O. [...]. Santiago, siete de octubre de dos mil veinticuatro.

COMENTARIO

Las administraciones públicas cumplen un sinfín de tareas públicas en espacios sociales complejos y muchas veces conflictivos; y no es inusual que los estándares que se imponen a sus procedimientos no se correspondan con la efectiva disponibilidad de medios para cumplirlos, o que hacerlo implique relegar otras tareas importantes¹. Paralelamente, la vigencia de los derechos de los particulares requiere una eficaz y

¹ Chevallier, Jacques, 2019: *Science administrative* (6° edición), Paris: PUF, pp. 445-467.

oportuna acción pública. La necesidad de equilibrar esta situación puede explicar las intensas controversias doctrinales que existen en el medio nacional acerca de los efectos jurídicos del incumplimiento de los plazos administrativos².

Como resultado del ineludible balance, el legislador proyecta los principios básicos de eficacia y eficiencia en el procedimiento administrativo e impone que sean “ágiles y expeditos” (artículo 3º, inciso segundo, y 8º de la Ley Orgánica Constitucional de Bases Generales de la Administración del Estado). Consecuencia de aquello es el deber de la administración de remover “todo obstáculo que pudiere afectar a su pronta y debida decisión” (artículo 7 de la Ley N° 19.880).

Lo anterior contextualiza la sentencia que se comenta; la que pareciera revisar el criterio jurisprudencial de “Transelec con Fisco” (2016), según este, el incumplimiento de los plazos administrativos en un procedimiento no sería necesariamente constitutivo de falta de servicio³. Lamentablemente, la decisión comentada sigue un razonamiento débil y pareciera que establece un nuevo criterio que exige importantes matizaciones. Para explicar lo anterior, este trabajo se divide en dos secciones: la primera evidencia las inconsistencias de la línea argumental de la sentencia; y la segunda explica la necesidad de matizar su criterio jurisprudencial.

I. *Línea argumental de la sentencia y su inconsistencia*

La inconsistencia de la argumentación se expresa en dos dimensiones: en primer lugar, el análisis realizado no se sigue del supuesto que plantea; y, en segundo lugar, se soslaya el marco legal vigente respecto del incumplimiento de plazos administrativos. Respecto de lo primero, la Corte Suprema señala que el régimen de responsabilidad por falta de servicio “permite la formulación de reglas de deberes de actuación en concreto” (cons. 6º), esto es, las exigencias de actuación se deben construir desde las particulares circunstancias concretas de la acción o inacción administrativa. Sin embargo, luego limita la procedencia de ese análisis a una de las hipótesis de falta de servicio: la acción administrativa, porque en los casos de inacción y retardo bastaría el “solo hecho de no actuar, debiendo hacerlo, o de hacerlo de manera tardía”.

La distinción no solo carece de asidero legal, sino que desconoce los pilares históricos, de referencia del derecho nacional, desde donde se ha construido la noción de falta de servicio, en tanto régimen autónomo y especial de responsabilidad. En efecto, desde el famoso *Arrêt Blanco* (1873) del Tribunal de Conflictos Francés⁴, la responsabilidad

² Flores, Juan Carlos, 2023: *Revisión del acto administrativo: recursos administrativos, invalidación, revocación, caducidad y decaimiento*, Santiago: Ediciones DER, pp. 139-171.

³ En la parte pertinente, la Corte Suprema señala: “...no toda ilegalidad necesariamente es constitutiva de falta de servicio, por cuanto las nociones de ilegalidad y falta de servicio son independientes. De este modo, una ilegalidad no da siempre derecho a reparación, lo que sucede precisamente en este caso, ya que la tardanza en la dictación del decreto tarifario, incumpliendo los plazos legales, no constituye falta de servicio, por la actividad desplegada por la propia demandante”. Corte Suprema, sentencia de 16 de junio de 2016, rol 11.358-2015.

patrimonial del Estado “...no es ni general ni absoluta; [...]y]se rige por normas especiales que varían en función de las necesidades del servicio y de la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos privados”. Lo anterior implica que el análisis que debe realizar el juez no es totalmente estandarizado, pues aunque existe cierta concepción de la “buena administración”, aquella se debe apreciar según las consideraciones fácticas propias del caso⁴. En efecto, la propia Corte Suprema –con acierto– lo ha señalado: “...para establecer la falta de servicio debe considerarse la actuación de la administración en relación a los medios de que dispone para ello. Se trata pues de un deber de actuación en concreto, tomando en consideración las particularidades de cada organismo administrativo”⁵.

Así, desde las particulares circunstancias del caso, tal como parte argumentando la Corte, se deben abstraer las reglas de conducta, con lo que es posible establecer la existencia o no de responsabilidad. Este ejercicio intelectual procede en cualquier hipótesis de falta, no solo ante la acción administrativa. De este modo razona, por ejemplo, el Consejo de Estado francés, pues, para determinar si un retardo resulta constitutivo de falta o no, considera con especial atención las particulares disfuncionalidades administrativas de un servicio⁶. Así, entonces, no bastaba detenerse –en abstracto– en las exigencias legales acerca de los plazos, sino que la demora en la tramitación se debe sopesar con la concreta situación institucional del servicio.

En la sentencia comentada, la Corte construye la falta de servicio desde el incumplimiento del plazo máximo general de los procedimientos administrativos, pues significaría un desconocimiento de sus principios. Esto último constituiría, a juicio de la Corte, la falta de servicio⁷. Llega a esa conclusión luego de afirmar que, si bien no se trata de un plazo fatal, obliga a resolver el procedimiento en un “plazo razonable”, lo que no se cumple cuando su tramitación se extiende por más de tres años.

Más allá del errado cómputo del tiempo de tramitación del procedimiento (en rigor, había transcurrido menos de tres años, pues el procedimiento de impugnación es autónomo del que antecedió el acto que se revisa), sorprende que la Corte soslaye completamente que la parte demandante siempre tuvo la posibilidad de poner término al retardo de la decisión. Resulta curioso que haya obviado completamente el régimen legal vigente respecto de los efectos jurídicos de la tardanza administrativa.

⁴ Belrhali, Hafida, 2017: *Responsabilité administrative*, Paris: LGDJ, p. 139. Lo que también ha sido planteado en nuestra doctrina: Cordero, Luis, 2018: *Responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*, Santiago: Ediciones DER, p. 99.

⁵ “Inmobiliaria Lleulleu con Fisco” (2010). Corte Suprema, sentencia de 19 de enero de 2010, rol 3172-2008.

⁶ Así, el *arrêt Améon* (1998). Conseil d’État, sentencia del 13 de marzo de 1998, N° 89370. Como también el *arrêt Commune de Hannapes* (1998). Conseil d’État, sentencia del 29 de abril de 1998, N° 164012.

⁷ El razonamiento también desvirtúa el fundamento de los principios del procedimiento administrativo. En efecto, afirma que aquellos constituirían “una garantía en favor de los particulares frente a la Administración” y que “deben ser respetados”; lo que es un error, porque en el procedimiento administrativo no solo están en juego los derechos e intereses de los interesados, sino que también –de forma protagónica– el interés general que se concreta con la potestad pública que se ejerce.

El silencio administrativo es una garantía crucial del Estado de Derecho, en especial de la tutela judicial efectiva, pues permite el control judicial de la acción administrativa ante ausencia de decisión. Así, el particular puede reaccionar ante la tardanza ilegal, generar una decisión ficta y lograr que se aplique la ley en su caso. De hecho, esta institución genera los mismos efectos de un acto administrativo expreso⁸, por lo que su impugnación podrá revertirlos o dar lugar a una reparación si corresponde.

