

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXIV - N° 1 • Junio 2021

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

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

Toda solicitud de colaboración, canje, suscripción o compra
debe dirigirse al Director de la Revista,
casilla 567, Valdivia, Chile, o a revider@uach.cl
www.revistaderechovaldivia.cl

Directorios y catálogos
Scopus
SCIELO
Latindex

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

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
OSCAR GALINDO VILLARROEL

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE
SUSAN TURNER SAEIZER

EDITORES ASOCIADOS
LETICIA MORALES
YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

JUAN ANDRÉS VARAS BRAUN,
Decano Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,
Directora Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

FELIPE PAREDES PAREDES,
Director Instituto de Derecho Público

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA (*U. Católica de Valparaíso, Chile*)
JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)
CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)
LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

José Luis Cea Egaña (*Pontificia U. Católica de Chile*)
Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)
Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)
Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)
Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)
Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)
Michele Taruffo (*U. de Pavía, Italia*)

ÍNDICE

Volumen XXXIV - N° 1 (Junio 2021)

INVESTIGACIONES

<i>Racionalidad teleológica legislativa y eficacia como éxito. Un panorama de dificultades</i> , Diego Almonacid Almarza	9
<i>Sobre la relación regla/excepción. Una aproximación inferencial</i> , Federico Szczaranski Vargas	29
<i>Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros</i> , Gabriel Hernández Paulsen, Sebastián Campos Micin	51
<i>Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia</i> , Joel González Castillo	71
<i>La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino</i> , Marta Szygendowska	89
<i>La causa grave para remover al socio administrador estatutario en sociedades de personas: una garantía para inversiones con valor específico</i> , Pablo Manterola Domínguez	111
<i>Régimen de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo aplicable a los notarios en Chile: análisis crítico a la luz de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)</i> , Ángela Toso Milo	131
<i>Las bases del Derecho Internacional Americano en la obra de Alejandro Álvarez: solidaridad y vida internacional</i> , Juan Ignacio Arias Krause, Mariela Cecilia Avila	153
<i>La rescisión (o nulidad) por falta de emplazamiento en el Código de Procedimiento Civil chileno</i> , Felipe Gorigoitia Abbott	167
<i>La dicotomía entre política y derecho y la designación de los jueces en Chile</i> , Alexander Espinoza Rausseo, Jhenny Rivas Alberti	185
<i>La Contraloría en el proceso regulatorio</i> , Guillermo Jiménez Salas	209
<i>El control fiscal y su incorporación al sistema de pesos y contrapesos en Colombia</i> , Paulo Arboleda Ramírez, Milton Jiménez Ramírez, Carolina López Osorio	233

<i>Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en el derecho migratorio chileno: parte general</i> , Diego Molina Conzue	255
<i>Una lección de la defensa de la competencia en la Unión Europea: el principio de continuidad económica</i> , Jesús Alfonso Soto Pineda	275
<i>El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional</i> , Claudia Cárdenas Aravena	297

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Beneficios tributarios y analogía in bonam partem ¿Interpretación de textos normativos o conflicto de principios constitucionales? (Corte Suprema)</i> , Hugo Osorio Morales	321
<i>La procedencia de una demanda laboral con una cuantía inferior a diez ingresos mínimos mensuales mediante procedimiento de aplicación general (Corte Suprema)</i> , Miguel Downey Rivera	329
<i>La protección judicial del derecho a la memoria: la remoción de las imágenes de un genocida (Corte Suprema)</i> , Pietro Sferrazza Taibi, Francisco Bustos Bustos	341

RECENSIONES

Miguel Alejandro López Olvera (coord.), <i>Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos</i> . Recensión de Eduardo Torres Alonso	355
Juan Francisco Rodríguez Ayuso, <i>Privacidad y coronavirus: aspectos esenciales</i> . Recensión de David López Jiménez	358

INVESTIGACIONES

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100009>

Racionalidad teleológica legislativa y eficacia como éxito. Un panorama de dificultades

*Diego Almonacid Almarza**

RESUMEN

El trabajo desarrolla un análisis crítico de la formulación del concepto de eficacia como éxito que realiza Liborio Hierro y de la posibilidad de evaluar la racionalidad teleológica legislativa por su intermedio. A partir de un análisis de la actividad legislativa y su producto desde la teoría de la legislación y de una teoría minimalista de la acción colectiva, se sostiene que el concepto de eficacia como éxito o efectividad no captura algunas características de la actividad de asambleas legislativas; en concreto, su agencia colectiva, la diversidad y conflictividad entre sus miembros y la función que cumplen las reglas que formalizan el procedimiento legislativo focalizándolo en un texto. Se concluye con una corrección al concepto de eficacia como éxito de las leyes y negando la posibilidad de evaluar, mediante este concepto, la racionalidad teleológica legislativa.

Racionalidad teleológica legislativa; eficacia como éxito; teoría de la legislación

Legislative teleological rationality and effectiveness as success. An overview of difficulties

ABSTRACT

Abstract: This article discusses a critical analysis of the formulation of the concept of effectiveness as success carried out by Liborio Hierro and of the possibility of evaluating the legislative teleological rationality through it. Based on an analysis of legislative activity and its product from the theory of legislation and a minimalist theory of collective action, it is argued that the concept of efficacy as success or effectiveness does not capture some characteristics of the activity of legislative assemblies; in particular, its collective agency, the diversity and conflict among its members, and the role of the rules that formalize the legislative procedure, focusing it on a text. It concludes with a correction to the concept of effectiveness as success of the laws and denying the possibility of evaluating, through this concept, the legislative teleological rationality.

Legislative teleological rationality; effectiveness as success; theory of legislation

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6143-6524>. Correo electrónico: dalmonacid.a@gmail.com

Artículo recibido el 30.4.20 y aceptado para su publicación el 25.11.20.

I. INTRODUCCIÓN

En general, la discusión acerca del concepto de eficacia es más bien escasa. Los planteamientos suelen distinguir, con diversas denominaciones, tres sentidos del concepto: eficacia como cumplimiento, eficacia como aplicación y eficacia como éxito. Respecto de los dos primeros sentidos, se sostiene que una norma *N* es eficaz si y solo si es conocida por sus destinatarios y estos generalmente despliegan un comportamiento o estado de cosas coincidente con el establecido por la norma porque la conocen (eficacia como cumplimiento)¹ o, en aquellos casos de incumplimiento, generalmente los órganos de aplicación fuerzan su cumplimiento o imponen la sanción correspondiente (eficacia como aplicación)². La eficacia como éxito o efectividad de las normas jurídicas “consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone”³, vale decir, que mediante el cumplimiento o aplicación de la norma se alcancen los propósitos del edictor.

La preocupación por el éxito de las leyes parte de la intuición de que la actividad legislativa no se desarrolla sin finalidad alguna, sino que, por el contrario, se legisla para alcanzar estados de cosas que se estiman deseables. De ahí que el concepto de eficacia como éxito se relacione estrechamente con la noción de racionalidad teleológica de las leyes, según esto, una ley es racional si alcanza los propósitos de su edictor⁴.

El objeto de este trabajo es sostener que un concepto adecuado de la eficacia como éxito de las leyes debe capturar la manera en que actúan las asambleas legislativas en tanto agentes colectivos y no perder de vista las características de estas asambleas, así como la diversidad y conflictividad entre sus miembros y las reglas formales del procedimiento legislativo. Para mostrar esto bosquejo varias dificultades cuyo denominador común es la falta de atención a estas cuestiones y que surgen al evaluar la racionalidad teleológica de una ley por intermedio del concepto de eficacia como éxito según el esquema de Hierro.

Un aspecto importante del que no me ocuparé es la relación de la eficacia como éxito con los otros sentidos de eficacia. Esta relación puede ser problematizada notando que hay normas que no son susceptibles de cumplimiento⁵ y cuestionando la posibilidad

¹ HIERRO, 2003, pp. 83-84.

² HIERRO, 2003, p. 139.

³ HIERRO, 2003, p. 160. El término “efectividad” es más difundido en el contexto hispanohablante. Utilizaré las etiquetas propuestas por Hierro porque me limitaré principalmente a analizar sus argumentos. Sin embargo, las etiquetas para referirse a la eficacia como éxito son variadas. NAVARRO, 1990, p. 19, habla de cumplimiento de objetivos sociales; JEAMMAUD, 1984, p. 6, le llama eficacia; DELGADO, 2006, pp. 195-218, utiliza el término eficacia social.

⁴ ATIENZA, 1997, p. 37-38. La conexión entre la eficacia como éxito y el concepto de racionalidad teleológica de Atienza ha sido sugerida por el mismo Hierro. Véase, HIERRO, 2003, p. 169, nota 27. El nexa también ha sido advertido por OLIVER-LALANA, 2008, p. 537.

⁵ El cumplimiento “solo puede predicarse de las normas regulativas de mandato, es decir, de las que ordenan o prohíben (...). No cabría cumplimiento de las normas permisivas; tampoco de las que atribuyen poderes (normas de competencia); menos aún respecto de las normas puramente constitutivas o de enunciados conceptuales, como las definiciones”, DELGADO, 2006, p. 197.

de constatar que una norma sea eficaz como aplicación en subsidio de la ineficacia como cumplimiento⁶. Lo que busco es analizar si una difundida comprensión del éxito de las leyes captura aspectos importantes de la actividad legislativa.

Para llevar a cabo lo anterior, primero expongo el modelo de racionalidad legislativa multinivel de Atienza (apartado II.1), el esquema de medición de la eficacia como éxito de Hierro e identifico dos aspectos de este que exigen una corrección (apartado II.2). El primero se refiere a los medios por los que el legislador pretende alcanzar los propósitos, esto es, el producto de la actividad legislativa (apartado III). El segundo es la posibilidad de que el legislador en tanto agente colectivo tenga un propósito (apartado IV). Finalizo con algunas conclusiones provisionales.

II. RACIONALIDAD TELEOLÓGICA LEGISLATIVA Y EFICACIA COMO ÉXITO SEGÚN LIBORIO HIERRO

1. *Racionalidad teleológica de la ley*

Tradicionalmente en el estudio del derecho el punto de partida ha sido la norma promulgada⁷. Esto ha implicado dejar de lado el estudio de la génesis de las normas y evadir preguntas relevantes. La teoría de la legislación, que busca colmar este vacío, se entiende como una teoría de la producción de la ley, que aborda los problemas más abstractos y conceptuales, sin una finalidad de tipo práctico, lo que la distingue de la técnica de la legislación⁸. Además, supone dos condiciones mínimas que dan sentido a un estudio de este tipo⁹. Por un lado, es necesario concebir la legislación como un ámbito que, pese a pertenecer al plano político, puede llevarse a cabo bajo algunos criterios organizativos, de manera tal que la ley sea un medio para alcanzar los objetivos perseguidos. Por otro lado, es forzoso concebir la racionalidad legislativa como un objetivo posible y no superfluo. Esto implica negar tanto la irracionalidad de la legislación como la racionalidad intrínseca de la misma y preguntarse por las formas y la medida posible de racionalización de la actividad legislativa. Confrontar esta última pregunta es un objeto fundamental de la teoría de la legislación¹⁰.

⁶ Esto lo advierte el mismo Hierro, 2003, 149-151, quien sostiene que la idea de que una norma sea eficaz como aplicación en subsidio de la ineficacia como cumplimiento es una tautología porque aparentemente se aplican las normas aplicables y no se aplican las no aplicables; en este sentido, todas las normas son absolutamente eficaces. La razón es la imposibilidad de constatar de manera externa, y por ello de verificar empíricamente, la hipótesis en que siendo una norma aplicable a un universo de casos, los jueces decidan no aplicarla. Para un análisis de los efectos de esta cuestión en el concepto de eficacia como éxito, véase FERNÁNDEZ, 2019, p. 266-267.

⁷ Para un análisis de las razones véase: WINTGENS, 2002, p. 10-15, MARCILLA, 2005, p. 257; GARCÍA, 2000, pp. 304-305.

⁸ ATIENZA, 1997, p. 23.

⁹ MARCILLA, 2005, pp. 275-276.

¹⁰ MARCILLA, 2005, pp. 292-294.

Manuel Atienza ha propuesto abordar la racionalidad de la legislación distinguiendo cinco niveles o modelos de racionalidad¹¹: una racionalidad comunicativa o lingüística, ese logro depende de que el edictor de la ley transmita de manera fluida el mensaje normativo al destinatario; una racionalidad jurídico-formal que exige que las leyes no erosionen la estructura o sistematicidad del ordenamiento jurídico; una racionalidad pragmática lograda si los destinatarios se ven influidos por la ley; una racionalidad teleológica, pues la ley debe alcanzar los fines sociales perseguidos con su aprobación; y una racionalidad ética, pues tanto el contenido como los fines de las leyes presuponen valores que deben justificarse éticamente¹². A estos cinco niveles se agrega un sexto nivel de razonabilidad o eficiencia que exige un equilibrio o ponderación entre los niveles anteriores, de modo que al no poder obtener la satisfacción de todos los fines, el sacrificio de todo o parte de uno de ellos debe hacerse a un coste razonable¹³.

En el nivel de racionalidad teleológica, sostiene Atienza, el sistema jurídico se ve como un medio para conseguir los fines deseados por los edictores de las leyes, quienes son portadores de los intereses sociales. Así, la racionalidad teleológica depende de la consecución de los objetivos sociales tenidos en cuenta por los edictores de la ley y de que no se produzcan efectos indeseados e imprevistos¹⁴. Cuando la racionalidad teleológica es alcanzada decimos que la ley tuvo éxito o fue eficaz. Justamente un concepto que permite operar el análisis de esta racionalidad y evaluar *ex post* el impacto de las leyes es el de eficacia como éxito.

La racionalidad teleológica es un aspecto considerado valioso de manera casi transversal en las teorías de la legislación. En efecto, los enfoques minimalistas y maximalistas de la legislación comparten su preocupación por la racionalidad teleológica¹⁵. Mientras el enfoque minimalista (entre sus defensores, J. Wróblewski, V. Zapatero) postula que la racionalidad legislativa alcanza a la adecuada selección de los medios para alcanzar los fines del legislador, el enfoque maximalista (entre sus defensores M. Atienza, J. A. García Amado, G. Marcilla) sostiene que la racionalidad legislativa requiere también de la justificación de los fines del legislador y los contenidos de lo que se prescriba. De esta manera, mientras el enfoque minimalista se ocuparía de la racionalidad lingüística, sistemática, pragmática y teleológica, el enfoque maximalista también aborda la racionalidad ética de la legislación.

¹¹ Modelo también seguido, con algunas precisiones, por CALSAMIGLIA, 1993 y DÍEZ-RIPOLLÉS, 2019.

¹² ATIENZA, 1997, pp. 27-40.

¹³ ATIENZA, 2013, p. 714-715 y 2019, p. 199. En el mismo sentido DÍEZ-RIPOLLÉS, 2019, pp. 57, 61.

¹⁴ ATIENZA, 1997, pp. 37-38.

¹⁵ MARCILLA, 2005, pp. 279-282. No obstante que existe un enfoque minimalista más estricto este análisis solo alcanza a la racionalidad lingüística y sistemática. Actualmente la autora prefiere distinguir entre un enfoque estrecho y amplio de la legisprudencia. El primero trata enfoques formales e instrumentales de la ley, sin ocuparse de los aspectos políticos y de legitimidad de la ley, mientras que el segundo se ocupa también de la legitimidad de la ley, Marcilla, 2019, p. 162.

2. *Eficacia como éxito. La formulación de Liborio Hierro*

Para Hierro, recordemos, la eficacia como éxito de las normas jurídicas consiste en que sirvan instrumentalmente para alcanzar el estado de cosas que el edictor de la norma se propone. El autor ofrece un esquema de medición de la eficacia como éxito para el que se requiere tener en cuenta cuatro aspectos: 1) el estado de cosas previo a la promulgación de la norma; 2) los propósitos del legislador; 3) la eficacia como cumplimiento o aplicación; y 4) el estado de cosas resultante¹⁶. El primer paso será “seleccionar una descripción adecuada de los propósitos del legislador” para luego, en segundo lugar, “reconstruir el estado de cosas previo a la edición de la norma y el alcanzado mediante el cumplimiento y la aplicación de esta”¹⁷. Por último, la medición del éxito supone descontar los efectos negativos previsibles e imprevisibles generados por la norma al estado de cosas resultante sumado a los efectos colaterales positivos previsibles e imprevisibles. La calificación de los efectos como positivos o negativos dependerá de su confluencia con el propósito pretendido; en tanto que la previsibilidad depende de los esfuerzos realizados y los medios disponibles para predecirlos¹⁸. Esta última cuestión supone redefinir la noción de éxito, pues una norma no tendría éxito si consigue el propósito pretendido (erradicar el consumo de una droga), pero tiene como efecto adicional uno negativo (incrementa el consumo de otra droga)¹⁹.

La propuesta de Hierro es especialmente útil, ya que permite conectar el concepto de eficacia como éxito con el de racionalidad teleológica. Esta conexión lleva a sostener que “una ley es teleológicamente irracional en la medida en que no produzca efectos, produzca efectos negativos o no produzca los efectos deseados o previstos por el legislador –sean o no efectos ‘declarados’–”²⁰. De esta manera, su esquema es un punto de partida para medir *ex post* este tipo de racionalidad o irracionalidad legislativa.

El modelo de Hierro forma parte de una investigación más general respecto de los distintos sentidos de eficacia de las normas. Sin embargo, emplear su esquema de la eficacia como éxito de las normas para evaluar el éxito de las leyes o su racionalidad teleológica, exige considerar la manera en que actúan y pueden actuar las asambleas legislativas. Esta consideración devela dos importantes aspectos en que el modelo de Hierro y la idea de racionalidad teleológica de la actividad legislativa se muestran errados.

Primero, establecer la eficacia como éxito de una ley requiere determinar los medios por los que el legislador pretende alcanzar los propósitos. En este punto la propuesta requiere un desarrollo en dos sentidos. El primero se vincula a la posibilidad de cuestionar si el legislador realmente se vale de normas para el cumplimiento de sus propósitos o si lo hace tan solo de textos normativos. Dicho de otro modo, no es pacífico que el producto de la legislación como actividad sea una norma; más bien, como sostendré, existen

¹⁶ HIERRO, 2003, p. 160.

¹⁷ HIERRO, 2003, p. 168.

¹⁸ HIERRO, 2003, p. 163.

¹⁹ HIERRO, 2003, p. 168.

²⁰ OLIVER-LALANA, 2008, p. 537.

buenas razones para decir que el resultado es un texto normativo. El segundo es que en ocasiones la medición de la eficacia como éxito requerirá la selección de una unidad de análisis y ella no siempre está conformada solo por el texto normativo resultante de la actividad legislativa. Esto se debe a que a menudo la actividad legislativa busca corregir programas, instituciones o políticas públicas ya en funcionamiento.

En segundo lugar, Hierro señala que el análisis de la eficacia como éxito requiere seleccionar una descripción adecuada de los propósitos del legislador. Al respecto, se limita a afirmar la posibilidad de describir los propósitos sopesando los motivos explícitos, antecedentes sociopolíticos, etcétera²¹. Una pregunta previa que requiere de una respuesta es ¿puede una asamblea legislativa tener un propósito? Abordaré esta cuestión en dos pasos. Primero, intentaré esclarecer el concepto de propósitos, pues el ofrecido por Hierro es insuficiente. Este autor define los propósitos del legislador como el fin indirecto u objetivos político-sociales que se perseguían mediante la promulgación de la norma²² y los diferencia tanto de las causas o motivos a los que se atendió al dictar la norma como de la *voluntas legislatoris* o fin directo de la norma. Las causas o motivos de una decisión legislativa no suponen una finalidad y pueden ser, por ejemplo, una catástrofe natural a la que se quiere hacer frente o la adecuación del ordenamiento jurídico a un tratado internacional. El fin directo de la norma es lo que se suele denominar intención del legislador y que las teorías subjetivas sostienen, debe ser una guía para la determinación del sentido y alcance de las disposiciones²³. Creo que algunas distinciones acerca del concepto de intención en general y otras de las intenciones y propósitos disponibles en la literatura respecto de interpretación y argumentación jurídica son útiles para aclarar el punto. Hecho esto, el segundo paso consistirá en examinar si la acción colectiva de la asamblea legislativa permite la existencia de un propósito colectivo en donde establecer la eficacia como éxito.

III. LOS MEDIOS PARA ALCANZAR LOS PROPÓSITOS

1. *¿Eficacia como éxito de las normas o de los textos normativos?*

El trabajo de Hierro busca desentrañar los distintos sentidos de la eficacia de las normas y por ello aplica a estas el concepto de eficacia como éxito. Sin embargo, al preguntarnos bajo qué condiciones es posible sostener que la actividad legislativa ha sido exitosa, es claro que debemos aplicar el concepto de eficacia como éxito al resultado de dicha actividad, es decir, un texto o documento normativo y no un conjunto de normas.

El término “legislación” es ambiguo porque se refiere tanto al proceso como al producto. La legislación-proceso es un conjunto de operaciones realizadas por los miembros

²¹ HIERRO, 2003, p. 161.

²² HIERRO, 2003, p. 161.

²³ HIERRO, 2003, pp. 161-162.

de los órganos legislativos, conducentes a la formación de la legislación-producto, esto es, el texto de una ley que contiene un conjunto de formulaciones normativas²⁴. Esto acarrea complicaciones para el esquema de Hierro. Si las normas, desde un punto de vista teórico, son contenidos de significado de formulaciones normativas y la legislación-producto es un conjunto de formulaciones normativas, entonces la relación entre la legislación-producto y el estado de cosas resultante es más indirecta a la manera en que Hierro la presenta, porque está inevitablemente mediada por la actividad interpretativa. El corolario es que las asambleas legislativas lograrían los propósitos en un sentido bastante débil.

Hay quien podría sostener que pese a que la legislación-producto es un documento normativo, al menos en ciertos casos las leyes son sancionadas con intenciones específicas y en esos casos es relevante para la evaluación poslegislativa la consideración de estas intenciones como parte del medio²⁵. En este punto es necesario avanzar una distinción que luego retomaré. Se suele distinguir como clases de intenciones del legislador, por un lado, aquellas intenciones referidas a un estado de cosas que el legislador intenta alcanzar o evitar, que aquí he venido denominando propósitos, e intenciones referidas a expectativas respecto de la adecuada aplicación de la ley, a las que me referiré como intenciones de aplicación²⁶. Pues bien, si para el análisis de la eficacia como éxito y la racionalidad teleológica legislativa es relevante el estado de cosas que se quiso alcanzar o evitar, ¿no es también relevante la intención de aplicación? Es decir, si es relevante lo que el legislador quiso lograr ¿por qué no es también relevante para el análisis la manera en que se quiso lograr?

El concepto de la legislación-producto como texto normativo y la irrelevancia de las intenciones legislativas de aplicación se justifican por las características y sobre todo por las restricciones de la legislación-proceso. Los procedimientos parlamentarios en el mundo suelen compartir ciertas características porque, como ha señalado Waldron, responden a un mismo problema: cuando se requiere tomar un curso de acción común, resultado de una deliberación, en circunstancias de diversidad y desacuerdo entre quienes actúan, se percibe la necesidad de formalizar el debate, la aprobación y el producto de una asamblea legislativa²⁷. Por ello, las asambleas legislativas pueden ser entendidas como arreglos institucionales para sortear las diferencias y adoptar una solución común.

Para permitir la acción conjunta bajo este contexto, la legislación-proceso se articula en un nivel alto de formalismo en que los textos se constituyen como elemento ordenador del debate legislativo y punto focal de la deliberación, enmiendas y posterior votación²⁸ (tesis del formalismo del procedimiento). La determinación textual respecto de aquello que se discute es relevante pues evita la existencia de propuestas simultáneas en discusión y limita los malos entendidos y entendimientos tácitos de algunos miembros. Esta

²⁴ CHIASSONI, 2019, p. 258.

²⁵ Por ejemplo, véase MARMOR, 2001, p. 218-219.

²⁶ MARMOR, 2001, p. 213.

²⁷ WALDRON, 2005, p. 94.

²⁸ WALDRON, 2005, pp. 92-95.

centralidad del texto en la legislación-proceso se transmite a la legislación-producto, pues lo que cuenta como acto del parlamento es la fórmula lingüística específica aprobada por la que se manifestaron individualmente los miembros de la asamblea legislativa por medio de su voto (tesis de la canonicidad del texto)²⁹. El único objeto de volición es el texto de la ley y es esto lo que cuenta como resultado de la legislación-proceso³⁰. Puede afirmarse que la legislación-actividad produce normas tan solo puntualizando que produce un texto más un conjunto de interpretaciones viables en virtud de las reglas interpretativas aceptadas en la cultura legal³¹.

Ekins ha ofrecido una lectura alternativa de la legislación-proceso y de las reglas que formalizan el procedimiento de producción de la ley para justificar un concepto distinto de legislación-producto. Para este autor, la existencia de reglas procesales no prueba la superfluidad de la intención legislativa, por el contrario, se entienden mejor como restricciones formales a la manera en que la intención legislativa debe ser expresada³². Ekins pone de relieve dos rasgos de los procedimientos legislativos. El primero es la existencia de una jerarquía interna en buena parte de las asambleas en donde existe una desigualdad entre los miembros. Esta desigualdad se refleja, entre otros elementos, en que algunos miembros tienen cargos con poderes para determinar la agenda legislativa y existe un acceso desigual al tiempo en sesiones plenarias³³. El segundo es que las reglas formales de los procedimientos legislativos no limitan la racionalidad de la asamblea sino que la permiten. Tomando como ejemplo el caso de la Cámara de los Comunes, Ekins muestra que los procedimientos legislativos se sustentan en la premisa de que los legisladores deben considerar los proyectos de ley como esquemas razonados, esto es, como medidas para abordar ciertos objetivos por razones específicas³⁴. Además, las etapas del procedimiento se articulan para permitir cambios consistentes con el desarrollo del esquema y propósito del proyecto y no con su transformación radical o su desmantelamiento³⁵. De estos rasgos se desprende que los procedimientos legislativos se estructuran para posibilitar que se desarrolle y los legisladores decidan respecto de

²⁹ WALDRON, 2005, pp. 95-100. Además, WALDRON, 2005, pp. 100-101, relaciona la tesis del formalismo del procedimiento y la tesis de la canonicidad del texto con la tesis del formalismo textual, esto es, la idea de que la legislación-producto se conecta con la institución del lenguaje natural en el sentido de que a la fórmula lingüística autoritativa que es resultado de la legislación-proceso la acompaña también el significado convencionalmente atribuido por el lenguaje natural. Pese a que para Waldron el derecho se conecte con la determinación interpersonal proveída por el lenguaje natural, esta tesis es una teoría normativa del significado. Un indicio es que está sospechosamente en sintonía con la ideología racionalista de la Ilustración acerca de cómo la legislación debería actuar y ser concebida (CHIASSONI, 2019, p. 262), pero además, parece indudable que esta tesis falla en describir la práctica de los intérpretes jurídicos, quienes se sirven de una gran cantidad de instrumentos conceptuales y argumentativos para elegir entre un conjunto de significados posibles (GUASTINI, 2012, pp. 47-49).

³⁰ CHIASSONI, 2019, pp. 260-261.

³¹ CHIASSONI, 2019, pp. 111, 262-263.

³² EKINS, 2012, p. 8.

³³ EKINS, 2012, pp. 165-169.

³⁴ EKINS, 2012, p. 228.

³⁵ EKINS, 2012, p. 228.

una propuesta detallada, coherente y razonada para modificar el derecho en un específico sentido y por determinadas razones. Esta propuesta, Ekins señala, es la intención legislativa en actos particulares del legislador³⁶.

La teoría de Ekins se afirma en varios pilares cuya consideración total rebasa los límites de este trabajo. Intentaré ahorrarme esa tarea mostrando que la descripción que este autor realiza de la legislación-proceso y la función que atribuye a las reglas del procedimiento es dependiente de una teoría normativa de la legislación y que, considerada de forma aislada, la descripción es compatible tanto con el concepto de legislación-producto entendido como documento normativo como con las tesis de la formalidad del procedimiento y de la canonicidad textual.

La normatividad de esta teoría es apreciable en dos aspectos. Por un lado, el trabajo de Ekins pretende comprender la naturaleza de la legislación identificando su caso central, es decir, mediante la comprensión de la forma que la legislación tendría si es elegida y mantenida por una persona con razonamiento práctico³⁷. Por otro, Ekins sostiene que para explicar la naturaleza de la legislación es necesario entender su capacidad, comprensión que resulta del entendimiento de sus actos, los que a su vez se entienden si se entiende su objetivo³⁸. Para Ekins, el objetivo de la legislación es promover el bien común en la comunidad y para esto debe tener la capacidad de modificar el derecho deliberadamente³⁹. De ahí que el acto de legislar sea un acto no de comunicación sino de decisión respecto de una modificación específica del derecho por específicas razones y que la legislación-producto sea un conjunto de normas de las que el texto de la ley es solo una formulación⁴⁰. Para Ekins, la manera en que la propuesta por la que se decide esté formulada, pese al carácter canónico de las palabras, es secundaria porque lo que debe buscar el legislador es cambiar el derecho; esto entraña cambiar el conjunto de normas que lo constituyen y ello no se asegura cambiando las formulaciones⁴¹.

Si dejamos de lado las asunciones metaéticas y éticas de Ekins (la metodología de los casos centrales y el rol del bien común) que determinan su concepto de legislación-producto, la descripción de las reglas del procedimiento legislativo que este autor realiza es compatible con las tesis de la formalidad del procedimiento y con la tesis de la canonicidad textual. Ekins resalta los aspectos de la legislación-proceso señalados para mostrar que las asambleas son capaces del razonamiento que legislar exige. Este razonamiento demanda, entre otras cuestiones, identificar cómo coordinar a la comunidad para realizar un estado de cosas particular valioso que es parte del bien común⁴². Este razonamiento se plasma en una propuesta para modificar el derecho en un sentido específico sobre la que se decide. Ekins muestra la legislación-proceso a la luz de estas

³⁶ EKINS, 2012, pp. 230-231.

³⁷ EKINS, 2012, p. 118.

³⁸ EKINS, 2012, p. 118.

³⁹ EKINS, 2012, p. 121.

⁴⁰ EKINS, 2012, pp. 136, 230.

⁴¹ EKINS, 2012, pp. 125-126.

⁴² EKINS, 2012, pp. 128-129.

consideraciones y por ello enfatiza que la discusión de proyectos de ley se circunscribe a un problema y a la necesidad para adoptar o no una propuesta.

Sin embargo, por un lado, la descripción de Ekins no niega que la propuesta con que se inicia el procedimiento, sobre la que se debate y respecto de la que se proponen enmiendas, sea un texto bajo una formulación lingüística específica. El rol secundario al que Ekins relega los textos se sostiene en la aludida capacidad que debe tener el legislador para cambiar el derecho según el concreto esquema de coordinación que en su razonamiento lleva al estado de cosas que es parte del bien común. Por otro lado, al explicar cómo las reglas del procedimiento permiten la racionalidad y no la impiden, Ekins no hace más que destacar mecanismos incluidos en el procedimiento de formación de la ley que facilitan la tarea de la asamblea legislativa, en el sentido que sería infructuoso que todos los parlamentarios se dedicasen a discutir y decidir detalladamente acerca de cada una de las cláusulas de todos los proyectos de ley o que en la discusión de un proyecto sea admisible una enmienda que diste radicalmente de su objetivo. Estos mecanismos, en efecto, tienden a la coherencia de los proyectos de ley y muestran un aspecto de la racionalidad de la legislación-proceso, pero no cambian el hecho que aquello de lo que se discute y se decide sea un texto.

2. *Instrumentalismo y la selección de la unidad de análisis*

Es posible identificar una forma de pensar la relación entre cambio social y derecho que Summers denomina instrumentalismo ingenuo. Este tipo de pensamiento se puede resumir de la siguiente manera: las leyes sirven a objetivos sociales que se logran mediante un cambio en el comportamiento de las personas, por medio del establecimiento de conductas y sanciones que una autoridad se encarga de imponer en caso de incumplimiento⁴³. Summers identifica como parte de este pensamiento la creencia que una ley sirve a un propósito. Sin embargo, sostiene, “la eficacia [como éxito] del derecho casi nunca es atribuible a una sola ley”⁴⁴.

Esta crítica pone de relieve que, en ocasiones, una adecuada descripción de los medios supone reconstruir una unidad de análisis que excede a la ley cuya evaluación se realiza y que toma en cuenta el contexto normativo en que esta se inserta. A menudo la complejidad social exige que los cambios se pretendan alcanzar mediante conjuntos de leyes que conforman, por ejemplo, una institución y que apuntan a un mismo propósito; o bien dicha complejidad exige que programas, instituciones, sistemas, entre otros, ya en funcionamiento se corrijan o reorienten mediante la aprobación de nuevas leyes. De ahí que sea ingenuo creer que cada ley es un medio para el logro de un propósito o que cada ley es por sí sola una herramienta para el logro de un objetivo social.

⁴³ SUMMERS, 1977, p. 119.

⁴⁴ SUMMERS, 1977, p. 127.

El error de limitar el análisis a la ley cuya racionalidad teleológica se analiza también puede explicarse, tomando el esquema de racionalidad multinivel de Atienza, como una omisión de la relación entre la racionalidad teleológica y la racionalidad jurídico-formal. Recordemos que en este último sentido “una ley es irracional si y en la medida en que la misma contribuya a erosionar la estructura del ordenamiento jurídico”⁴⁵. Así pues, ambas racionalidades interactúan, primero, porque casi de seguro habría un obstáculo a la racionalidad teleológica de una ley si es incoherente con el resto del sistema o genera antinomias; y, segundo, porque la ley que se dicta puede ser solo un medio entre otros para el logro del propósito, ser solo una parte del medio o la modificación a un medio ya existente.

El problema que surge al advertir que en ocasiones es necesario formar una unidad de análisis que excede a la ley es que se requieren criterios para hacerlo. Sin ellos, esta idea puede llevar a implicaciones absurdas. Es difícil ofrecer criterios generales, sin embargo, formar esta unidad de análisis supone al menos establecer la relación medio-fin entre la ley que se analiza y un propósito, evaluar la existencia de otras leyes que busquen alcanzar el mismo propósito y, de existir, si hay una relación de dependencia entre dichas leyes.

IV. ¿PUEDE UNA ASAMBLEA LEGISLATIVA TENER UN PROPÓSITO?

1. *Concepto de propósitos*

Hierro define los propósitos como el fin directo u objetivo político-social que el legislador persigue mediante la promulgación de la norma. Además, precisa este concepto distinguiéndolo de las intenciones según suele ser utilizado por las teorías intencionalistas de la interpretación y los motivos. El concepto de propósitos que nos proporciona es un tanto difuso. En este apartado intentaré precisarlo para luego examinar su relación con la acción colectiva de la asamblea legislativa.

Como punto de partida recurriré a Anscombe, quien distingue tres usos del término intención: (1) la intención de actuar, esto es, una expresión de intención para el futuro (por ejemplo, “iré a comprar verduras”); (2) acción intencional, vale decir, la intención implícita en una acción (por ejemplo, en el hecho de mi compra de verduras); y (3) la intención en el actuar o intención con la que, esto es, aquella que cobra relevancia cuando nos cuestionamos con qué intención se ha hecho algo (por ejemplo, “salí de casa para comprar verduras”)⁴⁶.

Para Anscombe una acción es intencional si la pregunta “¿por qué?” en un sentido racional (*reason-giving sense*) es pertinente respecto de la acción, es decir, si la respuesta

⁴⁵ ATIENZA, 1997, p. 33.

⁴⁶ ANSCOMBE, 1963, p. 1.

a dicha pregunta es una razón para la acción⁴⁷. Así, la acción de golpear la mesa es intencional si la pregunta “¿por qué golpeaste la mesa?” es pertinente. Ahora bien, el tercer uso que distingue Anscombe, las intenciones en el actuar, es el sentido que utilizamos al responder dicha pregunta y decir “la intención con la cual golpeé la mesa fue matar una mosca”. De este modo, las intenciones en el actuar proveen una suerte de justificación a la acción.

Esta idea es importante para comprender la idea de propósitos tras la promulgación de un texto normativo, ya que son una respuesta a la pregunta “¿por qué?” en el sentido de dar razones para la acción del legislador. Ahora, no solo los propósitos son intenciones en el actuar, sino también las intenciones de aplicación. La diferencia entre propósitos e intenciones de aplicación radica en que mientras los primeros son intenciones en el actuar relativas a objetivos sociales deseados, las segundas son intenciones en el actuar relativas al sentido de las disposiciones contenidas en la ley. En el caso de los propósitos se alude al *telos* tras la promulgación del texto normativo. Los propósitos son aquello que los legisladores esperan que cambie en el mundo debido a la aprobación de la ley⁴⁸. En cambio, la intención de aplicación es el sentido que el autor de un texto quiso transmitir, el mensaje que pretendió comunicar mediante las palabras elegidas⁴⁹. Ambas son formas de justificar por qué un agente ha realizado una acción, en este caso porque la asamblea legislativa ha dictado un documento normativo.

Otra precisión es necesaria. Es frecuente en las tipologías de cánones interpretativos distinguir entre propósitos subjetivos (también reales, psicológicos, genéticos o ideas normativas del legislador histórico) y propósitos objetivos (también hipotéticos, teleológico-objetivos o razones sustantivas). En ambos casos el concepto se refiere a ciertos valores, fines, objetivos, intereses, políticas o funciones que con el texto normativo se buscaron conseguir. La diferencia está en que en el caso de los propósitos subjetivos se trata de un intento real, existente al tiempo en que se creó el texto, mientras que en los propósitos objetivos se trata de una finalidad hipotética en el sentido de que es aquella que hubiese tenido un autor razonable⁵⁰.

Para el análisis de la eficacia como éxito de una ley adquieren relevancia los propósitos subjetivos⁵¹. Si la finalidad de este esquema conceptual es evaluar la racionalidad teleológica de las acciones del Parlamento, devienen irrelevantes los propósitos objetivos en la medida en que son entidades que no dependen de las acciones de los miembros del Parlamento sino que “son fines caracterizados normativamente”⁵², vale decir, son

⁴⁷ ANSCOMBE, 1963, p. 9.

⁴⁸ WRIGHT, 2006, p. 992

⁴⁹ WRIGHT, 2006, p. 991

⁵⁰ Sigo aquí la conceptualización y las etiquetas de BARAK, 2005, pp. 120-126, 148-157. No obstante, la distinción se formula también en: LARENZ, 1980, p. 325 y ss; ALEXY, 2007, p. 326 y ss.; MACCORMICK y SUMMERS, 1991, pp. 514-515; TARELLO, 2013, pp. 327 y ss.

⁵¹ En adelante hablaré de propósitos e intenciones aludiendo a propósitos subjetivos e intenciones de aplicación respectivamente.

⁵² ALEXY, 2007, p. 333.

aquellos que de acuerdo con el intérprete (en este caso, quien realice la evaluación) el legislador debería perseguir⁵³.

2. *¿Propósitos del legislador o propósitos en la legislación?*

Una intuición frecuente es que la legislación tiene un propósito. Se legisla día a día para garantizar derechos, corregir situaciones injustas, etcétera. Es más, como Ekins sostiene, pareciera que solo en una pequeña parte de la legislación-proceso se discuten las palabras que componen los textos normativos. Buena parte de la actividad parlamentaria se dirige a discutir si es valioso el propósito que se quiere alcanzar, si es eso necesario o plausible. Aun así, no es posible atribuir los propósitos a la asamblea legislativa que elabora la ley. La razón es la misma por la que negué que las intenciones de aplicación formaran parte de los medios para alcanzar los propósitos: las características de la legislación-proceso imponen límites a la profundidad intencional que impiden que el agente colectivo (la asamblea) tenga una intención en el actuar. Para explicar este punto, mostraré cómo incluso desde una teoría de la acción colectiva minimalista como la de Kutz, si bien es posible describir el acto del Parlamento como una acción colectiva y la promulgación de un texto normativo como intencional (en el sentido de acción intencional), no es posible atribuir propósitos (una intención en el actuar) al Parlamento en tanto agente colectivo.

Es admisible notar que esta tarea conlleva complicaciones. La mayor parte de las teorías de la acción colectiva⁵⁴ se han elaborado a partir de casos en que existe cierta intimidad entre los participantes y una cooperación recíproca en la actividad⁵⁵. La legislación se encuentra bastante lejos de estos casos. Primero, quien legisla es un grupo institucionalizado. Estos grupos se caracterizan porque los criterios de identidad de sus miembros no se limitan a la existencia de una intención compartida por estos, como ocurre por ejemplo con un grupo de amigos que decide preparar la cena juntos, sino que existen criterios adicionales⁵⁶. En el caso de los parlamentarios, estos requisitos adicionales consisten en ser electos conforme a las reglas válidas. En segundo lugar, entre los miembros del Parlamento no existe una cooperación recíproca como en el caso del grupo de amigos que se reúne a preparar la cena. Al interior de los Parlamentos existen grupos con intereses diversos y suelen no cooperar sino competir por hacer valer sus intereses e ideas. En consecuencia, las teorías de la acción colectiva que exigen como condiciones

⁵³ Esto no obsta a que los propósitos objetivos puedan ser relevantes para una evaluación legislativa de otro tipo.

⁵⁴ Estas son las teorías de SEARLE, 1992, pp. 401-415; GILBERT, 1989, pp. 146-203; BRATMAN, 1999, pp. 93-161; y TUOMELA y MILLER, 1988, pp. 367-389.

⁵⁵ KUTZ, 2000, p. 2. Existen otros intentos por dar cuenta de la legislación como una acción colectiva. Ekins (2012) lo hace a partir de los modelos de intención colectiva de Searle y Bratman. Abby Wright (2006) utiliza la concepción de la acción colectiva de Tuomela.

⁵⁶ KUTZ, 2000, p. 28. El autor distingue estos grupos de los grupos efímeros, en que la identidad del grupo consiste en el hecho de que un grupo de personas actúa con una intención compartida.

de suficiencia elementos tales como actitudes recíprocas de cooperación por parte de los miembros del grupo no permiten ilustrar la legislación como acción colectiva.

Kutz plantea una teoría minimalista de la acción colectiva que puede capturar el caso de la legislación pese a estas dificultades. El objetivo de este autor es elaborar una concepción general de la acción colectiva que permita dar cuenta de la cooperación entre agentes casi sin relación alguna, como ocurre en el caso de maniobras militares o en la producción industrial⁵⁷. La ventaja de esta estrategia minimalista es que identifica las condiciones necesarias para la existencia de todo tipo de acción colectiva intencional⁵⁸. Esto permite, en alguna medida, superar las dificultades señaladas para dar cuenta de la acción colectiva de las asambleas legislativas.

Para Kutz hay una acción colectiva intencional si los miembros de un grupo actúan con intenciones participativas superpuestas. El elemento central en la teoría minimalista –e irreducible en toda acción colectiva– son las intenciones participativas. Estas consisten en un compromiso por parte de los miembros del grupo de realizar su parte en la labor colectiva, para de esta manera llevar a cabo la actividad colectiva o producir el resultado deseado⁵⁹. Las intenciones participativas, entonces, se componen de dos elementos: un rol individual y un fin colectivo⁶⁰. El primero es el acto individual que debe realizar el miembro del grupo para alcanzar el fin colectivo. El segundo, es el objeto de una descripción constituida por diferentes actos individuales o que es consecuencia de estos mismos; de modo que puede ser un estado de cosas, una actividad e incluso un grupo social con una cultura interna, como una universidad.

Además, las intenciones participativas deben superponerse. Esto quiere decir que el componente colectivo de la intención participativa de los miembros debe referirse a la misma actividad o resultado y además debe existir una intersección no vacía entre los estados de cosas que satisfacen dicho fin colectivo⁶¹. Es más bien rara la existencia de una superposición total en las intenciones participativas y lo normal que exista un mayor o menor grado de superposición.

Atribuir los propósitos a la asamblea legislativa conlleva sostener que esta tiene una intención en el actuar colectiva. Para Kutz las intenciones colectivas corresponden a la región en que se superponen las intenciones participativas individuales, de modo que para atribuir a un grupo una intención colectiva deben reunirse tres condiciones: (1) los miembros del grupo deben pertenecer intencionalmente a él; (2) debe existir una regla explícita o implícita por la que la intención colectiva es asignada al grupo; (3) las intenciones participativas individuales deben superponerse de manera suficiente para cumplir con la regla de decisión grupal⁶².

⁵⁷ KUTZ, 2000, p. 1-3

⁵⁸ KUTZ, 2000a, pp. 89-96.

⁵⁹ KUTZ, 2000, p. 6.

⁶⁰ KUTZ, 2000, p. 10.

⁶¹ KUTZ, 2000, p. 20.

⁶² KUTZ, 2000a, p. 108.

Veamos entonces, de qué manera puede aplicarse este modelo a la actividad legislativa y si es posible atribuir al Parlamento en tanto agente colectivo los propósitos. El rol individual de los miembros de la asamblea es ostensible. Deben votar a favor o en contra de un proyecto de ley, introducir modificaciones a dicho proyecto y deliberar en torno a él. El componente colectivo de la intención participativa es decidir acerca de la promulgación del texto del proyecto de ley en discusión conforme con las reglas democráticas.

Hay dos razones para entender las intenciones participativas de los miembros del Parlamento de esta manera. Primero, para que se produzca una superposición de las intenciones participativas el modelo exige que el componente colectivo se refiera a la misma actividad o resultado. El problema para definir cuál es este objetivo compartido es que entre los miembros de las asambleas legislativas no existe una cooperación recíproca, por lo que se asimila más a la acción colectiva de grupos en contextos de competencia. Por ejemplo, en el ajedrez debido a que cada jugador tiene la intención de vencer al otro, al finalizar el juego no pueden satisfacerse las intenciones de ambos jugadores. Sin embargo, a un mayor nivel de abstracción sí existe un objetivo que ambos jugadores comparten: pretenden que se desarrolle un juego ordenado y conforme con las reglas⁶³. De manera análoga, en la legislación existen grupos de parlamentarios con intereses contrapuestos y el producto de la legislación-proceso no puede satisfacer a todos. El fin colectivo debe situarse en un nivel alto de abstracción para permitir que todos los miembros entiendan su rol individual como un medio para su realización. El fin colectivo es decidir respecto de la promulgación del texto del proyecto de ley en discusión conforme con las reglas democráticas porque mientras no todos tienen propósitos o intenciones, todos los miembros al menos actúan para producir un texto.

Una segunda razón es que en un contexto de diversidad y conflicto, para propiciar la acción común de las asambleas legislativas, se formalizan la legislación-proceso y su producto. Se produce una doble determinación normativa. Por un lado, hay reglas que focalizan la legislación-proceso en un texto y así limitan cuál puede ser el producto de la actividad legislativa. Por otro, hay reglas que regulan qué actos de los miembros cuentan como actos del grupo. Así, el rol individual es indirectamente determinado por estas reglas porque establecen el marco de acciones necesarias y suficientes para producir un texto normativo o rechazar su promulgación. Además, el fin colectivo (que es el objeto de una descripción que es consecuencia de actos individuales de los miembros del grupo) es indirectamente determinado por estas reglas porque al limitar el producto de la actividad y los actos que cuentan como actos del grupo, limitan también cuáles son los estados de cosas con que los miembros del grupo pueden, en definitiva, entender satisfecho el fin colectivo.

Esta última razón explica por qué el esquema parece no capturar adecuadamente lo que los parlamentarios creen estar haciendo. Es cierto que es poco probable que un parlamentario entienda estar produciendo solo un texto. Entonces, ¿por qué son irrelevantes sus intenciones y propósitos para la definición del rol individual? Primero, la

⁶³ KURTZ, 2000, p. 5.

acción colectiva no es una adición sino una superposición de intenciones participativas. No todas las acciones e intenciones individuales son relevantes para explicar la acción colectiva sino solo las que permiten alcanzar el fin colectivo. Segundo, los parlamentarios podrían no tener intenciones y propósitos y aun así se cumpliría con el fin colectivo de la asamblea legislativa⁶⁴. No juegan ningún papel en relación con el logro del fin colectivo porque no son ni necesarias ni suficientes.

Corresponde ahora preguntarse si la acción de la asamblea legislativa cumple con las condiciones de atribución de una intención colectiva antes enunciadas. Ciertamente se cumple la condición (1) al ser un grupo institucionalizado. Los miembros de la asamblea legislativa pertenecen a ella de manera voluntaria y ven su labor individual como una contribución al fin colectivo. La condición (2) debe entenderse cumplida por la existencia de la regla de la mayoría⁶⁵. Esta regla es un método para combinar intenciones individuales (de producir colectivamente un texto normativo) en una intención colectiva, ya que permite identificar el plan de acción en que los individuos convergen⁶⁶. Para esto, establece la medida necesaria de superposición de las intenciones participativas individuales. Por último, la condición (3) exige en el caso de la actividad legislativa que la superposición necesaria sea de la mayoría de las intenciones participativas. Para que esto ocurra es necesario que los miembros entiendan que su rol individual se dirige al menos al logro del fin colectivo –esto es, decidir acerca de la promulgación del proyecto de ley– y que los estados de cosas –básicamente, aprobar o rechazar el proyecto– que satisfacen dicho fin colectivo se superpongan en al menos la mayoría de los miembros. Así, será la intención de la asamblea legislativa aprobar un proyecto de ley si la mayoría de los miembros entienden satisfecho el fin colectivo de decidir respecto del texto del proyecto por el estado de cosas que consiste en su aprobación.

⁶⁴ Este es el punto que Waldron intenta sostener al describir la legislación con base en la imagen de la máquina de Wollheim. Véase, WALDRON, 2005, pp. 143 y ss.

⁶⁵ Agradezco a el o la evaluador/a quien me señaló que la regla de la mayoría y las reglas formales del procedimiento no están hechas para atribuir intenciones colectivas sino para identificar leyes válidas. Esto es parcialmente cierto. Estas reglas establecen bajo qué condiciones el grupo actúa válidamente. Luego, para identificar leyes válidas miramos los actos válidos del grupo. De la misma forma, para identificar intenciones colectivas usamos estas reglas porque determinan cuándo el grupo actúa y cuál es su producto.

Además, el revisor o la revisora me ha sugerido que una manera de aprehender mejor el rol individual de los parlamentarios es plantear la existencia de una regla implícita que asigne al grupo la intención de obtener un cierto resultado social mediante el texto normativo aprobado. Primero, vale recalcar que no captar cómo los parlamentarios entienden su propia actividad solo es un problema si entendemos que la acción colectiva es la mera suma de intenciones participativas y no su superposición. Segundo, esta sugerencia supone redefinir el fin colectivo como decidir acerca de la promulgación de un texto normativo para alcanzar un determinado propósito. Así, mientras la regla de la mayoría definiría la superposición necesaria de las intenciones participativas respecto de la aprobación de un texto normativo, la regla implícita definiría la superposición respecto del propósito. Ahora, parece improbable que la mayoría del grupo comparta una misma visión respecto del propósito, por lo que la regla implícita debería establecer una medida de superposición menor a la mayoría. La existencia paralela de estas dos reglas y la distinta medida de superposición que establecen, demuestra que en realidad esta regla implícita solo serviría para definir una acción distinta (intentar con el texto normativo alcanzar un propósito) de un grupo distinto (un subgrupo dentro de la asamblea colectiva).

⁶⁶ KURTZ, 2000a, p. 109.

Este esquema muestra que si bien las asambleas legislativas son capaces de actuar colectivamente, solo son capaces de tener intenciones de acciones intencionales de Anscombe. La promulgación de un texto normativo es una acción colectivamente intencional. No obstante, las características de las asambleas legislativas limitan su profundidad intencional. La diversidad entre los miembros de la asamblea, la conflictividad de la actividad legislativa y las reglas formales del procedimiento, circunscriben el rol individual y el componente colectivo de las intenciones participativas individuales e imposibilitan la atribución de una intención en el actuar (propósitos e intenciones) a la asamblea en tanto agente colectivo.

Para medir la eficacia como éxito, entonces, no hay otra alternativa que conformarse con algún propósito presente en la legislación-proceso y no el propósito de la legislación-resultado. Como he señalado, es ostensible que en la legislación-proceso algunos miembros de la asamblea legislativa ofrecen argumentos respecto de aquello que se quiere lograr con la ley; esto, en conjunto con los trabajos preparatorios y eventuales exposiciones de motivos⁶⁷ puede permitir elaborar una buena explicación teleológica del propósito (o uno de los propósitos) que el autor del proyecto o el grupo que impulsó la ley quiso conseguir. No obstante, por la razones señaladas, este propósito no puede ser atribuido a la asamblea en tanto agente colectivo.

V. CONCLUSIONES

La comprensión de la legislación que he presentado tensiona la idea de que el derecho es un medio para el logro de los fines sociales de los edictores de las leyes. Primero, porque la legislación-producto no es más que un texto normativo y antes de lograr cualquier objetivo social o propósito, requiere de una actividad interpretativa respecto del que el legislador tiene poco control. Segundo, porque al sancionar un texto la asamblea legislativa (como agente colectivo) solo lleva a cabo una acción intencional y no es capaz de tener una intención en el actuar.

Esta cuestión impacta en el concepto de eficacia como éxito de las leyes porque el éxito no depende estrictamente de la actividad legislativa. Así, un mejor concepto de eficacia como éxito de las leyes parece ser el siguiente: una ley L (que constituye en sí misma una unidad de análisis o forma parte de una unidad de análisis) es eficaz como éxito como la medida en que, mediante el cumplimiento o aplicación de una norma N (o un conjunto de normas), que forma parte del marco normativo de una disposición D (o de un conjunto de disposiciones), que pertenece a la ley L (o al conjunto de leyes

⁶⁷ Las motivaciones formales de las leyes no son, por regla general, resultado de la acción colectiva de las asambleas legislativas en tanto no se suelen tramitar como un artículo y suelen ser un requisito de iniciativas legislativas que no se refleja en la legislación-producto. Hay excepciones importantes como el caso de España. Un análisis del rol de las motivaciones explícitas en estos casos excepcionales requiere consideraciones tales como su generalidad o especificidad, qué pasa si la motivación parece deshonestas, etcétera. Por ello su análisis excede a este trabajo.

que forman parte de la unidad de análisis), consiga el propósito P, que corresponde a la mejor explicación teleológica, a partir de la historia de la ley y trabajos preparatorios, de ciertas intenciones en el actuar de algunos miembros de la asamblea legislativa.

La racionalidad teleológica legislativa es una idea que debe ser reexaminada, pues parece verse implicada de un modo distinto en la legislación-proceso y en la legislación-resultado. En la actividad legislativa la racionalidad legislativa depende de qué se discorra en torno a uno o más propósitos pretendidos. En cambio, en la legislación-resultado la idea de racionalidad teleológica pierde sentido, ya que la asamblea legislativa no ejerce un control voluntario específico sobre el derecho (pues entre la ley como producto y los resultados sociales se interpone la actividad interpretativa) y en tanto agente colectivo no tiene un propósito. Ahora, si se quiere conservarla, solo puede ser atribuida en un sentido bastante débil, con matices análogos a los ya señalados respecto de la eficacia como éxito.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXY, Robert, 2007: *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Lima, Palestra Editores.
- ANSCOMBE, Elizabeth, 1963: *Intention*, Cambridge (Massachusetts) y Londres, Harvard University Press.
- ATIENZA, Manuel, 1997: *Contribución para una teoría de la legislación*, Madrid, Editorial Civitas.
- ATIENZA, Manuel, 2013: *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Editorial Trotta.
- ATIENZA, Manuel, 2019: "Legislation and Argumentation: Toward a Model for the Analysis of Legislative Reasoning", en A. Daniel Oliver-Lalana (editor), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, pp. 175-206.
- BARAK, Aharon, 2005: *Purposive interpretation in law* (trad. Sari Bashi), Princeton y Oxford, Princeton University Press.
- BRATMAN, Michael, 1999: *Faces of intention. Selected essays on intention and agency*, Cambridge, Cambridge University Press.
- CALSAMIGLIA, Albert, 1993: "¿Debe ser la moral el único criterio para legislar?", *Doxa*, N° 13.
- CHIASSONI, Pierluigi, 2019: *Interpretation without Truth. A Realistic Enquiry*, Springer.
- DELGADO, Jesús, 2006: "Notas sobre la eficacia social de distintos tipos de normas civiles", *Doxa*, N° 29.
- DÍEZ-RIPOLLÉS, José Luis, 2019: "Rationality in Criminal Law Making. Rational Decision Making in a Complex Socio-Legislative Process", en A. Daniel Oliver-Lalana (editor), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, pp. 51-80.
- EKINS, Richard, 2012: *The nature of legislative intent*, Oxford, Oxford University Press.
- FERNÁNDEZ, Carolina, 2019: "Normas sociales y problemas de eficacia y efectividad de las normas jurídicas", *Doxa*, N° 42.
- GARCÍA AMADO, Juan, 2000: "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades: revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, volumen 9.
- GILBERT, Margaret, 1989: *On social facts*, Londres, Routledge.
- GUASTINI, Riccardo, 2012: "El escepticismo ante las reglas replanteado", *Discusiones*, N° 11.
- HIERRO, Liborio, 2003: *La eficacia de las normas jurídicas*, Barcelona, Ariel.
- JEAMMAUD, Antoine, 1984: "En torno al problema de la efectividad del derecho", en *Crítica jurídica*, N° 1.

- KUTZ, Christopher, 2000: "Acting Together", *Philosophy and Phenomenological Research*, volumen LXI, N° 1.
- KUTZ, Christopher, 2000a: *Complicity. Ethics and law for a collective age*, Cambridge, Cambridge University Press.
- LARENZ, Karl, 1980: *Metodología de la ciencia del derecho* (trad. Marcelino Rodríguez), Barcelona, Ariel.
- MACCORMICK, Neil y SUMMERS, Robert, 1991: "Interpretation and justification", en MacCormick, Neil y Summers, Robert (editores), *Interpreting Statutes. A Comparative Study*, Londres y Nueva York, Routledge.
- MARCILLA, Gema, 2005: *Racionalidad legislativa. Crisis de la ley y nueva ciencia de la legislación*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- MARCILLA, Gema, 2019: "Proportionality in Lawmaking", en A. Daniel Oliver-Lalana (editor), *Conceptions and Misconceptions of Legislation*, Springer, pp. 153-173.
- MARMOR, Andrei, 2001: *Interpretación y teoría del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- NAVARRO, Pablo, 1990: *La eficacia del derecho: una investigación sobre la existencia y el funcionamiento de los sistemas jurídicos*, Madrid, Centro de Estudio Constitucionales.
- OLIVER-LALANA, Daniel, 2008: "Los argumentos de eficacia en el discurso parlamentario", *Doxa*, N° 31.
- SEARLE, John, 1992: "Collective intentions and actions", en Cohen, P., Morgan, J. y Pollack, M. (editores), *Intentions in Communication*, Cambridge (Massachusetts) y Londres, The MIT Press, pp. 401-415.
- SUMMERS, Robert, 1977: "Naïve instrumentalism and the law", en Hacker, P.M.S., y Raz, J. (editores), *Law, Morality and Society. Essays in honour of H.L.A. Hart*, Oxford, Clarendon Press, pp. 119-131.
- TARELLO, Giovanni, 2013: *La interpretación de la Ley* (trad. Diego Dei Vecchi), Lima, Palestra Editores.
- TUOMELA, Raimo y MILLER, Karlo, 1988: "We intentions", *Philosophical studies: An international Journal for Philosophy in the Analytic Tradition*, vol. 53, N° 3.
- WALDRON, Jeremy, 2005: *Derecho y desacuerdos*, Madrid, Barcelona, Marcial Pons.
- WINTGENS, Luc, 2002: "Legislation as an Object of Study of Legal Theory: Legisprudence", en Luc Wintgens (editor), *Legisprudence: a New Theoretical Approach to Legislation*, Oxford y Portland Oregon, Hart Publishing, pp. 9-39
- WRIGHT, Abby, 2006: "For all intents and purposes: What collective intention tells us about Congress and Statutory Interpretation", *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 154, N° 4.
- ZAPATERO, Virgilio, 1994: "De la jurisprudencia a la legislación", *Doxa*, N° 15-16.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100029>

Sobre la relación regla/excepción. Una aproximación inferencial

*Federico León Szczaranski Vargas**

RESUMEN

El artículo ofrece una reconstrucción de la relación regla/excepción en consideración a las relaciones inferenciales materiales entre ambas. Para ello y siguiendo a Luis Duarte D'Almeida, primero se examinarán tres aproximaciones a esta relación y se identificarán dos constricciones que sirven como estándares de corrección a los que ellas se han de adecuar. Luego y recurriendo a la semántica inferencial de Robert Brandom, se propondrá una nueva variante de la aproximación "conflictual" al problema que, reconociendo la existencia de un conflicto normativo entre regla y excepción, logra no solo adecuarse a los estándares identificados por Duarte, sino que posibilita desactivar el conflicto recurriendo exclusivamente a las reglas involucradas.

Regla y excepción; conflictos normativos; semántica inferencial

On the rule/exception relation. An inferential approach

ABSTRACT

The paper offers a reconstruction of the rule/exception relation grounded in the material inferential relations between them. To this end and following Luis Duarte D'Almeida, three approaches to this relation are analysed and two constrains that serve as correction standards for them are identified. Then and resorting to Robert Brandom's inferential semantics, a novel variant of the "conflictual" approach is proposed, one that recognising a normative conflict between rule and exception, manages to satisfy Duarte's standards and deactivate the conflict resorting only to the involved rules.

Rule and exception; normative conflicts; inferential semantics

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Glasgow, Escocia. Profesor de Derecho, Universidad Central, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6207-8709>. Correo electrónico: federico.szczaranski@ucentral.cl

Artículo recibido el 26.9.20 y aceptado para su publicación el 8.1.21.

INTRODUCCIÓN

Al inicio de *Allowing for Exceptions*, Luis Duarte afirma que “la línea entre aquello que cuenta como una excepción y aquello que es parte de una regla es más difícil de dibujar de lo que parece”¹. En ningún caso se trata de un juicio original, pero ello no obsta a que Duarte, en su intento por ofrecer una reconstrucción de la relación entre regla y excepción que supere los defectos que él adscribe a las formas tradicionales en la que ella ha sido articulada, identifique adecuadamente dos condiciones que cualquier teoría abocada a dibujar dicha línea debe satisfacer para poder ser aceptada. A saber, la explicación de la relación entre regla y excepción debe, por una parte, permitir una especificación de las condiciones suficientes para la corrección de una decisión judicial, lo que sirve para defender la idea con las que las decisiones legales pueden ser presentadas como siguiéndose deductivamente de alguna combinación de enunciados acerca de reglas y hechos del caso². Por otra parte, hacer justicia a la idea de que “*hay* una distinción importante entre excepciones y negación de los elementos ordinarios de una regla”³, lo que sirve para defender la intuición de que la ausencia de –por ejemplo– legítima defensa en un caso de homicidio es en algún sentido relevante distinta a la ausencia del consentimiento en un caso de violación⁴.

En lo que sigue se propondrá una nueva aproximación a la relación entre regla y excepción⁵, una que no solo se adecue a los constreñimientos identificados por Duarte, sino que también pueda superar las deficiencias del modelo por él propuesto, reinterpretando su principal conclusión desde una perspectiva “expresiva”. Para ello, recurriendo a la semántica inferencial de Robert Brandom, la relación regla/excepción será articulada en función de las relaciones “materiales” entre los contenidos proposicionales de ambas.

I. INCORPORACIONISMO, NO DEDUCTIVISMO
Y PROCEDIMENTALIZACIÓN

El primer paso en la elaboración de este nuevo modelo consiste en precisar la forma en que operan los constreñimientos identificados por Duarte, y para ello resulta conveniente analizar cómo las aproximaciones tradicionales que él enfrenta no logran (según él) adecuarse a estos. Un caso de operación no problemática de legítima defensa servirá para ejemplificar el problema: supongamos que K se apresta a disparar ilegítimamente al cuerpo de J, quien –para repeler el ataque– lo apuñala causándole la muerte. Si la puñalada de J sirvió como acción racionalmente necesaria para impedir el disparo, entonces

¹ DUARTE, 2015a, p. 5.

² En contra de la fórmula tradicional del silogismo: DUARTE, 2019.

³ DUARTE, 2015a, p. 6.

⁴ Duarte, 2015a, p. 6.

⁵ Al elaborar su teoría, Duarte distingue entre excepciones explícitas e implícitas (al respecto, véase MACCORMICK, 1995, p. 99). El presente trabajo se abocará solo a las primeras.

esta puede ser verdaderamente descrita como “matar a K en legítima defensa”. Bajo esta descripción, al caso le serían en principio aplicables tanto la disposición que sanciona el homicidio como aquella que exime de toda sanción a quien actúe en legítima defensa. Si bien hay acuerdo en solucionar la incompatibilidad entre las consecuencias establecidas por cada disposición por la vía de reconocer carácter de excepción a la circunstancia consistente en actuar en legítima defensa, es en relación con la forma de dar cuenta tal carácter excepcional que las aguas se dividen.

1. *La vía incorporacionista*

Aunque pareciera natural admitir la existencia de reglas que entran en conflicto en casos como los de legítima defensa, la corriente que Duarte califica de “incorporacionista” afirma, por el contrario, que al respecto “ningún jurista aceptaría que el sistema genera contradicciones”⁶, por cuanto “los conflictos de normas (...) pueden y deben ser solucionados mediante interpretación”⁷. En el modelo *kelseniano*⁸, el fundamento para tal operación interpretativa consiste en entender que, en tanto norma dependiente, la excepción de legítima defensa opera “limitando la esfera de validez” de la norma que castiga matar a otro⁹. No habría diferencia entre especificar una cualidad de una determinada clase en la definición de la clase misma y especificar dicha cualidad como parte del contenido de una excepción a la clase¹⁰. Entonces la noción misma de “excepción” resultaría “lógicamente vacía”¹¹: correspondería a una “construcción lingüística” cuyo rol se reduciría a establecer los límites de la regla¹². Ello permitiría sostener que, a pesar de las apariencias, las disposiciones en conflicto no dan lugar a dos reglas cuyos consecuentes son incompatibles¹³, sino que ambas forman una unidad, una única regla que sanciona matar en supuestos que no constituyen, también, una instancia de legítima defensa. Al tomar en consideración las demás disposiciones que establecen circunstancias en las que no corresponde aplicar pena alguna, resulta posible obtener una completa formulación de la regla que castiga el homicidio por la vía de incluir en su antecedente la negación de la disyunción de dichas circunstancias¹⁴.

La objeción comúnmente levantada en contra de esta alternativa dice relación con la inconsistencia en la que se incurre al afirmar, por una parte, que en el sistema no se

⁶ RODRÍGUEZ, 1997, p. 159.

⁷ KELSEN, 1991, p. 45 y 2005, p. 207.

⁸ Modelo caracterizado por postular el principio de no contradicción en todo sistema jurídico, KELSEN, 2006, p. 406.

⁹ KELSEN, 2005, p. 55; y antes BENTHAM, 1970, pp. 113 y ss.

¹⁰ STONE, 1944, p. 280; 1985, pp. 68-73.

¹¹ SCHAUER, 1991, p. 893.

¹² WILLIAMS, 1988, p. 262.

¹³ Respecto del razonamiento moral esta es la opción favorecida por MOORE, 1989a, p. 847 y 1989b, p. 315. En contra: RAZ, 1989, p. 1155.

¹⁴ WILLIAMS, 1982; WALUCHOW, 2012, p. 260.

verifican conflictos; y por otra, que estos últimos han de ser resueltos mediante un ejercicio interpretativo¹⁵ –se estaría así ilegítimamente infringiendo la inexistencia de conflictos a partir de la posibilidad de solucionarlos¹⁶–. En contra de lo sostenido originalmente por Kelsen, cabría replicar que “si las contradicciones deben ser eliminadas, entonces debe haber algo así como una contradicción que debe ser eliminada”¹⁷.

Ante esta observación, la corriente incorporacionista habría de responder indicando que el conflicto al que se hace referencia es uno potencial¹⁸, advertido al atender a las formulaciones normativas¹⁹. Si las disposiciones legales en cuestión fueran tenidas, cada una, como formulación de una regla distinta²⁰, entonces se configuraría un conflicto normativo entre ellas, y es justamente la prevención de este último lo que permite identificar el contenido de la regla resultante²¹: la razón para incluir a la circunstancia tenida como excepcional como un elemento negativo en el antecedente de la regla, es que de lo contrario se arribaría a conclusiones incompatibles para el mismo caso.

Con independencia de qué tan convincente resulte esta respuesta, resulta fundamental notar que la alternativa incorporacionista se encuentra en una posición en la que resulta particularmente difícil explicar el carácter mismo de “excepción” que exhibirían las circunstancias tenidas por excepcionales: si bien el punto de partida en el que se construye el modelo consiste en reconocer a ciertas circunstancias como “excepciones”, al incluir a la negación de estas en el antecedente de las reglas que deben ser aplicadas, dichas circunstancias ya no pueden ser consideradas como excepciones a aquellas mismas reglas. Si la regla que enuncia las condiciones para ser elegido congresista dispusiera que “el candidato que obtenga más votos en su circunscripción y que no sea dirigente sindical ocupará el escaño respectivo”, entonces “ser dirigente sindical” no podría constituir una excepción a dicha regla. Para que una determinada circunstancia pueda constituir una excepción a una regla parece necesario que esta última abarque casos en los que la circunstancia excepcional se verifica, de forma tal que, de no reconocerse la excepción, a dichos casos correspondería asignarles la solución prevista por la regla en cuestión²². Es justamente esto lo que se ve imposibilitado en caso de seguirse la alternativa incorporacionista, ya que los casos de dirigentes sindicales no instancian los hechos operativos de la regla, entonces respecto de ellos no hay espacio para reconocer el “ser dirigente sindical” como una excepción –una excepción, para ser tal, tendría que ser “externa” a la regla respecto de la cual ella es una excepción²³–.

¹⁵ Así RODRÍGUEZ, 1997, p. 159.

¹⁶ RAZ, 1980, p. 224.

¹⁷ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981, p. 113. En sentido similar: ORTIZ DE URBINA, 2008, p. 24; MAÑALICH, 2014b, p. 479.

¹⁸ RODRÍGUEZ Y SUCAR, 1998, pp. 407 y 410.

¹⁹ VON WRIGHT, 1963, Capítulo VI. Cf. FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 164.

²⁰ Acerca de la relación entre disposiciones y normas: GUASTINI, 1999, pp. 100 y ss.

²¹ En sentido similar: SEARLE, 1987, pp. 84-85.

²² Así SCHAUER, 1991, p. 874; MILLER, 1956, p. 262.

²³ DUARTE, 2015a, p. 4, 153; FINKELSTEIN, 1999, pp. 507-508.

Esta corriente logra entonces satisfacer el primer constreñimiento identificado por Duarte, por cuanto el contenido de la regla resultante especifica las condiciones suficientes para la corrección de una decisión que imponga la consecuencia de la regla, pero lo hace al costo de equiparar a la verificación de una circunstancia considerada excepcional con la verificación de un elemento negativo ordinario de la regla, lo que a su vez imposibilita reconocer el carácter excepcional de dicha circunstancia²⁴. La objeción contra esta aproximación, empero, no supone negar que el resultado al que se debe arribar sea exactamente el mismo tanto en los casos en los que se verifica una circunstancia excepcional como en aquellos en los que se verifica un elemento negativo ordinario de la regla (o en los que no se verifica un elemento positivo de ella). Más bien, de lo que se trata es de reconocer que, aun cuando en ambos supuestos la conclusión a ser alcanzada es la misma, la forma en la que excepciones y antecedentes de hecho de una regla contribuyen a la corrección de la decisión es diferente²⁵. Es esa diferencia la ignorada por la corriente incorporacionista, para estos tratar casos de dirigentes sindicales como excepciones a una regla que dispone (simplemente) que el candidato más votado ocupará el escaño respectivo, sería indistinguible de tratar a “no ser dirigente sindical” como un elemento de la regla que establece las condiciones para ocupar escaños²⁶.

2. *La vía no-deductivista*

La posibilidad de reconocer a ciertas circunstancias como “excepciones”, asignándoles un rol distinto al que caracteriza a la operación de los elementos negativos ordinarios incluidos en los antecedentes de las reglas, se ve favorecida por la adopción del modelo que Duarte denomina “no-deductivista”. Acá, el antecedente de la regla que determina las condiciones bajo las cuales un escaño puede ser ocupado solo hace referencia a haber obtenido más votos; y si bien la satisfacción de dicho antecedente permite concluir que quien lo instancia habrá de ocupar el escaño respectivo, esta inferencia es derrotable en atención a la calidad de dirigente sindical que puede exhibir un candidato. Esto último equivale a asignar carácter no-monotónico²⁷ al razonamiento legal: las conclusiones que correctamente se derivan a partir de un set de reglas pueden ser derrotadas si el set se expande incluyendo a una excepción. De esta forma, el modelo es no-deductivista precisamente porque la verificación del antecedente de la regla constituye una condición necesaria, pero solo suficiente para la corrección de la conclusión establecida por esta en caso que no se verifiquen las circunstancias excepcionales.

²⁴ DUARTE, 2015b, p. 39.

²⁵ Si bien el punto será abordado detalladamente más adelante, por ahora vale la pena hacer presente que la importancia de esta diferencia es inmediatamente reconocible al notar que, de equiparar excepciones y elementos ordinarios, no parece posible explicar, por ejemplo, por qué no es en principio necesario probar la ausencia de legítima defensa para poder arribar a una condena por homicidio; pero sí es necesario probar la ausencia de consentimiento para lograr una condena por violación.

²⁶ WILLIAMS, 1988, p. 278.

²⁷ BRANDOM, 2014, p. 20.

Identificar la particular forma de operación que conforme a un modelo no-deductivista caracteriza a las circunstancias excepcionales y que permite distinguirlas de aquellas consideradas ordinarias, se ve facilitado al advertir que, aun cuando la manera en la que Duarte construye la distinción entre “incorporacionistas” y “no-deductivistas” no descansa en que los primeros nieguen y los segundos afirmen que en estos casos se configure un “conflicto normativo”, este último modelo sí ofrece espacio para reconocer la existencia de tal conflicto. Si el contenido del antecedente de nuestra regla electoral es “el candidato que obtenga más votos en su circunscripción ocupará el escaño respectivo”, y se quiere sostener que dicha conclusión no ha de ser alcanzada respecto de dirigentes sindicales, la manera obvia de alcanzar dicho objetivo es asumiendo una segunda regla cuyo antecedente abarque los casos de estos últimos, impidiendo respecto de ellos la imposición de la consecuencia establecida por la primera –y habrían dos reglas que pueden ser formuladas para lograr este propósito²⁸–.

En primer término, es posible entender que la circunstancia tenida por excepcional es parte del presupuesto de hecho de alguna otra regla cuyo consecuente es incompatible con la primera. Así, junto con la regla electoral indicada, se reconocería una segunda regla en la que, por ejemplo, “los dirigentes sindicales no ocuparán ningún escaño”. De esta forma, en un caso que caiga dentro del rango inmediato²⁹ de ambas se configurará un conflicto normativo³⁰ cuya solución pasará por la invocación de una regla de preferencia³¹ que, sirviendo para distinguir entre aplicabilidad interna y externa de una regla³², lo desactiva mediante el desplazamiento de una de las reglas que lo genere, determinando así que solo la otra debe ser aplicada³³. La segunda forma que podría asumir una regla cuya aplicación podría impedir, respecto de dirigentes sindicales, que se alcance la conclusión establecida por la regla electoral, sería una que dispusiera que respecto de ellos esta última regla no es aplicable –en este caso, esta segunda regla sería ella misma una regla que opera desplazando a la regla electoral, afectado así su aplicabilidad externa sin entrar en conflicto con ella–. Mientras que la primera variante será denominada “conflictual”, la segunda será llamada “no-conflictual”.

²⁸ ORTIZ DE URBINA, 2008, p. 19

²⁹ RAZ, 1980, p. 123.

³⁰ ROSS, 1959, p. 128; VON WRIGHT, 1983, p. 156 y 1991, p. 271; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981, p. 112; HAMLIN, 1972, p. 74; ELHAG, *et al.*, 2000, pp. 207-217; KELSEN, 1991, p. 123; SARTOR, 1992, p. 209; HAMMER, 1987, p. 230.

³¹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1981, p. 107. Una vez que Kelsen pasa a aceptar conflictos entre reglas válidas, entiende también que ellos solo pueden ser resueltos por una tercera regla, KELSEN, 1973, p. 124. Usando una terminología distinta: WEINBERGER, 1972, p. 325; VON WRIGHT, 1991, p. 277. Distinguiendo entre aserciones de preferencia y reglas de aplicabilidad, SARTOR, 1994, pp. 184 y 190.

³² NAVARRO Y MORESO, 1997; NAVARRO *et al.*, 2004. De la manera en que acá son entendidas, las reglas de preferencia, a diferencia de los “principios de derogación” de Kelsen, solucionan el conflicto sin afectar la validez de las reglas que lo generan.

³³ NAVARRO Y MORESO, 1997, p. 203 y 209; NAVARRO Y RODRÍGUEZ, 2014, p. 129; BULYGIN Y MENDONCA, 2005, pp. 69.

Ninguna de estas alternativas, sin embargo, es analizada por Duarte. La forma de no deductivismo que él considera es aquella que hiciera célebre H.L.A. Hart en *The Adscription of Responsibility and Rights*³⁴: justamente para negar que las circunstancias excepcionales puedan ser reducidas a condiciones ordinarias mediante la inclusión de su negación en el antecedente de las reglas respectivas, y así sostener que, habiendo derrotabilidad de por medio, no es posible ofrecer un set de condiciones necesarias y suficientes para la corrección de una decisión (en los términos aquí utilizados: para rechazar el modelo “incorporacionista”)³⁵; la opción favorecida por Hart para dar cuenta del carácter excepcional de estas circunstancias descansaría en la introducción de una cláusula “a menos que”. Incluyéndose esta, las condiciones ordinarias establecidas para una conclusión permiten arribar a ella “a menos” que en el caso particular “otras circunstancias estén presentes las cuales lo lleven bajo una excepción reconocida”³⁶. La manera en que Duarte reconstruye la variante *hartiana* de no-deductivismo pasa entonces por incluir en la regla en cuestión una “cláusula excepcional”³⁷ referida a esas circunstancias y ubicada a continuación de su consecuente. Así, la variante *hartiana* de la regla electoral sería la siguiente: “el candidato que obtenga más votos en su circunscripción ocupará el escaño respectivo, *a menos* que se trate de un dirigente sindical”³⁸.

Estas tres formas de “no-deductivismo” suponen una regla cuyo antecedente está integrado solo por la circunstancia consistente en ser el candidato más votado, por lo que en un caso que verifique dicha propiedad sería correcto arribar la conclusión por ella establecida—que tal candidato ocupará el escaño respectivo—. No obstante, esta conclusión será derrotada en aquellos casos en los que también se verifique la circunstancia tenida por excepcional, i.e., ser dirigente sindical, circunstancia que corresponderá o bien al antecedente de una regla “preferida” (en la variante conflictual), o bien al antecedente de una regla de preferencia (en la variante no-conflictual), o bien al contenido de una cláusula excepcional respecto del ámbito de aplicación de la regla misma (en la variante *hartiana*). Así, a diferencia del modelo “incorporacionista”, aun cuando la verificación de la circunstancia excepcional constituye una condición suficiente para que no se pueda arribar a la conclusión en cuestión, su no verificación no constituiría una condición necesaria para poder correctamente alcanzarla: solo “ser el candidato que ha obtenido más votos” exhibiría el carácter de condición necesaria, siendo también suficiente en caso de no verificarse la circunstancia excepcional.

Distinguiendo entre condiciones necesarias para la conclusión y suficientes para derrotarla, este modelo permitirá diferenciar la forma en que operan elementos ordinarios y excepciones: mientras que los primeros constituyen circunstancias que “deben verificarse” para que la conclusión en cuestión pueda correctamente ser alcanzada, los

³⁴ HART, 1949. Acerca de derrotabilidad y textura abierta, fundamental: STAVROPOULOS, 1996, Capítulo III. Recientemente: GARCÍA, 2020.

³⁵ HART, 1949, p. 174.

³⁶ HART, 1949, p. 174.

³⁷ RAZ, 1980, p. 56.

³⁸ DUARTE, 2015a, p. 17.

segundos corresponden a circunstancias que “si se verifican, derrotan” dicha conclusión³⁹ —es esta diferencia la que debe ser defendida para evitar colapsar ambas categorías—.

A pesar de que Duarte solo considera la variante *hartiana*, la objeción por él levantada parece ser extensible también a los otros dos supuestos de no-deductivismo, y es que en estas tres formulaciones la verificación de la circunstancia excepcional es tenida por suficiente para impedir que se pueda correctamente arribar a la conclusión especificada por el consecuente de la regla, y de ello se seguiría, al fin y al cabo, que la ausencia de dicha circunstancia habría de contar como condición necesaria para la corrección de la decisión en cuestión⁴⁰: si ser dirigente sindical es suficiente para no ocupar el escaño respectivo, entonces la ausencia de dicha propiedad es condición necesaria para ocuparlo⁴¹. Si bien esta inferencia será derrotada más adelante, lo que importa ahora es atender a la conclusión a la que Duarte llega a partir de ella, a saber, que resulta inevitable, partiendo del modelo no-deductivista, terminar arribando igualmente a la conclusión que es defendida por el modelo incorporacionista: la no verificación de la conjunción de las excepciones ocupa el mismo “estatus lógico” que la verificación de las circunstancias tenidas por ordinarias⁴², de forma tal que ambas especifican condiciones necesarias para la corrección de la decisión⁴³. Y el problema es que entonces se pierde de vista que excepciones y elementos ordinarios constreñirían de maneras distintas la corrección de la decisión. Aunque lleven al mismo resultado, hay una diferencia jurídicamente relevante entre afirmar que un sujeto no ha matado y que lo ha hecho en legítima defensa.

3. *Inclusión de consideraciones procedimentales*

La vía elegida por Duarte para intentar satisfacer ambas condiciones pasa por adoptar una postura intermedia entre las aproximaciones mencionadas: alineándose con la corriente incorporacionista y en contra la no-deductivista, su propuesta consiste en afirmar que regla y excepción forman ambas una única regla, en cuyo antecedente se encuentran incorporadas aquellas circunstancias que son tenidas como excepciones. Sin embargo, alineándose con la corriente no-deductivista y contra la incorporacionista, dicha incorporación es efectuada mediante una formulación que posibilita reconocer la diferencia entre excepciones y elementos ordinarios. De esta manera, intenta que el contenido de esta única regla sea tal que permita tanto especificar las condiciones suficientes para la corrección de una decisión en que se afirma su consecuente, como reconocer la diferencia entre circunstancias excepcionales y comunes.

Para ello, Duarte comienza sosteniendo que en un contexto judicial “no podemos simplemente decir que una circunstancia X ‘está presente’ si es el caso que X, y que ‘está

³⁹ DUARTE, 2015a, p. 15.

⁴⁰ En este sentido, véase: BAKER, 1977, p. 34.

⁴¹ DUARTE, 2015a, p. 49.

⁴² DUARTE, 2015a, p. 50.

⁴³ MACKIE, 1985, p. 32.

ausente' si no es el caso que X"⁴⁴. Lo relevante, en cambio y siguiendo a Kelsen⁴⁵, es si puede decirse que dicha circunstancia ha sido "probada" conforme con ciertas reglas y procedimientos. Considerando esta dimensión procedimental de la verificación de las circunstancias ordinarias y excepcionales resulta posible dar cuenta en el contenido mismo del antecedente de la regla a ser aplicada de las diferentes formas en que unas y otras operan. Las circunstancias ordinarias "deben verificarse" para que se pueda alcanzar la conclusión en cuestión, lo que no sería adecuadamente expresado por la mera inclusión de dicha circunstancia en el antecedente de la regla⁴⁶. Más bien, para que los hechos operativos puedan dar cuenta de esta dimensión procedimental, ellos deben formularse haciendo referencia explícita a la necesidad de que la circunstancia sea probada. Y es mediante esta explicitación que Duarte busca salvar el aparente problema advertido respecto de las variantes no-deductivistas: en todas ellas, la verificación de la circunstancia excepcional cuenta (correctamente) como condición suficiente para que la conclusión no pueda ser alcanzada; pero ello entrañaría que la ausencia de dicha circunstancia constituiría (incorrectamente y tal como la verificación de las circunstancias ordinarias) una condición necesaria para arribar a aquella. De aceptarse esta equiparación, entonces a la conclusión establecida por la regla solo podría arribarse una vez que, junto con probarse las circunstancias ordinarias, se prueba también la no verificación de las circunstancias consideradas excepcionales.

Esta equiparación en el modo de operar de excepciones y elementos ordinarios es evitada al precisar que, respecto de aquellas, lo que es necesario para la corrección de la conclusión no es que sea probado que estas no se verifican, sino que ellas "no deben probarse"⁴⁷ —esta sería la forma adecuada de incluir en el antecedente de la regla a la "negación" de las circunstancias excepcionales—. Así, si "O" representa a las circunstancias ordinarias, "E" a las excepcionales y "C" a la conclusión, entonces la regla puede expresar que las primeras deben "estar presentes" y las segundas "ausentes" mediante la siguiente formulación: "si es probado que O y no es probado que E entonces C". Y una vez que estas diferentes formas de operación han sido notacionalmente codificadas y expresadas en el contenido de la regla, entonces esta última puede satisfacer las dos condiciones identificadas por Duarte. Mediante esta "procedimentalización" de la regla, su antecedente sí establece condiciones necesarias y suficientes para la corrección de la decisión (la que puede, entonces, ser presentada como siguiéndose deductivamente de ella), sin que por ello se equiparen condiciones excepcionales y ordinarias (con esta formulación no es necesario probar que un candidato no es dirigente sindical para que pueda ocupar el escaño, pero sí que este ha obtenido la mayoría de los votos).

Según argumenta Duarte, esta "procedimentalización" de las reglas aplicables resulta inevitable para poder dar cuenta de la diferencia entre circunstancias ordinarias

⁴⁴ DUARTE, 2015a, pp. 53 y ss.

⁴⁵ KELSEN, 2005, pp. 236 y ss.

⁴⁶ KELSEN, 2005, p. 239; 1944, p. 218 y 1957, p. 252.

⁴⁷ DUARTE, 2015a, p. 54; y 2013. Al respecto, véase también SARTOR, 1994, p. 189.

y excepcionales. Si estas últimas operan derrotando una conclusión que sería correctamente alcanzada por la verificación de las circunstancias ordinarias, sin que por ello su no verificación deba ser tenida como condición necesaria para la corrección de dicha conclusión, entonces no sería posible ofrecer una representación puramente “sustantiva” de ellas, i.e., que no haga referencia a lo que es “probado”: debido a que “no probado que E” –el antecedente de la regla procedimentalizada de Duarte– es compatible con “no probado que no-E”, entonces “no-E” no podría corresponder al supuesto hecho que “al nivel ‘sustantivo’, se corresponde con la situación ‘procedimental’ en la que *no* se prueba” la circunstancia excepcional⁴⁸. En otras palabras, de adoptarse una formulación sustantiva en que el antecedente de la regla es simplemente “si O y no-E, entonces C”, entonces en caso de no probarse ni “E” ni “no-E”, no podría arribarse correctamente a C, y con ello E ya no es una circunstancia excepcional que derrota una conclusión, sino que un elemento negativo ordinario.

No obstante ser exitoso en combinar ambos aspectos, este modelo trae consigo varias dificultades que hacen desaconsejable su adopción⁴⁹. La principal de ellas⁵⁰ es adecuadamente capturada por el argumento *wittgensteiniano* relativo al regreso de las reglas⁵¹. Al entender que el antecedente de la regla debe dar cuenta de que, en un contexto judicial, la presencia de una circunstancia consiste en que ella sea probada conforme con otras reglas, y que debe hacerlo explícitamente mediante la inclusión del transitivo “probado”, la tesis de Duarte queda comprometida a una sucesión infinita de reglas: en la medida que toda regla puede ser correcta o incorrectamente aplicada⁵², defender la necesidad de dar cuenta de las condiciones para la corrección de una aplicación en el contenido mismo de la regla a ser aplicada, supone exigir, para cada regla, una referencia explícita a nuevas reglas. Esto es advertido al atender a las reglas de prueba de las que dependería que dicha circunstancia se tenga por probada: ellas mismas tendrán un antecedente de hecho cuya “presencia” en un contexto judicial también dependería de que aquel fuera “probado” conforme con otras reglas. Así, la regla relativa a la fuerza probatoria de las declaraciones de testigos contestes no debería ser formulada en términos de “si dos o más testigos están contestes en el hecho y..., entonces se constituye plena

⁴⁸ DUARTE, 2015a, pp. 63 y 123.

⁴⁹ Véanse las tres primeras objeciones levantadas por SARTOR, 1994, p. 188.

⁵⁰ Además del problema de regreso, la procedimentalización de las reglas parece difícil de conciliar con los distintos estándares justificatorios que subyacerían a reglas sustantivas y procedimentales. Así, y a modo de ejemplo, mientras que las reglas procedimentales responden a diversos criterios de legitimidad (LAUDAN, 2006, p. 2. Acerca de la relación entre el proceso judicial y la verdad: HO, 2008, Capítulo II), en un derecho penal sometido al principio de culpabilidad es el haber matado estando en posición de haber omitido matar (MAÑALICH, 2014a, p. 27), y no el que se pruebe que se ha matado, lo que legitima la sanción penal. De esta forma, la regla (sustantiva) “quien mate será castigado” se justifica en tanto condiciona la imposición de su consecuencia respecto de un determinado sujeto a que este haya cometido la ofensa que se le imputa (RAWLS, 1999, 74); pero dicha justificación no puede ser extendida a la regla procedimentalizada.

⁵¹ WITTGENSTEIN, 1958, § 198-201.

⁵² WITTGENSTEIN, 1958, § 198. Aplicando dicho argumento al razonamiento legal: BRANDOM, 2014, p. 21.

prueba de ese hecho” –formularla de esta manera supondría que la verificación de su antecedente consiste simplemente en que “sea el caso” que dos testigos estén contestes en un hecho y no, como sugiere Duarte, en que ello fuese probado “de acuerdo a ciertas reglas y procedimientos”⁵³-. Para dar cuenta de esto último, el antecedente de la regla tendría que reformularse haciendo referencia a que “se pruebe” que dos testigos están contestes, antecedente cuya satisfacción requeriría a su vez una segunda regla de prueba y así sucesivamente⁵⁴. Al requerir de una secuencia infinita de reglas (explícitas), el antecedente de la regla procedimentalizada no puede ser “probado conforme reglas”, sino que simplemente tendrá que “ser el caso” que aquel se verifica –justamente lo que Duarte buscaba evitar–.

II. UNA APROXIMACIÓN MATERIAL

Conforme con camino recorrido hasta ahora, los tres modelos examinados aparecen como intentos insatisfactorios por dibujar la línea divisoria entre reglas y excepciones. Avanzar hacia una nueva articulación de la relación regla/excepción requiere en este punto dar un paso atrás y dirigir nuevamente la atención al descartado modelo no-deductivista, en particular a su variante conflictual. Hacerlo nos permitirá apreciar que la apariencia recién descrita es falsa: la objeción que Duarte levanta contra este descansa en un entendimiento “formalista” de las relaciones inferenciales a partir de la cuales se busca arribar a conclusiones correctas conforme con el derecho. Abandonando esa aproximación, y reemplazando por una “material”, será dicho modelo el que servirá de base para dibujar una línea nueva, capaz de sortear los constreñimientos examinados y explicar el rol desempeñado por las formulaciones de las reglas procedimentalizadas propuestas por Duarte.

Este último ha argumentado, en contra del modelo no-deductivista, que aquel ha de terminar comprometido con la misma conclusión que es explícitamente defendida por el modelo incorporacionista: ya que “ser dirigente sindical” constituye una condición suficiente para que la conclusión establecida por la regla no pueda correctamente ser alcanzada; entonces la negación de dicha circunstancias habrá de constituir, tal como “ser el candidato más votado”, una condición necesaria para la corrección de la conclusión en cuestión.

Este movimiento, que va desde una premisa suficiente para la derrota de una conclusión a la premisa inversa como necesaria para ella, es el que debe ser rechazado: que una conclusión no pueda ser defendida en caso de sumarse a la inferencia una determinada premisa, no significa que la negación de esa premisa deba ser sumada a la inferencia para arribar a la conclusión –no en la medida que la corrección de la conclusión en la inferencia original pueda ser defendida atendiendo solo al significado de las premisas involucradas, es decir, no en la medida que la inferencia sea “materialmente correcta”–.

⁵³ DUARTE, 2015a, p. 53.

⁵⁴ BRANDOM, 1994, pp. 18 y ss.

Conforme con la semántica inferencial de Robert Brandom, la corrección de estas últimas, a diferencia de las inferencias formalmente válidas, descansa no en su forma sino en su contenido: lo que garantiza la corrección del movimiento es el contenido proposicional de las afirmaciones que sirven como premisas⁵⁵. De este modo, y en tanto inferencias materiales, el aspecto crucial a ser considerado corresponde al significado de las premisas que configuran la inferencia, el que se encuentra constituido por el rol que, en la práctica discursiva ordinaria, cada afirmación juega tanto como razón en favor de otras afirmaciones y como demanda de otras afirmaciones en tanto razones a su favor; es decir, como premisa de la que se siguen materialmente ciertas conclusiones y como conclusión que se sigue materialmente de ciertas premisas⁵⁶. Así, y aun cuando para su validez formal sería necesario sumar una premisa mayor, la inferencia desde “Santiago está al sur de Arica” a “Arica está al norte de Santiago” es materialmente correcta en consideración al significado de las expresiones involucradas⁵⁷: el hablante que se encuentre “comprometido” con una de las afirmaciones, se compromete por ello también con la otra⁵⁸. Igualmente, la inferencia desde “este es un fósforo en buen estado” a “si lo golpeo prenderá” es correcta sin necesidad de sumar como premisa el condicional “si un fósforo está en buen estado, entonces prenderá”⁵⁹: es parte del significado de la primera proposición el que ella sirve, en el juego social normativamente estructurado de dar y pedir razones, como razón para arribar a la segunda.

Vista como inferencia material, la inferencia es correcta. Pero también es derrotable: el fósforo no prenderá, por ejemplo, si se encuentra en campo electromagnético suficientemente fuerte⁶⁰. De la misma manera, no será posible concluir que “debo abrir mi paraguas” a partir de la premisa “está lloviendo” si no deseo mantenerme seco. La posibilidad de echar abajo las inferencias mediante la adición de nuevas premisas podría ser tomada como señal de su incorrección: solo si se suma “deseo mantenerme seco” el movimiento sería correcto. Es la defensa de esta última idea la que caracteriza al “formalismo monotónico”⁶¹: la corrección de una inferencia depende de su forma, siendo necesario para alcanzar dicha corrección que se incluyan aquellas premisas que garanticen la conclusión incluso en caso de sumarse nuevos compromisos –deseos en el caso del razonamiento práctico y condicionales en el teórico–.

Ante este reclamo formalista es posible replicar que aquel no solo resulta difícil de conciliar con la evidente falta de necesidad de esgrimir dichas premisas faltantes durante la práctica discursiva ordinaria, en la que reconocemos a que “esté lloviendo” como razón para “abrir el paraguas”, y conforme con ello quien afirma que una ciudad esté al sur de otra se compromete (virtud de esa afirmación) con que esa otra ciudad

⁵⁵ BRANDOM, 1994, pp. 98-101 y 1998, p. 131.

⁵⁶ BRANDOM, 1994, p. 98.

⁵⁷ BRANDOM, 2000, p. 52.

⁵⁸ BRANDOM, 1994, pp. 112-113.

⁵⁹ BRANDOM, 1998, p. 133 y 2018, p. 73.

⁶⁰ BRANDOM, 1998, p. 133.

⁶¹ Así DAVIDSON, 2001, p. 3 y SEARLE, 2010, p. 125.

está al norte de la primera. Además, pierde de vista que la noción misma de inferencia “formalmente válida” es definible de manera natural a partir de la noción de inferencia “materialmente correcta”⁶². Defender que una premisa extra debe ser sumada para la corrección de la inferencia debe, además y crucialmente, enfrentar el problema de identificar cuál sería la premisa necesaria para sostener dicha corrección: aunque se incluya la premisa “el fósforo no se encuentra en un campo electromagnético”, la conclusión de que este prenderá igualmente será derrotada si se vacía de oxígeno el ambiente que lo rodea. Y aunque se sumase que “el ambiente que rodea al fósforo contiene suficiente oxígeno”, sería de todas formas posible encontrar nuevas premisas que igualmente obstaculizarían el movimiento hasta la conclusión en cuestión. De esta forma, en vez de entender que sumar una cláusula *ceteris paribus* (cuyo contenido resultaría imposible de especificar) permitiría configurar a una inferencia monotónica, la necesidad de recurrir a aquella puede más adecuadamente ser comprendida como reconocimiento del carácter no-monotónico del razonamiento correcto en el discurso ordinario⁶³. Así, que en caso de “desear mojarme” yo no pueda concluir que “debo abrir mi paraguas” en razón de que “está lloviendo”, no muestra que para poder arribar a esa conclusión sea necesario incluir como premisa una cuyo contenido se corresponda a la negación del contenido de la premisa que echaría abajo la conclusión, sino que muestra que la inferencia, en tanto materialmente correcta (aunque no formalmente válida), es no-monotónica⁶⁴.

1. *El modelo conflictual defendido*

Una vez que, contra el formalismo monotónico, se adopta una aproximación material no-monotónica, la variante conflictual del modelo no-deductivista no degenera en incorporacionismo. Para hacer esto explícito, tomemos como reglas relevantes las siguientes:

R1: “El candidato más votado ocupará el escaño respectivo”.

R2: “Los dirigentes sindicales no podrán ocupar ningún escaño de elección popular”.

R3: “Cuando R2 sea aplicable, R1 no lo será”.

El seguimiento de estas reglas efectivamente entraña que de verificarse el antecedente de R2 la conclusión de R1 no puede ser alcanzada. Así, si el juez suma como premisa que un candidato J es dirigente sindical, ello basta para que no pueda concluir que J ocupará el escaño respectivo —el compromiso con la primera precluye el derecho del hablante a comprometerse con la segunda⁶⁵—. Pero de ello solo se sigue que es necesario sumar como premisa que “J no es dirigente sindical” para poder concluir que “J ocupará

⁶² BRANDOM, 2000, p. 55.

⁶³ BRANDOM, 2018, p. 73

⁶⁴ BRANDOM, 1998, p. 132.

⁶⁵ Entre ambos compromisos existiría una relación de incompatibilidad material, BRANDOM, 1994, p. 169.

el escaño respectivo” en caso de adoptarse la aproximación formalista monotónica⁶⁶. Desde una perspectiva material, en cambio, para arribar a dicha conclusión basta que las premisas de la inferencia sean provistas por las tres reglas indicadas y solo una más: “J es el candidato más votado”. Si bien –en tanto conclusión de una inferencia material– ella podrá ser derrotada en caso de sumarse como premisa una que afirme respecto de J la satisfacción del estado especificado en el antecedente de R2, justamente –en tanto inferencia material– esto último no entraña tener a la no verificación del antecedente de R2 como condición necesaria para la corrección de la conclusión establecida en R1.

Vista materialmente y contra Duarte, la reconstrucción conflictual no equipara la verificación de circunstancias ordinarias (especificadas en R1) con la no verificación de las circunstancias excepcionales (especificadas en R2): el reconocimiento de ambas reglas potencialmente en conflicto determina que la no verificación de la circunstancia excepcional no cuenta como condición necesaria para arribar correctamente a conclusión establecida por R1, aun cuando su verificación sí constituye una condición suficiente para derrotarla.

Lo anterior permite mostrar que el modelo conflictual puede sortear no solo el primero, sino que también el segundo de los constreñimientos identificados al inicio de este trabajo. Para ello es necesario ofrecer un sentido diverso a la relación entre el antecedente de la regla a ser aplicada para la decisión del caso y la prueba de las circunstancias comprendidas en dicho antecedente. Conforme con el argumento defendido en la sección anterior, el problema fundamental del modelo procedimentalizado radica en su incapacidad de salvar el argumento relativo al regreso de las reglas. En contra de aquel, mantenido una formulación “sustantiva” de las reglas a ser aplicadas para la decisión del caso y entendiendo que las reglas de prueba fijan las condiciones bajo las cuales se prueba la satisfacción de las descripciones constitutivas de los supuestos de hecho de las primeras⁶⁷, es posible entender esta exigencia de manera diversa. La inclusión, como premisa menor del silogismo, de una proposición en la que se afirma la satisfacción de la descripción constitutiva del antecedente de hecho de la regla, se encuentra condicionada a que tal proposición sea “probada conforme a reglas” y no a que ella sea “verdadera”⁶⁸. Bajo esta comprensión, que esté “presente” la circunstancia referida por la regla sustantiva sigue dependiendo de que ella sea probada, pero ello es así en atención a la existencia de reglas de prueba referidas a las primeras, cuya correcta aplicación no necesita depender de subsecuentes reglas explícitas –que se trate de un contexto judicial no entraña que los antecedentes de hechos de todas las reglas a ser aplicadas en dicho contexto deban probarse conforme a reglas–. La necesidad de prueba, entonces, no se expresa en una “procedimentalización” de las reglas a ser aplicadas ni se extiende a todas las reglas aplicables en el contexto judicial, sino que en la identificación de las condiciones bajo las que puede incluirse una premisa que afirme la “presencia”

⁶⁶ Así: RODRÍGUEZ Y SUCAR, 1998, pp. 416-417.

⁶⁷ En un sentido similar: BULYGIN, 1985, p. 163; FERRER, 2005, p. 49 y 2006, p. 308.

⁶⁸ Esto supone entender que tal proposición puede ser probada aunque ella no sea verdadera, FERRER, 2005, p. 31 y 2006, p. 306.

de la circunstancia comprendida su antecedente: respecto de un silogismo cuya premisa mayor sea provista por R1 o R2, solo podrá sumarse como premisa menor que “J es el candidato más votado” o que “J es dirigente sindical” si dichas proposiciones han sido probadas, con independencia de si acaso estas proposiciones corresponden a “hechos”.

Si el argumento anterior es correcto, entonces, sin necesidad de procedimentalizar las reglas, sino que en consideración al trío de reglas identificado⁶⁹, es posible superar ambos constreñimientos: conforme con estas últimas –y tal como en el modelo de Duarte– que “se pruebe que J es el candidato más votado” y que “no se pruebe que J es dirigente sindical” constituyen condiciones necesarias y suficientes para arribar a la conclusión de R1, condiciones que expresan las diferentes formas de operación que exhiben excepciones y elementos ordinarios, y cuya verificación no genera conflicto normativo alguno (por cuanto bajo ese resultado probatorio⁷⁰ R2 no resulta internamente aplicable). Ya que la conclusión conforme a R1 se alcanza bajo las mismas condiciones de las que dependería la corrección de tal decisión conforme con el modelo procedimentalizado, el modelo conflictual permite tanto reconocer la diferencia en la forma de operación de los antecedentes de R1 y R2; como especificar el set de condiciones necesarias y suficientes para arribar correctamente a la conclusión establecida por R1⁷¹.

2. *El modelo conflictual superado*

La revalidación del modelo conflictual no agota el redimiendo de la aproximación material acá defendida. Prestar atención la semántica inferencial en la que descansa el análisis de las relaciones materiales entre los contenidos proposicionales de las reglas en conflicto, permite además abordar exitosamente una pregunta que hasta ahora no ha sido formulada, y en cuya respuesta se encuentra la clave para ofrecer una reconstrucción de la relación regla/excepción que resulte no solo más simple –por requerir para la desactivación del conflicto menos premisas de las que son utilizadas por los modelos hasta ahora considerados–, sino que también de mayor poder explicativo –porque explicita el rol que juegan esos materiales extras–. A saber, ¿de qué depende que una circunstancia sea excepcional *vis à vis* una regla? En particular y respecto de R1 y R2, ¿por qué asumimos que ser dirigente sindical triunfa por sobre ser el candidato más votado y no *viceversa*? Responder esta pregunta desde una aproximación material permitirá mostrar cómo, ante un conflicto normativo generado por la conjunta aplicabilidad de R1 y R2, no es necesario ni invocar reglas de preferencia ni alterar las premisas originales para arribar materialmente a la conclusión jurídicamente correcta.

⁶⁹ El argumento acá defendido no es uno relativo a la individuación de reglas, por el contrario, presupone que las reglas han sido ya individuadas. No obstante, la defensa del modelo conflictual sí muestra que no es necesario individualizar reglas de forma tal que ellas no puedan generar un conflicto normativo.

⁷⁰ Acerca de los distintos sentidos de “prueba”, véase FERRER, 2005, p. 27.

⁷¹ Que, debido a este set de reglas, sea posible identificar condiciones necesarias y suficientes para una decisión, no obsta a una comprensión del razonamiento legal como mayoritariamente “probativo”, BRANDOM, 2014, p. 20.

a) Distinguiendo entre reglas y excepciones

Una respuesta que descansa en la justicia material del resultado es ciertamente plausible en relación con la legítima defensa y el homicidio, pero no si se trata de R1 y R2 o de otras excepciones que eximan de pena en consideración a la raza de la víctima o impidan acceder a ciertas posiciones en consideración al estatus económico del candidato. Por otra parte, ya que conforme con la formulación propuesta de las reglas, ellas se encuentran en relación de interferencia, respecto de ninguno de estos ejemplos podría recurrirse al principio de especialidad para identificar las excepciones⁷². Tampoco resultaría mínimamente satisfactoria una explicación que intentara descansar en la “fineza del lenguaje”, de forma tal que las excepciones pudieran reconocerse en consideración a que ellas permiten identificar circunstancias en las que la aplicación de la regla resulta contraria a su finalidad, pero que no pueden ser excluidas por la regla misma en atención a que el lenguaje en el que ella se formula no “contiene una palabra o frase familiar que excluya lo que los redactores desean excluir del ámbito de la regla”⁷³.

Una cuarta alternativa es ofrecida por el modelo procedimentalizado. Conforme con este, la distribución de las categorías “excepción” y “elementos ordinarios” depende a su vez de la distribución de la carga de la prueba, de forma tal que serán excepciones aquellas circunstancias que “no deben ser probadas” para alcanzar la conclusión en cuestión, mientras que corresponderán a elementos ordinarios aquellos que “deben ser probados” para arribar a aquella. Así, solo una vez que el legislador determina que la carga de probar la legítima defensa corresponde al imputado, y que la carga de probar la ausencia de consentimiento respecto del tipo de violación corresponde al persecutor, podemos afirmar que la primera es una excepción y la segunda no⁷⁴. De ello se sigue que una regla que distribuya la carga de la prueba respecto de un set de circunstancias en consideración al carácter excepcional u ordinario que ellas exhiban⁷⁵, resulta “imposible de aplicar”, por “poner de cabeza la prioridad lógica” de la primera respecto de la segunda⁷⁶.

El punto de partida para profundizar en una aproximación material al problema consiste en notar que hay algo particularmente contraintuitivo en esta solución. Para advertirlo, resulta conveniente comparar los casos hasta ahora examinados con el eventual conflicto normativo que se generaría por la simultánea aplicabilidad de una regla que castigase con pena de muerte a quien mutile y de otra que castigase con presidio perpetuo efectivo a quien viole⁷⁷. Si atendemos solo a las relaciones lógicas entre los

⁷² Más aún, la regla de legítima defensa no tiene porque ser especial ni siquiera respecto de la conjunción de la totalidad de las reglas que establecen los tipos penales. Para aproximación material a la relación de especialidad, véase: SZCZARANSKI, 2021.

⁷³ SCHAUER, 1991, p. 874. Tal explicación ignoraría que semejante “falta de fineza” habrá de afectar tanto a los términos empleados por la “regla principal” como a la disposición que consagre la excepción.

⁷⁴ DUARTE, 2015a, p. 133.

⁷⁵ Al respecto, véase MACCORMICK, 2005, pp. 244 y ss.

⁷⁶ DUARTE, 2015a, p. 133.

⁷⁷ KELSEN, 1973, p. 234

antecedentes y consecuentes de las reglas, este último caso es formalmente idéntico a aquel generado por R1 y R2, y también al que se configuraría en un caso de la legítima defensa en donde las reglas involucradas se formularan de la siguiente manera:

R3: “Quien mate a otro sufrirá una pena de 10 años de privación de libertad”.

R4: “Quien actúe en legítima defensa no habrá de sufrir pena alguna”.

En estos tres supuestos y de conformidad al modelo procedimentalizado, la identificación de la solución correcta requeriría contar con una nueva premisa, un criterio externo a las reglas que permita reformularlas. Y es en relación con la necesidad de incluir premisas adicionales que el modelo conflictual resulta equivalente al propuesto por Duarte: allí también será necesario recurrir a un criterio externo a las reglas involucradas (una regla de preferencia) a efectos de desplazar a una de ellas. En esta medida ambas aproximaciones expresan un compromiso con una aproximación formal: tanto en relación con R1 y R2, como con R3 y R4, y al igual que en el caso de mutilaciones y violación, no sería posible reconocer una asimetría que justifique un trato diferenciado sino hasta que se sume una nueva premisa relativa a la distribución probatoria o a la preferencia entre ellas⁷⁸.

No obstante lo anterior, mientras que no encontramos una respuesta obvia para el caso de las sanciones incompatibles, sí parece natural reconocer que “ser dirigente sindical” y “actuar en legítima defensa” han de ser tomadas como las circunstancias excepcionales, incluso antes de la inclusión de una regla explícita que rompa la simetría. A pesar de compartir una misma forma, respecto de estos últimos no parece haber dificultad para identificar la conclusión correcta —el problema radica, más bien, en “explicar” cómo se arriba a ella—. A diferencia de los modelos formalistas, adoptar una aproximación material exige atender a los contenidos de las reglas involucradas con el fin de buscar una diferencia entre los conflictos que sean relevantes para su solución, pero invisibilizada por la homogeneidad de sus formas. Esa diferencia consiste en la dependencia práctica que caracteriza a las reglas R2, sobre dirigentes sindicales, y R4, sobre legítima defensa, en relación con algún otro par de reglas con las que puedan entrar en conflicto⁷⁹ —como lo son R1 y R3, respectivamente—. Ya que “ocupar el escaño respectivo” corresponde a una posición institucional cuya instanciación depende de la satisfacción de las condiciones enunciadas por alguna regla que cree el respectivo estatus-función⁸⁰, en ausencia de una regla constitutiva que resulte aplicable a un caso —como R1— no es necesario recurrir a R2 para arribar a la conclusión que ella establece. Así, respecto de un sujeto que no obtiene la mayoría de los votos, que aquel “sea dirigente sindical” no juega ningún rol a efectos de concluir que dicho sujeto “no podrá ocupar ningún escaño de elección popular”. Lo

⁷⁸ En un sentido similar: ROSS, 1959, p. 130.

⁷⁹ La noción de “dependencia práctica” empleada para desactivar conflictos normativos (aunque sin recurrir a la *default/challenge structure* con la que es complementada en el presente trabajo), es desarrollada en: SZCZARANSKI, en revisión.

⁸⁰ SEARLE, 2010, p. 167.

mismo es el caso en relación con R3 y R4: solo resulta pertinente aducir la circunstancia consistente en haber actuado en legítima defensa para concluir que un sujeto “no habrá de sufrir pena alguna” en la medida que se cuente también con una regla como R4, cuya aplicabilidad al caso permita concluir que dicho sujeto sí habrá de sufrir alguna pena. En otros términos: mientras que matar a otro y ser el candidato más votado constituyen condiciones necesarias para arribar a las conclusiones de las reglas R1 y R3; actuar en legítima defensa y ser dirigente sindical no son, en principio, circunstancias necesarias para arribar a las conclusiones establecidas por R2 y R4.

La importancia de lo anterior admite ser explicitada en términos de la procedencia de justificaciones relativas a afirmaciones a las que los hablantes tienen, por defecto, derecho: es parte de la estructura de la práctica discursiva ordinaria que al realizar una afirmación el hablante asume la responsabilidad de vindicarla⁸¹, es decir, de ofrecer nuevas afirmaciones que le sirvan como premisas. Aunque lo anterior vale por regla general, en la práctica discursiva ordinaria no toda afirmación necesita ser justificada, habiendo algunas a las que todo hablante tiene derecho sin necesidad, en principio, de aducir nuevas afirmaciones que le sirvan de premisas. Así, ya que *prima facie* se tiene derecho a afirmar que –por ejemplo– “han habido perros negros”, ofrecer una justificación para dicha afirmación resulta inadecuado en ausencia de afirmaciones justificadas que la desafíen⁸². Solo si se suman nuevas premisas que ceden en contra de la afirmación a la que por defecto se tiene derecho surge la responsabilidad de esgrimir una o más premisas que sirva de justificación a esta última. De esta forma, las afirmaciones que justifican una afirmación *prima facie* o *default* son inferencialmente inertes tanto en ausencia de premisas incompatibles como sí, habiéndolas, no logran derrotarlas. De esta observación es posible extraer una consecuencia fundamental: porque la responsabilidad justificatoria de vindicar compromisos se encuentra condicionada a que estos últimos sean desafiados justificadamente, entonces el rol de las afirmaciones que sirven como razones en favor de afirmaciones *default* –i.e., que sirven como premisas de las que estas últimas se siguen– se desempeña solo dentro de una red de razones que sirven para arribar a conclusiones incompatibles, consistiendo tal rol, precisamente, en derrotar a estas últimas. Así, y debido al carácter no-monotónico de las inferencias materiales, es posible construir una estructura jerarquizada de razones⁸³, gobernada por los contenidos de las premisas involucradas, en las que una afirmación *default* es derrotada por premisas que la desafían justificadamente, pudiendo estas a su vez ser derrotadas por aquellas que, vindicando la responsabilidad justificatoria generada por la formulación del desafío, sirven para reafirmar la conclusión original.

Esta *Default/Challenge Structure* provee la clave para identificar, sin necesidad de recurrir a nuevas premisas, cuál de las reglas en conflicto ha de primar a efectos de determinar la conclusión que habrá de corresponder a la decisión del caso: porque el

⁸¹ BRANDOM, 1994, p. 171.

⁸² BRANDOM, 1994, p. 176.

⁸³ BRANDOM, 1998, p. 133.

estatus-función cuya configuración se ve bloqueada por la verificación los antecedentes de R2 y R4 solo se instancia en caso que se satisfagan las condiciones enunciadas por las reglas constitutivas que creen los estatus en cuestión⁸⁴, las primeras solo resultan pertinentes a efectos de arribar a las conclusiones que ellas establecen en tanto que al caso al que ellas son aplicables le sean también aplicables las segundas⁸⁵. Es por esta razón que R2 y R4 proveen premisas para (re)afirmar conclusiones que corresponden a afirmaciones *default*, siendo entonces la estructura misma del juego de dar y pedir razones la que determina que aquellas jueguen el rol de premisas que han de derrotar a otras reglas, como R1 y R3, que desafían sus consecuencias.

De esta forma, es contrastándolas con los estatus por *default* que resulta posible advertir, detrás de la simetría formal entre las reglas en conflicto, una asimetría entre sus contenidos que gobierna la distribución de los roles entre ellas: mientras que las reglas R1 y R3 desafían ese estatus, R2 y R4 lo justifican, y es por ello que la ubicación de estas últimas en una estructura jerarquizada de razones se encuentra, en principio, por sobre las primeras —en tanto que a sus consecuencias se tiene derecho sin necesidad de esgrimirlas, el rol que corresponde conforme a la práctica discursiva ordinaria a las reglas respecto de dirigentes sindicales y legítima defensa es el de derrotar otras reglas cuyas consecuencias resulten incompatibles con las afirmaciones *prima facie* a las que aquellas sirven de premisa—. He aquí la razón subyacente a nuestra natural disposición a diferenciar entre estos casos y aquel en que dos reglas disponen sanciones incompatibles. En este último, ambas reglas desafían la conclusión a la que, en ausencia de otras reglas aplicables, tenemos derecho sin necesidad de ofrecer justificación (que nadie habrá de sufrir pena alguna), por lo que no es posible recurrir a un estatus por *default* para distribuir roles entre ellas. En cambio, y en contra del modelo conflictual, de verificarse esta asimetría entre los consecuentes, respecto de una inferencia material cuyas premisas estén provistas por las reglas en conflicto y por una descripción del caso a ser decidido conforme a la cual los antecedentes de ambas reglas se ven instanciados, no es necesario aducir una premisa extra provista por una regla de preferencia para arribar a la solución correcta: la inferencia, tal como está, tendrá como conclusión materialmente correcta a aquella que corresponda a la establecida por la regla que afirme el estatus por *default*.

Corolario de las consideraciones precedentes es que resulta posible caracterizar la relación regla/excepción en términos de un par de reglas tales que una, al constituir una premisa para justificar una afirmación a la que se tiene derecho por defecto, resulta inferencialmente dependiente de (y por ello derrota a) aquella que desafíe la afirmación que la primera vindica.

⁸⁴ MACCORMICK, 1986, p. 55.

⁸⁵ Es en este sentido en que es correcta la afirmación de WILLIAMS, 1988, p. 279: *an exception distinct from a rule is inconceivable*.

b) Corrección material y explicitación formal

Que en casos de dependencia práctica no sea necesario proceduralizar las premisas, permite por último atribuir un rol “expresivo” a la formulación proceduralizada propuesta por Duarte. Ella buscaba dotar de validez formal a la inferencia por la que se arriba a la conclusión correcta en estos casos, garantizando así la corrección de la decisión. El argumento desarrollado en este trabajo ofrece una perspectiva distinta a la relación entre forma y contenido: en una aproximación material, la especificación de condiciones necesarias y suficientes no se asocia a la posibilidad de tener a una decisión como correcta, sino que constituye un esfuerzo por explicitar en forma deductiva la corrección del razonamiento material⁸⁶. Así, mientras que lo que *hacemos* correctamente con las reglas en conflicto es arribar a una conclusión conforme con la regla independiente si es que su antecedente es probado y no se prueba el antecedente de la regla dependiente; el contenido proposicional de la regla proceduralizada constituye una forma de expresar esa práctica, *diciendo* explícitamente que “si se prueba O y no se prueba E entonces C” –esto es, especificando parte de la habilidad que debe ser exhibida para realizar inferencias materiales correctas con las reglas en conflicto⁸⁷–.

La importancia de poder identificar condiciones necesarias y suficientes para una decisión, de manera tal que las conclusiones legales puedan ser presentadas como siguiéndose deductivamente de alguna combinación de enunciados sobre reglas y sobre los hechos del caso, no radica entonces en asegurar la corrección de la decisión, sino que en hacer posible la explicitación de la corrección del razonamiento legal conforme con las inferencias materiales subyacentes. Para ello, y contra Duarte, no es necesario que las reglas a ser aplicadas hagan ellas mismas explícitas esas condiciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1981: “The Expressive Conception of Norms”, en Hilpinen (ed.), *New Studies in Deontic Logic*, Dordrecht, Reidel Publishing, pp. 95-124.
- BAKER, G. P., 1977: “Defeasibility and Meaning”, en Hacker y Raz (eds.), *Law, Morality, and Society*, Oxford, Clarendon Press, pp. 26-57.
- BENTHAM, Jeremy 1970: *Of Laws in General*, London, Athlone Press.
- BRANDOM, Robert, 1994: *Making it Explicit*, Cambridge: Harvard University Press.
- BRANDOM, Robert, 1998: “Actions, Norms and Practical Reasoning”, *Philosophical Perspectives*, Vol. 12.
- BRANDOM, Robert, 2000: *Articulating Reasons*, Cambridge, Harvard University Press.
- BRANDOM, Robert, 2008: *Between Saying and Doing*, Oxford: Oxford University Press.
- BRANDOM, Robert, 2014: “A Hegelian Model of Legal Concept Determination”, en Hubbs y Lind (eds.), *Pragmatism, Law and Language*, New York, Londres, Routledge, pp. 19-39.

⁸⁶ BRANDOM, 2018, p. 9 y ss.

⁸⁷ BRANDOM, 1998, p. 132 y 2008, p. 9 y ss.

- BRANDOM, Robert, 2018: "From Logical Expressivism to Expressivist Logic", *Philosophical Issues*, Vol. 28, Nº 1.
- BULYGIN, Eugenio y MENDONCA, Daniel, 2005: *Normas y Sistemas Normativos*, Madrid, Marcial Pons.
- BULYGIN, Eugenio, 1985: "Norms and Logic", *Law and Philosophy*, Vol. 4.
- DAVIDSON, Donald, 2001: *Essays on Actions and Events*, Oxford: Oxford University Press.
- DUARTE, Luis, 2013: "A Proof-Based Account of Legal Exceptions", *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 33, Nº 1.
- DUARTE, Luis, 2015a: *Allowing for Exceptions. A Theory of Defences and Defeasibility in Law*, Oxford, Oxford University Press.
- DUARTE, Luis, 2015b: "Defining 'Defences'", en A.A.V.V., *Defences in Tort*, London, Hart Publishing, pp. 35-52.
- DUARTE, Luis, 2019: "On the Legal Syllogism", en Plunkett, Shapiro y Toh (eds.), *Dimensions of Normativity*, Oxford, Oxford University Press, pp. 335-364.
- ELHAG, A. A. O., BREUKER, J. A. P. J. y BROUWER, P. W., 2000: "On the Formal Analysis of Normative Conflicts", *Information & Communications Technology Law*, Vol. 9, Nº 3.
- FERRER, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge, 2011: *Jerarquías Normativas y Dinámica de los Sistemas Jurídicos*, Madrid, Marcial Pons.
- FERRER, Jordi, 2005: *Prueba y Verdad en el Derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- FERRER, Jordi, 2006: "Legal Proof and Fact Finders' Beliefs", *Legal Theory*, Vol. 12.
- FINKELSTEIN, C.O., 1999: "When the Rule Swallows the Exception", en Meyer (ed.), *Rules and Reasoning*, Oxford, Hard Publishing, pp. 147-175.
- GARCÍA, José, 2020: "La Noción de Derrotabilidad en Hart", *Ius et Praxis*, Año 26, Nº 2.
- GUASTINI, Riccardo, 1999: *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Barcelona, Gedisa.
- HAMBLIN, C. L., 1972: "Quandaries and the Logic of Rules", *Journal of Philosophical Logic*, Vol. 1, Nº 1.
- HAMMER, H., 1987: "A Functional Taxonomy of Normative Conflict", *Law and Philosophy*, Vol. 6, Nº 2.
- HART, H. L. A., 1949: "The Adscription of Responsibility and Rights", *Proceedings of the Aristotelian Society*, Vol. 49.
- HO, H. L., 2008: *A Philosophy of Evidence Law*, Oxford, Oxford University Press.
- KELSEN, Hans, 1944: "The Principle of Sovereign Equality of States as a Basis for International Organization", *The Yale Law Journal*, Vol. 53, Nº 2.
- KELSEN, Hans, 1957: *What is Justice?*, Berkeley, University of California Press.
- KELSEN, Hans, 1973: *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht, Reidel Publishing.
- KELSEN, Hans, 1991: *General Theory of Norms*, Oxford, Clarendon Press.
- KELSEN, Hans, 2005: *Pure Theory of Law*, New Jersey, The Lawbook Exchange.
- KELSEN, Hans, 2006: *General Theory of Law and State*, New Brunswick, Transaction Publishers.
- LAUDAN, Larry, 2006: *Truth, Error and Criminal Law*, New York, Cambridge University Press.
- MACCORMICK, Neil, 1986: "Law as Institutional Fact", en MacCormick y Weinberger, *An Institutional Theory of Law*, Dordrecht, Reidel, pp. 49-76.
- MACCORMICK, Neil, 1995: "Defeasibility in Law and Logic", A.A.V.V., *Informatics and the Foundations of Legal Reasoning*, Dordrecht, Kluwer, pp.99-117.
- MACCORMICK, Neil, 2005: *Rhetoric and the Rule of Law*, Oxford, Oxford University Press.
- MACKIE, J. L., 1985: *Persons and Values. Selected Papers. Volume II*, Oxford, Clarendon Press.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014a: *Norma, Causalidad y Acción*, Madrid, Marcial Pons.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2014b: "Normas Permisivas y Deberes de Tolerancia", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 2.

- MILLER, Leonard, 1956: "Rules and Exceptions", *Ethics*, Vol. 66, N° 4.
- MOORE, Michael, 1989a: "Authority, Law and Razian Reasons", *Southern California Law Review*, Vol. 62, N° 3&4.
- MOORE, Michael, 1989b: "Torture and the Balance of Evils", *Israel Law Review*, Vol. 23, N° 2&3.
- NAVARRO, Pablo y MORESO, J. J., 1997: "Applicability and Effectiveness of Legal Norms", *Law and Philosophy*, Vol. 16.
- NAVARRO, Pablo; ORUNESU, Claudina; RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, 2004: "Applicability of Legal Norms", *Canadian Journal of Law and Jurisprudence*, Vol. XVII, N° 2.
- NAVARRO, Pablo y RODRÍGUEZ, Jorge, 2014: *Deontic Logic and Legal Systems*, New York, Cambridge University Press.
- ORTIZ DE URBINA, Íñigo, 2008: "De Moscas y Agresores Muertos", *InDret Penal*, 3/2008.
- RAWLS, John, 1999: *A Theory of Justice*, Cambridge, Massachusetts, The Belknap Press.
- RAZ, Joseph, 1980: *The Concept of a Legal System*, Oxford, Clarendon Press.
- RAZ, Joseph, 1989: "Facing Up: A Reply", *Southern California Law Review*, Vol. 62, N° 3&4.
- RODRÍGUEZ, Jorge y SUCAR, Germán, 1998: "Las Trampas de la Derrotabilidad", *Doxa*, Vol. 2, N° 1.
- RODRÍGUEZ, Jorge, 1997: "La Derrotabilidad de las Normas Jurídicas", *Isonomía*, N° 6.
- ROSS, Alf, 1959: *On Law and Justice*, Berkeley, University of California Press.
- SARTOR, Giovanni, 1992: "Normative Conflicts in Legal Reasoning", *Artificial Intelligence and Law*, Vol. 1.
- SARTOR, Giovanni, 1994: "A Formal Model of Legal Argumentation", *Ratio Juris*, Vol. 7, N° 2.
- SCHAUER, Frederick, 1991: "Exceptions", *The University of Chicago Law Review*, Vol. 58, N° 3.
- SEARLE, John, 1987: "Prima Facie Obligations", en Raz (ed.), *Practical Reasoning*, Oxford, Oxford University Press, pp. 81-90.
- SEARLE, John, 2010: *Making the Social World*, Oxford, Oxford University Press.
- STAVROPOULOS, Nicos, 1996: *Objectivity in Law*, Oxford, Clarendon Press.
- STONE, Julius, 1944: "Burden of Proof and the Judicial Process", *Law Quarterly Review*, Vol. 60, N° 3.
- STONE, Julius, 1985: *Precedent and Law*, Sydney, Butterworths.
- SZCZARANSKI, Federico, 2021: "Sobre el Rol Expresivo del principio *ne bis in idem*: Una Aproximación Inferencial al Concurso Aparente por Especialidad", en Maldonado (ed.), *Concurso de Delitos. Problemas Fundamentales*, Santiago, Tirant lo Blanch (de próxima publicación).
- SZCZARANSKI, Federico (en revisión): "On Normative Redundancies and Conflicts: A Material Approach", *Law and Philosophy*.
- VON WRIGHT, G. H., 1963: *Norm and Action*, London, Routledge & Kegan Paul.
- VON WRIGHT, G. H., 1991: "Is There a Logic of Norms?", *Ratio Juris*, Vol. 4, N° 3.
- VON WRIGHT, G. H., 1983: *Practical Reason*, Oxford, Basil Blackwell.
- WALUCHOW, Wilfrid, 2012: "Defeasibility and Legal Positivism", en Ferrer y Battista (eds.), *The Logic of Legal Requirements*, Oxford, Oxford University Press, pp. 254-267.
- WEINBERGER, Ota, 1972: "Fundamental Problems of the Theory of Legal Reasoning", *Archives for Philosophy of Law and Social Philosophy*, Vol. 58, N° 3.
- WILLIAMS, Glanville, 1982: "Offences and Defences", *Legal Studies*, Vol. 2, N° 3.
- WILLIAMS, Glanville, 1988: "The Logic of 'Exceptions'", *The Cambridge Law Journal*, Vol. 47, N° 2.
- WITTGENSTEIN, Ludwig, 1958: *Philosophical Investigations*, Oxford, Basil Blackwell.

Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros

*Gabriel Hernández Paulsen**

*Sebastián Campos Micin***

RESUMEN

El trabajo examina el control de incorporación de las cláusulas no negociadas individualmente, destacando la especial importancia que tiene en el ámbito de la contratación de productos y servicios financieros. Para este efecto, se encuadra el mencionado control en la normativa acerca de información precontractual, postulándose que cumple una función de transparencia, tanto en la formación del consentimiento como en la ejecución del contrato. Adicionalmente, se analiza el alcance de dicho control a la luz de la Ley Nº 19.496, que Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores (LPDC), mediante la distinción entre cargas de cognoscibilidad, comprensibilidad y previsibilidad.

Control de incorporación; cláusulas no negociadas individualmente;
cargas de incorporación; transparencia

Functions and importance of incorporation control, with special mention to the contracting of financial products and financial services

ABSTRACT

The present paper examines the control of incorporation of individually non-negotiated clauses, highlighting the special importance that it acquires in the field of contracting financial products and services. For these means, the mentioned control is framed in the pre-contractual information regulations, postulating that it fulfills a transparency function, both on the occasion of the formation of the consent, and on the occasion of the execution of the contract. Additionally, it is analyzed the importance of that said control, in the light of the Law Nº 19,496, which

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile; Doctor en Derecho Privado, Universidad Autónoma de Barcelona. Profesor y Director del Departamento de Derecho Privado, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3180-8067>. Correo electrónico: gherman@derecho.uchile.cl

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

Artículo recibido el 28.10.19 y aceptado para su publicación el 27.2.20.

Establishes Rules for Protection of Consumer Rights (LPDC), through the distinction between charges of cognizability, understandability and predictability.

Precontractual control of incorporation; not individually negotiated clauses; charges of incorporation; transparency

I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito de los contratos por adhesión, con el fin de reforzar la autonomía privada del adherente y posibilitar cierta medida de transparencia y justicia, las cláusulas no negociadas individualmente suelen someterse a dos controles con diversa naturaleza y función¹: por un lado, el control de incorporación, que, concebido con alcance amplio, resguarda la cognoscibilidad, comprensibilidad y razonable previsibilidad del clausulado; y, por otro, el control de contenido, que cautela un determinado grado de equilibrio normativo de las cláusulas.

El control de incorporación, que es el que ocupará nuestra atención, se enmarca en la normativa respecto de información precontractual entendida en sentido amplio, pues mediante su cumplimiento el empresario informa al adherente acerca de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente y le da la posibilidad de informarse de su contenido². La utilidad de este control es particularmente clara en el ámbito de la contratación de productos y servicios financieros (PSF), cuya complejidad y acusada asimetría informativa facilita que el empresario emplee cláusulas no negociadas individualmente que, de ser realmente conocidas y comprendidas por el adherente, podrían llevarlo a no contratar.

En general, salvo algunas excepciones³, la doctrina nacional no ha dedicado una significativa preocupación al control de incorporación, lo que justifica, atendida la potencial tutela que puede brindar a los intereses del adherente, el examen de sus funciones y alcances .

II. FUNCIONES DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN

El control de incorporación busca verificar la concurrencia de ciertas cargas que debe cumplir quien utiliza cláusulas no negociadas individualmente para que formen parte de un contrato⁴.

Dichas cargas se dirigen a dar al adherente la oportunidad de conocer la existencia y contenido de aquellas cláusulas de forma previa o simultánea a la conclusión del

¹ SÁNCHEZ, 1980, pp. 386 y 387; POLO, 1990, pp. 35-40; ALFARO, 1991, p. 37.

² HERNÁNDEZ, 2014, p. 176; HERNÁNDEZ, 2015a, p. 363.

³ TAPIA y VALDIVIA, 1999, pp. 59-78; PIZARRO y PÉREZ, 2013, pp. 359-363; CONTARDO, 2014, pp. 113-127; BARRIENTOS, 2018, pp. 1001-1018.

⁴ PAGADOR, 1999, pp. 339 y 340; PAGADOR, 2011, p. 1349. En Chile, HERNÁNDEZ, 2014, pp. 172-193, MORALES, 2018, pp. 68-70 y 85-87; CAMPOS, 2019, pp. 291-298.

contrato (cargas de cognoscibilidad); a posibilitar que pueda comprenderlas, teniendo en cuenta el estándar del adherente medio en relación con el tipo de negocio de que se trate (cargas de comprensibilidad); y, en sistemas más protectores, a resguardar la razonable previsibilidad del clausulado (cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada)⁵. La no satisfacción de estas cargas implica que las correspondientes cláusulas no formarán parte del contrato, resultando, por tanto, ineficaces⁶.

Así delineado, el control de incorporación se distingue del control de contenido, al buscar el segundo que las cláusulas no se distancien del derecho dispositivo en un nivel que ponga en riesgo la salvaguarda de las expectativas típicas del adherente⁷.

Existe alta coincidencia en torno a que el control de incorporación cumple una función de transparencia⁸, si bien se discute respecto de sus alcances.

Autorizada doctrina, bajo la premisa de que el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente no constituye un factor de decisión para el adherente⁹, sostiene que las cargas de incorporación no tienden a una adecuada formación del consentimiento, sino a posibilitar que aquel, una vez celebrado el contrato, cuente con un ejemplar de dichas cláusulas que, en esencia, le permita conocer sus derechos y obligaciones, las cargas que debe cumplir para ejercer los primeros y la extensión de estos¹⁰. Enseguida, el equilibrio contractual es tutelado por el control de contenido, que se aplica con posterioridad al de incorporación¹¹.

⁵ ALBIEZ, 2009, p. 121; DURANY, 2002, p. 274; DÍAZ y ÁLVAREZ, 2016, p. 77; GONZÁLEZ, 2015, pp. 1052-1055. En Chile, BARRIENTOS, 2018, p. 1001. En cuanto al estándar de diligencia exigible al adherente, que se concreta según el tipo de público al que se dirige la oferta y las circunstancias de la contratación, PÉREZ, 2015, p. 415. Respecto de las cargas de cognoscibilidad reforzada, en Portugal, el capítulo II del *Decreto-Lei* N° 446/85, de 25 de octubre de 1985, regula un control que, sobre la base de los deberes de comunicación e información, resguarda la posibilidad de conocer y comprender el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente, y su previsibilidad (DE SÁ, 2005, pp. 60 y 61; DE ARAÚJO, 2010, pp. 93 y 94; CALVÃO, 2011, pp. 76 y 77; MORAIS, 2013, p. 154). En el caso alemán, el § 305c del BGB resguarda la previsibilidad de las condiciones generales, precisando que no forman parte del contrato las que, con base en la apariencia externa de él y las circunstancias concurrentes al celebrarlo, no sean razonablemente previsibles.

⁶ En derecho comparado se discute cuál es la específica sanción aplicable. En la doctrina italiana se han planteado la nulidad por falta de consentimiento y la inoponibilidad (PATTI y PATTI, 1993, pp. 344-346 y 356-361; BIANCA, 2000, p. 348). En Portugal se ha sostenido que la no incorporación equivale a que las cláusulas se reputen no escritas (DE SÁ, 2005, p. 251) o inexistentes (DE ARAÚJO, 2010, p. 110; MORAIS, 2013, pp. 184 y 185). En España, parte de la doctrina (aun cuando controvierta la decisión del legislador) estima que la sanción prevista por el artículo 9.1 de la LCGC es una nulidad de pleno derecho relativa (PASQUAU, 2000, pp. 281-284). En Chile, Contardo postula la inexigibilidad respecto del consumidor (CONTARDO, 2014, pp. 125-127).

⁷ Desde una perspectiva diversa, Morales sostiene que el control de incorporación “es un mecanismo de control de cláusulas abusivas, porque busca evitar que el contrato sea el continente propicio para alojar este tipo de cláusulas” (MORALES, 2018, p. 68).

⁸ En Chile, explicando cómo el principio de transparencia informa la LPDC, BARAONA, 2014, pp. 384-388.

⁹ BLANDINO, 2012, p. 589; ALFARO, 1991, pp. 69-80.

¹⁰ En este sentido, respecto de las condiciones generales de contratación, ALFARO, 1991, pp. 192-202.

¹¹ Una aproximación a la noción de abusividad y a los modelos para su apreciación en CAMPOS, 2019, pp. 37-53.

Por otra parte, también autorizada doctrina (cuya opinión compartimos) ha sostenido que el control de incorporación resguarda, al menos en cierta medida, la libertad de elección, pues permite que el adherente sepa previamente que la convención estará integrada por cláusulas no negociadas, otorgándole, además, la posibilidad de conocer su contenido, al efecto de ponderar la conveniencia de contratar¹².

En particular, el control de incorporación adquiere un sentido especial tratándose de las cláusulas concernientes a los elementos económicos del contrato¹³, en relación con ello las cargas de cognoscibilidad, comprensibilidad y previsibilidad son más exigentes, al efecto de resguardar que, al menos respecto de dichas cláusulas, exista un grado satisfactorio de acuerdo entre las partes. Esto implica, para cierto sector, que la mayor exigencia que deben cumplir las señaladas cargas supone que el control de incorporación estaría integrado por un control de transparencia material¹⁴. Naturalmente, no perdemos de vista que, desde una aproximación alternativa –cuya operatividad no descartamos–, la falta de transparencia material de las cláusulas concernientes a los elementos esenciales del contrato permite someterlas al control de contenido¹⁵.

Un ámbito en que resultan especialmente importantes el conocimiento y la comprensión de los elementos económicos del contrato es el de los PSF. Atendida su mayor complejidad, en su contratación se incrementa el riesgo de que, por un defecto de transparencia, el cliente no pueda conocer los alcances económicos de las cláusulas no negociadas individualmente. En este marco, así como en general, el test de incorporación opera como un tipo de control de consentimiento, al permitir tener como no incorporadas –y, por tanto, como ineficaces– las cláusulas que no satisfagan las respectivas cargas¹⁶. Así, la no inclusión de las cláusulas que no cumplan dichas cargas, permite reconocer el acuerdo que el adherente, observando el cuidado debido según las circunstancias, ha creído alcanzar con el empresario, determinándose sobre esta base los elementos esenciales del contrato¹⁷.

¹² PAGADOR, 2011, p. 1349, nota Nº 96.

¹³ CÁMARA, 2006, pp. 155-158 y 183.

¹⁴ CÁMARA, 2017, p. 395.

¹⁵ Esto, en virtud de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y del Tribunal Supremo español. Para una revisión de ella, PAZOS, 2017, pp. 415-446. Esta aproximación encuentra sus raíces en jurisprudencia alemana de la década de los ochenta del siglo pasado (PERTÍÑEZ, 2004, pp. 113-119; CÁMARA, 2006, pp. 27 y 28).

¹⁶ En este particular ámbito, la satisfacción de las cargas de incorporación puede examinarse a la luz del deber precontractual de consejo o incluso del de advertencia. En un sentido afín, especialmente respecto del contrato de seguro, GOLDENBERG, 2018, pp. 22 y 23.

¹⁷ En una línea diversa a la iniciada por la famosa sentencia de 9 de mayo de 2013, el Tribunal Supremo español, a propósito de un contrato de préstamo, ha sugerido que la falta de información específica acerca de la existencia y alcance de una “cláusula suelo” permite entenderla no incorporada por no haber tenido los adherentes una oportunidad real para conocerla, determinándose los elementos del contrato sobre la base del resto del clausulado (STS, 25 de enero de 2019, Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres, Número de resolución 57/2019, fundamento de derecho tercero).

III. ALCANCE DEL CONTROL DE INCORPORACIÓN EN LA LEY SOBRE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS CONSUMIDORES

1. *Generalidades y ámbito de aplicación*

En Chile, el control de incorporación está regulado en los artículos 17 y 12 A de la LPDC¹⁸. El artículo 17 se refiere, en general, a las cargas que deben cumplir las cláusulas no negociadas individualmente para su incorporación en un contrato por adhesión. El artículo 12 A contempla cargas específicas para la contratación a distancia¹⁹. En el caso de los PSF, dichos preceptos se complementan con los artículos 17 B (contenido mínimo del contrato); 17 C (“hoja resumen”); 17 D, inciso quinto (imposibilidad de incluir cláusulas de garantía general en mutuos hipotecarios, salvo solicitud escrita del consumidor)²⁰; 17 G (publicidad de la CAE); y 17 J (“ficha explicativa” respecto del fiador y el deudor solidario), los que, si bien no contemplan auténticas cargas de incorporación, también se enmarcan en la normativa acerca de información precontractual²¹.

En cuanto al ámbito subjetivo de aplicación del control de inclusión, es posible señalar, preliminarmente, que, en otros sistemas, las cargas de incorporación se aplican respecto de todo contrato por adhesión, con independencia de la condición del adherente²². En nuestro ordenamiento, en virtud de los artículos 1, 2 y 2 bis de la LPDC,

¹⁸ DE LA MAZA, 2004, p. 15. En una línea similar, MORALES, 2018, pp. 85-87, quien añade que los artículos 17 B y 17 C, en tanto expresiones del principio de transparencia, también constituyen manifestaciones del control de incorporación.

¹⁹ Pinochet ha sostenido que el contrato electrónico, en caso de concluirse en el marco de procesos de comunicaciones ininterrumpidos, no constituye un contrato a distancia, debiendo reputarse celebrado entre presentes (PINOCHET, 2013, p. 266). No obstante, siguiendo el modelo de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores, un contrato debe estimarse celebrado a distancia cuando ha sido concluido por medios de comunicación a distancia de cualquier naturaleza y, por tanto, sin la presencia física simultánea de las partes. En este sentido, aun cuando la contratación telefónica y, en ciertos y excepcionales casos, la electrónica pudieran considerarse como contratación entre presentes, tal circunstancia no las priva de la calificación de contratación a distancia, pues en ambos casos no existe presencia física simultánea de los contratantes, concurriendo los mismos riesgos que justifican la aplicación del estatuto especial y protector reservado a la contratación a distancia (MIRANDA, 2011, pp. 1447, 1448, 1464 y 1484).

²⁰ Acerca del origen de esta regla, sus presupuestos y ámbito de aplicación, GOLDENBERG, 2013, pp. 431-435.

²¹ Asumiendo que, más allá del interés particular de cada adherente, la regulación contenida en la LPDC apunta a la consecución de estándares mínimos de transparencia y confianza en los mercados, las señaladas cargas devienen en auténticos deberes cuya vulneración desencadena responsabilidad infraccional (en una dirección afín, ISLER, 2015, pp. 82-87).

²² En el caso italiano, las cargas de incorporación contempladas en los artículos 1341 y 1342 del *Codice Civile*, que han de satisfacer las condiciones generales, así como los módulos y formularios predispuestos para disciplinar de modo uniforme diversas relaciones contractuales, operan tanto en contratos de consumo como en contratos celebrados entre empresarios (PATTI y PATTI, 1993, pp. 305, 306 y 355; BIANCA, 2000, pp. 350 y 351; RICCI, 2015, p. 48). En el caso portugués, sobre la base de los artículos 1.1, 1.2 y 4 a 9 del *Decreto-Lei* N° 446/85, de 25 de octubre de 1985, el control de inclusión se aplica tanto en contratos de consumo como en contratos celebrados entre empresarios, extendiéndose a toda cláusula no negociada

las cargas contempladas en los artículos 17 y 12 A se aplican solamente en los contratos por adhesión celebrados entre proveedores y consumidores²³. No obstante, el artículo Noveno 2) de la Ley Nº 20.416, que “Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño”, hace aplicables varios preceptos de la LPDC a los contratos cuyos adherentes sean micro o pequeñas empresas, entre otros, los mencionados artículos 17 y 12 A²⁴. Esta extensión del ámbito subjetivo de aplicación del control de incorporación encuentra justificación en el hecho de que los desequilibrios de poder y las asimetrías informativas se presentan en la generalidad de los contratos por adhesión, lo que ha hecho necesario un estatuto de protección para el adherente, sea o no consumidor²⁵. A modo de ejemplo y para seguir con el ámbito que en particular motiva estas líneas —el de los PSF—, es admisible tener en cuenta que es probable que una micro o pequeña empresa que requiera financiamiento, no solo esté privada de la posibilidad de negociar los términos y condiciones bajo los que una entidad estaría dispuesta a prestarle dinero, sino que, además, no tenga un conocimiento acabado de las diversas cláusulas, sobre todo económicas, que podría imponerle (*v. gr.*, respecto de los intereses), a semejanza de lo que acontece con las personas naturales.

En lo que atañe al ámbito objetivo de aplicación, el artículo 17 de la LPDC no precisa qué cláusulas han de someterse al control de inclusión. En este sentido y ante todo, conviene tener presente que no cualquier cláusula no negociada individualmente constituye una condición general de la contratación²⁶. En términos globales, una cláusula puede reputarse no negociada individualmente cuando ha sido impuesta por uno de los contratantes sin que el otro haya podido influir en su contenido²⁷. Por su parte, una

individualmente, sea o no condición general (MORAIS, 2013, pp. 64 y 65). En el caso español, en virtud de los artículos 2, 5 y 7 de la LCGC, el control de incorporación se aplica a todo contrato al que se intenten incluir condiciones generales, cualquiera sea la calidad del adherente (BADENAS, 2000, pp. 87-90; DÍEZ-PICAZO, 2002, pp. 142-144). Tratándose de instrumentos de derecho uniforme, se regulan controles de incorporación en los artículos 2:104 de los PECL, 6:201 de los ACQP y II.-9:103 del DCFR. Conforme con estas disposiciones, las cargas de incorporación se aplican tanto en contratos de consumo como en contratos celebrados entre empresarios, y respecto de toda cláusula no negociada individualmente. En el ámbito del derecho comunitario, el artículo 70 del CESL contempla un control de incorporación que, si bien confiere una tutela diferenciada en función de la calidad del adherente, se aplica a todo contrato en que se intenten incluir cláusulas predispuestas, sea que el contrato sea de consumo o haya sido celebrado entre comerciantes, si al menos uno de ellos tiene la calidad de pequeña o mediana empresa.

²³ Como es sabido, el derecho del consumo, con el fin de corregir los desequilibrios de poder y las asimetrías informativas que suelen presentarse en las relaciones que regula, se caracteriza por la alteración de los principios clásicos del derecho de contratos, lo que justifica la imposición de deberes o cargas que desempeñen una función informativa (HERNÁNDEZ, 2015b, p. 332).

²⁴ El inciso 1º del referido artículo Noveno 2) prescribe lo siguiente: “Normas Aplicables. Serán aplicables a los actos y contratos celebrados entre micro o pequeñas empresas y sus proveedores las normas establecidas en favor de los consumidores por la ley Nº 19.496 en los párrafos 1º, 3º, 4º y 5º del Título II, y en los párrafos 1º, 2º, 3º y 4º del Título III o, a opción de las primeras, las demás disposiciones aplicables entre partes”. Al respecto, MOMBERG, 2012, pp. 377-391.

²⁵ GONZÁLEZ, 2000, p. 146; BADENAS, 2000, pp. 57 y 58.

²⁶ PAZOS, 2017, pp. 77-95.

²⁷ Artículos 6:101.2 de los ACQP, II.-1:110.1 del DCFR y 7.1 del CESL, que reiteran la fórmula previamente consagrada por el artículo 3.2 de la Directiva 93/13/CEE. Resaltando la influencia de la Directiva,

condición general de la contratación es toda cláusula no negociada individualmente que ha sido predispuesta para reglamentar de manera uniforme una pluralidad (determinada o indeterminada) de contratos²⁸. Si bien lo habitual es que las cláusulas se predispongan para su utilización general²⁹, la noción de cláusula no negociada individualmente permite que el control de incorporación se extienda a todas las hipótesis en que una de las partes ve reducida su autonomía privada a una mera libertad de conclusión, con independencia de si la respectiva cláusula es una condición general³⁰.

En consecuencia, en atención a que la sanción de ineficacia contemplada en el artículo 17 de la LPDC rige respecto de todas “las cláusulas que no cumplan” con las cargas de incorporación, puede sostenerse que el control de inclusión se aplica a cualquier cláusula no negociada individualmente, revista o no el carácter de condición general de la contratación³¹. Tomando por caso el de los PSF (que ocupan en particular nuestra atención), la extensión del control de incorporación a toda cláusula no negociada individualmente podría ser relevante en aquellas hipótesis en que, considerando las singularidades del cliente, una institución financiera predisponga cláusulas especialmente para él.

2. *Cargas de cognoscibilidad*

Genéricamente, las cargas de cognoscibilidad imponen la necesidad de proporcionar al adherente, con una antelación razonable a la celebración del contrato, la posibilidad de conocer el contenido de las cláusulas no negociadas individualmente. En este sentido, y según anunciáramos, dichas cargas cumplen una función informativa³², lo que es particularmente relevante en el caso de los PSF, atendida su mayor complejidad y los importantes riesgos económicos que, en multitud de ocasiones, asume el cliente.

En la contratación por escrito, las cargas de cognoscibilidad suelen concretarse en la necesidad de informar expresamente al adherente, antes de la celebración del contrato, la existencia de las cláusulas no negociadas individualmente, así como en la de entregarle un ejemplar de las mismas y requerir su aceptación y firma³³. En Chile, el artículo 17

GIMÉNEZ, 2012, p. 123; ALBIEZ, 2011, p. 199.

²⁸ Artículos 6:101.3 de los ACQP y II.-1:109 del DCFR. En una línea cercana se enmarca el artículo 33 del Proyecto de Pavía, con la diferencia de que exige que las condiciones se hayan predispuesto para reglamentar una pluralidad necesariamente determinada de contratos.

²⁹ Ciertamente, la racionalización de costos y los demás beneficios ligados a la predisposición se alcanzan cuando es realizada con miras a su utilización general (PATTI y PATTI, 1993, p. 305; BERCOVITZ, 2000, p. 30; ALFARO, 2002, p. 104).

³⁰ PAZOS, 2017, p. 78.

³¹ Igual como ocurre con el control de contenido (exartículo 16 de la LPDC), el artículo 17 parece excluir la posibilidad de un control preventivo, pues asocia las cargas de incorporación a las cláusulas no negociadas individualmente presentes en contratos por adhesión. No obstante, en línea con MORALES, 2017, p. 396, estimamos que, sobre la base del principio pro consumidor, debiese darse una interpretación extensiva a los artículos 16 y 17 de la LPDC, de modo de posibilitar el control preventivo de cláusulas no negociadas que tengan el carácter de condiciones generales.

³² HERNÁNDEZ, 2014, pp. 184 y 185.

³³ Así ocurre en España respecto de las condiciones generales de la contratación (artículo 5.1 de la LCGC).

de la LPDC no contempla realmente una carga de cognoscibilidad. Por el contrario, conforme con su inciso cuarto, solo una vez que el contrato haya sido firmado por el consumidor, el proveedor debe entregarle un ejemplar íntegro de él, suscrito por todas las partes. Esta circunstancia podría sugerir que en nuestro sistema, salvo por la regla de la prevalencia recogida por dicho precepto –que sí resguardaría el consentimiento³⁴–, las cargas de incorporación previstas en el artículo 17 de la LPDC desempeñan una mera función de publicidad, y no de protección de la voluntad³⁵.

No obstante, la no imposición legal de cargas de cognoscibilidad en la contratación por escrito, no descarta su procedencia. En Francia, aun antes de que el *Code de la Consommation* contemplara un capítulo dedicado a la *présentation des contrats*, la doctrina y la jurisprudencia entendieron que son inoponibles a un no profesional aquellas cláusulas predispuestas que no hayan sido adecuadamente presentadas o redactadas de forma clara y comprensible³⁶. La razón de tal inoponibilidad se sustentó en la concurrencia de una “irregularidad coetánea a la formación del contrato”, que impide que la respectiva cláusula forme parte del contenido de la oferta³⁷. En nuestro sistema, en virtud de las reglas generales contempladas en el Código Civil, la ignorancia respecto de una cláusula no negociada individualmente, en aquellas hipótesis en que su conocimiento no es exigible a un adherente de diligencia ordinaria, podría acarrear su nulidad absoluta por falta de consentimiento (exartículo 1682)³⁸. Por lo demás, la carga de comunicar la existencia de las cláusulas no negociadas individualmente y otorgar un ejemplar al cliente, con el fin de que pueda conocer su contenido de forma previa a la celebración del contrato, constituye una exigencia derivada de la buena fe³⁹, lo que resulta particularmente claro en el caso de los PSF, atendida su mayor complejidad y riesgo, así como el acusado protagonismo en dicho terreno del principio de la confianza⁴⁰.

Por su parte, en el ámbito de la contratación a distancia, el artículo 12 A de la LPDC consagra una laxa carga de cognoscibilidad, consistente en resguardar la accesibilidad de las condiciones generales del contrato y la posibilidad de almacenarlas o imprimirlas, sin que el empresario deba adoptar medidas adicionales tendientes a advertir

³⁴ PIZARRO y PÉREZ, 2013, p. 363.

³⁵ CAMPOS, 2019, p. 294, nota N° 940.

³⁶ Acerca de este punto, con abundantes citas, CÁMARA, 2015, pp. 582-585.

³⁷ CÁMARA, 2015, pp. 583 y 584, especialmente nota N° 93.

³⁸ En tanto que el consentimiento es exigido para la eficacia de todo acto, se configuraría, respecto de la cláusula afectada, la causal genérica de nulidad absoluta contemplada en el artículo 1682 del Código Civil, esto es, la omisión de un requisito o formalidad que la ley exige para el valor en atención a la especie o naturaleza del acto o contrato (ALESSANDRI, 1949, pp. 238 y 239).

³⁹ HERNÁNDEZ, 2014, p. 175. Como es sabido, la existencia de asimetrías informativas justifica, sobre la base de la buena fe, el desplazamiento de la regla *caveat emptor* (HERNÁNDEZ, 2018, p. 619). En este sentido, la comunicación de la existencia de cláusulas no negociadas individualmente es un requerimiento de información precontractual (HERNÁNDEZ, 2018, p. 626).

⁴⁰ HERNÁNDEZ, 2015a, pp. 358 y 359.

al adherente acerca de la existencia de dichas condiciones⁴¹. Si bien el tenor del citado artículo parece sugerir que la no formación del consentimiento contemplada como sanción ante la insatisfacción de la carga que impone opera respecto de todo el contrato⁴², una interpretación proadherente debiese implicar que la ausencia de consentimiento solamente se produce respecto de las cláusulas no negociadas que no hayan satisfecho la carga pertinente, pues la ineficacia parcial que de dicha ausencia derivaría, en tanto que resguarda el acuerdo que un adherente de diligencia ordinaria cree haber alcanzado en lo demás, tutela de mejor manera sus legítimas expectativas⁴³.

En lo que atañe a los PSF, la carga de cognoscibilidad establecida en el artículo 12 A de la LPDC debiese significar un freno, por ejemplo, a las prácticas comerciales de ciertas entidades, que, conociendo la situación de endeudamiento de algunas personas, ofrecen la contratación telefónica de préstamos, seguros, aperturas de línea de crédito y otros PSF, que, en muchos casos, contribuyen a generar o aumentar una precaria situación económica.

Ahora bien, en principio, pareciera que en el ámbito de la contratación telefónica no es factible la comunicación de cada una de las cláusulas no negociadas, de modo que el adherente pueda conocerlas antes de la celebración del contrato⁴⁴. Sin embargo, esto no obsta a que el empresario, más allá de referir telefónicamente, en forma clara y comprensible, los aspectos fundamentales del negocio, deba remitir simultáneamente al adherente, vía correo electrónico u otro medio adecuado, y antes de la conclusión del contrato, un ejemplar en soporte duradero de las condiciones generales, asegurándole, así, el acceso claro, comprensible e inequívoco a ellas que ordena el artículo 12 A de la LPDC, y dándole además la posibilidad de imprimirlas y almacenarlas⁴⁵.

Asimismo, la existencia de cargas de cognoscibilidad no obsta a la mantención de la obligación del proveedor de enviar una confirmación escrita de la celebración del contrato al adherente, facilitándole una copia íntegra, clara y legible de él. En derecho

⁴¹ En los instrumentos de derecho uniforme, suele contemplarse expresamente la carga de comunicar la existencia de las cláusulas no negociadas individualmente que se pretendan incorporar a un contrato a distancia, y la carga de que estén disponibles para el adherente en forma escrita o en un soporte duradero con anterioridad a la celebración del contrato. Así lo exigen para la contratación electrónica los artículos 6:201.3 de los ACQP y II.-9:103.2 del DCFR.

⁴² En este sentido, Pinochet parece asumir que la sanción implica la ineficacia de todo el contrato, si bien reconoce que se trata de una solución poco satisfactoria para el consumidor, por lo que propone que pueda renunciar a la sanción, dándose por celebrado el contrato si es lo que más conviene a su interés (PINOCHET, 2013, p. 270).

⁴³ MORAIS, 2013, p. 195. En Chile, en un sentido afín, CONTARDO, 2014, pp. 123 y 124.

⁴⁴ GONZÁLEZ, 2015, pp. 1058-1059.

⁴⁵ En el ámbito europeo, habida cuenta de la facultad que otorga a los Estados miembros el artículo 8.6 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores, suele imponerse al empresario que desea celebrar un contrato telefónicamente la obligación de confirmar posteriormente la oferta en un soporte duradero, quedando vinculado el consumidor solamente una vez que la haya firmado o enviado su acuerdo por escrito. Así ocurre en Francia (artículo L 221-16 del *Code de la Consommation*), Italia (artículo 51.6 del *Codice del Consumo*) y España (artículo 98.6 del TRLGDCU).

comparado, en lo que atañe a las relaciones de consumo, la confirmación de dicha celebración es una obligación típica en la contratación a distancia⁴⁶, teniendo por finalidad aportar un medio de prueba de la contratación realizada y sus términos⁴⁷. En la LPDC, la obligación que comentamos está consagrada en el inciso final del artículo 17 para la contratación por escrito y, en el inciso tercero del artículo 12 A, para la contratación a distancia⁴⁸. En caso de que la contratación a distancia se refiera a PSF, a la luz del artículo 17 C de la LPDC, es necesario que la copia del contrato que se remita al adherente contenga al inicio una hoja con un resumen estandarizado que cumpla las prescripciones de los respectivos reglamentos⁴⁹.

3. *Cargas de comprensibilidad*

En cuanto a la contratación por escrito, el inciso primero del artículo 17 de la LPDC establece que las cláusulas que no estén redactadas de modo claramente legible, con un tamaño de letra no inferior a 2,5 milímetros y en idioma castellano –salvo aquellas palabras de otra lengua que el uso haya incorporado al léxico–, “no producirán efecto alguno respecto del consumidor”⁵⁰.

⁴⁶ Artículo 8.7 de la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los Derechos de los Consumidores; artículo 98.7 del TRLGDCU.

⁴⁷ SÁNCHEZ, 2015, p. 1499; HERNÁNDEZ, 2014, p. 187.

⁴⁸ Un problema importante es el de la consecuencia aplicable en caso de que no se observe este deber en el ámbito de la contratación a distancia. Más allá de la responsabilidad infraccional, en lo que atañe a las consecuencias civiles, Pinochet sostiene que, a falta de una regla especial y siguiendo las soluciones existentes en el derecho comparado, debiese otorgarse al consumidor la posibilidad de “desligarse del contrato no documentado, no siendo permitida tal facultad al proveedor” (PINOCHET, 2013, p. 273). Por su parte, Morales sostiene que la sanción es la contemplada en la letra b) del artículo 3º bis de la LPDC, esto es, la extensión del plazo para el ejercicio del derecho de retracto (MORALES, 2018, p. 86).

⁴⁹ En concreto, tratándose de créditos hipotecarios, la “hoja resumen” debe observar lo establecido en los artículos 39 y siguientes del Decreto Nº 42, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios. En el caso de los créditos de consumo, la “hoja resumen” debe respetar lo establecido en los artículos 37 y siguientes del Decreto Nº 43, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos de Consumo. Si se trata de tarjetas de crédito bancarias y no bancarias, la “hoja resumen” debe sujetarse a lo establecido en los artículos 38 y siguientes del Decreto Nº 44, del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, de 13 de julio de 2012, que aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y no Bancarias.

⁵⁰ Además, en lo concerniente al idioma, el inciso tercero añade que “no obstante lo previsto en el inciso primero, tendrán validez los contratos redactados en idioma distinto del castellano cuando el consumidor lo acepte expresamente, mediante su firma en un documento escrito en idioma castellano anexo al contrato, y quede en su poder un ejemplar del contrato en castellano, al que se estará, en caso de dudas, para todos los efectos legales”.

En España, en relación con los artículos 80.1, letras a) y b), del TRLGDCU⁵¹ y 5.5 de la LCGC⁵², se distingue entre cargas de legibilidad y cargas de comprensibilidad⁵³. Las primeras se refieren a aspectos eminentemente formales, relativos al tamaño de la letra, el contraste entre su color y el del fondo del documento, la calidad de la impresión, etc⁵⁴. Por su parte, las cargas de comprensibilidad imponen que la redacción de las cláusulas sea hecha en un lenguaje claro, preciso y concreto, de manera coherente y bajo una presentación adecuada –lo que supone una ordenación lógica y sin reenvíos innecesarios–, entre otras exigencias⁵⁵.

Aplicando la apuntada diferenciación en Chile, tendríamos que arribar a la conclusión de que nuestro ordenamiento no contempla expresamente cargas de comprensibilidad (sino solo de legibilidad, en el artículo 17 de la LPDC). No obstante, a la luz del principio proconsumidor⁵⁶ –o, mejor, proadherente–, debiese prevalecer una interpretación teleológica del artículo 17 de la LPDC, entendiendo que la redacción del clausulado “de un modo claramente legible” supone que sea claro, concreto y preciso, así como que su presentación sea adecuada y que se destaquen las cláusulas más relevantes⁵⁷.

⁵¹ “Artículo 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente.

1. En los contratos con consumidores y usuarios que utilicen cláusulas no negociadas individualmente, incluidos los que promuevan las Administraciones públicas y las entidades y empresas de ellas dependientes, aquellas deberán cumplir los siguientes requisitos:

a) Concreción, claridad y sencillez en la redacción, con posibilidad de comprensión directa, sin reenvíos a textos o documentos que no se faciliten previa o simultáneamente a la conclusión del contrato, y a los que, en todo caso, deberá hacerse referencia expresa en el documento contractual.

b) Accesibilidad y legibilidad, de forma que permita al consumidor y usuario el conocimiento previo a la celebración del contrato sobre su existencia y contenido. En ningún caso se entenderá cumplido este requisito si el tamaño de la letra del contrato fuese inferior al milímetro y medio o el insuficiente contraste con el fondo hiciese dificultosa la lectura (...).”

⁵² “Artículo 5. Requisitos de incorporación (...)

5. La redacción de las cláusulas generales deberá ajustarse a los criterios de transparencia, claridad, concreción y sencillez”.

⁵³ DURANY, 2002, p. 315.

⁵⁴ PAZOS, 2017, p. 319; DURANY, 2002, p. 318.

⁵⁵ DURANY, 2002, p. 319; PAZOS, 2017, p. 319.

⁵⁶ Una aproximación general a la vigencia del principio proconsumidor en nuestro ordenamiento en ISLER, 2019, pp. 130-138. La autora, reconociendo espacios de oscuridad en la LPDC, extrae la vigencia del principio de las reglas de interpretación contempladas en los artículos 19 a 24 del Código Civil, postulando, entre otras cosas, que el principio se enmarca en la intención o espíritu de la LPDC. En palabras de la autora, “tanto desde la *ratio legis* como la *ocassio legis*, aparece la tutela del consumidor como principio inspirador. En efecto, ello consta en la propia historia fidedigna de la LPDC, desde que en la etapa de discusión de la LPDC, se señaló, como justificación de la irrenunciabilidad de los derechos de los consumidores, la tutela de la eficacia de los derechos de los que era titular un sujeto débil. Por otra parte, también puede desprenderse de su propia denominación, en el sentido de que la LPDC se la denominó como una normativa de ‘Protección de los Derechos de los Consumidores’” (ISLER, 2019, p. 134).

⁵⁷ TAPIA y VALDIVIA, 1999, pp. 70-73. Lamentablemente, esta tesis no ha encontrado reflejo en la jurisprudencia nacional. De hecho, en sentencia de 15 de abril de 2019, la Corte Suprema, en lugar de declarar la no incorporación, aprecia la abusividad de una cláusula contenida en un contrato de prestación de servicios de educación que, a juicio del máximo tribunal, resulta incomprensible (sentencia de reemplazo de la Corte Suprema, 15.4.2019, rol N° 5363-2018, *Servicio Nacional del Consumidor con Corporación Educacional*

En este sentido, la carga de legibilidad recogida en dicho precepto debería integrarse a la luz del espíritu de la LPDC y de la ley Nº 20.416, que es la protección de la parte más débil⁵⁸. Así, correspondería tener por no incorporadas al contrato las cláusulas ininteligibles (por falta de claridad), las que contemplen supuestos de hecho o efectos vagos u oscuros (por falta de precisión o concreción) y aquellas que, pese a su relevancia, no estén adecuadamente destacadas, se ubiquen entre otras de escasa trascendencia o sean excesivamente farragosas (por presentación inadecuada)⁵⁹.

Como es lógico, la exigencia de cargas de comprensibilidad es particularmente relevante en el ámbito de los PSF –atendida su mayor complejidad y riesgo–, al permitir que el cliente pondere de mejor manera la conveniencia de celebrar el contrato⁶⁰. Por lo demás, si se tiene presente que el artículo 17 B de la LPDC –que establece el contenido mínimo de los contratos por adhesión relativos a PSF– tiene por objetivo “promover su simplicidad y transparencia”, sería inconsistente entender que las cargas especificadas en el artículo 17 solo atañen a aspectos eminentemente formales, relativos al tamaño de la letra, el contraste entre su color y el del fondo del documento, la calidad de la impresión, etcétera⁶¹.

Como sea, si se entendiera que el artículo 17 de la LPDC no consagra realmente cargas de comprensibilidad⁶², la falta de esta igualmente produciría consecuencias jurídicas. En concreto, teniendo a la vista que la claridad es una carga que debe satisfacer toda declaración de voluntad⁶³, cualquier cláusula que no sea comprensible para un adherente de diligencia ordinaria, no debería estimarse siquiera presuntivamente aceptada, siendo nula absolutamente por ausencia de consentimiento (exartículo 1682 del Código Civil)⁶⁴. Por su parte, la falta de precisión o concreción de los supuestos de hecho o de los efectos que contempla una cláusula, en cuanto involucra una infracción a la buena fe, podría conducir a la declaración de abusividad en aplicación del artículo 16

Universidad del Mar, considerando décimo). Una crítica a la aproximación contenida en esta sentencia en CAMPOS, 2019, pp. 296-298.

⁵⁸ En sentido similar, BARRIENTOS, 2018, pp. 1012-1015.

⁵⁹ En este aspecto hay una estrecha relación entre el control de incorporación y el de sorpresividad. De hecho, podría plantearse que la presentación adecuada del clausulado, más que una carga de comprensibilidad, constituye una de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada.

⁶⁰ Igualmente debe tenerse presente que la omisión de un lenguaje enteramente técnico, aun cuando contribuya a la claridad del clausulado, puede mermar su concreción. En este sentido, en el caso de los PSF, el examen de satisfacción de las cargas de comprensibilidad debe resguardar un equilibrio entre todos los factores implicados (HERNÁNDEZ, 2014, pp. 182 y 183).

⁶¹ En una línea afín, BARRIENTOS, 2018, p. 1015.

⁶² En parte del derecho comparado y a la luz de la influencia que ha ejercido el modelo diseñado en la Directiva 93/13/CEE, no es extraño que la falta de comprensibilidad no sea tratada como un problema de insatisfacción de una carga de incorporación, sino como una circunstancia que eventualmente puede dar lugar a la apreciación de abusividad de la cláusula en cuestión (sobre este punto, CAMPOS, 2019, pp. 79-90).

⁶³ En este sentido, “la claridad es un deber del declarante, por lo que tiene que soportar las consecuencias de su falta de claridad” (VIAL, 2003, p. 48).

⁶⁴ BARENGHI, 2017, p. 271; CAMPOS, 2019, pp. 295 y 296.

letra g) de la LPDC, al atribuirse al proveedor un espacio de discrecionalidad ostensible para la determinación del alcance del contrato⁶⁵.

En lo que atañe a la contratación a distancia, si bien el artículo 12 A de la LPDC solo resguarda la claridad, comprensibilidad e inequívocidad en el acceso a las condiciones generales, ello no implica que estas, con el fin de entenderse incorporadas en el contrato, no deban ser redactadas conforme con lo que exige el artículo 17. En efecto, ante el vacío del artículo 12 A, las cargas de comprensibilidad contempladas por el artículo 17 deberían aplicarse por defecto a la contratación a distancia.

4. *Cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada*

Según anticipáramos, algunos sistemas, además de las cargas de cognoscibilidad y de comprensibilidad, contemplan cargas dirigidas a resguardar la razonable previsibilidad del contenido del contrato —cargas de previsibilidad o de cognoscibilidad reforzada—. Estas cargas suelen reservarse para las cláusulas relativas a los elementos esenciales del contrato o a otros que revistan una función importante en la determinación de los sacrificios económicos que deberán realizar las partes⁶⁶. Las referidas cargas se evalúan mediante el control de sorpresividad o previsibilidad, que suele situarse dentro del control de incorporación⁶⁷.

En Chile, el inciso segundo del artículo 17 de la LPDC, al consagrar la regla de la prevalencia, recoge una importante carga de previsibilidad. En efecto, dicho inciso dispone que “en los contratos impresos en formularios prevalecerán las cláusulas que se agreguen por sobre las del formulario cuando sean incompatibles entre sí”. Esta regla, que se sustenta en el imperativo de respetar la voluntad real o hipotética de las partes⁶⁸, opera como un control negativo de inclusión, pues permite la desincorporación de cláusulas no negociadas individualmente que no resultan razonablemente previsibles para el adherente en los casos en que se haya procedido a configurar cláusulas especialmente diseñadas respecto de él o en que haya arribado a acuerdos particulares con el empresario⁶⁹.

⁶⁵ VALLE, 2004, pp. 137-139; GONZÁLEZ, 2015, p. 1074; CAMPOS, 2019, pp. 295 y 296.

⁶⁶ En todo caso, estas cargas podrían aplicarse también a otro tipo de cláusulas, como las que restringen los plazos de prescripción o caducidad. No obstante, incluso en aquellas hipótesis en que sean informadas adecuadamente al adherente antes de la celebración del contrato, difícilmente superarán el control de contenido, pudiendo estimarse abusivas a la luz de las letras e) o g) del artículo 16 de la LPDC. A mayor abundamiento, aun prescindiendo del control de abusividad, podría estimarse que estas cláusulas encubren una renuncia anticipada de los derechos del adherente, siendo nulas a la luz de los artículos 4 de la LPDC y 10, 12, 1466 y 1682 del Código Civil (al respecto, por todos, ISLER, 2017, pp. 316-326).

⁶⁷ Acerca del control de sorpresividad, ALFARO, 1991, pp. 241-275; PAGADOR, 2011, pp. 1363-1370; PERTÍÑEZ, 2004, pp. 193-215. De forma más sintética, DURANY, 2002, pp. 320-324; CARBALLO, 2013, pp. 111-114; HERNÁNDEZ, 2014, pp. 180-182.

⁶⁸ PAGADOR, 1998, pp. 102 y 103; ALFARO, 1991, p. 299; BALLESTEROS, 1999, p. 269; DE SÁ, 2005, p. 63.