Sin embargo, en este conflicto, el particular no provocó el silencio administrativo, sino que fue pasivo ante la tardanza en la tramitación. El asunto podría haberse resuelto mucho antes y, así, evitar la excesiva tardanza; sin embargo, la interesada decidió otra vía de litigación para concretar sus intereses. ¿El servicio demandado, el interés general y las arcas públicas deben soportar los daños que generan estas decisiones que adoptan los particulares?

Además, permitir que los particulares impongan a la Administración, vía acción de protección, una oportunidad precisa de decisión del procedimiento constituye una afectación al principio de igualdad, pues se altera la “orden riguroso de ingreso” que impone la ley en la resolución de asuntos. En otras palabras, los interesados que cuenten con los medios para poder litigar podrán resolver sus solicitudes de manera preferente.

Asimismo, se puede reprochar a la crítica anterior que no se considera la situación particular de la solicitante en este tipo de procedimientos. De hecho, procede el silencio administrativo negativo, pues se trata de un procedimiento de impugnación de una denegación de un permiso de residencia. De este modo, se habría visto frustrado su interés real en el procedimiento: obtener el permiso; y, como consecuencia, se le impondría la carga de impugnar judicialmente la decisión ficta para acceder a él. Si bien lo último puede resultar persuasivo, lo correcto habría sido que la Corte acotara su criterio jurisprudencial a esos precisos supuestos; ya que de lo contrario se parece crear un precedente que, además de su inconsistencia argumental, resulta tosco por su amplitud. En otros términos, no resulta razonable asumir que toda tardanza, incluso “excesiva”, dé lugar a responsabilidad por falta de servicio.

II. *La anormalidad como razonable estándar de reproche ante la tardanza administrativa*

La Corte en ningún momento profundiza el análisis para determinar si la demora en la resolución del procedimiento se debe a dificultades institucionales estructurales o a una anormalidad que afecta especialmente a la recurrente. Esta distinción resulta crucial, porque la demora, incluso excesiva, puede deberse a una imposibilidad de actuar; la que puede ser fáctica o jurídica. La primera se configuraría cuando la administración carece de los medios necesarios en el contexto concreto de su actuación; mientras que la imposibilidad jurídica cuando, a pesar de contar con medios, aquellos son escasos y, debido al contexto específico, su actuación conllevaría una ilegalidad más gravosa.

⁸ Cordero, Eduardo, 2023: *Curso de Derecho Administrativo*, Valparaíso: Editorial Libromar, p. 694.

De conformidad al marco legal vigente, en general, la administración debe estar preparada para adecuar sus labores ante exigencias sociales que implican una sobrecarga de trabajo. Sin embargo, no resulta legítimo exigir que decida dentro de ciertos plazos cuando le resulta materialmente imposible, en especial, en los casos de una explosiva mayor demanda que genera un desajuste estructural grave en su organización y quehacer. Además, en estos casos los afectados son todos sus usuarios; por lo que la indemnizabilidad solo compensa –desigualmente– a quienes pueden –en los hechos– litigar.

Sin embargo, a lo anterior se puede objetar que desconoce una de las funciones sociales propias del régimen de responsabilidad por falta de servicio: constituirse en un mecanismo de control del quehacer administrativo, mediante el establecimiento de estándares de actuación a los cuales ir adecuándose⁹. Así, entonces, en este caso, la Corte Suprema estaría enviando una “señal” al órgano administrativo de adecuarse a las exigencias sociales.

Si bien es cierto que la responsabilidad cumple dicho rol, no es su finalidad principal, ni es el único mecanismo de control con ese objetivo. En efecto, el sistema institucional de control cuenta con instrumentos especializados al respecto, como son las auditorías que realiza la Contraloría General de la República. De hecho, el reciente caso del informe de auditoría realizada al Consejo de Monumentos Nacionales es un buen ejemplo en este sentido, pues identificó un retardo generalizado en procedimientos administrativos e impuso un conjunto de medidas para corregir dicha situación (Informe de Auditoría de 16 de octubre de 2024, N° 456-24).

En síntesis, la sentencia “Canedo con Fisco” (2024) abre interrogantes que no responde, pues parece establecer un criterio demasiado general ante problemas que pueden deberse a diversas causas. La construcción del estándar de actuación, si bien consiste en un juicio de abstracción, se realiza en atención a las específicas circunstancias del obrar administrativo. Dicho análisis no se realizó para dar por establecida la falta de servicio que el Fisco deberá reparar.

En las últimas décadas, el Derecho chileno ha sofisticado progresivamente el régimen de responsabilidad por falta de servicio. Las antiguas controversias doctrinales acerca de sus fundamentos últimos parecieran estar relegadas a los estudios históricos. Sin embargo, aún resta avanzar en pulir sus diversas dimensiones y ámbitos más específicos. La responsabilidad patrimonial por la “excesiva demora en la tramitación” de un procedimiento administrativo es uno de aquellos.

⁹ Lochak, Danièle, 1993: “Réflexion sur les fonctions sociales de la responsabilité administrative”, en VV.AA., *Le droit administratif en mutation*, Paris: PUF, pp. 287-296.

La responsabilidad civil del Sernageomin por accidentes mineros y su relación con la responsabilidad del empleador: ¿concurrencia, mancomunidad o irresponsabilidad? (Corte Suprema)

*The Civil Liability of Sernageomin for Mining Accidents and Its Relation
to Employer Liability: Concurrence, Joint Liability, or Irresponsability?
(Supreme Court)*

*Comentario de Rodrigo Cepeda Soto**

Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil veinticuatro.

VISTOS:

En estos autos Rol Corte Suprema N° 246.071-2023, juicio ordinario sobre indemnización de perjuicios, caratulados “Sánchez Martínez, Andrés y otros con Servicio Nacional de Geología y Minería”, por sentencia dictada por el Primer Juzgado de Letras de Coyhaique el dieciocho de enero de dos mil veintitrés, se rechazó la demanda en todas sus partes, por haberse acogido una excepción de pago opuesta por la demandada.

Apelada tal decisión por la parte demandante, la Corte de Apelaciones de Coyhaique la confirmó, por resolución de diecinueve de octubre de dos mil veintitrés.

En contra de esta última determinación, la parte demandante dedujo recurso de casación en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

(...)

DUODÉCIMO: Que, asentado lo anterior, corresponde determinar si estamos o no en presencia de la novación de una obligación solidaria, en cuyo caso se admite que la transacción celebrada por uno de los obligados, beneficie a los demás.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad San Sebastián, Chile. Profesor de Legislación y Seguridad Minera, Universidad de Concepción, Chile. DOI: <https://orcid.org/0009-0005-7298-5202>. Correo electrónico: rodrigocepedasoto@gmail.com.

DÉCIMO TERCERO: Que para dilucidar lo anterior, previamente es necesario entender de manera clara la naturaleza jurídica y la fuente de la obligación que cada una de las participantes en los hechos, tiene con los actores.

Por una parte, la Compañía Minera Cerro Bayo se involucra en los acontecimientos en su calidad de empleador del trabajador fallecido y la fuente de su obligación indemnizatoria se encuentra, por tanto, en el artículo 184 del Código del Trabajo y en las normas pertinentes de la Ley N° 16.744 en razón de tratarse de un accidente laboral.

Es precisamente este el sentido que fluye del contrato de transacción celebrado entre los actores y la empresa, donde en todo momento se habla del “lamentable accidente laboral fatal” sufrido por “el trabajador” y, en consecuencia, la renuncia de los demandantes se entiende limitada a este ámbito, como herederos del operario fallecido, respecto de las acciones e indemnizaciones que les corresponden en contra de la minera y sus dependientes, como empleador, en la medida que deriven del accidente que, valga reiterar, tiene un carácter laboral y se vincula directamente con el contrato de trabajo celebrado entre la empresa y la víctima.

DÉCIMO CUARTO: Que, mirado de esta forma, queda en evidencia que la eventual obligación del Sernageomin con los actores tiene una naturaleza y fuente distinta.

En efecto, el Decreto Ley N° 3525 del año 1980, que Crea el Servicio Nacional de Geología y Minería, indica que el objeto del órgano es “servir de asesor técnico especializado de dicho Ministerio [de Minería] en materias relacionadas con la geología y minería y desempeñar las funciones que le señale el presente decreto ley” (artículo 1°) y, en tal calidad, le corresponde conforme al artículo 2° N° 8 del mismo cuerpo normativo “Velar porque se cumplan los reglamentos de policía y seguridad minera y aplicar las sanciones respectivas a sus infractores; proponer la dictación de normas que tiendan a mejorar las condiciones de seguridad en las actividades mineras de acuerdo con los avances técnicos y científicos; y requerir información sobre los programas y cursos de capacitación e informar a los trabajadores que se desempeñan en la industria extractiva”.

Es este último el deber que se reprocha como no cumplido, siendo clara la demanda en orden a que la imputación consiste en que el servicio no detectó que una faena cuya vida útil había caducado, se extendió más allá del perímetro autorizado, en condiciones que no resultaban seguras, configurándose así una falta de servicio que hace nacer la responsabilidad indemnizatoria del Sernageomin, en cuanto órgano perteneciente a la Administración del Estado.

Dicha falta de servicio tiene, por tanto, una existencia independiente y autónoma de la responsabilidad contractual que asiste a la compañía minera, rigiéndose por las normas del Derecho Público, en particular, por los artículos 4° y 42 de la Ley N° 18.575.

DÉCIMO QUINTO: Que todo lo hasta ahora señalado permite concluir que no es posible estimar que el contrato de transacción celebrado por los actores con el empleador de la víctima, constituya la novación de una obligación solidaria, por cuanto es este último requisito –la solidaridad– el que no se cumple en la especie. En efecto, no se trata de “un delito o cuasidelito cometido por dos o más personas” (artículo 2317 del Código

Civil), sino de dos responsabilidades que emanen de actuaciones distintas y se rigen por diferentes estatutos que les sirven de fuente, según se ha razonado.

De este modo, el pago de la mencionada transacción no beneficia al Sernageomin con un efecto extintivo de la eventual obligación que pueda nacer, a partir de una falta de servicio.

Por lo demás, el demandado no alegó o acreditó alguna contribución a la deuda, como tampoco que se hubiere cumplido con el procedimiento necesario para arribar a acuerdos transaccionales con los órganos de la Administración del Estado.

DÉCIMO SEXTO: Que, en consecuencia, no corresponde sino concluir que, en la sentencia en estudio, se infringieron los artículos 2456 y 2461 del Código Civil, al conferir a la transacción un efecto liberatorio, respecto de una tercera que no fue parte del contrato, yerro que tuvo influencia sustancial en lo dispositivo del fallo, por cuanto motivó el acogimiento de una excepción de pago que debió haber sido rechazada, ameritando así que el recurso de nulidad sustancial sea acogido, de la forma como se dirá en lo resolutivo.

En conformidad asimismo con lo que disponen los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo interpuesto en lo principal de la presentación de ocho de noviembre de dos mil veintitrés, en contra de la sentencia de diecinueve de octubre del mismo año, dictada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, la que por consiguiente es nula y es reemplazada por la que se dicta a continuación, sin nueva vista, pero separadamente.

Regístrese.

Redacción del fallo a cargo del Ministro señor Muñoz. Rol N° 246.071-2023

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sr. Diego Simpértigue L. y los Abogados Integrantes Sr. José Valdivia O. y Sra. Andrea Ruíz R. No firman los Ministros Sr. Muñoz y Sra. Vivanco, no obstante haber concurrido entrabmos a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber cesado ambos en sus funciones. Santiago, veinticuatro de octubre de dos mil veinticuatro.

COMENTARIO

En el sector minero, por su naturaleza intrínsecamente riesgosa, la tutela de la vida y seguridad de los trabajadores está entregado al esfuerzo conjunto del empleador y del Servicio Nacional de Geología y Minería (Sernageomin). Este organismo técnico es el encargado de velar por el cumplimiento del Reglamento de Seguridad Minera y, en especial, por la integridad física de los trabajadores que este cuerpo normativo garantiza.

Aunque existen análisis respecto de sus funciones administrativas y sancionadoras, la responsabilidad civil del organismo ante accidentes mineros ha sido escasamente explorada en la literatura académica chilena y su relación con la responsabilidad civil del empleador en estos contextos resulta aún más difusa. Aclarar esta interrelación es crucial,

no solo para entender cómo deben responder los distintos actores ante las víctimas, sino también para evitar que la acumulación de indemnizaciones se pueda interpretar como un enriquecimiento injustificado. La sentencia en comento ofrece una valiosa oportunidad para abordar y profundizar pertinente a estos temas.

I. *Los hechos del caso*

El 9 de julio de 2017, un colapso en el pilar rocoso que sostenía la Laguna Verde desde las profundidades de la mina subterránea Delia II, en la comuna de Chile Chico, provocó la inundación de sus galerías, atrapando a dos mineros cuyos cuerpos nunca fueron hallados. La mina había sido objeto de reiteradas fiscalizaciones por parte del Sernageomin, que no advirtió deficiencias como el vencimiento de permisos, la superación de los límites autorizados de extracción y la insuficiente densidad del pilar rocoso que sostenía la laguna. Las indagaciones revelaron, de esta forma, que el trágico accidente fue consecuencia de una negligencia compartida entre el empleador y el ente fiscalizador.

El 31 de agosto de 2018, tras la declaración judicial de muerte de los trabajadores, la Compañía Minera Cerro Bayo arribó a una transacción con los familiares de las víctimas, quienes renunciaron a toda acción contra la empresa a cambio de un pago total de \$330.000.000. Sin embargo, el 10 de junio de 2020, cinco de los siete familiares que habían suscrito el acuerdo presentaron una demanda de indemnización de perjuicios contra el Sernageomin, por los daños morales sufridos a consecuencia de la muerte de los mineros, responsabilizándolo por su evidente falta de servicio.

II. *Desarrollo procesal y sentencia*

En primera instancia, la demanda fue rechazada, acogiendo el tribunal la excepción de pago opuesta por el Sernageomin, quien argumentó que la transacción con la minera había satisfecho el daño reclamado. La sentencia fue confirmada por la Corte de Apelaciones de Coyhaique, pero anulada posteriormente por la Corte Suprema, que dictó una sentencia de reemplazo condenando al Sernageomin a pagar \$290.000.000 a los demandantes.

El máximo tribunal justificó su decisión resaltando que la obligación indemnizatoria de la Compañía Minera Cerro Bayo deriva de su calidad de empleador, conforme con el artículo 184 del Código del Trabajo y la Ley N° 16.744, mientras que la responsabilidad del Sernageomin emana de su falta de servicio, regulada por el Derecho Público en los artículos 4 y 42 de la Ley N° 18.575.