⁶⁹ ALFARO, 1991, pp. 245 y 253; PATTI y PATTI, 1993, p. 471; BALLESTEROS, 1999, p. 269; PAGADOR, 1998, pp. 103 y 104; DÍAZ, 2000, p. 202.

Más allá de la regla de la prevalencia, la ineficacia por sorpresividad de una cláusula podría fundarse en Chile en su falta de adecuación a las condiciones objetivas de la publicidad, o en la ausencia de consentimiento. En efecto, de acuerdo con el artículo 12 de la LPDC, el predisponente debe cumplir con los términos, condiciones y modalidades convenidas con el consumidor para la entrega del bien o la prestación del servicio. Entre estas condiciones, conforme con el artículo 1° N° 4 de la LPDC, se encuentran las condiciones objetivas contenidas en la publicidad. En este sentido, toda cláusula que se oponga o desvirtúe una o más condiciones objetivas contenidas en la publicidad, en tanto que defrauda las legítimas expectativas del adherente, debería estimarse sorpresiva y, por tanto, no incorporada al contrato⁷⁰. A su turno, en los casos en que no haya existido publicidad, la entrega deficiente de información precontractual puede impedir que el adherente manifieste una voluntad auténtica respecto de determinadas cláusulas⁷¹, las que, de no ser razonablemente previsibles, deberían considerarse no consentidas y, por tanto, nulas absolutamente (exartículo 1682 del Código Civil)⁷².

Como es obvio, en el caso de los PSF, atendida su mayor complejidad y los riesgos asociados a buena parte de ellos, resulta particularmente relevante la existencia de cargas de previsibilidad que permitan al cliente conocer adecuadamente los alcances económicos del contrato, de modo de resguardar la libertad de elección y el funcionamiento transparente del mercado⁷³.

IV. CONCLUSIONES

1. Las cargas de incorporación desempeñan una función de transparencia en la formación del consentimiento y en la ejecución del contrato. La transparencia es particularmente importante en el ámbito de la contratación de PSF, atendida su mayor complejidad, las marcadas asimetrías informativas que concurren a su respecto y los importantes riesgos económicos asociados a buena parte de ellos.
2. En nuestro sistema, el control de incorporación se sustenta en los artículos 17 y 12 A de la LPDC. En virtud del primero, que se aplica a la contratación por escrito y, supletoriamente, a la contratación a distancia, el control de incorporación procede respecto de toda cláusula no negociada individualmente, sea o no una condición general de la contratación. Además, en virtud del artículo Noveno de la ley N° 20.416, dicho control se aplica en favor de todo adherente, tenga la calidad de consumidor, o de micro o pequeña empresa.

⁷⁰ CAMPOS, 2019, p. 287.

⁷¹ HERNÁNDEZ, 2014, pp. 180 y 181.

⁷² CAMPOS, 2019, p. 289.

⁷³ HERNÁNDEZ, 2014, p. 183.

3. Pese a las deficiencias de los artículos 17 y 12 A de la LPDC, en nuestro sistema es posible afirmar la existencia de cargas de cognoscibilidad, de comprensibilidad y de previsibilidad.
4. En el ámbito de la contratación por escrito, la exigencia contemplada en el artículo 17 de la LPDC, consistente en que el clausulado sea redactado *de un modo claramente legible*, debe interpretarse a la luz del principio de protección de la parte más débil, que inspira la LPDC y la ley N° 20.416. En este sentido, el cumplimiento de aquella exigencia presupone la satisfacción de cargas de comprensibilidad relativas, entre otros aspectos, a la claridad, la concreción y la precisión en la redacción, y a la presentación adecuada del clausulado y destacada de las cláusulas relevantes. En el ámbito de los PSF, la referida conclusión se refuerza en atención a que el contenido mínimo que ordena especificar el artículo 17 B de la LPDC busca promover la simplicidad y la transparencia.
5. Si bien el artículo 17 de la LPDC no consagra una auténtica carga de cognoscibilidad, el artículo 1682 del Código Civil es suficiente para estimar nulas absolutamente, por falta de consentimiento, las cláusulas no negociadas individualmente cuyo conocimiento al momento de la celebración del contrato no sea exigible a un adherente de diligencia ordinaria. A mayor abundamiento, más allá de que el inciso segundo del artículo 17 de la LPDC consagre la regla de la prevalencia –y, de esta manera, resguarde cierta medida de previsibilidad–, las cargas de previsibilidad o cognoscibilidad reforzada, aplicables especialmente respecto de cláusulas definitorias de las prestaciones esenciales, pueden sustentarse en la exigencia de un consentimiento al menos presunto, debiendo estimarse nulas absolutamente aquellas cláusulas cuyo conocimiento no sea exigible a un adherente de diligencia ordinaria. En el caso de los PSF, en virtud de su mayor complejidad y de los riesgos que suelen entrañar, resulta particularmente relevante la existencia de cargas de previsibilidad que permitan al cliente conocer adecuadamente los alcances pecuniarios del contrato.
6. En lo que atañe a la contratación a distancia –incluyendo la contratación electrónica y, considerando sus particularidades, la contratación telefónica–, el artículo 12 A de la LPDC consagra una laxa carga de cognoscibilidad, consistente en asegurar al adherente un acceso claro, comprensible e inequívoco a las condiciones generales, y la posibilidad de almacenarlas e imprimirlas. Tratándose de los PSF, el cumplimiento de la apuntada carga de cognoscibilidad, incluso en el caso de la contratación telefónica, puede significar un freno a las prácticas comerciales agresivas de algunas entidades. En cuanto a las cargas de comprensibilidad, se deben aplicar las del artículo 17 de la LPDC.
7. Con base en una interpretación proadherente, debe entenderse que la falta de formación del consentimiento a que se refiere el artículo 12 A de la LPDC no ha de predicarse respecto de todo el contrato, sino únicamente de las condiciones generales que no hayan satisfecho la respectiva carga, resguardándose en consecuencia el acuerdo que un adherente de diligencia ordinaria creería haber alcanzado, atendidas las circunstancias y la claridad existente en torno a los elementos esenciales del contrato.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ, Klaus, 2009: *La protección jurídica de los empresarios en la contratación con condiciones generales*, Pamplona, Aranzadi.
- ALBIEZ, Klaus, 2011: "Capítulo V. La incorporación de las condiciones generales de la contratación en el Código Civil: una tendencia muy europea", en Klaus Albiez (director) y María Palazón y María Méndez (coordinadoras), *Derecho privado europeo y modernización del derecho contractual en España*, Barcelona, Atelier, pp. 194-238.
- ALESSANDRI, Arturo, 1949: *La nulidad y la rescisión en el derecho civil chileno*, Santiago, Imprenta Universitaria.
- ALFARO, Jesús, 1991: *Las condiciones generales de la contratación. Estudio de las disposiciones generales*, Madrid, Civitas.
- ALFARO, Jesús, 2002: "Artículo 1. Ámbito objetivo", en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (directores) y Jesús Alfaro (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 97-141.
- BADENAS, Juan, 2000: "Artículo 2. Ámbito subjetivo", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 37-92.
- BALLESTEROS, José, 1999: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona, José María Bosch Editor.
- 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, Nº 2, pp. 381-408.
- BARENGHI, Andrea, 2017: *Diritto dei consumatori*, Assago, Wolters Kluwer.
- BARRIENTOS, Francisca, 2018: "Repensando el control de forma de los contratos por adhesión: una mirada a su aplicación actual y la introducción de la transparencia", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y Carlos Pizarro (editores), *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 1001-1018.
- BERCOVITZ, Rodrigo, 2000: "Artículo 1. Ámbito objetivo", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 23-36.
- BIANCA, Massimo, 2000: *Il contratto* (seconda edizione), Milano, Giuffrè.
- BLANDINO, María, 2012: "Capítulo 9. Contenido y efectos de los contratos", en Antoni Vaquer, Esteve Bosch y María Sánchez (coordinadores), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Barcelona, Atelier, pp. 573-694.
- CALVÃO, João, 2011: "Contratação por cláusulas gerais (contratos de adesão)", *Revista Brasileira de Direito Comparado*, Nº 39, pp. 71-108.
- CÁMARA, Sergio, 2006: *El control de las cláusulas «abusivas» sobre elementos esenciales del contrato*, Navarra, Aranzadi.
- CÁMARA, Sergio, 2015: "Transparencias, desequilibrios e ineficacias en el régimen de las cláusulas abusivas", *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo LV (curso 2014/2015), Madrid, pp. 549-643.
- CÁMARA, Sergio, 2017: "Un examen crítico de la STJUE de 21 de diciembre 2016: nulidad retroactiva sí, falta de transparencia 'abusiva' de las cláusulas suelo no". *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 9, Nº 1, pp. 383-395.
- CAMPOS, Sebastián, 2019: *Control de contenido y régimen de ineficacia de las cláusulas abusivas*, Santiago, Thomson Reuters.
- CARBALLO, Marta, 2013: *La protección del consumidor frente a las cláusulas no negociadas individualmente. Disciplina legal y tratamiento jurisprudencial de las cláusulas abusivas*, Barcelona, Bosch.

- CONTARDO, Juan Ignacio, 2014: "Ensayo sobre el requisito de la escrituración y sus formas análogas en los contratos por adhesión regidos por la ley N° 19.496", en Francisca Barrientos (coordinadora), *Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Santiago, Ediciones Universidad Diego Portales, pp. 113-127.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2004: "El control de las cláusulas abusivas y la letra g)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 1, 2004, pp. 1-25.
- DE SÁ, Almeno, 2005: *Cláusulas contratuais gerais e Directiva sobre Cláusulas Abusivas* (2ª edição revista e aumentada), Coimbra, Livraria Almedina.
- DE ARAÚJO, José, 2010: *Cláusulas contratuais gerais. DL N.º 446/85. Anotado. Recolha jurisprudencial*, Coimbra, Wolters Kluwer - Coimbra Editora.
- DÍAZ, Silvia, 2000: "Artículo 6. Reglas de interpretación", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 193-232.
- DÍAZ, Silvia y ÁLVAREZ, María, 2016: "Contratación con condiciones generales y cláusulas abusivas", en Silvia Díaz (directora), *Manual de derecho de consumo*, Madrid, Reus, pp. 69-91.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2002: "Artículo 2", en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (directores) y Jesús Alfaro (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 142-144.
- DURANY, Salvador, 2002: "Artículos 5 y 7", en Aurelio Menéndez y Luis Díez-Picazo (directores) y Jesús Alfaro (coordinador), *Comentarios a la Ley sobre Condiciones Generales de la Contratación*, Madrid, Civitas, pp. 264-335.
- GIMÉNEZ, Ana, 2012: "11.-1:110: Cláusulas «no negociadas individualmente", en Antoni Vaquer, Esteve Bosch y María Sánchez (coordinadores), *Derecho europeo de contratos. Libros II y IV del Marco Común de Referencia*, Tomo I, Barcelona, Atelier, pp. 123-135.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2013: "Artículo 17 D", en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, LegalPublishing, pp. 359-363.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2018: "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección", *Revista de Derecho (Concepción)*, N° 244, pp. 9-41.
- GONZÁLEZ, Isabel, 2000: "Artículo 5. Requisitos de incorporación", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 139-192.
- GONZÁLEZ, Isabel, 2015: "Art. 80. Requisitos de las cláusulas no negociadas individualmente", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (segunda edición), Navarra, Aranzadi, pp. 1027-1083.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2014: *La obligación precontractual de la entidad de crédito de informar al cliente en los servicios bancarios y de inversión*, Madrid, Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2015a: "La obligación precontractual de la entidad financiera de informar al cliente, especialmente a la luz de la Ley sobre Protección de los Derechos de los Consumidores", en Álvaro Vidal, Gonzalo Severín y Claudia Mejías (editores), *Estudios derecho civil X. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2014*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 351-373.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2015b: "Protección constitucional de los derechos de los consumidores", en Eduardo Chia y Flavio Quezada (editores), *Propuestas para una nueva Constitución (originada en democracia)*, Santiago, Instituto Igualdad, Facultad de Derecho Universidad de Chile, Friedrich Ebert-Stiftung, pp. 329-341.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2018: "Consecuencias civiles aplicables ante el incumplimiento de la obligación precontractual de informar", en Claudia Bahamondes, Leonor Etcheberry y

- Carlos Pizarro (editores), *Estudios de derecho civil XIII. Ponencias presentadas en las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 619-633.
- ISLER, Erika, 2015: "Las normas que dan origen a la responsabilidad civil y a la responsabilidad infraccional en la Ley 19.496", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Vol. 6, Nº 2, pp. 75-92.
- ISLER, Erika, 2017: *Prescripción extintiva en el derecho del consumo*, Santiago, Rubicón.
- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- MIRANDA, Luis, 2011: "Contratos celebrados a distancia", en Manuel Rebollo y Manuel Izquierdo (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, pp. 1443-1562.
- MOMBERG, Rodrigo, 2012: "La transformación de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores en la norma común del derecho de contratos chileno", en Fabián Elorriaga (editor), *Estudios de derecho civil VII*, Santiago, Lexis-Nexis, pp. 377-391.
- MORAIS, Ana, 2013: *Comentário à Lei das Cláusulas Contratuais Gerais. Decreto-lei Nº 446/85, de 25 de outubro*, Coimbra, Coimbra Editora.
- MORALES, María Elisa, 2017: "El control judicial como control preventivo de cláusulas abusivas (Corte Suprema)", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXX, Nº 1, pp. 387-396.
- MORALES, María Elisa, 2018: *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago, DER.
- PAGADOR, Javier, 1998: *La Directiva Comunitaria sobre las Cláusulas Contractuales Abusivas*, Madrid, Marcial Pons.
- PAGADOR, Javier, 1999: *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predisuestas: la Ley de Condiciones Generales de la Contratación de 1998*, Barcelona, Marcial Pons.
- PAGADOR, Javier, 2011: "Condiciones generales y cláusulas abusivas", en Manuel Rebollo y Manuel Izquierdo (directores), *La defensa de los consumidores y usuarios (comentario sistemático del Texto Refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007)*, Madrid, Iustel, pp. 1307-1442.
- PASQUAU, Miguel, 2000: "Artículos 9 y 10. Régimen aplicable y efectos", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentarios a la Ley de Condiciones Generales de la Contratación*, Navarra, Aranzadi, pp. 271-309.
- PATTI, Salvatore y PATTI, Guido, 1993: *Responsabilità precontrattuale e contratti standard. Artt. 1337-1342*, Milán, Giuffrè.
- PAZOS, Ricardo, 2017: *El control de las cláusulas abusivas en los contratos con consumidores*, Navarra, Aranzadi.
- PÉREZ, Marta, 2015: "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código Mercantil", *Anuario de Derecho Civil*, Tomo LXVIII, Fasc. II., pp. 409-480.
- PERTÍÑEZ, Francisco, 2004: *Las cláusulas abusivas por un defecto de transparencia*, Navarra, Aranzadi.
- PINOCHET, Ruperto, 2013: "Artículo 12 A", en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, LegalPublishing, pp. 265-282.
- PIZARRO, Carlos y PÉREZ, Ignacio, 2013: "Artículo 17", en Carlos Pizarro e Íñigo de la Maza (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la Ley de Protección a los Derechos de los Consumidores*, Santiago, LegalPublishing, pp. 359-363.
- POLO, Eduardo (1990): *Protección del contratante débil y las condiciones generales de los contratos*, Madrid, Civitas.
- RICCI, Francesco, 2015: "I contratti del consumatore: le clausole vessatorie", en Liliana Rossi (directora), *Diritto dei consumi*, Torino, G. Giappichelli Editore, pp. 47-85.

- SÁNCHEZ, Aníbal, 1980: "El control de las condiciones generales en derecho comparado: panorama legislativo", *Revista de Derecho Mercantil*, N° 157-158, pp. 385-436.
- SÁNCHEZ, Amelia, 2015: "Art. 98. Requisitos formales de los contratos a distancia", en Rodrigo Bercovitz (coordinador), *Comentario del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias* (segunda edición), Navarra, Aranzadi, pp. 1483-1500.
- TAPIA, Mauricio y VALDIVIA, José Miguel, 1999: *Contrato por adhesión. Ley N° 19.496*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- VALLE, Laura, 2004: *L'inefficacia delle clausole vessatorie*, Padova, CEDAM.
- VIAL, Víctor, 2003: *Teoría general del acto jurídico* (quinta edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Normas jurídicas citadas

1. Normativa nacional

- LEY N° 19.496 (07/03/1997), Establece Normas sobre Protección de los Derechos de los Consumidores.
- LEY N° 20.416 (03/02/2010), Fija Normas Especiales para las Empresas de Menor Tamaño.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY N° 1 (16/05/2000), que fija el Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado del Código Civil.
- DECRETO N° 42 (13/07/2012), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos Hipotecarios.
- DECRETO N° 43 (13/07/2012), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Créditos de Consumo.
- DECRETO N° 44 (13/07/2012), del Ministerio de Economía, Fomento y Turismo. Aprueba el Reglamento sobre Información al Consumidor de Tarjetas de Crédito Bancarias y no Bancarias.

2. Normativa extranjera y supranacional, e instrumentos de derecho uniforme

- BÜRGERLICHES GESETZBUCH, BGB (Alemania).
- CODICE CIVILE (Italia).
- CODE DE LA CONSOMMATION (Francia).
- CODICE DEL CONSUMO (Italia).
- CÓDIGO EUROPEO DE CONTRATOS DE LA ACADEMIA DE PAVÍA, PROYECTO DE PAVÍA.
- COMMON EUROPEAN SALES LAW, CESL.
- DECRETO-LEI N° 446/85, DO REGIME JURÍDICO DAS CLÁUSULAS CONTRATUAIS GERAIS (Portugal).
- LEY 7/1998, SOBRE CONDICIONES GENERALES DE LA CONTRATACIÓN, LCGC (España).
- TEXTO REFUNDIDO DE LA LEY GENERAL PARA LA DEFENSA DE CONSUMIDORES Y USUARIOS, TRLGDCU (España).
- DIRECTIVA 93/13/CEE (21/04/1993), del Consejo, sobre las Cláusulas Abusivas en los Contratos celebrados con Consumidores.
- DIRECTIVA 2011/83/UE (22/11/2011), del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre los Derechos de los Consumidores.
- ACQUIS principles, ACQP.
- DRAFT common frame of reference, DCFR.
- PRINCIPLES of European Contract Law, PECL.

Jurisprudencia citada

- SERNAC CON CORPORACIÓN EDUCACIONAL UNIVERSIDAD DEL MAR (2019): Corte Suprema, 15 de abril de 2019 (acción en defensa del interés colectivo y difuso de los consumidores). Rol 5363-2018. Disponible en <http://www.pjud.cl/consulta-unificada-de-causas> [fecha visita 1 de octubre de 2019].
- SATURNINO Y VALLE CON CAJA LABORAL POPULAR S.C.C (2019): Tribunal Supremo de España, de 25 de enero de 2019 (acción de no incorporación de condición general de la contratación), Magistrado Ponente Pedro José Vela Torres (STS 57/2019), <http://www.poderjudicial.es/search/index.jsp> [fecha visita 1 de octubre de 2019].

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100071>

Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia

*Joel González Castillo**

RESUMEN

Como es sabido, la sucesión contractual o convencional no es aceptada en nuestra legislación; sin embargo, la aceptación o rechazo de los pactos sobre sucesión futura o de algunos de ellos, es materia que suscita amplia controversia en la doctrina. Este artículo tiene por objeto analizar dichos pactos, cuestión necesariamente vinculada a la libertad de testar y a la conveniencia o no, de mantener las asignaciones forzosas. Para tal efecto, se estudia primero la tipología de dichos pactos (de institución, de disposición y de renuncia) y sus requisitos comunes, luego se exponen las razones por las que dicha distinción es plausible en el derecho nacional y se desarrollan argumentos generales y particulares para sostener la admisibilidad en nuestro ordenamiento jurídico de los pactos de institución y renuncia, debiendo quedar restringida la prohibición general del artículo 1463 del Código Civil a los pactos de disposición.

Pactos sobre sucesión futura; objeto ilícito; libertad de testar

In favor of the acceptance of the inheritance pacts of institution and renunciation

ABSTRACT

As is known, contractual or conventional inheritance is not accepted in our legislation, however, the acceptance or rejection of pacts on future inheritance or some of them is a matter that raises wide controversy in the legal doctrine. The purpose of this article is to analyze said pacts, an issue necessarily linked to the freedom to dispose of assets by will and the convenience or not of maintaining compulsory assignments. For this purpose, the typology of said agreements - of institution, disposition and renunciation - and their common requirements are studied first; then the reasons why this distinction is admissible in national law are exposed and general and particular arguments are developed to maintain the admissibility in our legal system of the pacts of institution and resignation, the general prohibition of article 1463 of the Civil Code should remain restricted to the disposition pacts.

Contracts on future inheritance; illicit object; freedom to make a will

* Magíster en Derecho de la Unión Europea, Universidad Complutense de Madrid. Magíster en Derecho de la Empresa, Pontificia Universidad Católica de Chile. Profesor de Derecho Civil, Pontificia Universidad Católica de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4006-2631>. Correo electrónico: jagonzac@uc.cl
Artículo recibido el 27.2.20 y aceptado para su publicación el 15.6.20.

I. INTRODUCCIÓN

Los países que han abordado las reformas a su Derecho de Familia, emprenden luego o conjuntamente, la tarea de revisar el estado de su Derecho Sucesorio¹ y una de las cuestiones más debatidas entonces, es la libertad de testar y la aceptación, o no, de los pactos sobre sucesión futura. De ahí nuestro interés por abordar estos temas.

En nuestro país solo hay dos formas de suceder a una persona: en virtud del testamento o de la ley. Nuestro legislador no acepta la sucesión contractual; esto es, que se suceda a una persona en virtud de una convención celebrada con ella o sus herederos, antes de su fallecimiento. Son los llamados pactos sobre sucesión futura.

Nuestro Código Civil sigue el tradicional criterio romanista, consagrando con carácter general el principio prohibitivo de la sucesión contractual². Así resulta ante todo del artículo 952, conforme con esto se limitan los modos de deferirse la sucesión al testamento y a la ley y se excluye la forma contractual.

Para Ripert y Boulanger constituye un pacto sobre sucesión futura “todo convenio efectuado en consideración de una sucesión no abierta todavía y por el cual una de las partes se hace atribuir o abdica derechos puramente eventuales en esa sucesión”³.

Guzmán Brito dice que “sucesión convencional” es aquella que tiene lugar en virtud de un acuerdo entre el (futuro) causante y un tercero, tenga o no previo título para suceder, o viviendo el (futuro) causante, entre los que esperan suceder, tengan o no dicho título. Tradicionalmente, se llama “pactos sucesorios” a tales acuerdos. Estos pactos pueden tener diversas causas como compraventa, permuta o donación. Así, el futuro heredero podría vender o donar la herencia que espera conseguir de alguien que ahora vive, a un tercero; y entonces, se trata en realidad de una compraventa o de una donación. Pese a todo, se habla de pactos sin más⁴.

Por su parte, Díez-Picazo y Gullón llaman “contrato sucesorio” a todo negocio jurídico bilateral que produce sus consecuencias respecto de la herencia de la persona. Paralelamente, hay sucesión contractual cuando la ordenación del fenómeno hereditario se produce total o parcialmente por medio de un contrato. El contrato sucesorio, continúan los autores españoles, es, en alguna medida, un negocio jurídico de naturaleza *sui generis*. No es un contrato genuinamente obligacional ni tampoco un contrato con efectos reales pues no origina desplazamientos patrimoniales. Su efecto sustancial es puramente *mortis causa* y consiste en dejar disciplinada, de una determinada manera, vinculante para las partes, una sucesión *mortis causa*. El causante, en principio, no ve limitado, por contrato sucesorio, su poder de disposición entre vivos ni queda tampoco obligado a no establecer en el futuro disposiciones contradictorias con el contrato. El efecto sustancial

¹ Acerca de la evolución del Derecho de Familia y del Derecho Sucesorio y su interrelación, *vid.* ABELIUK, 2009, pp. 55-70; RODRÍGUEZ, 1989, pp. 25-34; SAAVEDRA, 2007, pp. 113-132.

² En palabras de Castán, fue el Derecho Romano el que “alimentó una hostilidad declarada hacia los pactos sucesorios, que habría de subsistir secularmente”. CASTÁN, 1964, p. 92.

³ RIPERT y BOULANGER, 1965, p. 27.

⁴ GUZMÁN, 2001, p. 561.

es el establecimiento convencional de una disciplina sucesoria. Del carácter convencional deriva la eficacia vinculante de lo pactado y, en principio, su irrevocabilidad; de ahí una especial diferencia con el testamento. Además, y precisamente por ello, el contrato sucesorio podrá ser impugnado por el otorgante durante su vida, cosa que no ocurre nunca con el testamento, pues basta, en definitiva, revocarlo⁵.

En Chile, la prohibición de pactos sobre sucesiones futuras constituye un principio de carácter general que no se encuentra específicamente regulado en materia de asignaciones forzosas, sino que está incorporado en las reglas generales sobre actos y declaraciones de voluntad en el libro IV del Código Civil, especialmente a propósito del objeto como requisito del acto jurídico, y en particular, a propósito de la prohibición de ilicitud. En efecto, el artículo 1463 repudia expresamente dichos pactos. Dice el precepto en su primer inciso que *el derecho de suceder por causa de muerte a una persona viva no puede ser objeto de una donación o contrato, aun cuando intervenga el consentimiento de la misma persona*⁶.

⁵ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2000, p. 513.

⁶ Al igual que nuestro artículo 1463 el Código italiano, en su artículo 458, declara: *Es nula toda convención por la que alguien dispone de la propia sucesión. Todo acto por el cual alguien dispone de los derechos que le pueden corresponder sobre una sucesión aún no abierta o renuncia a los mismos también es nulo*. Como se ve el *Codece* proscribire los tres tipos de pactos sucesorios. Por su parte el Código Civil español en su artículo 1271, inciso 2º señala: *Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras. Sobre la herencia futura no se podrá, sin embargo, celebrar otros contratos que aquellos cuyo objeto sea practicar entre vivos la división de un caudal y otras disposiciones particionales, conforme a lo dispuesto en el artículo 1056*. Esta última norma a su vez dispone: *Cuando el testador hiciere, por acto entre vivos o por última voluntad, la partición de sus bienes, se pasará por ella, en cuanto no perjudique a la legítima de los herederos forzosos. El testador que en atención a la conservación de la empresa o en interés de su familia quiera preservar indivisa una explotación económica o bien mantener el control de una sociedad de capital o grupo de estas podrá usar de la facultad concedida en este artículo, disponiendo que se pague en metálico su legítima a los demás interesados*. En algunas legislaciones europeas, con el objeto de aumentar la libertad de disposición o con fines netamente económicos, específicamente para mantener la unidad de establecimientos de comercio, empresas familiares o unidades agrícolas, se ha permitido el establecimiento de ciertos y determinados contratos sobre una sucesión futura. Así, en Alemania el BGB prohíbe únicamente los pactos de disposición (parágrafo 2278), y acepta los de institución y renuncia (parágrafo 2346). En Francia, con la reforma del año 2006, se establece el pacto mediante el cual un legitimario puede renunciar a la acción de reducción. El *Code* en su artículo 929 dispone: *Cualquier presunto heredero legitimario podrá renunciar a ejercer una acción de reducción en una sucesión no abierta*. Como explica Barría la reforma tiene un carácter netamente económico, pues con ello el causante puede dejar una empresa familiar o unidad económica a otro legitimario o a un tercero. Luego, si otro legitimario renuncia a la acción, entonces se consolidará el dominio de dicha empresa o unidad en el donatario beneficiado, no pudiendo el perjudicado ejercer la acción y, como consecuencia de ello, mantener íntegramente la empresa familiar o unidad económica, evitando su extinción. BARRÍA, 2018, p. 141. En todo caso es importante señalar que en Francia al igual que en Chile la regla general es el rechazo a los pactos de sucesión futura. En efecto, el art. 1130 del Código francés prescribe que *Las cosas futuras pueden ser objeto de una obligación. No se puede, sin embargo, renunciar a una sucesión aún no abierta, ni hacer ninguna estipulación sobre una sucesión semejante, aun con el consentimiento de aquel de cuya sucesión se trata, sino en las condiciones previstas en la ley*. El nuevo Código Civil y Comercial argentino inspirado en el *Code* francés dice en su artículo 1010: *Herencia futura. La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa. Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos*

De llegar a celebrarse tales pactos, la ley les señala como sanción la nulidad absoluta por objeto ilícito (art. 1682). Queda así prohibida la sucesión contractual o pactada, resultando vedados: (i) los pactos de institución de heredero o legatario, (ii) los pactos de renuncia y (iii) la cesión de los derechos en la sucesión de una persona que no ha fallecido.

El precepto transcrito habla de “donación o contrato”, siendo que en realidad la donación no es sino una especie de contrato; lo que quiso decir el legislador es que la prohibición abarca tanto a los actos onerosos como a los gratuitos, relativos al derecho de suceder por causa de muerte a una persona que aún vive⁷.

Si bien el artículo 1463 establece una regla general prohibitiva de los pactos sucesorios, como ha sido señalado por la doctrina y por la jurisprudencia, la prohibición no incide en aquellos pactos y estipulaciones que no sean propiamente sucesorios aunque guarden relación con una herencia. La prohibición legal se refiere solo a los contratos concluidos sobre la herencia futura misma o sobre alguna de sus cuotas. La jurisprudencia, como desarrollaremos a lo largo de este trabajo, ha aplicado la prohibición pero limitándola a los pactos en que efectivamente se contrate, sobre el derecho de suceder a un tercero. Por eso, no basta para que se aplique la sanción, que un contrato se refiera a la sucesión futura de una persona, como si se propone una recompensa a cambio de un servicio; recompensa que tendrá efecto después de la muerte del proponente⁸ o si se conviene un pacto de separación de bienes sobre una herencia futura⁹, porque en tales casos no se ha dispuesto del derecho a suceder en sí mismo. Pero sí está afecto a nulidad absoluta el pacto en que una persona designe a otro partidario y administrador proindiviso de la herencia que vaya a corresponderle en los bienes de un tercero, agregando como

del cónyuge, ni los derechos de terceros. En su recién publicado trabajo sobre la disposición transcrita Córdoba señala que la norma en análisis entiende que frente a la protección de la familia, como objeto legal, existe otro aspecto que es necesario considerar, y es el referido al mantenimiento de los establecimientos comerciales, industriales, agrícolas, ganaderos, mineros o cualquier otro que constituya una unidad económica ante el fallecimiento de la persona que ejerce su control. Se considera que ello debe estar al servicio de la estabilidad de las relaciones jurídicas por la necesidad del tráfico. Existiendo así derechos encontrados el legislador ha optado por el interés más digno de protección, pues con él se impulsa la vida productiva que es base del progreso. Se adopta un rol dinámico y mediante la excepción a la prohibición de los pactos sucesorios se da solución estimulando la actividad económica. En la necesidad de asegurar y armonizar los derechos subjetivos, se ha intentado conciliar el orden y el movimiento (CÓRDOBA, 2019, p. 98), soluciones que de otro modo serían inviables, pues el testamento resulta insuficiente para su instrumentación (FERRER, 2015, p. 864). Se ha creado con ello un nuevo orden moral, ya que durante la vigencia del código derogado la doctrina autoral y jurisprudencial coincidía en que la prohibición de la ley se basaba en la inmoralidad de los tratos sobre herencias de personas vivas (FORNIELES, 1941, p. 87). Sobre esto Córdoba destaca que “la inclusión de la excepción normativa que autoriza el pacto (sobre sucesión futura) implica una transformación del orden moral por cuanto se ha producido una modificación de las normas imperativas y se ha optado por la omisión de las antiguas buenas costumbres en una transformación justificada en necesidades del tráfico. Los pactos con el contenido descrito han dejado de ser contrarios a las normas imperativas y también a las buenas costumbres, es decir, ya no son de objeto ilícito” (CÓRDOBA, 2019, p. 95).

⁷ Vid. por todos SOMARRIVA, 2005, p. 22; LEÓN HURTADO, 1983, p. 48.

⁸ Corte Suprema, 31.5.1907.

⁹ Corte Suprema, 26.4.1934.

remuneración, un tanto por ciento de los bienes que se reciban¹⁰. Por el contrario, se ha encargado también la jurisprudencia de cautelar que la prohibición sea respetada, anulando incluso contratos de compraventa simulados que tienden exclusivamente a vulnerar el art. 1463, dando forma jurídica distinta a acuerdos que, en el fondo, involucran pacto sobre sucesión futura¹¹.

II. TIPOLOGÍA DE LOS PACTOS SUCESORIOS. REQUISITOS

Los pactos sucesorios admiten distintas clasificaciones en función de qué aspecto se quiera destacar. En función del objeto, los pactos sucesorios pueden ser¹²:

- 1° Pactos de institución, en los que una persona se compromete a dejar como heredero a otra; este pacto puede ser recíproco.
- 2° Pactos de renuncia, en los que una persona renuncia anticipadamente a sus posibles derechos hereditarios en la sucesión del causante.
- 3° Pactos de disposición, por los cuales el futuro heredero en vida del causante dispone de sus derechos en la sucesión, es decir, los enajena a un tercero.

Para que cualquiera de estos pactos califiquen como uno sobre sucesión futura, deben reunir tres requisitos: a) el pacto debe celebrarse en vida del causante, es decir, antes de la apertura de la sucesión, b) el pacto debe versar sobre la totalidad, o sobre una parte alícuota de la sucesión futura o sobre bienes o derechos comprendidos en ella y c) el promitente debe tener un derecho puramente sucesorio, sobre el objeto del pacto¹³.

¹⁰ Corte Suprema, 5.1.1954

¹¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 29.11.1960. El razonamiento de esta sentencia fue: "Si en el periodo en que se celebraron los contratos impugnados de nulidad, la demandada hacía vida marital con el padre de la demandante, figurando este como vendedor y aquella como compradora en dos de ellos y como cedente de sus derechos a la misma en el otro, y queda establecido que al comienzo de las relaciones extraconyugales la demandada recién abandonaba su cargo de garzona en una fuente de soda, sin que haya aportado antecedente alguno que demuestre o haga presumir un indicio siquiera de recursos económicos anteriores; que a la fecha de dichos contratos el vendedor y cedente se encontraba gravemente enfermo, falleciendo poco más de un mes después de celebrar el primero y a pocos días del último, sin que se divise en autos alguna necesidad imperiosa o ineludible que lo obligara o aconsejara a desprenderse de todos sus bienes, sin excepción, en circunstancias de que en un testamento otorgado un mes antes de celebrar el primer contrato dejaba todos sus bienes a la demandante (su hija legítima), y que solo revocó estas disposiciones por otro testamento otorgado el mismo día en que celebró el último, cabe desprender un sinnúmero de presunciones graves, precisas y concordantes, suficientes, a juicio del tribunal, para formar el convencimiento legal de que en los tres contratos aludidos no solo se falseó la naturaleza, sino que no hubo entre las partes contratantes el consentimiento real y efectivo para pactar las prestaciones que mutuamente se imponen, ni motivo lícito determinante para celebrarlos, y que se trata de contratos simulados tendientes a burlar la prohibición de pactar sobre el derecho a suceder establecida en el artículo 1463 del Código Civil".

¹² Ver las distintas clasificaciones de pactos sucesorios en RODRÍGUEZ-URÍA, 2013, pp. 26-29.

¹³ *Vid.* por todos CLARO SOLAR, 1992, p. 284.

En cuanto al primer requisito, si el pacto se celebra antes de la apertura, no habrá dificultades para declarar su nulidad. Pero puede suceder que las partes contraten de buena fe, creyendo erradamente que la persona de cuya sucesión se trata ha fallecido, o, por la inversa, creyendo que esa persona está viva, en circunstancias que ha fallecido con anterioridad a la convención. La solución de ambos casos se obtiene prescindiendo de la intención de los contratantes; o sea, en el primer supuesto el pacto es nulo (además, si las partes de buena fe, creen contratar sobre una sucesión abierta, que en realidad no lo está, el objeto no existe. Y si saben que no está abierta, hay objeto futuro pero ilícito. Y en ambos supuestos, existe nulidad absoluta) y en el segundo, es válido. La sola intención de celebrar un acto válido no sana los vicios que contenga y la simple creencia de las partes de ejecutar un acto prohibido por la ley, no puede hacer ilícito el acto que se realice si no está prohibido¹⁴.

Luego, el pacto debe versar sobre la totalidad o una parte alícuota de la sucesión o sobre bienes o derechos comprendidos en ella pero, pactándose claramente sobre esos bienes o derechos. Por eso, nuestra Corte Suprema en el caso de una señora que pidió a una sobrina suya que se trasladara desde Santiago a París para cuidarla, prometiéndole “recompensar su sacrificio y asegurarle su porvenir con una gran parte de su fortuna”, y agregando, además, “tú ves que no tengo herederos”, resolvió que tal estipulación no constituye un pacto sobre sucesión futura. Dijo nuestro más alto tribunal “que de la lectura de este documento –carta en que proponía el contrato– resulta asimismo, que el contrato no versó de ninguna manera sobre una sucesión no abierta; porque si bien en su texto expuso la señora Real de Azúa que carecía de herederos, lo hizo indudablemente, no para que el todo o parte de su herencia sirviera de objeto o materia de la convención, sino para indicar de un modo insinuante o la magnitud de la recompensa prometida por los ‘sacrificios’ que solicitaba de la señorita Mandiola o posiblemente, para dar a entender que dichos sacrificios podrían ser pagados, no solo en cualquier forma legal, sino también en la de una asignación testamentaria; pero en todo caso, aparece de resalto que el derecho de la señorita Mandiola a la ‘recompensa prometida’ no quedó subordinado a una asignación de esta naturaleza y, por consiguiente, el pacto que acusa la carta no adolece de objeto ilícito, como se pretende”¹⁵. León Hurtado comenta que la Corte Suprema resuelve acertadamente el caso, pues la remuneración se promete hacerla “con gran parte de la fortuna” y esto pudo hacerlo la oferente en vida o sus herederos después de muerta. La referencia a que ella carecía de herederos, no puede mirarse sino como una insinuación de la magnitud de la recompensa, en cuanto no había quién pudiera discutir u oponerse a la suma que se fijara. Además, con ello se podía dar a entender que el pago podría hacerse con una asignación testamentaria pero esa recompensa no quedó subordinada a una asignación de esta naturaleza y, en consecuencia, no se estipuló sobre

¹⁴ Cfr. LEÓN HURTADO, 1983, p. 51.

¹⁵ Corte Suprema, 31.5.1907.

una sucesión futura específicamente, como exige el art. 1463 para que se produzca la ilicitud del objeto¹⁶.

Finalmente, para que opere la prohibición legal, debe tratarse de una estipulación que se refiera al derecho de suceder por causa de muerte. Nuestra Corte Suprema ha fallado, aplicando este criterio, que “no se infringe el art. 1463 al aceptar como válido el pacto de separación de bienes sobre una herencia futura, pues no hay en él un contrato sobre el derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva, que es lo que dicho artículo prohíbe”¹⁷.

Las razones que han motivado la prohibición de los pactos sobre sucesión futura pueden sintetizarse así: (i) son inmorales porque en ellos se especula con la muerte de una persona, (ii) peligrosos dado que pueden impulsar al interesado a atentar contra la vida del causante¹⁸, (iii) la prohibición tiene por objeto la protección e igualdad de los legitimarios¹⁹; pues de no existir, el causante podría celebrar contratos con otros legitimarios o con terceros, para perjudicar sus derechos hereditarios futuros²⁰, (iv) la prohibición de los pactos de sucesión futura busca la protección de quienes, teniendo expectativas de heredar en un porvenir, que estiman lejano, impulsados por la necesidad o la ambición o con ligereza y, por tratarse de un derecho incierto, estarían dispuestos a enajenar por un precio insignificante sus eventuales derechos a una sucesión futura, mediante contratos casi siempre lesivos y (v) estos pactos atentarían contra la libertad de testar ya que el futuro causante no puede desligarse de su compromiso por su sola voluntad y tendría que cumplir esta obligación de origen contractual²¹.

¹⁶ LEÓN HURTADO, 1983, p. 52.

¹⁷ Corte Suprema, 26.4.1934. Esta sentencia tiene su fundamento en el texto originario del artículo 1715 que disponía: “Se conocen con el nombre de capitulaciones matrimoniales las convenciones que celebran los esposos antes de contraer matrimonio, relativas a los bienes que aportan a él, y a las donaciones y *concesiones que se quieran hacer el uno al otro, de presente o futuro*” (énfasis agregado). La Corte resolvió que entre las concesiones de futuro autorizadas por el artículo 1715, para que se hagan los esposos en las capitulaciones matrimoniales, bien puede figurar la de reservar para la mujer, la administración de bienes futuros como los de una herencia futura. En la especie, se había acordado esto último entre los esposos, y la Corte Suprema acertadamente falló que no había vulneración del artículo 1463, por cuanto el objeto de tal pacto no era el derecho a suceder por causa de muerte a una persona viva, que es lo prohibido, sino solo que la mujer administrara esos bienes.

¹⁸ Vid. por todos SOMARRIVA, 2005, p. 23; LEÓN HURTADO, 1983, pp. 48-49.

¹⁹ Sobre la igualdad en materia sucesoria véase PEÑAILILLO, 1968, pp. 59-109.

²⁰ Vid. por todos BARRÍA, 2018, p. 151. El Código Civil francés, heredero de la Revolución, prohibió los pactos sucesorios porque eran una amenaza a la igualdad que debía imperar entre los hijos en la repartición de las herencias. Hay que recordar que una de las formas tradicionales de disposición *mortis causa* en Francia, había sido el pacto sucesorio utilizado para favorecer la transmisión indivisa del patrimonio familiar a uno solo de los descendientes, el primogénito. La revolución advirtió que una forma efectiva de terminar con la aristocracia y las grandes fortunas del antiguo régimen, consistía en impedir la libertad de testar e impuso la división igualitaria de la herencia entre los hijos. Así lo explica DOYHARCABAL, 2008, pp. 23-26.

²¹ Así lo sostiene Ripert y Boulanger: “Finalmente está la idea, ya sacada a luz por los jurisperitos romanos, de que el pacto sobre la sucesión futura es contrario a la libertad de testar; limita o aun suprime completamente esa libertad. El contrato crea una situación definitiva; el que ha sido instituido heredero está seguro de conservar esa condición; el que ha renunciado se ha condenado a ser ajeno a la sucesión. Pero uno

En cuanto a que los pactos serían peligrosos e inmorales, estos argumentos, en realidad, no son muy decisivos porque hoy son muchos los contratos e instituciones jurídicas en que está en juego la vida de una persona y, sin embargo, el legislador los acepta expresamente. Tal cosa ocurre en el usufructo, la renta vitalicia, el seguro de vida, el seguro de desgravamen, etcétera. Con razón, se ha dicho que “tal vez sea de una psicología un tanto rudimentaria pretender que el pacto es inmoral porque incita a formular el *votum mortis captandae*. Eso no es exacto, además, para todos los pactos, particularmente para las renunciaciones”²²; no se puede atribuir a los pactos de renuncia a una herencia futura, la connotación de peligrosos porque el renunciante carece de interés en anticipar el fallecimiento del futuro causante.

Asimismo, los argumentos para justificar la prohibición, basados en la pérdida de la absoluta libertad de disponer *mortis causa* que debe reconocerse a toda persona, tampoco nos parece convincente, pues en realidad no puede hablarse de una absoluta libertad para disponer *mortis causa*, cuando esta libertad ya está reducida en buena medida por normas de carácter imperativo (asignaciones forzosas), sin olvidar, por otra parte, que el contrato sucesorio, como todo contrato, es un acto de ejercicio de la libertad y del poder de autonomía y que si al otorgar el contrato, la libertad se pierde, es precisamente porque se ha ejercitado. Además, este argumento –pérdida de la libertad de testar– solo es aplicable a los pactos de institución pero no aplica a los de renuncia o disposición.

En relación con los argumentos para rechazar los pactos de sucesión, nuestra jurisprudencia ha dicho que para fijar el alcance del artículo 1463, conviene recordar que, al consignarlo, el legislador refundió en un solo texto diversas disposiciones del Código de Napoleón que, con algunas excepciones que, en general, no caben entre nosotros, prohíben sustancialmente: renunciar a una herencia futura, celebrar contratos en que una persona estipule sobre su propia sucesión y efectuar actos de disposición o de administración, sobre los derechos eventuales que se tienen sobre una sucesión aún no abierta. Por lo demás, solo esos pactos pueden contrariar las razones que se han tenido en vista para prohibirlos, o sea, las de evitar que se especule sobre la vida de una persona, que se alteren las reglas de la sucesión o se viole la libertad de testar y que aún se pueda llegar a atentar contra la vida del causante²³.

de los principios fundamentales de nuestro derecho sucesorio es que, hasta el último momento, una persona puede revocar las disposiciones que haya adoptado con respecto a la transmisión de su sucesión. La *revocabilidad del testamento* es incompatible con la *irrevocabilidad del contrato*. Este argumento no afecta evidentemente a los pactos relativos a la sucesión de un tercero; pero conserva todo su valor, que es considerable, con respecto a todos los demás”. RIPERT y BOULANGER, 1965, pp. 26, 27, 32. En el mismo sentido Messineo dice que: “La prohibición del pacto institutivo es el resultado del principio de la libertad de disponer, o sea, de la revocabilidad del testamento hasta el momento de la muerte; el cual quedaría vulnerado por el vínculo obligatorio que derivaría al testador del pacto sucesorio: vínculo que sería inmodificable, por parte del disponente, si el otro contratante, destinatario de los bienes (heredero o legatario), no consintiese en la modificación; y así, por vía transversal, quitaría al testamento el carácter de revocabilidad”. MESSINEO, 1979, p. 75.

²² RIPERT y BOULANGER, 1965, p. 25.

²³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29.4.1933.

III. ADMISIBILIDAD DE LA DISTINCIÓN DE LOS PACTOS SUCESORIOS EN EL DERECHO NACIONAL

Es admisible preguntarse si la tripartita distinción de los pactos sobre sucesión futura (de institución, renuncia y disposición) es plausible en el derecho nacional. La respuesta, creemos, es afirmativa. Por de pronto, la doctrina está conteste que el artículo 1463 comprende las diversas clases de pactos, impidiendo “la renuncia a suceder a una persona viva, o el pacto de institución de heredero o legatario o la cesión onerosa o gratuita del derecho a suceder al futuro causante [pacto de disposición]. La norma del artículo 1463 es amplia, no solo impide la institución de heredero por contrato, sino que también impide la intervención de terceros en una sucesión futura, prohibiéndose, incluso, la aceptación de una herencia o legado antes de ser deferidos (artículo 1226)”²⁴.

Por otra parte, de diversas disposiciones, se puede concluir que nuestro Código, aunque sea para rechazarlos, admite, sin nombrarlos, esta distinción entre los pactos sucesorios.

En efecto, los pactos de institución pueden desprenderse del inciso 2° del artículo 1463 y del inciso 2° del artículo 1204²⁵. La primera de dichas normas dice: *Las convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario, relativas a la misma legítima o a mejoras, están sujetas a las reglas especiales contenidas en el título “De las asignaciones forzosas”*²⁶; por su parte el inciso 2° del artículo 1204 dispone: *Cualesquiera otras estipulaciones sobre la sucesión futura, entre un legitimario y el que le debe la legítima, serán nulas y de ningún valor*. El inciso 1° de esta última norma, contempla el único caso de pacto sucesorio admitido en nuestra legislación, y es precisamente, uno de institución. Su texto es: *Si el difunto hubiere prometido por escritura pública entre vivos a su cónyuge o a alguno de sus descendientes o*

²⁴ ELORRIAGA, 2010, p. 9. En igual sentido, CLARO SOLAR, 1992, pp. 277-278.

²⁵ La Corte Suprema, confirmando lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Talca, anuló un convenio por estimar que contenía un pacto de institución de heredero, atendido que: “El convenio a virtud del cual el adjudicatario se obliga a no enajenar ni gravar con derecho real los bienes raíces que se le adjudican y a dejarlos pasar después de sus días a sus hijos o herederos legítimos designados en el testamento de su cónyuge, acuerdo que, aprobado por todos los herederos, se ordenó inscribirlo en el Conservador de Bienes Raíces, no importa la constitución de un usufructo. En dicho caso el adjudicatario adquiere el dominio exclusivo y absoluto, aunque comprometiéndose a dejarlos al fallecimiento a los hijos de su cónyuge, que eran también suyos. Dicha estipulación no tiene en realidad otro aspecto ni es en efecto otra cosa que un contrato relativo al derecho de suceder por causa de muerte al adjudicatario, mediante el cual éste dispone de los bienes adjudicados para después de sus días sin el derecho de revocar esta disposición a su voluntad, o mejor dicho, en virtud de la cual renuncia a su facultad de testar con respecto a los mencionados bienes. Semejante estipulación, que tan sustancialmente destruye las disposiciones legales relativas a la testamentifacción, infringiendo al propio tiempo la terminante y explícita prohibición del art. 1463 del Código Civil, es no solamente anulable, sino inexistente y radicalmente nula. El derecho que corresponde al cónyuge sobre las gananciales en la sociedad conyugal se los asigna la ley, por derecho propio, a título de dominio y sin limitación alguna.” (Corte Suprema, 20.8.1928).

²⁶ Como observa Elorriaga, el inciso 2° del artículo 1463, incurre en una impropiedad, cuando sugiere que pueden existir convenciones entre la persona que debe una legítima y el legitimario. Ello no es posible pues lo único que se permite es la convención que consista en no disponer de la cuarta de mejoras. ELORRIAGA, 2010, p. 432.

ascendientes, que a la sazón era legitimario, no donar, ni asignar por testamento parte alguna de la cuarta de mejoras, y después contraviniere a su promesa, el favorecido con esta tendrá derecho a que los asignatarios de esa cuarta le enteren lo que le habría valido el cumplimiento de la promesa, a prorrata de lo que su infracción les aprovechara. En verdad, dice León Hurtado, este pacto solemne que permite la ley está redactado en forma negativa porque, en el fondo, importa la renuncia a la facultad de dejar la cuarta de mejoras “a su cónyuge o a uno o más de sus descendientes o ascendientes, sean o no legitimarios” (art. 1184) y “la renuncia de esta facultad viene a significar un pacto de institución porque el heredero adquiere por una convención, derechos en esa cuarta de la cual el causante habría podido disponer en favor de las personas indicadas con entera libertad a no mediar tal convención”²⁷.

En lo relativo a los pactos de renuncia, ellos se infieren del inciso final del artículo 1226 que dispone: *se mirará como repudiación intempestiva, y no tendrá valor alguno, el permiso concedido por un legitimario al que le debe la legítima para que pueda testar sin consideración a ella.* Esta norma no hace sino aplicar la regla general del artículo 1463, que prohíbe los pactos sobre sucesión futura. La autorización dada por el legitimario al testador, para que este pueda testar sin considerar su legítima es un pacto sobre el derecho de suceder a una persona y, en consecuencia, adolece de objeto ilícito y su sanción es la nulidad absoluta. El precepto condena la renuncia anticipada, de las legítimas porque, siendo esta una asignación forzosa (art. 1167 N° 2), debe ser respetada en todo momento por el testador²⁸.

Finalmente, en cuanto a los pactos de disposición, por los cuales el futuro heredero en vida del causante, dispone de sus derechos en la sucesión, es decir, los enajena a un tercero, es cuestión no controvertida, que quedan comprendidos en los amplios términos del artículo 1463 inciso 1°. La doctrina, como se explicó *supra*, y nuestros tribunales lo han entendido siempre así²⁹.

²⁷ LEÓN HURTADO, 1983, pp. 55-56.

²⁸ León Hurtado sostiene que la declaración unilateral produce igual efecto que un pacto de renuncia. Si en lugar de un pacto de renuncia, el interesado hace una declaración unilateral de voluntad, se aplican los mismos principios. LEÓN HURTADO, 1983, p. 53. Díez-Picazo y Gullón señalan que el pacto de renuncia se diferencia de la repudiación de la herencia, en que esta es siempre unilateral y recae sobre una sucesión ya abierta, mientras que el pacto renunciativo nace de un acuerdo bilateral y se produce antes de la apertura de la sucesión. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2000, p. 514. La jurisprudencia nacional ha resuelto, en cuanto a la renuncia a la herencia de una persona viva que: “Es nula toda renuncia de una asignación antes de la delación de la herencia. Tiene objeto ilícito la renuncia de un hijo de lo que podría tocarle en una sucesión, a cambio de una suma de dinero que le hace el padre. Aceptar la validez de esa renuncia sería autorizar una manera de gravar o menoscabar las legítimas o un nuevo modo de desheredación no establecido expresamente por las leyes. También es nula la renuncia ya se considere como pacto sobre la sucesión de una persona viva o ya como gravamen o menoscabo de la legítima, según los artículos 1204 y 1463 del Código Civil”. Corte de Apelaciones de Concepción, 25.8.1863, *Gaceta de los Tribunales*, 1863, N° 1.984, p. 753.

²⁹ En este sentido, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29.4.1933. La Corte Suprema vio un pacto de esta naturaleza en el siguiente caso: “El pacto que emana del documento en que una persona expresa que en caso de llegar a ser heredera abintestato de un tío suyo se obliga desde luego a nombrar a un individuo partidor de la herencia y administrador proindiviso de los bienes que la formen, agregando que, como remuneración por el desempeño de estos cargos y de todos los servicios que este prestó en vida de su tío, le asigna desde ya y se compromete a pagarle un honorario equivalente a un 50% de lo que ella herede, se halla comprendido

IV. RAZONES A FAVOR DE LOS PACTOS DE INSTITUCIÓN Y RENUNCIA

El tema que desarrollamos, tiene estrecha relación con uno mayor; la libertad de disposición (término más amplio que la libertad de testar, pues comprende además de esta, la posibilidad de pactos sucesorios) y a su vez, con la gran limitación que dicha libertad tiene en nuestro país, las asignaciones forzosas³⁰. En efecto, una de las manifestaciones de la libertad de disposición, entre otras, es permitir los pactos sobre sucesión futura, otra es la eliminación de límites a esa libertad como lo son las asignaciones forzosas.

Consideraciones o razones de orden más general y otras particulares para cada uno de los dos pactos referidos, nos llevan a postular o sostener su admisibilidad en nuestra legislación. La aceptación de una amplia libertad de disposición, y el rechazo a las asignaciones forzosas³¹, figuran entre las primeras razones.

En un reciente trabajo, Elorriaga ha hecho una síntesis de las razones que se dan para ampliar la libertad de testar³² (aplicables en todo, a la libertad de disposición por la que abogamos): la protección constitucional del derecho de propiedad (en especial, se afectaría la facultad de disposición); los legitimarios y asignatarios de mejoras, no tienen una especie de dominio sobre el patrimonio del causante; no es razonable pensar que la ley puede hacer mejor distribución de los bienes que el testador; en la actualidad no parecería suficiente para justificar la institución de las asignaciones forzosas, la permanencia *post mortem* de la obligación de los padres de alimentar a los hijos; la expansión de la seguridad social; la libertad de testar es lo que mejor se aviene con una deseable autoridad paterna; el aliciente para el emprendimiento; la fragmentación de la propiedad familiar no se condice con la moderna realidad socioeconómica; la reforma de la concepción de la realidad familiar desde la década del setenta; la escasa libertad de

dentro de los casos que contempla el artículo 1463 del Código Civil, y afecto, por lo tanto, a la prohibición que en él se establece y que lo hace adolecer del vicio de nulidad absoluta, toda vez que recayó sobre un objeto ilícito, prohibido por la ley". Corte Suprema, 5.1.1954. En este fallo, la Corte Suprema enmienda las sentencias de primera y de segunda instancia y fija, dice León Hurtado, la buena doctrina pues el pacto referido versó sobre la cesión del cincuenta por ciento de los bienes de una sucesión no abierta, cesión que hizo la presunta heredera a un tercero. LEÓN HURTADO, 1983, p. 57.

³⁰ Sobre la tensión entre libertad de testar y asignaciones forzosas, véase ELORRIAGA, 2019, pp. 67-102; GRIMALDI, 2015, pp. 191-215; RODRÍGUEZ PINTO, 2010, pp. 423-433; MARTINIC, 2005, pp. 479-486.

³¹ Es conocida la opinión de Bello, contraria a las legítimas: "Las legítimas no fueron conocidas en Roma, mientras a la sombra de las virtudes republicanas se mantuvieron puras las costumbres y severa la disciplina doméstica. Las legítimas no son conocidas en la mayor parte de la Gran Bretaña y de los Estados Unidos de América (...). Cuanto más suave el yugo de las leyes, más poderosa es menester que sea la venerable judicatura que la naturaleza confiere a los padres (...). El establecimiento de legítimas no solo es vicioso porque es innecesario (pues no deben multiplicarse las leyes sin necesidad), sino porque, complicando las particiones, suscitando rencillas y pleitos en el seno de las familias, retardando el goce de los bienes hereditarios, ocasiona a los herederos un daño muy superior al beneficio que pudiera una vez acarrearles". Nota de Bello al art. 1343 N°4 del Proyecto de Código Civil de 1853 (correspondiente al actual art. 1182). BELLO, 1888, p. 316.

³² "La libertad de testar es la prerrogativa, facultad o derecho subjetivo que el ordenamiento jurídico reconoce a una persona viva para que pueda disponer a través de un testamento y en la forma que desee, de todos sus bienes, derechos y obligaciones transmisibles, para que esta disposición patrimonial tenga completo efecto después de su muerte". ELORRIAGA, 2019, p. 67.

testar induce a actos encubiertos o fraudulentos y la existencia de asignaciones forzosas generan problemas habituales de difícil solución³³.

Compartimos opiniones, en el sentido de que una vez que los hijos han finalizado su formación, los padres y los hijos no deben tener obligaciones legales entre sí, ni siquiera las de carácter sucesorio. Solo deben obligarse o disponer voluntariamente, de lo que el afecto les dicte. La Constitución es ampliamente permisiva, para todas las personas, también para los padres, y esto se olvida con mucha facilidad. Una vez que han sido liberados de las obligaciones y responsabilidades, para con sus hijos (en nuestro país, en especial por haber cumplido el mandato constitucional del deber de educación del art. 19 Nº 10 de la Constitución Política), los padres deben gozar de plena libertad de testar. Quien ya ha hecho lo que debe, no puede o, al menos, no debería quedar obligado a más³⁴.

Por otra parte, los fundamentos sobre los cuales descansa la imposición de asignaciones forzosas en Chile, han desaparecido. El cuadro de una viuda rodeada de menores, que es una visión muy propia de la época en que se dictó nuestro Código Civil, ya no es tal en nuestros días. Actualmente, cuando los legitimarios heredan, ya han alcanzado una edad madura, una estabilidad económica y profesional, no necesitan la protección de la ley, pueden no tener interés en heredar y están dispuestos a ceder sus derechos a herederos más desvalidos, por lo que sería preferible permitirle al testador que disponga de sus bienes de la forma en que mejor le parezca, principalmente a favor de su cónyuge o pareja. Si el legitimario tiene cubiertas sus necesidades vitales, no se vislumbra la razón de que la ley opere por sobre una voluntad expresa del causante, en un sentido contrario. Se fuerza a disponer de la última voluntad del causante, a favor de quienes ni siquiera, en muchos casos, lo necesitan. Con razón, Walker se pregunta “por qué constreñir al causante a efectuar reparticiones que no necesariamente desea hacer —porque, de permitirselo, es probable que haría otras—, limitando la autonomía de su voluntad en base a supuestos hoy en día inexistentes”³⁵.

Las asignaciones forzosas deben ser eliminadas y buscar otro mecanismo, con carácter alimenticio, para los casos en que efectivamente algún miembro de la familia esté en un estado de necesidad (hijos menores, discapacitados, etcétera), y no hay que temer a un sistema de amplia libertad de testar como el que ya rige, en general, en Inglaterra, Canadá, en la mayor parte de Estados Unidos de América, México, Costa Rica y Nicaragua.

Veamos ahora las razones particulares para aceptar los pactos de institución y renuncia.

En primer lugar, admitir los pactos de institución en nuestra legislación, daría mayor margen a la autonomía de la voluntad, en materia sucesoria, cuestión que se viene observando hace ya un tiempo, en otras ramas o disciplinas jurídicas, incluso en Derecho de Familia, tradicionalmente reticente a dar espacio a la autonomía de la voluntad. Piénsese por ejemplo, como en materia de familia, todas las últimas reformas

³³ El desarrollo de cada argumentación puede verse en ELORRIAGA, 2019, pp. 88-95. Similares argumentos en WALKER, 2019, pp. 565-583.

³⁴ Así, RAGEL, 2014, p. 23.

³⁵ WALKER, 2019, p. 570.

así lo ponen de manifiesto, *verbi gracia*, los acuerdos ahora permitidos, en lo relativo al cuidado de los hijos, a la patria potestad, a la compensación económica, etcétera³⁶.

Los pactos de institución no son, por lo demás, sino un ejercicio de la facultad de disposición del dominio del futuro causante sobre sus bienes. La Constitución Política (art. 19 N° 24, inc. 3°) asegura a todas las personas que: *nadie puede, en caso alguno, ser privado de su propiedad, del bien sobre que recae o de alguno de los atributos o facultades esenciales del dominio...* y una de las facultades esenciales del dominio es precisamente, la de disposición³⁷. Queremos destacar, en lo que interesa para este trabajo, que la facultad de disposición no solo se limita a la facultad de poder enajenar o gravar libremente los bienes, sino que también comprende la libertad o elección de la persona con quien se va a contratar o quien será el destinatario de esos bienes, según sean actos gratuitos u onerosos. También, en el plano constitucional, la única obligación directa que el constituyente impone a los padres, es el deber de educar a sus hijos (art. 19 N° 10). Cumplida tal cosa, los padres debieran tener absoluta libertad para disponer de sus bienes, por ejemplo, mediante estos pactos, salvo el estado de necesidad de alguno de ellos.

Otro argumento para aceptar los pactos de institución, es que ello evitaría o disminuiría la celebración de actos encubiertos o fraudulentos. Como observan Domínguez Benavente y Domínguez Águila, serviría para poner el derecho de acuerdo con la realidad, desde que habrá de reconocerse que las personas, dueñas de alguna fortuna más o menos importante, recurren a diversos subterfugios para regular en vida, la suerte de sus bienes después de muertos. Por otra parte, son comunes contratos de seguros de vida, depósitos en cuentas previsionales y otros que permiten eludir la prohibición general de los pactos sucesorios³⁸. La admisibilidad clara y explícita de los pactos de institución, evitaría la existencia de contratos simulados que celebrándose con la apariencia de contratos *inter vivos*, persiguen, en realidad, efectos *mortis causa*³⁹.

También, en defensa de estos pactos, hay una razón más práctica que radica en la riqueza que al sistema de sucesión proporciona la inclusión de una nueva figura: los particulares tendrán así, la posibilidad de ordenar el fin de sus bienes mediante más

³⁶ Vid. al respecto BARCIA, 2009, pp. 107-127; LEPÍN, 2013, pp. 93-103; MORENO, 2007, pp. 133-149; SCHMIDT, 1999, pp. 105-119; SAAVEDRA, 2007, pp. 113-132.

³⁷ La arista constitucional de nuestro tema excede a este trabajo por lo que sugerimos ver RAJEVIC, 1996, pp. 23-97.

³⁸ Vid. por todos DOMÍNGUEZ BENAVENTE y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, 2011, p. 41.

³⁹ Así, la Corte de Apelaciones de Temuco declaró la nulidad absoluta, por simulación de dos contratos de compraventa entre los padres y uno de sus hijos, afirmando que en dichos contratos la compradora no pagó el precio y que son ficticios los que se determinan en ellos, por lo que dichas convenciones carecen de ese requisito esencial. De acuerdo con la sentencia, en los contratos no solo se falseó su naturaleza sino que, en verdad, entre las partes no hubo consentimiento real y efectivo, al pactar las prestaciones que recíprocamente se imponen, ni hubo entre ellas motivo determinante de las convenciones sino que simularon compraventas, con el fin de soslayar la prohibición del inciso 1° del artículo 1463 del Código Civil, puesto que en realidad esos contratos constituyen donaciones que permitieron a los causantes transferir la totalidad de sus bienes raíces, en beneficio exclusivo de uno de sus hijos. Corte de Apelaciones de Temuco, 16.8.2004, rol 1186-2002, confirmada por la Corte Suprema, 25.1.2007, rol 4265-2004. En igual sentido, Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 26.1.2007, rol 361-2006, confirmada por la Corte Suprema, 2.7.2008, rol 1652-2007.

cauces, incluyendo el testamento, las donaciones y los pactos o contratos sucesorios (en especial, los de institución), utilizando la figura que más se ajuste a sus necesidades⁴⁰. La inclusión de estos pactos, como una nueva forma de testar, supone, a pesar de una restricción de la autonomía del testador, una ampliación de la libertad de testar formal, al dar al causante todas las formas posibles para ordenar su sucesión⁴¹. Así, los pactos de institución ofertan otra jurídica más para fines dignos de tutela (como puede ser la conservación de la unidad de patrimonio o fincas, empresas o industrias) que no pueden lograrse mediante las formas jurídicas existentes en el actual sistema del Código Civil como son las donaciones o testamento⁴².

Pero, el argumento decisivo para nosotros, que inclina la balanza en favor de la aceptación de los pactos de institución, está basado en las máximas de la experiencia: es el causante y no la ley *a priori*, quien está en mejor posición para hacer una mejor distribución de sus bienes. Solo él conoce la dinámica y vicisitudes familiares que lo llevan a disponer de una u otra manera de su patrimonio, sin estar atado a reglas prefijas y abstractas; él más que nadie sabe quién es merecedor de su gratitud, quiénes están necesitados, etcétera. Tal conocimiento lo ha obtenido de años de vida familiar que ninguna ley puede sustituir. Por eso, compartimos plenamente las palabras de un autor español cuando afirma que el Derecho de sucesiones debiera fundarse “más en los sentimientos que en la sangre”⁴³. La sucesión intestada, por tanto, debe operar como última opción, es decir, aplicarse en defecto o a falta de testamento o pactos sucesorios.

En cuanto a los pactos de no suceder o de renuncia a los derechos eventuales en una herencia futura, han de aceptarse porque solo miran al interés individual del renunciante, en este caso, el del futuro heredero que abdica. La renuncia a la herencia es una suerte de liberalidad que no debiera merecer cuestionamiento alguno, ya que solo afecta al renunciante y beneficia, eventualmente, a otros futuros herederos. Así, por ejemplo, qué de objetable tiene que personas mayores o viudos renuncien a la herencia de su cónyuge en favor de los hijos, los nietos o los sobrinos porque lo necesitan más o lo pueden disfrutar durante más tiempo. Motivos muy diversos y a veces simplemente personales pueden conducir a la renuncia, la que si solo afecta al renunciante debiera encontrar un camino despejado para su materialización.

Asimismo, no vemos una razón sustantiva o material que justifique poder renunciar a la herencia solo una vez abierta la sucesión (repudiación⁴⁴), pero no antes. La voluntad del renunciante en uno y otro caso, es igual, no llevar parte en la herencia. En ambas hipótesis, hay una dejación o abandono voluntario del derecho a suceder, ello es lo relevante.

⁴⁰ CÁMARA, 2011, pp. 293-294.

⁴¹ ROCA SASTRE, 1948, p. 400.

⁴² CÁMARA, 2013, p. 385.

⁴³ RAGEL, 2014, p. 23.

⁴⁴ Véase el concepto, naturaleza y modalidades de la renuncia en materia sucesoria en PLANAS, 2017, pp. 33-47; ROGEL, 2011, pp. 43-82.

Además, estos pactos de renuncia o abdicativos resultan útiles porque amplían la capacidad de disposición del futuro causante y le permiten asignar con preferencia sus bienes a hijos incapacitados, menores o en situación económica desfavorable o a su cónyuge.

Una razón no menor, agreguemos, es que si se permiten estas renunciaciones, los otros herederos tendrán más incentivos a aceptar la herencia porque obviamente el patrimonio hereditario se repartirá entre menos. Siempre será mejor, por razones de certeza y tráfico jurídicos y del crédito que los herederos acepten las herencias, antes que las repudien.

En resumen, la prohibición general de pactos sucesorios del artículo 1463 solo debiese quedar restringida a los pactos de disposición y dejar fuera de tal prohibición a los de institución y renuncia. La implicancia moral o derechamente la inmoralidad y la especulación con la vida del causante, que conllevan el disponer de una herencia futura mientras aquel vive, hacen aconsejable mantener la proscripción de los pactos de disposición.

V. CONCLUSIONES

Las razones que tradicionalmente se han dado para prohibir los pactos de sucesión futura, esto es, inmorales y atentando contra la libertad de testar y la igualdad de los hijos, no son convincentes (en la renta vitalicia, los seguros de vida, el seguro de desgravamen, el usufructo vitalicio, también la muerte de un sujeto es consideración relevante) y el contexto histórico y la realidad de la familia de entonces que justificaban la prohibición, ya no existen.

Los pactos de institución deben ser aceptados, entre otras razones, porque son una manifestación de la facultad de disposición del dominio, garantizada constitucionalmente; dan mayor cabida a la autonomía de la voluntad en materia sucesoria, tendencia que incluso se observa en Derecho de Familia; evitarían o disminuirían la celebración de actos encubiertos o fraudulentos celebrados en vida para regular la suerte de los bienes del futuro causante; suman otra posibilidad, además de la ley y el testamento, de ordenar el fin de los bienes del mismo y el causante está en mejor posición, para hacer la mejor distribución de sus bienes que una hecha *ex ante* por la ley.

En cuanto a los pactos de no suceder o de renuncia, abogamos por su aceptación porque solo miran al interés individual del renunciante; no hay una razón sustantiva para poder renunciar a la herencia solo una vez abierta la sucesión pero no antes, pues en ambos casos, hay una dejación o abandono voluntario del derecho a suceder; estos pactos de renuncia resultan útiles porque amplían la capacidad de disposición del futuro causante y le permiten asignar con preferencia sus bienes a herederos necesitados; finalmente, si se permiten estas renunciaciones, los otros herederos tendrán más incentivos a aceptar la herencia, lo que siempre es más conveniente que la repudiación para la certeza y tráfico jurídicos y el crédito.

En síntesis, los pactos de institución y de renuncia deben ser aceptados en nuestro ordenamiento jurídico, quedando reservada la prohibición general del artículo 1463, solo a los pactos de disposición por la implicancia moral que conllevan.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, 2009: "Evolución de la legislación civil chilena en materia de Derecho de Familia y Sucesorio", en Enrique Alcalde y Hugo Fábrega (coordinadores), *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Pablo Rodríguez Grez*, Santiago, Ediciones Universidad del Desarrollo, pp. 55-70.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2009: "La autonomía privada en el Derecho de Familia", *Revista de Derecho (Universidad Finis Terrae)*, Nº 13, pp. 107-127.
- BARRÍA PAREDES, Manuel, 2015: *Asignaciones forzosas y libertad de testar*, Santiago, Thomson Reuters.
- BARRÍA PAREDES, Manuel, 2018: "La intangibilidad cuantitativa de la legítima en el Código Civil chileno. Una mirada desde el Derecho Sudamericano", *Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia)*, Nº 35, pp. 129-161.
- BELLO, Andrés, 1888: *Obras completas*, Tomo XII (Proyecto de Código Civil, 1853), Santiago, impreso por Pedro Ramírez.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, 2011: "Freedom of testation, legal inheritance rights and public order under Spanish Law", en E. Arroyo i Amayuelas y M. Anderson (eds.), *The Law of Succession: Testamentary Freedom. European Perspectives*, Groningen, Europa Law Publishers, pp. 269-305.
- CÁMARA LAPUENTE, Sergio, 2013: "La sucesión intestada. La sucesión contractual", en Miguel Ángel Pérez Álvarez et al. (autores), *Curso de Derecho Civil (V). Derecho de Sucesiones*, Madrid, Colex, pp. 381-390.
- CASTÁN VÁSQUEZ, José María, 1964: "Sucesión forzosa y sucesión contractual", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, Nº 127, pp. 3-102.
- CLARO SOLAR, Luis, 1992: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- CÓRDOBA, Marcos M., 2019: "La recepción de la nueva norma por la doctrina. Artículo 1010. Herencia futura", en Ricardo Luis Lorenzetti (director), *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Tomo XII-B, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, pp. 92-115.
- DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, 2000: *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, Madrid, Tecnos.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, 2012: *Teoría general del negocio jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DOMÍNGUEZ BENAVENTE, Ramón y DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, 2011: *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DOYHARCABAL CASSE, Solange, 2008: "Pactos sobre sucesión futura o sucesión contractual en la legislación francesa y española aragonesa", *Revista de Derecho y Ciencias Penales (Universidad San Sebastián)*, Nº 10, pp. 23-34.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, 2010: *Derecho Sucesorio*, Santiago, LexisNexis.
- ELORRIAGA DE BONIS, Fabián, 2019: "La libertad de testar y sus restricciones. Consideraciones para su eventual revisión en Chile", en Manuel Barría Paredes et al. (directores y coordinadores), *Estudios de Derecho Privado en homenaje al profesor Daniel Peñailillo Arévalo*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 67-102.
- FERRER, Francisco A. M., 2015: "Aspectos de las sucesiones en el nuevo Código", *Revista Jurídica La Ley (Buenos Aires)*, vol. 2015-E.
- FORNIELES, Salvador, 1941: *Tratado de Sucesiones*, Tomo I, Buenos Aires, Librería Jurídica.
- GRIMALDI, Michel, 2015: "La libertad testamentaria", en Manuel Barría et al. (editores), *Estudios de Derecho Privado. Homenaje al profesor Ramón Domínguez Águila*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 191-215.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 2001: *Derecho Privado Romano*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- LEÓN HURTADO, Avelino, 1983: *El objeto en los actos jurídicos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- LEPÍN MOLINA, Cristián, 2013: “Autonomía de la voluntad y los acuerdos conyugales”, en Carmen Domínguez, Joel González, Marcelo Barrientos, Juan Luis Goldenberg (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, LegalPublishing, pp. 93-103.
- MARTINIC GALETOVIC, María Dora, 2005: “Las asignaciones forzosas y la libertad de testar en el Código de Bello”, en María Dora Martinic y Muricio Tapia (coordinadores), *Sesquicentenario del Código Civil de Andrés Bello*, Tomo I, Santiago, LexisNexis, pp. 479-486.
- MESSINEO, Francisco, 1979: *Derecho Civil y Comercial*, Tomo VIII, Buenos Aires, Ediciones Jurídicas Europa-América.
- MORENO CONCHA, Ximena, 2007: “Paulatina incorporación de la autonomía de la voluntad en el Derecho matrimonial chileno”, en Hernán Corral y María Sara Rodríguez (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, LegalPublishing, pp. 133-149.
- NAVAS NAVARRO, Susana, 2011: “Libertad de testar versus libertad de celebrar pactos sucesorios y costes de transacción. Aproximaciones desde el derecho de sucesiones catalán”, *Anuario de Derecho Civil*, t. LXIV, fasc. I, pp. 41-74.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, 1968: “El principio de la igualdad en el Derecho sucesorio”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 143, pp. 59-109.
- PLANAS BALLVÉ, María, 2017: *Los pactos de renuncia al derecho a la legítima futura*. Tesis para optar al grado de doctor, Universidad Autónoma de Barcelona.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, 2014: *La cautela gualdense o socini y el artículo 820.3° del Código Civil*, Madrid, Dykinson.
- RAJEVIC, Enrique, 1996: “Limitaciones, reserva legal y contenido esencial de la propiedad privada”, *Revista Chilena de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, vol. 23, N° 1, pp. 23-97.
- RIPERT, Georges y BOULANGER, Jean, 1965: *Tratado de Derecho Civil*, Tomo X, vol. I, Buenos Aires, La Ley.
- ROCA SASTRE, Ramón María, 1948: “La sucesión contractual en Derecho común y en las legislaciones forales”, en *Estudios de Derecho Privado*, t. II, Madrid, edit. Revista de Derecho Privado, pp. 341-423.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, 1989: “El régimen patrimonial del matrimonio y el derecho sucesorio”, *Revista de Derecho (Universidad Central)*, pp. 25-34.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, 2006: *Instituciones de Derecho Sucesorio*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, 2010: “Contracción de las asignaciones forzosas. Una reforma urgente al sistema sucesorio chileno”, en Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (coord.), *Estudios de Derecho Civil V*, Santiago, LegalPublishing, pp. 423-433.
- RODRÍGUEZ-URÍA SUÁREZ, Isabel, 2013: *La ley aplicable a los pactos sucesorios*. Tesis para optar al grado de doctor, Universidad de Compostela.
- ROGEL VIDE, Carlos, 2011: *Renuncia y repudiación de la herencia en el Código Civil*, Madrid, Reus.
- SAAVEDRA ALVARADO, Ricardo, 2007: “Autonomía de la voluntad y protección de la familia frente a la actual realidad sucesoria: la búsqueda de nuevos equilibrios entre dos principios fundamentales”, en Hernán Corral y María Sara Rodríguez (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II*, Santiago, LegalPublishing, pp. 113-132.
- SCHMIDT HOTT, Claudia, 1999: “Régimen patrimonial y autonomía de la voluntad”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 26, N° 1, pp. 105-119.
- SOMARRIVA UNDURRAGA, Manuel, 2005: *Derecho Sucesorio*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- WALKER SILVA, Nathalie, 2019: “El anacronismo de las asignaciones forzosas y el necesario reconocimiento a la libertad para testar en Chile”, en Esteban Pereira (editor), *Fundamentos filosóficos del Derecho Civil chileno*, Santiago, Rubicón, pp. 565-583.

Jurisprudencia citada

- CORTE Suprema, sentencia de fecha 31 de mayo de 1907, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 7, sec. 1ª, p. 5.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 20 de agosto de 1928, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 26, sec. 1ª, p. 484.
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia de fecha 29 de abril de 1933, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 31, sec. 1ª, p. 337.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 26 de abril de 1934, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 31, sec. 1ª, p. 337.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 5 de enero de 1954, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 51, sec. 1ª, p. 17.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 29 de noviembre de 1960, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, tomo 57, sec. 2ª, p. 97.
- CORTE de Apelaciones de Temuco, sentencia de fecha 16 de agosto de 2004, rol 1186-2002.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 25 de enero de 2007, rol 4265-2004.
- CORTE de Apelaciones de Punta Arenas, sentencia de fecha 26 de enero de 2007, rol 361-2006.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 2 de julio de 2008, rol 1652-2007.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100089>

La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino

*Marta Szygendowska**

RESUMEN

El presente trabajo efectúa una revisión y análisis acerca del contenido de la práctica de gestación por sustitución, poniendo el énfasis en cómo el desarrollo de sus formas, funciones y limitaciones se ha configurado a base de un contexto de dominación patriarcal y de expansión del capitalismo: modo de acumulación que ha comercializado las capacidades reproductivas de la mujer, instrumentalizando su cuerpo y tensionando el respeto del ejercicio de sus derechos individuales. Para lograr lo anterior, se realizará una explicación crítica acerca del contenido de la institución, de sus fines y modalidades, atendiendo la actual discusión teórica dentro del movimiento feminista.

Gestación por sustitución; feminismo; derechos de las mujeres

Surrogacy as a form of commercialisation of the female body

ABSTRACT

This paper analyses and reviews a surrogacy practice, with the emphasis on how the development of its forms, functions and limitations have been configured on a base of patriarchal domination context and process of expansion of capitalism. The system of the accululation of capital commercializes the reproductive capacities of women, instrumentalizing their body and makes difficult to respect an exercise of their individual rights. To achieve the above, a critical explanation will be made about the content of the institution, its purposes and modalities, attending the current theoretical discussion within the feminist movement

Surrogacy; feminism; women's rights

* Licenciada en Derecho, Universidad de Cardinal Wyszyński, Varsovia, Polonia. Máster en Estudios Internacionales y de la Unión Europea, Universidad de Valencia, España. Doctora en Derecho, mención Derechos Humanos, Paz y Desarrollo Sostenible, Universidad de Valencia, España. Profesora de la Facultad de Ciencias Jurídicas, Universidad de Antofagasta. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6385-9520>. Correo electrónico: marta.szygendowska@uantof.cl

Artículo recibido el 4.3.20 y aceptado para su publicación el 18.6.20.

I. INTRODUCCIÓN

La mercantilización del cuerpo siempre ha sido vinculada a los debates relativos al tráfico de personas con fines de explotación sexual, tráfico de órganos humanos u otra forma de la llamada esclavitud moderna que involucra la venta del cuerpo. En el caso de la gestación por sustitución¹, esta ha sido considerada por la gran parte de la doctrina como una forma de explotación reproductiva de mujeres². Dicha institución ha ganado el protagonismo en los debates desarrollados en el área internacional, debido a que cada vez más personas infértiles de los países occidentales optan por esta solución para tener hijos. La discusión se centra en la tensión entre los derechos individuales de la gestante y la expansión del mercado que sobrepasa los límites morales y le pone precio a la vida. Los que defienden esta vía para resolver su problema y satisfacer su deseo de ser padre o madre, se apoyan en el derecho a formar una familia y respetar la decisión libre de la mujer que se decide a gestar un feto para otras personas³. Asimismo, los que abogan por la prohibición absoluta de esta práctica sostienen que esta conlleva a mercantilizar y cosificar el cuerpo de la mujer⁴.

En todo caso, la gestación por sustitución se ha ido convirtiendo en una industria desde los años ochenta y el negocio creado por las empresas intermediarias se ha expandido a lo largo del mundo, generando actualmente una ganancia de 2,3 mil millones de dólares al año⁵. Las agencias de gestación por sustitución que en realidad son empresas intermediarias que actúan entre los comitentes dispuestos a pagar una alta suma de dinero por tener un bebé, y la gestante que generalmente es proveniente de un entorno vulnerable⁶, desarrollan su negocio en los países en vía de desarrollo. Así, se garantizan un coste reducido del servicio y la mayor ganancia. Debido a que en gran parte de los países occidentales la gestación por sustitución es una práctica que está prohibida, las agencias difunden su publicidad que abarrotan internet. La oferta está dirigida a los comitentes provenientes de estos, ofreciéndoles precios más bajos por el servicio efectuado en los países empobrecidos.

En este sentido, la figura de la gestación por sustitución constituye una forma de mercantilización del cuerpo femenino, explotando a las mujeres vulnerables procedentes de los países en vía de desarrollo, generando una industria que debería estar prohibida.

¹ Denominada también como maternidad subrogada, gestación subrogada, vientres de alquiler, maternidad por encargo, alquiler de útero. Existen diferentes modalidades de esta práctica, por eso la terminología difiere.

² Véase ALBERT, 2017.

³ Eleonora Lamm mantiene que "(...) existe de forma básica y fundamental un derecho de las gestantes a servirse libremente de su cuerpo y a tomar decisiones al respecto". LAMM, 2017, p. 539.

⁴ No Somos Vasijas, s/f.

⁵ COTTINGHAM, 2017, p. 17.

⁶ *Ibid.*

En efecto, el objetivo de este trabajo es analizar la gestación por sustitución como una práctica que cosifica el cuerpo de la mujer y lo convierte en un objeto de consumo y explotación reproductiva.

II. GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: ANTECEDENTES

La gestación por sustitución consiste en la aceptación que hace una mujer para “portar en su vientre un niño por encargo de otra persona o de una pareja, con el compromiso de, una vez llevado a término el embarazo, entregar el recién nacido al comitente o comitentes, renunciando aquella a la filiación que pudiera corresponderle sobre el hijo así gestado”⁷. Aunque en la doctrina no existe un consenso acerca de si constituye una modalidad de reproducción asistida⁸, los partidarios de la regulación permisiva la consideran una de sus formas⁹. No obstante, si bien en el procedimiento se recurre a las técnicas de reproducción asistida, este se rige por un contrato cuyo objeto consiste en que la gestante entregue al recién nacido a los comitentes a cambio de un precio. Por tanto, es difícil considerar la gestación por sustitución como una forma de reproducción asistida¹⁰. Para los partidarios parece comfortable catalogarla como tal, pero no hay que olvidar que lo que realmente se suele ocultar es un hecho incómodo en torno a que la capacidad reproductiva de la mujer se convierte en un negocio. Las personas que no pueden tener hijos recurren a esta práctica para satisfacer sus deseos de ser padres, encontrándose en el mercado con una inmensa cantidad de empresas que, por un precio establecido, llevan a cabo todo el procedimiento. De este modo, los que cuentan con recursos económicos pueden acceder a un servicio en el que la vida humana se reduce a un producto.

Los primeros casos de gestación por sustitución se hicieron públicos en Estados Unidos en la década de los años setenta donde se reconoció el primer acuerdo entre los comitentes y la gestante¹¹, dando paso a este tipo de contratos cuyo número llegó a los 600 entre 1976 y 1988¹². Sin embargo, no fue hasta 1986 cuando el tema generó una gran polémica a raíz del famoso caso *Baby M*, cuando la Corte Suprema estadounidense por primera vez tuvo que fallar acerca de la custodia de una bebé nacida de un contrato de gestación por sustitución, concediéndosela finalmente a los comitentes. A partir de entonces, el mercado de gestación por sustitución empezó a crecer en algunos estados de Estados Unidos donde se determinó legislar acerca de la cuestión a partir de los años noventa. Al mismo tiempo, el mercado de subrogación se expandió a los países en

⁷ SÁNCHEZ 2010, p. 8. Para ver todas las formas de la gestación por sustitución, véase la clasificación de CAPELLA, 2015, pp. 23-27.

⁸ LARA, 2018.

⁹ Véase LAMM, 2017, p. 24.

¹⁰ En el mismo sentido, véase RAYMOND, p. 51.

¹¹ SREENIVAS y CAMPO-ENGELSTEIN, 2010, p. 3.

¹² LEHMAN y PHELPS, 2005, pp. 408-16.

vía de desarrollo, como India o Ucrania, debido a los bajos costos relacionados con la ejecución del contrato¹³.

Respecto de la regulación legal que hacen los países acerca del fenómeno, es posible evidenciar que, en algunos, tal práctica se encuentra prohibida en forma absoluta (como, por ejemplo, en Francia, Alemania, España, Italia). Otros optan por la regulación permisiva cuando es altruista (por ejemplo, Reino Unido, Canadá, Grecia¹⁴), mientras en países como Ucrania, Rusia, algunos estados de Estados Unidos, como el estado de California o el estado de Sinaloa en México¹⁵, domina la admisión amplia. En el caso de algunos países asiáticos que han sido los destinos más concurridos por las parejas extranjeras europeas, debido a los bajos costes del servicio (comparando con, por ejemplo, Estados Unidos), en los últimos años han prohibido la gestación por sustitución comercial. Este es el caso de Tailandia, que a raíz del caso *Baby Gammy*¹⁶ aprobó en el 2015 la ley que prohíbe expresamente la gestación por sustitución, basándose en la “protección de los niños subrogados y represión de la trata de personas”¹⁷. Por su parte, la Corte Suprema de Nepal prohibió la gestación por sustitución en una decisión dictada en el 2015, con excepción de las parejas nepalesas casadas¹⁸. En el caso de India, la ley que regula la gestación subrogada del año 2019 prohíbe la gestación comercial, subrayando la urgencia de la eliminación de esta práctica que había sido permitida hasta la fecha en comento, ya que “se han reportado casos de prácticas poco éticas, explotación de las madres sustitutas, abandono de niños nacidos de subrogación e importación de embriones humanos y gametos”¹⁹.

En cuanto a los países donde se ha planteado legislar acerca del tema, en Chile, el 2017 se presentó un proyecto de ley que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida²⁰. El objetivo del proyecto es establecer una regulación jurídica permisiva de la práctica de gestación por sustitución de carácter altruista, debido a la disminución, en los últimos años, de la tasa de natalidad en el país.

Por su parte, dentro de la Unión Europea, aunque no hay consenso de los Estados miembros acerca del tema en comento y los países han tomado diferentes posiciones en cuanto a la figura de la gestación por sustitución, la postura del Parlamento Europeo es

¹³ MOHAPATRA, 2012, p. 413.

¹⁴ La ley permite ser comitentes a los ciudadanos griegos o comunitarios, siendo parejas heterosexuales o personas solteras.

¹⁵ ÁVILA, 2017, pp. 328-338.

¹⁶ Es el caso de una pareja australiana que contrató a una mujer tailandesa como gestante. La mujer estaba embarazada de gemelos, uno de ellos con síndrome de Down. Después de haber rechazado la mujer gestante a la solicitud de abortar al feto con el trastorno genético, la mujer dio a luz ambos niños. Los comitentes se llevaron a la niña sana, dejándole a la gestante al niño con alteración genética.

¹⁷ The Nation, 2014.

¹⁸ U.S. Embassy in Nepal, 2018.

¹⁹ The Surrogacy (Regulation) Bill, 2019, p. 19.

²⁰ Proyecto de ley que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida, Boletín N° 11576-11, Cámara de Diputados, Congreso Nacional, Chile.

tajante. El órgano legislativo de la Unión Europea condenó esta práctica insistiendo en que “debería prohibirse y analizarse con urgencia en el marco de los instrumentos de derechos humanos”²¹. Además, la Corte Europea de Derechos Humanos resolvió cinco demandas relativas a la negativa de la inscripción del nacimiento de los niños nacidos en el extranjero mediante la gestación por sustitución²². En el 2019 la Corte emitió un dictamen consultivo²³ acerca del reconocimiento de vínculo legal entre el recién nacido y la madre intencional²⁴, a raíz del caso *Mennesson v. Francia*. El Tribunal de Estrasburgo consideró “la necesidad de proporcionar una posibilidad de reconocimiento de la relación legal entre el niño y la madre intencional”²⁵, ya que “la imposibilidad de reconocimiento entre el nacido y la madre intencional es incompatible con los intereses más favorables para el niño”²⁶. Sin embargo, como indicó el Tribunal, a causa de la falta de consenso acerca de la cuestión entre los Estados miembros del Consejo de Europa, el reconocimiento legal de la relación parental depende de la decisión de cada uno de ellos, atendiendo a los casos en concreto²⁷.

Si bien es difícil estimar cuántos niños al año nacen en todo el mundo mediante los contratos de gestación por sustitución, por la falta de accesibilidad a los datos²⁸, se considera que la demanda ha aumentado significativamente, lo que se refleja en las peticiones de inscripción solicitadas por los comitentes de los niños nacidos en el extranjero de las mujeres gestantes²⁹. Lo anterior, debido al incremento de los casos de infertilidad en los países desarrollados, siendo esta una de las causas principales³⁰.

Por su parte, también es difícil precisar cuántas parejas del mismo sexo y mujeres u hombres solteros utilizan esta figura para tener un bebé, ya que el acceso a la información en cuanto a la naturaleza, las circunstancias y las estadísticas de este tipo de acuerdos

²¹ EUROPEAN PARLIAMENT, 2015, párr. 4.

²² La Corte Europea de Derechos Humanos falló en cinco casos, de estos, cuatro han sido contra Francia y uno contra Italia: TEDH, *Mennesson v. Francia* de 26 de junio de 2014, n° 65192/11; TEDH, *Labassee v. Francia* de 26 de junio de 2014, n° 65941/11; TEDH, *Paradiso y Campanelli v. Italia* de 27 de enero de 2015, n° 25358/12; TEDH, *Foulon v. Francia* de 21 de julio de 2016, n° 9063/14; TEDH, *Bouvet v. Francia* de 21 de julio de 2016, n° 1041/14. En los casos contra Francia (los varones fueron donantes del material genético), la Corte estimó la vulneración de derecho de la vida privada de los recién nacidos, al negar la inscripción de la filiación y el reconocimiento del vínculo legal con el padre biológico, en el sentido del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos. No obstante, aunque la Corte falló a favor de la inscripción de los recién nacidos, los fallos se han basado en el interés superior del menor, en ningún momento refiriéndose a los derechos de las mujeres. En el caso contra Italia, la Corte desestimó la inscripción del niño por no tener este vínculo genético con los comitentes.

²³ Los dictámenes consultivos de la Corte Europea de Derechos Humanos no poseen carácter vinculante.

²⁴ TEDH, Opinión Consultiva del 10 de abril de 2019, solicitud n° P16-2018-001.

²⁵ *Op. cit.*, párr. 47.

²⁶ *Op. cit.*, párr. 42.

²⁷ *Op. cit.*, párr. 43.

²⁸ EUROPEAN PARLIAMENT, 2015, p. 32.

²⁹ Véase FREEMAN, 1990.

³⁰ PETERSON, 2014, p. 213.

difieren dependiendo de la fuente³¹. Según el informe británico respecto de la gestación por sustitución, aproximadamente una quinta parte de los contratos relativos a esta modalidad en Inglaterra se realiza por las parejas del mismo sexo³². Aunque no existen cifras oficiales, de acuerdo con la encuesta realizada por *Chicago Tribune*, se concluyó que entre 10 y 20% de los óvulos donados por las mujeres son usados para los casos de gestación por sustitución en los que los comitentes son varones homosexuales³³. Sin embargo, se estima que las parejas heterosexuales son los principales usuarios de esta figura³⁴. En este sentido, si bien el perfil de los comitentes puede variar, no cambia el perfil de las gestantes, siendo, en la mayoría de los casos, mujeres pobres de los países en vía de desarrollo³⁵. Aunque es cierto que existen mujeres que se ofrecen a gestar un feto de forma voluntaria y altruista, estas situaciones son excepcionales. Un claro ejemplo de lo anterior es el caso del Reino Unido donde se permiten acuerdos de gestación por sustitución de carácter altruista. No obstante, el insuficiente número de mujeres registradas como posibles gestantes frente a la alta demanda, sitúa a los ingleses en la cima de los recurrentes a los contratos comerciales en el extranjero³⁶. Lo anterior recalca el carácter excepcional de la gestación por sustitución altruista y deja en evidencia el escaso interés de la práctica en comento.

Así, la gestación por sustitución constituye una figura comercial en la gran mayoría de los países que la permiten. La constante expansión del mercado de subrogación ha generado un vasto aumento de las agencias mediadoras, clínicas de fertilidad o bufetes de abogados especializados en los trámites relacionados con este tipo de contratos. Al final, de la gran parte del lucro que se obtiene a la hora de ejecutar el contrato, se benefician las empresas intermediarias. Siguiendo a Katz, “La gestación por sustitución no ha llegado por vía del progreso tecnológico. Nos ha sido introducida por los bróker —las personas que vieron en ella un nuevo mercado y fueron tras él”³⁷—.

De esta forma, el tema analizado está generando una amplia polémica, también dentro del movimiento feminista que está dividido en cuanto a la aceptación de esta figura. En este sentido, su aprobación o rechazo ha estado relacionado con el rol reproductivo de la mujer. Así, el análisis de la gestación por sustitución necesariamente debe abordar elementos claves de esta figura como las consideraciones en torno a la capacidad

³¹ Véase HORSEY, 2015.

³² *Ibid.*, p. 23. No obstante, no hay datos acerca del número de este tipo de contratos efectuados por las parejas homosexuales en el extranjero.

³³ SCHOENBERG, 2016.

³⁴ *Ibid.*

³⁵ Véase CROZIER, 2010.

³⁶ Véase VALERO, 2019, p. 427; ALBERT, 2017, p. 188. Albert señala que en el Reino Unido, de 271 casos de gestación por sustitución, en 252 casos se recurrió a los países extranjeros, como India o Tailandia. Véase ALBERT, 2017, p. 189.

A este respecto, Pande señala que los británicos y los estadounidenses constituyen un aplastante número de los compradores en la India. Véase PANDE, 2009.

³⁷ KATZ, 1990, p. 158.

reproductiva femenina y las tensiones que se verifican entre los planteamientos teóricos feministas de enfoque radical y liberal.

III. EL ROL DE LAS CAPACIDADES REPRODUCTIVAS DE LA MUJER Y LAS TENSIONES TEÓRICAS ENTRE EL ENFOQUE FEMINISTA RADICAL Y LIBERAL

La consideración en torno al rol reproductivo de la mujer debe servir como contexto histórico que articula el análisis de la institución. En este sentido, el papel de las habilidades reproductivas femeninas ha sido fuente de la dominación patriarcal durante siglos. Si bien en las últimas décadas, debido a los cambios sociales, políticos y culturales, la procreación biológica es considerada como una de las opciones que tiene la mujer, la figura de la gestación por sustitución refleja el rol con el que la mujer ha estado cumpliendo durante siglos.

Desde esta perspectiva, dar a luz ha sido históricamente considerado como la función primordial de la mujer. Los cambios económicos y sociales que comenzaron en el siglo XVI empezaron a moldear las relaciones jerárquicas y patriarcales entre hombres y mujeres y establecer una división sexual de espacios y trabajo. El apogeo se produjo en la Revolución Francesa, inspirada por la idea del contrato social, cuando, en palabras de Federici, a las mujeres se les excluyó de la vida pública, naturalizando su papel reproductivo³⁸. De esta forma, Pateman sostiene que este contrato que creó derechos y libertades para los varones y que se suele presentar como “una historia sobre la libertad”³⁹, estableció también la sujeción de la mujer, comenzando con una sociedad patriarcal⁴⁰. Las mujeres fueron relegadas al espacio privado para cumplir con sus funciones provenientes de la naturaleza donde la maternidad constituía la esencia de la existencia femenina. La autora afirma que el pacto regula no solamente las relaciones que existen entre hombres y mujeres en el sentido patriarcal, sino establece también el derecho que tienen los varones de disponer del cuerpo femenino⁴¹. En otras palabras, es el contrato sexual que determina los vínculos masculino-femeninos.

Del mismo modo, la capacidad que poseen las mujeres de quedarse embarazadas siempre ha sido controlada por los hombres y ha marcado el rol femenino en la sociedad⁴². Esta dominación respecto de las habilidades reproductivas de las mujeres es un modo de opresión del cual el patriarcado actúa, tratando el cuerpo femenino como propiedad masculina. Como señala De Beauvoir, la función reproductiva esclaviza a la mujer, impidiéndole participar en la formación del mundo⁴³. En efecto, esta habilidad limita a la mujer a un espacio reducido, previamente determinado mediante un acuerdo de varones.

³⁸ FEDERICI, 2006, p. 553.

³⁹ PATEMAN, 1995, p. 10.

⁴⁰ *Ibid.*

⁴¹ *Op. cit.*, p. 11.

⁴² WIKLER, 1986, pp. 1043, 1050.

⁴³ DE BEAUVOIR, 1953, p. 117.

La mujer es definida en términos biológicos en el sentido de sus cargas fisiológicas de reproducción, como “madre en potencia”. De esta forma, el patriarcado ha usado las capacidades reproductivas para la construcción social de la mujer, un modelo impuesto como consecuencia de su naturaleza biológica. En esta dimensión, la ideología pronatalista⁴⁴ espera de las mujeres que tengan hijos y en un contexto en donde la sociedad, marcada por las políticas natalistas, les da a entender que la única forma de la que se pueden realizar como mujeres es siendo madres⁴⁵.

Así, la coacción social es parte del control patriarcal de las capacidades reproductivas femeninas que se mantiene hasta hoy y se refleja en la discriminación y rechazo social que sufren las mujeres que deciden abiertamente no tener hijos. El sistema demanda el cumplimiento de las obligaciones biológicas, ejerciendo la presión en las mujeres que intentan desafiar la estructura patriarcal, haciéndolas sentir como “mujeres incompletas”. Como bien apunta Saletti, “El deseo de las mujeres no cuenta, porque se supone integrado en el orden de los discursos legitimados del sistema”⁴⁶. Por su parte, ya en los años setenta, Firestone, oponiéndose al sistema, escribió: “En la actualidad, dar abiertamente la cara en contra de la maternidad por principio, es físicamente peligroso para una mujer. Solo puede salir con bien si añade que es neurótica, anormal, odia a los niños, y que, por tanto, ‘no está en condiciones’”⁴⁷.

No obstante lo anterior, en los años setenta del siglo XX, con las nuevas demandas sociales, surgió una nueva política feminista, desafiando el papel reproductivo de la mujer. Los cuestionamientos políticos y culturales del llamado feminismo radical se centran en las demandas relativas a la libertad sexual, proclamada por Kate Millet y Shulamith Firestone; el derecho al aborto, la anticoncepción, la infertilidad, salud sexual... Así las cosas, el constante progreso tecnológico llevó el debate pertinente a la reproducción iniciado por las feministas radicales, a los temas relacionados con las técnicas de reproducción asistida y gestación por sustitución. En esta dimensión, Firestone sostuvo que la opresión patriarcal que sufren las mujeres tiene su origen en su función reproductiva. Por ello, la única forma de liberarla de esta dominación era crear úteros artificiales y promover tecnologías reproductivas, lo que llevaría a la abolición de la maternidad, la disolución de la figura de familia, logrando la verdadera igualdad entre los sexos⁴⁸. Firestone consideraba la ectogénesis como solución para la desigualdad: un proceso que finalmente aboliría el embarazo, la fuente del dominio masculino que la autora calificaba como “bárbaro”. Propuso un sistema alternativo que consistiría en la “liberación de las mujeres de la tiranía de su biología reproductiva por todos los medios

⁴⁴ El concepto de pronatalismo ha tomado diferentes dimensiones en la literatura. Heitlinger sugiere definirlo como “el fomento del nacimiento para favorecer el bienestar individual, familiar y social”. Véase HEITLINGER, 1993, p. 121.

⁴⁵ En el mismo sentido, véase HANMER, 1987, pp. 697-704.

⁴⁶ SALETTI, 2008, p. 174.

⁴⁷ FIRESTONE, 1973, p. 250.

⁴⁸ Véase *Op. cit.*, pp. 49, 128, 258.

disponibles y la ampliación de la función reproductora y educadora a toda la sociedad globalmente considerada, tanto hombres como mujeres⁴⁹.

Si bien Firestone declaraba el progreso tecnológico en materia de reproducción asistida como un medio de eliminación del patriarcado, en la década de los ochenta se plantearon las teorías acerca del peligro que dichas tecnologías podrían suponer, conduciendo a la explotación de las mujeres. Así, algunas feministas de la segunda ola lo consideraron como un producto del patriarcado y una forma de control⁵⁰. En este sentido, Rowland señala que las profesiones médicas están dominadas por varones, por tanto, el desarrollo de los métodos de reproducción asistida aumenta el control de procreación, significando una mayor dominación social masculina de las mujeres⁵¹. Corea va más allá y sostiene que la tecnología que está en las manos de los hombres expresa los valores masculinos, como dominación o cosificación, y refuerza el poder masculino sobre las mujeres⁵². No obstante lo anterior, Dworkin mantiene que el problema no es la existencia de las técnicas de reproducción asistida, sino que el uso de ellas dentro de un sistema que trata a las mujeres como objetos que cumplen propósitos meramente sexuales y reproductivos, llevando a que los varones se encuentren en una posición para apoderarse de la totalidad del proceso reproductivo⁵³.

Por su parte, Katz apunta que el desarrollo de los métodos de reproducción asistida ha llevado a la práctica del “alquiler de úteros”, llamado subrogación, un concepto profundamente arraigado en el patriarcado que rige la reproducción⁵⁴. La autora sostiene que la gestación por sustitución es una forma de explotación femenina y añade que con esta nueva figura algunos privilegios patriarcales se han extendido a las mujeres ricas que con dinero pueden “alquilar un vientre”, declarándose propietarias de un bebé gestado por otra mujer⁵⁵. Esta práctica fue criticada y rechazada por las feministas de los años ochenta cuando la gestación por sustitución empezó a generar polémicas, considerándola como una forma de tráfico de niños y comparándola con la prostitución⁵⁶.

Finalmente, el rechazo a las prácticas de reproducción asistida por las feministas radicales se debe al sentimiento de amenaza al cuerpo femenino que llevaría a la explotación de la maternidad, asignando determinados roles a seleccionados grupos de mujeres (gestantes) durante este proceso. De esta forma, el rol que van a cumplir en el proceso de maternidad va a ir determinado por sus aspectos físicos, económicos y sociales.

⁴⁹ *Op. cit.*, p. 258.

⁵⁰ DENNY, 1994, pp. 62-63.

⁵¹ ROWLAND, 1987, p. 524.

⁵² COREA, 1985a, p. 4.

⁵³ DWORKIN, 1983, pp. 187-188.

⁵⁴ KATZ, 1988, p. 22.

⁵⁵ *Op. cit.*, p. 23.

⁵⁶ En la misma línea, véase RAYMOND, 1989. Andrea Dworkin señala que “La maternidad ha empezado a convertirse en una nueva rama de la prostitución femenina con la ayuda de científicos que desean acceder al útero para la experimentación y el poder (...). Las mujeres pueden vender sus capacidades reproductivas de la misma forma que antiguamente las prostitutas vendían sus capacidades sexuales, pero sin el estigma de prostitución porque no había penetración”. DWORKIN, 1983, p. 182.

Corea indica que solo las mujeres con rasgos genéticamente deseables van a poder proporcionar los óvulos, mientras que las mujeres de color o con un nivel socioeconómico bajo van a gestar el feto para que, finalmente, las mujeres ricas, blancas, occidentales puedan tener este bebé y criarlo⁵⁷. Así, las feministas radicales consideraron el uso de las técnicas de reproducción asistida y la gestación por sustitución, una amenaza para la emancipación de las mujeres y una herramienta potente que poseen los varones para seguir consolidando el sistema patriarcal.

No obstante, en oposición a lo declarado por la ola radical, surgió una respuesta proclamada por el feminismo liberal que ha construido desde su óptica los argumentos que se desarrollan en la línea de aceptar la gestación por sustitución. Así, las que abogan por su reglamentación, basando su discurso en la teoría política liberal, la defienden a base de la autonomía individual, la libertad reproductiva y el derecho de decidir libremente, también en cuanto a la celebración de un contrato. En esta línea, Arneson argumenta que esta figura no puede considerarse en los términos del contrato que tradicionalmente establecieron los hombres sobre las mujeres (refiriéndose al contrato sexual planteado por Pateman), ya que el cuerpo de una mujer es suyo y es ella quien decide sí y cómo usarlo⁵⁸. Por su parte, Andrews considera que la gestación por sustitución constituye una de las formas de reproducción que una mujer debería poder elegir libremente, manifestando que “El desarrollo reproductivo se ha sumado a la libertad de ser gestante”⁵⁹. El hecho de optar por gestar un feto para otras personas constituye una forma de evolución natural del derecho de elegir de forma libre sobre la reproducción⁶⁰. Por su parte, Gostin argumenta que una mujer sabe lo que es mejor para ella y en el caso de la gestación por sustitución, toma una decisión autónoma que está en su mejor interés, por tanto, cualquier impedimento legal que el Estado podría realizar, sería una intervención de carácter paternalista⁶¹. En la misma línea, Arneson, apoyando el argumento de la autonomía de la mujer gestante y la libertad de elegir, sostiene que “Sin importar cuánto sean restringidas las opciones de la vida de una persona, la idea de que el reducido número de alternativas que esta persona tiene, limita inaceptablemente su elección y no establece la razón de limitar aún más su rango de elección”⁶². Por tanto, cualquier limitación vulneraría su derecho a la autonomía⁶³, lo que, en palabras de Hatzis, sería dañino para las mujeres⁶⁴.

Esta perspectiva sitúa a la gestación por sustitución en la misma línea que cualquier otra forma de trabajo retributivo. Hatzis afirma que una mujer gestante vende sus

⁵⁷ COREA, 1985b, pp. 299-305. En el mismo sentido, véase también DWORKIN, 1983.

⁵⁸ ARNESON, 1992, p. 162.

⁵⁹ ANDREWS, 1988, pp. 167-168. En la misma línea, Gostin la considera como una opción más que ofrece la tecnología. GOSTIN, 1988.

⁶⁰ LIEBER, 1992, p. 227.

⁶¹ GOSTIN, 1988, p. 15.

⁶² ARNESON, 1992, p. 158.

⁶³ SIFRIS, 2015, p. 369.

⁶⁴ HATZIS, 2003, p. 423.

servicios gestacionales, comparándolo con el trabajo que realiza una actriz o una niñera, indicando que en este caso solamente usa su útero⁶⁵. Por su parte, Gostin defiende la idea de gestar un feto para otros, llamándolo un “trabajo femenino”⁶⁶ que tiene “un alto valor social” y lo considera “un trabajo valioso”⁶⁷. El autor hace hincapié en que el pago por un servicio efectuado es una cuestión esencial en nuestra sociedad⁶⁸. En la misma línea, Sifris entiende a la gestación por sustitución como un servicio reproductivo que se realiza a cambio de un monto de dinero y que constituye una manifestación de su derecho a trabajar, por tanto, no se debe cuestionar⁶⁹.

Así, los que apoyan a la gestación por sustitución, la ven como una forma de trabajo que se establece mediante un contrato. Hatzis considera que el cumplimiento del dicho contrato resulta ventajoso para ambas partes, ya que los comitentes obtienen al bebé y la mujer gestante el dinero con que el que puede pagar la educación de sus hijos⁷⁰. Por tanto, este tipo de contrato puede constituir una oportunidad económica para la mujer⁷¹. Esta línea argumentativa presentada por el feminismo liberal hace hincapié en la capacidad económica que tiene la mujer para cuidar de su familia aportando dinero, mediante el disfrute de la libertad de usar su cuerpo, la libertad de elección y la libertad contractual⁷². Por tanto, el argumento de que las mujeres que deciden ser gestantes tienden a ser mujeres de bajos recursos que carecen de otras opciones laborales, no constituye una razón válida, por la que este tipo de contratos debería prohibirse⁷³. En la relación gestante-comitente no se puede hablar de explotación, porque existe una compensación por el servicio efectuado⁷⁴.

En definitiva, el fundamento del enfoque liberal consiste en la percepción de que gestar un feto para otros se basa en un contrato de dos partes libres que se benefician de ello mutuamente, viendo en la gestación por sustitución una figura que representa autonomía, libertad reproductiva y el goce del derecho a la libertad de tomar decisiones sobre el uso del cuerpo. Esta dimensión se centra en el enfoque contractual, civil, patrimonial y económico, desconociendo lo que en realidad se debería analizar considerando esta figura, que son los derechos de la mujer. Los que abogan por la legalización de la gestación por sustitución, tienden a desconocer otros aspectos relevantes que dicen relación con su desarrollo, tales como la perspectiva histórica relativa a la posición desigual de la mujer que se ha mantenido a lo largo de los siglos, obviando el hecho de que se está usando el útero de un sujeto que históricamente no ha estado empoderado. Así, en el

⁶⁵ *Op. cit.*, pp. 420-421.

⁶⁶ En la misma línea, ANDREWS, 1989.

⁶⁷ GOSTIN, 1988, p. 15. En la misma línea, LEWIS,

⁶⁸ *Op. cit.*, p. 11.

⁶⁹ SIFRIS, 2015, p. 369.

⁷⁰ HATZIS, 2003, p. 417.

⁷¹ Véase HUBER, 2017.

⁷² SILLS, 2016, p. 26.

⁷³ ARNESON, 1992, p. 158.

⁷⁴ SIFRIS, 2015, p. 368. En la misma línea, GOSTIN, 1988, p. 10.

contexto actual donde el feminismo tiende a fomentar el papel de la mujer en todos los ámbitos, los argumentos que ofrece el feminismo liberal no contribuyen a esta finalidad.

El planteamiento liberal tampoco toma en consideración el contexto socioeconómico marcado por una severa desigualdad en el que se encuentra la mayoría de las mujeres gestantes. En consecuencia, desconoce u omite en su discurso un punto clave para el análisis de esta figura que es la operatividad y el funcionamiento de esta, sin tener en cuenta que en los países que regulan de forma permisiva la gestación por sustitución, finalmente, el agente de la institución no es la gestante sino las empresas intermediarias que captan a las más vulnerables, quedándose con un alto margen de ganancias de la ejecución del contrato⁷⁵.

Lo anterior, al contrario de la postura que representan las feministas radicales y que sobrepone los derechos de las mujeres por sobre cualquier otro aspecto relacionado con esta figura. Sus estudios consideran a la gestación por sustitución como una forma de opresión patriarcal de la mujer, analizándola desde una perspectiva histórica del sometimiento de las capacidades reproductivas femeninas al poder de los varones. Apuntan en que las técnicas de reproducción asistida consolidan el dominio patriarcal de los hombres sobre las mujeres y las convierten en un mero objeto que se puede alquilar para gestar un feto. En este sentido, nos encontramos ante el enfoque propio de derecho donde no se discute los derechos patrimoniales sino fundamentales.

IV. LA GESTACIÓN POR SUSTITUCIÓN: UN DEBATE CRÍTICO SOBRE EL NUEVO NEGOCIO GLOBAL

La posición de las feministas liberales acerca de la gestación por sustitución es objetable y tiene que ser relativizada no únicamente por los argumentos que surgieron dentro del feminismo radical después de la revolución sexual. Para ello, es imprescindible tomar también en consideración todos aquellos que se plantean por las feministas actuales y que contribuyen a objetar la posición que aboga por la regularización de esta institución. En este sentido, hay que poner en evidencia que este tipo de contrato se caracteriza por una desigualdad social donde las personas ricas de Occidente viajan a los países de un bajo nivel de desarrollo socioeconómico en los que la oferta de mujeres gestantes es mucho más vasta y el costo del servicio incomparablemente menor que en los países occidentales que regulan esta práctica⁷⁶. El poder económico permite además

⁷⁵ Véase GRUBER, 2013. Varias clínicas en India buscan a las mujeres dispuestas a gestar un feto para otros entre los grupos más vulnerables. Por su parte, se estima que, en Estados Unidos, alrededor de 50% de las gestantes son esposas de los militares que tienden ser personas de bajos recursos, y, por tanto, son el principal objetivo de las agencias intermediarias.

⁷⁶ Estados Unidos es el destino más caro para los comitentes donde el precio se establece entre los 100.000-150.000€. En Ucrania, uno de los destinos más populares para los europeos, el precio oscila entre 35.000-55.000€. Por su lado, en algunos países asiáticos, como Camboya, el precio establecido está entre 20.000-30.000€. Véase Instituto Vasco de la Mujer, 2018, p. 53.

elegir el sexo del que está por nacer, y en el caso de que sea necesaria la donación de óvulos, el precio va a variar dependiendo de si la donante es caucásica o india⁷⁷. Esta nueva variación de libre mercado que oculta el verdadero problema de explotación, pobreza y desigualdad permite que las personas ricas puedan negociar condiciones del contrato en función de su capacidad económica. En este sentido, Satz califica el mercado de subrogación como un mercado nocivo determinado por una posición desigual entre las partes y que se basa “en la desesperación, la humillación o la súplica, o cuyos términos de redención involucran la servidumbre o la esclavitud⁷⁸”. La autora explica que este tipo de mercados proceden de la pobreza y las personas que los integran “tienen una necesidad muy desigual de los bienes que son objeto de intercambio”⁷⁹.

Por su parte, varios factores influyen en la situación socioeconómica de las mujeres y son el impulso para tomar la decisión de ser gestante. La posición de desventaja en la que se encuentran en el mercado laboral está históricamente marcada por su rol social que les fue adjudicado siglos atrás y que pertenece al ámbito privado, y que, a pesar de la progresiva conquista de derechos, sigue latente en la sociedad. Las labores domésticas, el cuidado de hijos y ancianos, falta de formación como consecuencia de lo anterior, o tradiciones culturales y familiares, en la mayoría de los casos impiden a que la mujer consiga una estabilidad laboral o incluso, en varios casos, le imposibilita el ingreso al mercado de trabajo. A este respecto, una persona que se encuentra en una situación vulnerable que genera circunstancias de necesidad, va a aceptar una oferta cuyas condiciones no serían favorables si no se hallara en esta posición⁸⁰. Es muy poco probable que una mujer con formación y estabilidad económica se decida a gestar un feto para otros. Por ello, la práctica de gestación por sustitución lo que hace es profundizar el ya extenso problema de la feminización de la pobreza⁸¹, obligando a las mujeres llegar al límite y poner a disposición del mercado lo último que les queda para poder subsistir que es su cuerpo. Así, la situación social, política y económica generada por el Estado impone a las mujeres vender sus capacidades reproductivas para poder sobrevivir⁸², obligando a tomar decisiones que en el mundo occidental se disfrazan de “opciones”⁸³. En cualquier caso, en palabras de Ekman, la industria de la gestación por sustitución “alimenta la autodestrucción femenina”⁸⁴.

⁷⁷ *Op. cit.*, p. 4.

⁷⁸ SATZ, 2015, pos. 108.

⁷⁹ *Op. cit.*, pos. 114.

⁸⁰ *Op. cit.*, pos. 112.

⁸¹ Joseph E. Stiglitz indica que los salarios de las mujeres son significativamente más bajos que los de los hombres. Así, señala que en el 2010 el salario de una mujer correspondía al 80% del salario de un hombre. Véase STIGLITZ, 2012, pp. 139, 491.

⁸² COREA, 1985a, p. 228.

⁸³ En el mismo sentido, en India o Nepal, la gente vende sus riñones en el mercado negro para poder subsistir. Véase Actualidad, 2015.

⁸⁴ EKMAN, 2017, p. 226.

Así, de acuerdo con lo señalado anteriormente, la relación comercial que existe entre las partes del contrato de subrogación se desarrolla en un contexto en el que predomina la asimetría económica, social y educacional entre ambas: los comitentes suelen ser personas más adineradas y mejor educadas que las gestantes⁸⁵, y estas últimas normalmente provienen de los países en vía de desarrollo que viven en la extrema pobreza. Dicha relación desproporcionada crea lo que Guerra llama la “explotación reproductiva”⁸⁶. En este sentido, el mercado de subrogación produce un efecto peligroso que lleva a la explotación, tráfico de mujeres y secuestros de niños⁸⁷. En el caso de varios países asiáticos, la estructura patriarcal de la sociedad somete a las mujeres a la explotación laboral. En el contexto global en el que se encuentran estas mujeres, la opción de decidir libremente se convierte en una obligación. Por ello, analizar el tema de la gestación por sustitución en abstracto corre peligro de dejar al margen los aspectos más relevantes de esta discusión.

Desde esta perspectiva, el mercado patriarcal ha creado un nuevo tipo de contrato que sigue los antiguos patrones de sujeción de la mujer. Como ya he señalado bien, las mujeres siempre han sido consideradas objetos sexuales para la explotación masculina. Así, el contrato sexual que firmaron los varones hace casi 400 años, hoy toma una nueva forma. Pateman entiende la gestación por sustitución como otro modo del contrato sexual donde el varón tiene el pleno acceso al cuerpo femenino y lo explota. El cliente es el hombre que aporta su semen para que la mujer gestante pueda dar a luz a cambio de una retribución económica. Lo anterior constituye una nueva forma de patriarcado donde, por medio de un contrato, se produce un abuso del cuerpo femenino por parte del poder masculino⁸⁸. Como apunta Satz, “Este tipo de contratos convierte el trabajo de la mujer en algo que puede ser empleado y controlado por otros, y así valida estereotipos de género utilizados a lo largo de la historia para justificar el estatus desigual de la mujer”⁸⁹. La explotación está disfrazada de “libre elección”, apoyándose en la liberación femenina para poder plantear el tema de la gestación por sustitución, lo que nunca se plantearía con, por ejemplo, la compraventa de órganos humanos. En este sentido, Nuño señala:

“El libre consentimiento es el mejor mantra que se utiliza cada vez que hay que explotar a las mujeres. El libre consentimiento no se utiliza cuando se habla de esclavitud, ni de trabajar 40 horas al sol y con cadenas, ni de la venta de órganos, ni de las relaciones laborales... Sin embargo, es un mantra que sí se utiliza curiosamente cuando se habla de prostitución, de vientres de alquiler... es un mantra

⁸⁵ EUROPEAN CENTER FOR LAW AND JUSTICE, 2012, p. 3. En el mismo sentido, véase CENTRE FOR SOCIAL RESEARCH, 2010.

⁸⁶ GUERRA, 2017, p. 538.

⁸⁷ Véase SARAVANAN, 2018.

⁸⁸ PATEMAN, 1995, pp. 297, 299.

⁸⁹ SATZ, 2015, pos. 147.

que solo se utiliza cuando los derechos en juego son los de las mujeres, pero no para otro tipo de derechos”⁹⁰.

De Miguel lo asocia con la nueva forma económica e ideológica del poder patriarcal que es el neoliberalismo sexual, explicando que el límite del mercado lo va a marcar el libre consentimiento individual. No obstante, estas decisiones libres se toman en el contexto de una desigualdad estructural que atraviesa a la sociedad. El mito de la libre elección del que habla De Miguel constituye una trampa del sistema patriarcal que convierte el cuerpo femenino en mercancía⁹¹. En el mismo sentido, Balaguer advierte que en el contexto de emancipación y autodeterminación femenina que crea la actual legislación, se esconde “un nuevo tipo de esclavitud sexual”⁹².

En esta dimensión, el contrato desigual que suscribe la gestante con los comitentes limita la libertad de esta primera, ya que le suele imponer ciertas condiciones con las que la mujer debe cumplir durante el proceso. Así, en varios casos, tiene obligación de abstenerse de fumar y tomar alcohol durante el embarazo, someterse periódicamente a los exámenes para establecer si el feto tiene algunas deficiencias (en el caso de que exista alguna anomalía, existen cláusulas que contemplan aborto a petición de los comitentes), abstenerse de mantener relaciones sexuales en determinadas etapas del embarazo, finalmente dar a luz por cesárea⁹³, entre otros. A esta razón, hay que añadir la falta del consentimiento informado acerca del proceso de gestación y las posibles consecuencias, ya que el bajo nivel educativo de las mujeres en los países en vía de desarrollo, en varias ocasiones les impide entender el contrato que firman. En la mayoría de los casos, las mujeres no saben leer ni escribir. A este respecto, en las sociedades patriarcales son los varones (padres, maridos, familias enteras) quienes toman todas las decisiones, dejando de lado la voluntad de las mujeres. Por ello, en el caso de gestación por sustitución, son ellos quienes autorizan el proceso. En consecuencia, la decisión libre de la mujer se pone en duda⁹⁴. Lara señala que el utilizado argumento de libre consentimiento de la mujer para gestar un feto para otras personas está viciado y no se puede considerar válido, ya que su decisión no es realmente libre, teniendo en cuenta que la mujer se encuentra en unas condiciones extremas⁹⁵. Como bien señala Satz, el contrato de subrogación legitima el sometimiento del cuerpo femenino al control de otros, lo que hace que la desigualdad de género se siga manteniendo⁹⁶. En este sentido, no podemos hablar de libertad cuando alguien toma una decisión impulsado por las circunstancias en las que se encuentra, y como última opción que tiene para poder sobrevivir. Lo anterior se presencia aún más en

⁹⁰ Laura Nuño Gómez, entrevista realizada en el marco del estudio del Instituto Vasco de la Mujer, 2018, p. 49.

⁹¹ Véase DE MIGUEL, 2015.

⁹² BALAGUER, 2017, p. 178.

⁹³ Véase FERNÁNDEZ 1988, pp. 647-683, 657 y BELLVER, 2015, p. 45.

⁹⁴ Instituto Vasco de La Mujer, 2018, p. 65.

⁹⁵ LARA, 2018.

⁹⁶ SATZ, 2015, pos. 153.

el caso de que la gestante al final optara por quedarse con el bebé, ya que determinadas legislaciones, como la israelí, no lo prevé. Además, en el caso de las legislaciones que aceptan esta opción, el nivel socioeconómico de la gestante probablemente le impediría hacerse cargo del recién nacido. Además, el invocado (por los que defienden la legitimidad de la gestación por sustitución) derecho a decidir de su propio cuerpo, se convierte en una utopía, ya que, con las cláusulas que contiene el contrato, al final quien decide acerca del cuerpo de la gestante, son los comitentes⁹⁷.

A todo ello, es curioso cómo cambia el panorama de discusión cuando lo que está en el juego es el lucro. Desde hace años, las demandas feministas en todo el mundo están invocando el derecho de decidir de su propio cuerpo en la lucha por la legalización del aborto. Este les ha sido negado constantemente, basándose en el argumento de que la mujer comparte el cuerpo con un nuevo ser y que no se puede invocar la libertad del cuerpo para decidir por la vida de otro. Por tanto, se trata de un discurso selectivo y contradictorio, ya que, en ocasiones, el ejercicio de la autonomía para decidir respecto del cuerpo se predica en favor de la legalización de la gestación por sustitución, sin embargo, cuando se relaciona con el aborto, se invoca la negación del mismo. Dentro de ese marco, el hecho de alegar el derecho a la libre elección para justificar la legitimidad de la gestación por sustitución, en realidad encubre la mercantilización del cuerpo femenino y la explotación reproductiva, siguiendo los antiguos patrones patriarcales de objetivación de la mujer que hoy persisten en las voces que insisten de que las mujeres son libres y autónomas.

En consecuencia, habiendo hecho una discusión teórica desde la figura, se invita a considerar estos planteamientos para una eventual regulación legislativa de la misma. En efecto, a partir de los elementos abordados, la presente investigación deja abierta una dimensión de análisis que tenga por objeto pensar en el diseño jurídico que podría configurarse para regular la eventual aceptación o prohibición de la gestación por sustitución⁹⁸.

⁹⁷ VALERO, 2019, pp. 421-440, 432.

⁹⁸ Los países que expresamente prohíben los contratos de gestación por sustitución establecen, en su mayoría, una norma prohibitiva civil con la consecuencia de la invalidez del contrato, tal y como se dispone, por ejemplo, en el caso de España, en la Ley 14/2006 LTRA; en el caso de Francia, en los artículos 16-17 del Código Civil, introducidos mediante la Ley nº 94/653; en el caso de Italia, en la Ley nº 40 de 2004, sobre normas en materia de procreación médica asistida. Véase Lamm, pp. 71, 118, 127. En los países que permiten la gestación por sustitución de carácter altruista, la legislación prevé una retribución por los gastos derivados del embarazo y el parto. Este es el caso de, por ejemplo, Canadá o Reino Unido. La sección 6 de la ley canadiense Assisted Human Reproduction Act 2004 (c. 2) expresamente prohíbe la gestación por sustitución comercial, condenando las partes involucradas en un acuerdo de este tipo a sanciones penales de hasta \$500.000 de multa o 10 años de privación de libertad. En el caso del Reino Unido, la ley The Surrogacy Arrangements Act 1985 (c. 49) en su artículo 2 (1) y (2) considera delito facilitar o negociar un acuerdo relativo a la gestación por sustitución comercial y publicitar la posibilidad de estos acuerdos.

V. CONCLUSIONES

El creciente mercado de la gestación por sustitución ha generado una compleja discusión dentro del movimiento feminista acerca de la aceptación o rechazo de esta figura. El argumento que domina en la ideología feminista liberal relativo a la libertad de tomar decisiones por el uso del cuerpo y de celebrar contratos, ha sido firmemente refutado por el grupo de feministas que consideran esta figura como una forma de explotación de la mujer más vulnerable. Una persona no puede ejercer autónomamente sus derechos a la libertad de elección si se encuentra en una posición desigual. Por ello, las decisiones de gestar un feto para otros que toman las mujeres que se encuentran en una situación de vulnerabilidad, no se pueden considerar libres.

La situación de necesidad de ambas partes ha sido utilizada por el mercado que ha visto una oportunidad de ganancia en la figura de gestación por sustitución. El hecho de prevalecer en nuestra sociedad valores conservadores y sumando al prototipo de la mujer como madre, muchas veces lleva a las personas a cumplir con las expectativas sociales a toda costa. Por su parte, el sistema capitalista ha creado una nueva forma de negocio, aprovechándose de la desesperación de, por un lado, las personas infértiles que por la presión social y familiar hacen todo lo posible para poder tener un hijo con el mismo ADN que ellos, y, por otro lado, de las mujeres pobres que, en gestar a un feto para otros, encuentran la única forma de sobrevivir. En este sentido, el sistema convierte a las personas en mercancías, generando cada vez mayor desigualdad social entre los países occidentales y los que están en vía de desarrollo.

En efecto, como se ha demostrado a lo largo de la historia, las víctimas del sistema han sido siempre las mujeres. Así, existe un común asombro y rechazo por parte de la sociedad a la situación de las mujeres “criadas” del distópico libro de Margaret Atwood titulado *El cuento de la criada*⁹⁹, donde ellas están obligadas a dar a luz para las parejas de “los comandantes” –los más altos jerárquicos de la sociedad de Gilead–. Sin embargo, no incomoda el hecho de que las personas que se encuentren en una posición económica ventajosa se aprovechen de la situación de vulnerabilidad de las mujeres en situación de necesidad para satisfacer sus deseos, recurriendo a la gestación por sustitución. Finalmente, se tiende a generalizar la idea de que los temas relativos a la gestación por sustitución se circunscriben a una relación patrimonial de prestación de un servicio por el que se paga un precio determinado, subordinando su contenido a reglas *ius* privatistas y no desde la dimensión de los derechos de las mujeres. Desde esta perspectiva, la legislación permisiva de la gestación por sustitución constituye un peligro de desarrollo de una práctica de mercantilización del cuerpo. Además, supone un aumento de la brecha socioeconómica donde la gente se va a sentir en todo el derecho de comprar cualquier cosa, hasta la vida de un recién nacido, y las personas pobres van a ofrecer lo último que tienen que es su cuerpo, para poder sobrevivir.

⁹⁹ ATWOOD, 2017.

A mi juicio, la legislación prohibitiva de la gestación por sustitución puede influir en el resguardo de los derechos de las mujeres más vulnerables, estableciendo un límite a un contrato, aunque sea altruista, siendo este, el mismo cuerpo de la mujer. Si esta práctica se normaliza al amparo de la ley, se corre el peligro de fomentar una maquinaria de la industria reproductiva que será difícil de frenar, situándonos un paso más cerca del mundo creado por Aldous Huxley en la obra *Un mundo feliz*¹⁰⁰ que hace casi 90 años parecía una utopía pero que hoy cada vez es más real.

BIBLIOGRAFÍA

- ACTUALIDAD, 2015: "La aldea nepalesa en la que casi todos vendieron un riñón para comprar una casa". Disponible en <https://actualidad.rt.com/sociedad/179809-aldea-nepal-vender-rinon-comprar-casa>
- ALBERT Márquez, Marta, 2017: "La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: Una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución", *Cuadernos de Bioética*, Vol. 28, N°93.
- ANDREWS, Lori, 1988: "Surrogate Motherhood: The Challenge for Feminists", *The Journal of Law, Medicine & Ethics*, Vol. 6, N°1-2.
- ANDREWS, Lori, 1989: *Between Strangers: Surrogate Mothers, Expectant Fathers, and Brave New Babies*, Nueva York: Harper & Row.
- ARNESON, Richard, 1992: "Commodification and Commercial Surrogacy", *Philosophy & Public Affairs*, Vol. 21, N°2.
- ASSISTED Human Reproduction Act, SC 2004, c 2, Canadá.
- ATWOOD, Margaret, 2017: *El cuento de la criada*, Barcelona: Narrativa Salamandra.
- ÁVILA Hernández, Carlos Javier, 2017: "La maternidad subrogada en el Derecho comparado", *Cadernos de Dereito Actual*, N°6.
- BALAGUER, María Luisa, 2017: *Hij@s del mercado. La maternidad subrogada en un Estado Social*, Valencia: Ediciones Cátedra.
- BELLVER Capella, Vicente, 2015: "¿Nuevas tecnologías? Viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional", *SCIO. Revista de Filosofía*, N°11.
- CENTRE for Social Research, 2010: "Surrogate Motherhood: Ethical or Commercial". Disponible en <https://archive.nyu.edu/bitstream/2451/34218/2/Surrogacy-Motherhood-Ethical-or-Commercial-Surat%2cGujraat.pdf>
- COREA, Gena, 1985a: *The Mother Machine*, London: The Women's Press.
- COREA, Gena, 1985b: "How the New Reproductive Technologies Could Be Used to Apply the Brothel Model of Social Control Over Women", *Women's Studies International Forum*, Vol. 8, N°4.
- COTTINGHAM, Jane, 2017: "Babies, Border and Big Business", *Health Matters*, Vol. 25, N°49.
- CROZIER, Gilian, 2010: "Protecting cross-border providers of ova and surrogacy services?", *Global Social Policy*, Vol. 10.
- DE Beauvoir, Simone, 1953: *The second sex*, New York: Knopf.
- DE Miguel Álvarez, Ana, 2015: *El neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid: Ediciones Cátedra.

¹⁰⁰ HUXLEY, 2013.

- DENNY, Elain, 1994: "Liberation or oppression? Radical feminism and in vitro fertilisation", *Sociology of Health & Illness*, Vol. 16, N° 1.
- DWORKIN, Andrea, 1983: *Right-Wing women*, New York: Perigee.
- EKMAN, Kajsa Ekis (25 de febrero de 2016). *All surrogacy is exploitation. The world should follow the Sweden's ban*. Recuperado de The Guardian: <https://www.theguardian.com/commentisfree/2016/feb/25/surrogacy-sweden-ban>
- EKMAN, Kajsa Ekis, 2017: *El ser y la mercancía. Prostitución, vientres de alquiler y disociación*, Barcelona: Bellaterra.
- EUROPEAN Center For Law And Justice, 2012: "Surrogate motherhood: a violation of human rights", European Center for Law and Justice, Report presented at the Council of Europe, Strasbourg, on 26 April 2012.
- EUROPEAN Parliament, 2013: A comparative study on the regime of surrogacy in EU Member States. Recuperado de [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET\(2013\)474403_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2013/474403/IPOL-JURI_ET(2013)474403_EN.pdf)
- EUROPEAN Parliament, 2015: Report on the Annual Report on Human Rights and Democracy in the World 2014 and the European Union's policy on the matter, 2015/2229(INI).
- FIRESTONE, Shulamith, 1973: *La dialéctica del sexo. En defensa de la revolución feminista*, Barcelona: Editorial Kairos.
- FEDERICI, Silvia, 2006: "Women, Gender Oppression, and Science", *Science & Society*, Vol. 70, N° 4.
- FERNÁNDEZ Pacheco, María Teresa, 1988: "La maternidad subrogada en Norteamérica: la Sentencia de Baby M", *RGLJ*, Vol. 5.
- FREEMAN, Michael D.A., 1990: *Is surrogacy exploitative?*, en McLean, Sheila (ed) *Legal Issues in Human Reproduction*, Hanover: Dartmouth Publishing.
- GOSTIN, Lawrence, 1988: "A Civil Liberties Analysis of Surrogacy Arrangements", *L. Med. & Health Care*, Vol. 16.
- GRUBER, Jeremy, KRIMSKY, Sheldon, 2013: *Biotechnology in Our Lives: What Cutting-Edge Genetic Research Can Tell You about Gene Patents, Human Cloning, Assisted Reproduction, Predicting Criminal Behavior, Bioweapons, and Much More*, Nueva York: Skyhorse Publishing.
- GUERRA Palmero, María José, 2017: "Contra la llamada gestación subrogada. Derechos humanos y justicia global versus bioética neoliberal", *Gaceta Sanitaria*, Vol. 31, N° 6.
- HANMER, Jalna, 1987: "Reproduction trends and the production of moral panic", *Social Science and Medicine*, Vol. 25, N° 6.
- HATZIS, Aristides, 2003: "'Just the Oven': A Law & Economics Approach to Gestational Surrogacy Contracts", en Boele-Woelki, Katharina (ed), *Perspectives for the unification or harmonisation Of Family Law in Europe*, Antwerp: Intersentia.
- HEITLINGER, Alena, 1993: *Women's Equality, Demography and Public Policies A Comparative Perspective*, Houndmills: Macmillan Press.
- HORSEY, Kirsty, 2015: "Surrogacy in the UK: Myth busting and reform Report of the Surrogacy UK Working Group on Surrogacy Law Reform". Disponible en <https://kar.kent.ac.uk/59740/>
- HUBER, Sarah, KARANDIKAR, Sharvari, Gezinski, 2017: "Exploring Indian Surrogates' Perceptions of the Ban on International Surrogacy", *Affilia: Journal of Women and Social Work*, Vol. 33, N°1.
- HUXLEY, Aldous, 2013: *Un mundo feliz*, Madrid: Cátedra.
- INSTITUTO Vasco de la Mujer, España, 2018: "¿Gestación subrogada o vientres de alquiler? Informe final". Disponible en <http://emakunde.blog.euskadi.eus/wp-content/uploads/2018/07/ANEXOENTREVISTAS21042018.pdf>
- KATZ Rothman, Barbara, 1988: "Cheap labor: Sex, Class, Race- and 'Surrogacy'", *Society*, Vol. 25, N° 3.
- KATZ Rothman, Barbara, 1990: *Recreating Motherhood: Ideology and Technology in a Patriarcal Society*, Nueva York: Norton.

- LAMM, Eleonora, 2013: *Gestación por sustitución. Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona: Universitat de Barcelona.
- LAMM, Eleonora, 2017: "Argumentos para la necesaria regulación de la gestación por sustitución", *Gaceta Sanitaria*, Vol. 31, Nº 6.
- LARA Aguado, Ángeles, 2018: "La gestación subrogada ¿Una forma de liberación o de esclavitud de la mujer?", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*, Nº 8. Disponible en http://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=7baf8dac7295ae122974b97221ea981b&hash_t=11019a87283cc2bb2da2364e3c3b7d29
- LEHMAN, Jeffrey, PHELPS, Shirelle, 2005: *West's encyclopedia of American Law*, Detroit: Gale.
- LEWIS, Sophie, 2019: *Full Surrogacy Now: Feminism Against Family*, Nueva York: Verso Book.
- LEY 14/2006, Sobre técnicas de reproducción humana asistida, publicada con fecha 28 de mayo de 2006, BOE, España.
- LEY Nº 94-653, Sobre el respeto del cuerpo humano, publicada con fecha 29 de julio de 1994, Francia. Ley nº 40, Sobre normas en materia de procreación médica asistida, publicada con fecha 19 de febrero de 2004, Italia.
- MINISTERIO de Salud, Chile, s/f. Disponible en <https://yodonovida.minsal.cl/estadisticas/numero-trasplantes.html>
- MINISTRY: Health and Family Welfare (India), 2019: The surrogacy (regulation) Bill. Disponible en <http://prsindia.org/billtrack/surrogacy-regulation-bill-2019>
- MOHAPATRA, Seema, 2012: "Stateless Babies & Adoption Scam: A Bioethical Analysis of International Commercial Surrogacy", *Berkeley J. Int'l L.* Vol. 30.
- ORGANIZACIÓN Mundial de la Salud, 1991: Principios Rectores de la OMS sobre trasplante de células, tejidos y órganos humanos. Resolución WHA44.25, de la Asamblea Mundial de la Salud.
- PANDE, Amrita, 2009: "Not an 'Angel', not a 'Whore': Surrogates as 'Dirty' Workers in India", *Indian Journal of Gender Studies*, Vol. 16, Nº 2.
- PATEMAN, Carole, 1995: *El contrato sexual*, Barcelona: Anthropos.
- PETERSON, Kate, 2013: *Cross Border Commercial Surrogacy*, en: Freeman, Michael, Hawkes, Sarah, Bennett, Belinda (ed) *Law and Global Health: Current Legal Issues*, Vol. 16.
- PLATAFORMA No somos vasijas. Recuperado de <http://nosomosvasijas.eu/>
- PROYECTO de ley que regula la gestación por subrogación o gestación subrogada como mecanismo de reproducción asistida, Boletín 11576-11.
- RAYMOND, Janice, 1989: "The international traffic in women: Women used in systems of surrogacy and reproduction", *Reproductive and Genetic Engineering*, Vol. 2, Nº 3.
- ROWLAND, Robyn, 1987: "Technology and motherhood: reproductive choice reconsidered", *Signs*, Vol. 12, Nº 3.
- SALETTI Cuesta, Lorena, 2008: "Propuestas teóricas feministas en relación al concepto de maternidad", *Clepsydra*, Vol. 7.
- SANNHEZ Aristi, Rafael, 2010: "La gestación por sustitución: dilemas éticos y jurídicos", *Humanitas, Humanidades médicas*, Nº 49.
- SARAVANAN, Sheela, 2018: *A Transnational Feminist View of Surrogacy Biomarkets in India*, Singapur: Springer.
- SATZ, Debra, 2015: *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*, Buenos Aires: Siglo veintiuno.
- SCHOENBERG, Nara, 2016: "Gay Men Increasingly Turn to Surrogates to Have Babies", Chicago Tribune. Disponible en www.chicagotribune.com/lifestyles/health/sc-gay-men-having-babieshealth-1130-20161123-story.html
- SIFRIS, Ronli, 2015: "Commercial Surrogacy and the Human Right to Autonomy", *J Law Med*, Vol. 23, Nº 2.

- SILLS, Scott, 2016: *Handbook of gestional surrogacy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- SREENIVAS, Kiran, CAMPO-ENGELSTEIN, Lisa, 2010: "Domestic and International Surrogacy Laws: Implications for Cancer Survivors", *Cancer Treat Res.* N° 156.
- STIGLITZ, Joseph E., 2012: *El precio de la desigualdad*, Madrid: Taurus.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Mennesson v. Francia* de 26 de junio de 2014, N° 65192/11.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Labassee v. Francia* de 26 de junio de 2014, N° 65941/11.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Paradiso y Campanelli v. Italia* de 27 de enero de 2015, N° 25358/12.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Foulon v. Francia* de 21 de julio de 2016, N° 9063/14.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, sentencia *Bouvet v. Francia* de 21 de julio de 2016, N° 1041/14.
- TRIBUNAL Europeo de Derechos Humanos, Opinión Consultiva del 10 de abril de 2019, solicitud N° P16-2018-001.
- THE Nation, 2014: "Commercial Surrogacy Bill Passes First Reading with 177 to 2 Votes". Disponible en <https://perma.cc/3SYB-4LYH>
- THE SURROGACY Arrangements Act 1985 (c. 49), Reino Unido.
- U.S. Embassy In Nepal, 2018: "Surrogacy services are banned in Nepal". Disponible en <https://np.usembassy.gov/u-s-citizen-services/child-family-matters/surrogacy-in-nepal/>
- VALERO Heredia, Ana, 2019: "La maternidad subrogada: un asunto de derechos fundamentales", *UNED. Teoría y Realidad Constitucional*, N° 43.
- WIKLER, Norma J., 1986: "Society's Response to the New Reproductive Technologies: The Feminist Perspectives", *Southern California Law Review*, Vol. 59, N° 5.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100111>

La causa grave para remover al socio administrador estatutario en sociedades de personas: una garantía para inversiones con valor específico

*Pablo Manterola Domínguez**

RESUMEN

El artículo estudia la regla prevista en el art. 2072 inc. 2º del Código Civil chileno, conforme con esto, para remover al socio que es designado como administrador en los estatutos sociales se requiere que concurra una causa grave. El contenido de este concepto no ha sido definido por el legislador ni ha recibido una interpretación definitiva en el estado de la cuestión. Para determinar cuándo se configura una causa grave, se atiende a la lógica económica tras la elección del tipo societario y la designación de un socio como gestor privativo de la sociedad, que responde a la presencia de inversiones en prestaciones personales efectuadas por este, y que tienen un valor específico en la empresa social. Finalmente, se ofrece una descripción de algunos casos que, a la luz de esta interpretación, constituirían causa grave de remoción.

Contrato de sociedad; sociedad de personas; administrador de sociedades

The serious cause for removing the manager partner nominated in the partnership agreement: a security for investments with specific value

ABSTRACT

This paper discusses the rule contained in the second paragraph of section 2072 of the Chilean Civil Code. Pursuant to this regulation, a "serious cause" is required in order to remove the partner designated as manager in the partnership agreement. The concept of "serious cause" is not defined by any statutory provision. Meanwhile, the courts and the scholarship have not agreed on a clear definition. To ascertain when a "serious cause" concurs, this paper argues that the economic rationale behind some decisions made by the partners have to be considered. These are the choice of the partnership form and the designation of a partner as its sole manager, being the latter a consequence of the presence of investments consisting in the partner-manager's personal

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor Asistente, Escuela de Derecho de Antofagasta, Universidad Católica del Norte. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0998-6382>. Correo electrónico: pablo.manterola@ucn.cl.

El autor agradece las críticas y sugerencias de José Ignacio Díaz y Andrés Erbetta, así como los comentarios formulados en el Seminario de Investigación Jurídica (SIJ) organizado por la Escuela de Derecho de Antofagasta de la Universidad Católica del Norte (2 de julio de 2019).

Artículo recibido el 21.7.20 y aceptado para su publicación el 5.11.20.

services, which have a specific value for the entrepreneurship. Finally, this paper describes some situations in which a "serious cause" would concur in light of the aforementioned interpretation.

Partnership agreement; partnership; firm manager

I. INTRODUCCIÓN

Es frecuente que los estatutos de sociedades de personas establezcan nominativamente la identidad de su administrador. Esta designación en el mismo contrato social tiene varias consecuencias jurídicas. En este trabajo nos interesa una: que la remoción del socio administrador designado en el contrato social solo se admite "en los casos previstos o por causa grave" (art. 2072 inc. 2° del Código Civil, en adelante, CC).

El objetivo del presente estudio es formular algunos criterios que permitan establecer cuándo se configura una causa grave que justifique destituir al socio como administrador estatutario. El tema reviste importancia por la frecuencia con que se adopta esta cláusula, que ha sido objeto de atención en algunas sentencias recientes de nuestros tribunales superiores de justicia, que han fallado con criterios disímiles.

La hipótesis de este trabajo es que, a partir de la lógica económica de la designación de un socio administrador estatutario, debe considerarse causa grave de remoción cualquier hecho que justifica, en términos económicos, desafectar los bienes sociales a la inversión que el gestor efectúa en términos de prestaciones personales con valor específico a la empresa social. Un hecho de estas características, de haber sido previsto por socios razonables, se hubiera considerado causal suficiente para cesar al administrador estatutario, aunque ello en principio suponga la disolución de la sociedad.

Se tomará la sociedad colectiva civil como tipo societario de referencia. La razón es que el art. 2072 CC, que consagra la regla objeto de este artículo, se contiene entre las disposiciones de esta forma de sociedad, y su cabal comprensión –su interpretación legal– debe efectuarse en este contexto. No obstante, el análisis puede exportarse a otras sociedades de personas con las salvedades del caso, lo que, por otra parte, viene exigido por el dato normativo de que el art. 2072 es aplicable tanto a las sociedades colectivas como a las de responsabilidad limitada, sean civiles o comerciales.

En este trabajo se utilizará principalmente el método dogmático, es decir, se indagará el sentido del precepto para alcanzar conclusiones *de lege lata*, cara al ordenamiento jurídico chileno. Se recurrirá también a literatura inspirada en análisis económico, pues es útil comprender cómo se encuadra la designación de un administrador estatutario en la lógica organizacional de las reglas de la sociedad colectiva.

El trabajo se ordena del siguiente modo. Luego de ofrecer una primera interpretación del texto legal y de describir brevemente el estado de la cuestión en la doctrina y jurisprudencia nacionales (II), se argumentará cuál es la lógica económica de la designación de un administrador estatutario en el esquema de organización de la sociedad colectiva (III). A continuación se indagará en qué casos debe admitirse la remoción, tomando como punto de referencia los ejemplos que propone el legislador (IV). Finalmente, se ofrecerá las conclusiones de este estudio (V).

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA EN LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA NACIONALES

Es preciso comenzar con una interpretación aproximativa de la norma con el objeto de aclarar algunos de sus extremos. Luego, se revisará sumariamente los aportes doctrinales y jurisprudenciales respecto de la posición del administrador estatutario y, en particular, respecto de su remoción.

1. *Interpretación aproximativa del art. 2072: una primera lectura*

El CC parece suponer que el administrador de la sociedad colectiva será siempre un socio¹. De este modo, el art. 2072 inc. 1º se refiere explícitamente al “socio a quien se ha confiado la administración por el acto constitutivo de la sociedad”. No hay inconveniente en que la sociedad colectiva sea administrada por un tercero y que ese tercero sea designado en el contrato social; de hecho, una rápida revisión a los estatutos disponibles en el Registro de Empresas y Sociedades creado por la Ley N° 20.659, o a los extractos publicados en el Diario Oficial, permite constatar que esta situación no es infrecuente². Sin embargo, el texto del art. 2072 inc. 1º se restringe solo a aquellas personas que, además de haber sido designadas como gestoras en el instrumento estatutario, son socias. Como se verá en el siguiente apartado, esta lectura estricta de la disposición es coherente con la peculiar posición jurídica que ocupa en el contrato de sociedad³.

El “socio a quien se ha confiado la administración por el acto constitutivo de la sociedad” no puede ser removido “sino en los casos previstos o por causa grave”. Una revisión somera del Registro de Empresas y Sociedades, al que ya se hizo referencia, permite comprobar que es raro que los estatutos de sociedades de personas establezcan casos en que procederá la remoción. Lo frecuente, entonces, será que deba acreditarse una “causa grave”, y el texto normativo agrega que “se tendrá por tal la que le haga indigno de confianza o incapaz de administrar útilmente”. Como afirma Caballero, siguiendo una sentencia de la Corte Suprema, estas dos situaciones se ofrecen solo por vía ejemplar, y no como enumeración taxativa⁴. En otro comentario jurisprudencial, agrega que no cualquier enfermedad que incapacite para administrar es suficiente para

¹ Refiriéndose a las normas correspondientes del Código de Comercio (en adelante, CCom), OLAVARRÍA, 1956, p. 65. Al abrirse el Párrafo sobre administración de la sociedad, se indica que “la administración de la sociedad colectiva puede confiarse a uno o más de los socios”, y en repetidos pasajes se refiere al “socio administrador” (arts. 2073, 2074, 2077, 2078 y 2080).

² Del art. 2108 se puede desprender que no se excluye la administración por terceros, porque, si el “administrador inteligente” a que se refiere fuera uno de los socios, entonces su “pérdida” (su muerte o enfermedad) daría lugar a una causa de disolución independiente. Admiten la administración por tercero LÓPEZ, 1987, p. 209; PUELMA, 2006, pp. 366-367.

³ Cuando este estudio se refiera al administrador estatutario, deberá entenderse que, salvo indicación en contrario, se trata del socio designado como tal en el contrato social, no de terceros.

⁴ CABALLERO, 2016, p. 323. La argumentación de la recurrente hacía necesaria la aclaración.

remover al socio designado para este cargo⁵. Por tanto, el precepto no determina cuándo una circunstancia –sean estas que el texto indica, sea otras– constituye causa grave.

El art. 2072 inc. 3° establece que “faltando alguna de las causas antedichas [causa prevista en el contrato o causa grave], la renuncia o remoción pone fin a la sociedad”. Leyendo el precepto *a contrario*, podría pensarse que la remoción del administrador es admisible aun sin “causa grave”, solo que pone fin a la sociedad. Dicha lectura no tiene sentido, porque la remoción con causa grave también pone fin a la sociedad (art. 2073)⁶, lo que haría ocioso acreditar una causa grave si, no habiéndola, el resultado será el mismo. La interpretación correcta es distinta: la remoción a que falta la causa grave no se admite como tal, pero puede equipararse a la renuncia a la sociedad, que dará lugar a su disolución si satisface lo previsto en los arts. 2108 a 2113: es decir, si es hecha de buena fe, en tiempo oportuno y, en el caso de sociedades de duración limitada, también por “grave motivo” (art. 2108)⁷. Esto último es sugerente, porque las sociedades de personas que cuentan con un administrador estatutario suelen incorporar también disposiciones que limitan su duración, de forma que la cuestión se remite a su punto de partida: si no hay causa grave para remover al administrador estatutario, tampoco la habrá para renunciar (sucesos, ambos, que pondrían fin a la sociedad). Indicio de que la causa grave del art. 2072 inc. 2° y el “grave motivo” del art. 2108 inc. 2° han de leerse en forma sincrónica.

La frecuencia con que coinciden la designación de un socio administrador en el contrato y la limitación de la duración de la sociedad, permite entender en qué casos presta utilidad la remoción de aquel por causa grave. Porque, de otro modo, ¿qué sentido podría tener un litigio para pedir la remoción del administrador estatutario, en lugar de renunciar a ella –supuesta la buena fe y el tiempo oportuno–? Si la sociedad se ha pactado con duración indefinida, desde luego, no tiene sentido alguno; solo lo tiene en sociedades en que se restrinja la posibilidad de renuncia, sea en forma expresa, sea porque –al menos formalmente– la sociedad se celebra con una duración limitada⁸, y

⁵ Para evaluar este problema, Caballero asume un principio de continuidad de la administración, que induce desde las reglas de la sociedad anónima, y que justificaría aplicar la regla supletoria del mandato tácito y recíproco: CABALLERO, 2014, p. 369. Sin embargo, deja pendiente ofrecer un criterio que permita equiparar ese impedimento temporal a la omisión de su designación, acerca de lo que el autor no se pronuncia debido a que el caso comentado justificaba esa equivalencia: CABALLERO, 2014, p. 371.

⁶ El CC lo expresa de modo distinto, aunque equivalente: “en el caso de justa renuncia o justa remoción del socio administrador designado en el acto constitutivo, podrá continuar la sociedad, siempre que todos los socios convengan en ello” y en un nuevo régimen de administración (art. 2073). Si el administrador ha sido destituido por causa grave, difícilmente podría alcanzarse esa unanimidad.

⁷ Es discutible si debiera admitirse cuando el contrato social ha excluido el derecho de cada socio a poner término unilateral por medio de renuncia. Una interpretación restrictiva podría justificarse porque, de otro modo, el socio de una sociedad con administrador estatutario encontraría un cómodo expediente para ponerle fin unilateralmente, sin respetar los requisitos de la renuncia y aun cuando el contrato hubiera excluido el derecho a renunciar: remover al gestor invocando cualquier trivialidad.

⁸ Como cuando se pacta la sociedad por un plazo fijo de cierta cantidad de años, prorrogable automáticamente salvo comunicación en contrario del propio administrador. Así se establecía en la sociedad a que se refirió la Corte Suprema, 26.10.2012, rol 1008-2010 (en este caso era una comandita simple). El

entonces solo puede renunciarse a ella por “grave motivo” (art. 2108). Entre los ejemplos de motivo grave que enuncia el art. 2108, se encuentra “la pérdida de un administrador inteligente que no pueda reemplazarse entre los socios”, lo que invita a pensar en el administrador estatutario⁹. “Causa grave” y “grave motivo” parecen las dos caras de una misma moneda.

2. *Posición jurídica del administrador estatutario en la doctrina*

En Chile, se asume como punto de partida que los textos codiciales respecto de administración de sociedades de personas recogen la llamada “teoría del mandato”¹⁰. El CC daría pie a esta conclusión en varias de sus disposiciones, como el art. 2077 CC, que se refiere al “mandato” que recibe el socio administrador (sin distinguir si fue designado en estatutos o en un acto posterior). Sin embargo, varios autores puntualizan que la aplicación directa de las reglas del mandato no es admisible sin algunas salvedades¹¹, especialmente respecto del administrador estatutario. En efecto, la designación del gestor en el acto constitutivo es signo de que su identidad ha sido considerada como esencial al celebrar el contrato social¹², con consecuencias ajenas a las que correspondería de aplicar las reglas del mandato¹³. En esta línea, Jequier enfatiza la “posición constitucional” del gestor designado en el contrato social, con referencia a la doctrina española que a continuación se reseñará¹⁴. En todo caso, recientemente Reveco e Iglesias

árbitro primero, luego la Corte de Apelaciones de Santiago y finalmente la Corte Suprema, coincidieron en que esta sociedad se encontraba sujeta a plazo y que, por consiguiente, debía excluirse la renuncia *ad nutum* del art. 2108, pretendida por el demandante. Tentativamente, puede advertirse que el art. 2108 no se refiere a la sociedad sujeta a plazo, sino a la sociedad que “se ha contratado por tiempo fijo”. Y en este caso, ese plazo prorrogable no es un “tiempo fijo”, sino un plazo incierto. Véase un argumento semejante en QUESADA, 1991, p. 46.

⁹ El proyecto de 1846-1847 no contenía la regla hoy establecida en el art. 2072, ni las que le siguen, sino únicamente la distinción entre administrador estatutario y mandatario, que hoy enuncia el art. 2071. Sí se comprendía la disposición del actual art. 2108 (art. 505), tomada del art. 1871 del CC francés: BELLO, 1887, p. 549. Esta situación cambia en el proyecto llamado inédito. Bello decide prestar más atención al gerente de la sociedad colectiva, luego de revisar la opinión de algunos comentaristas del art. 1871 del CC francés (el editor referencia los comentarios de Troplong y de Duranton). Abre así un nuevo párrafo sobre su administración, y agrega, entre otras disposiciones, el art. 2250a acerca de renuncia y remoción del administrador estatutario (art. 2072 CC): BELLO, 1890, p. 521. Además, en el art. 2285 del proyecto inédito (art. 2108 CC), Bello agrega como nuevo ejemplo de motivo grave “la pérdida de un administrador inteligente que no pueda reemplazarse entre los socios”: BELLO, 1890, p. 532. Estos datos permiten concluir que la “causa grave” del art. 2072 el “motivo grave” del art. 2108 tienen la misma inspiración.

¹⁰ Además de los autores citados a continuación, VÁSQUEZ, 2015b, p. 419.

¹¹ Puelma afirma que la teoría del mandato regiría solo en cuanto al problema de la representación de la sociedad: PUELMA, 2006, pp. 359-361.

¹² PUELMA, 2006, p. 373.

¹³ JEQUIER, 2014, pp. 171-174.

¹⁴ JEQUIER, 2014, p. 183.

afirman la necesidad de aplicar las reglas del mandato a esta situación¹⁵, pues, si bien el administrador estatutario tiene un verdadero derecho a administrar, se halla en tal subordinación a los intereses de la sociedad, que sus facultades corresponden más bien a un “derecho-función”¹⁶.

En el ámbito español¹⁷, se indica que la administración de quien es designado en estatutos tiene un carácter privativo, a diferencia de la gestión por personas individualizadas en acto posterior, que Paz-Ares designa como administración “funcional”. Lo propio de la administración privativa es la “esencialidad del ligamen entre el interés a participar como socio y el interés a administrar”¹⁸, de forma que el gestor no solo tiene un deber de administrar, sino también un verdadero derecho a hacerlo, emanado del contrato social. De ahí que, respecto de este administrador, la aplicación siquiera analógica de las reglas del mandato sea casi siempre inadecuada, porque no puede decirse que un mandatario tenga un derecho a administrar, sino que su posición es esencialmente subordinada a los intereses del mandante¹⁹.

Siguiendo a Jequier, esta forma de comprender la administración de quien es designado en estatutos parece la más acertada. Y es, como se verá en este trabajo, coherente con la regla establecida en el inc. 2º del art. 2072, así como con la lógica económica que subyace a ella.

3. *Doctrina y jurisprudencia sobre la calificación de la causa grave*

La remoción del administrador estatutario no ha sido objeto de una atención detenida. Puelma guarda silencio acerca del punto, aunque, refiriéndose a una justa causa de renuncia —que el precepto no prevé—, la relaciona con la equidad²⁰. Vásquez parece referir la equidad también a la remoción²¹. Sin embargo, es fácil ver que remisiones a la equidad no son suficientes para resolver, en concreto, cuándo se está ante una causa grave. Para comprender la función de este concepto y dotarlo de contenido, se ha acudido a distintas fuentes.

En primer lugar, el recurso a la noción de confianza, de que se vale el art. 2072 inc. 2º, permite preguntar si debiera equipararse la causa grave a la pérdida de confianza entre las partes, tradicionalmente asociada al *affectio societatis*, y así se ha fallado

¹⁵ REVECO e IGLESIAS, 2019, p. 157. Sobre la estructura de los derechos-función con referencia a la administración de sociedades, véase PARDOW, 2007, pp. 98-103.

¹⁶ REVECO e IGLESIAS, 2019, pp. 164-166. Caballero, por su parte, afirma que existe un deber de lealtad de mayor “intensidad” en el administrador estatutario: CABALLERO, 2016, p. 323.

¹⁷ El CC español establece en su art. 1692 una disposición similar, aunque más escueta, al art. 2072 de nuestro CC.

¹⁸ PAZ-ARES, 1991, p. 1450.

¹⁹ PAZ-ARES, 1991, pp. 1451-1456. Véase también FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 405-407. Esa subordinación es lo que Pardow, describiendo los derechos-función, llama un “principio altruista”: PARDOW, 2007, p. 102.

²⁰ PUELMA, 2006, p. 378.

²¹ VÁSQUEZ, 2015b, p. 420.

en algunas sentencias²². Sin embargo, la confianza en general, o la *affectio societatis* en particular, no parecen ofrecer utilidad para resolver el problema²³, como se ha resuelto en otra jurisprudencia²⁴. Por su parte, nada se resuelve reemplazando un concepto de contenido indeterminado (causa grave) por otro (*affectio societatis*). Además, si el administrador privativo ocupa esa posición constitucional a que anteriormente se aludió, y tiene un verdadero derecho a ejercer su gestión, para destituirle no debiera bastar “una simple pérdida de confianza”²⁵. Prescindir, al menos en este problema, de la confianza y del *affectio societatis*, sería coherente con alguna autorizada doctrina, que tiende a restar relevancia al carácter *intuitu personae* de las sociedades de personas²⁶.

Cabría entonces restringir la causa grave de remoción a la infracción a deberes de lealtad por parte del administrador. Olavarría, citando una antigua sentencia, afirmaba que la causa grave se configura cuando el administrador actúa con dolo o al menos con culpa grave²⁷. Más recientemente, Caballero ha argumentado la calificación de infracciones al deber de lealtad como causa grave de remoción, al menos para ciertos casos²⁸, siguiendo en esto una opinión de la Corte Suprema²⁹. Esta perspectiva es, sin embargo, insuficiente, pues la causa grave no se agota en el hacerse “indigno de confianza”, sino que comprende circunstancias tales como hacerse “incapaz de administrar útilmente”, y aun otras que la norma no se cuida de precisar. Además, ¿cómo compatibilizar la existencia de esos deberes de lealtad –con lo que significan de subordinación del propio interés en

²² Corte Suprema, 12.07.2010, rol 7574-2008. Al dictarse sentencia de reemplazo, se acogió la apelación en los términos en que lo había hecho la Corte de Apelaciones de San Miguel, 14.08.2008, rol 536-2007. Esta, por su parte, acogió la acción de remoción del administrador estatutario pues, pese a no acreditarse infracciones que puedan calificarse como graves bajo el art. 2072, es posible apreciar una enemistad entre los socios (cdo. 11°) que denota una falta de *affectio societatis*, definido como “una disposición de la voluntad [...] que represente el ánimo de subordinar el interés individual y personal de cada uno de los socios al interés general o social” (cdo. 12°). Se agrega que “los socios se han perdido el mutuo respeto, que entre ellos reina la desarmonía y la animadversión, que no existe espíritu de colaboración y se han perdido la confianza recíproca, lo que hace aconsejable el cambio del administrador de la sociedad” (cdo 13°). En sentido muy próximo, la Corte de Apelaciones de Antofagasta ha fallado que un conflicto de interés es suficiente para justificar la desaparición de la confianza de los demás socios en el administrador estatutario, la que, en cuanto menoscaba la *affectio societatis*, constituye una causa grave que permite removerle: Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.04.2015, rol 1500-2014 (confirmada, pero con distinto fundamento, en la sentencia citada en la nota 24).

²³ CABALLERO, 2016, p. 326.

²⁴ La propia Corte Suprema, en contraste con la primera sentencia citada en nota 22, advierte que al fallar “ha hecho abstracción del antecedente subjetivo, que puede tener una connotación personal para quien la sufre, pero que no altera las circunstancias objetivas de los hechos” que hacen indigno de confianza al administrador. Expresamente también, se prescinde de todo lo relativo a la *affectio societatis*, pues para resolver basta acudir al texto del art. 2072 CC: Corte Suprema, 11.07.2016, rol 9046-2015, cdo. 26°.

²⁵ PAZ-ARES, 1991, p. 1460.

²⁶ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 371-381; PANTALEÓN, 1993, p. 47.

²⁷ OLAVARRÍA, 1956, pp. 66-67 (la sentencia citada no lleva referencia).

²⁸ CABALLERO, 2016, pp. 321-322.

²⁹ Así, afirmó que el administrador estatutario, al alegar la existencia de un crédito cuantioso cuyo acreedor sería una persona relacionada con él y cuyo deudor serían los demás socios de la sociedad administrada, le sitúa en un conflicto de interés suficiente para estimarle “indigno de confianza” en los términos del art. 2072 inc. 2°: Corte Suprema, 11.07.2016, rol 9046-2015, cdo. 26°.

favor del de terceros— con la posición constitucional del administrador privativo, y el consecuente derecho a administrar la sociedad?

Solo resta reconducir la causa grave a un contexto más amplio: el de una excepción a la intangibilidad del contrato, que, como tal, habría de interpretarse de forma restrictiva³⁰. Y así, del contenido material del concepto de causa grave podría decirse lo que Paz-Ares de la “causa legítima”, según la redacción de la norma equivalente en el CC español: “mediará causa legítima bastantante para la revocación siempre y cuando a los socios no se les pueda razonablemente exigir que toleren o soporten conductas del administrador que van en detrimento de la sociedad”, sea en la forma de incumplimientos graves o de una manifiesta incapacidad³¹.

Ha de reconocerse que, con esto, no se ha avanzado mucho. Sin embargo, vincular las reglas pertinentes al administrador estatutario con la intangibilidad del contrato, y, consecuentemente, afirmar que el gestor goza de un auténtico derecho a administrar (y no simplemente de un derecho-función), es un buen punto de partida para el objeto de este estudio. Contribuye a explicar por qué el régimen de remoción del administrador estatutario se aparta visiblemente de las reglas del mandato (contrato que termina por la renuncia o revocación de cualquiera de las partes, sin necesidad de que concurra una justa causa). Pero es solo un punto de partida.

III. LÓGICA ECONÓMICA DE LA DESIGNACIÓN DE ADMINISTRADOR ESTATUTARIO

Para determinar cuándo procede la remoción del socio administrador estatutario, el dato de que los demás socios le han retirado su confianza es, como se ha visto, insuficiente. A diferencia de lo que sucede en el mandato, la mera confianza no basta para explicar la designación de un administrador estatutario, pues esa confianza es solo el reflejo de que su posición constitucional es funcional a las características de la inversión realizada y del negocio emprendido. Son estas características objetivas, y no una confianza subjetiva, las que realmente determinan cuándo un evento puede calificarse como causa grave y justificar la remoción del gestor.

³⁰ PAZ-ARES, 1991, p. 1460. En este sentido, si bien *obiter dicta*, frente al argumento de que la remoción implicaría desconocer lo pactado, la Corte Suprema ha fallado que la designación de un administrador estatutario efectivamente es ley para las partes, pero que ello no obsta a removerle por causa grave acreditada por un socio: Corte Suprema, 11.07.2016, rol 9046-2015, cdo. 32°. En otro fallo, la Corte de Apelaciones de Santiago aplicó un criterio tomado directamente del derecho de los contratos para rechazar la remoción: “estando acreditado que ambas partes incumplieron el contrato [social], no procede en derecho declarar la remoción de su cargo, atendidos los incumplimientos mutuos”: Corte de Apelaciones de Santiago, 3.05.2013, rol 5676-2001, cdo. 6°. La Corte Suprema casó de oficio esta sentencia, y en sentencia de reemplazo confirmó el laudo, sin agregarle otros razonamientos en cuanto a la remoción del administrador: Corte Suprema, 20.06.2014, rol 4341-2013.

³¹ PAZ-ARES, 1991, p. 1460.

Para mostrar lo anterior, se analizará la lógica económica tras la elección del tipo societario por parte de los socios, y específicamente, la lógica de la designación de uno de ellos como administrador privativo. De ningún modo se trata de reducir a esta lógica económica las variadas razones que conducen a elegir el tipo de la sociedad civil (colectiva o, más frecuentemente, de responsabilidad limitada) y a incorporar en sus estatutos la designación del gestor. El intento de este capítulo es, más bien, mostrar una razón, no necesariamente la principal, para adoptar estas reglas de organización. Se trata, no obstante, de una que se edifica sobre la lógica interna de las reglas de organización, y no sobre aspectos exteriores a ella (ventajas tributarias, menor costo de constitución, desformalización de sus órganos). Presupuesta la presencia de socios racionales y de un legislador igualmente racional, esta razón tendrá especial aptitud para orientar la interpretación de los preceptos que integran el entramado de reglas en que consiste la forma organizacional, y dentro de ellas, la del art. 2072 inc. 2º, objeto de este estudio.

1. *Las reglas de la sociedad de personas responden a la relevancia de la inversión en prestaciones personales con valor específico en la empresa social*

La decisión de organizar una empresa común bajo uno de los varios esquemas que ofrece la legislación es susceptible de un análisis económico. Desde la relación informal pero continuada entre los agentes, hasta la sociedad anónima cuyas acciones gozan de amplia circulación en un mercado secundario, pasando por los contratos de larga duración, las sociedades de personas y las sociedades anónimas cerradas, cada alternativa tiene ventajas y desventajas que agentes racionales ponderarían al emprender un negocio. Esta elección ha sido presentada como una disyuntiva entre una mayor adaptabilidad de la organización hacia las necesidades individuales de cada agente (lo que reduce el margen de oportunismo para la mayoría, o para quienquiera que tenga el control); y una mayor adaptabilidad de la organización hacia las necesidades de la empresa colectiva (lo que, a la inversa, reduce el margen para un actuar oportunista de cada agente individual)³². El cuadro de las formas de organización se ofrece así como un espectro, como una escala de grises que recoge multitud de matices.

Si existiera una forma de organización absolutamente mejor que las demás, la variedad de tipos societarios no encontraría otra justificación que el desarrollo histórico de las instituciones, y las figuras del pasado quedarían arrumadas en los manuales de derecho de sociedades —como de hecho ha ocurrido con algunas de ellas³³—. Sin embargo, fuera de una mayor prevalencia de unas formas sobre otras, los emprendedores optan todavía por una diversidad de modalidades de organización, pues negocios cualitativamente diversos exigen reglas también diversas. Para comprender cómo esa diversidad

³² O'KELLEY, 1992, p. 219. Naturalmente, el autor no se refiere a sociedades de personas ni a sociedades anónimas, sino a *partnerships* y *corporations*, pero su proximidad con las figuras del derecho continental es suficiente como para justificar la equivalencia en este argumento.

³³ Acerca del tema, véanse, entre otros, VÁSQUEZ, 2015a, p. 86, y, en relación con sociedades de personas, las indicaciones que ofrece ALCALDE, 2018, pp. 414-415.

cualitativa condiciona la elección de la forma organizacional, presta utilidad el concepto de inversiones con valor específico³⁴.

Una inversión tiene un valor específico cuando su valor en la empresa es significativamente superior a su valor fuera de ella. Por ejemplo, la instalación industrial que permite procesar y enlatar anchoveta, probablemente no tiene muchos usos alternativos fuera de la empresa pesquera que realiza sus labores en las cercanías (a diferencia del dinero, bien fungible por antonomasia). Poner énfasis en la adaptabilidad de la empresa a las necesidades individuales de cada agente, por ejemplo, permitiéndole exigir a voluntad la liquidación parcial o total de la empresa, pondría en peligro el valor específico de las inversiones³⁵.

El concepto de especificidad puede predicarse también de prestaciones personales³⁶. Conocer el comportamiento del mercado de bebidas cola en una ciudad tiene un valor específico, cuando se asocia a los derechos de representación de una marca de bebidas cola en esa misma ciudad: quizás ese conocimiento no sirve a ningún otro objeto —ni tiene valor alguno— si se carece de los derechos de representación. Si quien posee conocimientos y derechos de representación es la misma persona, quizás podría desarrollar el negocio individualmente. Pero si se trata de personas distintas querrán asociarse, y entonces cobra relevancia la necesidad de efectuar inversiones con valor específico: uno de los socios dedicará tiempo y energías al desarrollo de conocimiento sobre el mercado de bebidas cola en una ciudad, dejándole, de este modo, cautivo de aquel otro socio que es titular de los derechos de representación, por la pérdida de valor específico que implicaría desvincularse.