En consecuencia, al derivar de fuentes y estatutos distintos, no se configuró solidaridad entre ambos responsables, ya que no se trató de “un delito o cuasidelito cometido por dos o más personas”, como establece el artículo 2317 del Código Civil. Por tanto, el acuerdo con la minera no constituyó novación ni extinguíó la obligación del Sernageomin.

III. *La relación entre la responsabilidad del empleador y del Sernageomin*

Aunque la Corte acierta al excluir la solidaridad entre los responsables, omite un aspecto fundamental en su pronunciamiento: definir la relación jurídica que los vincula como corresponsables de un mismo accidente y, por esta razón, como causantes de un mismo daño. Esta cuestión adquiere especial relevancia debido a que tanto el empleador como el Sernageomin desempeñan funciones complementarias e indispensables para la prevención de accidentes en el contexto minero. Por tanto, es esencial para una compresión adecuada del caso esclarecer la forma en que ambos debían responder, lo que permitiría determinar con claridad si la doble indemnización obtenida por la víctima constituye o no un enriquecimiento injustificado.

1. Responsabilidad concurrente, ¿siempre favorable a la víctima?

Una primera opción, que no fue la elegida por la Corte, es considerar que nos encontramos ante responsabilidades concurrentes. Según explica el profesor Corral, esta figura surge cuando obligaciones independientes entre sí, originadas en vínculos distintos y a partir de diversas causas, convergen en un mismo objeto o prestación para con un mismo acreedor¹. En virtud al principio *in dubio pro damnato o favor victimae*, se le permite a la víctima exigir el total de la prestación a cualquiera de los deudores², de modo que el pago efectuado por uno de ellos satisface plenamente el interés del acreedor³. Este principio sería aplicable, por ejemplo, cuando a la víctima se le hace imposible determinar la responsabilidad de cada actor en un mismo hecho⁴, y por esta razón, dividir la indemnización a la que debe ser obligado cada uno.

Del análisis de los antecedentes, podríamos concluir que se daban todos los presupuestos necesarios para reconocer la existencia de responsabilidades concurrentes. Aunque las fuentes de responsabilidad del empleador y del ente fiscalizador eran distintas, ambos participaron como corresponsable de un mismo hecho –la muerte de los mineros–, lo que ha ocasionado un mismo daño –el daño moral sufrido por los familiares de las víctimas– y se les ha exigido en esencia una misma prestación, la reparación del daño causado.

¹ CORRAL, Hernán, 2015: “Obligaciones por el total no solidarias u obligaciones concurrentes”, en Álvaro VIDAL OLIVARES, Claudia MEJÍAS ALONSO y Gonzalo SEVERIN FUSTER (eds.): *Estudios de derecho civil X*, Santiago, Thomson Reuters, p. 457.

² MENDOZA, Pamela, 2018: “Obligaciones concurrentes o *in solidum*. Comentario a la sentencia de la Corte Suprema, de 26 de enero de 2017”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXI, N° 1, p. 393. También en BRAVO, Daniel, 2020: “Las obligaciones concurrentes. Hacia un amplio reconocimiento en el derecho chileno”, en Elorriaga de Bonis Fabián (ed.): *Estudios de derecho civil XV*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 461-462.

³ CORRAL, Hernán, 2015, p. 470; y Kuncar, Andrés, 2024: “Obligaciones concurrentes (y su conexión con las obligaciones solidarias)” en Renzo Munita Marambio (direc.): *Tópicos relevantes de responsabilidad Civil. Elementos y nociones fundamentales*, Santiago, Rubicón Editores, p. 551.

⁴ MENDOZA, Pamela, 2015: *La obligación solidaria imprópria*, Madrid, La Ley, pp. 53 y ss.; y MENDOZA, Pamela, 2018, p. 390.

El hecho de que los montos indemnizatorios difieran entre los responsables no es un obstáculo para considerarlas concurrentes, ya que, como señala la doctrina, las prestaciones también pueden ser parcialmente concurrentes⁵. Más aún, la naturaleza del accidente hacía prácticamente inviable para las víctimas identificar con precisión la cuota de responsabilidad atribuible a cada actor, lo que justifica plenamente que se les permitiera exigir la totalidad de la indemnización a cualquiera de ellos.

Pese a esto, aplicar la concurrencia en este caso habría significado no un beneficio para la víctima, sino dejarla en una peor posición. Al haberse satisfecho parte del daño mediante el acuerdo con la minera, la Corte podría haber descontado ese monto de la condena impuesta al Sernageomin⁶. Esta medida no habría contravenido el principio que establece que, en esta clase de obligaciones, la transacción alcanzada con una de las partes no es oponible ni perjudica a los otros⁷. De hecho, la víctima habría mantenido el derecho a demandar al responsable que no participó en dicho acuerdo por un monto adicional, más allá de los límites de la concurrencia.

Por tanto, si se hubiera reconocido la concurrencia entre los corresponsables y no se hubiera efectuado la reducción, la indemnización recibida por la víctima de parte del Sernageomin habría significado un enriquecimiento sin causa.

2. Responsabilidad mancomunada y el principio *in dubio pro dammato o favor victimae*

Por lo anterior, estimamos que la Corte hizo aplicación del principio *in dubio pro dammato o favor victimae*, no para fundar la existencia de obligaciones concurrentes, sino para excluirlas, inclinándose implícitamente por una responsabilidad simplemente conjunta o mancomunada.

Esta forma de concebir la relación entre corresponsables beneficiaba claramente a la víctima, pues, aunque cada actor asume responsabilidad únicamente por su parte en la indemnización, permite sumar los montos recibidos de los distintos responsables sin que esto suponga un enriquecimiento injustificado. En esencia, las víctimas no están recibiendo una doble indemnización; más bien, están recibiendo una indemnización única y total, compuesta por los montos establecidos en cada ámbito –tanto convencional como judicial–, donde cada interviniente aporta su respectiva cuota, logrando así una reparación integral del daño causado.

Cuestión similar ocurrió en el caso de los “33 mineros” atrapados en la Mina San José⁸, donde el Fisco fue condenado a indemnizar a los mineros por falta de servicio,

⁵ CORRAL, Hernán, 2015, p. 468.

⁶ De acuerdo con la letra c) del artículo 851 del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley N° 26.994, 2014), país en donde se reconoce expresamente esta clase de obligaciones, la transacción puede extinguir parcialmente la obligación concurrente en la medida de lo satisfecho. Los mismo podría concluirse de lo señalado por Kuncar, Andrés, 2024, pp. 551-552.

⁷ CORRAL, Hernán, 2015, p. 469.

⁸ Noveno Juzgado Civil de Santiago, sentencia de 24 de agosto de 2018, rol 17.229-2011. Confirmada por la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 10 de junio de 2021, rol Civil 12.685-2018.

sin que la judicatura definiera en su sentencia la relación de responsabilidad entre el empleador y el Sernageomin, salvo para excluir la solidaridad. Con el objetivo de favorecer a las víctimas, a nuestro entender, también se siguió la tesis de una responsabilidad mancomunada, pues en su demanda las víctimas habían precisado que pretendían del Fisco el resarcimiento de la mitad del daño causado.