Las reglas por defecto de la sociedad de personas son funcionales a una inversión en capital humano con valor específico, efectuada por todos los socios de forma más o menos equilibrada, cuya magnitud es mayor que la del valor específico de los activos de la sociedad³⁷. Esta forma de organización limita la exposición al oportunismo de la mayoría, porque las modificaciones fundamentales se adoptan por unanimidad, y porque cada socio puede renunciar a la sociedad provocando su disolución (el activo se repartirá entre todos). El costo de este esquema es una menor adaptabilidad colectiva, precisamente porque la regla de unanimidad abre un espacio al oportunismo individual; pero este costo es moderado, pues la relativa insignificancia de la especificidad del activo en

³⁴ Acerca de este concepto fundamental para el análisis económico de las organizaciones, véase, por todos, WILLIAMSON, 1985, pp. 30-35.

³⁵ ALFARO, 1998, pp. 94-95. Los costos de liquidar existen, incluso, cuando uno de los socios se adjudica la empresa social como unidad económica, según advierte en ese lugar el autor citado. En este trabajo se utilizará el concepto de liquidación con alguna libertad, como sinónimo de desvinculación o desorganización de los factores de producción, sea que adopte los contornos jurídicos de la partición, sea que se proceda mediante una liquidación en sentido estricto.

³⁶ El punto ya había sido advertido, entre otros, por MARSCHAK, 1968, p. 14. Con prestaciones personales me referiré a cualquier servicio o cualidad de carácter intelectual o intangible que es provista por los socios, y que tiene un valor en la empresa: conocimientos técnicos, secretos empresariales, relaciones comerciales o familiares, prestigio relevante para el desarrollo del negocio, etcétera.

³⁷ O'KELLEY, 1992, p. 230. Véase también RIBSTEIN, 2004, pp. 212-213.

relación con las prestaciones personales hace que la amenaza del bloqueo pueda conjurarse con la amenaza contraria de disolver la sociedad, que destruiría el valor específico de aquellas prestaciones. En palabras sencillas, cada socio de una sociedad de personas puede decirse: “me preocupa menos tener que desarmar la sociedad y desorganizar sus activos, a ser dejado al margen de las decisiones y que los demás puedan disponer a su arbitrio de mis conocimientos, mis relaciones o mi prestigio”.

Naturalmente —y esta es una de las ventajas de este modelo³⁸—, las empresas no se corresponden precisamente con alguno de los compartimentos estancos que provee el sistema de tipos societarios. Cada negocio puede ocupar cualquier punto dentro de la escala de grises: sus inversiones son más o menos específicas, en ellas prepondera más o menos la especificidad de los servicios personales o de los activos físicos, los servicios personales son provistos en distinta medida por las partes del negocio. Esta variedad exige entender la decisión respecto de las formas de organización de manera incremental (la empresa se corresponde “más o menos” con el tipo societario); además, permite comprender que los agentes puedan modelar el tipo societario elegido mediante estipulaciones que atenúen marginalmente sus reglas, como la cláusula de continuar la sociedad en caso de fallecimiento de un socio; la duración limitada pero prorrogable, que evita una denuncia *ad nutum*; la cesibilidad de los derechos sociales, quizás con ciertos límites; y —la que aquí nos interesa— la designación de un administrador estatutario.

Como se puede ver, esta perspectiva prescinde de toda consideración a una especial disposición subjetiva en quienes forman la empresa social. Para explicar por qué se ha constituido una sociedad de personas, no se precisa suponer una *affectio societatis*, entendida como “manifestación de espíritu de equipo” y “elemento psicológico o intencional” que “engendra una estima recíproca entre los socios”³⁹. Sí es preciso, en cambio, suponer un compromiso, esto es, un contrato. Esta perspectiva es coherente, por tanto, con aquella tendencia de alguna doctrina a restar relevancia al carácter *intuitus personae* de las sociedades de personas⁴⁰, de que antes se advirtió.

2. *La designación del administrador estatutario como garantía para quien realiza una mayor inversión de prestaciones personales con valor específico*

Recordemos que, si bien no hay inconveniente en que la sociedad colectiva sea administrada por un tercero, el CC parece suponer que el administrador será siempre un socio. Desde luego, el art. 2072 inc. 1º se refiere explícitamente al “socio a quien se ha confiado la administración por el acto constitutivo de la sociedad”. Pues bien, este socio administrador realiza una inversión no solo por medio de un aporte patrimonial, sino también en prestaciones personales. Bien puede ocurrir, pero no es indispensable para el análisis, que sus tareas como administrador constituyan justamente su aporte

³⁸ Como destaca O’KELLEY, 1992, p. 253.

³⁹ LÓPEZ, 1987, p. 218.

⁴⁰ FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, 1977, pp. 371-381; PANTALEÓN, 1993, p. 47.

en la industria, pero también realiza una inversión cuando desarrolla conocimientos, contactos o redes con valor específico al administrar la sociedad, aun cuando careciera de aquellos al tiempo de constituirse.

El valor específico de estos servicios, conforme con el esquema anteriormente descrito, es más significativa que el valor específico de los activos de la sociedad. De otra forma, lo razonable habría sido optar por una sociedad de capital, en que no basta la sola decisión de una persona para desafectar los bienes sociales al objetivo empresarial. Al mismo tiempo, si al celebrar el contrato este socio ha exigido administrar privativamente la sociedad, y los demás han consentido en ello, es que esas prestaciones personales con valor específico no serán provistas por todos los socios, o no de forma equilibrada: el administrador estatutario ha comprometido prestaciones personales con valor específico en mayor medida que los demás.

En efecto, la regla legal de administración colectiva o mandato tácito y recíproco (a que conduciría la libre revocabilidad del gestor mandatario) expone el valor específico de esa inversión a una expropiación oportunista por la mayoría. El gestor, que ha puesto al servicio de la sociedad sus conocimientos, contactos, relaciones o prestigio, y que ha dejado de aplicarlos a otros negocios para consagrarlos a la empresa común, vería cómo los demás socios se apropian su valor, por ejemplo, obstruyendo su aplicación al objeto social (art. 2081 reglas 1ª y 4ª CC) o disponiendo de los bienes en que se ha incorporado aquella información, al margen de la sociedad (regla 2ª). Y aun fuera de ese actuar oportunista, la intervención de los demás socios en los negocios sociales expondría el valor específico de esa inversión, al adoptar decisiones desacertadas precisamente por carecer de la experiencia del administrador estatutario (y esta posibilidad les daría una herramienta con que extorsionar a aquel socio en una renegociación oportunista).

Visto el problema *ex ante*, la designación como administrador privativo sirve de garantía para aquel socio: desarrollará aquellas prestaciones personales e incorporará a los bienes sociales su valor, pero se asegura de que serán aplicados exclusivamente a la empresa social por la persona más indicada —él mismo—, y de que reeditarán en favor de todos los socios. Sus consocios siempre podrán recuperar su propia inversión si renuncian a la sociedad y generan así su disolución, pero lo harán solo si el valor de esos bienes cuando son administrados por el socio gestor, es inferior al valor de la segunda mejor inversión de esos bienes (lo que exigirá perder el valor específico e incurrir en los costos de liquidación). Y si la posibilidad de renuncia se encuentra limitada, como sucede frecuentemente, entonces deberán invocar un grave motivo, según prescribe el art. 2108.

Esta perspectiva puede ser complementaria con suponer que los demás socios han contratado en atención a la identidad del administrador. En efecto, ellos han depositado su confianza en el socio administrador, porque este así lo exigió al entrar en la sociedad; el socio administrador, por su parte, también realiza un acto de confianza cuando compromete aquellas prestaciones personales con valor específico. Y esta confianza recíproca da lugar a un compromiso, en donde el CC reconoce la fuerza del contrato. La cláusula de designación de un administrador privativo se entiende perfectamente, tanto si los socios se unen por un parentesco, por amistad, por una dilatada experiencia

compartida en los negocios, como si falta esa peculiar relación. De ahí que, como anota Caballero, el concepto de *affectio societatis* sea extraño a la lógica del administrador estatutario⁴¹.

Esta forma de entender la administración privativa subraya que el socio gestor no es solamente un fiduciario respecto de sus consocios. A diferencia tanto de quien ejecuta un mandato como del administrador designado en acto posterior, la posición del administrador estatutario no lo ubica en una completa subordinación de intereses frente a la sociedad y a los demás socios, porque la administración es para él no solo una obligación sino también el ejercicio de un derecho. Tanto él como sus consocios han considerado la cláusula como esencial para la decisión de contratar. Tiene, pues, un interés propio en gozar de sus facultades —y en no ser despojado de ellas—.

Ocurre, sin embargo, que la intangibilidad de esta disposición contractual debe adecuarse a la realidad de la sociedad. Se trata de un negocio que se prolonga en el tiempo, con la necesidad de ser ajustado a variaciones significativas en las circunstancias que pudieron tenerse a la vista al contratar. Adicionalmente, este contrato comprende todo aquello que es preciso para llevar a cabo una empresa en común, y no podría ser materia de acuerdos expresos sin incurrir por ello en costos que harían prácticamente imposible su celebración. Sería difícil prever cada caso en que los socios estarían dispuestos a coadministrar la sociedad o a designar a un mandatario, es decir, en que se justificaría económicamente desafectar los bienes de la sociedad a la actividad de aquel socio que incorporará prestaciones personales con valor específico. A falta, pues, de las previsiones estatutarias que el propio art. 2072 inc. 2° permite incorporar, el legislador permite que el juez acoja una demanda de remoción, cuando concurre una “causa grave”⁴².

3. *Situaciones atípicas*

Lo indicado en los dos apartados anteriores es una inducción de cierta lógica económica, a partir de la elección del tipo social y de las cláusulas del contrato. Como se advirtió al comenzar este capítulo, en la realidad las razones que justifican esa elección son bien dispares. Sumariamente se indicará algunas situaciones que no cuadran con la descripción anterior, en las que ha de verse un indicio de que han primado razones de otra índole.

Es posible que en estatutos se designe como administrador a un tercero. Este, aunque designado en el contrato social, debe ser tratado como “administrador funcional”, y puede renunciar y ser revocado como un mandatario común. Desde luego, el art. 2072 se refiere únicamente al socio que es designado como administrador en el contrato social; además, este tercero no puede tener un interés en administrar que se funde en el contrato social,

⁴¹ CABALLERO, 2016, p. 326.

⁴² Como se puede ver, tiene lugar aquí el problema de contratación incompleta que atraviesa el derecho societario, y que exige del juzgador llenar, con previsiones contractuales hipotéticas, los conceptos abiertos de que se sirve la legislación: por todos, ALFARO, 1995, pp. 22-32.

pues no es parte de este último, ya que no ha efectuado un aporte. Por el contrario, es razonable considerarle en una posición fiduciaria, esencialmente subordinada a los intereses de los demás socios, equivalente a la del mandatario⁴³.

Es asimismo posible que los estatutos sociales designen como administrador no a uno o a varios socios, sino a todos ellos. La designación de los administradores no obedecería entonces a una diversa proporción en que desarrollan prestaciones personales con valor específico a la empresa, ni que para cada uno de ellos dicha designación constituya una garantía de que esa inversión no será expropiada ni destruida por los demás⁴⁴.

Finalmente, la estructura de las sociedades por acciones se corresponde con las sociedades de capital, pero la ley admite un amplio margen para la libre configuración del contrato. Esta libertad comprende la elección del régimen de administración, lo que permitiría dotarla de un socio gestor designado en estatutos, como de hecho ocurre frecuentemente⁴⁵. En tal caso, y si los estatutos nada dicen, podría discutirse si puede destituirse al administrador cuando concurre causa grave, o si, por el contrario, será preciso acudir a la acción de disolución por causa grave prevista en el art. 105 de la Ley Nº 18.046 sobre Sociedades Anónimas (de aplicación supletoria a este tipo social). En cualquier caso, la peculiar estructura organizacional de las sociedades de capital impide identificar aquí las razones económicas que se ha expuesto en los apartados anteriores, con las consecuencias para la interpretación del concepto de causa grave que se exponen a continuación⁴⁶.

IV. CUÁNDO DEBE ADMITIRSE LA REMOCIÓN DEL ADMINISTRADOR

El encuadre de la designación del administrador estatutario en la lógica económica de la organización de una sociedad de personas ilumina cuándo un determinado hecho puede justificar su remoción. Desde la óptica descrita en el capítulo anterior, debe

⁴³ Únicamente se plantea la duda cuando el administrador designado en los estatutos es un tercero desde un punto de vista formal, pero en la realidad de los intereses en juego, se trata del propio socio. Ocurre en ocasiones que una sociedad, entre cuyos socios se cuenta una empresa individual de responsabilidad limitada, tiene como administrador estatutario al constituyente de esta empresa. Tentativamente, en casos como este cabría dar aplicación al art. 2072 inc. 2º por analogía.

⁴⁴ La designación de todos los socios como administradores pudo observarse en las sentencias de la Corte Suprema, 25.06.2013, rol 6846-12; y 11.07.2016, rol 9046-2015. En una y otra, los estatutos preveían que la sociedad sería administrada por los dos únicos socios, y que, en caso de muerte de alguno, la sociedad continuaría con la sucesión del fallecido (conforme al art. 2105 CC). En el primer caso, solo se establecía que la sucesión no podría ejercer la administración de la sociedad; en el segundo caso, se designaba para cada administrador un suplente (para cada socio, un tercero pariente cercano suyo). La previsión de la muerte de un socio con la consiguiente entrada de sus herederos (cuando así se ha previsto), puede volver útil la designación de todos los socios como administradores estatutarios cuando uno de ellos fallezca –para excluir de la administración a herederos con quienes no se contrató–.

⁴⁵ Véase el reciente estudio empírico de CABALLERO Y PARDOW (2020), p. 311.

⁴⁶ De los problemas que suscita la modificación convencional del régimen de administración de las sociedades por acciones, CABALLERO Y PARDOW (2020), pp. 315-317.

comprenderse también aquellos hechos que hacen razonable, en términos económicos, desafectar los bienes sociales a la inversión que el administrador efectúa en términos de prestaciones personales con valor específico a la empresa social, valor que, por lo tanto, se perderá. Socios razonables hubieran incorporado explícitamente estos hechos como causales de remoción si, desde un punto de vista práctico, hubieran podido preverlos en el contrato social. Para concretar este aserto, se indicarán algunos casos que típicamente cumplen con esa descripción, y se los vinculará con los que, a modo ejemplar, sugiere el mismo art. 2072 inc. 2°.

1. *Deslealtad o grave negligencia del administrador: hacerse “indigno de confianza”*

Si la designación del gestor se explica como un gesto de recíproca confianza objetivamente exigida por la naturaleza de la inversión efectuada, no es difícil admitir que conductas del administrador que la traicionen son causa suficiente para destituirle. Razonablemente, los demás socios no esperarán que aquel a quien designaron como administrador incorpore de forma honesta su actividad en los negocios sociales, con el objeto de aumentar el valor de la empresa en marcha, si de hecho actúa oportunamente (por ejemplo, con la amenaza de cobrarse deudas personales en bienes de la sociedad, o con la constitución de empresas paralelas para capturar oportunidades de negocio, dos situaciones que se han presentado a la jurisprudencia). No es justo que esos socios deban esperar a que las conductas se hagan reiteradas o adquieran entidad suficiente como para acabar de arruinar los activos sociales. El administrador se ha hecho, al decir del art. 2072, “indigno de confianza”, lo que significa algo más que un unilateral retiro de confianza por parte de sus consocios⁴⁷.

La administración meramente negligente no puede recibir el mismo tratamiento, salvo cuando la culpa sea de tal magnitud que el gestor se haga también, objetivamente, indigno de confianza. Para emplear las categorías anteriormente expuestas, un descuido en la administración del negocio social no autoriza a los demás socios a intervenir en ella, de modo que puedan apropiarse o destruir el valor de las prestaciones personales que aquel ha comprometido y desarrollado en la gestión de la sociedad, dando lugar a una disolución y posterior partición o liquidación (art. 2073 CC). O, más bien, esos socios pueden hacerlo, pero solo bajo las reglas de la renuncia: de buena fe y en tiempo oportuno; y en las sociedades de duración limitada, concurriendo causa grave⁴⁸.

Esta exclusión de la administración negligente es coherente con lo establecido para las sociedades de objeto comercial. El art. 400 CCom establece que si las gestiones del socio administrador “produjeran perjuicios manifiestos a la masa común, la

⁴⁷ No se precisa que el actuar fraudulento sea sancionado penalmente –por ejemplo, como administración desleal (art. 470 N° 11 del Código Penal)–, pero una condena penal puede ser suficiente para estimar que concurre una causa grave. Delinquir es algo más que hacerse “indigno de confianza”.

⁴⁸ Y, naturalmente, sin perjuicio de que esa negligencia pueda constituir de suyo una causal de disolución distinta, como si la negligencia del administrador condujera a la sociedad a la insolvencia (art. 2100 CC).

mayoría de los socios podrá nombrarle un coadministrador o solicitar la disolución de la sociedad”. El legislador complementa así el art. 2072 inc. 2° CC: la administración manifiestamente perjudicial para los negocios comerciales de la sociedad no permite destituir al socio gestor designado en el contrato social. Pero si la excepción puede explicarse como una mayor deferencia a la discreción empresarial del administrador estatutario, entonces no debiera extenderse al dolo. Y, en efecto, el art. 404 N° 2 CCom admite la posibilidad de excluir al socio –eventualmente, el socio administrador estatutario– que aplique los fondos comunes a sus negocios particulares y use en estos de la firma social.

2. *Impedimento permanente o temporal para ejecutar las prestaciones personales con valor específico: hacerse “incapaz de administrar útilmente”*

Puede ocurrir que las razones que condujeron a que el administrador exigiera su designación en el contrato social, desaparezcan con el tiempo. Piénsese en aquel que ha comprometido su prestigio o sus relaciones comerciales para el desarrollo del giro, y que ha decidido ponerlas a disposición de la sociedad únicamente en el entendido de que él habría de administrarla. Puede ocurrir que esta persona pierda ese prestigio o esas relaciones, sea por haber incurrido en algún hecho deshonesto, o simplemente por un acaso. Los demás socios pueden albergar atendibles deseos de liquidar la sociedad, mientras que aquel socio gestor carece ahora de una buena razón para denegarles el acceso a esa administración. Si se opusiera a renegociar la cláusula estatutaria asilándose tozudamente en la intangibilidad del contrato, sería él, no los demás, quienes estarían dando una aplicación oportunista a una previsión que, si protegía la posición del administrador, lo hacía solo en atención a las peculiares características de su inversión –inversión que, en el fondo, ahora ha cesado–. Corresponde entonces la remoción del gestor y la consecuente disolución de la sociedad.

Aquí puede enmarcarse la situación del administrador que padece un impedimento temporal, al menos en algunos casos. Aunque un impedimento de administrar puede también ser –y usualmente será– un impedimento para prestar sus servicios personales, si los demás socios pretenden asumir una gestión interina no hay riesgo alguno para el administrador impedido: el mismo impedimento le pone a salvo de una expropiación oportunista por sus consocios, de forma que no podría razonablemente oponerse a una sustitución temporal del régimen de administración, con el fin de evitar la disolución de la sociedad por aplicación del art. 2073⁴⁹. Si, en cambio, el impedimento temporal no obstaría que una eventual administración interina se apropie del valor de la inversión del gestor designado en estatutos (porque le permita acceder a conocimientos técnicos, secretos empresariales u otros, por los que el administrador exigió ser designado de forma

⁴⁹ Lo que es especialmente claro cuando los activos tienen algún valor específico, porque entonces mayores serían las razones para evitar la disolución y admitir, como propone Caballero para este caso, la analogía con disposiciones de la Ley N° 18.046 que permiten fundar un principio de continuidad de la administración social: CABALLERO, 2014, pp. 369-370.

privativa e irrevocable), entonces lo razonable es exigir que se acredite la concurrencia de una causa grave y, por disposición del art. 2073, disolver la empresa. Conservarla en un caso como este solo se justificaría si los activos físicos tuvieran mayor valor específico que la inversión de carácter personal, lo que no corresponde a la lógica económica de la organización de sociedades de personas, conforme con el modelo expuesto en estas páginas –aunque en algunos casos pueda acreditarse que la sociedad no se ha formado en esa lógica–.

Nótese que la pérdida de un interés legítimo en administrar por parte del administrador estatutario, puede deberse a causas que le son imputables o no. Si su designación se debió a que sus vínculos familiares le facilitaban contactos comerciales, y más tarde estos vínculos desaparecen (digamos, porque su cónyuge muere), no se indagará si la muerte es imputable al socio administrador, para saber que concurre una causa justa para removerle.

3. *Pérdida del interés en la administración: se es capaz de administrar, pero no “útilmente”*

El análisis efectuado en el capítulo anterior pone de relieve otro tipo de causa grave: la pérdida objetiva de un interés en administrar, por parte de quien se halla designado para esta tarea en los estatutos. Se trata de situaciones en que, sin que el gestor haya cesado de efectuar su inversión en prestaciones personales, esta pierda su valor específico a la empresa social.

Digamos que el socio administrador fue designado por encontrarse en posesión de un secreto empresarial funcional a cierta patente de invención. Puede suceder que, al cabo del tiempo, se extinga esa forma de propiedad industrial o los derechos para explotarla, lo que hace inútil el secreto empresarial. Si entonces el gestor se opusiera a su remoción –lo mismo que si se opusiera a la disolución–, el gestor estaría utilizando oportunamente una cláusula dictada para un contexto diferente. Asilarse en esa condición sería, en efecto, una conducta oportunista, porque ni la remoción del gestor resta valor a la empresa, ni podrán los demás socios acceder a unos conocimientos que rindan provecho fuera de ella.

Un caso como este hallaría asidero en el adverbio “útilmente”. La incapacidad de administrar, caso de causa grave que el art. 2072 inc. 2º ofrece por vía ejemplar, puede no corresponder a una imposibilidad o dificultad que impida al gestor desarrollar las actividades que venía desempeñando, sino a un defecto en el papel económico que, en la organización de la empresa, juega su misma actividad. Dicho en otras palabras, el gestor es capaz de administrar, es decir, puede continuar realizando aquella inversión en prestaciones personales característica de su posición, pero esa administración ya no es útil a los bienes sociales. De este modo, los demás socios debieran poder renegociar la cláusula y, ante la negativa del gestor, procederá su remoción y la desafectación de los bienes sociales al fin común.

V. CONCLUSIONES

Las conclusiones de este estudio pueden enunciarse del siguiente modo.

1. La intangibilidad del contrato social, y particularmente de la designación de un socio como administrador privativo, debe adecuarse a sus peculiares características. Se trata de un contrato cuya ejecución en el tiempo requerirá ulteriores modificaciones para ajustarse a las variaciones de circunstancias relevantes, que sería prácticamente imposible prever al momento de contratar. Así, la intangibilidad del contrato exige que la remoción del administrador designado en estatutos se ampare en una causa grave.
2. La presencia de inversiones con valor específico a la empresa societaria, efectuadas por el socio administrador estatutario, si bien no es la única razón que puede explicar su designación, es funcional a las reglas de administración privativa. Comprenderlo así pone de relieve que el socio administrador no es solo un fiduciario respecto de sus consocios, a cuyo interés deba subordinarse, sino que sus facultades de administración son un derecho en cuyo ejercicio tiene un interés propio e independiente del de aquellos.
3. Desde este punto de vista económico, puede considerarse causa grave de remoción aquel hecho que justifica desafectar los bienes sociales a la inversión que el administrador efectúa en términos de prestaciones personales con valor específico a la empresa social, que socios razonables hubieran incorporado explícitamente como causales de remoción. Entre estos hechos puede encontrarse la deslealtad o grave negligencia del administrador; el impedimento permanente o temporal para ejecutar las prestaciones personales con valor específico; y la pérdida del interés en la administración, acaecida por circunstancias objetivas que destruyen el valor específico de aquellas prestaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Jaime, 2018: "Algunas cuestiones prácticas relacionadas con la liquidación de sociedades de responsabilidad limitada", en Lorena Carvajal y Ángela Toso (editoras), *Estudios de Derecho Comercial. Octavas Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 413-453.
- ALFARO, Jesús, 1995: *Interés social y derecho de suscripción preferente. Una aproximación económica*, Madrid: Civitas.
- ALFARO, Jesús, 1998: "Conflictos intrasocietarios (Los justos motivos como causa legal no escrita de exclusión y separación de un socio en la sociedad de responsabilidad limitada)", en *Estudios de derecho mercantil. Homenaje al profesor Justino F. Duque* (Vol. I), Valladolid, Universidad de Valladolid, Secretariado de Publicaciones e Intercambio Científico/Caja Duero, pp. 89-112.
- BELLO, Andrés, 1887 y 1890: *Obras completas* (edición hecha bajo la dirección del Consejo de Instrucción Pública), tomos XI y XIII, Santiago: Impresor Pedro G. Ramírez.
- CABALLERO, Guillermo, 2014: "Impedimento temporal del administrador estatutario y régimen supletorio de administración social", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000100019>. [Fecha de consulta: 13.07.2020].

- CABALLERO, Guillermo, 2016: “La remoción de un administrador estatutario”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 27. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722016000200012>. [Fecha de consulta: 13.07.2020].
- CABALLERO, Guillermo, y PARDOW, Diego, 2020: “Cuanto más simple, mejor: análisis de las prácticas sobre la constitución y las formas de administración de las sociedades por acciones en Chile”, *Revista de Derecho Privado*, N° 39. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.12>. [Fecha de consulta: 21.10.2020].
- FERNÁNDEZ DE LA GÁNDARA, Luis, 1977: *La atipicidad en derecho de sociedades*, Zaragoza: Pórtico.
- GIRÓN, Jorge, 1976: *Derecho de Sociedades*, Madrid: Artes Gráficas Benzal.
- JEQUIER, Eduardo, 2014: *Curso de Derecho Comercial*, Santiago: Legal Publishing/Thomson Reuters.
- KLEIN, Michele, 1997: *El desistimiento unilateral del contrato*, Madrid: Civitas.
- LÓPEZ, Jorge, 1987: “Administración y disolución de sociedad civil de responsabilidad limitada”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia*, volumen LXXXIV, N° 3. Disponible en <http://vlex.cl>, cita Westlaw Chile: DD27552010. [Fecha de consulta: 13.07.2020].
- MARSCHAK, Jacob, 1968: “Economics of Inquiring, Communicating, Deciding”, *The American Economic Review*, volumen 58, N° 2.
- O’KELLEY, Charles, 1992: “Filling Gaps in the Close Corporation Contract: A Transaction Cost Analysis”, *Northwestern University Law Review*, volumen 87, N° 1.
- OLAVARRÍA, Julio, 1956: *Manual de derecho comercial* (2ª edición revisada y corregida por su autor), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PANTALEÓN, Fernando, 1993: “Asociación y sociedad. (A propósito de una errata del Código Civil)”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 46, N° 1. Disponible en https://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-C-1993-10000500056. [Fecha de consulta: 13.07.2020].
- PARDOW, Diego, 2007: “Potestades de administración y deberes fiduciarios. Una aproximación analítica a los deberes asociados a la administración de un patrimonio ajeno”, en Hernán Corral y María Sara Rodríguez (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil II. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Olnué 2006*, Santiago, LexisNexis, pp. 89-112.
- PAZ-ARES, Cándido, 1991: “Comentario al artículo 1692”, en Cándido Paz-Ares, Rodrigo Bercovitz, Luis Díez-Picazo y Pablo Salvador (editores), *Comentario del Código Civil* (Vol. II), Madrid, Ministerio de Justicia, pp. 1448-1461.
- PUELMA, Álvaro, 2006: *Sociedades* (3ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- QUESADA, María Corona, 1991: *Disolución de la sociedad civil por voluntad unilateral de un socio*, Barcelona: Bosch.
- REVECO, Ricardo, e IGLESIAS, Juan Pablo, 2019: “El conflicto de interés en el contrato de sociedad y su regulación en el Código Civil bajo el estatuto de responsabilidad contractual. Comentario del caso ‘Salinero con Rueda’”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 33. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722014000100018>. [Fecha de consulta: 13.07.2020].
- RIBSTEIN, Larry, 2004: “Why Corporations?”, *Berkeley Business Law Journal*, N° 1.
- SÁEZ, Maribel, 2016: “Reconsiderando los deberes de lealtad de los socios: El caso particular de los socios de control de las sociedades cotizadas”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, N° 1/2016. Disponible en http://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1211_es.pdf. [Fecha de consulta: 13.07.2020].
- VÁSQUEZ, María Fernanda, 2015a: “¿Hacia dónde va el derecho societario?: Un análisis desde el derecho comparado y una propuesta preliminar para el derecho chileno”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N° 1. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372015000100004>. [Fecha de consulta: 13.07.2020].

VÁSQUEZ, María Fernanda, 2015b: *Sociedades. Comerciantes, empresas, grupos de empresas y otros sujetos del Derecho Comercial* (2ª edición), Santiago: Thomson Reuters.

WILLIAMSON, Oliver, 1985: *The Economic Institutions of Capitalism. Firms, Markets, Relational Contracting*, New York: Free Press.

Normas jurídicas citadas

CÓDIGO Civil.

CÓDIGO de Comercio.

LEY 18.046 sobre Sociedades Anónimas, publicada el 22 de octubre de 1981.

LEY 20.659, Simplifica el régimen de constitución, modificación y disolución de las sociedades comerciales, publicada el 8 de febrero de 2013.

Jurisprudencia citada

CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 14 de agosto de 2008, rol 536-2007.

CORTE Suprema, sentencia de 12 de julio de 2010, rol 7574-2008.

CORTE Suprema, sentencia de 26 de octubre de 2012, rol 1008-2010.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de mayo de 2013, rol 5676-2001.

CORTE Suprema, sentencia de 25 de junio de 2013, rol 6846-12.

CORTE Suprema, sentencia de 20 de junio de 2014, rol 4341-2013.

CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 29 de abril de 2015, rol 1500-2014.

CORTE Suprema, sentencia de 11 de julio de 2016, rol 9046-2015.

Régimen de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo aplicable a los notarios en Chile: análisis crítico a la luz de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)

Ángela Toso Milos*

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo aplicable a los notarios en Chile, a la luz de las recomendaciones elaboradas por el GAFI. Se sostiene que aquel cumple en buena medida con los estándares formulados por dicho organismo, desde un punto de vista formal o técnico. Sin embargo, con el fin de favorecer su efectividad, conviene considerar las particularidades que reviste la actividad desarrollada por dichos profesionales, desde la perspectiva de las normas que la rigen en materia civil, disciplinaria y penal.

Notarios; lavado de activos; financiamiento del terrorismo

Money laundering and terrorist financing prevention regime applicable to notaries in Chile: critical analysis in relation to the Recommendations of the Financial Action Task Force (FATF)

ABSTRACT

The purpose of this paper is to analyze the anti-money laundering and anti-terrorist financing regime applicable to notaries in our country, in the light of the recommendations made by the FATF. It is stated that this regime largely complies with these standards from a formal or technical point of view. However, in order to enhance its effectiveness, it is necessary to take into consideration the particularities of the activity carried out by these professionals, from the perspective of the civil, disciplinary, and criminal provisions that govern it.

Notaries; money laundering; terrorist financing

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Doctora en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesora de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5271-3158>. Correo electrónico: angela.toso@pucv.cl.

Este trabajo forma parte del Proyecto Fondecyt Regular N° 1200700.

Artículo recibido el 21.7.20 y aceptado para su publicación el 25.1.21.

I. INTRODUCCIÓN

Durante las últimas décadas la prevención del lavado de activos y financiamiento del terrorismo (LA/FT) se ha convertido en motivo de preocupación para los Estados, en razón del gran volumen de dinero involucrado en estos ilícitos y de las nocivas consecuencias atribuidas a su comisión¹. Actualmente, el principal referente internacional en esta materia son las *Recomendaciones* del GAFI². De acuerdo con lo señalado en este instrumento, los países han de recabar la colaboración de diversos actores del sistema (“sujetos obligados”) para evitar el ingreso de dinero sucio en la economía. Si bien, en sus inicios, los esfuerzos preventivos estuvieron centrados en las instituciones financieras, debido a la amplitud y dinamismo asociados a las actividades de LA/FT, el GAFI señala que los Estados han de incluir además, como sujetos obligados a prevenir el LA/FT, a las denominadas *Actividades y Profesiones no Financieras Designadas* (APNFD)³. Forman parte de esta categoría los casinos; comerciantes de piedras preciosas y metales preciosos; agentes inmobiliarios; notarios; contadores; y abogados. Las APNFD prestan servicios de naturaleza diversa (contables, de gestión inmobiliaria, de intermediación en la compraventa de bienes muebles, de asesoría jurídica, etc.), de modo que para analizar su situación frente a las medidas de prevención del LA/FT, conviene hacerlo por áreas de desempeño⁴.

A los notarios se les considera por el GAFI, junto con los abogados, “profesionales legales”⁵. Sin embargo, en el caso chileno se evidencia una diferencia fundamental entre abogados y notarios en lo referido a la prevención del LA/FT, porque solo los segundos están obligados a adoptar medidas para evitar la comisión de dichos delitos. Así, en el presente trabajo se analiza específicamente el régimen jurídico aplicable a los notarios en este ámbito. El particular atractivo que dichos profesionales representan para el LA/FT radica en que su intervención suele revestir a las operaciones de un alto grado de credibilidad y respeto frente a terceros, habida consideración de su calidad de ministros de fe pública⁶. Como contrapartida de la vulnerabilidad que presenta la labor de los

¹ Se estima que el LA alcanza, en promedio, 2,7% del Producto Interno Bruto global al año [FACTI, 2020, p. 2]. Asimismo, amenaza pilares fundamentales de la sociedad, ya que el dinero sucio proviene de delitos especialmente dañinos para la vida en comunidad, como es el tráfico de drogas y armas, ilícitos vinculados a la corrupción, el tráfico de migrantes, entre otros.

² Si bien este documento no constituye un tratado internacional, es ampliamente respetado por los Estados y su cumplimiento es controlado periódicamente por el GAFI y sus miembros asociados, como es el caso del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), del que Chile forma parte.

³ GAFILAT-FATE, 2019, p. 17.

⁴ TERRY, 2015, p. 490.

⁵ GAFI, 2008, p. 5.

⁶ Véase el art. 399 del Código Orgánico de Tribunales. Para ilustrar este punto, es posible recurrir a CARRARA (1978), quien señala que, en virtud de la fe pública, los ciudadanos “confían en los mandatarios del gobierno o en los que de la autoridad superior recibieron facultad para establecer, mediante esos documentos o esos sellos, una presunción de verdad en una declaración, o de existencia de ciertas condiciones de un objeto”. No obstante, concordamos con MENESES, 2018, p. 192, cuando sostiene que “en materia probatoria el concepto actual de fe pública (...) se ha trasladado a un plano preferentemente institucional, más que funcionario; la

notarios frente al LA/FT, sus conocimientos constituyen una valiosa herramienta, que puede contribuir a la detección de operaciones asociadas al LA/FT. Sus conocimientos vienen dados por la profesión de abogado que ostentan⁷ y por la experiencia que desarrollan en el ejercicio de sus funciones⁸.

El GAFI espera que los notarios reporten a las autoridades operaciones sospechosas de LA/FT que detecten en el ejercicio de determinadas labores que desempeñan⁹. Además, deberían conocer adecuadamente a sus clientes –en función del riesgo de LA/FT que representan– e identificar a los beneficiarios finales de las personas jurídicas y otros vehículos corporativos¹⁰. Por último, también han de cumplir con la obligación de mantener registros de las operaciones realizadas por un periodo de al menos cinco años y establecer controles internos referidos a las medidas de prevención adoptadas, entre otros deberes¹¹.

Los Estados deben buscar no solo la satisfacción formal o técnica de los estándares del GAFI, sino también la *efectividad* del régimen de prevención, entendida como el grado en que se mitigan los riesgos de LA/FT. Ello se relaciona, entre otros aspectos, con la adopción adecuada por los sujetos obligados de las medidas de prevención formuladas y con los resultados de su implementación¹².

En Chile, según el art. 3 de la Ley N° 19.913, de 2003, los notarios deben prevenir el LA/FT. Por su parte, la UAF ha dictado diversas circulares y oficios, con el fin de orientarlos en la aplicación de dicha normativa; y formulando otras medidas que esos sujetos han de implementar, aspirando así a cumplir con las recomendaciones del GAFI. Pese al establecimiento de estas medidas, el último informe de tipologías de LA elaborado por la Unidad de Análisis Financiero (UAF) y el Ministerio Público evidencia que, entre el 2007 y 2019, más del 77,1% de los casos analizados en los que se cometió ese delito en Chile fue mediante la instrumentalización de las funciones realizadas por notarios¹³.

fe pública proviene no solo de las actuaciones de fedatarios, sino además –y ante todo– de medidas legales que aseguran la autenticidad documental; el mejor ejemplo es el documento electrónico suscrito mediante firma electrónica avanzada”. Por tanto, la labor desarrollada por los notarios es fundamental en el sentido que deben cumplir con los procedimientos establecidos por la ley, en cada caso, para dotar de fe pública a los instrumentos.

⁷ Arts. 252 y 463 del Código Orgánico de Tribunales.

⁸ HE, 2006, p. 64; FATE, 2013, p. 3; TERRY, 2015, p. 490; Toso, 2017, pp. 156-157.

⁹ Se trata de funciones relacionadas con aquellas operaciones descritas en la recomendación 22 d), consideradas por el GAFI como más vulnerables al LA/FT, y que se revisarán en el apartado I. de este trabajo.

¹⁰ GAFILAT-FATE, 2019, p. 18. Los beneficiarios finales son aquellas personas naturales que finalmente poseen o controlan a un cliente o la persona natural en cuyo nombre se realiza una transacción (GAFILAT-FATE, 2019, p. 115). La identificación de estos sujetos tiene por finalidad evitar el empleo de las sociedades y otras estructuras jurídicas como vehículos para el LA/FT.

¹¹ GAFILAT-FATE, 2019, p. 17. Un diagnóstico acerca de la adopción de medidas de prevención del LA/FT en Latinoamérica puede consultarse en GAFILAT, 2020, pp. 5-9.

¹² GAFILAT-FATE, 2019, p. 150; TERRY y LLERENA, 2018, p. 627; FATE, 2013a.

¹³ UAF, 2020, p. 9. Al respecto, se ha señalado que los notarios son mayoritariamente instrumentalizados para concretar la fase de integración del LA. Ello supone que los activos han estado sometidos previamente a otras maniobras orientadas a ocultar su origen (UIAF, 2014, p. 24). No obstante, también es factible su

Este trabajo tiene por objeto analizar el régimen jurídico de prevención del LA/FT aplicable a los notarios en Chile, a la luz de los estándares formulados por el GAFI. Se sostiene que aquel cumple en buena medida con las recomendaciones elaboradas por dicho organismo, desde un punto de vista formal o técnico. Sin embargo, con el fin de favorecer su efectividad, conviene considerar las particularidades que reviste la actividad desarrollada por dichos profesionales, desde la perspectiva de las disposiciones que la rigen en materia civil, disciplinaria y penal. Para cumplir con el objetivo planteado, este artículo se divide en dos apartados. En el primero se examina el alcance del régimen de prevención del LA/FT al que deben sujetarse los notarios bajo el prisma de los estándares internacionales formulados por el GAFI. Específicamente, se consideran las operaciones a las que se aplica y los sujetos que deben adoptar medidas de acuerdo con la normativa que regula sus actividades. En el segundo apartado, también sobre la base de las recomendaciones del GAFI, se analizan las acciones concretas que los notarios deben adoptar para evitar el LA/FT, considerando diversas disposiciones aplicables a ellos en materia civil, penal y disciplinaria. Este estudio se centra en dos pilares clave del régimen de prevención: la obligación de reportar e informar ciertas operaciones a la UAF y la de desplegar medidas de debida diligencia respecto de sus clientes.

Finalmente, se exponen las conclusiones que surgen del examen realizado.

II. ALCANCE DEL RÉGIMEN DE PREVENCIÓN DEL LA/FT QUE DEBEN ADOPTAR LOS NOTARIOS

1. *Actuaciones respecto de las que los notarios deben aplicar medidas de prevención del LA/FT*

El GAFI, en sus recomendaciones N^{os} 22 y 23, señala que los Estados deberían incluir a los notarios como sujetos obligados a adoptar medidas de prevención del LA/FT cuando intervengan en los siguientes contratos y operaciones: "...compra y venta de bienes inmobiliarios; administración del dinero, valores u otros activos del cliente; administración de cuentas bancarias, de ahorros o valores; organización de contribuciones para la creación, operación o administración de empresas; creación, operación o administración de personas jurídicas u otras estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales"¹⁴.

Se ha escogido estas operaciones porque son consideradas particularmente sensibles al LA/FT. Por ejemplo, la compraventa de bienes raíces es comúnmente empleada para el LA, debido a que puede ser difícil estimar el valor de un inmueble y así determinar si el importe declarado como precio de venta es el que corresponde a la realidad según sus

utilización para ingresar fondos ilícitos al sistema, esto es, en la etapa de colocación del proceso de LA, por ejemplo, mediante la compra de inmuebles en efectivo (GAFILAT, 2020, p. 11).

¹⁴ GAFILAT-FATF, 2019, p. 17.

características¹⁵. En el caso de la “creación, operación o administración de empresas”, el LA/FT podría materializarse por medio de la constitución de sociedades que actúan como testaferros, ocultando la identidad de los dueños del dinero ilícito¹⁶.

En Chile, las funciones de los notarios emanan de diversos cuerpos legales como el COT, el Código Civil (CC), leyes especiales e incluso de la costumbre¹⁷. Dentro de las diversas labores que desarrollan, una de las más relevantes es otorgar escrituras públicas¹⁸, las que constituyen una solemnidad en la constitución de empresas y sociedades conforme con el régimen tradicional; así como para la celebración de compraventas de bienes inmuebles¹⁹ y de negocios jurídicos respecto de los que –según el GAFI– los notarios deberían adoptar medidas de prevención del LA/FT.

No obstante, las labores desarrolladas por los notarios están muy lejos de agotarse aquí²⁰, lo que conduce a la primera observación que cabe realizar al régimen chileno de prevención del LA/FT si se le contrasta con las recomendaciones del GAFI. Según se ha apuntado, dichas recomendaciones señalan que los notarios deberían adoptar medidas de prevención únicamente respecto de determinadas operaciones en las que intervengan, consideradas más sensibles al LA/FT. Sin embargo, el art. 3 de la Ley N° 19.913, si bien incluye a los notarios dentro del catálogo de sujetos obligados, no realiza precisión alguna acerca de los casos en que han de aplicar las medidas de prevención del LA/FT. En consecuencia, Chile parece formular un estándar más estricto en esta materia que aquel planteado por el GAFI.

En teoría, ello puede verse como algo positivo para la prevención del LA/FT. No obstante, desde un punto de vista práctico, el hecho de que los notarios deban aplicar esta clase de medidas a todas las actividades que llevan a cabo implica un importante desafío en términos de los recursos que deben invertir para ello. Además, su implementación

¹⁵ Así, no son infrecuentes las tipologías asociadas a la sub o sobrevaloración de inmuebles, dependiendo si se desea transferir valor desde el vendedor al comprador o viceversa. También se ha constatado la participación de personas naturales que actúan como testaferros en la adquisición masiva de estos bienes. Otra modalidad consiste en el ingreso de dinero sucio al sistema haciendo efectiva la pena por incumplimiento de una promesa de compraventa de inmuebles. Al respecto, véase, por ejemplo, UIAF, 2014, pp. 37-39.

¹⁶ TOSO, 2017, p. 161; FATF, 2018, p. 44; SÁNCHEZ, 2014, p. 22. Ello se concreta mediante sociedades de fachada, pantalla o papel, cuyos beneficiarios finales pueden ser Personas Expuestas Políticamente (PEPS), quienes utilizan a personas jurídicas para blanquear fondos provenientes de actos de corrupción. Al respecto, véase TOSO, 2019, pp. 304-309 y GAFILAT, 2020, p. 18. Otras tipologías detectadas se refieren a la adquisición de sociedades en bancarrota, para fusionarlas con otras, dividir las o transformarlas y así operar con ellas en el mercado financiero (UIAF, 2014, pp. 37-39).

¹⁷ BARDALLO, 2013 y FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 2018, pp. 30-31. VIDAL, 2015, p. 7, refiere como una costumbre la custodia de documentos y valores, materializada en las instrucciones notariales.

¹⁸ En los términos indicados en los arts. 1699 del Código Civil y 403 del COT.

¹⁹ Véanse los arts. 350, 425, 474 y 491 del Código de Comercio; el art. 2 de la Ley N° 3.918, de 1923; el art. 3 de la Ley N° 18.046, de 1981; y el art. 1801 del CC.

²⁰ Así, el art. 401 del COT contempla 10 numerales referidos a las funciones que realizan los notarios. Luego, en su numeral 11 incluye también *Las demás que les encomienden las leyes*. Algunas funciones que constan en leyes especiales son aquellas indicadas en los arts. 3 y 6 de la Ley N° 18.101, de 1982, y en los arts. 3, 6 y 14 de la Ley N° 18.700, de 1988.

también conlleva una carga para las autoridades encargadas de supervisar estas medidas, tarea que en Chile recae fundamentalmente en la UAF. Dicha carga se traduce en la necesidad de proporcionar orientación a los notarios respecto del amplio espectro de actuaciones que realizan y fiscalizarlos adecuadamente en el cumplimiento de sus labores²¹. Si no se logran estos objetivos, la efectividad del sistema podría verse comprometida. En este sentido, el GAFI establece que los países han de garantizar que los notarios estén sujetos a sistemas eficaces de monitoreo de las operaciones que realizan, de modo de asegurar el cumplimiento de las medidas de prevención del LA/FT. Por último, se deben contemplar sanciones efectivas, adecuadas y disuasivas frente al incumplimiento de estas medidas²².

En Chile, a junio de 2020, en los registros de la UAF figuraban inscritos 366 notarios, de un total de 7540 sujetos obligados pertenecientes a diversos sectores económicos, como bancos, compañías de seguro, corredores de bolsa, etc. Asimismo, entre el 2015 y 2019 la UAF practicó 634 fiscalizaciones en terreno a entidades obligadas a informar ante la misma, sin que el monitoreo a los notarios haya sido particularmente intenso²³. Desde esta perspectiva, una delimitación adecuada de aquellos supuestos en que los notarios deben enfocar sus tareas preventivas –en los términos señalados por el GAFI– podría facilitar la labor de fiscalización de la UAF, favoreciendo el cumplimiento de los deberes de prevención y aumentando la efectividad del sistema.

Conforme con lo dispuesto en la Circular UAF N° 59 de 2019, los notarios tienen la posibilidad, al momento de adoptar medidas de debida diligencia, de centrar sus esfuerzos preventivos en aquellos clientes u operaciones que representan un mayor riesgo de LA/FT. No obstante, estos profesionales tendrán que analizar en detalle y actualizar periódicamente la situación de sus clientes en relación con todos y cada uno de los servicios que ofrecen, para así determinar el nivel de riesgo que representan. Luego, deberán justificar la adopción de medidas diferenciadas cuando corresponda. Ello obedece, precisamente, a que nuestra normativa de prevención del LA/FT –apartándose de lo señalado por el GAFI– no realiza distinción alguna respecto del alcance del régimen aplicable a los diversos servicios que prestan los notarios en tanto sujetos obligados, lo que significa que ellos deberán desplegar un mayor esfuerzo para cumplir con la normativa vigente.

²¹ Véase el art. 2 de la Ley N° 19.913, letras e), f) y k).

²² GAFILAT-FATE, 2019, p. 20.

²³ Información disponible en <https://www.uaf.cl/prensa/estadisticas.aspx> [fecha de consulta: 23.12.2020]. En cuanto a las sanciones aplicables por infracción a la normativa nacional de prevención del LA/FT, el art. 20 de la Ley N° 19.913 señala que estas pueden consistir en amonestaciones y multas, que van desde las 800 a las 5000 Unidades de Fomento (UF), dependiendo de la gravedad de la infracción cometida. Entre el 2012 y 2019 la UAF sancionó a 18 notarios, imponiéndoles a todos amonestaciones escritas. En cuanto a las multas, estas fueron establecidas en 9 ocasiones, siendo la más alta de ellas por 50 UF. Información disponible en https://www.uaf.cl/prensa/sanciones_new.aspx [fecha de consulta: 23.12.2020].

2. *La labor desarrollada por los notarios y otros actores relevantes en materia de prevención del LA/FT: el problema de la duplicidad de funciones*

Actualmente existen diversos sujetos que intervienen junto con los notarios en los negocios jurídicos catalogados por el GAFI como sensibles al LA/FT. Es el caso de los Conservadores de Bienes Raíces, quienes están a cargo de los Registros Conservatorios de Bienes Raíces y de Comercio²⁴. Dichos sujetos participan, al igual que los notarios, en las operaciones de compra y venta de bienes inmuebles, así como en la creación, modificación, fusión, división, transformación y disolución de sociedades y otras personas jurídicas, conforme con el régimen tradicional o general²⁵. En este contexto, se han formulado importantes críticas a la legislación vigente: la escasa innovación tecnológica que reviste la actividad de notarios y conservadores, la insuficiente conexión existente entre ambos y las dificultades que se presentan para acceder de manera expedita a la información que manejan²⁶. Estos factores pueden influir negativamente en la labor preventiva que realizan y dar lugar a una duplicación o reiteración de funciones, que no contribuye a una efectiva evitación del LA/FT²⁷. Así, por ejemplo, en la compraventa de un inmueble, tanto los notarios como los conservadores de bienes raíces deben aplicar medidas de debida diligencia o de conocimiento de sus clientes. Considerando que tanto la escritura pública que se otorgue como su inscripción se refieren a un mismo contrato, es probable que las partes sean identificadas tanto por el notario como por el conservador involucrado en la operación. Si bien podría pensarse que este doble control tiende a una mejor prevención del LA/FT, se corre el riesgo de que, ante la multiplicidad de operaciones en las que intervienen a diario los notarios y conservadores, unos descansen en la labor efectuada por los otros y finalmente no se apliquen las medidas necesarias, mermándose con ello la efectividad del régimen preventivo.

Una situación similar ocurre con el Registro de Empresas y Sociedades (RES), creado por la Ley N° 20.659, de 2013, que instauró el régimen simplificado de constitución, modificación, fusión, división, transformación y disolución de empresas y sociedades. El RES sustituye, en buena medida, al Registro de Comercio y restringe las labores desarrolladas por los notarios en lo referido a las empresas y sociedades, las que se circunscriben, fundamentalmente, a la firma electrónica avanzada de ciertos documentos, cuando los interesados carezcan de esta herramienta de autenticación²⁸, escenario en el que deberán cumplir con la normativa de prevención del LA/FT. El RES es administrado

²⁴ Art. 446 del COT.

²⁵ Véanse los arts. 686 del Código Civil; 350, 425, 474 y 491 del Código de Comercio; 2 de la Ley N° 3.918, de 1923; 3 de la Ley N° 18.046, de 1981; y 3 de la Ley N° 19.857, de 2003.

²⁶ Por todos, PEÑAILILLO, 2006, p. 247; ROSSO, 2018, p. 17; FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 2018, p. 13.

²⁷ SÁNCHEZ, 2014, p. 32.

²⁸ Véanse los arts. 1, 4 y, especialmente, 9 de la Ley N° 20.659, de 2013. Al respecto, es admisible tener presente el reciente proyecto de ley que modifica la Ley N° 20.659 para perfeccionar y modernizar el registro de empresas y sociedades (Boletín N° 13930-03), que amplía la cantidad de actuaciones que pueden realizarse directamente ante el RES por parte de los usuarios. Si no se quiere descuidar el régimen

por el Ministerio de Economía, Fomento y Turismo, cartera que –según lo establecido en la Ley Nº 19.913– también está obligada a adoptar medidas de prevención del LA/FT²⁹. Por tanto, cuando se requiera la intervención de un notario en el marco del régimen simplificado, también es posible que se produzca una doble aplicación de las medidas de debida diligencia, con las nocivas consecuencias que ello puede tener para la efectividad del sistema preventivo, si no se aborda adecuadamente³⁰.

Por último, conviene prestar atención a aquellas iniciativas legislativas recientes orientadas a la denominada *desnotarización*, particularmente aquella que propone agregar al COT el art. 401 ter que, en su inciso primero, establecería: *Además de los notarios, podrán ejecutar aquellos actos contemplados en los numerales 2, 3, 4, 5, en lo relativo a sociedades anónimas cerradas; 6 y 10 del artículo 401, quienes hayan sido designados como fedatarios*³¹. El proyecto incorpora a los fedatarios en el art. 3 de la Ley Nº 19.913, de manera que estos sujetos tendrían que implementar modelos de prevención del LA/FT, adaptados a su tamaño y a los riesgos de LA/FT vinculados específicamente con las tareas que deben realizar³². Dicha implementación, así como la fiscalización de los fedatarios por la UAF, podrá resultar especialmente compleja, considerando que a estos profesionales –a diferencia de los notarios– no se les exige contar con un oficio, ni puede garantizarse que sus labores sean realizadas personalmente y de forma continua en el tiempo³³.

Para afrontar una eventual duplicación de las funciones desarrolladas por los sujetos obligados precedentemente mencionados en materia de LA/FT, puede ser conveniente adoptar la recomendación Nº 17 del GAFI, que insta a los Estados a regular su colaboración en la aplicación de las medidas de debida diligencia³⁴. En Chile, la posibilidad

preventivo, este relevo de funciones desarrolladas hasta ahora por los notarios, deberá compensarse con una mayor supervisión por parte del RES.

²⁹ Arts. 11 de la Ley Nº 20.659, de 2013 y 3 de la Ley Nº 19.913, de 2003.

³⁰ En cualquier caso, existen determinadas figuras especialmente susceptibles de ser empleadas para cometer LA/FT. Es el caso de las sociedades colectivas civiles, que son consensuales, de manera que no están sometidas a formalidades en su constitución y funcionamiento. Habrá que considerar también aquellas sociedades nulas de pleno derecho de acuerdo con lo establecido en el art. 356 del Código de Comercio.

³¹ Véase el proyecto de ley para modernizar el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales (Boletín Nº 12092-07). En general, una visión crítica de la figura de los fedatarios puede encontrarse en ALCALDE y GOLDENBERG, 2019, pp. 250-253. Además, la desnotarización que propone el proyecto de ley que suprime o modifica la intervención de notarios en trámites, actuaciones y gestiones determinadas (Boletín Nº 13535-07) está vinculada, en muchos casos, a la relación de privados con las autoridades. En este contexto, el hecho de prescindir de los notarios en algunos supuestos podría incidir negativamente en la prevención y detección de cohecho u otras conductas asociadas a la corrupción.

³² Así, por ejemplo, los fedatarios deberán estar atentos a la infra o sobrevaloración en las transferencias y prendas sobre acciones de las sociedades anónimas cerradas, así como a las decisiones que los accionistas puedan tomar en las juntas en que se requiera su participación y que puedan representar riesgos de LA/FT (*v. gr.*, sobre la base de lo dispuesto en el art. 57 de la Ley Nº 18.046: transformación, fusión o división, aumento de capital, enajenación del activo en los términos indicados en el artículo 67 Nº 9 del mismo cuerpo legal, etc.).

³³ Características que pone de relieve la Corte Suprema, en el Oficio Nº 133-2018, de 16.10.2018, que examina este proyecto de ley.

³⁴ GAFILAT-FATF, 2019, pp. 15-16.

de colaborar en este ámbito no se contempla en términos generales. Sin embargo, la Circular UAF N° 59, de 2019, permite a los sujetos obligados, de forma excepcional y cuando se trate de clientes que representan un riesgo bajo de LA/FT *completar los datos de DDC mediante la utilización de terceras fuentes de información*³⁵, aunque no entrega mayores detalles acerca de cómo puede materializarse dicha alternativa. Si se pretende evitar la duplicidad de tareas, la noción de “terceras fuentes” debería referirse también a otros sujetos obligados, de manera de permitirles confiar, bajo ciertas condiciones, en la labor de debida diligencia que alguno de ellos haya realizado. Ahora bien, para impedir un empleo inadecuado de esta herramienta –que pueda implicar una merma en la efectividad del sistema– es necesario regularla en detalle, considerando, por una parte, que ciertos sujetos obligados –como los notarios– están sometidos al deber de secreto en determinados casos; y, por otra –según lo recomienda el GAFI–, que ha de garantizarse la calidad de los antecedentes que se comparten, así como un acceso expedito a dicha información³⁶.

III. ANÁLISIS DE LAS MEDIDAS DE PREVENCIÓN DEL LA/FT QUE LOS NOTARIOS DEBEN ADOPTAR FRENTE A LOS ESTÁNDARES DEL GAFI: OBLIGACIÓN DE REPORTAR E INFORMAR Y DE DEBIDA DILIGENCIA RESPECTO DE LOS CLIENTES

1. *Obligación de reportar e informar*

De acuerdo con el art. 3 de la Ley N° 19.913, los notarios deben comunicar a la UAF aquellas operaciones sospechosas de estar vinculadas al LA/FT³⁷. Además, según el art. 2 b) de la misma ley, estos sujetos obligados han de proporcionar a la UAF los antecedentes que se requieran para llevar a cabo la revisión de una operación sospechosa previamente reportada a dicho servicio público o detectada por este en el ejercicio de sus funciones. Por último, en virtud del art. 5 de la Ley N° 19.913, los notarios tienen el deber de llevar registros e informar a la UAF aquellas operaciones materializadas en papel moneda o dinero metálico que superen los 10.000 dólares estadounidenses o su equivalente en pesos chilenos.

Si bien esta última obligación es objetiva, en el sentido de que los notarios deben reportar aquellas operaciones realizadas en efectivo que superen el umbral indicado³⁸,

³⁵ Título III.5 b) i., Circular UAF N° 49, 2012.

³⁶ GAFILAT-FATF, 2019, p. 15.

³⁷ El art. 3, inciso segundo, de la Ley N° 19.913, 2003, señala: *Se entiende por operación sospechosa todo acto, operación o transacción que, de acuerdo con los usos y costumbres de la actividad de que se trate, resulte inusual o carente de justificación económica o jurídica aparente o pudiera constituir alguna de las conductas contempladas en el artículo 8° de la ley N° 18.314, o sea realizada por una persona natural o jurídica que figure en los listados de alguna resolución del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas, sea que se realice en forma aislada o reiterada.* Las estadísticas de reportes de operaciones sospechosas evacuados por los notarios están disponibles en <https://www.uaf.cl/prensa/estadisticas.aspx> [fecha de consulta: 23.12.2020].

³⁸ Véase Res. Exenta UAF D.J. N° 112-762-2018, 20.11.2018, rol 053-2017, considerando sexto, I.

con independencia de cuál sea su justificación económica o jurídica, los pagos en efectivo muchas veces constituyen señales de alerta (*v. gr.*, en la compraventa de bienes inmuebles)³⁹. Esto significa que se trata de operaciones a las que los notarios deberán prestar especial atención, con el fin de evaluar el envío de un reporte de operación sospechosa a la UAF.

Por tanto, mediante el establecimiento de estas medidas se pretende dar cumplimiento a lo señalado por el GAFI en su recomendación 23 a), conforme con esto, los Estados debieran exigir a los notarios que reporten aquellas operaciones sospechosas de LA/FT cuando, en nombre de un cliente o por un cliente, *se involucran en una transacción*⁴⁰.

En Chile, la normativa de prevención del LA/FT, al regular la obligación que tienen los notarios de evacuar reportes de operaciones sospechosas (ROS), no realiza distinciones en función de su participación en los actos y contratos en los que se requiere su intervención⁴¹. No obstante, para delimitar adecuadamente el alcance de esta medida de prevención, es fundamental remitirse a lo dispuesto en el art. 399 del COT, que define a los notarios como *ministros de fe pública encargados de autorizar y guardar en su archivo los instrumentos que ante ellos se otorgaren, de dar a las partes interesadas los testimonios que pidieren, y de practicar las demás diligencias que la ley les encomiende*. Es importante recordar que este artículo fue modificado mediante la Ley N° 18.181, de 1982, reemplazándose en su texto la palabra “redactar” por las de “autorizar y guardar”⁴². Respecto de la obligación de reportar operaciones sospechosas, la determinación del alcance de las funciones que desempeñan los notarios se relaciona con las posibilidades que estos profesionales tienen de detectar “señales de alerta” de LA/FT, que podrían motivar la emisión de un ROS⁴³. Dichas posibilidades serán diferentes si los notarios se dedican únicamente a “autorizar

³⁹ Como se señala en UAF, 2015, p. 17. En UAF, 2020, p. 19, se definen las señales de alerta como: “Indicadores (...) que dan cuenta de la posibilidad de que exista un caso de lavado de activos”.

⁴⁰ GAFILAT-FATF, 2019, p. 18.

⁴¹ Así, el art. 3 de la Ley N° 19.913 establece únicamente que: *Las personas naturales y las personas jurídicas que se señalan a continuación, estarán obligadas a informar sobre los actos, transacciones u operaciones sospechosas que adviertan en el ejercicio de sus actividades: (...) los notarios...*

⁴² Al respecto, VIDAL, 2015, es de la opinión de que dicha modificación no implica suprimir la labor de los notarios referida a la redacción de documentos, ya que esta seguiría presente en el art. 401 N° 1 del COT, que establece como una de sus funciones la de extender instrumentos públicos. Además, sostiene que esta tarea corresponde a los notarios chilenos, ya que es de la naturaleza del notariado latino. En contra, FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 2018, p. 40, señala que los notarios en Chile *...no cumplen funciones que se puedan asimilar, en lo sustantivo, a las funciones que cumple un notario latino arquetípico, sino más bien se podrían encontrar en un punto medio entre uno latino y un notario anglosajón*. Otra razón esgrimida para descartar que la redacción de documentos esté a cargo de los notarios, radicaría en lo dispuesto en el artículo 413 del COT, conforme con este, las escrituras allí indicadas solo podrán extenderse *...sobre la base de minutas firmadas por algún abogado*. En este trabajo se sostiene que la eliminación de la palabra “redactar” en el art. 399 del COT no implica que los notarios estén impedidos de redactar documentos, sin embargo, esta no es su labor primordial.

⁴³ Algunas señales de alerta aplicables a los notarios pueden encontrarse en UAF, 2015, pp. 16-18; UIAF, 2014, pp. 35-36; GAFILAT, 2020, pp.20-27, dentro de estas se cuentan, por ejemplo: clientes que desean constituir sociedades cuyo giro no guarda relación con su profesión; operaciones cuyo importe es abonado o percibido por un tercero ajeno a la misma, sin una explicación lógica; e hipotecas sucesivas sobre los mismos bienes, que se cancelan antes de su vencimiento.

y guardar” documentos, frente a la función consistente en redactarlos y, eventualmente, prestar asesoría jurídica.

Se ha señalado que el notario es “ante todo un jurista, que además ejerce una función pública”, en términos tales que ambas labores serían inescindibles⁴⁴. Sin embargo, a estos sujetos les está vedado el ejercicio de la abogacía⁴⁵, evidenciando el hecho de que no estamos en presencia de un profesional del Derecho como cualquier otro. Lo que diferencia al notario de los demás abogados –y que justifica dicha prohibición– es precisamente “su oficio público de extensión o auxilio de la función judicial”⁴⁶, o sea, la función pública que desempeña. Ahora bien, ello no implica su consideración como funcionarios públicos. En esta línea, se trata de profesionales del Derecho, de carácter privado, a quienes la ley les ha delegado la fe pública⁴⁷. Pero, justamente por la labor que desempeñan, no pueden ser considerados como un particular igual a cualquier otro.

Al respecto, parece acertado lo señalado por Meneses, en el sentido de que “...la función notarial tiene por objeto central la autenticación de documentos, y no el asesoramiento de las partes otorgantes”⁴⁸. En consecuencia, utilizando el lenguaje empleado por el GAFI –y en consideración a lo dispuesto en el art. 399 del COT–, en Chile los notarios se *involucran en una transacción*⁴⁹, primordialmente, “autorizando y guardando” documentos. De manera que las mayores posibilidades que tienen de detectar operaciones sospechosas de LA/FT yacen en el desempeño de esas labores. Ello no obsta a que, en la práctica, existan ocasiones en que redacten ciertos instrumentos y proporcionen orientación jurídica, pero estas no constituyen sus tareas principales.

Ahora bien, cuando los notarios son consultados por sus clientes en relación con los actos y contratos en los que intervienen, pueden llegar a conocer confidencias de los mismos, convirtiéndose en depositarios de secretos. En este contexto, el GAFI señala que los notarios “no tienen que reportar transacciones sospechosas si la información relevante se obtuvo en circunstancias en las que estos están sujetos al secreto profesional”⁵⁰, entregando a cada Estado la determinación de los asuntos sujetos a dicho secreto.

En Chile, se ha sostenido que el notario ha de guardar secreto absoluto de las confidencias que conozca cuando actúa como consejero o redactor de un documento.

⁴⁴ ÁLVAREZ, 2015, p. 81.

⁴⁵ Art. 479 del COT.

⁴⁶ ALCALDE y GOLDENBERG, 2019, p. 251. El hecho de que los notarios sean considerados auxiliares de la administración de justicia implica que están sometidos al control disciplinario de las Cortes de Apelaciones (art. 553). Además, nuestros tribunales superiores intervienen en su designación (art. 459). En este contexto, el artículo 440 COT establece aquellos supuestos que generan responsabilidad disciplinaria para los notarios, referidos a la fe pública que les corresponde guardar. Dichos supuestos contribuyen a una mejor prevención y persecución del LA/FT, tanto desde la perspectiva de la integridad y fidelidad de los instrumentos o actuaciones en las que intervienen como respecto de la adecuada conservación de dichos instrumentos.

⁴⁷ ROSSO, 2018, p. 27. En este mismo sentido, véase VIDAL, 2015, p. 76; UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, 2018; GAETE, 2020.

⁴⁸ MENESES, 2018, p. 187. En la misma línea, ROMERO y MARTÍNEZ, 2005, pp. 18-19.

⁴⁹ Desde este punto de vista, más que *involucrarse* en una transacción, los notarios *intervendrían* en ella, en el ejercicio de sus funciones.

⁵⁰ GAFILAT-FATF, 2019, p. 84.

Sin embargo, este deber abarcaría únicamente aquella información no incluida en los protocolos notariales, ya que por regla general estos son públicos⁵¹. Así, por ejemplo, los instrumentos privados que no son objeto de registro y las instrucciones verbales realizadas a los notarios estarían cubiertas por el secreto⁵². En consecuencia, si los notarios revelan esta información podrían incurrir en responsabilidad civil, disciplinaria y penal⁵³.

No obstante, la Ley N° 19.913, al abordar la obligación de reportar operaciones sospechosas, no realiza distinción alguna entre las diversas funciones que pueden desempeñar los notarios, respecto del secreto profesional. En este punto, el legislador se limita a establecer, en el inciso quinto del art. 3, la siguiente regla aplicable a todos los sujetos obligados: *Las disposiciones legales, reglamentarias, contractuales o de cualquier otra índole sobre secreto o reserva de determinadas operaciones o actividades no impedirán el cumplimiento de la obligación de informar establecida en el presente artículo. Lo anterior es también aplicable si la Unidad solicita la entrega o exhibición de los antecedentes que el sujeto obligado tuvo en consideración para reportar la operación sospechosa.* En consecuencia, los notarios no pueden ampararse en el secreto profesional para dejar de cumplir con su obligación de reportar operaciones sospechosas de LA/FT a la UAF y estarán liberados de toda responsabilidad frente a los clientes si dicho reporte es evacuado de buena fe⁵⁴. Por tanto, en este punto Chile posee estándares que parecen más estrictos que aquellos formulados por el GAFI⁵⁵. En cualquier caso, esta exoneración del deber de secreto halla su justificación en la colaboración que estos ministros de fe deben prestar con el fin de evitar la comisión de delitos y contribuye, sin duda, a fortalecer la efectividad del régimen preventivo.

⁵¹ Véanse los arts. 401 N° 7 y 431 del COT.

⁵² VIDAL, 2002, pp. 7-8 y 17. Salvo en aquellos casos en que la ley establece la confidencialidad de los protocolos, como ocurre con los testamentos cerrados (art. 431, inciso segundo, del COT).

⁵³ Respecto de la responsabilidad civil en que pueden incurrir los notarios, tal como se apunta en Corte Suprema, 24.10.2016, rol 14317-2016, considerando 9°, y en Corte de Apelaciones de Santiago, 22.4.2020, rol 348-2019, considerando 5°, no existe una normativa especial que la regule, pero ella puede generarse por aplicación del Derecho común. Sin embargo, según dan cuenta PIZARRO, 2011 y GONZÁLEZ, 2019, no existe consenso acerca de si el estatuto aplicable en este ámbito es el de la responsabilidad contractual o extracontractual. Aunque la determinación de dicho régimen resulta, en general, de gran interés, su importancia se diluye tratándose de la obligación de reportar operaciones sospechosas de LA/FT, ya que, como se verá, a los notarios se les exonera de toda responsabilidad frente a sus clientes si han enviado un ROS de buena fe a la UAF. Ello explica que no sigamos profundizando acerca de este tema aquí. En cuanto a la responsabilidad disciplinaria de los notarios, véase el art. 440 del COT, al que nos hemos referido *supra*. Finalmente, acerca de la responsabilidad penal por infracción al deber de secreto, se debe considerar que, si bien en ocasiones los notarios llegan a conocer secretos de sus clientes, no lo hacen ejerciendo libremente la profesión de abogado. Así, de vulnerarse este deber, corresponderá aplicar el art. 247, inciso segundo, del Código Penal y no el art. 231 del mismo cuerpo legal, dirigido específicamente a los abogados. En este punto se sigue a VIDAL, 2002, p. 23.

⁵⁴ Art. 3, inciso final, de la Ley N° 19.913.

⁵⁵ Sin embargo, realmente no lo son, ya que se ha entendido que las excepciones a la obligación de reportar en virtud del secreto profesional tienen lugar en el contexto de un proceso judicial o administrativo. En esta materia véanse TERRY y LLERENA, 2018, p. 630; VIDALES y FABRA, 2015, pp. 138-139. En Chile los notarios tienen prohibido el ejercicio de la abogacía, de manera que una excepción al secreto profesional carece de justificación.

En conclusión, al estar incluidos los notarios en la nómina de sujetos obligados contenida en el art. 3 de la Ley N° 19.913, Chile satisface, desde un punto de vista formal o técnico, los estándares del GAFI respecto de la obligación de estos ministros de fe de reportar e informar. Ahora bien, dicha incorporación está formulada en términos amplios, de modo que, con el propósito de adoptar medidas que potencien la efectividad del régimen preventivo, es necesario dilucidar qué es posible esperar de los notarios a este respecto, de acuerdo con la regulación tradicional de su actividad, cuyo punto de partida se halla en el art. 399 del COT. En este contexto, con el propósito de lograr la efectividad del régimen, la Ley N° 19.913 procura evitar que el secreto profesional del notario obstaculice el cumplimiento de su obligación de reportar e informar.

Sin embargo, ello no será factible en todos los casos, ya que los notarios podrán invocar el secreto profesional cuando se enfrenten al cumplimiento de lo dispuesto en el art. 2 b) de la Ley N° 19.913, conforme con ello, estos sujetos deben proporcionar información a la UAF acerca una operación sospechosa detectada por dicho servicio público y *no reportada previamente por ellos*. Lo mismo ocurre con la obligación de informar aquellas operaciones en efectivo que superen los 10.000 dólares estadounidenses o su equivalente en pesos chilenos, cuando estos antecedentes no estén asociados a un ROS⁵⁶. Ello precisamente porque el artículo 3, inciso quinto, de la Ley N° 19.913, impide invocar el secreto únicamente cuando se trata de cumplir con el deber de reportar operaciones sospechosas y en caso de que la UAF solicite la entrega o exhibición de los antecedentes que el sujeto obligado tuvo en consideración para realizar estas comunicaciones.

En todo caso, y en razón de lo ya expuesto, si los antecedentes requeridos por la UAF están incluidos en documentos incorporados al protocolo, deberán ser entregados por el notario, ya que, según se ha dicho, esta información es pública por regla general. No obstante, tratándose de minutas, anotaciones y otros documentos no incluidos en los protocolos notariales, los datos contenidos en ellos estarán cubiertos por el secreto.

Si bien la diferencia en el tratamiento del secreto profesional que se ha apuntado podría estar justificada —considerando que, en este caso, no nos encontramos ante una sospecha de LA/FT por parte del notario—, ella no contribuye a la efectividad del sistema y puede dificultar la labor de inteligencia financiera desarrollada por la UAF con la finalidad de detectar la comisión de LA/FT.

2. *Medidas de debida diligencia o de conocimiento de los clientes*

El GAFI señala que los notarios han de aplicar medidas de debida diligencia (DDC), tanto a sus clientes personas naturales y jurídicas como a los beneficiarios finales, en función del riesgo que estos representan, pudiendo concentrar sus mayores esfuerzos

⁵⁶ Así, se establece expresamente que aquellos sujetos que no están obligados a declarar por razones de secreto —entre ellos, los notarios—, en virtud de lo dispuesto en el art. 303 del Código Procesal Penal, no estarán sometidos a lo señalado en el art. 2 b) de la Ley N° 19.913. En cuanto a la inclusión de los notarios en las hipótesis contempladas en el art. 303 del Código Procesal Penal se sigue a VIDAL, 2002, p. 19, aunque sobre la base del antiguo texto del art. 201 del Código de Procedimiento Penal.

en aquellos más vulnerables al LA/FT⁵⁷. Este enfoque persigue la eficiencia del sistema mediante una reducción de sus costos, permitiendo además una ágil adaptación de la normativa a la evolución de las prácticas de negocios y de la tecnología⁵⁸. Una política de DDC orientada al riesgo hace posible determinar la cantidad y calidad de la información que se debe requerir a los clientes, así como los mecanismos para obtenerla.

En el marco de la aplicación de las medidas de DDC, se considera clientes a *todas las personas naturales o jurídicas que soliciten de manera ocasional o habitual a un Notario y/o Conservador la realización de servicios, sea que estos se realicen o no*⁵⁹. La adopción de dichas medidas será obligatoria cuando se trate de un servicio que represente o implique una operación superior a 1000 UF⁶⁰. El GAFI recomienda aplicar medidas de DDC en todos los casos en que existan sospechas de LA/FT o dudas acerca de la información aportada por un cliente. Tratándose de transacciones ocasionales, sugiere aplicarlas cuando estas superen los USD/EUR 15.000, suma inferior a aquella establecida a nivel interno⁶¹. Así, en este punto el régimen chileno parece más laxo si se le compara con lo señalado por el GAFI.

A partir del 2019 la debida diligencia ha de realizarse empleando el enfoque basado en el riesgo sugerido por el GAFI, distinguiéndose entre medidas de tipo “estándar”, “reforzadas” y “simplificadas”⁶². Luego, los sujetos obligados *deberán tomar medidas razonables para verificar la información y documentación entregada por el cliente (...) dentro de sus posibilidades organizacionales y legales*⁶³.

En Chile, las operaciones consideradas por el GAFI como sensibles al LA/FT constan mayoritariamente en escrituras públicas, como es el caso de la compraventa de inmuebles y de la constitución de sociedades, conforme al régimen tradicional⁶⁴. La información requerida en el art. 405 del COT para dichos instrumentos se identifica, en gran parte, con aquella que deben recabar los notarios para cumplir con las medidas de debida diligencia “estándar”⁶⁵. En otras palabras, la recopilación de antecedentes

⁵⁷ GAFILAT-FATE, 2019, pp. 11 y 17; FATE, 2008.

⁵⁸ ROSS y HANNAN, 2007, p. 107; FATE, 2007, p. 3.

⁵⁹ Nº 1, Circular UAF Nº 42, 2008.

⁶⁰ Nº 1, Circular UAF Nº 42, 2008.

⁶¹ GAFILAT-FATE, 2019, p. 11.

⁶² Título III, Circular UAF Nº 49, 2012, modificado por la Circular UAF Nº 59, 2019.

⁶³ Título III.3, Circular UAF Nº 49, 2012.

⁶⁴ Véase GAFILAT-FATE, 2019, p. 17.

⁶⁵ El art. 405 del COT señala que las escrituras públicas deben indicar *el nombre de los comparecientes, con expresión de su nacionalidad, estado civil, profesión, domicilio y cédula de identidad, salvo en el caso de extranjeros y chilenos radicados en el extranjero, quienes podrán acreditar su identidad con el pasaporte o con el documento de identificación con que se les permitió su ingreso al país*. Por su parte, para cumplir con una *debida diligencia estándar*, se ha de solicitar a los clientes: a) nombre o razón social. En el caso de las personas jurídicas se debe agregar el nombre de fantasía, si procede; b) documento de identidad o pasaporte. A las personas jurídicas se les debe solicitar el RUT o equivalente si es extranjera, y prueba de su constitución, forma y estatus jurídico. Aquellos sujetos obligados señalados en la Circular UAF Nº 57, 2017, deberán identificar también a los beneficiarios finales; c) nacionalidad y profesión, ocupación u oficio en el caso de personas naturales, y giro comercial para las personas jurídicas; d) país de residencia; e) domicilio en Chile o en el país de origen o

vinculados con la individualización de los sujetos que participan en los actos y contratos que requieren la intervención de los notarios forma parte de la labor que estos ministros de fe normalmente deben realizar. De suerte que, en general, el cumplimiento de las medidas de DDC se incardinará fluidamente en su quehacer. Al mismo tiempo, el hecho de que los notarios puedan responder incluso penalmente si incurren en falsedad, por ejemplo, autenticando firmas⁶⁶⁻⁶⁷, puede contribuir de forma relevante al cumplimiento de estas medidas. En cambio, el deber de indagar acerca del propósito de los actos o contratos en que intervienen los notarios, así como la aplicación de las medidas de debida diligencia “reforzada”⁶⁸ no se enmarcan en la labor que usualmente desarrollan estos ministros de fe, ni de lo que se espera de ellos según la normativa que tradicionalmente ha regulado su actividad.

Para ilustrar este punto, además de tener en consideración lo señalado en el art. 405 del COT, es admisible recordar que el art. 1700 del CC dispone: *El instrumento público hace plena fe en cuanto al hecho de haberse otorgado y su fecha, pero no en cuanto a la verdad de las declaraciones que en él hayan hecho los interesados. En esta parte no hace fe sino contra los declarantes.* En consecuencia, hay ciertos aspectos de un instrumento público respecto

residencia permanente; f) correo electrónico o teléfono de contacto; y g) propósito de la relación legal o contractual, o de la transacción ocasional (Título III.2, Circular UAF N° 49, 2012).

⁶⁶ Así, por ejemplo, al notario se le aplican las penas del art. 193 del Código Penal si falsifica dolosamente un documento público u oficial, o si incurre en una falsedad, también dolosa, autenticando una firma que no corresponda a la persona que haya suscrito un documento privado (art. 443 en relación con el art. 425 del COT). Igualmente, al notario se le aplicará lo dispuesto en el art. 443, inciso segundo, del COT, si por negligencia o ignorancia inexcusables autenticare una firma que no corresponda a la persona que aparece suscribiéndola.

⁶⁷ Sin embargo, se ha reconocido que las notarías poseen una estructura organizada (véase Corte de Apelaciones de Santiago, 30.7.2008, rol 4149-2007), conforme con ello, por ejemplo, no se estima necesario que el suscriptor de un instrumento privado esté en presencia del notario para que tenga lugar la autorización de su firma, tal como señalan ROMERO y MARTÍNEZ, 2005, p. 19, en relación con lo dispuesto en los arts. 401 N° 10 y 425, inciso primero, del COT. Lo indicado por estos autores está en armonía con diversas sentencias judiciales en materia de autorizaciones notariales, a propósito del art. 434 N° 4, inciso segundo, del Código de Procedimiento Civil, según detalla MENESES, 2018, p. 188. En general, respecto de la no presencialidad de las partes para llevar a cabo trámites notariales, el proyecto de ley que reforma el régimen vigente (Boletín N° 12092-07) contempla la digitalización de todas las actuaciones de estos ministros de fe. Ello plantea un importante desafío en relación con la aplicación de las medidas de DDC. Para afrontarlo, además de contar con sistemas que permitan garantizar la identidad de las partes, los notarios debieran estar facultados para requerir su presencia física si lo estiman necesario. En este sentido, adherimos a lo señalado por el Colegio de Abogados de Chile A.G. en relación con las escrituras públicas electrónicas, mediante su presentación al Senado, de 2.12.2020, acerca de este proyecto de ley.

⁶⁸ El Título III.5 a), Circular UAF N° 49, 2012, establece que las *medidas de debida diligencia reforzada* implican recabar la siguiente información: a) carácter que se pretende dar a la relación legal o contractual; b) origen de los fondos y del patrimonio; c) propósito del acto, operación o transacción; d) antecedentes adicionales y actualización con mayor frecuencia de la información y documentos de identificación. Dentro de aquellos clientes o supuestos de mayor riesgo se encuentran las PEP; aquellas transacciones con clientes ubicados en países o jurisdicciones que se encuentren bajo seguimiento del GAFI por deficiencias en sus sistemas de prevención; y, las que se realicen con clientes situados en territorios incluidos en el listado publicado por el Servicio de Impuestos Internos, respecto de países y jurisdicciones que tienen un régimen fiscal preferencial.

de los que este hace plena prueba y que se relacionan con su autenticidad⁶⁹, como es el hecho de haberse otorgado, de su fecha, del lugar en que se ha efectuado y de la circunstancia de que las partes han realizado las declaraciones estampadas en él, todo esto se enmarca en la fe pública que le imprimen los notarios a esa clase de instrumentos⁷⁰. No obstante, respecto de la veracidad de las declaraciones de los interesados, el instrumento público no constituye plena prueba, precisamente porque es posible que los clientes digan o hagan creer al notario cosas que no son ciertas, siendo la verificación de esta información ajena a las labores que aquel debe desempeñar⁷¹.

Este argumento puede reforzarse atendiendo a lo dispuesto en el art. 1467 del Código Civil, conforme con ello: *No puede haber obligación sin una causa real y lícita; pero no es necesario expresarla...* Esta norma se explica porque el legislador está presumiendo que toda obligación tiene una causa y que esta es lícita. En consecuencia, la ilicitud de la causa debe acreditarse por quien la alega. Luego, tal como señala Vial, el juez –sobre la base de las pruebas aportadas en el proceso– debe llegar al motivo real para solo entonces apreciar si este es contrario a la ley⁷².

Pareciera que cuando se exige a los notarios determinar el propósito de los actos, operaciones o transacciones de sus clientes, estos deben anticipar una valoración que no les corresponde realizar. Sin embargo, mediante la aplicación de las medidas de DDC se pretende que los notarios estén en condiciones de detectar únicamente “sospechas” de LA/FT, de modo que, desde un punto de vista jurídico, llegado el caso, la determinación de la ilicitud de la causa sigue recayendo, en definitiva, en el juez.

Pese a ello, por medio de la formulación del deber que tienen los notarios de aplicar medidas de DDC reforzada, especialmente cuando se les ordena determinar el carácter y propósito de los actos, operaciones o transacciones realizadas por sus clientes, se les está exigiendo más de lo que es posible esperar de su intervención según la normativa que los regula en materia civil, penal y disciplinaria. Así, surge la duda acerca de si la adopción de dichas medidas implica desnaturalizar la labor que estos ministros de fe desempeñan. También es importante preguntar de qué medios podrían valerse dichos sujetos para obtener y verificar la información requerida, con el fin de cumplir con esas medidas.

En el otro extremo, los sujetos obligados pueden adoptar medidas de DDC “simplificada” cuando los riesgos son bajos y no existan sospechas de LA/FT⁷³. Sin embargo, no se ha especificado aún qué supuestos habrán de considerarse como de “bajo riesgo de

⁶⁹ MENESES, 2020, p. 39.

⁷⁰ CLARO SOLAR, 1978, p. 676.

⁷¹ CLARO SOLAR, 1978, p. 676. En este mismo sentido, GAETE (2020) pone de relieve que el notario no es responsable de las declaraciones de los particulares, de modo que dichas declaraciones no integran la concepción de veracidad del instrumento público. Ahora bien, estas declaraciones se presumen verdaderas porque, tal como señala RODRÍGUEZ, 2010, p. 143, “de acuerdo al principio fundamental del *onus probandi*, lo normal se presume y lo anormal o excepcional debe probarse, y lo normal es que el contenido de las declaraciones sea verdadero, sincero y no falso o simulado”.

⁷² VIAL, 2011, pp. 210-211.

⁷³ Título III.5 b), Circular UAF Nº 49, 2012.

LA/FT”⁷⁴. Dicha determinación permite evitar que se abuse de esta categoría, calificando de esa forma operaciones que envuelven un riesgo mayor.

Finalmente, a diferencia de lo sugerido por el GAFI⁷⁵, conforme con lo indicado en la Circular UAF N° 57, de 2017, en Chile los notarios no están incluidos entre los sujetos obligados a identificar a los beneficiarios finales de las personas jurídicas que se presentan como sus clientes⁷⁶. Esto llama la atención, considerando que en el 58,3% de los casos de LA ocurridos entre 2007 y 2019 en nuestro país, se crearon personas u otras estructuras jurídicas para cometer dicho delito⁷⁷. Si se pretende contar con un sistema que permita prevenir efectivamente la instrumentalización de las sociedades y otras estructuras jurídicas para la comisión del LA/FT, debería incorporarse a los notarios entre los sujetos obligados a identificar a los beneficiarios finales, en armonía con los estándares internacionales vigentes en esta materia⁷⁸.