Desde la perspectiva de la mancomunidad, cada responsable debería asumir, en principio, el 50% del daño total causado, salvo que dicha proporción sea modificada mediante acuerdos privados con la víctima o por decisión de los tribunales que evalúen la responsabilidad de los corresponsables. Este enfoque también permite comprender por qué la transacción alcanzada con la empresa minera no benefició al Sernageomin, ya que, en este tipo de obligaciones, los modos de extinguir que operan en favor de uno de los deudores no se extienden ni favorecen al otro.⁹

Sin embargo, la cuestión dista de ser uniforme en la jurisprudencia. La Corte Suprema, en un caso relacionado con la explosión de un yacimiento en Quillota que dejó a un minero fallecido¹⁰, acogió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por el Sernageomin, exculpándolo a pesar de haberse acreditado ciertos hechos que podrían constituir una falta de servicio. Para justificar esta decisión, el máximo tribunal señaló que la responsabilidad de garantizar la seguridad en el trabajo recae en el empleador, debido a la relación laboral con el trabajador, y no en el organismo fiscalizador, que se consideraría un tercero ajeno a dicha relación contractual. Por esta razón, es el primero quien debe responder exclusivamente por todos los perjuicios ocasionados.

IV. *Implicancias prácticas y conclusiones*

Aunque el Sernageomin es un organismo de fiscalización encargado de supervisar el cumplimiento de la seguridad minera, su responsabilidad no siempre se extiende directamente a la operación de las faenas. En los casos donde se ha declarado responsabilidad compartida con el empleador, la tendencia predominante ha sido inclinarse por una relación de mancomunidad más que por concurrencia. Este enfoque, fundamentado en el principio *in dubio pro damnato o favor victimae*, beneficia a la víctima al permitirle acumular indemnizaciones provenientes de distintos responsables, evitando así el enriquecimiento sin causa.

Sin embargo, consideramos que esta perspectiva resulta adecuada únicamente cuando las indemnizaciones se obtienen en instancias separadas. Si las acciones se concentran en un único juicio, sería necesario que el tribunal determine el monto total del daño a indemnizar y lo distribuya proporcionalmente según la contribución de cada corresponsable al daño causado. A nuestro juicio, debería optarse por la responsabilidad concurrente, ya que este enfoque es más acorde con el rol conjunto que tanto el empleador como el Sernageomin cumplen como garantes de la seguridad minera. Esto es

⁹ ABELIUK, René, 2014: *Las obligaciones* (6^{ta}. edición), Tomo I, Santiago, Thomson Reuters, p. 498.

¹⁰ Corte Suprema, sentencia de 17 de julio de 2023, rol 10.726-2023.

especialmente relevante, debido a que en la mayoría de los casos será difícil determinar el grado de responsabilidad de cada parte en accidentes mineros, beneficiando así a la víctima del daño.

Validez del acto administrativo y debido proceso: una lectura estructural (Corte Suprema, rol 246.595-2023)

*Validity of Administrative Acts and Due Process: A Structural Approach
(Supreme Court of Chile, Case No. 246.595-2023)*

*José Luis Gutiérrez Fernández**

“Santiago, veintisiete de noviembre de dos mil veinticuatro.

(...)

SEXTO: Que las alegaciones del recurso reprochan que se hubiere resuelto dejar sin efecto los actos administrativos impugnados, en razón de la ausencia de un procedimiento administrativo previo.

Sobre el particular, la materia relativa a la necesidad de dar traslado o audiencia al administrado, en el caso de decisiones administrativas que tengan la aptitud de afectar derechos ha sido tratada por esta Corte en reiteradas oportunidades, a propósito de la potestad invalidatoria, respecto de la cual se ha resuelto: “*en lo tocante a la audiencia del interesado, tal como acertadamente viene resuelto, esta debe realizarse para que el administrado pueda expresar lo pertinente, observándose el ejercicio de ciertas garantías procedimentales mínimas, a fin que constituya una instancia para que la recurrente pueda hacer valer todos los antecedentes de hecho y de derecho fundantes de su oposición*” (...).

Si bien el presente caso no recae en materia de invalidación administrativa, el principio subyacente y de cuya transgresión se trata es el mismo, esto es, el de contradicitoriedad, que se manifiesta en el derecho a ser oído, presentar alegaciones, aportar documentos y elementos de juicio que sean considerados por la autoridad administrativa al momento de adoptar resoluciones susceptibles de afectar derechos.

En efecto, en materia administrativa, el derecho a defensa debe ser considerado no solo como una exigencia del axioma de justicia, sino también como expresión del principio de eficacia, puesto que asegura un conocimiento más profundo de los hechos

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Derecho Constitucional, Universidad de Talca, Chile. Profesor de Teoría del Derecho, Universidad Alberto Hurtado, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-5980-9231>. Correo electrónico: jgutierrez@uah.cl.

y contribuye a mejorar la decisión de la Administración, garantizando que ella sea expedida conforme al mérito de los antecedentes y con aplicación de las normas legales que gobiernan la materia.

Es así como la garantía del debido proceso que reconoce el artículo 19 N° 3 inciso sexto de la Constitución Política de la República se manifiesta en el ámbito administrativo en una doble perspectiva: a) como derecho a defensa, que debe ser reconocido como la oportunidad para el administrado de hacer oír sus alegaciones, descargos y pruebas y, también; b) como el derecho de exigir de la Administración del Estado el cumplimiento previo de un conjunto de actos procedimentales que le permitan conocer con precisión los hechos que se imputan y las disposiciones aplicables a los mismos.

De este modo, es consustancial a todo procedimiento administrativo su carácter contradictorio, exigencia que supone la posibilidad de que los antecedentes puedan ser adecuadamente confrontados por los interesados, antes de adoptarse una decisión definitiva. (...)

SÉPTIMO: que en el presente caso las partes no han controvertido que, antes de expedir el Decreto Alcaldicio N° 40 de 13 de enero de 2023, que notificó la orden de inhabilidad de la construcción, la municipalidad recurrida no comunicó a la parte interesada el hecho de haber iniciado las gestiones destinadas a evaluar en la construcción el cumplimiento de los requisitos del artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, como tampoco siguió un procedimiento administrativo que contemplara el trámite de audiencia previa del destinatario de la decisión.

OCTAVO: Que en las condiciones anotadas forzoso es concluir, tal como acertadamente viene resuelto, que el acto administrativo reclamado infringió el artículo 10 de la Ley N° 19.880, circunstancia que trae consigo, además, defectos en la fundamentación del mismo –transgrediendo así los artículos 11 y 41 del mismo cuerpo normativo– toda vez que las alegaciones del administrado no fueron consideradas al momento de adoptarse la decisión, viéndose afectado también el principio de imparcialidad que debía observar la autoridad, toda vez que, en los términos descritos, su decisión aparece adoptada de manera anticipada, sin respetar el procedimiento previsto para dicho fin.

NOVENO: Que, luego, en relación con la exigencia de fundamentación, que constituyó el segundo motivo para la declaración de ilegalidad, el municipio en su recurso esboza que el acto se encontraría debidamente fundado, por el hecho de haberse constatado el supuesto fáctico que regula el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones.

Sin embargo, tal alegación queda desvirtuada si se considera que el ejercicio de las potestades administrativas queda sometido a las disposiciones de la Ley N° 19.880 que consagra, entre otros, los principios de transparencia y publicidad, conforme a los cuales el procedimiento administrativo debe tramitarse de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él, lo cual se ratifica en el artículo 11 inciso segundo de la misma ley, que obliga a motivar o

fundamentar explícitamente el acto administrativo, presupuesto cuya necesidad se torna aún más patente cuando se trate de decisiones que afecten los derechos de las personas. (...)

De lo expresado fluye que la expresión del motivo o fundamento es un requisito sustancial en la dictación de un acto administrativo, pues su omisión está vinculada a una exigencia que ha sido puesta como condición mínima de racionalidad, ya que permite y promueve el conocimiento del contenido y fundamentos de las decisiones que adopten los órganos de la Administración del Estado, requerimiento normativo que no ha sido cumplido en la especie, según detallada y acertadamente resalta el fallo impugnado.

DÉCIMO: Que todas las consideraciones anteriores no se oponen a lo dispuesto en los artículos 144 y 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones, por cuanto no se ha desconocido la potestad municipal para declarar la inhabilidad de una construcción, ante la constatación de existir una transgresión del deber de obtener la recepción definitiva de un inmueble de manera previa a su uso; sin embargo, tal atribución debe ser ejercida observando las garantías del debido proceso administrativo, esto es, previo emplazamiento a quien será afectado por ella o, a lo menos, después de apremiar al propietario a regularizar la situación infractora.

En efecto, si bien esta Corte ha manifestado en otras decisiones que la sanción administrativa tiene principalmente una finalidad preventivo-represora, esto es, que con ella se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor, no puede obviarse que el primer objetivo a ser buscado radica en el cumplimiento de la normativa, de lo cual se sigue que solo corresponde acudir a la aplicación de sanciones una vez fracasado dicho fin principal”.

VOTO DISIDENTE:

“2º Que, en concepto de estos disidentes, el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones resulta perentorio en orden a que el municipio debe declarar la inhabilidad de cualquier obra que hubiere sido destinada a su uso de manera previa a la recepción definitiva, parcial o total. En este sentido, el supuesto normativo se verifica por la sola constatación de haberse habitado un inmueble que carece de dicha habilitación.

3º A la luz de ese texto legal, cabe entender que la decisión en estudio viene a reconocer, con referencia a la circunstancia concreta de la propiedad del actor, que una construcción no está habilitada para su uso – habitacional o no – si no cuenta con recepción, esto es, si no se ha certificado de modo oficial que su ejecución se ha ceñido al respectivo permiso de edificación, lo que autoriza a reputarla conforme a la ley y a las normas urbanísticas.

El efecto inmediato de la declaración de inhabilidad consiste en hacer presente que una edificación ha incurrido en el supuesto de la prohibición de dar curso a construcciones o viviendas no habilitadas. Implícitamente, la medida importa instruir el cese de esa utilización. En suma, se trata únicamente de una providencia tendiente a instar al

propietario a observar las exigencias normativas y obtener la recepción o autorización de uso de las obras antes de darles utilización. Prospectivamente, además, la declaración de inhabilidad puede fundamentar medidas de mayor intensidad, como el eventual desalojo de los ocupantes de las obras (no decretado en el caso).

En términos funcionales, la decisión corresponde al género de las denominadas “medidas de restablecimiento de la legalidad”, que, conforme a la doctrina, son actuaciones “por virtud de las cuales la Administración, ante la realización de una conducta prohibida por la Ley (frecuentemente, la ejecución de una determinada actividad sin la licencia legalmente exigida), restablece el orden vulnerado, ordenando su paralización” (...).

4º La medida en análisis tiene eficacia esencialmente provisional, pues depende de la falta de recepción administrativa de las obras y, por consiguiente, cesa cuando esa recepción se obtenga (o sea, cuando la construcción deja de ser inhábil)”.

COMENTARIO

I. *Planteamiento del problema*

La Corte Suprema acogió un recurso de casación en el fondo interpuesto contra una sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago, dictada en un reclamo de ilegalidad municipal. Esta había anulado dos decretos de la Municipalidad de La Reina. El primero (Decreto Alcaldicio N° 40, de 2023) declaró la inhabilidad de una construcción habitada sin recepción definitiva; el segundo (Decreto Alcaldicio N° 326, de 2023) rechazó la reclamación administrativa interpuesta en su contra.

El voto de mayoría entendió que la potestad prevista en el artículo 145 de la Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC) configura una sanción administrativa, cuyo ejercicio requiere un procedimiento que respete el principio de contradicitoriedad. El voto disidente, en cambio, sostuvo que se trata de una medida desfavorable no sancionatoria, dirigida exclusivamente a restablecer el orden urbanístico, y que no exige procedimiento formal.

El fallo invita a una reflexión más profunda respecto de la juridicidad del acto administrativo, más allá de su calificación dogmática. A partir de la distinción entre validez formal y material del acto, es oportuno preguntarse: ¿puede estimarse válido un acto que restringe derechos sin respetar garantías mínimas?

Este enfoque se apoya en una tesis general: si los actos administrativos son también normas, su validez –en cuanto normas individuales– depende de las garantías que legitiman su producción, especialmente cuando afectan derechos fundamentales. Esta idea articula el vínculo entre validez, acto administrativo y debido proceso.

Este comentario expone brevemente dicha distinción conceptual. Luego, analiza el contenido y alcance del debido proceso en sede administrativa. Finalmente, discute si basta la afectación de derechos fundamentales para exigir procedimiento previo, aun sin que la medida sea calificada como sanción.

II. *Validez formal y validez material del acto administrativo*

Antes de analizar la discusión dogmática, conviene precisar un marco conceptual que permite evaluar la juridicidad del acto más allá de su calificación. La distinción entre validez formal y material ofrece una herramienta útil para ello.

Aunque, como advierte RÓDENAS, el concepto de validez es “escurridizo”, aquí se entiende como la pertenencia de una entidad al sistema jurídico¹. Esta puede abordarse distinguiendo entre validez formal y validez material. Los actos administrativos –en tanto normas²– admiten este enfoque. La validez formal se refiere a los requisitos de producción del acto: competencia, procedimiento y forma. La validez material, en cambio, se relaciona con la conformidad de su contenido con normas superiores³.

Esta doble dimensión permite examinar el razonamiento del fallo. Desde la validez formal, el enfoque garantista se refleja en la exigencia de un procedimiento previo, lo que remite a la forma de producción del acto. Desde la validez material, el problema se vincula al respeto de derechos fundamentales, en tanto el contenido del acto debe ajustarse a un estándar mínimo de racionalidad.

Ambas dimensiones remiten al principio de juridicidad, entendido como el sometimiento de toda actuación administrativa al derecho vigente. En su dimensión formal, exige que el acto se produzca conforme con reglas de competencia, procedimiento y forma. En la dimensión material, que su contenido respete los límites impuestos por normas superiores. Así, un acto solo será jurídicamente válido si satisface ambas condiciones.

III. *El debido proceso en sede administrativa*

La validez material del acto exige examinar si su contenido respeta derechos fundamentales, lo que nos lleva al debido proceso y su proyección en sede administrativa.

Esta garantía, con raíces en la Magna Carta de 1215, ha sido entendida como una condición esencial de legitimidad del poder estatal. Bordalí⁴ destaca que sus exigencias han trascendido el ámbito judicial, extendiéndose a la Administración. García y Contreras lo definen como “aquel que, franqueado el acceso a la jurisdicción, permite que el proceso se desarrolle con todas las garantías esenciales, racionales y justas que contribuyan a un procedimiento equitativo y no arbitrario”⁵. Se ha concebido, además,

¹ Acerca de otras formas de conceptualización, ver RÓDENAS, Ángeles, 2012: *Los intersticios del derecho. Indeterminación, validez y positivismo jurídico*, Madrid, Marcial Pons, p. 53 y ss.