IV. CONCLUSIONES

1. En general Chile cumple, desde un punto de vista técnico, con las recomendaciones del GAFI aplicables a los notarios, salvo en lo referido al deber de identificar al beneficiario final en las sociedades y otras estructuras jurídicas. Nuestro régimen de prevención del LA/FT incluso contempla estándares más estrictos que aquellos formulados por dicho organismo. Así sucede cuando se establece que los notarios deben aplicar medidas para evitar esos delitos respecto de todas las actuaciones en las que intervienen, las que son numerosas y emanan de distintos cuerpos normativos e incluso de la costumbre. No obstante, una delimitación suficiente del ámbito de aplicación del régimen de prevención del LA/FT, a la luz de lo señalado por el GAFI, puede contribuir a una mayor efectividad del sistema, atributo que supone que los sujetos obligados deben aplicar adecuadamente las medidas preventivas. Otro factor que puede incidir en dicha efectividad se refiere a la eventual duplicación de las funciones preventivas que puede producirse

⁷⁴ Una especificación de este tipo puede encontrarse, por ejemplo, en el ordenamiento jurídico español. Al respecto, véase el art. 16 del Real Decreto 304/2014, de 5 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 10/2010. Según se indica en el Título III.5, Circular UAF N° 49, 2012, a través de otras circulares emitidas por la UAF podrá determinarse “*la intensidad en la aplicación de las medidas de DDC por sector*”. Por lo tanto, habrá que esperar a contar con estos instrumentos para tener mayor claridad en este punto.

⁷⁵ GAFILAT-FATF, 2019, pp. 11 y 17.

⁷⁶ En dicha circular se define al “beneficiario final” como “*la(s) persona(s) natural(es) que finalmente posee(n), directa o indirectamente, a través de sociedades u otros mecanismos, una participación igual o mayor al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura jurídica determinada. Asimismo, se entenderá como Beneficiario Final a la(s) persona(s) natural(es) que, sin perjuicio de poseer directa o indirectamente una participación inferior al 10% del capital o de los derechos a voto de una persona jurídica o estructura jurídica, a través de sociedades u otros mecanismos, ejerce el control efectivo en la toma de decisiones de la persona jurídica o estructura jurídica*”.

⁷⁷ UAF, 2020, p. 10.

⁷⁸ Díaz, 2016, p. 1747; Toso, 2019, pp. 312-313.

entre los notarios y otros sujetos obligados con los que participan conjuntamente en ciertas operaciones, como ocurre con los Conservadores de Bienes Raíces y el Registro de Empresas y Sociedades. Una forma de afrontar estas situaciones consiste en permitir a los sujetos obligados confiar, bajo ciertas condiciones, en la labor de debida diligencia que alguno de ellos haya realizado, así como lo admite el GAFI. En Chile, esta posibilidad no se contempla en términos generales, sino solamente cuando se trata de clientes que representan un bajo riesgo de LA/FT, y no se señalan mayores detalles al respecto, de modo que resulta necesario profundizar en torno a dicha alternativa.

2. Respecto de las medidas concretas que los notarios deben adoptar para prevenir el LA/FT y su relación con la efectividad del régimen, si bien la Ley N° 19.913 procura evitar que el secreto profesional del notario constituya un impedimento para el cumplimiento de su obligación de reportar e informar a la UAF. Por otra parte, la obligación que tienen los notarios de indagar acerca del propósito de los actos y contratos en los que intervienen, así como la de aplicar medidas de debida diligencia “reforzada” en ciertos casos, no se incardina con fluidez en su quehacer, de acuerdo con las disposiciones que tradicionalmente los han regulado, pudiendo verse afectada la adopción de estas medidas. Por último, aunque los sujetos obligados pueden desplegar una debida diligencia “simplificada” cuando los riesgos de LA/FT son bajos y no existen sospechas de LA/FT, la normativa de prevención aún no ha señalado con claridad qué supuestos permiten determinar tal circunstancia. Esta especificación parece fundamental para asegurar la efectividad del sistema y evitar que se abuse de dicha categoría.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE, Jaime y GOLDENBERG, Juan Luis, 2019: “Algunas observaciones preliminares respecto del proyecto de ley que modifica el sistema registral y notarial en sus aspectos orgánicos y funcionales”, *Revista de Derecho Privado*, N° 33, pp. 243-297.
- ÁLVAREZ, Luis, 2015: “Extensión de las obligaciones emanadas de las instrucciones notariales y responsabilidad civil del notario por su incumplimiento”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 25, pp. 77-114.
- BARDALLO, Julio, 2013: “Derecho Notarial: Fuentes e integración”, en Cristina Armella, *Summa notarial, registral e inmobiliaria*, Tomo I, Buenos Aires, Abeledo Perrot.
- CARRARA, Francesco, 1978: *Programa de Derecho Criminal. Parte especial* (4° edición revisada), José Ortega y Jorge Guerrero (traductores), Bogotá, Temis, Volumen VII, tomo 9.
- CLARO SOLAR, Luis, 1978: *Explicaciones de Derecho Civil Chileno y Comparado. De las obligaciones*, Volumen VI, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- DÍAZ, Juan María, 2016: *Legislación y jurisprudencia sobre prevención del blanqueo de capitales*, Madrid, Thomson Reuters.
- FINANCIAL ACCOUNTABILITY TRANSPARENCY & INTEGRITY (FACTI), 2020: “Facti Panel Interim Report. September 2020”. Disponible en https://www.uaf.cl/asuntos/docs_otros.aspx?id=2 [fecha de consulta: 23.12.2020].

- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), 2018: “Professional Money Laundering”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/Professional-Money-Laundering.pdf> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), 2013: “Money Laundering and Terrorist Financing Vulnerabilities of Legal Professionals”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/ML%20and%20TF%20vulnerabilities%20legal%20professionals.pdf> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), 2013a: “Methodology for assessing technical compliance with the FATF Recommendations and the Effectiveness of AML/CFT systems”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/methodology/FATF%20Methodology%2022%20Feb%202013.pdf> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), 2008: “Risk Based Approach Guidance for Legal Professionals”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/RBA%20Legal%20professions.pdf> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), 2007: “Guidance on the Risk-Based Approach to Combating Money Laundering and Terrorist Financing”. Disponible en <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/reports/High%20Level%20Principles%20and%20Procedures.pdf> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- FISCALÍA NACIONAL ECONÓMICA, 2018: “Estudio de Mercado sobre Notarios (EM-2017)”. Disponible en http://www.fne.gob.cl/wp-content/uploads/2018/06/Informe_Preliminar_Final-1.pdf [fecha de consulta: 23.12.2020].
- GAETE, Eugenio, 2020: *Tratado de Derecho Notarial*, Tomo II, Santiago, Thomson Reuters, en *Thomson Reuters Proview*.
- GONZÁLEZ, Joel, 2019: “La responsabilidad civil de notarios y conservadores de bienes raíces: régimen de responsabilidad y culpa de que responden”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, Vol. 26, e 3595 (en línea).
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT), 2020: “Análisis: Implementación de medidas preventivas de LA/FT en el sector Notarial”. Disponible en: https://www.uaf.cl/asuntos/docs_gafisud.aspx [fecha de consulta: 23.12.2020].
- GRUPO DE ACCIÓN FINANCIERA DE LATINOAMÉRICA (GAFILAT) y FINANCIAL ACTION TASK FORCE (FATF), 2019: “Estándares internacionales sobre la lucha contra el lavado de activos, el financiamiento del terrorismo, y el financiamiento de la proliferación de armas de destrucción masiva”. Actualización a diciembre de 2019. Disponible en https://www.uaf.cl/descargas/legislacion/internacionales/GAFI%20Nuevas_40_Recomendaciones.pdf [fecha de consulta: 23.12.2020].
- HE, Ping, 2006: “Lawyers, notaries, accountants and money laundering”, *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 9, N° 1, pp. 62-70.
- MENESES, Claudio, 2018: “Significado de la fe pública en la prueba por medio de documentos públicos”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Año 25, N° 1, pp. 181-230.
- MENESES, Claudio, 2017: *El documento público como medio de prueba en el proceso civil chileno*, Santiago, Thomson Reuters.
- PEÑAILILLO, Daniel, 2006: *Los Bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- PIZARRO, Carlos, 2011: “La responsabilidad civil de los notarios en Chile”, *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, Vol. 18, N° 2, pp. 137-149.
- RODRÍGUEZ, Ignacio, 2010: *Procedimiento Civil. Juicio ordinario de mayor cuantía*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

- ROMERO, Alejandro y MARTÍNEZ, José Ignacio, 2005: "Sobre la pretendida obligación de firmar ante los notarios los instrumentos públicos y privados", *Revista de la Asociación de Notarios y Conservadores de Chile*, pp. 13-22.
- ROSS, Stuart y HANNAN, Michelle, 2007: "Money laundering regulation and risk-based decision making", *Journal of Money Laundering Control*, Vol. 10, Nº 1, pp. 106-115.
- ROSSO, Gian Franco, 2018: "Reforma a la institucionalidad notarial: hacia una nueva configuración jurídica de los establecimientos notariales", en Gian Franco Rosso (editor), *Derecho Notarial y Registral. Contribuciones académicas para su futura reforma. Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 30*, Santiago, Universidad de los Andes, CEJ, pp. 17-43.
- SÁNCHEZ, Nielson, 2014: "La ardua labor del Abogado; dificultades con las que se encuentra la Abogacía española en el cumplimiento de la legislación antiblanqueo", en Miguel Abel y Nielson Sánchez (editores), *IV Congreso de Prevención y Represión del Blanqueo de Dinero*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 15-43.
- TERRY, Laurel, 2015: "U.S. Legal Profession Efforts to Combat Money Laundering and Terrorist Financing", *New York Law School Law Review*, Vol. 59, Nº 487, pp. 487-518.
- TERRY, Laurel y LLERENA, José Carlos, 2018: "The Relevance of FATF's Recommendations and Fourth Round of Mutual Evaluations to the Legal Profession", *Fordham International Law Journal*, Vol. 42, Nº 627, pp. 627-728.
- TOSO, Ángela, 2019: "El deber de identificar al beneficiario final en las sociedades: Algunas dificultades relacionadas con el alcance, implementación y efectividad de esta nueva medida de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo", *Revista Ius et Praxis*, año 25, Nº 2, pp. 299-340.
- TOSO, Ángela, 2017: "Régimen de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo: la situación de los abogados en un contexto global", en Matías Zegers *et al.* (editores), *Estudios de Derecho Comercial. VI Jornadas Chilenas de Derecho Comercial*, Santiago, Ediciones UC, pp. 155-186.
- UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (UAF), 2020: "VI Informe de Tipologías y Señales de Alerta de lavado de activos en Chile. Resumen Ejecutivo". Disponible en: https://www.uaf.cl/descargas/entidades/Resumen_Ejecutivo2020.pdf [fecha de consulta: 23.12.2020].
- UNIDAD DE ANÁLISIS FINANCIERO (UAF), 2015: "Guía Señales de Alerta Indiciarias de Lavado de Activos y Financiamiento del Terrorismo". Disponible en: https://www.uaf.cl/entidades_reportantes/senales_nac.aspx [fecha de consulta: 23.12.2020].
- UNIDAD DE INFORMACIÓN Y ANÁLISIS FINANCIERO. REPÚBLICA DE COLOMBIA (UIAF), 2014: "Riesgo de lavado de activos y financiación del terrorismo en el sector notariado. Documentos UIAF". Disponible en: <https://www.uiaf.gov.co> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- UNIÓN INTERNACIONAL DEL NOTARIADO LATINO, 2018: "Principios fundamentales". Disponible en <http://www.uinl.org/principio-fundamentales> [fecha de consulta: 23.12.2020].
- VIAL, Víctor, 2011: *Teoría general del acto jurídico*, Santiago, Editorial Jurídica.
- VIDAL, Ignacio, 2018: "Fe de identificación, fe de identidad, fe de conocimiento", en Gian Franco Rosso (editor), *Derecho Notarial y Registral. Contribuciones académicas para su futura reforma. Cuadernos de Extensión Jurídica Nº 30*, Santiago, Universidad de los Andes, CEJ, pp. 91-105.
- VIDAL, Ignacio, 2015: *Derecho Notarial Chileno* (2º edición), Santiago, Thomson Reuters.
- VIDAL, Ignacio, 2002: "El secreto profesional ante el notario", *Ius et Praxis*, Vol. 8, Nº 2, pp. 479-517.
- VIDALES, Caty y FABRA, Modesto, 2015: *Régimen jurídico de la prevención y represión del blanqueo de capitales*, Valencia, Tirant lo Blanch.

Circulares citadas

CIRCULAR UAF N° 42, 30.9.2008.

CIRCULAR UAF N° 49, 3.12.2012.

CIRCULAR UAF N° 57, 12.6.2017.

CIRCULAR UAF N° 59, 24.5.2019.

Jurisprudencia citada

CORTE Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2016, rol 14.317-2016.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 22 de abril de 2020, rol 348-2019.

CORTE Suprema, sentencia de 30 de enero de 2012, rol 12716-2011.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 30 de julio de 2008, rol 4149-2007.

Las bases del Derecho Internacional Americano en la obra de Alejandro Álvarez: solidaridad y vida internacional

Juan Ignacio Arias Krause*
Mariela Cecilia Avila**

RESUMEN

El jurista chileno Alejandro Álvarez Jofré es una figura destacada en el universo jurídico latinoamericano, tanto por su labor práctica como teórica. En este artículo se analizarán dos elementos de esta última como introducción a un pensamiento más amplio, que en todo momento tiene la pretensión de alcanzar el rango de sistema mediante la incorporación de un nuevo método en las Ciencias Jurídicas. Las dos concepciones que se analizarán en este artículo, "Solidaridad" y "Vida internacional", servirán para mostrar, por un lado, la originalidad de su pensamiento, así como también el valor contemporáneo que se desprende de él. Esto redundará en una apertura de lo jurídico hacia la historia y la vida social de los pueblos, que determinan cada una de las manifestaciones que realiza el derecho.

Alejandro Álvarez; Derecho Internacional Americano; solidaridad; vida internacional

The bases of American International Law in the work of Alejandro Álvarez: solidarity and international life

ABSTRACT

The Chilean jurist Alejandro Álvarez Jofré is a prominent figure in the Latin American legal universe, both for his practical and theoretical work. In this article, elements of the latter were analyzed, as an introduction to a broader thought, which at all times aim to achieve the rank

* Licenciado en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Máster en Filosofía de la Historia: Democracia y Orden Mundial, Universidad Autónoma de Madrid. Doctor en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Académico e investigador del Instituto de Filosofía, Universidad Católica Silva Henríquez. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8985-9732> . Correo electrónico: jarias@ucsh.cl.

** Profesora y Licenciada en Filosofía, Universidad Nacional de Cuyo, Mendoza, Argentina. Doctora en Filosofía, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso y Paris 8 Saint-Denis. Académica e investigadora de la Escuela de Filosofía, Universidad Católica Silva Henríquez. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-9347-2191>. Correo electrónico: mavila@ucsh.cl.

Este trabajo se elaboró en el marco del Proyecto ANID-Fondecyt Iniciación N°11170812, denominado "Aportes para la construcción de una concepción de eticidad internacional. Una interpretación filosófica de las tesis del jurista Alejandro Álvarez".

Artículo recibido el 28.10.2019 y aceptado para su publicación el 6.5.2020.

of system by incorporating a new method in the Legal Sciences. "Solidarity" and "International Life" are two concepts incorporated within his work that will serve to show, on the one hand, the originality of his thought, as well as the contemporary value that emerges from it, which will result in an opening of the legal to the history and social life of the people, which determine each of the manifestations that perform the right.

Alejandro Álvarez; American International Law; solidarity; international life

INTRODUCCIÓN

La figura de Alejandro Álvarez destaca por haber sido en su momento “el más renombrado jurista internacional latinoamericano del siglo XX”¹ y, con ello, por moverse dentro de los círculos internacionalistas más importantes del pasado siglo, no solo de América (donde forma parte, por ejemplo, de la fundación en 1912, junto a James Brown Scott, del Instituto Americano de Derecho Internacional) sino también de Europa (como ejemplo, nuevamente, destaca que en 1919 fuera nombrado miembro de la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya; en 1921 fundara el Instituto de Altos Estudios Internacionales de París y en 1946 se convirtiera en juez electo de la Corte Internacional de Justicia).

Junto con ello, la importancia de su pensamiento es remarcada por Karl Strupp, para quien el jurista chileno “había llegado a ser para la América, como Hugo Grocio para la Europa de su tiempo, el padre científico del Derecho Internacional”². Con esto se enfatiza el valor teórico de su doctrina, en cuyo contenido aún se pueden rastrear importantes elementos, que sirven para pensar las complejas fórmulas que han adoptado las políticas mundiales en las últimas décadas, atravesadas por el sello de la globalización, las crisis de la soberanía y las políticas regionales (ya sea en contra o a favor de ellas). En su doctrina, y pese a que la especialidad de su disciplina lo restringiera a los ámbitos jurídicos, Alejandro Álvarez desarrolló una rica y vasta obra que destaca tanto por su calidad como por su amplitud, abierta tanto a la Filosofía como a una Sociología del derecho, áreas con las que establece un fecundo diálogo con el fin de asentar los principios y las bases del método con el que construiría su teoría del Derecho Internacional.

En este artículo se han de acentuar dos elementos tomados de su doctrina, que sirven para demostrar el carácter peculiar de su pensamiento. Primero, se revisará el principio de la solidaridad por él expuesto, que sirve para validar la posición particular del continente americano dentro del universo jurídico, al propio tiempo que propicia un distanciamiento de las teorías individualistas que caracterizaban al continente europeo. En segundo lugar, se revisará una de las nociones que dentro de su teoría tiene mayor alcance tanto a nivel filosófico como jurídico, tal es la concepción de “vida internacional

¹ OBREGÓN, 2006, p. 983.

² ERRÁZURIZ, 1958-1960, p. 95.

de los pueblos”, que dentro del sistema del jurista chileno sirve como base para lograr una *reconstrucción del Derecho de Gentes*³.

La intención de analizar estas dos concepciones es la de poder vincular el pensamiento de Álvarez a un universo conceptual más amplio, destacando la originalidad que contiene, fundamentalmente por su carácter situado histórica, social, ética, política y jurídicamente. Esto permitirá también la presentación de un elemento particular que da cuenta de esta originalidad, y uno general, en donde se basa su sistema. Esto último se desarrollará en el siguiente sentido: comenzando de lo particular se irá a lo general, con el fin de mostrar las tesis de Alejandro Álvarez siguiendo su propio método de presentación, que tiene su base en el conjunto de hechos que construyen la conciencia jurídica y moral de las naciones, siendo esta la que constituye la “vida de los pueblos”, y puestos en el terreno internacional, ella será una “vida internacional”. La historia independiente de América, en opinión del jurista chileno, nació bajo el sello de la solidaridad y es esto lo que determinaría la vida del continente. Desde ya se puede apreciar que el concepto de vida que es utilizado para describir un tipo de relaciones jurídicas, es más amplio que estas y que las comprende. El elemento jurídico es parte de esta vida y, en este sentido, el carácter normativo debe ajustarse a ella, servirle como momento de su exteriorización, en el que aquella vida se presenta objetivada, mas en ningún caso debe restringir lo que le es más propio, su vitalidad.

I. LA SOLIDARIDAD COMO PRINCIPIO PRÁCTICO

Luego de ser nombrado profesor de Derecho Civil en la Universidad de Chile en 1895, Alejandro Álvarez continuó sus estudios en la capital francesa, donde en 1897 obtuvo el diploma de la Escuela Libre de Ciencias Políticas de París y, al año siguiente, el grado de Doctor en Derecho por la Universidad de París. Lo interesante de estos datos biográficos⁴ son las fechas, pues apenas 5 años antes de su llegada a la Ciudad Luz, Émile Durkheim había publicado su célebre libro *La división del trabajo social* (1882), que tuvo como base su tesis doctoral, cuyo nombre original era *La solidaridad social*. Este libro, decisivo en las ciencias sociales, sostiene su tesis principal a partir del concepto de solidaridad y su desarrollo en las sociedades primitivas. En dichas sociedades la solidaridad se daría de un modo mecánico por la semejanza cultural entre sus miembros, a diferencia de lo que sucede en las sociedades donde el número de integrantes no hace sostenible dicha homogeneidad. Esta diferencia ha provocado también la necesidad de dividir el trabajo para satisfacer las necesidades, dando como resultado, a la vez, la división cultural y de costumbres de quienes componen la sociedad. En este caso, la solidaridad también se ve afectada, pues rompe con los vínculos inmediatos, teniendo que ser reemplazados por un

³ ÁLVAREZ, 1942.

⁴ Para una pormenorizada referencia biográfica y bibliográfica véase MORALES, 1958-1960, pp. 8-25.

nuevo tipo de orden que los posibilite de manera mediata. Este segundo caso recibe el nombre de solidaridad orgánica y es propiciada por una normativa, ya sea moral o legal.

Junto con esta referencia fundamental para las Ciencias Sociales hacia fines del siglo XIX, es interesante notar que dentro de la propia tradición política francesa, el concepto de solidaridad ya contaba con una importancia destacada, pues estaba a la base de los movimientos socialistas y reclamando para sí el hecho de ser la heredera de la Fraternidad —uno de los principios fundacionales de la Revolución de 1789⁵—. En efecto, como apunta Carlos Miguel Herrera, “el concepto de solidaridad se desplegará con mayor ambición en tiempos de construcción de un orden democrático, en particular como fundamento *material* de la República”⁶. Este concepto, dentro del contexto, va adquiriendo una plasticidad social, pues pasa de ser un mero principio moral a convertirse en un fundamento práctico del desarrollo social. Sin embargo, hay que notar que en este tiempo, la solidaridad no tendría la potestad de pasar de ser un principio basal a nivel estatal a un nivel internacional, y esto porque las políticas en este ámbito se encontraban dentro del contexto westfaliano cerrado y encerrado en sus soberanías. La esfera internacional seguía moviéndose bajo el paradigma moderno, el de la lucha de todos contra todos, tal como evidencian las guerras que se sucedieron durante el siglo siguiente⁷.

Es en este contexto que se debe situar la formación, información y novedad del pensamiento de Alejandro Álvarez, y allí destacar el que será uno de los aportes de su teoría del Derecho Internacional: poner a la solidaridad como uno de los principios fundamentales de su sistema y, a la vez, como el elemento que imprimiría un nuevo sello en los estudios del Derecho en materia internacional⁸. La originalidad del jurista, en este sentido, es notoria, pues incluye un elemento que primero en política y luego en las Ciencias Sociales sería cardinal, pero que en el ámbito jurídico internacional no pasaba de ser algo cercano a un ideal de la razón, al modo kantiano. En efecto, aunque la solidaridad cumpliera una función regulativa del pensamiento, no tenía un correlato representativo, y siempre era situada adelante, en un más allá, divino o terreno, con un claro carácter teleológico. De hecho, el planteamiento cosmopolita de Kant en, *Sobre la*

⁵ Según Hauke Brunkhorst la solidaridad sería la heredera de dos tradiciones culturales: la judeocristiana de la caridad y la fraternidad revolucionaria, que a la vez propiciaría la solidaridad republicana de cooperación cívica. La primera posición se ajusta a la intención de Pierre Leroux, quien se consideraba el creador de la palabra *socialismo*, tomada para reemplazar la *caridad* cristiana, y dotar de un sentido político la colaboración entre los integrantes de una comunidad, para ello dicha solidaridad debería concretarse en la forma de Asociaciones de trabajadores y obreros (véase YAÑEZ, 2018).

⁶ HERRERA, 2013, p. 64.

⁷ No deja de ser interesante que en la década del 20 del siglo XX, Max Weber aún destaque cuatro “situaciones” de solidaridad, excluyendo todo tipo de solidaridad a nivel internacional. Así hablaría de la solidaridad que se da en las “comunidades familiares y de vida” (WEBER, 2014, p. 177) como la casa y el clan (correspondiente a la solidaridad mecánica de Durkheim); las que se dan monopolizadas por la coacción, como acontece, por ejemplo, en las asociaciones políticas (solidaridad orgánica, de Durkheim); las asociaciones que persiguen algún tipo de lucro (2014, p. 178); y en ciertas asociaciones de trabajadores.

⁸ *La notion de solidarité a ainsi remplacé l'ancienne conception de l'indépendance et de la souveraineté absolue : si jadis on estimait que ces deux attributs étaient indispensables à l'existence de l'Etat, ils ne sont plus actuellement jugés incompatibles avec l'interdépendance réciproque.* ÁLVAREZ, 1912, p. 30.

paz perpetua, funciona justamente de esta manera, al modo de un principio regulativo⁹, y en este sentido, el sistema de una sociedad internacional (la confederación de naciones, propuesta por el filósofo de Königsberg) actuaría de la misma forma.

De este modo, al plantear la solidaridad como un principio del sistema jurídico, así como lo hace Álvarez, nos enfrentamos con el doble problema del principio en toda construcción que pretenda tener una estructura sistemática, tanto en su aspecto formal como material¹⁰. No obstante, hay un elemento particular en su teoría, y es que desde el comienzo dicho principio no funciona como una forma ideal, sino como un correlato en la realidad. Ciertamente, este principio en su obra no es presentado como un postulado de la razón práctica, cuya finalidad sería que las sociedades alcancen un nivel mayor de perfección, por el contrario, es algo que ya ha existido, que tiene una historia determinada y que se ha desarrollado en conjunto con los pueblos de un continente entero: el americano. De manera que, junto con cumplir con el carácter formal que se le pide a todo principio en una construcción sistemática (esto es, que tenga una *cierta* pretensión de universalidad aunque esta universalidad tampoco es formal, sino que deberá ser situada, con validez para un tiempo y lugar específico), este principio tiene un fondo material, pues ha sido probado y tomado de la misma realidad. Es un principio, podemos sostener, concreto, no a realizar ni a comprobar, sino que realizado¹¹.

Como se dijo, el problema del principio es, tal vez, el primero y principal escollo en toda disciplina que pretenda alcanzar un grado de sistematización, y con el que se tiene que enfrentar. Cada elemento que se desprenda de su formulación debe encontrarse vinculado a él, a la vez que debe ajustarse al principio de no contradicción. Y en

⁹ TRUYOL Y SERRA, 1996.

¹⁰ La pretensión de sistematizar los aspectos internacionales tanto políticos como jurídicos de América en la primera mitad del siglo XX, no era exclusivo de Alejandro Álvarez, de hecho se pueden rastrear proyectos más ambiciosos que el del jurista chileno, empero no más rigurosos. Álvarez se mantiene fiel a la solidaridad como principio metódico (tenga esta su realización en el plano político, cultural, psicológico o jurídico) para organizar su estructura sistémica, en cambio, las diferentes pretensiones se ciñen más a la historia empírica, al hecho cerrado con valor en sí mismo que a un principio específico. Así los intentos de dar cuenta de un sistema internacional americano, funcionan como una recolección de hechos remontables hasta el descubrimiento del Nuevo Continente por parte de Colón (que, de seguir con este esquema hoy, y debido a la cantidad de nueva y valiosa información que se tiene del mundo precolombino, podría seguir remontándose aún más hacia el pasado). Destacamos este intento en el texto publicado en Buenos Aires en 1925 de Lucio Moreno Quintana, *El sistema internacional americano*.

¹¹ Interesante de destacar es la Memoria para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad de Chile de Helmut Brünner de 1938, quien asume el mismo método para escribir acerca de los "Aspectos del sistema internacional americano". Presente está allí la idea de sistema, como se puede observar en el mismo título de la tesis, que debe cumplir con la cualidad formal que se le exigía, como tener un "encadenamiento lógico y de causalidad, que justifique su denominación como tal sistema" (BRÜNNER, 1938, p. 15). Partiendo de esta necesidad, los elementos que comprenden el sistema, pretendido por el autor, "se desenvuelven y tienen su explicación en la evolución de los hechos, en su fase social, económica, moral y política, que la tesis necesariamente debe tener en cuenta para interpretar cumplidamente sus resultados jurídicos". (p. 17) Es posible destacar que Alejandro Álvarez es ampliamente citado en esta tesis y que su obra forma parte importante de la bibliografía, cuestión que deja en evidencia el lugar que su trabajo tenía en el universo jurídico de la época.

este contexto, ha sido la filosofía la que se ha ocupado de formular este problema y, por medio de él, a reformularse a sí misma. De hecho, con tal problema la filosofía sale a la luz, una vez que escinde sus dominios de la dimensión mítica.

No obstante, creemos que el rastreo más importante que se puede hacer sobre el principio, más que hacerlo abarcando la historia completa de la filosofía, alcanza un interés destacado —principalmente en nuestro contexto de análisis— cuando esta como disciplina procura desprenderse de la metafísica. Con este desprendimiento busca alcanzar un estatuto científico, cuestión que acontece con el intento de establecer un método que no solo garantice una correcta elaboración argumentativa, sino evidenciar que el propio principio con el que inicia la filosofía, se ajuste a las condiciones epistemológicas que sustenten la posterior construcción teórica.

Alejandro Álvarez también se inserta dentro de este contexto antimetafísico para desarrollar su sistema, que construye en la forma de una Filosofía del derecho¹². Ya desde los primeros años de la formación de su sistema internacional americano, critica la tradición del Derecho natural¹³, pues esta pone como fundamento último de su teoría principios ajenos al ser de las cosas. Esta crítica le sirve para validar el método de observación¹⁴ propio de la época que le toca vivir, fuertemente determinado por el positivismo. El Derecho Internacional, ya no americano, sino universal (dirá pocos años después), deberá contener un “conjunto de Derechos fundamentales”, que deberán ser tomados de ideas morales y no metafísicas¹⁵.

La puesta de los principios a partir de la razón práctica que hace Álvarez, lo vincula de manera directa con la tradición kantiana del Derecho, pues esta establece las bases de un sistema internacional no fundado ya en un origen antropológico, sino que, asumiéndolo, sobrepone a él la razón moral. En efecto, Immanuel Kant, en la conclusión a la sección que trata sobre el Derecho cosmopolita en *La metafísica de las costumbres*, señala un elemento de análisis fundamental, que bien puede establecerse como precepto metodológico. Allí el filósofo alemán indica que, “si alguien no puede probar que algo es, puede intentar probar que no es. Pero si no lo consigue de ninguna de ambas formas (cosa que sucede a menudo), puede todavía preguntar si le *interesa aceptar* (como hipótesis) una cosa u otra”¹⁶. Esto vale, continúa aclarando Kant, tanto para la teoría como para la práctica: ya sea para explicar un determinado fenómeno, ya sea para alcanzar un fin. En el ámbito práctico (donde se encuentra inserto Kant cuando escribe estas líneas) este fin puede ser “*pragmático* (un simple fin técnico) o *moral*: un fin tal que la máxima de

¹² Bohdan HALAJCZUK destaca esta amplitud teórica de Álvarez: “... su criterio de sociólogo y de filósofo llegaría a predominar sobre el jurista, por eminente que este último haya sido” (1970, p. 151).

¹³ Las críticas son semejantes a las que la Escuela Historicista le haría al iusnaturalismo, en tanto pone a la base del derecho un principio universal e inmutable, fundamentado en la ley natural. *Early publicists assumed as fundamental that international law is universal because it applies to the community of states; and unchangeable because such is natural law, which is the original source from which international law derives its precepts permitting of no variation except in secondary and minor matters.* ÁLVAREZ, 1919, p. 1.

¹⁴ ÁLVAREZ, 1910a, p. 6.

¹⁵ ÁLVAREZ, 1916, p. 197.

¹⁶ KANT, 1993, p. 194.

proponérselo es un deber”¹⁷. Lo propuesto, en este segundo aspecto, funciona como un postulado para alcanzar un fin racional con validez universal, que moviliza a actuar. En el ámbito del Derecho cosmopolita esto que la razón se propone es “un *veto* irrevocable: *no debe haber guerra*” y el fin a alcanzar mediante este veto es la *paz perpetua*.

Lo fundamental de estas aclaraciones kantianas es el fondo teórico-práctico que entregan para el análisis de la urgencia de una renovación del Derecho Internacional, cuyo paradigma es la solidaridad entre naciones, a partir de principios jurídicos, y no la concepción individualista del Estado nación, cuyo veto de la razón sea el mencionado por Kant: *no debe haber guerra*. Esta afirmación no indica que de hecho no haya guerra, debido a que la hay, porque el devenir humano la acepta y porque no se han creado las asociaciones, los mecanismos ni las mediaciones que aseguren una paz, si bien *no perpetua, al menos duradera*¹⁸. La referencia que Álvarez hace a Kant no es casual. La idea de solidaridad, como principio, junto con haber sido una realidad de hecho, *a posteriori* presenta una realidad práctica, que funciona como un ideal de la razón, al modo kantiano, tal como se señaló hace un momento, que busca regular la acción y, por medio de ella, el derecho. Así lo entiende Alejandro Álvarez: “Todas estas nociones deberán, pues, constituir las bases del Derecho Internacional. Aun suponiendo que en vez de realidades fuesen simples ideas, serán ideas de aquellas que, dotadas de fuerza expansiva y enunciadas en la hora oportuna —como es el caso—, podrán regenerar todo un sistema político o jurídico”¹⁹.

Para Álvarez, la solidaridad en América se ha dado como proceso que ha presentado tres momentos claros en la formación de las Repúblicas Americanas, que ayudaron a su conformación tanto cultural como cívica, política y jurídica.²⁰ En este sentido, se puede decir que la fisonomía propia de las naciones americanas se caracteriza por el desarrollo

¹⁷ KANT, 1993, p. 194.

¹⁸ Es posible destacar, además, que uno de los libros más interesantes de Álvarez, donde expone de manera extendida pero en un lenguaje muy claro (pues está pensada más para ser escuchada que leída) es *Después de la guerra*. Esta obra lleva el mismo título que la serie de conferencias que dio en la Universidad de Buenos Aires en 1941 (esto es, en plena Segunda Guerra Mundial), con motivo del Doctorado Honoris Causa que le diera dicha Universidad. El título está tomado del texto de Kant antes citado, *La metafísica de las costumbres*, §58.

¹⁹ ÁLVAREZ, 1916, p. 198. En 1910, Álvarez escribía entusiasta: *Les Etats sont au point de vue économique et intellectuel unis par des liens d'interdépendance, de solidarité. Celle-ci n'est donc pas, comme on le croit, une utopie, mais une réalité qui est maintenant dans la conscience universelle. La vie internationale moderne s'oriente dans ce sens*. ÁLVAREZ, 1910a, p. 126.

²⁰ El primer momento estuvo determinado por la conformación y estabilización de la vida política y, en materia internacional, por la creciente preocupación de la defensa de su autonomía, con el fin de no permitir otra dominación externa. Este período estaría determinado por aquello que es conocido como la *Doctrina Monroe*. Numerosos son los trabajos que Álvarez le dedica a esta doctrina, primero para rescatar su sentido positivo y el valor que tuviera en la formación de la conciencia independiente de las nuevas Repúblicas americanas y el sentido de solidaridad que nacería en este despertar autónomo de sus soberanías y, luego, para distinguir entre este sentido primero y el desarrollo imperialista que tendría posteriormente por parte de EE. UU.

Sucintamente, el discurso de Monroe de 1823 se puede exponer en tres puntos:

“1. Ningún país europeo puede contradecir el derecho adquirido por las naciones del Nuevo Mundo a su independencia y soberanía. 2. Se reconoce el derecho de estas mismas naciones americanas a organizar las formas de gobierno que mejor se adapten a sus intereses sin la intervención de ningún país europeo en

que tuviera el principio de solidaridad en el siglo XIX, así como se ha visto de manera sucinta en la nota 5. Es este sello el que ha determinado la vida internacional de estos pueblos, conformando con ello una psicología propia, especial y específica de este lado del mundo. Es, de igual manera, este sello el que se ofrece como un aporte al derecho en materia internacional, pudiendo –o debiendo– configurarse como principio válido, con miras a romper la hegemonía del principio individualista que había regido la vida social de los pueblos, y, por medio de él, el Derecho Internacional tradicional²¹.

II. LA VIDA INTERNACIONAL DE LOS PUEBLOS

Debido al contexto expuesto, los medios que utiliza Álvarez para asentar los principios no como un producto abstracto sino con un valor práctico y con una base concreta, se sitúan principalmente mediante la historia diplomática y de las relaciones internacionales, comprendidas no solo como un conjunto de datos, sino elevadas al estadio de ciencia. En este aspecto radica nuevamente un importante aporte al estudio de las Ciencias Jurídicas por parte de Álvarez, ya que contra la idea de establecer una purificación de las formas, se podría decir que, de alguna manera, poco le importa contaminarlas, llenarlas de contenido, con el fin de establecer una ciencia social que se haga eco de las transformaciones sociales

los asuntos relacionados con la regulación interna, y 3. Las naciones europeas tienen prohibido adquirir por ocupación cualquier parte del continente americano”. ÁLVAREZ, 1911, pp. 24-25.

Lo que destaca Álvarez del contenido de esta doctrina, es que sería en gran medida bien recibida por los países americanos, pero no porque fuera dictada por Monroe en un año específico, sino porque estos principios ya formaban parte de los movimientos políticos emancipatorios en América Latina, principalmente por “Bolívar (Colombia), Egaña (Chile), del Valle (América Central), etc”. (ÁLVAREZ, A. *El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1962, p. 72). Los fines que persiguen los Estados americanos son los mismos expuestos en esta doctrina: asegurar su independencia y lograr una unidad política, para ello el principio de solidaridad tendría una salida política en la idea de una confederación de Estados, defendida incluso desde antes de las Independencias. Por tanto, como sostiene Vicente CRUCHAGA (1968, pp. 73-75), siguiendo la idea de la defensa conjunta del continente a las condiciones ganadas luego de las Independencias, para Álvarez habría existido la Doctrina Monroe aunque no hubiera existido propiamente el presidente Monroe, por tanto, la defensa a esta doctrina en absoluto va de la mano a un apoyo a las pretensiones imperialistas de EE. UU. sobre América, sino al contenido mismo de ella. Por lo mismo, en el texto de 1911, y en otros textos anteriores, Álvarez defiende la doctrina Monroe, pero critica la hegemonía posible y real de EE.UU.

El segundo período se habría dado desde el último tercio del siglo XIX hasta la primera Conferencia Panamericana en 1889, momento en que las soberanías se consolidan, diluyéndose la idea de la Confederación de Estados una vez que el miedo a una nueva conquista española se hubo perdido.

El tercer período, que va desde la última etapa señalada, hasta el momento que Álvarez habría escrito su libro (véase ÁLVAREZ, 1910), se caracteriza por la consolidación del orden interno de cada país, y “por el amor a la paz y el deseo de fortalecer un triple vínculo de interés: con Europa, con los Estados Unidos y entre ellos mismos” (ÁLVAREZ, 1910, p. 20) realizándose en este período un gran número de conferencias y reuniones continentales. Algunas de ellas fueron la 2ª, 3ª y 4ª Conferencia Panamericana, celebradas entre 1901 y 1910; la Conferencia Centroamericana de la Paz, celebrada en Washington en 1910 y el Congreso Científico Panamericano, celebrado en Chile entre 1908 y 1909.

²¹ ÁLVAREZ, 1962, pp. 222 y ss.

que habían ocurrido desde el siglo XIX, y que constituyen las formas de presentación de aquello que denomina la “vida internacional de los pueblos”.

En 1912, por ejemplo, llamaba a incorporar dentro del estudio jurídico internacional el derecho público, derecho internacional y economía política como “las principales guías de la conducta de los hombres y los destinos de la humanidad”²². Posteriormente, y una vez visto el destino europeo posterior a la Primera Guerra Mundial, abogaría por la necesidad de incorporar al estudio jurídico todos los elementos que se ven involucrados en la “vida social” de los pueblos, como el aspecto político, nacional e internacional, económico, social y psicológico²³. En este sentido, la teoría de Álvarez se irá enriqueciendo a la luz de los acontecimientos del siglo, haciéndose cargo y siendo fiel a su propio método. Este tiene un fundamento filosófico que diverge completamente del carácter individualista con el que se había desarrollado el Derecho Internacional (en particular, desde la llamada Paz de Westfalia) y con la concepción de los Estados nacionales como individuos que se vinculan entre sí al modo de una sociedad (por tanto, semejante a la sociedad civil, determinados por la *guerra de todos contra todos*, según la fórmula hobbesiana). Se hace necesario destacar cómo podría operar con el fin de establecer un orden en el desarrollo de esta nueva forma de entender el Derecho Internacional y, al mismo tiempo, para destacar la distancia que toma de la tradición europea.

En este último aspecto, para hablar de las diferencias culturales que producen nuevos tipos de órdenes jurídicos, Alejandro Álvarez utiliza la antigua usanza (cara a Montesquieu y luego a Hegel) de distinguir cada una de sus características con la denominación de *genio*, llegando a sostener al final de sus días que el genio (o el carácter) de los pueblos es el resultado de su psicología²⁴. Así, hablará del *genio* americano, para distinguirlo del europeo, asiático, etc., y dentro de cada continente, puede hablar del *genio* anglosajón, germano o eslavo, etc.²⁵. La intensión va en la línea de dotar la normativa de cada región con las características que le son propias, teniendo en consideración tanto su geografía como su historia cultural, política y social. Además, es importante hacer notar que Álvarez al utilizar este término, lo que pretende es distinguir claramente la diversidad y, desde ella, la riqueza de cada cultura y lo que le es propio para poder aportar en los distintos órdenes jurídicos.

Ciertamente, y siguiendo a Montesquieu, se encuentra en su intensión precisar estas diversidades cuando distingue los distintos tipos de genios que muestra cada pueblo, y esto se encuentra también presente en Hegel cuando habla del *Genius des Volk*. Sin embargo, Álvarez se distancia del evidente carácter eurocéntrico que caracteriza sus presentaciones filosóficas, pues lejos se encuentra el jurista americano de ser la tabla de medida de civilidad que distingue entre la superioridad o inferioridad de culturas. Sin embargo, puede apreciarse una clara cercanía entre la teoría de Álvarez y el elemento

²² ÁLVAREZ, p. 1.

²³ ÁLVAREZ, 1944, pp. 221 y ss.

²⁴ ÁLVAREZ, 1962, p. 150.

²⁵ ÁLVAREZ, 1962, p. 150.

“espiritual”, que es destacado por ambos filósofos. En efecto, todos aquellos elementos que coordinados y en mutua relación constituyen la “vida social” de los pueblos (aun no de los Estados) es lo que engloba la concepción de “espíritu” utilizado por los filósofos (recuérdese el texto fundamental de Montesquieu: *El espíritu de las leyes*; y el momento más alto del entero sistema hegeliano es una *Filosofía del espíritu*). Esto evidencia que la caracterización de ese nivel de comprensión del desarrollo social solo pueda hacerse de un modo sistemático, pues se mueve en órdenes diversos pero funcionando de manera simultánea en una estructura (política, jurídica, cultural, religiosa y social) determinada.

De esta manera, y con la finalidad de poder expresar en lo objetivo los fenómenos que componen la vida social (y espiritual) de cada pueblo, se requerirá una reelaboración de las bases políticas y jurídicas y, a su vez, de las bases de una disciplina que posibilite esta reestructura, que debe tener en cuenta el *origen*, el *objeto* y el *contenido* del Derecho que lo posibilite. En cuanto el *origen*, sostiene Álvarez, este se debe encontrar en la “conciencia jurídica” de los pueblos, estrictamente, en la “opinión pública”, la que constituye la vida de los pueblos²⁶ (contra la idea, fundamentalmente ligada a la tradición iusnaturalista, de que el Derecho tiene un origen en sí mismo²⁷). En cuanto al *objeto*, debe “realizar la solidaridad humana”²⁸, y, en cuanto al *contenido*, y contra el postulado también iusnaturalista que lo presentaba como universal e invariable, se debe conceder valor a la realidad social e histórica de las naciones. En este sentido, dice Álvarez:

En el futuro, los estudios de ‘Filosofía del Derecho’, ‘Ciencia Jurídica’, ‘Teoría Jeneral del Derecho’, i otros similares, deben proponerse no en el estudio del Derecho en sí mismo, en abstracto, sino trazar las grandes líneas de la evolución a la luz de la historia [...] investigar los diversos factores sociales que, desde la segunda mitad de dicho siglo [el XIX], han influido para orientar el Derecho hacia una nueva faz: el Derecho de carácter social.²⁹

Con esto, los ejes fundamentales de una posible y futura Filosofía del derecho quedan trazados: esta debe tener su origen en la conciencia jurídica y moral de los pueblos, realizar la solidaridad humana y desarrollar su contenido desde la realidad social e histórica de los pueblos.

De esta manera, ingresamos a un punto capital en la reconstrucción del Derecho, cuya base se encuentre en el concepto de “vida internacional” con el que se procura romper con todo tipo de formulación abstracta como base de los sistemas jurídicos

²⁶ “En la vida internacional, la opinión pública desempeña diferentes funciones: da nacimiento i también deroga las reglas jurídicas; vijila i sanciona su cumplimiento; facilita su interpretación i desarrollo; pone atajo a la política inmoral de los países poderosos; es una de las mejores garantías del cumplimiento de las sentencias arbitrales; aprueba i consagra los actos que se han llevado a cabo en su nombre por la fuerza, i, por último, reclama i orienta las reformas de la vida internacional”. ÁLVAREZ, 1988, p. 278.

²⁷ ÁLVAREZ, 1988, p. 278.

²⁸ ÁLVAREZ, 1988, p. 278.

²⁹ ÁLVAREZ, 1988, p. 278.

internacionales y postular un vínculo estrecho entre derecho y política. En esto Álvarez se inclina hacia el lado de aquellos “intereses vitales, que nunca es posible precisar ni definir, como cuando de la existencia o desarrollo del Estado se trata”³⁰, siendo precisamente esta imposibilidad de definición (imposibilidad constitutiva en el que se movería la política) el porqué el derecho no puede establecer unas normas universales, con validez para todo tiempo y todo lugar.

El concepto de “vida internacional” es utilizado por Álvarez a lo largo de toda su obra, siendo en su último libro uno de los ejes principales para la presentación de los nuevos desafíos que debe asumir el Derecho Internacional, que tiene el deber de ajustarse a las condiciones actuales que presenta, precisamente, la “vida internacional”. En términos generales, con este concepto base de todo su sistema, Álvarez amplía desde abajo el campo jurídico: el derecho, lejos de tener su fuente en sí mismo, la debe tener en esta vida, que extiende sus dominios a todos los ámbitos de la esfera social. De hecho, muchas veces utiliza el término “vida social internacional” para establecer un paralelismo entre la vida social y la vida internacional de los pueblos: ambas deben tener formas de interdependencia, con el fin de salir del régimen individualista que gobernaba –y gobierna– la vida social y la internacional³¹.

Esta exigencia propuesta por Álvarez, tanto a su disciplina como a la necesidad de establecer un vínculo estrecho entre los acontecimientos sociales, históricos y psicológicos en los que se inserta la llamada “vida internacional”, van en la línea antes señalada: el Derecho no es comprendido por el jurista chileno como una disciplina desconectada de su acontecer social, sino que forma parte de esta, siendo, más bien, la objetivización de la conciencia moral y jurídica de cada pueblo.

CONCLUSIÓN

El interés de mostrar los dos elementos base de la obra de Alejandro Álvarez que se han presentado en este artículo (la solidaridad y la vida internacional), es el de señalar dos rasgos distintivos del jurista chileno, a la vez que poner en evidencia la originalidad que en su época supuso, y que se mantiene, en ciertos términos, inclusive hasta hoy.

El olvido en el que se encuentra su obra, más que representar una suerte de fracaso de la misma, se ofrece, a nuestro juicio, como un fracaso del propio Derecho Internacional, sobre todo a nivel americano. Esto dicho sin el afán de hacer política de ficción (de “cómo habría sido el mundo si...”), sino porque, ya sea de manera tangencial o explícita, elementos del pensamiento de Álvarez sirvieron en su momento para diseñar el mapa de los derechos en el que nos encontramos insertos. Esto queda en evidencia de modo particular en las numerosas referencias a él y a su trabajo que se encuentran, por ejemplo, en el “Estudio preparatorio sobre un proyecto de Declaración sobre los Derechos

³⁰ ÁLVAREZ, 1916, p. 102.

³¹ ÁLVAREZ, 1962, p. 168.

y Deberes de los Estados” de las Naciones Unidas de 1948, que luego daría lugar a la “Declaración sobre los Derechos y Deberes de los Estados”, del año siguiente. En este plano, consideramos destacable que la suya fuera una de las primeras voces en llamar a la creación de una Unión Europea apenas acabada la Primera Guerra Mundial, vaticinando que si esto no se lograba, era muy posible recaer en una catástrofe de carácter semejante. Lo que no se puede considerar como un punto a destacar, sin embargo, es que lo dicho para el continente europeo, por Álvarez, tenía más sentido para nuestro continente, y ha sido en este donde su doctrina ha carecido de vigencia, sobre todo, en la segunda mitad del siglo XX. Se podría decir entonces que, si bien en América Álvarez ha sido olvidado, en el Antiguo Continente goza aún de muy buena salud.

Y en este sentido, mientras que en nuestro contexto el término solidaridad parece ser una palabra que solo se utiliza para aludir a un sentido utópico, curiosamente, en la obra del jurista chileno el término “utopía” no aparece en ninguno de sus textos. Allí, en la obra de Álvarez, la solidaridad lejos se encuentra de estar presente como un elemento ideológico o teleológico, sino que es, para él, una realidad de hecho en el desarrollo republicano de un continente. De ahí la necesidad de establecerla normativamente pues ha surgido de la propia vida de los pueblos americanos, de la historia independiente de sus naciones.

Numerosas fueron las controversias que suscitó el planteamiento en torno a la existencia y posibilidad de que el Derecho tuviese, o no, una variante geográfica y situada. Sin embargo, semejante posición no alcanza a ser más que una reacción intransigente a lo propuesto por Álvarez, ya que la consideración de que un Derecho Internacional contenga elementos americanos no se plantea en términos contrarios a un Derecho Internacional Universal. La presentación de la tesis de un Derecho Internacional determinado por problemas y condiciones propias de una región no estaría exenta de polémicas en su época, teniendo una respuesta enérgica por parte del jurista brasileño Manuel Alvarado de Souza Sa Vianna, quien dos años después de la publicación del libro de Álvarez de 1910, *Le Droit International Américain*, publicaría un texto con el título explícito: *De la non existence d'un Droit international américain* (esta disputa tuvo tal importancia que apenas unos años después se publicaría un texto para presentarla³²). En ella, el brasileño le objeta a Álvarez que el Derecho Internacional Americano sea un conjunto de problemas y no de principios, en tanto que el Derecho Internacional es, por el contrario, una disciplina que se basa en principios³³.

Sin embargo, la antigüedad del momento inicial del problema que se aborda en esta disputa no deja de tener importancia y vigencia, y esto es lo que se ha pretendido visibilizar en el presente artículo: no es la formalidad del principio jurídico el objetado por el jurista chileno (que sea formal es la condición de universalidad), sino el fundamento de este, que tendría una base material puesta en lo extrajurídico³⁴, esto es, en

³² URIARTE, 1915.

³³ MADONADO, 2011, p. 42.

³⁴ MONROY, 2007, p. 297.

el contenido social, político y psicológico de los pueblos³⁵. Para finalizar, creemos que con estas ideas, Álvarez no se opone a la universalidad del Derecho Internacional, sino que su lucha va, precisamente, en contra de la intención de predicar con ella la cerrazón de los principios, advirtiendo así el peligro que entraña establecerlos como dogmas³⁶, válidos para todo tiempo y lugar.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Alejandro, 1910: *La diplomacia de Chile durante la emancipación: y la sociedad internacional Americana*. Madrid: Editorial América.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1910a: *Le droit International Américain*. Paris: A. Pedone.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1911: "La doctrine de Monroe a la quatrième Conférence Pan-Américaine", *Reveu Générale de Droit International Public*, vol. 18.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1912: *La codification du droit international. Ses tendances-ses bases*. París: A. Pedone.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1916: *El Derecho Internacional del Porvenir*. Madrid: Editorial América.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1919: *American Problems in International Law*. New York: Baker and Voorhis.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1942: *Después de la Guerra. La vida internacional, social e intelectual*. Buenos Aires: Editorial de la Universidad de Buenos Aires.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1944: *La Reconstrucción del Derecho de Gentes. El Nuevo Orden y la Renovación Social*. Santiago de Chile: Nascimento.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1962: *El Nuevo Derecho Internacional en sus relaciones con la vida actual de los pueblos*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- ÁLVAREZ, Alejandro, 1988: "Filosofía del derecho del futuro". En *Anuario de Filosofía Jurídica y Social*, vol. N° 6.
- BRÜNNER, Helmut, 1938: *Aspectos del sistema internacional americano*. Santiago de Chile: S/E.
- CRUCHAGA, Vicente, 1968: *La igualdad jurídica de los Estados*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- DURAND, Georgina, 1945: *Mis entrevistas. Políticos, artistas y hombres de ciencia de Chile*. vol. II. Santiago de Chile: Tegualda.
- DURKHEIM, Émile, 1982: *La división del trabajo social*. Madrid: Akal.
- ERRÁZURIZ, Jorge, 1958-1960: "Discurso en homenaje", *Anales de la Facultad de Derecho Cuarta Época*, vol. I (1).

³⁵ "Uno de los postulados del Derecho de Gentes es la *Universalidad* de todos sus principios y reglas, lo que es inexacto. Algunos principios y muchas materias relativas a este Derecho tienen un aspecto continental que debe tomarse en consideración.

El Nuevo Mundo posee una conciencia, un alma, una mentalidad americana que da origen a principios especiales en el Derecho Internacional. Y esta mentalidad unida a condiciones económicas y geográficas del Continente, crea particularidades que deben ser consideradas.

El conjunto de todas estas materias constituye lo que se denomina el *Derecho Internacional Americano*. Este derecho no destruye sino que da su verdadera fisonomía al Derecho Internacional Universal". ÁLVAREZ, pp. 409-410.

³⁶ ÁLVAREZ, 1910a, p. 265.

- HALAJCZUK, Bohdan, 1970: "La jurisprudencia sociológica ante la sociología del Derecho y la jurisprudencia axiológica en la obra de Alejandro Álvarez", *Revista de estudios políticos*, Nº 171-172.
- HERRERA, Carlos, 2013: "El concepto de solidaridad y sus problemas político-constitucionales. Una perspectiva iusfilosófica", *Revista de Estudios Sociales*, Nº 46, 63-73.
- KANT, Immanuel, 1993: *La metafísica de las costumbres*. Barcelona: Altaya.
- KANT, Immanuel, 1998: *Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- KANT, Immanuel, 2001: *Ideas para una historia universal en clave cosmopolita*. Madrid, Tecnos.
- MALDONADO, Ingrid, 2011: *Alejandro Álvarez. Hito histórico del Derecho Internacional*. España: Universidad Internacional de Andalucía.
- MONROY, Marco, 2007: *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- MORALES, Sonia, 1958-1960: "Álvarez y su Obra". En *Anales de la Facultad de Derecho, Cuarta Época*, vol. I, Nº 1.
- MORENO, Lucio, 1925: *El sistema internacional americano*. Buenos Aires: Editorial Facultad de Derecho y Ciencias Sociales.
- OBREGÓN, Luciana, 2006: "Noted for Dissent: The International Life of Alejandro Álvarez". En *Leiden Journal of International Law*, Nº 19(4).
- SA VIANNA, Manoel, 1912: *De la non existence d'un Droit international américain*. Rio de Janeiro: Figueredo Editor.
- TRUTOL Y SERRA, Anotnio, 1996: *Introducción a Kant. Sobre la paz perpetua*. Madrid: Tecnos.
- URIARTE, Gregorio, 1915: *Problemas de política internacional americana. A propósito de las doctrinas controvertidas por los doctores Alejandro Álvarez y Sá Vianna, sobre Derecho Internacional Americano. Opiniones autorizadas acerca de ese concepto del derecho, expresadas con motivo de la fundación del Instituto americano de derecho internacional*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Juan Perrotti.
- WEBER, Max, 2014: *Economía y sociedad*. México: Fondo de Cultura Económica.
- YAÑEZ, Juan Pablo, 2018: "La solidaridad obrera de Pierre Leroux: una exploración de la fraternidad y la amistad entre la filosofía socialista de Pierre Leroux y los textos de *La parole ouvrière*", *Resonancias, Revista de Filosofía*, Nº 4, 2018.

La rescisión o nulidad por falta de emplazamiento en el Código de Procedimiento Civil chileno

*Felipe Gorigoitia Abbott**

RESUMEN

El presente artículo analizará el incidente de rescisión (o nulidad) de lo obrado por falta de emplazamiento del art. 80 del Código de Procedimiento Civil, en especial en lo referente a sus presupuestos de procedencia y consecuencias. Se le caracterizará como un medio para dejar sin efecto juicios en los que no ha habido un efectivo emplazamiento, incluso en casos en los que no ha existido vicio alguno, que puede ser ejercido por cualquier persona que fue o ha debido ser parte en el proceso, aun cuando este ya se encuentre terminado.

Emplazamiento; rescisión; nulidad; rebeldía

Rescission (or nullity) of proceedings due to the lack of summon

ABSTRACT

This article will analyze the incident of rescission (or nullity) of proceedings due to the lack of summon from article 80 of the Code of Civil Procedure, especially regarding its grounds and consequences. It will be characterized as a means to leave without effect proceedings in which there has not been an effective summon, even in cases where there has been no defect, that can be exercised by any person who was or should have been claimant in the process, including after said process has finished.

Summon; rescission; nullity; default judgment

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad de Valparaíso, Chile. Doctor en Derecho, Universitat Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho Procesal, Universidad de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3842-9422> . Correo electrónico: felipe.gorigoitia@uv.cl .

Artículo recibido el 31.10.19 y aceptado para su publicación el 21.12.20.

I. INTRODUCCIÓN

El artículo 80 del Código de Procedimiento Civil (CPC) dispone que “Si al litigante rebelde no se le ha hecho saber en persona ninguna de las providencias libradas en el juicio, podrá pedir la rescisión de lo obrado, ofreciendo acreditar que, por un hecho que no le sea imputable, han dejado de llegar a sus manos las copias a que se refieren los artículos 40 y 44, o que ellas no son exactas en su parte substancial. Este derecho no podrá reclamarse sino dentro de cinco días, contados desde que aparezca o se acredite que el litigante tuvo conocimiento personal del juicio”.

El incidente contemplado en el artículo transcrito permite al litigante rebelde pedir la rescisión de todo lo obrado cuando, por circunstancias ajenas a su responsabilidad, no ha llegado a enterarse de la existencia de un litigio. Es un incidente con características bastante especiales, por cuanto, como se verá, puede incoarse incluso una vez afinado un juicio y no requiere de un defecto procesal como presupuesto para su aplicación. Con clara inspiración en la legislación española, pero asumiendo ciertas particularidades¹, la redacción del hoy artículo 80 (originalmente artículo 83) se debe a José Bernardo Lira. En más de un siglo, la disposición no ha sufrido alteraciones en su texto².

La existencia de un mecanismo de este tipo es un contrapeso a la necesidad de todo sistema procesal civil de posibilitar el avance del proceso sin la comparecencia del sujeto pasivo de la pretensión. En especial, se hace necesario en los casos en los que son más severas las consecuencias de la rebeldía, como en aquellas situaciones en que puede entenderse como una aceptación de las pretensiones de la contraria (*ficta confessio*) y no como una resistencia a ella (*ficta litis contestatio*)³, como ocurre en el procedimiento ejecutivo o laboral, a los que resulta aplicable el art. 80.

El presente trabajo analizará dicho mecanismo procesal, a objeto de revisar su alcance y sus aspectos más relevantes. Se buscará demostrar que es un instrumento procesal indispensable en el sistema que debe servir para tutelar cualquier situación en la que un juicio pretenda afectar a quien no ha tenido una efectiva posibilidad de defenderse en él.

II. NOTIFICACIONES COMO PROTOCOLOS FALIBLES Y EL EMPLAZAMIENTO

El diseño de un sistema de notificaciones es una constante tensión entre el derecho de defensa del demandado, que solo podrá ejercerse en la medida de que este sea efectivamente

¹ BIANCHI, 1949, p. 186.

² A pesar de ser un incidente bastante recurrido en la práctica, nuestros manuales, incluso los más recientes, le prestan escasa atención, limitándose normalmente a reproducir sus exigencias (véase, por ejemplo, PÉREZ y NÚÑEZ, 2015, pp. 222-229; BORDALÍ en BORDALÍ, CORTÉS y PALOMO, 2016, p. 393; y ROMERO, 2017 p.59). En la jurisprudencia, el panorama no es mucho mejor. Aunque hay un número significativo de sentencias de primera y segunda instancia, muy rara vez hay en ellas alguna reflexión que pase de la sola valoración de la prueba, en especial en casos de notificaciones en virtud del art. 44 CPC efectuadas en domicilios supuestamente equivocados.

³ ORELLANA Y PÉREZ, 2007, pp. 20 y ss.

emplazado, y el derecho a la tutela judicial del demandante, que muchas veces puede quedar impedido de materializarse si es que no se logra notificar a su contraparte⁴. Un sistema que se preocupara solo del primero, procuraría que al menos la notificación de la primera resolución dictada fuese en persona, de manera de asegurarse que va a conocer la existencia de un juicio en su contra y podrá actuar en él. Por el contrario, un sistema que tienda a preocuparse exclusivamente del derecho del demandante creará formas alternativas de comunicaciones que supongan protocolos de actuación menos fiables y más fáciles de realizar, asumiendo que en varios casos el notificado puede que no logre enterarse efectivamente de lo comunicado.

Ningún sistema de comunicaciones puede depender del efectivo conocimiento de la resolución de parte del notificado para la eficacia de todas sus notificaciones. Asumiendo esto, es que se conforma con la presunción de conocimiento a partir del cumplimiento de ciertas formalidades legales. Furquet explica que esto está respaldado “por la creencia de que la presunción de conocimiento legal resulta acertada la mayoría de las veces, entre otras razones, porque las normas están redactadas con la suficiente sensatez como para permitir entender que normalmente el cumplimiento de las formalidades legales va a situar el acto de comunicación lo bastante cerca del destinatario como para conseguir que este acabe conociendo su contenido”⁵.

En este entendido, nuestro Código de Procedimiento Civil opta por un sistema que pretende resguardar de manera razonablemente equilibrada ambos derechos. Si bien dispone que la primera notificación a las partes o a las personas a quienes hayan de afectar sus resultados, salvo al demandante, ha de hacerse de forma personal (art. 40), contempla la posibilidad de que esta sea reemplazada, previa autorización judicial, por una notificación por cédula en el lugar que se certifique por el ministro de fe respectivo como su morada o lugar donde ejerce habitualmente su industria, profesión o empleo, siempre que se constate también que el notificado se encuentra en el lugar del juicio (art. 44). Además, el ministro de fe tiene el deber de enviar una carta certificada al domicilio de la notificación, que dé noticia de que se ha practicado la notificación y los datos del litigio (art. 46).

A veces, a pesar de las gestiones del actor, no se logra determinar el domicilio del demandado o, peor aún, ni siquiera se puede precisar quiénes son las personas en contra de quienes se debe dirigir la acción. En estas situaciones el CPC permite la notificación por avisos en un diario del lugar en donde se sigue el juicio y en el Diario Oficial, en este último caso en un día de fecha 1° o 15 (art. 54), lo que es una clara opción a favor de la tutela judicial del demandante, en detrimento del derecho a defensa del demandado. Es una forma de comunicación muy poco eficiente⁶, ya que es improbable que efectivamente se logre poner en conocimiento del notificado aquello que se publica.

⁴ YELAMOS, 2006, p. 353.

⁵ FURQUET, 2005, p. 237.

⁶ FURQUET, 2005, p. 200.

En casos especiales, se ha privilegiado aún más el derecho a la tutela del demandante, al establecer formas de notificación que priorizan la eficacia y celeridad del proceso, por sobre las efectivas probabilidades de conocimiento del demandado. Es lo que ocurre, por ejemplo, en los procedimientos regidos por la Ley 18.101, sobre arrendamiento de predios urbanos, en el que se presume de pleno derecho como domicilio del demandado el del inmueble arrendado a efectos de la notificación del art. 44 CPC (art. 8º, regla segunda); en materia de cobro de impuesto territorial, en el que la demanda de cobro se notifica por cédula en el inmueble objeto del impuesto, aunque sea un sitio eriaz, como ha ocurrido en algún caso (art. 171, inciso 4º, del Código Tributario); o para la notificación del protesto de cheque que se puede realizar por cédula en el domicilio del girador, incluso si este ya no vive ahí (art. 41 DFL 707).

Todo sistema de comunicaciones procesales tiene márgenes de error, que, en este caso, pueden tener como consecuencia dejar en la más absoluta indefensión al demandado. Esto se puede producir principalmente por tres situaciones:

- Una notificación irregular realizada incumpliendo requisitos legales, como puede ser una efectuada en un domicilio equivocado o a una persona que no se encuentra en el lugar del juicio;
- Una notificación falsa, que es aquella que no se ha realizado o que, habiéndose efectuado, no se ha hecho como se da cuenta por el ministro de fe;
- Notificación ineficaz, practicada cumpliendo con los requisitos legales, pero que no ha logrado comunicar lo que debía a quien correspondía.

Los dos primeros casos son bien resueltos por las normas generales de nulidad procesal, cuestión que no obsta a que se puede impetrar la rescisión del art. 80. En los términos del artículo 83 CPC, son actos viciosos que pueden llegar a irrogar a los notificados un perjuicio reparable solo por la declaración de nulidad.

El problema surge para la tercera hipótesis. En ella la nulidad procesal del artículo 83 no tiene cabida, porque no hay vicio alguno. Para estos casos es que se vuelve relevante la rescisión del artículo 80 CPC, que precisamente busca resolver esta situación con una disposición que busca evitar que todos los riesgos del sistema recaigan en el litigante rebelde que no ha tenido siquiera la posibilidad de conocer la existencia del juicio, evitando que se pueda dictar una sentencia sin previo y eficaz emplazamiento al demandado.

III. PRESUPUESTOS DE APLICACIÓN

1. *Oportunidad*

Aunque no hay norma que expresamente lo contemple, no cabe duda alguna ni en el ámbito doctrinal ni en el jurisprudencial en cuanto a que la rescisión por falta de emplazamiento puede ser pedida en cualquier momento del juicio, incluso una vez

terminado este por sentencia firme. Desde el punto de vista normativo, y aunque antes hubo alguna discusión acerca de esto⁷, la cuestión se reputa zanjada desde la ley 7.706, de 5 de febrero de 1944, que, si bien no introdujo cambios al artículo 80, incluyó en el artículo 234 CPC un inciso final que contempla la posibilidad de pedir, en la etapa de cumplimiento incidental de la sentencia⁸.

A partir de esta característica, se ha elaborado la noción de la *cosa juzgada aparente*, sosteniendo que, en los casos en los que no ha habido un emplazamiento real, más que un proceso hubo tan solo una apariencia de tal. En términos muy gráficos, Santa Cruz explica que “Omitido el emplazamiento del reo, no se habrá formado respecto de él la relación procesal y todo el proceso y la sentencia estarán privados de ese vínculo jurídico que es el antecedente de donde pueden derivar su autoridad respecto del demandado. Podrá dictarse la sentencia definitiva, podrán quedar ‘aparentemente’ firme o ejecutoriada; pero nunca podrá adquirir válidamente ese carácter, nunca podrá tener autoridad de cosa juzgada respecto de un demandado que no ha sido emplazado, que no ha sido citado al proceso o a quien no se ha dado la oportunidad mínima de defensa”⁹.

Más allá de cómo se califique doctrinariamente, el incidente en cuestión constituye la vía casi exclusiva de anulación de juicios ya terminados, en atención a que las incidencias deben plantearse *in limine litis*¹⁰; que no existe la posibilidad de iniciar nuevos procesos para anular lo ocurrido en otros¹¹; y que la revisión de sentencias firmes civiles es estadísticamente irrelevante¹². Esta característica debe promover un entendimiento amplio al momento de interpretar su legitimación activa y los supuestos de hecho de procedencia del incidente. Por mucho que se quiera resguardar la “santidad” de la cosa juzgada, ella no puede afectar a quien no ha tenido una auténtica posibilidad de defenderse. La seguridad jurídica no se puede construir a partir de supuestos que niegan el derecho al debido proceso.

2. *Legitimado para incoar la rescisión*

El legitimado para incoar la rescisión por falta de emplazamiento es, según el art. 80, el “litigante rebelde”. El Código de Procedimiento Civil maneja la denominación de rebeldía con algo de vaguedad. En general, denomina rebelde simplemente a la parte que no ha realizado una determinada actuación procesal dentro del plazo que la ley confiere

⁷ BIANCHI, 1949, p. 189 y ss.

⁸ SALAS, 2000, p. 100; PEREIRA, 2004, p. 130; CARRASCO, 2010, p. 91.

⁹ SALAS, 2000, p. 101; HOYOS, 2001, p. 247; ROMERO, 2004, p. 36; PEREIRA, 2004, p. 128; CARRASCO, 2010, p. 92.

¹⁰ SALAS, 2000, p. 97.

¹¹ CARRASCO, 2015, pp. 684 y ss.

¹² En los últimos quince años, salvo error u omisión, se han acogido solo cuatro acciones de revisión en materia civil, dos fundadas en cosa juzgada no alegada oportunamente (rol 3.284-2004, de 2 de mayo de 2006; y rol 28.606-2016, de 27 de octubre de 2016) y otras dos en falsedades documentales (rol 4.763-2013, de 2 de diciembre de 2013; y rol 820-2015, de 16 de enero de 2017).

(por ejemplo, en los artículos 78, 79, 248, entre otros)¹³. Dicha acepción, sin embargo, no es la que se emplea en esta incidencia, pues no basta con no haber realizado alguna actuación, sino que se requiere, además, no haberse apersonado juicio¹⁴.

Considerando lo anterior, el natural llamado a promover una incidencia de esta especie es el demandado que no ha comparecido al juicio. No cabe duda que esto es así. La cuestión pasa por revisar si alguien más, otro “litigante”, puede eventualmente encontrarse legitimado en este sentido. Nuestra doctrina circunscribe la legitimación al demandado¹⁵, pero sin profundizar.

Un análisis más detenido requiere plantearse tres cuestiones: (1) quién debe reputarse como litigante; (2) si terceros que no han comparecido en el juicio pueden recurrir a este mecanismo; (3) si, en algún caso, puede el mismo demandante promover una incidencia de esta especie.

(1) Debe reputarse como litigante no solo a quien ostenta propiamente la posición de demandado, sino también a quien es sujeto pasivo de medidas prejudiciales o de gestiones preparatorias de la vía ejecutiva y que deben ser notificados personalmente de ellas. Así, por ejemplo, al que se le da por confeso de conformidad al artículo 435 del Código de Procedimiento Civil puede pedir la rescisión en caso de no haberse enterado de la citación por un hecho no imputable a él.

La interpretación armónica de los artículos 40 y 80 CPC y la finalidad de la institución, necesariamente lleva a la conclusión que, en definitiva, se ha de entender a efectos de esta incidencia como litigante a cualquier persona que, por exigencia del art. 40, deba ser notificada personalmente de la primera resolución dictada en el juicio.

(2) La cuestión acerca de si terceros pueden hacer uso de esta incidencia sería menos clara. Esto podría resultar relevante, por ejemplo, en el caso de existir un litisconsorcio pasivo necesario que no se haya respetado. Una salida fácil es descartar tal alternativa, sosteniendo que los terceros que comparecen como tales deben respetar todo lo obrado en él, circunstancia que supondría una auténtica renuncia a pedir cualquier tipo de nulidad, por disposición de los artículos 22 y 23 CPC. Sin embargo, siguiendo a Tavolari, este argumento puede ser rebatido considerando que no parece acertado estimar que el tercero, por el solo hecho de pretender ser parte, renuncia a la posibilidad de reclamar la nulidad. Las disposiciones de los artículos 23 y, en especial, 22 del Código de Procedimiento Civil buscan evitar que se pueda retrotraer el procedimiento a etapas ya cerradas y no evitar que el tercero pueda cuestionar la validez de actuaciones anteriores¹⁶.

Además de lo anterior, debe tenerse en cuenta que conforme con el art. 40 CPC, deben ser notificadas personalmente de la primera resolución dictada en el juicio no solo a las partes, sino “las personas a las que haya de afectar sus resultados”, hipótesis

¹³ CARRASCO, 2010, p. 35.

¹⁴ CARRASCO, 2010, p. 89.

¹⁵ SALAS, 2000, p. 97; CARRASCO, 2010, p. 332.

¹⁶ TAVOLARI, 2004, p. 274.

en la que caben los terceros a los que les podría llegar a interesar la anulación del fallo por este motivo.

Por último, es admisible tener presente que el tercero tiene la posibilidad de alegar que la sentencia no le empece, en caso de que se pida el cumplimiento en contra de ella (artículo 234, inciso segundo, CPC). Si es que el tercero puede reclamar por esta vía es porque se está pretendiendo hacerle oponible un juicio en el que no ha sido parte, pero en el que ha debido serlo. La existencia de esta disposición debe llevar a la conclusión que el tercero debe poder hacer ejercicio del artículo 80 CPC por dos motivos:

- Resultaría absurdo que en caso de enterarse de la existencia de un litigio en el que puede tener interés deba esperar hasta el fin de este para pedir la inoponibilidad en vez de buscar defenderse antes;
- La mencionada disposición está admitiendo que existe la posibilidad que una sentencia afecte a un tercero que no ha sido parte y lo protege, pero en un ámbito muy restringido, cual es que se pida el cumplimiento de una sentencia en su contra. Si es que no se acepta la posibilidad de que emplee el mecanismo del artículo 80, entonces si la sentencia fuese meramente declarativa no tendría medio para defenderse (podría ser el caso, por ejemplo, de un contratante que no fue emplazado en un juicio de nulidad del contrato que ha suscrito).

Aunque no es un tema pacífico, la jurisprudencia ha reconocido esta posibilidad. En un caso en el que el Fisco de Chile comparece como tercero pidiendo la anulación de la sentencia firme por falta de emplazamiento en una causa en la que no ha sido demandado, la Corte Suprema declaró que: “Y aun cuando el Fisco no hubiese tenido el carácter de litigante, *es lo cierto que tratándose de un vicio que anula el proceso por no haberse seguido contra legítimo contradictor*, por los fundamentos consignados en la resolución del juez *a quo*, ha resultado suficiente su sola verificación para que el juez pudiera declarar la nulidad de todo lo obrado”¹⁷. Incluso por la vía del recurso de protección se ha reconocido la posibilidad de que un tercero comparezca pidiendo la nulidad por falta de emplazamiento en casos en los que no ha sido parte debiendo serlo¹⁸.

(3) Extender la legitimación al demandante resulta difícil de imaginar, debido a que, casi por definición, quien demanda debe saber de la existencia del juicio. En todo caso, sería posible concebir la situación cuando quien ha actuado por otro no tenía las facultades para hacerlo, como podría ser quien obra con un mandato revocado o simplemente sin mandato.

En síntesis, debe reconocerse la calidad de litigante rebelde a cualquier persona que sea parte en un asunto judicial y no ha comparecido en él, pero también a quien no

¹⁷ Corte Suprema, 3.7.2007, rol N° 1.111-1997, el énfasis ha sido agregado. En el mismo sentido, Corte Suprema, 23.4.2003, rol N° 4.443-2002. En contra, sentencia de la Corte de Apelaciones de San Miguel, 24.7.2014, rol N° 115-2014.

¹⁸ Corte de Apelaciones Valdivia, 29.1.2004, rol 14.899-2003.

ha sido emplazado por no figurar como litigante en él, a pesar de que le puedan afectar directamente los resultados del juicio.

3. *Casos de procedencia*

3.1. Las hipótesis indicadas en el art. 80 son solo ejemplares

La literalidad del artículo 80 haría suponer que la incidencia en cuestión puede incoarse solo en dos hipótesis muy precisas, ambas relacionadas con la notificación personal, y en especial, con la subsidiaria del artículo 44 CPC. En concreto, se autoriza cuando (1) las copias de lo que deben ser entregadas no han llegado al poder del notificado por hechos que no le son imputables, o bien (2) cuando estas no son iguales en lo sustancial a lo que debe ser notificado. De las dos hipótesis literales, sin duda, la primera es por mucho la más frecuente. Fundada en ella es que se pueden reclamar situaciones como la notificación que se ha realizado en un domicilio que no corresponde, la practicada a una persona que se encontraba fuera del lugar del juicio, la situación de una notificación falsa o una comunicación simplemente omitida.

Sin embargo, la jurisprudencia y la doctrina hace bastante tiempo han remarcado que las hipótesis enunciadas en la disposición en estudio son solamente ejemplares, y que el incidente en cuestión procede en cualquier situación de falta de emplazamiento o de emplazamiento defectuoso que no resulte imputable a la parte¹⁹. Así, es factible la posibilidad de pedir, por ejemplo, la anulación de una notificación por avisos que no se realice conforme a su estatuto legal²⁰ o cuando la información proporcionada por el receptor judicial al entregar las copias lleva a creer al demandado que se trata de un asunto de una especie diversa a la que es²¹.

3.2. No se requiere de un defecto procesal para que opere

Aunque no se le ha dado demasiada atención al punto, buena parte de la doctrina parece entender que para que se puede impetrar un incidente en virtud del art. 80 CPC es necesario que la notificación sea defectuosa. Salas, por ejemplo, afirma que se aplica, fuera de sus hipótesis expresas, en los casos en que “se haya omitido el emplazamiento del demandado rebelde o tal trámite sea defectuoso”²². En la misma línea, Carrasco sostiene que se “aplica para todas aquellas notificaciones, citaciones y emplazamientos que no se hubieran practicado con arreglo a lo dispuesto en la propia ley”²³.

¹⁹ SANTA CRUZ, 1936, p. 63; SALAS, 2000, p. 100; CARRASCO, 2010, p. 89.

²⁰ Corte de Apelaciones de Chillán, 11.5.2004, rol N° 27.332-2003. En contra, Corte de Apelaciones de Santiago, 15.04.2011, rol 5.486-2011.

²¹ Corte de Apelaciones de Santiago, 3.8.2016, rol N° 5.872-2016.

²² SALAS, 2000, p. 100.

²³ CARRASCO, 2010, p. 89. También: COLOMBO, 1997, p. 504.

Esta interpretación no parece correcta. A diferencia de lo que ocurre con el estatuto general de la nulidad procesal, que exige la existencia de un acto defectuoso, para este caso no se requiere de tal. Basta con que la circunstancia que haya impedido el conocimiento del juicio –y, por tanto, el ejercicio del derecho de defensa– no sea imputable a la parte. Así se desprende del tenor literal del mencionado artículo. De esta manera, podría ser susceptible de ser anulado un proceso en el que las copias que exige el artículo 44 CPC no lleguen al poder del notificado por hechos fortuitos, como puede ser que se desprendan por acción de la naturaleza o el simple olvido de la persona (distinta del demandado) que la recibe. Lo relevante es que aquella circunstancia que haya impedido el conocimiento no sea atribuible a su negligencia. Por ello es que Bianchi afirma que procede respecto de “una notificación efectuada con arreglo a todas las exigencias de la ley”²⁴ y Otero la reconoce como un caso excepcional de nulidad sin vicio²⁵.

La historia del artículo 80 abona la tesis de que no requiere de un defecto alguno. Es un mecanismo procesal que hace prevalecer en un caso extremo de indefensión la justicia por sobre la seguridad jurídica. Aunque con modificaciones, su inspiración más inmediata fue la de la audiencia al litigante rebelde de la Ley de Enjuiciamiento Civil Española de 1855 y su modificación de 1880, que se da en hipótesis en las que se presume un emplazamiento válido, por circunstancias no imputables al rebelde²⁶.

El que no se requiera de un vicio procesal es lo que ha llevado al CPC a emplear, al igual que en el incidente por fuerza mayor, el término de rescisión. Aunque se pueda tomar como una impropiedad²⁷ pues poco tiene que ver con el uso de la palabra que se da en el derecho civil, siguiendo a la LEC española, se ha usado una expresión que quiere hacer una diferenciación con la nulidad en el hecho de no exigir la existencia de un defecto procesal²⁸, sino un acto válido con una lesión o perjuicio sobrevenido²⁹.

La existencia de vías anulatorias para casos en los que hay emplazamientos formalmente correctos, pero ineficaces, es común en el derecho comparado. En el proceso español vigente encontramos la figura de “la rescisión de sentencia firme a instancias del rebelde” (artículo 501 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000) que contempla, básicamente, tres causales de procedencia: la fuerza mayor que ha impedido al rebelde comparecer a pesar de conocer del juicio; el desconocimiento de la demanda y del pleito por no haber llegado la notificación por cédula al demandado por causas que no le son imputables; y, en el caso de la notificación por edictos, el desconocimiento debido a no

²⁴ BIANCHI, 1949, p. 180. El art. 776 de la LEC 1881 decía “Se prestará audiencia contra la sentencia dictada en su rebeldía al demandado que hubiere sido emplazado por cédula entregada a sus parientes, familiares, criados o vecinos, si concurrieren las dos circunstancias siguientes: 1.º Que la pida precisamente dentro de ocho meses, contados desde la fecha de la publicación de la sentencia en el «Boletín Oficial» de la provincia. 2.º Que acredite cumplidamente que una causa no imputable al mismo ha impedido que la cédula de emplazamiento le haya sido entregada”.

²⁵ OTERO, 2009, p. 62.

²⁶ BIANCHI, 1949, p. 181.

²⁷ TAVOLARI, 2004, p. 271; Figueroa y Morgado, 2013, p. 275.

²⁸ CARLOS, 1975, pp.143 y ss.

²⁹ BROCEÑO, 2014, p. 243.

encontrarse en el lugar en donde se siguió el proceso y cualquier otro lugar en donde se hubiese publicado el aviso. Resulta interesante constatar que en este sistema la rescisión no anula el juicio completamente, sino que da lugar a un juicio abreviado en el que se revisa lo decidido en el procedimiento anterior, con la posibilidad de que el demandado rebelde haga valer sus pretensiones y rinda prueba³⁰.

Este mecanismo se da en el contexto de otras figuras similares existentes en el derecho europeo continental que pretenden reparar la indefensión causada por una rebeldía involuntaria sin defectos procesales, como la alemana o italiana³¹. En el caso alemán, se pueden reponer las actuaciones a un estado anterior, incluso si ha habido sentencia, siempre que la parte se haya visto impedida de actuar sin culpa propia al respecto, aunque no intervenga propiamente una fuerza mayor³². En el italiano, por su parte, se contempla algo parecido para aquellos casos en los que la rebeldía se ha originado en el desconocimiento del proceso por una causa que no le resulta imputable³³.

En el derecho anglosajón también se contempla la posibilidad de dejar sin efecto una sentencia dictada en rebeldía (*default judgement*). De conformidad con las Federal Rules of Civil Procedure, de Estados Unidos de Norteamérica, una sentencia y el procedimiento que le ha precedido pueden ser dejados sin efecto cuando la incomparecencia ha sido causada por error, inadvertencia, sorpresa o negligencia excusable de la afectada (regla 60 b), siempre que demuestre haber actuado de buena fe y solicite la anulación en un plazo razonable³⁴.

Este brevísimo panorama viene a mostrar que la existencia de una vía rescisoria que permita dejar sin efecto incomparecencias originadas en situaciones no imputables al rebelde es una exigencia de todo sistema procesal que pretenda cumplir los estándares del debido proceso. Un procedimiento en el que todo el riesgo de falibilidad de los protocolos de notificación queden entregados al notificado, sin posibilidad de revisión posterior, atenta contra cualquier noción del derecho de defensa que no se quede solo en lo formal.

3.3. Necesidad de perjuicio

Nada de lo explicado excluye la necesidad de un perjuicio reparable solo por la nulidad, que no es más que la expresión del principio de trascendencia que inspira todo el sistema de la nulidad procesal. Si bien no es necesario invocar o acreditar las defensas concretas que se debieron hacer, pues la sola situación de no haberse enterado de la

³⁰ RAMOS, F., 2008, p. 1.517.

³¹ Arts. 296 del *Código de procedura civil* y 233 ZPO. Sobre ambas véase D' ADAMO, A., *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 107 y ss. y 307 y ss.

³² D'ADAMO, A., 2012, pp. 307 y ss.; HESS, B. y JAURING, O., 209 y ss.

³³ D'ADAMO, A., 2012, pp. 107 y ss. *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Giuffrè, Milano, 2012, pp. 107 y ss.

³⁴ BRESNAN, P. y CORNELIO, J., 1981, pp. 970 y ss.

existencia del juicio hace presumir la existencia de un perjuicio de suficiente entidad³⁵, igualmente no procederá esta alegación si es que los hechos no le producen afectación alguna, como en el caso de quien invoca la rescisión o nulidad y en subsidio contesta u opone excepciones dentro de plazo³⁶.

Ese perjuicio ha de ser claramente identificado en la misma solicitud de nulidad, en especial en los casos en que el incidente es promovido por una persona que no es parte, pero postula que debe serlo, en donde la sola presunción recién mencionada no basta. Ella sí requerirá una explicación acerca de por qué debe ser considerada en el juicio, qué pretensiones puede hacer valer y cómo le puede afectar directamente la sentencia.

El perjuicio, además, deberá ser reparable solo mediante la declaración de nulidad, lo que permite descartar cualquier afectación que pueda ser reparada por medio de la subsanación del defecto procesal. En materia de notificaciones, esto es poco frecuente, pero, nuevamente, si la alega un tercero, no solo deberá explicar por qué debe ser parte, sino el motivo por el cual es indispensable anular para que sus derechos sean respetados, sin que baste la aceptación de su comparecencia en el estado en que se encuentra el juicio.

4. *Plazo para incoar la incidencia*

Si bien la oportunidad para pedir la rescisión es bastante amplia, el plazo para solicitarlo es breve. En efecto, una vez conocida la existencia del juicio, el plazo para promover la incidencia es de solo cinco días, contados desde que aparezca o se acredite el conocimiento personal de él.

El primer problema que plantea esta exigencia guarda relación con qué debe entenderse por “conocimiento personal del juicio” a efectos de esta disposición. Si bien gran número de incidentes de este tipo se desestiman por la imposibilidad de acreditar esta exigencia, no hay, de nuevo, mayor análisis del punto.