² O “prescripciones particulares”, según LETELIER, quien además revisa la discusión respecto del carácter normativo de los actos administrativos. LETELIER, Raúl, 2011: *Nulidad y restablecimiento en procesos contra normas*, Madrid, Civitas pp. 53 y ss.

³ RÓDENAS, 2012, p. 63.

⁴ BORDALÍ, Andrés, 2023: *Debido proceso*, Santiago, Der Ediciones, pp. 2-3.

⁵ GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, 2013: “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional chileno”, *Estudios constitucionales*, vol. 11, n. 2, <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-52002013000200007>.

como un metaderecho⁶, es decir, un conjunto de garantías mínimas destinadas a asegurar la racionalidad de las decisiones públicas.

Cuando esta garantía se proyecta en la actividad administrativa, surge la cuestión de qué elementos le son aplicables. Si el procedimiento administrativo es una secuencia de actos orientados a producir una decisión, se advierte un parentesco estructural con el proceso jurisdiccional. Sin embargo, ciertas exigencias se deben adaptar a principios propios del Derecho Administrativo, como el deber de motivación del acto.

Esta exigencia cobra especial importancia en contextos sancionatorios, donde la decisión afecta la esfera jurídica del infractor, ya sea limitando derechos o imponiendo cargas. En esos casos, la decisión debe ajustarse a estándares reforzados de razonabilidad, cuya primera expresión es la motivación del acto.

En este sentido, la doctrina comparada ha desarrollado la noción de “fundamentalidad” como criterio habilitante –bajo ciertas condiciones– para restringir derechos fundamentales. Como señala RODRÍGUEZ⁷, estas normas gozan de una protección reforzada. La fundamentalidad, en el contexto español, deriva de dos garantías: la vinculación inmediata de los poderes públicos y el respeto al contenido esencial del derecho.

Según este autor, las disposiciones pertinentes a derechos fundamentales tienen una estructura particular. Primero, imponen deberes de conducta a todos los poderes públicos. Luego, permiten su restricción mediante normas de competencia⁸.

Así, si bien los derechos fundamentales pueden ser limitados, la garantía del artículo 19 N° 3 de la Constitución Política de la República implica una vinculación directa para todos los poderes del Estado, especialmente aquellos facultados para imponer consecuencias negativas a los particulares. Tal es el caso de la actividad jurisdiccional y la actividad administrativa sancionatoria.

IV. *El razonamiento del fallo*

Definido el contenido del debido proceso y su aplicabilidad a la actividad administrativa, es posible volver sobre el fallo y analizar el razonamiento de la Corte.

A primera vista, la decisión parece girar en torno a la distinción entre sanciones administrativas y medidas de restablecimiento de la legalidad, categorías donde se discute si corresponde un procedimiento previo o, al menos, el respeto al principio de contradicitoriedad.

La discusión acerca de la aplicación del debido proceso en sede administrativa surge históricamente desde la actividad sancionatoria. Existen dos enfoques principales: uno

⁶ BORDALÍ, 2023, p. 12. En pp. 26 y ss., entrega un catálogo de derechos mínimos que forman parte de esta garantía. En similar línea, CARBONELL, Flavia y LETELIER, Raúl, 2021: *Debido proceso y garantías jurisdiccionales*, en CONTRERAS, Pablo y SALGADO, Constanza (eds.), *Curso de derechos fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, p. 354.

⁷ RODRÍGUEZ, Ignacio, 2022: *Las restricciones sacrificiales de los derechos fundamentales*, Madrid, Marcial Pons, p. 217.

⁸ *Ibid.*, p. 221.

que entiende la potestad sancionatoria como expresión del *ius puniendi* estatal, y otro que la concibe como un instrumento para garantizar la eficacia de las normas administrativas, especialmente de conducta.

Ahora bien, las sanciones son solo una parte del universo de actos administrativos desfavorables. Coexisten con medidas que, sin ser sanciones, también restringen derechos. La reacción institucional ante el incumplimiento puede adoptar formas diversas, siendo la sanción solo una de ellas.

Otra de estas formas son las medidas de restablecimiento de la legalidad, que afectan derechos pero no buscan castigar, sino restituir el orden jurídico⁹. Sin embargo, la línea entre ambas es difusa. El voto de mayoría califica la potestad del artículo 145 LGUC como sanción; el disidente la entiende como medida de restablecimiento.

Esta diferencia dogmática, por sí sola, no basta para resolver si se debe exigir contradictoriedad. Para eso, se requiere una lectura estructural del fallo: la distinción entre validez formal y material del acto.

El artículo 145 de la LGUC, en sus incisos primero y cuarto, establece:

“Ninguna obra podrá ser habitada o destinada a uso alguno antes de su recepción definitiva parcial o total.

(...)

Sin perjuicio de las multas que se contemplan en el artículo 20º, la infracción a lo dispuesto en el inciso primero de este artículo podrá sancionarse, además, con la inhabilidad de la obra, hasta que se obtenga su recepción, y el desalojo de los ocupantes, con el auxilio de la fuerza pública, que decretará el Alcalde, a petición del Director de obras Municipales”.

La forma del sintagma verbal “podrá sancionarse” sugiere dos conclusiones. La primera es que se trata de una expresión verbal modal, lo que implica que la potestad correspondiente es discrecional, no reglada. La segunda es que, al utilizar la expresión “sancionarse”, la norma califica de forma expresa la consecuencia como una sanción, descartando otras formas de reacción institucional.

Como se indicó, el voto de mayoría califica la inhabilidad como sanción y, en consecuencia, exige que su imposición respete el principio de contradictoriedad. Esta conclusión se articula con la obligación de motivar adecuadamente el acto, en una interpretación que subraya el carácter preventivo de la sanción por sobre su dimensión represiva.

El voto de minoría, en cambio, se basa en una interpretación del artículo 145 de la LGUC que no resulta del todo evidente en su tenor literal, al sostener que la inhabilidad operaría automáticamente una vez constatada la infracción. Sobre esta base, considera

⁹ La doctrina ha desarrollado el carácter punitivo –entre otros elementos– como criterio distintivo entre ambas formas de intervención administrativa. Ver HUERGO, Alejandro, 2007: *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel, p. 225; BOUTAUD, Emilio, 2022: “Sanciones y medidas administrativas desfavorables afines”, *Rev. Derecho (Concepción)*, vol. 90, n. 251, <http://dx.doi.org/10.29393/rd251-6smeb10006>.

que la medida es acotada, provisional y menos severa que otras (como la demolición), y la clasifica como medida de restablecimiento de la legalidad.

Frente al principio de contradicitoriedad, el voto disidente argumenta que:

- a. La ley no establece un procedimiento específico para el ejercicio de la potestad, lo que sugiere que sería reglada;
- b. La decisión no constituiría un acto de gravamen, al no afectar derechos preexistentes;
- c. El afectado no tendría la calidad de “interesado necesario” según el artículo 21 N° 2 de la Ley N° 19.880;
- d. Los antecedentes acreditan que el infractor conocía los hechos que fundamentaron la medida;
- e. Existen otras medidas más gravosas (como la demolición) que tampoco requieren procedimiento contradictorio previo;
- f. No se impide la impugnación posterior del acto, tanto administrativa como judicialmente.

No obstante, este razonamiento no explica cómo, a partir de la sola calificación de la medida, puede prescindirse de un procedimiento o de garantías básicas como el derecho a ser oído. Tampoco aclara si el afectado tenía o no la calidad de “interesado necesario”, pese a que la medida restringe su derecho a utilizar su propiedad.