Es claro que la exigencia se cumple solo en la medida en que el mismo litigante rebelde ha tenido noticia real de la existencia del proceso cuya rescisión pide. No basta, en ese sentido, la sola notificación para ello, si es que ella no ha permitido efectivamente acceder a la información requerida. La cuestión surge en relación con qué es de lo que debe imponerse, si de la sola existencia del litigio o de su contenido. Figueroa y Morgado lo entienden de la primera manera, sosteniendo que basta que exista en el incidentista “conciencia del juicio en su contra”³⁷. Urrutia, por el contrario, postula que es necesario que este “haya visto y leído la demanda”³⁸. Debido al tenor de la disposición y para evitar que la oportunidad quede en manos del mismo incidentista, la primera alternativa parece más acertada, aunque el plazo se vuelve algo breve, pues dentro de él deberá no

³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, 9.7.2004, rol N° 3.207-2003.

³⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 18.8.2016, rol N° 8.664-2016.

³⁷ FIGUEROA Y MORGADO, 2013, p. 276.

³⁸ URRUTIA, 1928, p. 167.

solo interiorizarse del contenido del juicio, sino también procurar la asistencia letrada necesaria para reclamar la nulidad.

El conocimiento es uno de los puntos más difíciles desde la perspectiva de la prueba, pues impone una doble carga al incidentista:

- (1) Por aplicación del artículo 427 del Código de Procedimiento Civil, se debe presumir que se ha producido el conocimiento con la notificación, por lo que se deberá demostrar los hechos que la han transformado en una comunicación ineficaz³⁹. Si se alega un defecto procesal (como la notificación en un domicilio errado), será carga del incidentista rendir prueba suficiente para destruir la presunción legal de veracidad de lo atestado por el ministro de fe. La jurisprudencia en esto es particularmente exigente. En un fallo reciente, la I. Corte de Apelaciones de Antofagasta sostuvo “frente al atestado de un ministro de fe, como lo es la Receptora Judicial, se requiere prueba cierta y comprobada para desvanecer sus afirmaciones”⁴⁰. Por su parte, si es que lo que se reclama es la existencia de una circunstancia ajena a la regularidad de la notificación que le ha privado de conocimiento, el afectado deberá acreditarla de manera tal que permita convencer al tribunal que los protocolos de seguridad establecidos en la regulación procesal, para el caso concreto, no han sido eficaces.
- (2). Además, deberá acreditarse la fecha de real conocimiento del juicio, sea que este se origine en una actuación procesal (como podría ser otra notificación o un embargo) o extraprocesal (como el aviso de un tercero). La prueba debe hacerse cargo no solo de demostrar el hecho revelador de la existencia del juicio, sino también de excluir la posibilidad razonable de haber conocido de este con anterioridad.

El efecto de no proponer el incidente dentro del plazo de cinco días es la convalidación del defecto, lo que supone la aceptación de la indefensión causada⁴¹. Parece dudoso si es que la realización de cualquier actuación previa a la alegación de rescisión produce el mismo efecto. Al exigir solo un plazo el art. 80, se ha entendido que actuaciones previas no necesariamente acarrear la convalidación del defecto⁴². Sin embargo, esto tiene una aplicación muy restringida, básicamente a actuaciones de mero trámite, como el otorgamiento de un mandato judicial o la solicitud de copias. La realización de actuaciones más sustanciales como contestar la demanda u oponer recursos serán de por sí muestras de que no ha existido perjuicio o de que se está renunciando a pedir la rescisión por esta vía.

³⁹ Corte de Apelaciones de Chillán, 6.8.2013, rol N° 260-2013.

⁴⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 6.6.2019, rol 407-2019.

⁴¹ TAVOLARI, 2004, p. 271.

⁴² URRUTIA, 1928, p. 62; CARRASCO, 2010, p. 93.

IV. TRAMITACIÓN Y CONSECUENCIAS DE LA RESCISIÓN

1. *Su tramitación es incidental*

No se han levantado mayores cuestiones acerca del carácter incidental del procedimiento que se viene estudiando, probablemente porque el mismo CPC, en su artículo 81, le llama incidente. Como tal, es necesario recibirlo a prueba, en caso de haber controversia acerca de los hechos en que se funda⁴³.

Se ha estimado que la resolución que lo falla es una sentencia interlocutoria y, por tanto, apelable⁴⁴, conforme con el artículo 187 CPC, pero no susceptible de casación en la forma ni en el fondo (en el caso de la sentencia de segunda instancia), por no poner término al juicio ni impedir su prosecución⁴⁵. Por los mismos motivos, no procede el recurso de queja, aunque excepcionalmente el conocimiento de este pueda generar alguna anulación de oficio de la Corte Suprema⁴⁶.

Debido a las desconfianzas que suponía una alegación de esta especie, se estableció en el hoy art. 81 CPC, que este incidente no suspenderá la marcha del juicio⁴⁷. Llama la atención cómo, a pesar de la disposición expresa, muchos tribunales tienen la asentada práctica de suspender su tramitación mientras se tramita⁴⁸.

2. *Consecuencias de la rescisión*

La consecuencia de acogerse la alegación del litigante rebelde es la ineficacia de “lo obrado en el juicio”. En este sentido, los efectos de acogerse no son distintos a los de la nulidad. Aunque se suele decir que es la anulación de todo lo obrado, eso no es exacto. Primero, porque en realidad se anula todo lo obrado a contar de la notificación de la primera gestión, quedando a salvo lo actuado antes de ella. Esto tiene el efecto práctico de que no es necesario, por ejemplo, volver a presentar la demanda. Además, y por aplicación del principio de conservación⁴⁹, igualmente deben mantener valor las actuaciones procesales posteriores que no guarden relación directa con lo ocurrido con el demandado, como podrían ser los mandatos conferidos o eventuales conciliaciones o avenimientos con otras partes, en la medida que no afecten los derechos del rebelde restituido.

Adicionalmente, se producirán dos consecuencias:

⁴³ Corte de Apelaciones de Rancagua, 15.4.2020, rol 376-2020.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Talca, 13.07.2018, rol 978-2018.

⁴⁵ Corte Suprema, 17.10.19, rol 12.139-2019; 24.10.2019, rol 24.165-2019, respectivamente, por nombrar solo las más recientes.

⁴⁶ Corte Suprema, 30.04.2020, rol 29.322-2019.

⁴⁷ BIANCHI, 1949, p. 181.

⁴⁸ CARRASCO, 2010, p. 93.

⁴⁹ GORIGOITÍA, 2013, p. 149.

- Operará la figura del inciso segundo del art. 55 CPC. Se tendrá por notificado de la primera resolución del juicio a quien ha promovido la rescisión, entendiéndosele de esta forma emplazado⁵⁰.
- En caso de haber existido sentencia definitiva, el juez que conoció del asunto quedará inhabilitado para seguir conociendo de él, por aplicación del art. 195, N° 8 del Código Orgánico de Tribunales.

V. RELACIÓN CON FIGURAS AFINES

1. *Incidente del artículo 83*

¿Puede un asunto ser, a la vez, causal de nulidad por el artículo 83 y por el artículo 80? La respuesta es afirmativa. Cualquier nulidad procesal que se reclame durante el juicio y que suponga un defecto procesal en el emplazamiento que ha impedido el conocimiento de él podrá asilarse en ambas disposiciones, volviéndose, en realidad, casi irrelevante si se resuelve por uno u otro, por cuanto el plazo es prácticamente el mismo.

Cuando se vuelve realmente importante la incidencia del artículo 80 es en las dos hipótesis en las que se puede exceder la nulidad del artículo 83: cuando se reclama una vez terminado el juicio y cuando se pide anulación sin que exista un defecto procesal.

2. *Rescisión por fuerza mayor*

La rescisión por fuerza mayor del artículo 79 comparte algunas características con la rescisión por falta de emplazamiento, por cuanto tampoco requiere de un defecto procesal que haya afectado a la actuación que se busca anular. Se podría afirmar que un hecho no imputable a la parte constituye, desde su perspectiva, una fuerza mayor. En este sentido, la hipótesis del artículo 80 estaría comprendida en la del artículo 79. El hecho de que este último tenga un plazo más largo para pedirlo hace que sea más recurrido.

Si bien no tiene mucha aplicación práctica, la rescisión por fuerza mayor es una manera bastante útil de remediar la rebeldía para actos procesales concretos para litigantes que no han podido realizar o comparecer a una actuación o diligencia por hechos involuntarios⁵¹. Su ámbito de aplicación se puede ver incluso más extendido para el caso en el que se estimase que para el art. 80 se requiere de un defecto procesal, ya que en este caso no hay duda que este no es necesario, pudiendo rescindirse cualquier actuación, aun cuando no esté viciada⁵².

⁵⁰ CARRASCO, 2010, p. 90.

⁵¹ CARRASCO, 2010, p. 87.

⁵² SALAS, 2000, p. 100; Carrasco, 2010, p. 86.

VI. LA RESCISIÓN POR FALTA DE EMPLAZAMIENTO EN EL PROYECTO DE CPC

El Proyecto de Código Procesal Civil (PCPC)⁵³ en su artículo 116 propone lo siguiente: “Inexistencia. La constatación de la inexistencia de los actos verificados, como ocurre con los practicados por o ante un órgano que no ejerza jurisdicción, se verificará, en cualquier tiempo, y sin más condiciones que la de citar previamente a los interesados. Excepcionalmente, en caso de falta de notificación de la demanda al demandado, dicha declaración deberá solicitarse dentro de los diez días siguientes desde que aparezca o se acredite que tuvo conocimiento personal del juicio”.

Lo propuesto tiene solo una ventaja en relación con lo existente, que es relativamente menor: aumenta el plazo para promover la incidencia, de cinco a diez días. En el resto, es más restrictivo o mantiene dificultades ya existentes.

El PCPC restringe la incidencia a los casos de “falta de notificación al demandado”. Aun entendiendo que la falta de notificación debe hacer referencia a la omisión de una notificación hecha de conformidad a la ley, desaparece la hipótesis relativa al hecho de que la notificación no llegue al poder del demandado por causas que no le resulten imputables. Una restricción de esta especie excluye situaciones en las que formalmente la notificación fue realizada, pero en las que el demandado, por hechos no imputables a él, no ha llegado a tener conocimiento efectivo del juicio. Esto es particularmente difícil cuando, al mismo tiempo, se rebajan los estándares de las notificaciones⁵⁴.

Además, se mantienen dos dificultades actuales. La primera es que deja como único legitimado al demandado, excluyendo toda posibilidad de que la falta de emplazamiento se transforme en una manera de control de casos de litisconsorcio necesario o, en general, en los que un tercero debió ser emplazado. Es efectivo que los terceros tienen el derecho a alegar la inoponibilidad del fallo, pero eso solo lo podrá hacer en la medida en que se intente una ejecución en su contra, lo que resulta insuficiente. La segunda dificultad tiene que ver con la muy complicada prueba del momento en que se ha tenido “conocimiento personal del juicio”, en la que no se innova ni se dan mayores claridades.

VII. CONCLUSIONES

1. Todo sistema procesal debe tener medios para corregir las situaciones en las que se producen rebeldías involuntarias, producto de la ineficacia de sus formas de comunicación. Esta necesidad se refuerza en la medida de que se agudizan las consecuencias de la rebeldía.

⁵³ Boletín 8197-07.

⁵⁴ El artículo 93 PCPC autoriza al ministro de fe a determinar *in situ* la procedencia de una notificación por cédula en subsidio de la personal, consolidando una tendencia que ya se apreciaba en el procedimiento del trabajo (artículo 437 del Código del Trabajo) y el procedimiento de familia, artículo 23, inciso segundo, Ley 19.968.

2. En nuestro ordenamiento procesal civil esta función la cumple el incidente del art. 80 CPC, que permite a los litigantes rebeldes rescindir lo obrado cuando no se ha enterado de su existencia, incluso en casos en los que estos se encuentran afinados.
3. El legitimado para incoar este procedimiento no es solo el demandado, sino también terceros que no han sido llamados al juicio, debiendo haberlo sido.
4. Las hipótesis indicadas en el art. 80 son meramente ejemplares. Lo relevante a efectos de la procedencia es que el afectado no haya tenido conocimiento del juicio por un hecho que no le sea imputable, aun cuando la notificación haya sido completamente regular.
5. El que no se exija un perjuicio es lo que lleva al CPC a emplear la denominación “rescisión” y no nulidad, tal como se emplea también en el derecho español.
6. Quien promueva esta incidencia deberá acreditar no solo las circunstancias que impidieron un eficaz emplazamiento, sino también el momento en que tomó conocimiento de proceso.
7. La rescisión provocará la ineficacia de todo lo obrado, sin perjuicio de que por aplicación del principio de conservación algunos actos aislados mantengan su valor.
8. Este procedimiento en algunos casos procede de forma indistinta con el incidente de nulidad el art. 83 CPC y en otros con el de rescisión por fuerza mayor del art. 79. Cuando adquiere verdadera relevancia es una vez que hay sentencia firme y en casos en los que no hay defectos procesales.
9. Las modificaciones al incidente que se proponen en el PCPC son un retroceso en relación con lo actual, pues lo restringe aún más, menospreciando su importancia.

BIBLIOGRAFÍA

- BIANCHI, Humberto, 1949: “El artículo 80 del Código de Procedimiento Civil”, en *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N° 68, año XVII, pp. 177-196.
- BORDALÍ, Andrés; Cortez, Gonzalo; y Palomo, Diego, 2016: *Proceso Civil: Los recursos y otros medios de impugnación*, Santiago, Legal Publishing.
- BRESNAN, Peter H. y Cornelio, James P., 1981: “Relief from Default Judgments Under Rule 60(b)- A Study of Federal Case Law”, en *Fordham Law Review*, vol. 49, N° 6, pp. 956-1.011.
- BROCEÑO, María del Carmen, 2014: El proceso declarativo de revisión, tesis doctoral, Universidad de Murcia.
- CARLOS, Eduardo, 1975: “Observaciones sobre el denominado recurso de rescisión instituido en el proceso contumacial”, en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, Nueva Serie, Año VIII, N° 22-23, pp.143-152.
- CARRASCO, Jaime, 2010: *La rebeldía en los procesos civil y laboral*, Santiago: Legal Publishing.
- CARRASCO, Jaime, 2015: “Razones jurídicas que justifican la improcedencia de aplicar el estatuto de la nulidad de derecho público contra los actos jurisdiccionales”, en *Revista Chilena de Derecho*, vol. 42, N° 2, pp. 671-700.
- COLOMBO, Juan, 1997: *Los actos procesales*, tomo II, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- D’ Adamo, Daniela, 2012: *Contributo allo studio della contumacia nel processo civile*, Milano: Giuffrè.

- FIGUEROA, Juan Agustín y Morgado, Erika, 2013: *Procedimientos civiles e incidentes*, Santiago: Legal Publishing.
- FURQUET, Noelia, 2005: *Las comunicaciones procesales*, Barcelona: Atelier.
- GORIGOITÍA, Felipe, 2013: "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", en *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, Vol.20 N°.1, pp. 129-154.
- HESS, Burkhard y Jaurenig, Othmar: 2015: *Manual de Derecho procesal civil*, Madrid: Marcial Pons.
- HOYOS, Francisco, 2001: *Temas fundamentales de Derecho Procesal*, Santiago: LexisNexis.
- ORELLANA, Fernando y Pérez Ragone, Álvaro, 2007: "Radiografía de la rebeldía en el proceso civil: Tópicos hacia una adecuada regulación en la nueva justicia civil", en *Ius et Praxis*, año 13, N° 2, pp. 13-44.
- OTERO, Miguel, 2009: *La nulidad procesal civil, penal y de derecho público*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PEREIRA, Hugo, 2004: *La cosa juzgada en el proceso civil*, segunda edición actualizada, Santiago: LexisNexis.
- PÉREZ, Álvaro y Núñez, Raúl, 2015: *Manual de derecho procesal civil. Los medios de impugnación*, Santiago: Thomson Reuters.
- RAMOS Méndez, Francisco, 2008: *Enjuiciamiento civil*, tomo II, Barcelona: Atelier.
- ROMERO, Alejandro, 2004: *La cosa juzgada en el proceso civil chileno*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- ROMERO, Alejandro, 2017: *Curso de Derecho Procesal Civil*, tomo IV, Santiago: Thomson Reuters.
- SALAS, Julio, 2000: *Los incidentes y en especial el de nulidad en el proceso civil, penal y laboral*, séptima edición actualizada, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SANTA Cruz, Víctor, 1936: *Ensayo sobre la teoría de las nulidades procesales en el Código de Procedimiento Civil chileno*, Imprenta Chile, Santiago.
- TAVOLARI, Raúl, 2004: "La nulidad procesal en el derecho actual", en *El proceso en acción*, Santiago: Libromar, pp. 243-278.
- URRUTIA, Manuel, 1928: *Nulidades procesales*, Santiago: Imprenta y encuadernación V. Silva.
- YELAMOS, Estela, 2006: *Nulidad procesal y comunicaciones judiciales fallidas*, Barcelona: Atelier.

Normas jurídicas citadas

- FEDERAL Rules of Civil Procedure (Estados Unidos de Norteamérica) de 2007.
- LEY de Enjuiciamiento Civil (España) de 1855.
- LEY de Enjuiciamiento Civil (España) de 1881.
- ZIVILPROCESSORDNUNG (Alemania) de 1887.
- CÓDIGO de Procedimiento Civil de 1902.
- CODICE de Procedura Civile (Italia) de 1940
- CÓDIGO Orgánico de Tribunales de 1943.
- CÓDIGO Tributario de 1974
- LEY 18.101, que fija normas especiales sobre arrendamiento de predios urbanos, de 1981.
- DFL 707, que fija texto refundido, coordinado y sistematizado de la ley sobre cuentas corrientes bancarias y cheques, de 1982.
- CÓDIGO del Trabajo de 1987.
- LEY 19.968, crea los tribunales de familia, 2004.
- PROYECTO de ley que establece el nuevo Código Procesal Civil, Boletín 8197-07, de 2012.

Jurisprudencia citada

- CORTE Suprema, sentencia de 23 de mayo 2003, rol N° 4.443-2002.
CORTE de Apelaciones Valdivia, sentencia de 29 de enero de 2004, rol 14.899-2003.
CORTE de Apelaciones de Chillán, sentencia de 11 de mayo de 2004, rol N° 27.332-2003.
CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 9 de julio de 2004, rol N° 3.207-2003.
CORTE Suprema, sentencia de 2 de mayo de 2006, rol 3.284-2004.
CORTE Suprema, sentencia de 3 de julio de 2007, rol N° 1.111-1997.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 15 de mayo de 2011, rol 5.486-2011.
CORTE de Apelaciones de Chillán, sentencia de 6 de agosto de 2013, rol N° 260-2013.
CORTE Suprema, sentencia de 2 de diciembre de 2013, rol 4.763-2013.
CORTE de Apelaciones de San Miguel, sentencia de 24 de julio de 2014, rol N° 115-2014.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 18 de agosto de 2014, rol N° 8.664-2016.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de agosto de 2016, rol N° 5.872-2016.
CORTE Suprema, sentencia de 27 de octubre de 2016, rol 28.606-2016.
CORTE Suprema, sentencia de 16 de enero de 2017, rol 820-2015.
CORTE de Apelaciones de Talca, sentencia de 13 de julio de 2018, rol 978-2018.
CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 6 de junio de 2019, rol 407-2019.
CORTE Suprema, sentencia de 17 de octubre de 2019, rol 12.139-2019.
CORTE Suprema, sentencia de 24 de octubre de 2019, rol 24.165-2019.
CORTE de Apelaciones de Rancagua, sentencia de 15 de abril 2020, rol 376-2020.
CORTE Suprema, sentencia de 30 de abril de 2020, rol 29.322-2019.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100185>

La dicotomía entre política y derecho y la designación de los jueces en Chile

*Alexander Espinoza Rausseo**
*Jhenny Rivas Alberti***

RESUMEN

En el presente trabajo analizaremos la independencia externa de los jueces, a la luz del principio de independencia e imparcialidad del juez, tomando en consideración las normas expresas de la Constitución Política, interpretadas a la luz de los objetivos perseguidos por el principio de separación de poderes, especialmente en el sentido desarrollado por las normas internacionales de derechos humanos. Asimismo, se plantea la posibilidad de realizar un análisis de convencionalidad, las que podrían ser revisadas en su conformidad con los estándares internacionales, normas de cualquier jerarquía, incluso normas de la propia Constitución. Especialmente productivo puede resultar la aplicación del estándar internacional de derechos humanos, para la interpretación conforme y más favorable a los derechos fundamentales de las normas aplicables.

Separación de poderes; independencia judicial; selección de los jueces

The political-right dichotomy and the Designation of judges in Chile

ABSTRACT

In the present work we will analyze the external independence of the judges, in the light of the principle of independence and impartiality of the judge, taking into account the express norms of the Political Constitution, interpreted in the light of the objectives pursued by the principle of separation of powers, especially in the sense developed by international human rights standards. On the other hand, the possibility of carrying out an analysis of conventionality is raised, through which they could be reviewed in accordance with international standards, norms of any

* Abogado por la Universidad Santa María, Caracas, Venezuela. Doctor en Derecho, Universität Passau, Alemania. Director General del Instituto de Estudios Constitucionales, sede Chile. ORCID: <http://orcid.org/0000-0001-7600-3054>. Correo electrónico: espinoza@estudiosconstitucionales.com

** Abogado por la Universidad Central de Venezuela. Doctora en Derecho, Universidad de Zaragoza, España. Académica Investigadora, Facultad de Ciencias Sociales y Económicas, Departamento de Ciencias Sociales, Universidad Católica del Maule, Chile. ORCID: <http://www.orcid.org/0000-0002-2589-6742>. Correo electrónico: jhenny.rivas@estudiosconstitucionales.com.

Artículo recibido el 26.2.20 y aceptado para su publicación el 15.6.20.

hierarchy, including norms of the Constitution itself. Especially productive, the application of the international standard of human rights, for the conforming interpretation and more favorable to the fundamental rights, of the applicable norms may result.

Separation of powers; judicial independence; Selection of the judges.

INTRODUCCIÓN

De acuerdo con la doctrina dominante en Chile, nuestro sistema judicial se ubica comparativamente más dirigido por las fuerzas internas de la burocracia judicial y no como un sistema en que la clase política ejerce gran influencia en el proceso de selección de los jueces¹. A pesar de esta valoración positiva, nos proponemos poner en cuestionamiento la vigente interpretación y aplicación de las normas acerca del nombramiento de los jueces y sostendremos la tesis de la absoluta incompatibilidad entre los intereses políticos expresados en el nombramiento y el deber de ejercer sus funciones en estricta sujeción a la ley y el derecho.

En Chile, a pesar de la falta de una disposición expresa, el principio de independencia judicial deriva de su reconocimiento como principio jurídico objetivo en el artículo 76, inciso primero de la Constitución Política, y como derecho subjetivo, mediante la garantía de las partes intervinientes² de un procedimiento y una investigación racionales y justos que aseguren el derecho al debido proceso, reconocida en el artículo 19 N° 3 inciso 6°. Finalmente, el derecho subjetivo a la admisión a todas las funciones y empleos públicos se encuentra establecido en el artículo 19 N° 17. Esta disposición exige que la admisión a las funciones y empleos públicos no sea discriminatoria³. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José dispone en su artículo 8.1 que “[t]oda persona tiene derecho a ser oída[...] por un juez o tribunal [...] independiente”. La redacción es similar a la del artículo 10 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, según esta, “[t]oda persona tiene derecho[...] a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial [...]”. Ambas disposiciones han dado lugar a un abundante desarrollo interpretativo por parte de organismos internacionales.

Nuestra pregunta de investigación está entonces referida a determinar ¿cuál es el papel que juega el principio de independencia de los jueces en la interpretación del

¹ SÁEZ, 2005; MESA INTERINSTITUCIONAL, 2019, p. 8; MACCLURE, 2018, p. 4. En cuanto a la evolución del sistema judicial desde el gobierno militar en Chile, SKAAR, 2003; VARGAS, 2018, p. 113; CORREA, 2005, p. 123. En cuanto a la evolución histórica de la judicatura en América Latina, SÁEZ, 2005. En cuanto a las propuestas de reforma constitucional en Chile, VARGAS, 2018, p. 123.

² TC Rol N° 1243 de 30-12-2008, 18°; TC Rol N° 2180 de 17 de mayo de 2012, 27°.

³ Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta). Causa N° 28429/2016 (Unificación de Jurisprudencia). Resolución N° 89191 de 7 de marzo de 2017; Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta). Causa N° 28427/2016 (Unificación de Jurisprudencia). Resolución N° 89166 de 7 de marzo de 2017; Corte Suprema, Sala Cuarta (Mixta). Causa N° 1482/2018 (Unificación de Jurisprudencia). Resolución N° 6 de 3 de abril de 2018.

contenido de disposiciones orgánicas de la propia Constitución Política? Con estos fines analizaremos la independencia externa de los jueces, tomando en consideración las normas expresas de la Constitución Política, interpretadas a la luz de los objetivos perseguidos por el principio de separación de poderes, especialmente en el sentido desarrollado por las normas internacionales de derechos humanos, pero también acudiremos al análisis de normas y jurisprudencia comparada, sobre todo, de Alemania y España. Estudiaremos la influencia del principio de independencia e imparcialidad del juez en el diseño e interpretación de las normas que regulan la competencia de los órganos que intervienen en la designación de los jueces, así como el procedimiento aplicable y el ámbito de discrecionalidad del órgano competente. Revisaremos algunos aspectos relevantes en el sistema de nombramientos de los jueces, a base de los criterios de idoneidad y de independencia política, con especial referencia a la selección de los ministros de la Corte Suprema, así como de otros jueces y funcionarios judiciales.

I. LA JUSTIFICACIÓN MATERIAL DE LA INDEPENDENCIA DE LOS JUECES

El principio de independencia se considera inherente a la función jurisdiccional⁴. Su justificación material deriva del principio de separación de los poderes públicos⁵, en el sentido de la resistencia de los jueces frente a los poderes legislativo y ejecutivo⁶, de forma tal que constituye una garantía de protección de los derechos y libertades individuales⁷. El principio estructural de separación de poderes ostenta entonces un contenido axiológico específico, por lo que atañe al presente estudio, mediante la garantía de independencia judicial.

En la doctrina alemana, si bien se alude a una concordancia práctica entre la sujeción al principio de idoneidad, capacidad y méritos del art. 33 aparte 2 de la Ley Fundamental y la función de los ministros y comisiones judiciales de selección, de dotarlos de una elevada legitimación democrática⁸, sin embargo, en la práctica judicial se ha establecido que el principio de igualdad de acceso a los cargos públicos, de acuerdo con su idoneidad, capacidad y méritos, consagrado en el art. 33 aparte 2 de la Ley Fundamental, tiene

⁴ TC Rol N° 46-87, de 21-12-1987, 10°; TC Rol N° 1243 de 30-12-2008, 12°; Comité de Derechos Humanos, 2014, párr. 32. En cuanto al valor de las recomendaciones en el derecho nacional chileno, TC Rol N° 3016-16 de 9 de mayo de 2016; Delaveau *et al.*, 2017, p. 20; Corte IDH Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995, párr. 67.

⁵ Corte IDH Tribunal Constitucional Vs. Perú, Sentencia de 31 de enero de 2001; Chocrón Chocrón Vs. Venezuela, Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 97. La separación entre el poder judicial y los poderes de gobierno es el caso más típico e importante de la separación de funciones, según FERRAJOLI, 2013a, p. 829.

⁶ FUENTES, 2016, p. 204; FERRAJOLI, 2006, p. 97; MELGAREJO, 2019, p. 597.

⁷ Relatora Especial sobre la cuestión de Defensores de la ONU. Folleto No. 29; Comisión Interamericana de Derechos Humanos, 2013, párr. 78; FERRAJOLI, 2006, p. 96; JELLINEK, 1921, p. 615; FUENTES, 2011, p. 48; Lucas, 2009, p. 243.

⁸ WITTECK, 2006, p. 421; UMBACH & DOLLINGER, 2007, p. 50.

vigencia sin limitaciones o reservas⁹. No son admisibles limitaciones que relativicen la importancia del principio de mérito¹⁰. Solo podrían ser tomados en consideración otros intereses distintos del principio de mérito para el nombramiento en cargos públicos, en caso de encontrarse previstos constitucionalmente y hubieran sido objeto de ponderación, por medio de una disposición legislativa¹¹. Toda solicitud de ingreso debe ser evaluada conforme a los mencionados criterios¹².

La doctrina dominante rechaza la necesidad de dotar a los jueces de un mayor grado de legitimidad política directa. En criterio de Brewer-Carías, el punto de vista del origen democrático de la elección de los jueces es contrario a la esencia de la función judicial, es decir, que los jueces deben ser independientes de las otras ramas del poder público; y en la decisión de los casos deben estar exentos de presiones, de manera de poder decidir los casos solo sometidos a la ley¹³. Por el contrario, se afirma la legitimidad del juez, a partir del hecho de que decide con sujeción a la ley¹⁴, entre otras teorías¹⁵. En principio, la legitimación democrática no solo se transfiere por elección popular, sino que resulta suficiente una legitimación indirecta, mediante una cadena ininterrumpida, hasta los órganos dotados de funciones públicas¹⁶.

Según Ferrajoli, la separación entre poder legislativo y poder ejecutivo de un lado y poder judicial de otro, deriva de su distinta fuente de legitimación, la que consiste, para los dos primeros en la representación política en función de intereses generales, para el tercero de la rígida sujeción a la ley con su aplicación también sustancial¹⁷. En nuestro criterio, la teoría expuesta por Ferrajoli puede ser complementada con la

⁹ BVerwG 2 VR 1.16, Beschluss vom 21. Dezember 2016, Abs. 21; BVerwG 2 C 23.03, Urteil vom 28. Oktober 2004.

¹⁰ VG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2013 - 1 K 2614/12. Abs. 9; BVerwG 2 C 23.03, Urteil vom 28. Oktober 2004.

¹¹ BVerwG 2 C 23.03, Urteil vom 28. Oktober 2004. El Tribunal Federal Constitucional de Alemania ha establecido que, si bien los jueces de los tribunales superiores de la Federación no están excluidos del alcance del artículo 33.2 de la Ley Fundamental (párr. 21), sin embargo el art. 95 aparte 2, impone modificaciones frente a la designación puramente ejecutiva (párr. 16). BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 -, Rn. (18). Una postura contraria ha sido sostenida respecto de los jueces de los Länder, en cuya designación rigen sin limitaciones los principios de idoneidad, capacidad y méritos. OVG Schleswig-Holstein, 21.10.2019 - 2 MB 3/19.

¹² BAG 6 de mayo de 2014 Exp. 9 AZR 724/12, párr. 15

¹³ BREWER-CARÍAS, 2005, p. 2. Un criterio distinto es sostenido por POPKIN, 2002, p. 51; VARGAS, 2014, p. 143.

¹⁴ FERRAJOLI, 2013a, p. 828 y FERRAJOLI, 2013b, p. 75; 208; POSNER, 2011, p. 156; ATRIA, 2007, p. 41; BORDALÍ, 2009b, p. 221; HARBOTTLE, 2019, p. 33; GALINDO, 1990, p. 166; LOPERA, 2001, p. 250; MULLER & CLOVIS, 2016, p. 228; CORREA, 2005, p. 123; LÓPEZ, 2018, p. 3. Crítico de este argumento, LÓPEZ, 1997, p. 62; GAVIRIA, 2019.

¹⁵ Por ejemplo, la legitimación a partir de los procesos deliberativos. VAN HOECKE, 2012, p. 20; DURANGO, 2007, 200.

¹⁶ En este sentido, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania en, BVerfGE 83, 60 - Ausländerwahlrecht II; CORREA, 2005, p. 121; LÓPEZ, 1997, p. 74.

¹⁷ FERRAJOLI, 2013a, p. 824; 827.

distinción entre intereses generales e intereses individuales jurídicamente protegidos, esto es, derechos subjetivos.

La función jurisdiccional tiene por objeto la constatación y sanción o reparación de la lesión de un derecho subjetivo¹⁸, por lo que su ámbito de acción de la función jurisdiccional no está puesto en los intereses generales, sino en los derechos subjetivos, intereses legítimos y posiciones jurídicas que manifiestan los litigantes en el proceso¹⁹, mientras que el ámbito natural donde actúa la administración es el de los intereses generales²⁰.

En este ámbito, de claro predominio de intereses individuales, la organización y los procedimientos deben estar regidos exclusivamente por la garantía individual de que la controversia sea resuelta por un órgano independiente e imparcial. Similares consideraciones son aplicables en el caso de la delimitación entre sanciones penales²¹ y administrativas. Las garantías del debido proceso y de independencia e imparcialidad son aplicables proporcionalmente a la gravedad de la limitación que derivan de la prohibición y la sanción penales. De allí derivan las reservas en favor del juez penal, como por ejemplo en el caso de las penas privativas de libertad²².

En lo que atañe al principio de independencia judicial, podemos concluir que toda dependencia o condicionamiento de tipo mayoritario de las funciones de garantía equivale a una indebida interferencia²³. La aplicación del principio democrático a la estructura judicial resultaría contraria a la esencia de la función judicial²⁴ y no es una justificación suficiente para reducir el margen de autonomía de los jueces²⁵.

¹⁸ FERRAJOLI et al, 2001, p. 26; GONZÁLEZ, 2014, p. 130; ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 1992, p. 51; BORDALÍ, 2013; BORDALÍ, 2007, p. 7. RAMOS, 1984, p. 424; TC Rol N° 1448-09 de 7 de septiembre de 2010, 13°; GORDILLO, 2017, p. IX-12; DAMAŠKA, 2000, p. 155; FUENZALIDA Y VALDERRAMA, 2017, p. 189. Véase también una relación detallada de las teorías subjetivas y objetivas de la función jurisdiccional en, PÉREZ-CRUZ, 2015; NIEVA, 2017, p. 107.

¹⁹ MORAGA, 2011, pp. 235, 237; BORDALÍ, 2013; BORDALÍ, 2009a.

²⁰ FERRAJOLI, 2005, p. 88; GONZÁLEZ, 2014, p. 130; MORAGA, 2011, p. 235.

²¹ En su concepción inicial, el derecho penal se encontraba orientado a la protección de la libertad individual. Para Savigny la pena era una garantía de protección frente a violaciones de los derechos subjetivos (Von Savigny, 1879, p. 7.); para Kant su finalidad era la protección del libre desenvolvimiento de la personalidad del individuo. Mientras que Feuerbach mantuvo esta posición, se atribuye a Birnbaum, Binding y Von Lisz el tránsito del derecho subjetivo de la víctima al bien jurídico protegido como interés general (Eser, 1996, p. 1010).

²² TC Rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2009, 5°; TC Rol N° 2381-12 de 20 de agosto de 2013, 16°; TC Rol N° 1448-09 de 7 de septiembre de 2010, 10°; RODRÍGUEZ, 2010. En cuanto a la prohibición de autoincriminación en procedimientos jurisdiccionales no criminales o a actuaciones administrativas, véase también TC Rol N° 2897-15 de 4 de julio de 2017, 19°.

²³ FERRAJOLI, 2013a, p. 829.

²⁴ BREWER-CARÍAS, 2005, p. 2. En el derecho comparado, Loewenstein destaca que ni designación de los jueces ingleses, ni el ejercicio de su cargo, se encuentran influenciados en modo alguno por motivos políticos (LOEWENSTEIN, 1967, p. 67), a diferencia del caso norteamericano, en el que se reconoce que la nominación que corresponde al Presidente puede encontrarse influenciada por motivos partidistas. Sin embargo, el juez no es apreciado por la población como un funcionario con influencia política. LOEWENSTEIN, 1959, pp. 411; 413.

²⁵ CONSEJO CONSULTIVO DE JUECES EUROPEOS (CCJE), 2001, párr. 33; BREWER-CARÍAS, 2005, p. 2; COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS, Informe A/50/40, de 3 de octubre de 1995, párr. 288 y 301.

II. CONTENIDO DEL PRINCIPIO DE INDEPENDENCIA

El objetivo de la independencia del Poder Judicial radica en evitar que el sistema judicial en general y sus integrantes en particular se vean sometidos a posibles restricciones indebidas en el ejercicio de su función por parte de órganos ajenos al Poder Judicial o incluso por parte de aquellos magistrados que ejercen funciones de revisión o apelación²⁶. La independencia implica la existencia de un órgano que imparte jurisdicción, pero que está ajeno a presiones concretas. De esta forma, se entiende por independencia la imposibilidad jurídica de dirigir instrucciones o recomendaciones a los miembros de un órgano judicial (u otro órgano que ejerza jurisdicción) en relación con su actividad jurisdiccional²⁷. Desde el punto de vista de las normas de organización, el principio de independencia funcional impide la configuración de relaciones de sujeción jerárquica o funcional entre funcionarios que ejercen tareas judiciales, especialmente cuando se refieren al mismo asunto²⁸. De este modo la independencia judicial garantiza su carácter tendencialmente cognoscitivo²⁹, en donde la validez de una sentencia solo depende de que se encuentre fundada en una correcta comprobación de sus presupuestos de hecho y de derecho.

En cuanto a su contenido específico, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha remitido a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos³⁰, en el sentido que la independencia de cualquier juez supone que se cuente con un adecuado proceso de nombramiento, con una duración establecida en el cargo y con una garantía contra presiones externas³¹. El TEDH ha establecido algunos criterios, como el modo de designación del juez o tribunal, la duración del mandato de los miembros del tribunal, la existencia de una protección contra las presiones externas y la apariencia de independencia³².

El TEDH ha señalado que el elemento de independencia se encuentra especialmente referida a la independencia en particular del poder ejecutivo³³. Para considerar a un órgano como un tribunal “independiente” —en especial, en relación con el poder ejecutivo y con las partes—, hay que tener en cuenta el procedimiento de designación de sus miembros y la duración de sus funciones, la existencia de una normativa de su revocación o de garantías de su inmovilidad, la de una legislación que prohíba al citado

²⁶ Corte IDH Caso Chocrón Chocrón vs. Venezuela Sentencia de 1 de julio de 2011, párr. 97.

²⁷ CATALÀ, 2017, p. 86; STEDH 9273/81 Caso Ettl y otros de 23 de abril de 1987, párr. 38; GARCÍA, 2011, p. 60.

²⁸ En tales términos, la Corte Constitucional de Colombia, en sentencias C-1143/00. y C-436/13.

²⁹ FERRAJOLI, 2006, p. 97.

³⁰ También ha remitido a los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, de 1985; a la Observación General 32 del Comité de Derechos Humanos y a los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados. Véase las referencias en DELAVEAU *et al.*, 2017, p. 21

³¹ Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú. Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 75.

³² MORENO, 2018.

³³ CATALÀ, 2017, p. 86; STEDH 10328/83 Caso Belilos c. Suiza de 29 de abril de 1988, párr. 64

poder darles instrucciones en el ámbito de su competencia contenciosa, la de garantías legales contra las presiones exteriores, las apariencias de independencia y la participación de miembros de la carrera judicial en los procesos³⁴.

III. EL INGRESO DE LOS JUECES

De acuerdo con el Principio 10 de los Principios Básicos de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura, todo método utilizado para la selección de personal judicial debe garantizar que este no sea nombrado por motivos indebidos. Las personas seleccionadas para ocupar cargos judiciales serán personas íntegras e idóneas y tendrán la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. En la selección de los jueces no se hará discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o condición.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha señalado que un adecuado proceso de nombramiento y selección constituye un presupuesto esencial para garantizar la independencia de las y los operadores de justicia³⁵. En términos similares, la Recomendación N.º R (94) del Consejo de Europa advierte que, “toda decisión relativa a la carrera profesional de los jueces debería apoyarse en criterios objetivos, y la selección y la carrera de los jueces deberían fundarse en el mérito, conseguido según sus calificaciones, su integridad, competencia y eficacia”. De allí deriva que, en general, el nombramiento debe hacerse “en función del mérito” y “en base a criterios objetivos” y que las consideraciones políticas deberían ser inadmisibles³⁶. Estas reglas objetivas no solo tendrían el fin de excluir cualquier influencia política, sino también por otros motivos, como la preocupación de prevenir el riesgo de favoritismos, conservadurismo y clientelismo, que existe cuando los nombramientos no siguen un procedimiento estructurado o se basan en recomendaciones personales³⁷.

Respecto de la garantía de un tribunal independiente, el Comité de Derechos Humanos ha recomendado a Bolivia que el nombramiento de los jueces y magistrados se base en su competencia y no en su filiación política³⁸. En el caso de Eslovaquia, el Comité recomendó que se adopten medidas específicas que protejan a los jueces de cualquier forma de influencia política por medio de la aprobación de leyes que reglamenten el

³⁴ STEDH Caso Langborger contra Suecia de 22 de junio de 1989, párr. 116.

³⁵ Corte IDH Caso Palamara Iribarne vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005, párr. 156; Corte IDH Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú Sentencia de 31 de enero de 2001, párr. 73; FUENTES, 2016, p. 211.

³⁶ CONSEJO CONSULTIVO DE JUECES EUROPEOS (CCJE), 2001, párr. 17; INTERNATIONAL BAR ASSOCIATION, 2010, p. 134.

³⁷ CONSEJO CONSULTIVO DE JUECES EUROPEOS (CCJE), 2001, párr. 24; MATEOS, 2019, p. 146; DAZAROLA, p. 7

³⁸ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Volumen I Suplemento No. 40 (A/52/40), p. 224.

nombramiento, la remuneración, el mandato, la destitución y las medidas disciplinarias relacionados con los miembros de la judicatura³⁹.

La Corte IDH ha advertido que, si no se cumplen ciertos parámetros básicos, el régimen de selección y nombramiento podría facilitar un alto grado de discrecionalidad por parte de las autoridades que participan en el proceso, en virtud de ello, las personas escogidas no serían, necesariamente, las más idóneas⁴⁰. Además de lo problemático que podría resultar la discrecionalidad en un sistema de reelección o ratificación, la Comisión Interamericana considera que un operador de justicia que pretenda ser reelegido o ratificado en sus funciones, corre el riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión, o de que su comportamiento se perciba de este modo por los justiciables⁴¹. El método de selección de los jueces, ante todo, debe precisamente garantizar que los nombrados no deben permanecer agradecidos de quienes los nombren, o simplemente, que los jueces nombrados no deben ser cargados con ningún sentido de gratitud respecto del órgano del Estado que los seleccionó, de manera que cuando llegue el momento puedan decidir con autonomía e independencia en contra de los intereses de tal ente⁴².

Lo anterior nos permite considerar dos criterios para determinar si un sistema de nombramiento es conforme al principio de independencia e imparcialidad de los jueces, a saber, (i) debe garantizar que las personas escogidas sean las más capaces e idóneas y (ii) que resulte a tal punto objetivo, que se encuentre excluida cualquier influencia política, o de otro tipo, de modo que el nombramiento no genere un sentido de gratitud del juez, o que se perciba de este modo por los justiciables.

1. *La intervención de otros poderes*

En Latinoamérica han sido aplicados los más variados diseños de designación de los magistrados de las Cortes Supremas. La clasificación propuesta por Brewer-Carías⁴³, emplea como criterio de delimitación el órgano encargado de la designación, distinguiendo los sistemas que tienen su centro en un órgano político, como ocurre en la mayoría de los países de la región, frente a la competencia de órganos autónomos, tal como ocurre con el nombramiento por un Consejo de la Judicatura independiente en Perú o el nombramiento hecho por cooptación por la misma Corte en Colombia y Ecuador.

El Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE) ha cuestionado el nombramiento por el ejecutivo o por el legislativo, debido a que pone en riesgo la independencia de los poseedores de dichos poderes⁴⁴. En su lugar ha sugerido como alternativa el método

³⁹ COMITÉ DE DERECHOS HUMANOS Volumen I Suplemento No. 40 (A/52/40), p. 379.

⁴⁰ Corte IDH. Caso Reverón Trujillo vs. Venezuela. Sentencia de 30 de junio de 2009. párr. 74; CIDH, 2013, párr. 56.

⁴¹ CIDH, 2013, párr. 88.

⁴² BREWER-CARÍAS, 2005, p. 43; GARCÍA, 2011, p. 60.

⁴³ BREWER-CARÍAS, 2005, pp. 9 y sig. Véase también la clasificación de LOEWENSTEIN, 1959, p. 409.

⁴⁴ También en este sentido, FERRAJOLI, 1987, p. 8.

que consiste en confiar los nombramientos a un órgano independiente⁴⁵. El Tribunal Constitucional español ha precisado que no sería constitucionalmente admisible la distribución de puestos en el Consejo General del Poder Judicial entre los distintos partidos, en proporción a la fuerza parlamentaria de estos en las Cámaras⁴⁶.

Un criterio distinto ha sido sostenido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el que ha declarado que el nombramiento por parte del poder ejecutivo no basta para poner en duda la independencia y la imparcialidad de la persona así designada, tanto más cuanto que en numerosos Estados europeos el nombramiento de los jueces depende del Poder Ejecutivo⁴⁷.

En Chile, el Tribunal Constitucional ha declarado que, en principio, no es objetable la participación del Consejo de Alta Dirección Pública⁴⁸ en el procedimiento para designar los jueces y secretarios abogados de los tribunales Tributarios y Aduaneros⁴⁹.

El Presidente de la República es competente para nombrar a los ministros y los fiscales judiciales de la Corte Suprema (art. 78 CP); a los magistrados y fiscales judiciales de las Cortes de Apelaciones y a los jueces letrados (art. 32 N° 12 CP), así como para la designación de los relatores, y de los demás auxiliares de la Administración de Justicia (art. 459 COT). Es claro de lo anterior, el rol predominante del Presidente de la República en la designación, no solo de las máximas autoridades, sino de todos los funcionarios del poder judicial. De allí deriva el riesgo grave de intervención de criterios políticos y de que sea percibido de tal forma por los ciudadanos. Sin embargo, aun cuando sea recomendable la configuración de órganos independientes, que garanticen cierta distancia del centro del poder político, estimamos que es posible lograr una interpretación conforme⁵⁰ con el principio de independencia judicial por medio de garantías de procedimiento que reduzcan la discrecionalidad política en favor de una mayor transparencia y objetividad.

2. *La influencia en las normas de procedimiento*

En la jurisprudencia alemana, mientras que inicialmente se sostenía la imposibilidad de revisión judicial de las decisiones de nombramiento y ascenso de los jueces, bajo el

⁴⁵ Consejo Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), 2001, párr. 33

⁴⁶ STC 108/1986, de 29 de julio Fj. 13; MURILLO, 2018b, p. 355, quien considera que la dimensión política del Consejo es inevitable. Crítico de esta decisión, NIETO, 2007, p. 46.

⁴⁷ STEDH 10328/83 Caso Belilos c. Suiza de 29 de abril de 1988, párr. 66. Un criterio distinto es sostenido por BORDALÍ, 2009, p. 293; QUIRÓS, 2018, p. 93. En cuanto a la situación en Latinoamérica, USAID/IFES, 2002, p. 9

⁴⁸ Órgano que forma parte de la Dirección del Servicio Civil (servicio público descentralizado perteneciente a la administración del Estado) y que tiene como principal objetivo prestar asistencia en la toma de decisiones del Presidente, ministros y jefes de servicios para la provisión de altos cargos públicos.

⁴⁹ TC Rol N° 1243 de fecha 30-12-2008, 16°.

⁵⁰ Respecto del principio de interpretación conforme a la Constitución, TC Rol N° 3729-17 de 28 de agosto de 2017, 27°. Véase además el principio de la constitucionalidad condicionada, en la jurisprudencia colombiana. Por todas, C-349/17.

argumento del carácter electivo de la decisión⁵¹, en la actualidad los tribunales ejercen el control de si la decisión se encuentra libre de errores de evaluación y juzgamiento. Las decisiones de las comisiones de selección, consideradas generalmente como simples actos internos⁵², sin cualidad de actos administrativos, son objeto de control judicial, en el sentido de si su ámbito de evaluación en la selección fue ejercida libre de errores, de errores de procedimiento o si se basaron en una incorrecta consideración de los antecedentes fácticos⁵³.

El aspirante rechazado no puede lograr generalmente (salvo por el poco probable caso de reducción a cero de la discrecionalidad, en el que solo existe una decisión jurídicamente válida) una declaración judicial de que hubiera tenido derecho a ser seleccionado en lugar del aspirante designado. No se trata entonces de una pretensión dirigida a obtener el nombramiento, sino del derecho a obtener una decisión libre de errores, en cuyo caso el tribunal podría ordenar que se realice un nuevo procedimiento de selección, siempre que exista una posibilidad de resultar seleccionado⁵⁴.

Como consecuencia de la especial dependencia del derecho a la igualdad de acceso a los cargos públicos, respecto del procedimiento, deriva de aquel una importante influencia respecto de las normas de procedimiento⁵⁵. Del derecho a la igualdad de acceso a los cargos públicos, en concordancia con la garantía a la tutela judicial efectiva deriva la obligación de dejar constancia escrita de los motivos fundamentales de la decisión de selección⁵⁶. La documentación escrita de tales motivos permitirá al aspirante decidir si acepta la decisión legítima o si recurre a la protección judicial⁵⁷.

De los criterios de idoneidad, capacidad y méritos deriva un derecho constitucional a obtener una decisión oportuna y adecuada a la solicitud de ingreso. La administración pública no puede excluir a un aspirante del proceso de selección, a base de consideraciones subjetivas⁵⁸. El órgano competente está obligado a admitir las postulaciones de jueces y funcionarios y solo puede otorgar el nombramiento de aquellos aspirantes que sean seleccionados, como el más calificado, mediante un concurso de méritos⁵⁹. La administración pública dispone de un ámbito de juzgamiento en la determinación

⁵¹ WITTECK, 2006, p. 421

⁵² SCHNELLENBACH, 2018, p. 313.

⁵³ WITTECK, 2006, p. 421.

⁵⁴ BVerfG, Beschluss vom 24.09.2002-2 BvR 857/02. <https://openjur.de/u/180890.html>, Abs. 20; BAG 12 de octubre de 2010 Exp. 9 AZR 518/09, párr. 21; BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 16. Dezember 2015. -2 BvR 1958/13-, Rn. 31

⁵⁵ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 25. November 2015 -2 BvR 1461/15-, Rn. (14); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 -2 BvR 2453/15-, Rn. (18).

⁵⁶ BVerfG 25 de noviembre de 2011 Exp. 2 BvR 2305/11, párr. 20; BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 25. November 2015 -2 BvR 1461/15-, Rn. (14); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 -2 BvR 2453/15-, Rn. (18).

⁵⁷ BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 25. November 2015 -2 BvR 1461/15-, Rn. (14); BVerfG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 -2 BvR 2453/15-, Rn. (18).

⁵⁸ BAG 12 de septiembre de 2006. Exp. 9 AZR 807/05, párr. 38

⁵⁹ VG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2013-1 K 2614/12.

de los requisitos contenidos en el perfil para la asignación del cargo, con la finalidad de dar cumplimiento al principio de la mejor selección. Tal decisión debe encontrarse justificada en las funciones efectivas del cargo⁶⁰.

Otro ejemplo de interés es el caso de las designaciones judiciales discrecionales en el sistema español. En diversas ocasiones la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha anulado acuerdos de nombramientos discrecionales, en general, por falta de motivación⁶¹. El Tribunal ha establecido parámetros más estrictos en el caso de las designaciones para Magistrados del Tribunal Supremo, ya que en ellas, por ir referidas a la máxima categoría de la carrera judicial, rigen con el mayor nivel de exigencia los principios de mérito y capacidad⁶². El control judicial ha estrechado de manera importante el ámbito de quienes pueden ser elegidos de este modo y la publicidad que rodea a estos episodios también ayuda a que solamente se defiendan candidaturas apoyadas por currículos importantes⁶³.

En Chile, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional parece rechazar la posibilidad de establecer garantías de procedimiento, que permitan ejercer cierto control en las decisiones de selección de los jueces. El Tribunal Constitucional ha declarado la inconstitucionalidad del deber de motivación, señalando al efecto que la frase “mediante resolución fundada”, afectaba la potestad propositiva de la Corte Suprema⁶⁴. Además, ha establecido la imposibilidad de hacer públicos los puntajes obtenidos en un concurso, tanto de la solicitante como de los demás postulantes en los procesos de selección de funcionarios⁶⁵. Como veremos más adelante, mientras que la Corte Suprema ha emitido una Resolución para reducir los ámbitos de discrecionalidad en el proceso de selección, la decisión del Ejecutivo se realiza por medio de un análisis adicional de los antecedentes enviados, independiente del orden de los postulantes de la terna. Dichos criterios no han sido formalizados, por lo que no hay claridad en su determinación⁶⁶.

3. *El ingreso de los jueces en Chile*

Para la selección de los ministros de la Corte Suprema, la Corte Suprema propone al Gobierno cinco candidatos (“quina”) para cada cargo de ministro de Corte Suprema. De los 21 ministros de la Corte Suprema 16 deben haber ocupado cargos en el Poder Judicial al momento de ser seleccionados y 5 deben ser externos, personas con título de abogado que desarrollan su profesión fuera del Poder Judicial. Respecto de los candidatos

⁶⁰ BAG 12de septiembre de 2006 · Exp. 9 AZR 807/05, párr. 37

⁶¹ MURILLO, 2018a, p. 73; LOUSADA, 2015, p. 119.

⁶² STS de 27.11.2007 REC. 407/2006; S. 3.ª. Ver también, STS 3449/2008 de 12/06/2008.

⁶³ MURILLO, 2018a, p. 73 y MURILLO, 2018b, p. 363.

⁶⁴ TC Rol N° 2180 de 17 de mayo de 2012.

⁶⁵ Sentencia N° Rol 2290 de Tribunal Constitucional, 6 de agosto de 2013.

⁶⁶ SALDÍVAR, 2014, p. 41

externos⁶⁷ solo se establecen ciertos requisitos mínimos, por lo que la decisión de la Corte Suprema había sido, hasta ahora, esencialmente discrecional⁶⁸.

Para la selección de los candidatos internos la Constitución reserva un cupo de la lista de candidatos (la quina) creada por la Corte Suprema para el ministro más antiguo de la Corte de Apelaciones que figure en lista de méritos (art. 78 inciso 5 de la Constitución y 283 del COT). Para la selección de los restantes candidatos es relevante, en primer lugar, las calificaciones anuales que han recibido. En la práctica este criterio resulta insuficiente, debido a que la gran mayoría de los postulantes pertenecen a la misma lista. El segundo criterio es el de la categoría de los cargos de los postulantes, quienes generalmente serán ministros de Cortes de Apelaciones. Debido a que generalmente se presenta un superávit de candidatos, queda a la Corte Suprema un ámbito de discrecionalidad para determinar “otros antecedentes” que serán determinantes de la selección⁶⁹.

Para reducir los ámbitos de discrecionalidad mencionados, la Corte Suprema ha emitido una Resolución que establece ciertas garantías, entre las que destaca la previsión de procedimientos de selección anónimos, mediante concursos “ciegos”, conforme con criterios que impidan conocer la identidad de los participantes. Además, la autoridad encargada de conducir el concurso no será la que debe confeccionar la quina, terna, hacer la propuesta unipersonal o decidirla⁷⁰.

Tanto para los candidatos internos como externos, el Presidente de la República, con asesoría del ministro de Justicia, tiene una potestad discrecional para seleccionar al candidato de la quina que propone al Senado. Finalmente, el Senado tiene la potestad de aprobar o rechazar el candidato del gobierno⁷¹. El quórum de dos tercios del Senado conduce al llamado cuoteo político, que se refiere al acuerdo implícito de los dos principales bloques políticos, que van alternando en la aprobación de los candidatos de su preferencia⁷².

Un análisis crítico del sistema de selección de los ministros de la Corte Suprema debe tener por finalidad determinar si el margen de discrecionalidad que corresponde a la Corte Suprema, al Presidente de la República y al Senado, es conforme al principio de independencia de los jueces. Para ello podemos utilizar el criterio de idoneidad, es

⁶⁷ Véase también, VARGAS, 2014, p. 151. Respecto de este tipo de cuotas, el Tribunal Supremo español ha señalado que lo buscado por el legislador en una y otra clase de turnos es que coincidan en este órgano jurisdiccional diferentes trayectorias teóricas y prácticas, para favorecer así el pluralismo de visiones jurídicas que se juzga conveniente en el Tribunal Supremo, también parece que deberán ser distintos los criterios de calificación de los candidatos que acudan por esas diferenciadas vías de acceso (STS de 27.11.2007 REC. 407/2006; S. 3.ª).

⁶⁸ MACCLURE, 2019, p. 43.

⁶⁹ MACCLURE, 2019, pp. 42-43.

⁷⁰ Resolución del Pleno de la Corte Suprema de 7 de junio de 2019.

⁷¹ Antes de la reforma de 1997, los ministros de corte y jueces eran nombrados por el Presidente de la República, quien debía elegir de entre una quina o terna propuesta por la Corte Suprema o la Corte de Apelaciones respectiva. CORREA, 2005, p. 122. Crítico del poder de veto de un grupo minoritario, VARGAS, 2014, pp. 154 y sig.

⁷² MACCLURE, 2019, p. 58.

decir, si el método utilizado es suficiente garantía que las personas seleccionadas sean personas íntegras e idóneas y tengan la formación o las calificaciones jurídicas apropiadas. Además, es aplicable como parámetro del análisis el criterio de independencia política, en el sentido de si el sistema de nombramiento recompensa los contactos políticos⁷³ y no el mérito, al punto que pueda generar el riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión, o de que su comportamiento se perciba de este modo por los justiciables⁷⁴. Finalmente, el principio de mérito y el derecho de igualdad de acceso se exigirían solo si resulta seleccionado el aspirante más calificado⁷⁵.

Respecto del principio de idoneidad para el ejercicio de las tareas de los ministros de la Corte Suprema, el procedimiento de elaboración de las listas de candidatos que forman parte de la carrera judicial se basa en la antigüedad de los ministros de Corte de Apelaciones, así como en las calificaciones anuales. El ámbito de discrecionalidad que deriva del superávit de candidatos, reducido por los procedimientos de selección anónimos, no impide que los preseleccionados ostenten la capacidad requerida para el cargo⁷⁶. El principio de idoneidad tampoco resulta incumplido por la mayor discrecionalidad de la Corte Suprema en la selección de los candidatos externos, en la medida en que se establecen garantías de objetividad en el proceso.

Los amplios márgenes de discrecionalidad que corresponden al Presidente de la República y al Senado tampoco afectarían el principio de idoneidad, debido a que el sistema de ternas garantiza que los candidatos ostentan calificaciones suficientes. Sin embargo, la intervención de los órganos políticos puede producir cierta distorsión en el resultado final. No se garantiza que el candidato seleccionado tenga mayores méritos que sus competidores. Si bien la incorporación de la participación del Senado disminuye el rol predominante del Ejecutivo, sin embargo con ello no se reduce el riesgo de que la decisión obedezca a motivos políticos. Desde el punto de vista del derecho subjetivo del aspirante al cargo de ministro de la Corte Suprema, el ámbito de discrecionalidad del Presidente de la República y del Senado resulta injustificado.

El criterio de independencia política, en el sentido de si el sistema de nombramiento recompensa los contactos políticos y no el mérito, o si puede ser percibido de este modo por los justiciables es también infringido por el ámbito de discrecionalidad política del Presidente de la República y del Senado. La mencionada distorsión concede un valor decisivo a la influencia política, que resulta extraño a la función judicial.

En todo caso, debemos advertir que la deficiencia anotada no constituye un vicio insuperable del sistema, sino un déficit que puede ser objeto de correcciones, por medio de la antes mencionada interpretación conforme, con garantías de procedimiento, que reduzcan la discrecionalidad política, en favor de una mayor transparencia y objetividad.

⁷³ CARRILLO, 1999.

⁷⁴ CIDH, 2013, párr. 88.

⁷⁵ VG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2013-1 K 2614/12.

⁷⁶ También en este sentido, VARGAS, 2014, p. 148.

El esquema establecido para la designación de los ministros de la Corte Suprema es, en líneas generales, el mismo procedimiento que se encuentra establecido para el sistema de selección de los ministros de Corte de Apelaciones⁷⁷; para la designación de los jueces y secretarios abogados de los Tribunales Tributarios y Aduaneros⁷⁸; de los Tribunales Ambientales⁷⁹ y para la selección de los candidatos al cargo de relator de la Corte Suprema⁸⁰, por lo que les son aplicables similares consideraciones que en el caso de la designación de los ministros de la Corte Suprema.

IV. CONCLUSIONES

La intervención decisiva de un órgano con discrecionalidad política constituye una distorsión extraña a la naturaleza de las funciones de los jueces. Si bien el procedimiento de elaboración de la terna garantiza la idoneidad de las personas seleccionadas, sin embargo, en el resultado final no se garantiza que el candidato seleccionado tenga mayores méritos que sus competidores, lo que resulta injustificado desde el punto de vista del derecho subjetivo del aspirante, así como en cuanto al riesgo de comportarse de tal modo que obtenga el apoyo de la autoridad encargada de tal decisión, o de que su comportamiento se perciba de este modo por los justiciables. Sin embargo, aun cuando sea recomendable la configuración de órganos independientes, que garanticen cierta distancia del centro del poder político, estimamos que es posible lograr una interpretación conforme con el principio de independencia judicial, mediante garantías de procedimiento, tal como ha sido propuesto en el derecho internacional y en la doctrina especializada.

La tesis de la dicotomía o de la separación puede ser ilustrada con el siguiente ejemplo. Con ocasión de la “Primera Gran Protesta Nacional” convocada en mayo de 1983, el gobierno logró la aplicación de los delitos contenidos en la Ley de Seguridad del Estado, pero el Tribunal de Apelaciones y la Corte Suprema decidieron que se trataba de una simple disidencia social o manifestaciones de opiniones⁸¹. En 2011 el entonces ministro de Justicia criticó la actitud “ultragarantista” de algunos jueces con

⁷⁷ MACCLURE, 2019, pp. 10; 28, 33; Mesa interinstitucional, 2019, p. 12.

⁷⁸ El Tribunal Constitucional consideró que si bien no es objetable la participación del Consejo de Alta Dirección Pública, sin embargo, las Cortes de Apelaciones no deberían tener limitaciones en la posibilidad de objetar la lista confeccionada por aquél de acuerdo con un perfil profesional de los cargos. TC Rol N° 1243 de fecha 30-12-2008, 16°. Crítico de esta decisión, BORDALÍ, 2009c, p. 261; MATUS, 2013, p. 207.

⁷⁹ BODIN, 2013, p. 301 considera que se trata de una modalidad compleja y engorrosa, con intervención de los tres poderes del Estado, dejando sometida la designación de jueces especializados, de primera instancia, a acuerdos políticos, lo que afecta la independencia del tribunal.

⁸⁰ ZAPATA, 2008, p. 256. El Código Orgánico de Tribunales ofrece a la Corte Suprema un mayor control, lo cual deriva, por una parte, de la facultad de omitir la terna y someter al Presidente de la República una propuesta uninominal, y adicionalmente, del carácter difuso del criterio de evaluación que la Corte Suprema debe utilizar para seleccionar candidatos, lo cual reduce el ámbito de discrecionalidad del Presidente de la República. MACCLURE, 2019, p. 29.

⁸¹ ZAPATA LARRAÍN, P., 1986, p. 389.

los detenidos por desórdenes públicos y anunció que a la hora de determinar los ascensos en las Cortes se tomaría en cuenta el historial de fallo de los jueces⁸². Recientemente, hemos visto la aplicación generalizada de la Ley de Seguridad del Estado y su importante efecto disuasivo en materia de protestas.

De esta forma, observamos que la dicotomía o absoluta incompatibilidad entre funciones de gobierno y jurisdiccionales interactúa dentro de un sistema de protección de la libertad individual junto con otros principios. Entre ellos, la garantía de reserva legal, según esta, toca al legislador, y solo a él, disponer la regulación del ejercicio de los derechos fundamentales. Esta garantía quedaría sin aplicación si, en la interpretación de la ley e incluso en ejercicio de algún margen de evaluación, el juez permitiera la influencia de los intereses de la contingente política del gobierno, en lugar de acudir de forma independiente a los valores de la Constitución.

A partir de la finalidad del principio de separación de poderes, de asegurar la protección de la esfera del individuo, podemos formular una regla de proporcionalidad: a mayor afectación de los derechos fundamentales del individuo por la aplicación de la ley, mayor separación o distancia, especialmente, respecto de los órganos del poder político. El mayor grado de independencia corresponde por ello a la jurisdicción civil, en la que –como advertía Savigny– se limita la libertad del deudor y a la jurisdicción penal, en virtud de ello se produce la mayor afectación de derechos del presunto delincuente. Se trata de un esquema orgánico que pretende impedir que la afectación de los intereses del individuo se realice por motivos distintos de los indicados de forma clara y determinada en la ley, mediante la separación entre la protección del contingente de interés general a cargo de los órganos del poder político y la intervención en la esfera individual, a cargo de la administración y los jueces.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ-ZAMORA y Castillo, Niceto, 1992: *Notas relativas al concepto de jurisdicción, en Estudios de teoría general e historia del proceso (1945-1972)* (Universidad Nacional Autónoma de México México), Tomo I: Números 1-11.
- ATRIA, F., 2007: La improbabilidad de la jurisdicción, en Atria, Fernando y Couso, Javier (editores), *La judicatura como organización* (Santiago de Chile, Expansiva - Instituto de Estudios Judiciales) pp. 33-56. Disponible en: <http://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/2475/lajudicaturacomooorganizacion.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 22 de octubre de 2019.
- BODIN, M. C. P., 2013: Los Tribunales Ambientales: se completa la reforma a la institucionalidad ambiental. *Anuario de Derecho Público*, (1), 297-315.
- BORDALÍ Salamanca, A., 2009b: El derecho fundamental a un tribunal independiente e imparcial en el ordenamiento jurídico chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (33), 263-302. Disponible en: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512009000200007>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.

⁸² SOTO, 21.10.2011; PORRAS, 24.10.2011.

- BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2007: Análisis crítico de la función e independencia judicial en el Derecho chileno, en Couso, Jaime - Atria, Fernando (editores), *La judicatura como organización*, Santiago: Instituto de Estudios Judiciales
- BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2008: La doctrina de la separación de poderes y el poder judicial chileno. *Revista de Derecho (Valparaíso)*, (30), 185-219. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512008000100004>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2009a: Organización judicial en el derecho chileno: un poder fragmentado. *Revista Chilena de Derecho*, 36(2), 215-244. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/rchilder/v36n2/art02.pdf>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2009c: ¿Independencia judicial? Depende (Sentencia del Tribunal Constitucional sobre los Tribunales Tributarios y Aduaneros). *Revista de Derecho (Valdivia)*, 22(1), 237-264. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502009000100011>
- BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2013: La independencia de los jueces en la aplicación de la ley dentro de la organización judicial chilena. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 609-634. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372013000200010>. Fecha de consulta: 12 de octubre de 2019.
- BREWER-CARIAS, Allan R., 2005: La cuestión de legitimidad: ¿cómo escoger los jueces de las cortes supremas? Ponencia para el simposio sobre The Future of the European Judicial System. The Constitutional Role of European Courts., 6th International European Constitutional Law Network- Colloquium/International Association of Constitutional Law-Round Table, 2-4 November 2005, Berlin, Germany. <https://allanbrewercarias.com/wp-content/uploads/2015/11/64.-I-4-934.-La-cuesti%C3%B3n-de-la-legitimidad-en-la-designaci%C3%B3n-de-los-jueces-de-la-Corte-Suprema.-Berlin.pdf>
- CARRILLO Flórez, F., 1999: Los retos de la reforma de la justicia en América Latina, en Fuentes (Coord.). *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Corporación Excelencia En La Justicia. Organización de Estados Americanos (OAS). <http://www.oas.org/juridico/spanish/adjusti2.htm>
- CATALÀ i Bas, A., y Ortiz Torricos, M., 2017: La comunicación horizontal y vertical en los sistemas americano y europeo de protección de derechos humanos a propósito del derecho al juez natural. Hacia un derecho global de los derechos humanos. *Estudios de Deusto*, 65(1), 73-121. doi:[http://dx.doi.org/10.18543/ed-65\(1\)-2017pp73-121](http://dx.doi.org/10.18543/ed-65(1)-2017pp73-121) p. 86
- COMISIÓN Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), 2013: “Garantías para la independencia de las y los operadores de justicia. Hacia el fortalecimiento del acceso a la justicia y el Estado de derecho en las Américas”. <https://www.oas.org/es/cidh/defensores/docs/pdf/Operadores-de-Justicia-2013.pdf>
- COMITÉ de Derechos Humanos Informe A/50/40 de 3 de octubre de 1995, <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=dtYoAzPhJ4NMy4Lu1TOebEYW2RK0bbpVx%2B6tr9zQ8e7ocGLABpjDN%2FkqksL3Zkn%2F5XxXEEFEkUevZ0tIE9UcnarbuN6zA4u0n6C4Yg7G4ICEMhlteFpQZ7lohYPNDofTfjOyr4R5ZAB0bHvtdWm5yCA%3D%3D>
- COMITÉ de Derechos Humanos, 2014: Observación General Núm. 35 sobre la libertad y seguridad personales. Disponible en: <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=553e0fb84>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- CONSEJO Consultivo de Jueces Europeos (CCJE), 2001, Informe N.º 1, sobre las normas relativas a la independencia y a la inamovilidad de los jueces. [http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INTERNACIONALES/COMISI%C3%93N%20EUROPEA%20PARA%20LA%20EFICACIA%20DE%20LA%20JUSTICIA/INFORMES%20CCJE/FICHERO/20011123%20InformeCCJE\(2001\)OP1S.pdf](http://www.poderjudicial.es/stfls/CGPJ/RELACIONES%20INTERNACIONALES/COMISI%C3%93N%20EUROPEA%20PARA%20LA%20EFICACIA%20DE%20LA%20JUSTICIA/INFORMES%20CCJE/FICHERO/20011123%20InformeCCJE(2001)OP1S.pdf)

- CONSEJO de Europa. Comité de Ministros. Recomendación No. R (94) 12, sobre la independencia, eficiencia y rol de los jueces. Adoptada por el Comité de Ministros el 13 de octubre de 1994 en la 51ª reunión de Ministros. <https://sid.usal.es/idocs/F3/LYN10470/3-10470.pdf>
- CORREA, R., 2005: El gobierno judicial ante la constitución. *Revista de Estudios de la Justicia*, (6), 117-126. <http://web.derecho.uchile.cl/cej/recej/RECEJ%206/EL%20GOBIERNO%20JUDICIAL%20ANTE%20LA%20CONSTITUCION.pdf>
- DAMAŠKA, Mirjan R., 2000: *Las caras de la justicia y el poder del estado: análisis comparado del proceso legal*. Editorial Jurídica de Chile.
- DAZAROLA Leichtle, Gabriela, 2018: Nombramiento magistrados tribunales superiores de justicia. Experiencia Extranjera. Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. Asesoría Técnica Parlamentaria. https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/27333/1/BCN_GRID_Nombramiento_Jueces_Tribunales_Superiores_experiencia_ext_def.pdf p. 7
- DELAVEREAU Swett, Rodrigo et al, 2017: Estudio modelo orgánico para la nueva justicia. Informe final Pontificia Universidad Católica de Chile. http://decs.pjud.cl/documentos/descargas/Estudio_Modelo_Orga_nico_Final.pdf p. 21
- DURANGO Álvarez, G. A., 2007: Aproximaciones conceptuales a la democracia constitucional y a los derechos fundamentales en la Teoría de L. Ferrajoli. *Opinión Jurídica*, 6(12). Disponible en: <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v6n12/v6n12a10.pdf>. Fecha de consulta: 07 de octubre de 2019.
- ESER, A., 1996: Rechtsgut und Opfer: zur Überhöhung des einen auf Kosten des anderen. Sonderdrucke aus der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg. Originalbeitrag erschienen in: Ulrich Immenga (Hrsg.): *Festschrift für Ernst-Joachim Mestmäcker*. Baden-Baden: Nomos Verlagsges., 1996, S. 1005-1024. Nomos Verlagsgesellschaft. Baden Baden. <https://freidok.uni-freiburg.de/data/3386>
- FERRAJOLI *et al.*, 2001: *Los fundamentos de los derechos fundamentales*. Madrid: Trotta.
- FERRAJOLI, L., 1987: El juez en una sociedad democrática. Disponible en: <http://biblioteca.cejamericas.org/bitstream/handle/2015/1887/eljuezenunasociedaddemocratica.pdf?sequence=1&isAllowed=y>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- FERRAJOLI, L., 2005: El papel de la función judicial en el Estado de Derecho. Jurisdicción y argumentación en el Estado constitucional de derecho en Miguel Carbonell, J. et all (Coord) *Jurisdicción y argumentación en el estado constitucional de derecho*. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- FERRAJOLI, L., 2013: *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 1. Teoría del derecho*. Editorial Trotta, SA. Cit. Ferrajoli (2013a).
- FERRAJOLI, L., 2013: *Principia iuris: teoría del derecho y de la democracia: 2. Teoría de la democracia*. Editorial Trotta, SA. Cit. Ferrajoli (2013b).
- FERRAJOLI, Luigi, 2006: *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Madrid: Trotta p. 97.
- FUENTES, C. G., 2016: Principios internacionales que consagran el derecho humano de acceso a una justicia independiente. Análisis del tema en Argentina. *Revista de Estudios de la Justicia*, (25), 199-246. <https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=4a7838272> p. 211
- FUENTES, Claudia, 2011: Montesquieu: Teoría de la distribución social del poder. *Revista de Ciencia Política* [en línea], 31 (Sin mes). Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=32419207003>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- FUENZALIDA & Valderrama, 2017: La potestad consultiva del Tribunal de Defensa de la Libre Competencia: ¿jurisdiccional o administrativa? *Revista Derecho Administrativo Económico*,

- (13), 181-198. Disponible en: <http://redae.uc.cl/index.php/redae/article/viewFile/199/192>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- GALINDO Ayuda, F, 1990: Jueces y Democracia: Criterios para una actividad judicial democrática. *Anuario de filosofía del derecho*, (7), 147-168. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/142179.pdf>. Fecha de consulta: 3 de octubre de 2019.
- GARCÍA, C. M. R., y Torres, M. G. M., 2011: Las garantías jurisdiccionales de los impartidores de justicia. *Nuevo derecho*, 7(9), 59-72. <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5549124.pdf> p. 60.
- GAVIRIA Mira, Julián., 2019: Constitucionalismo garantista: Democracia y soberanía popular sin pueblo. *Revista Chilena de Derecho*, 46(1), 155-175. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-34372019000100155>. Fecha de consulta: 3 de octubre de 2019.
- GONZÁLEZ Álvarez, Roberto, 2014: El nuevo paradigma de la garantía de la jurisdicción. *Ars Boni et Aequi*, 10(1), 119-150. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5853784.pdf>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- GORDILLO, Agustín, 2017: *Tratado de derecho administrativo y obras selectas: Parte general*, Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. Disponible en: https://www.gordillo.com/pdf_tomo1/tomo1.pdf. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- HARBOTTLE Quirós, F., 2019: El poder de decisión del juez en un Estado de derecho: aportes de Max Weber al debate actual. *Lex - Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, 16(22), 17-36. Disponible en: doi:<http://dx.doi.org/10.21503/lex.v16i22.1646>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- INTERNATIONAL Bar Association, 2010: Los derechos humanos en la administración de justicia: un manual de derechos humanos para jueces, fiscales y abogados. <https://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=A01791F1-D01B-4F73-9A64-293F6B7B5736> p. 134.
- JELLINEK, G., und Jellinek, W., 1921: *Allgemeine Staatslehre*. 3. Auf. Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH.
- LOEWENSTEIN, Karl, 1959: *Verfassungsrecht und Verfassungspraxis der Vereinigten Staaten*. Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH.
- LOEWENSTEIN, Karl, 1967: *Staatsrecht und Staatspraxis von Grossbritannien*. Band II. Justiz o Verwaltung, Bürgerrechte. Springer-Verlag Berlin Heidelberg GmbH.
- LOPERA Mesa, G. P., 2001: La problemática legitimidad de la justicia constitucional. *Anuario iberoamericano de justicia constitucional*, (5), 227-256. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/1976017.pdf>. Fecha de consulta: 07 de octubre de 2019.
- LÓPEZ Guerra, L., 1997: La legitimidad democrática del juez. *Cuadernos de Derecho Público*. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/197115.pdf>.
- LÓPEZ Guerra, L., 2018: El papel del juez en una sociedad democrática. *Revista Estudios Jurídicos. Segunda Época*, (18). Disponible en: <https://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/rej/article/view/4494/3687>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- LOUSADA Arochena, & Ron Latas, 2015: *La independencia judicial*. Dykinson. p. 119.
- LUCAS Garín, Andrea, 2009: “Nuevas dimensiones del principio de división de poderes en un mundo globalizado”. Año 7, Nº 2, 2009, pp. 241-253, ISSN 0718-0195. Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v7n2/art09.pdf>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- MACCLURE Brintrup, Lucas, 2018: “Reformas a la Justicia 2006-2017”, *Debates de Política Pública*, Nº 27, enero 2018, 123-124: https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20180129/20180129102359/dpp_027_enero2018_lmclure.pdf p. 4.
- MACCLURE Brintrup, Lucas, 2019: Nombramientos de ministros de las cortes de apelaciones y de la Corte Suprema: Síntesis y sistematización de su regulación. *Debates de Política*

- Pública N° 32 / mayo 2019. Centro de Estudios Públicos. https://www.cepchile.cl/cep/site/docs/20190523/20190523170012/dpp_032_lmacclure_mayo2019.pdf p. 43.
- MATEOS Martínez, J., 2019: ¿Cómo garantizar que el juez sea digno de su poder? Reflexiones sobre la independencia del poder judicial con base en el sistema político español. *Ars Boni et Aequi*, 14(2). <http://www.arsboni.ubo.cl/index.php/arsbonietaequi/article/viewFile/318/308> p. 146
- MATUS F, Marcelo, 2013: Aspectos orgánicos de la jurisdicción tributaria y aduanera: Comentario crítico a la Ley n° 20.322 con motivo de su entrada en vigencia en todo el territorio nacional. *Ius et Praxis*, 19(1), 195-222. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122013000100006>
- MELGAREJO, R. C., 2019: Cambio de modelo institucional e independencia judicial. *Derecho y Cambio Social*, (58), 593-624. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/7075620.pdf>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- MESA interinstitucional sobre nombramientos de jueces, 2019: Informe final: conclusiones y recomendaciones de la mesa interinstitucional sobre nombramiento de jueces. <http://www.magistrados.cl/wp-content/uploads/2019/01/Informe-final-mesa.pdf> p. 8
- MORAGA Klenner, C., 2011: ¿Existen en Chile procedimientos administrativos que presentan, también, una naturaleza jurisdiccional?. *Derecho PUCP*, 2(67), 231-251. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085088.pdf>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- MORENO Vida, N. M., 2018: El derecho a un proceso equitativo en el convenio europeo de derechos humanos. *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, (145), 87-119. https://www.iustel.com/v2/revistas/detalle_revista.asp?id_noticia=413596
- MULLER Bitencourt, Caroline & Clovis Gorczewski, C., 2016: La función y la legitimidad del poder judicial en el constitucionalismo democrático brasileño: ¿un activismo necesario?. *Estudios constitucionales*, 14(2), 207-230. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/pdf/estconst/v14n2/art07.pdf>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018
- MURILLO De La Cueva p. L., 2018a: *La independencia y el gobierno de los jueces: un debate constitucional*. Madrid. Editorial Reus p. 73
- MURILLO de la Cueva, P., 2018b: La independencia y el gobierno de los jueces. Un debate constitucional. *Teoría y Realidad Constitucional*, 0(40), 351-368. doi:<https://doi.org/10.5944/trc.40.2017.20911>
- NACIONES Unidas Informe del Comité de Derechos Humanos Volumen I Asamblea General Documentos Oficiales Quincuagésimo segundo período de sesiones Suplemento No. 40 (A/52/40). <http://docstore.ohchr.org/SelfServices/FilesHandler.ashx?enc=dtYoAzPhJ4N-My4Lu1TOebM0H3O6soCEvpX%2F8RwmnAPG4P6RHwvjU6MmZ021WU6dl7oznicASA7kTCvIL55HSR1QK7TD8P10XA7pbBMZW6PyKzsn0%2F7zUsPRKjvGqQbjigBER%2FvL97iMZAs4oNRwV7w%3D%3D> p. 224.
- NIETO, A., 2007: La administración de justicia y el Poder Judicial. *Revista de administración pública*, (174), 31-47. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/6800394.pdf>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- NIÉVA Fenoll, Jordi, 2017: Seis conceptos en busca de un objetivo: jurisdicción, acción, proceso, derechos, pena y delito. *Política criminal*, 12(23), 103-123. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992017000100004>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- PÉREZ-CRUZ Martín, Agustín-Jesús, 2015: *Constitución y poder judicial*, Atelier. Disponible en: <http://facultad.pucp.edu.pe/derecho/wp-content/uploads/2015/03/Constituci%C3%B3n-y-Poder-Judicial..pdf>
- POPKIN, M., 2002: Esfuerzos para aumentar la independencia e imparcialidad judicial en América Latina. *Revista Sistemas Judiciales*, 4, 47-60. Disponible en: <HTTPS://SISTEMASJUDICIALES>.

- ORG/WP-CONTENT/UPLOADS/2018/08/TEMACENTRAL_MPOPKIN.PDF. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018
- PORRAS, 24.10.2011: Milton Juica: "La evaluación de los jueces le corresponde exclusivamente al Poder Judicial". <https://radio.uchile.cl/2011/10/24/milton-juica-%E2%80%99Cla-evaluacion-de-los-jueces-le-corresponde-exclusivamente-al-poder-judicial%E2%80%9D/>
- POSNER, Richard A., 2011: *Cómo deciden los jueces*. Traducción de Victoria Roca Pérez. Madrid. Marcial Pons.
- PRINCIPIOS BÁSICOS de las Naciones Unidas Relativos a la Independencia de la Judicatura adoptados por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán, Italia, del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 del 29 de noviembre de 1985 y 40/146 del 13 de diciembre de 1985. <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/independency.aspx>.
- QUIRÓS, F. V., 2018: Los fines de la justicia civil en el Estado constitucional de derecho. *Revista de Estudios de la Justicia*, (29), 73-120. p. 93. En cuanto a la situación en Latinoamérica, , p. 9
- RAMOS Ortells, Manuel, 1984: Aproximación al concepto de potestad jurisdiccional en la Constitución Española. *Anuario de la Facultad de Derecho*, (3), 415-458. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/814914.pdf>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018
- RELATORA Especial sobre la cuestión de Defensores de la ONU. Folleto No. 29. Los Defensores de los Derechos Humanos: Protección del Derecho a Defender los derechos. Disponible en: <https://www.ohchr.org/documents/publications/factsheet29sp.pdf>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- RESOLUCIÓN del Pleno de la Corte Suprema de 7 de junio de 2019 AD-626-2019. <https://www.pjud.cl/documents/2538811/0/resol+AD-626-2019+NOMBRA+MIENTOS.pdf/1546b127-7e3b-4389-8f7d-d9efac02f64d>
- RODRÍGUEZ Collao, Luis, 2010) Bases para distinguir entre infracciones criminales y administrativas en *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 11.
- SÁEZ, F., 2005: La naturaleza de las reformas judiciales en América Latina: algunas consideraciones estratégicas, en Fuentes (Coord.). *Reforma judicial en América Latina: una tarea inconclusa*. Corporación Excelencia En La Justicia. Organización de Estados Americanos (OAS). Disponible en: <http://www.oas.org/Juridico/spanish/adjusti9.Htm>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- SALDÍVAR Lobos, Georgina et al, 2014: Propuesta de un modelo de perfil y formación del juez civil en la nueva justicia procesal civil. Informe Final. Centro de Estudios y Asistencia Legislativa. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. http://biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/643/Inf.%20Final_Est.%20modelo%20de%20perfil%20y%20formaci%C3%B3n%20juez%20civil_CEAL%20PUCV.pdf?sequence=1&isAllowed=y, p. 41
- SCHNELLENBACH, H., 2018: *Konkurrenzen im öffentlichen Dienst*. CF Müller GmbH. p. 313.
- SKAAR, E., 2003: Un análisis de las reformas judiciales de Argentina, Chile y Uruguay. *América Latina Hoy*, (34), 147-186. Disponible en: https://gredos.usal.es/bitstream/handle/10366/120606/Un_analisis_de_las_reformas_judiciales_d.pdf;jsessionid=DFE09D41C83BEB1F295CB12EAE59BE67?sequence=1. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- SOTO, 21.10.2011: Ministro de Justicia provoca controversia con declaraciones hacia jueces y molestia de Juica. <https://www.biobiochile.cl/noticias/2011/10/21/ministro-de-justicia-provoca-controversia-con-declaraciones-hacia-presidente-de-la-corte-suprema.shtml>
- UMBACH, D. C., und Dollinger, F. W., 2007: Zwischen Bestenauslese und Demokratieprinzip: die Besetzung der Landesrechnungshöfe unter Berücksichtigung der Bewerbung, Wahl und Ernennung der Mitglieder des Rechnungshofs Brandenburg.

- USAID/IFES, 2002: Pautas para promover la independencia y la imparcialidad judicial, Introducción, www.cejamericas.org
- VAN Hoecke, Mark, 2012: Tribunales constitucionales y democracia deliberativa. *Revista de Derecho*, N° 28, 2012. pp. 9-25. Disponible en: <https://www.cde.cl/wps/wcm/connect/1aed0070-ba88-427a-9bfe-05378e20c272/rev+28+03+MARK+VAN+HOECKE.pdf?MOD=AJPERES>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- VARGAS Viancos, Juan Enrique, 2018: Chile, en Gobierno Judicial Independencia y fortalecimiento del Poder Judicial en América Latina. Alberto M. Binder y Leonel González Postigo (Directores). Centro de Estudios de Justicia de las Américas, CEJA, Santiago de Chile.
- VARGAS Vivancos, J. E., 2014: Nombramientos y promociones judiciales: ¿es realmente la política el problema? *Anuario de Derecho Público*, (1), 140-162. <http://derecho.udp.cl/wp-content/uploads/2016/08/Anuario2014.pdf>, p. 143.
- VON SAVIGNY, F. K., 1879: *Sistema del derecho romano actual* (Tomo 4). Traducido del alemán por Guenoux. Madrid, F. Góngora y Compañía.
- WITTRECK, F., 2006: *Die Verwaltung der Dritten Gewalt* (Vol. 143). Mohr Siebeck. p. 421.
- ZAPATA García, F., 2008: Sin temor ni esperanza. Condiciones estructurales de una eficiente juridificación de las expectativas normativas. *Revista de Estudios de la Justicia*, (10), 251-264. <http://web.derecho.uchile.cl/cej/rej10/ZAPATA.pdf> p. 256.
- ZAPATA Larraín, P., 1986: El derecho a disentir ante la ley penal: análisis del artículo 6° letra i de la ley 12.927 de Seguridad del Estado. *Revista Chilena de Derecho*. Vol. 13, No. 2 (mayo-agosto 1986), pp. 383-404. <https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14420/000308038.pdf?sequence=1>.