Además, que el infractor conociera los antecedentes fácticos no equivale a haber tenido oportunidad de ejercer efectivamente su defensa dentro del procedimiento. Es importante recordar que medidas como la demolición están expresamente reguladas en la LGUC y sí contemplan procedimientos que aseguran la contradicitoriedad (por ejemplo, sentencia de la Corte Suprema, rol 11.324-2024, de 31 de diciembre de 2024).

Podría objetarse que exigir contradicitoriedad en medidas de restablecimiento –como la inhabilidad– entorpecería la eficacia de la función administrativa. Sin embargo, esta objeción desconoce que el respeto de garantías básicas no impide actuar, sino que condiciona esa actuación a estándares mínimos de razonabilidad, especialmente cuando se afectan derechos fundamentales¹⁰.

¹⁰ Es admisible introducir aquí una discusión secundaria desde una mirada costo-beneficio de la actuación administrativa. Así, la sentencia *Matthews v. Eldridge* (Corte Suprema de Estados Unidos, 24 de febrero de 1976, 74-204) aborda la flexibilidad del debido proceso y el derecho a ser oído en sede administrativa. Desde la teoría de la administración pública, destaca el fenómeno del *red tape*, entendido como reglas y procedimientos que implican una carga de cumplimiento sin aportar al logro de los objetivos funcionales de la norma (ver BOZEMAN, Barry y FEENEY, Mary, 2011: *Rules and Red Tape. A Prism for Public Administration Theory and Research*, Nueva York, M. E. Sharpe, Inc., p. 19). Esta noción se ha vinculado también con el estudio la efectividad en la aplicación de normas (ver KAUFMANN, W., HOOGHIEMSTRA, R., y FEENEY, M., 2017: “Formal institutions, informal institutions, and red tape: A comparative study”, *Public Administration*, 96(2), 386-403, <https://doi.org/10.1111/padm.12397>). En nuestro derecho, CARBONELL y LETELIER, 2021, p. 377, han instado por una concepción unitaria y minimalista del debido proceso en sede administrativa, aunque sin precisar qué elementos serían indispensables. La Ley N° 19.880, que considera estándar representativo, alude expresamente al principio de contradicitoriedad en su artículo 10.

Incluso si se acepta la calificación de la medida como de restablecimiento de la legalidad, es posible preguntarse qué ocurriría si la persona afectada estimara errónea la infracción. O, si en su caso, alegara circunstancias excepcionales que justificaran el uso del inmueble. La ausencia de una instancia contradictoria impediría la exposición de tales antecedentes, desvirtuando el carácter presuntamente objetivo y reglado del acto.

En este contexto, el razonamiento del voto de mayoría parece recoger, aunque implícitamente, la distinción entre validez formal y material del acto. Así, si bien reconoce la existencia de la potestad para declarar la inhabilidad, su ejercicio debe respetar ciertas garantías mínimas del debido proceso.

En otras palabras, el voto de mayoría identifica un vicio de validez formal –esto es, un defecto en la forma de producción del acto administrativo, en particular en su falta de procedimiento y motivación– al cuestionar el modo en que se produjo la decisión municipal. Esto supone entender que la potestad conferida por el artículo 145 de la LGUC es discrecional y que su ejercicio exige, al menos, estándares mínimos de motivación y procedimiento.

V. *Conclusión*

El fallo analizado reviste particular interés, pues pone de manifiesto tensiones subyacentes a la actuación administrativa tanto en el plano dogmático como teórico. Como se ha observado, la resolución del caso no depende exclusivamente de la calificación dogmática de la medida adoptada, sino que de una lectura más profunda acerca de las condiciones de validez del acto administrativo impugnado.

El voto de mayoría parece asumir esta doble dimensión. Al calificar la declaración de inhabilidad como una sanción administrativa, presupone la exigencia de un procedimiento que respete ciertas garantías. El voto de minoría, en cambio, niega dicho carácter sancionatorio y, en consecuencia, considera innecesario observar tales exigencias.

En definitiva, el análisis de este caso demuestra que la discusión pertinente a la naturaleza sancionatoria o no de una medida administrativa, si bien relevante, no resulta suficiente para justificar la exigencia de garantías procedimentales.

Es mediante una lectura estructural del acto, que atienda a su validez formal y material, donde se puede comprender adecuadamente la necesidad de introducir estándares mínimos como la contradicción, especialmente cuando están comprometidos derechos fundamentales, ya sea desde la perspectiva formal, como producción del acto, o desde una perspectiva material, como sujeción a garantías superiores.

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 condicione la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.
La revista se compone de tres secciones: Investigaciones, Jurisprudencia comentada y Recensiones.
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 recensiones 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.revistaderechovaldivia.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-PARLIAMENTARY 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, Nº 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: Walther de Gruter & Co.
BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (eds. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.
ALCHOURRÓN, Carlos Y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2º 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* (4º edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.
INTER-PARLIAMENTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2º edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revisa 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 *Tibaut und Savigny. Ibre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011>

Documento en formato electrónico:

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2, pp. 91-116. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200006>

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei electoral vigente*. 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 intervenientes 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

DERECHO CIVIL

Blockchain y contratos inteligentes en el comercio internacional: El rol de los Principios UNIDROIT 2016. Yaritza Pérez-Pacheco

La teoría de los actos propios en el derecho privado chileno y español. Algunas consideraciones dogmáticas y comparativas. Andrés Peña Adasme

Las Oficinas Locales de la Niñez como agentes relevantes en la promoción y protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Isaac Ravellat Ballesté

DERECHO DEL TRABAJO

Automatización, trabajo y protección: acerca del despido tecnológico en Chile. Álvaro Domínguez Montoya

DERECHO DEL CONSUMO

Remedios por falta de conformidad en la compraventa de consumo: ¿Un régimen de garantía o uno de incumplimiento? Sebastián Campos Micin

DERECHO CONSTITUCIONAL

Del derecho a la realidad: el acceso igualitario de los inmigrantes a las prestaciones de salud en Chile. Mayra Feddersen Martínez, Pablo Muñoz Henríquez, Constanza Salgado Muñoz

La internación psiquiátrica involuntaria en el derecho chileno: aspectos sustantivos. Pablo Marshall Barberán

El Derecho Humano a la Comunicación Social en la Propuesta de Nueva Constitución de la Convención Constitucional del 2022: Reflexiones para un Debate Futuro. Juan Gaona Astudillo

DERECHO ADMINISTRATIVO

El giro hacia una contratación pública verde en Colombia: la protección del medio ambiente como política horizontal. Cristian Díaz Díez

El mito del Artículo 87 de la Constitución de 1925 y la incompetencia para juzgar a la administración. José Tomás Blake Benítez

Identidad subjetiva del principio *non bis in idem* en los procedimientos administrativos sancionadores. Úrsula Patroni Vizquerra

DERECHO PROCESAL

Acumulación de autos: acerca de la noción “un solo juicio” del artículo 92 del CPC y sus efectos procesales. Javiera Durand González

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Responsabilidad patrimonial por la “excesiva demora en la tramitación” de un procedimiento administrativo (Corte Suprema). Flavio Quezada Rodríguez

La responsabilidad civil del Sernageomin por accidentes mineros y su relación con la responsabilidad del empleador: ¿conurrencia, mancomunidad o irresponsabilidad? (Corte Suprema). Rodrigo Cepeda Soto

Validez del acto administrativo y debido proceso: una lectura estructural (Corte Suprema). José Luis Gutiérrez Fernández