Jurisprudencia

- BAG, 06.05.2014 - 9 AZR 724/12. <http://juris.bundesarbeitsgericht.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bag&Art=en&nr=17518>
- BAG, 12.09.2006 - 9 AZR 807/05. <https://openjur.de/u/171220.html>
- BAG, 12.10.2010 - 9 AZR 518/09. <https://dejure.org/ext/123d71131f37537b6647f9c6ff64f1c7>
- BVERFG, 25.11.2011 - 2 BvR 2305/11. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/11/rk20111125_2bvr230511.html
- BVERFG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 25. November 2015 - 2 BvR 1461/15 -, Rn. (14), http://www.bverfg.de/e/rk20151125_2bvr146115.html
- BVERFG, Beschluss des Zweiten Senats vom 16. Dezember 2015. - 2 BvR 1958/13 -, Rn. 31. http://www.bverfg.de/e/rs20151216_2bvr195813.html
- BVERFG, Beschluss des Zweiten Senats vom 20. September 2016 - 2 BvR 2453/15 -, Rn. (17). Disponible en: http://www.bverfg.de/e/rs20160920_2bvr245315.html. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- BVERFG, Beschluss vom 24.09.2002 - 2 BvR 857/02. <https://openjur.de/u/180890.html>
- BVERFGE 83, 60 - Ausländerwahlrecht II. <http://www.servat.unibe.ch/dfr/bv083060.html>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- BVERWG 2 C 23.03, Urteil vom 28. Oktober 2004. <https://www.bverwg.de/281004U2C23.03.0>
- BVERWG 2 VR 1.16, Beschluss vom 21. Dezember 2016, Abs. 21. <https://www.bverwg.de/211216B2VR1.16.0>
- CORTE Constitucional de Colombia C-1143/00. <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2000/C-1143-00.htm>
- CORTE Constitucional de Colombia. C-349/17. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2017/C-349-17.htm>

- CORTE Constitucional de Colombia. C-436/13. Disponible en: <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2013/C-436-13.htm>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos Caso Caballero Delgado y Santana, Sentencia de 8 de diciembre de 1995. Serie C No. 22. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_22_esp.pdf > consultado el 28/06/2016. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos Caso Chocrón Chocrón VS. Venezuela Sentencia de 1 de julio de 2011 (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). http://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_227_esp.pdf, párr. 97.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos Caso del Tribunal Constitucional Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71, párr. 75. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_71_esp.pdf
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 22 de noviembre de 2005. Serie C No. 135. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_135_esp.pdf
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de junio de 2009. Serie C No. 197. http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf
- CORTE Suprema, Sala Cuarta (Mixta) Causa Nº 1482/2018 (Unificación de Jurisprudencia). Resolución Nº 6 de 3 de Abril de 2018. ID vLex: 707596289. Disponible en: <http://corte-suprema-justicia.vlex.cl/vid/sanchez-ilustre-municipalidad-castro-707596289>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- OVG Schleswig-Holstein, 21.10.2019-2 MB 3/19. Disponible en: http://www.gesetzesrecht.sprechung.sh.juris.de/jportal/portal/t/2o3m/page/bssshoprod.psml;jsessionid=C7DDBE0C3F649416A2D2BE582B113E12.jp14?pid=Dokumentanzeige&showdoccase=1&js_peid=Trefferliste&documentnumber=1&numberofresults=1&fromdoctodoc=yes&doc.id=MWRE190003572%3Ajuris-r02&doc.part=L&doc.price=0.0&doc.hl=1. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- SENTENCIA del Tribunal Europeo de Derechos Humanos Caso Langborger contra Suecia de 22 de junio de 1989, párr. 116. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164737>
- SENTENCIA Nº Rol 2290 de Tribunal Constitucional, 6 de Agosto de 2013. ID vLex: 453102406 <http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-453102406>
- STC 108/1986, de 29 de julio. Disponible en: <http://hj.tribunalconstitucional.es/es-ES/Resolucion/Show/671>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- STEDH 10328/83 Caso Belilos c. Suiza de 29 de abril de 1988 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164749>, párr. 64.
- STEDH 10328/83 Caso Belilos c. Suiza de 29 de abril de 1988 <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-164749>
- STEDH 9273/81 Caso Ertl y otros de 23 de abril de 1987. <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-165059>, párr. 38.
- STS 3449/2008 de 12/06/2008. <http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/112548/Empleo%20publico/20080717>
- STS de 27.11.2007 REC. 407/2006; S. 3.ª. https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1027400
- TC Nº Rol 2690 de 6 de Agosto de 2015. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3145>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- TC Rol Nº 3016-16 de 09 de mayo de 2016. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3251>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.

- TC Rol N° 3329-17 de 23 de Agosto de 2018, 13°. ID vLex: 737519481. Disponible en: <http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/737519481>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- TC Rol N° 3729-17 de 28 de Agosto de 2017, 27°. ID vLex: 692332513 <http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/692332513>
- TC Rol N° 1243 de fecha 30-12-2008. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1076>. Fecha de consulta: 22 de febrero de 2018.
- TC Rol N° 1448-09 de 07 de septiembre de 2010. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1522>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- TC Rol N° 1518-09 de 21 de octubre de 2009. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=1587>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- TC Rol N° 2180 de fecha 17 de Mayo de 2012, 27°. ID vLex: 371897638. Disponible en: <http://jurisprudencia.vlex.cl/vid/-371897638>. Fecha de consulta: 23 de octubre de 2019.
- TC Rol N° 2381-12 de 20 de agosto de 2013. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=2822>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- TC Rol N° 2897-15 de 4 de Julio de 2017. <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=3447>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- TC Rol N° 46-87, de fecha 21-12-1987. Disponible en: <https://www.tribunalconstitucional.cl/ver2.php?id=563>. Fecha de consulta: 03 de octubre de 2019.
- VG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2013 - 1 K 2614/12. <https://openjur.de/u/608517.html>

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100209>

La Contraloría en el proceso regulatorio

*Guillermo Jiménez Salas**

RESUMEN

Este trabajo examina los canales de comunicación entre la Contraloría General de la República y las autoridades del gobierno central en el proceso de toma de razón de reglamentos. Haciendo uso de investigaciones comparadas acerca del impacto de la maquinaria de control jurídico, este estudio evalúa la influencia de esta institución en el comportamiento burocrático. Basado en entrevistas con actores clave en estos procesos, se discuten varias funciones que desempeña la Contraloría por medio de su poder de escrutinio jurídico ex ante, tales como la promoción de deliberación, la facilitación de coordinación dentro de la rama ejecutiva, y la prevención de litigios, entre otros.

Contraloría; toma de razón; reglamentos

The Comptroller-General in the regulatory process

ABSTRACT

This paper examines the channels of communication between the Comptroller-General and public officials in the central government in the ex-ante legality review of administrative rulemaking. In fact, drawing on studies about the impact of legal accountability machinery, this study assesses the influence of the institution on bureaucratic behaviour. Based on interviews with key actors in these processes, the paper discusses a number of functions that the Comptroller-General is performing through its power of ex-ante legal scrutiny, such as promoting deliberation, facilitating coordination within the executive branch, preventing litigiousness, among others.

Comptroller-General; legality review process; rulemaking

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor en Derecho, University College London, Inglaterra. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7275-8078>. Correo electrónico: guillermo.jimenez@uai.cl

Artículo recibido el 30.4.20 y aceptado para su publicación el 4.7.20.

I. INTRODUCCIÓN

Este trabajo examina el rol de la Contraloría chilena en el control de la discrecionalidad administrativa en el proceso de toma de razón de reglamentos adoptando una aproximación enfocada en las prácticas informales. En el ámbito de la toma de razón, el rol de la Contraloría como un mecanismo de control interno aparece en su forma más destacada. Es distintivo de esta institución autónoma el hecho de que ella interviene en el proceso administrativo, revisando preventivamente la conformidad de una regulación administrativa con la legalidad¹. Es posible argumentar que esta característica hace a esta institución particularmente influyente dentro del proceso administrativo y un mecanismo excepcional entre los sistemas comparados².

Mediante la toma de razón, la institución examina miles de actos administrativos cada año, pero este trabajo se enfocará solo en las interacciones entre la Contraloría y el ejecutivo en relación con la potestad reglamentaria. Hasta cierto punto, la función de la Contraloría chilena en esta área se asemeja a las funciones que desempeñan ciertas instituciones estatales en otros sistemas. Por ejemplo, la toma de razón se parece al trabajo del *Conseil d'Etat* francés en su rol consultivo³. Insertándose al final del proceso administrativo, examina atentamente los borradores de regulaciones apuntando a los errores, ilegalidades, e inconsistencias. En contraste con su contraparte francesa, sin embargo, la institución chilena no solo aconseja y hace recomendaciones, sino que también puede impedir la dictación de una regulación si la considera antijurídica por medio de la denominada “representación”. Aunque raramente se ha ejercido en los tiempos actuales, este poder de veto tiene un enorme impacto ulterior en las interacciones entre la burocracia chilena y esta institución de control⁴. Asimismo, la naturaleza interna de la Contraloría y su función como un supervisor del proceso regulatorio puede atraer comparaciones con otros mecanismos no judiciales de revisión que han proliferado en otras partes en las últimas décadas a raíz de las reformas basadas en *New Public Management*⁵. Con todo, un par de elementos distinguen al caso chileno de la mayoría de aquellas formas de control, pues precede largamente a las políticas de NPM de las últimas décadas. Además, porque mientras que la mayoría de los llamados mecanismos de “metarregulación” se han enfocado en análisis de costo-beneficio y en la reducción de cargas regulatorias⁶, la Contraloría ha permanecido centrada en problemas de regularidad administrativa, legalidad, y eficacia⁷.

Este trabajo explicará que para revelar el verdadero rol de esta organización en el proceso reglamentario, es necesario mirar de cerca a aquellas interacciones cotidianas que

¹ SILVA, 1996, p. 202; CORDERO, 2007; GARCÉS y RAJEVIC, 2009.

² BRAIBANT *et al.*, 1973, pp. 224-234.

³ FREEDEMAN, 1968, cap. 5.

⁴ CEBALLOS, 1946; MACÍAS, 1946; ATRIA, 2012; FAÚNDEZ, 2011, cap. 5 y 9.

⁵ BREYER, 1993; HOOD *et al.*, 1999; MORGAN, 2003.

⁶ WIENER y ALEMANO, 2010; MORGAN, 2003; SUNSTEIN, 2013.

⁷ LETELIER, 2015.

tienen lugar en la sombra de su poder de veto o representación. La tarea de lidiar con estas historias que ocurren tras bambalinas será llevada a cabo mediante el análisis de docenas de entrevistas con funcionarios administrativos, autoridades de la Contraloría, y litigantes. Yendo más allá del derecho en los libros y prestando atención al derecho en acción, este estudio revela cómo se despliegan los encuentros regulatorios entre aquellos funcionarios, y cómo ellos pueden ser evaluados en términos de su contribución al resultado final de una acción administrativa razonada, responsable, y efectiva.

Una explicación completa de las funciones que puede cumplir este mecanismo requiere mirar las prácticas informales que han emergido tras las formalidades del proceso de toma de razón. De hecho, se han desarrollado reglas y procedimientos informales, llenando vacíos dejados por la regulación formal del proceso⁸. Los funcionarios del ejecutivo reportan que un rechazo por parte de la Contraloría les impone un alto costo. En particular, cuando la decisión bajo revisión es una regulación con efectos generales, un rechazo puede implicar un costo político porque los partidos de oposición, y las industrias reguladas, denunciarán que el gobierno está infringiendo el Estado de Derecho. Además, para los asesores jurídicos, un rechazo o representación impactará negativamente en su credibilidad frente a las autoridades políticas. Esto significa que ellos harán todo tipo de esfuerzos para evitar una respuesta negativa de la Contraloría. En estos casos, se desarrollará un diálogo informal entre esta organización y la administración activa. La institución de control puede, entonces, solicitar cambios a la regulación administrativa o incluso modificaciones de política. El mundo real de la toma de razón tiene lugar exactamente acá. Esta es un área casi inexplorada por los académicos, e incluso solo tenuemente comprendida para la mayoría de los funcionarios públicos.

Antes de comenzar, es necesario hacer un breve comentario acerca de la metodología. Este trabajo se basa en una investigación de naturaleza primariamente “cualitativa” al intentar entender el control preventivo de legalidad que realiza la Contraloría en la toma de razón en tanto fenómeno social relativo al funcionamiento de la burocracia pública bajo constreñimientos jurídicos. Como explica Webley, “la investigación cualitativa no depende de la cuantificación estadística sino que intenta capturar y categorizar fenómenos sociales y su significado”⁹. Respecto de la recopilación de información, empleé múltiples fuentes para asegurar triangulación y capturar un amplio rango de experiencias. Realicé trabajo de campo en Santiago entre octubre y noviembre de 2015, y luego entre abril y mayo de 2016. Además de trabajo de archivo, realicé 40 entrevistas semiestructuradas con actores clave que trabajan en la Contraloría o en instituciones vinculadas con ella, asegurando anonimato a todos los entrevistados. Utilicé la técnica de bola de nieve como método de selección de la muestra de entrevistados, la que incluyó: (i) Personas con experiencia como asesores jurídicos en ministerios que poseen interacción permanente

⁸ La mayoría de estos pueden ser vistos como “instituciones complementarias informales”, esto es, aquellas que “moldean la conducta de maneras que no vulneran las reglas formales globales ni producen resultados sustantivamente distintos. Frecuentemente, ellos son vistos para mejorar la eficiencia o eficacia de las instituciones formales” (HELMKE y LEVITSKY, 2006, pp. 13-14).

⁹ Webley, 2012, p. 928.

con la Contraloría, o como jueces en tribunales; (ii) personas con experiencia como funcionarios en la Contraloría; y (iii) personas con experiencia representando a organizaciones públicas o privadas (ONG y firmas de abogados) frente a la Contraloría.

Este trabajo está dividido en seis secciones principales. Tras la sección II que explica brevemente la organización y procedimiento con el que opera la toma de razón, cada una de las siguientes secciones examina alguna de las potenciales funciones que legitiman el rol revisor de la Contraloría en el proceso administrativo: legalidad (III), deliberación (IV), coordinación (V), representación de intereses (VI) y prevención de litigios (VII). En la conclusión se resumen las principales lecciones del trabajo, y lo que ellas sugieren acerca de la reforma de la Contraloría en el contexto político latinoamericano.

II. DEPARTAMENTOS CLAVE Y LAS REUNIONES DE REVISIÓN

La Contraloría cubre una variedad de funciones tales como auditoría, investigaciones disciplinarias, y contabilidad, entre otras. Para llevar a cabo estas tareas, se organiza en varias Divisiones y Comités. Para ilustrar este punto me enfocaré en sus principales funciones regulatorias, que se concentran en dos unidades: la División Jurídica, particularmente su Comité IV, y la División de Infraestructura y Regulación (DIR). Su importancia deriva del hecho de que ellas desempeñan las funciones más relevantes en términos de interpretación jurídica. La mayoría de los comentarios que recibí durante las entrevistas realizadas para esta investigación se refirieron a experiencias con dichas oficinas. En las entrevistas se discutió repetidamente la dinámica de las reuniones entre revisores, asesores jurídicos de gobierno, y abogados. En lo que sigue, bosquejaré los rasgos orgánicos de estas entidades y las principales características de estas reuniones de revisión.

La unidad primaria a cargo de la toma de razón es la División Jurídica. Dos abogados sénior —el jefe y el subjefe— encabezan esta división. Ellos, a su vez, supervisan el trabajo de los comités especializados internos, cada uno de ellos posee su propio portafolio. Aparte de estos altos funcionarios, esta división se compone de aproximadamente 40 abogados asignados a siete comités, cada uno de estos posee responsabilidad por una o más áreas específicas de la administración pública. A diferencia de otras áreas dentro de la institución, no existen otros profesionales, como arquitectos, economistas, contadores, administradores públicos, o ingenieros civiles, trabajando en esta división. Ella está compuesta exclusivamente por abogados.

Entre los siete comités que componen a la División Jurídica, el Comité IV ha sido históricamente el más prestigioso. Tradicionalmente, esta oficina fue concebida como una especie de unidad de elite, donde los funcionarios con más experiencia llegaban hacia el final de una larga carrera, sirviendo en diferentes cargos dentro de la institución. Estos funcionarios por consiguiente tendrían una visión panorámica tanto de las operaciones de la Contraloría como del funcionamiento de la burocracia pública bajo su supervisión. En otras palabras, esta unidad representaba la cúspide de una carrera exitosa dentro de la Contraloría. Sin embargo, esa tradición en buena medida parece haber perdido su

vitalidad, y actualmente esta oficina combina abogados junior y sénior de una manera más equilibrada. Además, algunos de los miembros actuales de esta oficina han tenido experiencia fuera de la Contraloría como funcionarios de la administración activa en puestos ministeriales y en otros órganos administrativos. Los últimos cambios fueron generados por modificaciones introducidas por el Contralor Mendoza durante su mandato¹⁰.

Mientras que otros comités revisan decisiones administrativas rutinarias, como empleo y contratación pública, el Comité IV está primariamente a cargo de los casos más complejos. La dificultad de los casos asignados a este comité explica su liderazgo. Consistente con esto, estos abogados tienen una responsabilidad primaria respecto del escrutinio de las potestades regulatorias de la administración, y también respecto de la emisión de opiniones jurídicas a petición de otras divisiones y actores externos a la Contraloría. En consecuencia, los miembros de este comité ejercen simultáneamente tareas de toma de razón y otras relativas a la potestad dictaminante.

Otra división que se involucra de manera relevante con la toma de razón es la DIR. Esta es una división especializada, independiente de la División Jurídica, que también incluye varios comités internos. Una organización de naturaleza multidisciplinaria, esta entidad combina abogados y otros profesionales. La tarea primaria de esta oficina consiste en controlar una variedad de procesos regulatorios, así como procedimientos de fijación tarifaria en industrias reguladas y procesos de planificación urbana. Igual como el Comité IV, la DIR también es altamente apreciada como resultado de la competencia técnica de sus miembros y la complejidad de su portafolio.

Tras esta breve explicación de la organización, es conveniente esbozar los rasgos básicos del proceso de toma de razón, de la misma forma como opera en la práctica. Primero que todo, tras unos filtros preliminares básicos en donde jefes de división y jefes de comité asignan las tareas, un funcionario –usualmente llamado “abogado informante”– inicia el proceso dentro del respectivo departamento, DIR o Comité IV. Regularmente, este funcionario es un abogado joven que debe realizar una revisión jurídica directa de una regulación administrativa, redactar un informe, y proponer un resultado –aprobarla, representarla, o solicitar modificaciones–. El informante está frecuentemente especializado en ciertas áreas del derecho o en algunos regímenes regulatorios específicos. Tiene que reportar al jefe del comité, con quien usualmente puede discutir dudas y definir estrategias. El resultado de su trabajo es subsecuentemente supervisado por el jefe o subjefe de la división, y puede finalmente ser revisado por el Contralor General mismo, si la firma no está delegada en otro funcionario¹¹. Por tanto, la rutina de trabajo básica consiste en una cadena de revisiones compuestas de al menos dos niveles de debate interno. Estos circuitos provocan repetidas discusiones dentro de la organización.

El resultado preliminar más usual del proceso de revisión es la solicitud de modificaciones a la regulación. Lo más habitual es que el abogado informante sea quien

¹⁰ Entrevista con abogado de la Contraloría (19.11.2015).

¹¹ Dos importantes ejemplos de delegaciones de facultades del Contralor en sus subalternos son las resoluciones 104 y 105, ambas de 30 de diciembre de 2016 (D.O. 8 de enero de 2017) que delegan la firma en el Jefe de la División de Infraestructura y Regulación, y en el Jefe de la División Jurídica, respectivamente.

discuta esto directamente con la agencia administrativa que promueve la regulación. Tras alcanzar una decisión interna acerca de los méritos de la regla bajo examen, el informante llama a los reguladores e indica los defectos que detecta en la propuesta de regulación. Entonces, organiza un encuentro o reunión formal para discutir los términos de las modificaciones que se necesita que se introduzcan. Hasta este punto, la Contraloría no ha tomado ninguna decisión formal, esto es, no existe una decisión razonada que indique los errores o ilegalidades que presenta la regla hasta ese minuto.

Las reuniones en donde se discuten cuáles son los límites jurídicos de las potestades administrativas para dictar reglamentos son en cierta medida informales. Debido a que las reuniones tienen lugar en las instalaciones de la Contraloría, los abogados informantes son los anfitriones de estos encuentros. Estos consisten normalmente en reuniones bilaterales atendidas solo por uno o dos abogados informantes de la Contraloría, y los funcionarios que representan a los ministerios. Solo excepcionalmente estas reuniones adoptan un carácter multilateral, reuniendo representantes de diversas agencias administrativas simultáneamente. Lo más frecuente es que los abogados de la Contraloría se reúnan con ellos de manera separada. Las reuniones con representantes de intereses privados también tienen lugar de forma independiente.

Estos encuentros representan el núcleo del proceso de revisión que lleva a cabo la Contraloría. Los funcionarios del ejecutivo señalan a estas reuniones como el momento crítico en sus interacciones con esta institución de control. No es sorprendente que las regulaciones formales a nivel constitucional y legal no mencionen esta etapa del proceso. Puede sostenerse que estas discusiones y encuentros tienen lugar a la sombra del derecho. Sin embargo, puede que estas reuniones también encarnen la lógica última detrás de este arreglo institucional de control jurídico que denominamos toma de razón. Las regulaciones administrativas que han pasado con éxito por este proceso de revisión son estampados con un sello que contiene la expresión "tomado de razón". Pero tras este simple timbre usualmente se despliega un extenso proceso de discusión, explicación, entrega de razones, persuasión, e incluso compromiso.

III. EL CONTROL DE LEGALIDAD Y SUS COSTOS

La función primaria de la toma de razón es llevar a cabo un escrutinio jurídico respecto de las regulaciones propuestas por el gobierno. Cuando se mira este aspecto, la primera pregunta que surge es si este proceso de revisión de legalidad es una mera formalidad para la actuación del ejecutivo. Esto sería consistente con ideas bastante difundidas acerca de las extendidas formas caudillistas de gobierno, autoritarismo presidencial, y dominio del ejecutivo en Latinoamérica¹². Desde este punto de vista, la toma de razón no representaría una amenaza real a los poderes regulatorios del ejecutivo, ya que la Contraloría estaría inclinada a respaldar la mayoría de las acciones promovidas por el

¹² GARGARELLA, 2013; PRADO, 2011.

gobierno. Además, el escepticismo hacia la autoridad de este organismo podría basarse en la creencia de que su carácter administrativo hace más improbable que ella se aleje de concepciones de la legalidad propias del ejecutivo. A causa de que la ubicación institucional tiende a moldear las interpretaciones del derecho¹³, uno podría ser reacio a asignar a un órgano administrativo la tarea de asegurar de que el ejercicio de poder regulatorio opere dentro de los marcos del derecho. Dicho de manera levemente distinta, esta agencia de control bien podría actuar como una organización subordinada que desempeña funciones de colaboración con el ejecutivo –especialmente funciones consultivas o asesoras–, pero rara vez en contra de la voluntad política del Presidente.

Quizás sea sorprendente que esta no sea la visión prevalente en el contexto chileno. Al contrario, la toma de razón es usualmente vista como un examen para el ejercicio del poder administrativo que es extraordinariamente difícil de sobrepasar. La independencia constitucional de esta institución y su cultura interna de control pueden explicar su actitud bastante firme respecto del control de legalidad. Aunque los funcionarios de la Contraloría se perciben a sí mismos como parte de la maquinaria administrativa del Estado, más que personal judicial, ellos no necesariamente se alinean con las preferencias políticas de la presidencia. Además, los funcionarios del ejecutivo constantemente protestan que la Contraloría interfiere indebidamente en sus decisiones discrecionales.

En las entrevistas realizadas durante esta investigación un abogado de gobierno señaló que la Contraloría –infringiendo lo establecido en el artículo 21B de su ley orgánica– invade la esfera de discrecionalidad que legítimamente la ley le atribuye al ejecutivo¹⁴. En su opinión, esto es particularmente serio en el proceso regulatorio. La Contraloría reduce el margen de discrecionalidad del ejecutivo por la vía de imponer concepciones legalistas e incluso literalistas de sus potestades públicas. En algunos casos, las concepciones restrictivas de la legalidad denunciadas por este funcionario se basaban en los propios precedentes de la Contraloría. Otros funcionarios reportaron que en ocasiones el Contralor le exige prácticamente repetir literalmente la redacción de la legislación habilitante, limitando de esa manera el espacio para la innovación y la experimentación regulatoria¹⁵. De acuerdo con una funcionaria, lo que es especialmente amenazante es que esta actitud no se expresa necesariamente en decisiones adversas formales, sino que mediante intercambios informales con los funcionarios de la Contraloría¹⁶. Ella sostuvo que esto hace que las visiones de la Contraloría sean más extendidas y hostiles que las que se encarnan en sentencias judiciales, porque estas últimas son más esporádicas, fragmentadas, y públicas.

Los abogados de gobierno explican que este celo formalista también puede tener serias consecuencias para su trabajo, ya que la existencia de errores menores, incluso meramente formales, erosiona su credibilidad profesional a la vista de sus superiores

¹³ MORRISON, 2011, p. 1688; DAINITH y PAGE, 1999, cap. 1.

¹⁴ Entrevista con abogado de gobierno (22.09.2014).

¹⁵ Entrevista con asesor jurídico (19.11.2015).

¹⁶ Entrevista con abogado de gobierno (16.11.2015).

políticos¹⁷. Esto lleva a los funcionarios del ejecutivo a evitar contradecir las opiniones de la Contraloría y tratar de alcanzar un acuerdo en un contexto más privado y confidencial. Esto puede implicar que los objetivos iniciales sean abandonados y los reguladores finalmente solucionen el desencuentro mediante la adopción de instrumentos y objetivos regulatorios menos atractivos pero más aceptables para la institución de control.

El retraso y el efecto conservador de la toma de razón hacen eco de críticas expresadas en contra del “efecto petrificador” de otras formas de supervisión –especialmente la revisión judicial– en el proceso regulatorio en Estados Unidos¹⁸. La petrificación del proceso regulatorio se refiere al fenómeno de acentuada inercia en la creación de reglas por parte de agencias administrativas como consecuencia de obstáculos institucionales impuestos a los reguladores. La fuente de este letargo regulatorio puede estar ubicado en la rama judicial, en la legislativa, o incluso en la presidencia misma. Como posibles consecuencias de la petrificación regulatoria se han reportado la reticencia a embarcarse en proyectos regulatorios innovadores, a actualizar reglas obsoletas, y a diseñar regulaciones más flexibles en el futuro¹⁹.

En Chile, un caso de desacuerdo acerca de una regulación medioambiental puede ilustrar el riesgo de petrificación²⁰. La regulación bajo revisión tenía por intención modificar un reglamento, dictado por un gobierno previo, que implementaba un programa de descontaminación en un pequeño pueblo. Aunque no afectaba la sustancia de la regulación, el nuevo reglamento apuntaba a corregir varias deficiencias técnicas en el estatuto vigente. El cambio era, por tanto, bastante simple. Sin embargo, el revisor se opuso de manera empeñada al nuevo reglamento. Aparentemente, ya que había sido el responsable de revisar la regulación original, este funcionario no veía por qué eran necesarios los cambios. De acuerdo con el abogado de gobierno a cargo de la negociación, su posición fue sorprendente e incluso irracional, ya que no estaba basada en razones jurídicas. Al inicio, la posición negativa del revisor pudo haber impedido la introducción de cambios beneficiosos a la regla anterior que estaba siendo disfuncional. Acá la toma de razón habría operado como un obstáculo petrificante. No obstante, el abogado de gobierno admite que el revisor fue finalmente convencido –tras casi un año de discusión– de los beneficios que el cambio produciría, e incluso propuso algunos cambios al reglamento que lo hicieron más efectivo. Después de todo este proceso, sin embargo, la dictación del reglamento no fue totalmente paralizada, pero fue retrasada de forma considerada y su contenido fue modificado.

Un funcionario del ejecutivo con experiencia en regulación urbana también expresó una visión negativa de los efectos de la Contraloría en el proceso regulatorio²¹. Él apuntó al retraso y la petrificación como los problemas más serios de su departamento con la toma de razón. A pesar de que el plazo formal para la revisión de la Contraloría

¹⁷ Entrevista con abogado de gobierno (4.11.2015).

¹⁸ PIERCE, 1995.

¹⁹ MCGARITY, 1992, p. 1396.

²⁰ Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2015).

²¹ Entrevista con abogado de gobierno (16.11.2015).

es de quince días, cuando el proceso completo de revisión, encuentros, y correcciones se toma en cuenta, el proceso de toma de razón de algunos reglamentos puede tomar más de un año. Aunque el proceso se puede acelerar en algunas ocasiones, no es inusual que los retrasos regulatorios creen problemas para administraciones que gobernarán por solo cuatro años sin reelección. Por tanto, los asesores del ejecutivo protestan que se pierden oportunidades políticas cruciales para realizar reformas. Este funcionario reclamó que ha terminado discutiendo y negociando cada reglamento palabra por palabra. Durante extensas y extenuantes reuniones, los revisores piden una clara articulación de los objetivos de la regulación, continúan examinando su adecuación al propósito, y finalmente examinan en detalle cada precepto contenido en el reglamento bajo revisión. Ellos exigen que los abogados del ejecutivo exhiban respaldo legal específico para cada precepto del reglamento, y piden definiciones claras de los términos usados en él. Tras recibir comentarios en una de estas reuniones, se inicia un trabajoso proceso de comunicación por correo electrónico en donde se discuten numerosos borradores.

Un asesor jurídico del ejecutivo indica que un problema serio es que la legislación es bastante defectuosa, y los reglamentos ofrecen una oportunidad para remediar este problema²². En otras palabras, los reglamentos podrían compensar las deficiencias de un proceso legislativo cuyos resultados son propensos a la ambigüedad y a los compromisos carentes de principios²³. Pero los requerimientos regulatorios impuestos por la Contraloría son tan altos y estrictos que se pierden las oportunidades para encontrar soluciones a estas imperfecciones. Otra consecuencia de lo que es percibido como un proceso de revisión obstructivo es el uso del equivalente a las llamadas *non rules* en el contexto de Estados Unidos²⁴. En otras palabras, los órganos del ejecutivo usan instrumentos que no están sometidos a la revisión de legalidad para regular sus sectores respectivos. Esta ruta efectivamente esquiva la interferencia de la Contraloría, pero también elimina completamente la contribución positiva que puede realizar la toma de razón al proceso reglamentario. Sin embargo, el uso de instrumentos menos formalizados no es siempre posible. A veces es una ley la que exige que una norma se someta a la toma de razón. Si el escalamiento de la disputa política con la Contraloría es también imposible, la agencia administrativa probablemente abandonará la política o buscará autorización legislativa expresa. En este último caso, el escenario más probable será que el ejecutivo buscará esta habilitación mediante glosas presupuestarias en la Ley Anual de Presupuestos. Esta alternativa es notoriamente inferior a la legislación ordinaria por su menor espacio para la deliberación, breves plazos, y opacidad.

²² Entrevista con asesor jurídico (19.11.2015).

²³ MASHAW, 1999, cap. 6.

²⁴ PIERCE, 1995, p. 62.

IV. LA TOMA DE DECISIONES RAZONADA

Otra tarea de la toma de razón puede ser asociada con una importante finalidad del derecho administrativo: el ideal de administración razonada²⁵. En la sección anterior discutí la idea de legalidad en el acotado sentido de la verificación de la existencia de una autorización legislativa previa a la realización de una actuación administrativa. Sin embargo, una noción más ambiciosa de legalidad administrativa exige no solo un permiso previo de la legislatura, sino también la satisfacción de requerimientos más demandantes de racionalidad y justicia. De hecho, en un grado importante, una de las premisas de la burocracia como un ideal político es la administración racional. En este sentido, la actividad administrativa puede ser asociada a ciencia y experticia, y con decisiones respaldadas por la evidencia y justificaciones²⁶. Esto es consistente con la creencia de que la acción administrativa no debería ser meramente una ciega implementación de la voluntad de las ramas electas del gobierno, ya sea el ejecutivo o la legislatura. Al contrario, los órganos administrativos deberían ser capaces de hacer una contribución independiente al gobierno de la comunidad en términos de lo que podría ser llamado “justicia burocrática”²⁷.

Una manera de asegurar este elemento de justicia en la elaboración de reglas administrativas es promover procedimientos deliberativos en los que se piden explicaciones y se dan razones. Desde esta perspectiva, la meta última sería cerciorarse de que las autoridades públicas toman decisiones justificadas racionalmente. Estableciendo instancias de cuestionamiento y discusión dentro del gobierno podría ayudar a producir decisiones administrativas mejor justificadas en primer lugar, sin necesidad de una corrección en una instancia judicial posterior. Reflexionando acerca de la operación del *Conseil d'Etat* dentro de los procesos administrativos franceses, Hamson destaca algo de esto. Él afirma que “el valor de estas decisiones preliminares e informales, o de la ayuda que brinda al poner en el foco los elementos reales del problema e iluminar la solución” es de la mayor importancia en la acción de esta institución²⁸. Aunque esto se refiere a la deliberación interna del *Conseil*, un fenómeno similar tiene lugar en los intercambios “internos” entre los funcionarios revisores y los sometidos a revisión en el marco de la toma de razón. Por eso vale la pena preguntarse ¿Tiene el proceso de toma de razón alguna conexión con este ideal dialógico?

Existen algunos indicios de este tipo de contribución en la acción de la Contraloría. Una abogada de gobierno, por ejemplo, entrega una descripción detallada de las reuniones durante el proceso de revisión de reglamentos retratándolos con un tono bastante dialógico²⁹. Ella los describe como talleres en donde se discuten borradores. En estas reuniones, un grupo de abogados que representan distintas visiones respecto del asunto

²⁵ MASHAW, 2001; MASHAW, 2016.

²⁶ EDLEY, 1992.

²⁷ MASHAW, 1983.

²⁸ HAMSON, 1954, p. 62.

²⁹ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.11.2015).

comparten sus opiniones sobre distintas maneras en que se podría mejorar la regulación. Los abogados de la Contraloría se enfocan en preceptos ambiguos y preguntan por explicaciones de la intención tras el reglamento y las reglas que lo componen. Como hemos visto, aunque en términos menos positivos, otros asesores de gobierno también han destacado la necesidad de explicar a la Contraloría los propósitos que se persiguen con el reglamento que se propone y la manera en que ellos se adecuan al marco jurídico del sector respectivo.

La discusión se desarrolla en términos informales sin que circulen opiniones escritas. Esto frecuentemente implica que los funcionarios de gobierno tienen que tomar sus propias notas acerca de las observaciones y comentarios de sus contrapartes revisoras. Uno de los funcionarios entrevistados indica que las observaciones no son simplemente formalistas³⁰. Cuando las explicaciones que da el ejecutivo satisfacen a los revisores, las discusiones se terminan en esa misma reunión. Pero frecuentemente, la discusión genera cambios en los borradores. El tono de la conversación es profesional y hay consenso entre los entrevistados de que el nivel técnico de los revisores es alto. De hecho, uno de los asesores de gobierno describe las reuniones como discusiones entre expertos, e incluso afirma que siempre es posible persuadir a la contraparte si se articula un argumento jurídico bien fundado³¹.

Al final de la reunión, los funcionarios de gobierno son invitados a retirar el reglamento para introducir las modificaciones solicitadas. Sin embargo, los abogados de gobierno y los de la Contraloría pueden acordar que ciertos asuntos especialmente controvertidos no sean discutidos en la reunión. Cuando los asuntos son políticamente sensibles, los desacuerdos pueden ser elevados al ministro respectivo y las autoridades superiores de la Contraloría, pudiendo alcanzar al Contralor General mismo. Sin embargo, este “escalamiento” es una práctica excepcional porque puede implicar un alto costo para el gobierno o un daño reputacional a los funcionarios de gobierno.

Otro abogado de gobierno sénior afirma que ella personalmente ha obtenido lecciones positivas del proceso de toma de razón³². Lo percibe como un proceso de razonamiento y destaca sus beneficios instrumentales. De acuerdo con ella, el examen en la toma de razón ayuda a la administración activa al forzarla a ejercitar autodisciplina y clarificar sus ideas acerca del propósito de la regulación que se propone y las justificaciones que posee. Acá pareciera que estaría operando lo que la literatura denomina efecto centinela o reacción anticipatoria: anticipando la revisión, la tomadora de decisión es más diligente de lo que ella de otra manera sería³³. Este abogado de gobierno no cree que sea el revisor quien directamente entrega opiniones iluminadoras, sino que es más bien el proceso mismo el que crea oportunidades para mejorar la calidad jurídica de las reglas dictadas por el gobierno. Todo esto indudablemente puede ayudar a robustecer las regulaciones.

³⁰ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.11.2015).

³¹ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.11.2015).

³² Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.05.2016).

³³ VERMEULE, 2011, pp. 1464-5; STONE, 1992, p. 238; RUSSELL y COWLEY, 2016, p. 123.

Otra abogada de gobierno con experiencia en protección ambiental también destaca los beneficios deliberativos de la revisión³⁴. Reflexionando acerca de su propia experiencia, admite que el proceso fue prolongado y que la institución revisora se tomó un largo tiempo en analizar la regulación. Pero, en su opinión, esto parecía razonablemente explicado por la complejidad del asunto bajo examen. Este caso trataba de la revisión de un plan de descontaminación y como la regulación involucraba una variedad de sectores –transporte, economía, y salud, entre otros–, los revisores necesitaban tiempo para entender la regulación y sus efectos. En su experiencia, el proceso completo tomó seis meses, durante los que se formularon preguntas, se dieron respuestas, y se efectuaron las respectivas correcciones. Aunque el proceso se concentró en los abogados, en ocasiones se necesitó asistencia técnica para clarificar los aspectos científicos de los preceptos reglamentarios. Funcionarios de carrera dentro de la Contraloría y el respectivo ministerio llevaron a cabo la mayoría de las discusiones sin intervención de las autoridades políticas. En general, la experiencia de esta funcionaria fue positiva y ella incluso describe la toma de razón como un proceso de aprendizaje gratificante.

Sin embargo, también existen visiones más escépticas de las virtudes deliberativas de la toma de razón. Un abogado de gobierno sénior, por ejemplo, reclamó que la Contraloría no entrega razones de sus decisiones³⁵. Él sostiene que la institución no se compromete en un diálogo real; más bien, impone su opinión de una manera completamente autoritaria. Otros abogados de la administración activa comparten esta visión negativa. Una expresó su frustración con las opiniones poco constructivas de la institución³⁶, explicando que había dado razones y argumentos, escrito memorándums explicando su posición, y había tenido largas y extenuantes reuniones con los revisores, pero que nada de esto hacía que Contraloría cambiara de posición. De forma similar, el abogado mencionado al inicio protestó que la Contraloría prácticamente tiene una ilimitada discreción y que adopta una actitud arrogante³⁷. En su opinión, la mejora regulatoria tras el proceso de toma de razón es inexistente. Finalmente, como una reacción a actitudes negativas en las reuniones, algunos abogados del ejecutivo han optado por obtener un rechazo formal para poder entender qué es lo que realmente sustenta la posición de la Contraloría³⁸. Sin embargo, han terminado desilusionados por la ausencia de razones tras las decisiones tomadas por la institución, ya que ella expresa sus opiniones de manera oscura, breve y a veces incluso enigmática.

Los abogados de la administración activa sugieren que la exigente examinación de los reglamentos se basa en ocasiones en un sentido de superioridad profesional respecto de los abogados de gobierno³⁹. Los revisores de la Contraloría se verían a sí mismos como técnicamente superiores en asuntos de derecho administrativo respecto de los

³⁴ Entrevista con abogado sénior de gobierno (2.05.2016).

³⁵ Entrevista con abogado sénior de gobierno (11.09.2014).

³⁶ Entrevista con abogado sénior de gobierno (16.11.2015).

³⁷ Entrevista con abogado sénior de gobierno (11.09.014).

³⁸ Entrevista con abogado sénior de gobierno (16.11.2015).

³⁹ Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2015).

asesores jurídicos dentro de la rama ejecutiva del gobierno. Sin embargo, y quizás más importante aún, ellos se perciben de alguna manera como exhibiendo una integridad profesional superior. Podemos ilustrar esto con la distinción que en Estados Unidos ha efectuado David Fontana entre abogados de gobierno y abogados del servicio civil⁴⁰. Siguiendo esta perspectiva, mientras los abogados de la Contraloría constituirían una forma de abogados del servicio civil caracterizados por un compromiso con ideales permanentes de legalidad administrativa, sus contrapartes en el gobierno serían vistos como abogados políticos que serían proclives a adoptar concepciones de los requerimientos de la legalidad más partisanos y miopes. Como resultado, los abogados de la Contraloría podrían tender a adoptar una actitud arrogante, y serían reacios a comprometerse en un proceso de deliberación y discusión genuino.

V. LA COORDINACIÓN DEL EJECUTIVO

Una instancia de revisión centralizada como la toma de razón también puede desempeñar funciones de coordinación dentro del gobierno⁴¹. Aprovechando su naturaleza centralizada y su competencia multisectorial, la resolución de problemas de coordinación dentro del ejecutivo podría ser uno de los roles de la Contraloría. Enfrentando a una burocracia fragmentada, heterogénea, y con frecuencia insuficientemente profesionalizada, un supervisor centralizado como el Contralor General podría facilitar la coordinación y la comunicación entre los órganos administrativos. Además, explotando su posición institucional estratégica, puede agregar perspectivas e información desde una amplia gama de actores dentro de la burocracia. Al mismo tiempo, debido a su posición, la Contraloría podría facilitar la rendición de cuentas desde la burocracia hacia la cabeza del ejecutivo y, como consecuencia, mejorar la rendición de cuentas políticas desde el ejecutivo hacia el pueblo⁴². En un régimen presidencial como el chileno, la institución políticamente responsable hacia el pueblo es la presidencial, y deben existir canales para monitorear que el aparato burocrático subordinado está implementando sus preferencias políticas.

La visión de la Contraloría chilena como un notable instrumento de centralización no es completamente nueva. En un trabajo clásico, Arturo Valenzuela sugirió que la institución poseía una fuerza centralizadora que afectaba a las municipalidades de manera relevante, a pesar de ser indirecta y simbólica⁴³. Además, se ha retratado a la Contraloría como una influencia poderosa en las fuerzas centralizadoras que operan en el país, ofreciendo un marcado contraste con los países vecinos⁴⁴. Sin embargo, la función de la Contraloría como un mecanismo coordinador también puede ser detectada más allá de las interacciones entre el gobierno central y los gobiernos locales. Es también

⁴⁰ FONTANA, 2012, p. 28.

⁴¹ SUNSTEIN, 2013; VERMEULE, 2015; BREYER, 1993.

⁴² KAGAN 2000.

⁴³ VALENZUELA, 1977, cap. 2.

⁴⁴ ANGELL *et al.*, 2001, pp. 80-81.

evidente dentro del gobierno central mismo. La contribución de esta organización a nivel de elaboración de reglamentos opera de dos formas. Por un lado, el proceso de toma de razón pareciera facilitar monitoreo presidencial sobre los ministerios. En este sentido, la institución puede prevenir que ministerios y otros organismos administrativos dicten reglamentos relevantes sin el conocimiento previo de la presidencia. Por el otro, la Contraloría puede fortalecer la coordinación entre órganos administrativos, evitando que perspectivas potencialmente miopes prevalezcan dentro del proceso regulatorio.

En relación con la primera perspectiva, un abogado de gobierno explicó el rol de la Contraloría como una especie de “detector de humo” de insubordinación ministerial⁴⁵. Este funcionario indica que su oficina detectó que otros ministerios estaban evadiendo el control presidencial respecto de la elaboración de reglamentos mediante el envío directo de regulaciones a la toma de razón sin el debido respeto por los procedimientos de autorización internos a nivel de la oficina presidencial. La razón para esto es que la oficina presidencial dedicaba la mayoría de sus capacidades al proceso legislativo, y por tanto era incapaz de monitorear todas las reglas elaboradas por el resto de la rama ejecutiva. Solo las más importantes eran rutinariamente monitoreadas. A causa de que esto amenazaba la consistencia de la política regulatoria del ejecutivo, la reacción fue usar a la Contraloría como un “detector de humo” de potenciales actos de insubordinación ministerial. De esta manera, la oficina de la presidencia fortaleció sus vínculos con la Contraloría para minimizar nocivos contactos directos entre los órganos sectoriales y la institución de control. En otras palabras, sin la etapa de control en la Contraloría, ministerios y órganos administrativos podrían más libremente dictar reglamentos con casi nulo involucramiento presidencial. La existencia de la institución por tanto le da al gobierno una oportunidad para detectar intentos de dictación inesperada de reglamentos y la provee de una instancia para controlar el proceso reglamentario.

En forma habitual, el rol de la Contraloría es simplemente actuar como un anfitrión y coordinador, resolviendo disputas entre ministerios sectoriales. Un caso en que se ejerció esta función tuvo lugar en relación con una regulación acerca del etiquetado de alimentos que originó una agria controversia entre el Ministerio de Salud y el Ministerio de Relaciones Exteriores. El Ministerio de Salud estaba proponiendo una agresiva política de etiquetado para alertar a los consumidores de los componentes contenidos en alimentos poco saludables, mientras que el Ministerio de Relaciones Exteriores temía que esta política dañara la imagen internacional del país o, incluso peor, causar litigación con multinacionales en tribunales de comercio internacional. Sin embargo, la discusión fue finalmente mediada con éxito en la Contraloría durante el proceso de toma de razón⁴⁶. Otro caso que ilustra esta función se relaciona con un reglamento del Ministerio de Salud relativo a las condiciones de seguridad en el trabajo⁴⁷. Solo tras el envío del reglamento a la toma de razón los funcionarios del ministerio se dieron cuenta que el Ministerio del

⁴⁵ Entrevista con abogado sénior de gobierno (6.04.2016).

⁴⁶ Entrevista con abogado sénior de gobierno (15.05. 2016).

⁴⁷ Entrevista con abogado sénior de gobierno (15.05.2016).

Trabajo estaba proponiendo reglas que perseguían un objetivo similar. La Contraloría entonces citó a reuniones entre las respectivas secretarías para acordar una regulación unificada y consistente de esta materia. El abogado de gobierno entrevistado indicó que, en este tipo de caso, la Contraloría desempeña una benéfica función de coordinación, facilitando acción conjunta entre diferentes órganos administrativos.

Un alto funcionario de la Contraloría entrevistado para esta investigación enfatizó este aspecto del trabajo de la institución⁴⁸. Él indicó que, en su opinión, la institución no es una especie de tribunal administrativo. En vez de eso, estableciendo un paralelo con las agencias regulatorias que supervisan industrias reguladas, la Contraloría sería un “regulador de la administración pública”. Hablando específicamente acerca del proceso de toma de razón, él dijo que las intervenciones de la Contraloría apuntaban a mejorar la calidad jurídica de los reglamentos para remediar “deficiencias sistémicas”. Con el uso de esta expresión él estaba sugiriendo que la función de la Contraloría era introducir una perspectiva panorámica, centralizada, respecto de las reglamentaciones sectoriales. En sus palabras, esto es una tarea de “coordinación de la calidad jurídica”.

VI. REPRESENTACIÓN DE GRUPOS DE INTERÉS

Uno de los propósitos más valiosos del derecho administrativo moderno es dar voz a los grupos excluidos. Desde al menos la década de 1970 en el mundo angloamericano, se han propuesto modelos de derecho administrativo entendido como un sistema para la representación de intereses en los procesos de gobierno⁴⁹. La representación de grupos de interés en el proceso de elaboración de políticas puede tomar múltiples formas institucionales, así como la consulta o el reconocimiento de derechos de participación a nivel administrativo, nombramientos en entes administrativos, o el amplio reconocimiento de legitimación activa para impugnar decisiones en procesos de revisión judicial. En todos estos casos, el fin último sería facilitar que perspectivas externas tengan un impacto en las decisiones administrativas, junto con mejorar y legitimar la acción administrativa.

En general, no existen derechos generales de participación en el procedimiento reglamentario en Chile. Tampoco existen reglas de legitimación activa amplias para ya sea participar en el procedimiento administrativo o para impugnar actos administrativos ante los tribunales⁵⁰. La pregunta que surge entonces es si la Contraloría podría satisfacer la necesidad por representación de intereses en el proceso reglamentario chileno.

El proceso de toma de razón no parece promover la representación de intereses al nivel de la administración activa. De hecho, algunos reguladores reclaman que la toma de razón no provee ningún incentivo para aumentar la participación de grupos externos en el proceso administrativo. Ellos indican que debido a la indiferencia de la

⁴⁸ Entrevista con exfuncionario de Contraloría (20.11.2015).

⁴⁹ STEWART, 1975.

⁵⁰ JARA, 2004, pp. 219-225; CORDERO, 2005.

institución a las prácticas de consulta que tienen lugar antes de la toma de razón, ella no promueve el uso de mecanismos de participación en las etapas tempranas de la elaboración de reglamentos. Un abogado de gobierno en el sector urbanístico expresa su frustración por el nulo impacto que los procesos participativos han tenido en el nivel de escrutinio realizado por la Contraloría⁵¹. Él explica que mientras el Ministerio de Vivienda y Urbanismo había gastado meses en establecer un proceso moderno de consulta pública antes de dictar una regulación, todo esto fue totalmente desestimado por la Contraloría. De hecho, la institución hizo exactamente lo mismo que lo que habría hecho si no hubiera existido tal proceso de consulta. En consecuencia, este abogado sugiere que es infértil involucrarse en esta clase de iniciativas, ya que ellas solo agregan una capa adicional de retraso. Otro abogado de gobierno, que también se ha involucrado en innovadores procesos de consulta, dijo que le sorprendió que los revisores de la Contraloría le pidieran el expediente completo antes de efectuar la toma de razón del reglamento respectivo⁵². Pero fue desilusionante cuando más tarde se dio cuenta que esto fue una mera formalidad, ya que los revisores no prestaron atención a las opiniones de los interesados. Pareciera, por tanto, que la Contraloría no se ha adaptado al uso de estos mecanismos de participación y consulta en la elaboración de normas administrativas.

Una posible explicación del desinterés de la Contraloría en la representación de intereses en la administración activa puede ser que ella prefiere concentrar esta función en sus propias instalaciones. Un antiguo alto funcionario de la Contraloría reporta que la participación de las industrias reguladas en la toma de razón es un factor clave para la institución⁵³. En su visión, ellos llevan información a la organización, ayudando a detectar discrepancias y desacuerdos. Él mencionó tres casos como ejemplos de alta participación de las compañías en el proceso: un caso acerca del reglamento respecto de televisión digital, el caso de etiquetado de alimentos recién mencionado, y en general los procesos de fijación tarifaria en sectores como telecomunicaciones y energía. La ampliación del acceso en años recientes, habría sido crucial para detectar y remediar abuso administrativo. En todo caso, vale la pena notar que todos estos casos involucraban reglamentos afectando intereses corporativos bien organizados.

Una alta funcionaria de la Contraloría admite que la intervención privada ha aumentado en los últimos diez o quince años, lo que coincide con un giro desde la provisión estatal hacia la supervisión en las industrias de servicio público⁵⁴. Ella afirma que este incremento en la participación privada es un reflejo del legítimo interés de la industria de usar la mayor cantidad de foros posibles para avanzar y proteger sus intereses. De la misma manera, otro funcionario de la Contraloría afirma que algunos de los grupos de interés tienen equipos permanentes monitoreando los asuntos que están siendo examinados por la institución. Por ejemplo, él destaca la permanente participación de la

⁵¹ Entrevista con ex abogado sénior de gobierno (19.11.2015).

⁵² Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2016).

⁵³ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (20.11.2015).

⁵⁴ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (26.05. 2016).

industria farmacéutica y de las industrias afectadas por regulaciones ambientales. Otro funcionario de la Contraloría argumenta que a veces la institución es llevada a oír a las industrias reguladas como resultado de requerimientos de justicia procedimental o debido proceso⁵⁵. Él explica que la institución frecuentemente no solo escucha a los funcionarios de gobierno sino también las visiones de legisladores que defienden regulaciones administrativas que pueden tener un importante impacto económico en las respectivas industrias. Estos parlamentarios proveen apoyo adicional para una ágil aprobación de los reglamentos propuestos por los ministros. De acuerdo con este funcionario, esto lleva a que el Contralor deba oír a los privados afectados también. La institución necesita conocer las razones que ellos tienen para oponerse a las regulaciones que los afectan. Él indica que, debido a que las reuniones con los representantes de las industrias son publicadas inmediatamente en internet, no hay razones para sospechar de una posible captura por parte de la industria. Además, sugiere que la información reunida de esta manera puede mejorar la capacidad de la Contraloría para tomar mejores decisiones.

La discusión anterior por sí misma revela las limitaciones de la Contraloría como mecanismo de representación de intereses. En primer lugar, la representación de intereses es usada esencialmente de una manera instrumental para reunir más y mejor información relativa al reglamento que está siendo examinado. El alcance de la participación se extiende solo a cuanto es necesario para que la institución desempeñe sus propias funciones. Como explica un funcionario, los grupos de interés frecuentemente hacen que su voz sea escuchada, pero ellos carecen de derechos de participación formal en el proceso⁵⁶. Enfatiza que, aunque sus posturas son tomadas en cuenta en la toma de razón, la institución carece de capacidades para dar una respuesta razonada a cada una de estas intervenciones. En segundo lugar, la naturaleza del mecanismo fuerza a que la representación de intereses sea excesivamente legalista, esto es, las voces de los grupos afectados son expresadas en términos de reglas y leyes, careciendo de los matices de los discursos políticos más amplios y de las perspectivas técnicas. Un abogado que asesora industrias reguladas explica que el impacto de la toma de razón es enorme pero no siempre es positivo⁵⁷. Él lamenta que las decisiones de la Contraloría en este nivel sean excesivamente legalistas; ellas carecen de experticia técnica y no siguen una clara línea de principio. Como resultado, la toma de razón está expuesta a ser explotada de manera oportunista por las industrias reguladas. En tercer lugar, muchas regulaciones administrativas de carácter general eluden la toma de razón y, por tanto, en estos casos la Contraloría no puede ser usada como un foro de representación de intereses. De hecho, varios abogados practicantes entrevistados para esta investigación indicaron que la toma de razón no era su ruta favorita para expresar sus visiones o impugnar actuaciones administrativas. Admitiendo que ella ha usado este mecanismo, una abogada afirmó que la mayoría de las regulaciones que afectan a sus clientes —esto es, compañías operando en los mercados más

⁵⁵ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (2.11.2015).

⁵⁶ Entrevista con funcionario sénior de Contraloría (19.11.2015).

⁵⁷ Entrevista con abogado litigante (9.11.2015).

dinámicos— en la práctica están exentas de toma de razón⁵⁸. En cuarto lugar, pareciera que existe un desbalance entre los intereses escuchados por la Contraloría. Mientras que los representantes de la industria pueden usar este foro cuando ello sea conveniente para la defensa de sus intereses, los asesores jurídicos de grupos menos aventajados están escasamente al tanto de incluso la existencia de la toma de razón. Existe acuerdo entre los entrevistados de que la Contraloría es bastante imparcial, pero esta prevalencia de algunos intereses sobre otros puede al menos alertar del riesgo de “captura epistémica”, en el sentido de que “las perspectivas [de la institución] bien pueden ser moldeadas por una clase limitada de personas a quienes [ella] está escuchando”⁵⁹.

Finalmente, este procedimiento sufre de opacidad y falta de adecuados requerimientos de transparencia. Esto inhibe la participación de los grupos excluidos y crea espacios para captura institucional por parte de los “jugadores frecuentes” (Galanter 1974: 97-98). Aunque las reuniones de funcionarios con los grupos de interés sean regularmente publicados *online* —como es requerido por las regulaciones acerca de *lobby*— los intercambios de documentos y las interacciones en los niveles inferiores no es oficialmente reportada. Los actores con más experiencias usan el mecanismo de acceso a la información pública para acceder a los documentos provistos por las contrapartes, pero esta ruta pareciera excesivamente engorrosa y pareciera poseer un sesgo en favor de los grupos mejor organizados. Pareciera que una reforma profunda es necesaria en esta área. Algunos modelos pueden encontrarse en las reformas introducidas a las OIRA en la década de 1990 que generaron la formalización de los procedimientos, un aumento de los deberes de transparencia, y el establecimiento de restricciones a las comunicaciones cerradas con las partes interesadas⁶⁰.

VII. PREVENCIÓN DE LITIGACIÓN EXCESIVA

Posiblemente, la existencia de mecanismos de control *ex ante* pueda ayudar a blindar a los actos administrativos en contra de futuras impugnaciones en sede judicial. Esta es precisamente una de las justificaciones para tener un sistema de revisión preventiva en el Consejo de Estado francés, por ejemplo⁶¹. En el contexto francés este sistema de control interno se desarrolló en buena medida porque una legislatura cada vez más disfuncional delegaba poder para crear normas al Poder Ejecutivo. Así, junto con sus funciones judiciales, el Consejo de Estado maduró como un consejero técnico del gobierno. La naturaleza dual del Consejo —como un ente consultivo y como un tribunal⁶²— parece haber sido particularmente útil para entregar conocimiento jurídico en la etapa de decisión en la administración activa. Así, como sugiere la antigua consejera Nicole Questiaux,

⁵⁸ Entrevista con abogado litigante (20.10.2015).

⁵⁹ SUNSTEIN, 2013, p. 1860.

⁶⁰ SUNSTEIN y STRAUSS, 1986, pp. 192-3; KAGAN, 2000, pp. 2286-87, 2358.

⁶¹ QUESTIAUX, 1995; FREEDEMAN, 1968, cap. 5; BELL, 2001, cap. 5.

⁶² HAMSON, 1954, pp. 45-6.

esta institución “es capaz de anticipar los problemas que pueden surgir en la litigación mientras lidia con textos que todavía no han sido impugnados”⁶³.

La Contraloría también desempeña una doble función. La institución interviene antes de la dictación de regulaciones administrativas, pero también puede pronunciarse por la ilegalidad de decisiones administrativas que ya han entrado en vigencia, mediante su poder dictaminante⁶⁴. En este sentido, puede existir algún espacio para transferir su experticia desde su función de adjudicación “cuasijudicial” a su rol consultivo durante el proceso de toma de razón. Además, en esta institución no existe separación entre el personal y las oficinas responsables de estas diferentes tareas. En este caso, sin embargo, la tensión entre la función consultiva y la supervisión parece estar en alguna medida inclinada hacia el último aspecto de la interpretación de la legalidad que efectúa la Contraloría.

La Contraloría, sin embargo, no monopoliza los poderes de adjudicación jurídica en relación con disputas administrativas, pues el Poder Judicial posee poderes de control jurídico explícitos respecto del Poder Ejecutivo⁶⁵. Además, los mismos dictámenes de la Contraloría pueden ser impugnados ante los tribunales. Por tanto, en la medida en que la Contraloría no posee la última palabra en materias de derecho, puede ser poco claro hasta qué punto sus poderes de control *ex ante* contribuyen a evitar la litigiosidad.

La percepción de los actores operando en este contexto, sin embargo, es que la toma de razón en la Contraloría sí disuade a litigantes temerarios. Por ejemplo, un exministro de un tribunal superior de justicia con extensa experiencia en disputas administrativas dijo que en su experiencia los jueces sí muestran deferencia hacia las determinaciones jurídicas del Contralor⁶⁶. Ellos “respetan la opinión técnica” de la institución y “presumen la corrección de lo que él dice” —él explicó—. Asimismo, señaló que la Contraloría ayuda a reducir la litigiosidad en contra de la actuación administrativa. Otro exministro de Corte, que posee una experiencia similar, enfatizando la singularidad de este mecanismo, dijo que “la existencia de la toma de razón, a pesar de su alcance limitado, en alguna medida ha prevenido el aumento de los reclamos judiciales respecto de los actos administrativos”⁶⁷. Explicando el efecto disuasorio de este mecanismo de control, indicó: “Si uno sabe que la Contraloría —un organismo autónomo, que posee buenos abogados— examinó la legalidad [de los actos administrativos], entonces uno no pierde el tiempo demandando al Estado afirmando que el decreto está mal. Uno solo lo haría cuando [haya una infracción jurídica relevante]”. Concluye, por tanto, que “de alguna manera la toma de razón impide que impugnar decretos ante los tribunales se haya convertido en una rutina”.

⁶³ QUESTIAUX, 1995, p. 255.

⁶⁴ LETELIER, 2015.

⁶⁵ AYLWIN, 1990.

⁶⁶ Entrevista con exministro de Corte (18.04.2016).

⁶⁷ Entrevista con exministro de Corte (18.11.2015).

Un abogado sénior de gobierno entrega un ejemplo concreto⁶⁸. Él menciona una ambiciosa regulación concerniente a derechos de los animales que fue una promesa de la campaña presidencial hacia los grupos de protección animal. El decreto fue repetidamente rechazado por la Contraloría por cuestiones de legalidad. El abogado de gobierno admitió que la legislación habilitante en este caso podía ser correctamente considerada como insuficiente, pero él también admitió que la presión política era difícil de resistir. Sea como fuera, tal vez irónicamente él terminó satisfecho con el resultado negativo obtenido en la toma de razón porque si se hubiera dictado el reglamento, el decreto habría abierto enormes espacios para demandas contra el Estado. Él afirmó que “los grupos de protección animal habrían demandado a las municipalidades por omisión ilegal ya que el decreto establecía deberes demasiado ambiciosos sin suficiente respaldo financiero”. En otras palabras, sin el control previo de la Contraloría, el decreto podría haber generado disputas judiciales con resultados poco promisorios para la administración.

Un abogado y exfuncionario de la Contraloría comparte esta opinión. Él dice que “la litigiosidad contra los reglamentos en Chile es rara y esto se debe en parte a la toma de razón”⁶⁹. Con un tono crítico, un abogado de la Contraloría expresa una idea similar⁷⁰. Él sostuvo que a pesar de los retrasos provocados por la toma de razón, en realidad ella efectúa una contribución positiva porque minimiza el derroche de los recursos. Afirmó que si bien sin toma de razón las decisiones podrían ser más expeditas, la reducción de los tiempos se haría al inmenso costo de aumentar el número de impugnaciones judiciales. Así, excluir la toma de razón incrementaría la litigiosidad, ya que la calidad del trabajo de los abogados de la administración activa tendería a ser baja. En su opinión, los abogados de gobierno toman de manera frívola las infracciones a la Constitución y a la legalidad, pero afortunadamente el proceso de toma de razón previene los errores que pueden permanecer en los reglamentos enviados por los ministerios.

VIII. CONCLUSIONES

Este trabajo ha explorado el rol de la Contraloría General de la República en la elaboración de los reglamentos por parte del Ejecutivo. Ha prestado atención a las prácticas de deliberación, entrega de razones, y veto que ocurren en las sombras de la normativa legal formal. Esta especie de perspectiva de “derecho-en-contexto” resulta particularmente apropiada para investigar un ambiente regulatorio en el que las interacciones toman lugar con un alto grado de informalidad. Además, este punto de vista puede ayudar a remediar las aproximaciones excesivamente legalistas y formalistas que usualmente son adoptadas en relación con el derecho público en Latinoamérica.

⁶⁸ Entrevista con abogado sénior de gobierno (4.11.2015).

⁶⁹ Entrevista con abogado de Contraloría (19.11.2015).

⁷⁰ Entrevista con abogado de Contraloría (7.04.2016).

El proceso de revisión examinado en este trabajo puede ser contrastado con otras instituciones comparadas bien conocidas. Así como algunas de sus contrapartes en sistemas legales más desarrollados, la Contraloría de alguna manera contribuye a las siguientes dimensiones de la legalidad administrativa: (i) aumentar del respeto a la legalidad; (ii) promover deliberación; (iii) mejorar la coordinación dentro del gobierno; (iv) facilitar la representación de intereses; y (v) prevenir litigiosidad excesiva. Sin embargo, este parecido de familia con instituciones exitosas no puede explicar completamente la resiliencia de la Contraloría frente a las permanentes peticiones de reforma e incluso abolición. De hecho, como se ha mostrado en este trabajo, la institución desempeña las funciones recién mencionadas solo con un limitado éxito.

Pero puede existir algo más distintivamente latinoamericano que podría explicar la persistencia de este mecanismo. Al menos dos factores parecieran emerger como adecuados candidatos. Por un lado, especialmente mediante la toma de razón, la Contraloría ha ofrecido un poder de contrapeso al potencial dominio presidencial en un contexto institucional caracterizado por una supervisión débil de los tribunales e incluso más débil por parte del Congreso. Así, su control preventivo compensa la amenaza de autoritarismo del ejecutivo y la disfuncionalidad de las otras ramas del Estado para reaccionar ante este riesgo. Por el otro lado, la toma de razón también pareciera desempeñar una función de compensación en relación con la burocracia. En un contexto de un aparato poco profesionalizado y altamente balcanizado, la Contraloría ha encarnado simbólicamente los valores de la integridad y legalidad administrativa. Simultáneamente, ella ha operado como un efectivo repositorio de memoria institucional y experticia administrativa. Este último aspecto de la institución ha legitimado y fortalecido la acción administrativa. Aunque es probable que este arreglo de justicia administrativa no logre la combinación correcta de reglas, discreción, y legalidad, los factores recién bosquejados pueden ayudar a explicar un razonable temor a reformar la Contraloría y su toma de razón, especialmente cuando es vista en el trasfondo de la fragilidad institucional que lamentablemente parece caracterizar a los Estados latinoamericanos.

BIBLIOGRAFÍA

- ANGELL, A., Lowden P., y Thorp R., 2001: *Decentralizing Development: The Political Economy of Institutional Change in Colombia and Chile*, Oxford, Oxford University Press.
- ATRIA, Fernando, 2012: "Legalismo y reflexividad: La contraloría como modelo". *La Contraloría General de la República y el Estado de Derecho. 75 años de Vida Institucional 1927-2002*, Santiago, Contraloría General de la República, pp. 317-344.
- AYLWIN, Arturo, 1990: "Efectos de la reforma del art. 38, inciso 2º, de la Constitución Política sobre régimen de lo contencioso administrativo", *La reforma constitucional de 1989. Estudio Crítico*, Santiago, Cuadernos de Análisis Jurídico, pp. 45-50.
- BELL, John, 2001: *French Legal Cultures*, London, Butterworths.
- BRAIBANT, G., Questiaux, N., y Wiener, C., 1973 : *Le Contrôle de l'administration et La Protection Des Citoyens. Étude Comparative*, Paris, Cujas.
- BREYER, Stephen, 1993: *Breaking the Vicious Circle: Toward Effective Risk Regulation*, Cambridge, Harvard University Press.

- CEBALLOS, Hidalgo, 1946: *Estudio histórico y positivo de los decretos de insistencia*, Santiago, Imprenta Roland.
- CORDERO, Eduardo, 2005: "La legitimación activa en el proceso contencioso-administrativo", en Juan Carlos Ferrada (ed), *La justicia administrativa*, Santiago, Lexis Nexis.
- CORDERO, Luis, 2007: "La Contraloría General de la República y la Toma de Razón: Fundamento de Cuatro Falacias", *Revista de Derecho Público*, volumen 69.
- CORDERO, Luis, 2010: "La jurisprudencia administrativa en perspectiva: Entre legislador positivo y juez activista", *Anuario de Derecho Público UDP*.
- DAINTITH, Terence y Page, Alan, 1999: *The Executive in the Constitution: Structure, Autonomy, and Internal Control*, Oxford, Oxford University Press.
- EDLEY, Christopher, 1992: *Administrative Law: Rethinking Judicial Control of Bureaucracy*, New Haven, Yale University Press.
- FAÚNDEZ, Julio, 2011: *Democratización, desarrollo y legalidad: Chile 1831-1973*, Santiago: Universidad Diego Portales.
- FONTANA, David, 2012: "Executive Branch Legalisms", *Harvard Law Review Forum*, volume 124.
- FREEDEMAN, Charles, 1968: *The Conseil d'Etat in Modern France*, New York, AMS Press.
- GALANTER, Marc, 1974: "Why the 'Haves' Come out Ahead: Speculations on the Limits of Legal Change", *Law & Society Review*, volumen 9.
- GARCÉS, María y Rajevic, Enrique, 2009: "Control de legalidad y procedimiento de toma de razón", en Visnja Tomovic y Cristian García (editores), *Un Mejor Estado para Chile: Propuestas de Modernización y Reforma*, Santiago, Consorcio para la Reforma del Estado, pp. 613-646.
- GARGARELLA, Roberto, 2013: *Latin American Constitutionalism, 1810-2010: The Engine Room of the Constitution*, Oxford, Oxford University Press.
- HAMSON, Charles, 1954: *Executive Discretion and Judicial Control: An Aspect of the French Conseil D'etat*, London: Stevens.
- HELMKE, Gretchen y Levitsky, Steven (editores), 2006: *Informal Institutions and Democracy: Lessons from Latin America*, Baltimore, Johns Hopkins University Press.
- HOOD, C., Scott C., Jones G., James O., y Travers T., 1999: *Regulation inside Government: Waste Watchers, Quality Police, and Sleaze-Busters*, Oxford, Oxford University Press.
- JARA, Jaime, 2004: *La nulidad de derecho público ante la doctrina y la jurisprudencia*, Santiago, Libromar.
- KAGAN, Elena, 2000: "Presidential Administration", *Harvard Law Review*, volumen 114.
- LETELIER, Raúl, 2015: "La Contraloría General de la República", en Christian Viera, Jaime Bassa y Juan Carlos Ferrada (editores), *La Constitución Chilena. Una revisión crítica a su práctica política*, Santiago, LOM, pp. 285-314.
- MACÍAS, Leopoldo, 1946: *Los decretos de insistencia*, Santiago, Talleres Gráficos Simiente.
- MASHAW, Jerry, 1983: *Bureaucratic Justice: Managing Social Security Disability Claims*. New Haven: Yale University Press.
- MASHAW, Jerry, 1999: *Greed, Chaos, and Governance: Using Public Choice to Improve Public Law*, New Haven, Yale University Press.
- MASHAW, Jerry, 2001: "Small Things like Reasons Are Put in a Jar: Reasons and Legitimacy in the Administrative State", *Fordham Law Review*, volumen 70.
- MASHAW, Jerry, 2016: "Public Reason and Administrative Legitimacy", en John Bell, Mark Elliot, Jason Varuhas y Philip Murray (editores), *Public law adjudication in common law systems: process and substance*, Oxford, Hart Publishing.
- MCGARITY, Thomas, 1992: "Some Thoughts on 'Deossifying' the Rulemaking Process", *Duke Law Journal*, volumen 41.
- MORGAN, Bronwen, 2003: "The Economization of Politics: Meta-Regulation as a Form of Nonjudicial Legality", *Social & Legal Studies*, volumen 12.

- MORRISON, Trevor, 2011: "Constitutional Alarmism", *Harvard Law Review* volumen 124.
- PRADO, Mariana, 2011: "Presidential Dominance from a Comparative Perspective: The Relationship between the Executive Branch and Regulatory Agencies in Brazil", en Susan Rose-Ackerman y Peter Lindseth (editores), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 225-245.
- PIERCE, Richard, 1995: "Seven Ways to Deossify Agency Rulemaking", *Administrative Law Review*, volumen 47.
- QUESTIAUX, Nicole, 1995: "Administration and the Rule of Law: The Preventive Role of the French Conseil d'Etat", *Public Law*.
- RUSSELL, Meg y Cowley, Philip, 2016: "The Policy Power of the Westminster Parliament: The 'Parliamentary State' and the Empirical Evidence", *Governance*, volumen 29.
- SILVA, Enrique, 1996: *Derecho administrativo chileno y comparado. Introducción y fuentes*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- STEWART, Richard, 1975: "The Reformation of American Administrative Law", *Harvard Law Review*, volumen 88.
- STONE, Alec, 1992: *The Birth of Judicial Politics in France: The Constitutional Council in Comparative Perspective*, Oxford, Oxford University Press.
- SUNSTEIN, Cass y Strauss, Peter, 1986: "The Role of the President and OMB in Informal Rulemaking", *Administrative Law Review*, volumen 38.
- SUNSTEIN, Cass, 2013: "The Office of Information and Regulatory Affairs: Myths and Realities", *Harvard Law Review*, volumen 126.
- VALENZUELA, Arturo, 1977: *Political Brokers in Chile: Local Government in a Centralized Polity*, Durham, Duke University Press.
- VERMEULE, Adrian, 2011: "Second Opinions and Institutional Design", *Virginia Law Review*, volumen 97.
- VERMEULE, Adrian, 2015: "Local and Global Knowledge in the Administrative State", en David Dyzenhaus y Thomas Poole (editores), *Law, Liberty and State. Oakeshott, Hayek and Schmitt on the Rule of Law*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 295-327.
- WEBLEY, Lisa, 2012: "Qualitative Approaches to Empirical Legal Research", en Peter Cane y Herbert Kritzer (editores), *The Oxford Handbook of Empirical Legal Research*, Oxford University Press, pp. 927-948.
- WIENER, Jonathan y Alemanno, Alberto, 2010: "Comparing Regulatory Oversight Bodies across the Atlantic: The Office of Information and Regulatory Affairs in the US and the Impact Assessment Board in the EU", en Susan Rose-Ackerman y Peter Lindseth (editores), *Comparative Administrative Law*, Cheltenham, Edward Elgar, pp. 309-335.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100233>

El control fiscal y su incorporación al sistema de pesos y contrapesos en Colombia

*Paulo Bernardo Arboleda Ramírez**

*Milton César Jiménez Ramírez***

*Carolina del Pilar López Osorio****

RESUMEN

En el presente artículo se estudia el control fiscal establecido en la Constitución Política de Colombia desde un enfoque hermenéutico jurídico, a partir del análisis de los principales fundamentos y modalidades de este mecanismo de control, tales como el control posterior y el concomitante frente a los actos y decisiones de la administración pública. Posteriormente se pasará a identificar algunos de los principios que guían la ejecución de esta actividad de control, para luego plantear la incorporación de la vigilancia fiscal dentro del sistema de pesos y contrapesos. Por último, se concluye que el control fiscal es un mecanismo constitucional para proteger el patrimonio público en el marco de un ejercicio activo del principio de pesos y contrapesos y la intervención ciudadana.

Control fiscal; Constitución; pesos y contrapesos

Fiscal control and its incorporation to the system of checks and balances in Colombia

ABSTRACT

In this article, the fiscal oversight established in the Political Constitution of Colombia is studied from a legal hermeneutic approach, from the analysis of the main foundations and modalities of this control mechanism, such as subsequent and concomitant control against acts and decisions of

* Abogado y Magíster en Derecho, Universidad de Medellín, Colombia. Docente del Departamento de Jurídicas, Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: 0000-0002-9217-7203. Correo electrónico: paulo.arboleda@ucaldas.edu.co

** Abogado de la Universidad de Caldas, Colombia. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Docente investigador del Departamento de Jurídicas, Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: 0000-0003-1149-4723 . Correo electrónico: milton.jimenez@ucaldas.edu.co

*** Abogada de la Universidad Libre, Colombia. ORCID: 0000-0001-9032-6503 . Correo electrónico: carolina.26417123535@ucaldas.edu.co

Este artículo de investigación es producto de una estrategia de cohesión investigativa en el marco del proyecto de investigación: "Políticas públicas y Democracia deliberativa" y de la política de producción investigativa del Centro de Investigaciones Sociojurídicas (CIS) de la Universidad de Caldas.

Artículo recibido el 4.5.20 y aceptado para su publicación el 8.1.21.

the public administration. Subsequently, some of the principles that guide the execution of this control activity will be identified, and then the identification of fiscal surveillance within the system of checks and balances will be planted. Finally, it is concluded that fiscal control is a constitutional mechanism to protect public patrimony within the framework of an active exercise of the principle of checks and balances and citizen intervention.

Fiscal control; Constitution; check and balances

INTRODUCCIÓN

Este trabajo sostiene que el control fiscal establecido en el artículo 267 de la Constitución Política de 1991, constituye un modelo de vigilancia frente a los actos y decisiones de la administración pública que puedan comprometer el patrimonio público, por lo que debe entenderse como una labor especializada que hace parte del sistema de pesos y contrapesos. El control fiscal se ejerce de forma posterior y paralela (concomitante) a los actos y decisiones de la administración. Su modalidad posterior fue diseñada por el constituyente originario, a su vez, el control concomitante fue implementado por el legislador como constituyente derivado¹.

Este trabajo presenta el control fiscal como una especie del sistema de pesos y contrapesos, en donde la Contraloría General de la República se establece como un órgano especializado en la inspección, control y vigilancia del patrimonio público, asegurando su adecuada inversión, uso y optimización por parte de los agentes de la administración pública y de los particulares que ejercen funciones públicas. Antes de la Constitución Política de 1991, el control fiscal consistía en la revisión numérica legal de las cuentas que rendían los responsables del erario y de las erogaciones realizadas por la administración, confrontando que estos actos se ajustaran a las normas que le servían de sustento, para ello se ejercía un control previo a la toma de decisiones por parte del ente vigilado². Esta modalidad fue sustituida por el control posterior, ya que la creciente actividad económica del Estado exigía un control integral (legal, financiero, disciplinario, administrativo, etc.) y no simplemente un control numérico legal que reducía a las Contralorías en entes de revisión técnica y en coadministradores³.

Bajo el Estado Social de Derecho el control fiscal debe centrarse en la vigilancia estricta de la protección, optimización y mantenimiento del patrimonio público, entendiendo por este todos los recursos del Estado destinados a la satisfacción de los derechos de los ciudadanos. El control fiscal se debe enmarcar en la vigilancia del Estado, en que sus acciones, decisiones y operaciones respondan a los principios de eficiencia, economía, equidad y valoración de los costos ambientales⁴.

¹ Acto Legislativo 04, 2019.

² Algunas normas que reglamentaron el control fiscal fueron: Ley 23, 1923; Ley 58, 1946; Ley 20, 1975.

³ Amaya, 2000.

⁴ Ley 42, 1993, artículo 8. Consejo de Estado, 10/05/2007, Sentencia 2003-00182-01.

A partir de la aplicación del método bibliográfico con un enfoque analítico y hermenéutico jurídico, se abordarán los siguientes tópicos: primero, se explicará el concepto y alcance del control fiscal posterior y selectivo, al igual que el control concomitante, como parte del sistema integral de control fiscal diseñado por el constituyente originario y por el constituyente derivado. Para ilustrar la aplicación del control fiscal se expondrán brevemente un par de casos; segundo, se expondrán los principios constitucionales fundantes del control fiscal en Colombia, con el propósito de evidenciar el carácter sistémico de esta función; tercero, se mostrará el control fiscal como una actividad que materializa el sistema constitucional de pesos y contrapesos, y que puede optimizarse bajo una práctica democrática centrada en el diálogo ciudadano y legislativo. Se concluirá que el control fiscal es un mecanismo constitucional para proteger el patrimonio público en el marco de un ejercicio activo del principio de pesos y contrapesos y la intervención ciudadana.

I. EL CONTROL FISCAL COMO GARANTÍA DEL PATRIMONIO PÚBLICO

El control fiscal es una función pública que pretende salvaguardar el patrimonio estatal y representa una materialización del sistema de pesos y contrapesos; una tarea especializada en revisar la gestión de los recursos por parte de los órganos que componen el poder público, o de personas o entidades de derecho privado que participan de tal gestión. El control fiscal es un medio constitucional para asegurar la probidad de la función pública, del Estado y fomentar una ejecución de lo público para lo público, una que concrete el bien común y salvaguarde los bienes básicos que prioriza una sociedad: la salud, la educación, la infraestructura, la seguridad, entre otros propios de cada Estado.

Esta labor es ejecutada por disposición constitucional y, por lo general, se representa en una vigilancia posterior y selectiva de las actividades, procesos y decisiones que adoptan las entidades sometidas al control, así como de los resultados que producen. Este control es también selectivo porque el titular de la función de control fiscal elige técnicamente una muestra representativa de los procesos misionales encomendados a cada entidad o persona sujetas a control y, a partir de ellas, funda sus conclusiones y decisiones respecto del cumplimiento de la Constitución y la ley⁵. El control posterior y selectivo implica aceptar la incapacidad institucional para revisar todos los procesos de las entidades objeto de control, además se trata de un control que opera sobre hechos consumados o en ejecución, esto con el fin de evitar que el control fiscal afecte en el proceso de decisión autónoma del sujeto controlado.

Pese a la orden constitucional de que el control fiscal será posterior, han surgido otras modalidades que pretenden controlar de forma más estricta y real las decisiones de las entidades públicas, es el caso del control concomitante, que fomenta una vigilancia paralela al proceso decisional de la entidad, e incluso de los resultados que pretende obtener. Esto supone que la entidad objeto de control mantiene su autonomía para

⁵ Ley 42, 1993, artículos 5-6.

identificar necesidades o problemas a resolver, por lo que no puede ser cuestionada, e incluso por los medios que adopta, dándose que la vigilancia se aplicará sobre la proporcionalidad de los medios elegidos, los resultados alcanzados y la afectación objetiva del patrimonio público.

El control posterior y selectivo no tiene la connotación de principio, pues la vigilancia de la gestión fiscal del Estado se fundamenta en los principios de la función pública⁶, como la eficiencia, la economía, la eficacia, la equidad y la valoración de los costos ambientales, de tal manera que permita establecer, en un período determinado, que la asignación de recursos sea la más conveniente para maximizar los resultados buscados por la administración pública; la que tendrá que buscar siempre los menores costos para los bienes conseguidos en igualdad de condiciones y bajo la calidad más adecuada para desarrollar sus objetivos y metas⁷. Así, el control posterior es una metodología o un instrumento para lograr la realización de los mandatos estipulados en los principios constitucionales.

1. *El control fiscal posterior y selectivo*

El control posterior, e incluso el concomitante, deben centrarse en identificar las relaciones económicas dadas entre el Estado y los ciudadanos, entre las entidades territoriales y demás sectores económicos, así como en la vigilancia de la gestión fiscal encomendada legalmente a los particulares; debe enfocarse en la justificación de la necesidad que desea cubrirse con la utilización de recursos públicos; en el balance entre costos y beneficios para estimar el impacto en las finanzas públicas, lo que supone valorar la afectación del patrimonio ambiental y cultural; en consecuencia, evaluar la gestión de la protección, conservación, uso y explotación de todo el patrimonio estatal.

El ejercicio del control fiscal posterior y selectivo implica que la Contraloría General de la República y los órganos que complementan el sistema de control fiscal, como las Contralorías departamentales y municipales⁸, deben organizar sus actividades administrativas con apego al principio de legalidad, esto es, organizar las funciones necesarias para ejercer la vigilancia del patrimonio público siguiendo estrictamente sus competencias, evitando caer en la prohibición de coadministración. La Constitución dispuso la autonomía administrativa y presupuestal de las entidades que ejercen el control fiscal con el fin de mantener su probidad, independencia e imparcialidad, dotándolas de la capacidad necesaria para cuestionar objetivamente las actuaciones de las entidades públicas y particulares encargadas del uso y preservación del patrimonio público; es decir,

⁶ Constitución Política de Colombia, 1991, artículo. 209.

⁷ Ley 42, 1993, artículo 8.

⁸ Ley 136, 1994, artículo 156, modificado por la Ley 617, 2000, artículo 21. Esta norma establece que los municipios y distritos clasificados en categoría especial y primera, y aquellos de segunda categoría que tengan más de cien mil habitantes, podrán crear y organizar sus propias Contralorías. También dispone que en los municipios en los que no haya Contraloría la vigilancia le corresponderá a la Contraloría departamental.

el sistema fiscal se centra en el mantenimiento de la transparencia y en la persecución de la corrupción o de la extralimitación de la administración pública.

Esa autonomía se confronta frente a la autonomía de la administración pública y de las entidades territoriales, dándose que los hallazgos acerca de actuaciones e irregularidades en el cumplimiento de la legalidad, de la planeación, del mantenimiento y la optimización del patrimonio estatal deben fundarse en hechos específicos y probados; al igual que valorados con claridad y suficiencia, por su apego al sistema jurídico y su contundencia interpretativa y argumentativa, ya que los señalamientos fiscales no solo fundamentan la responsabilidad fiscal, sino también posibles responsabilidades administrativa, disciplinaria y penal. En ningún caso los señalamientos fiscales pueden pretender la adopción de ciertas opciones administrativas, ya que la identificación de necesidades, su justificación técnica, jurídica y financiera, su planeación y la manera de solucionarlas son una potestad exclusiva del administrador público.

Cuando se formula un hallazgo fiscal debe garantizarse el debido proceso administrativo y valorar objetivamente las razones alegadas por la entidad cuestionada, solo así será posible fundar las motivaciones que requiere el fallo administrativo fiscal, esto es, que la responsabilidad fiscal debe establecerse bajo el estricto seguimiento del debido proceso e ir más allá del restablecimiento del patrimonio, al optar por la promoción de las medidas orientadas al mejoramiento institucional. La falta de evaluación objetiva, probatoria y de motivación suficiente ponen en vilo el fallo fiscal, y constituye una vía de hecho, que debe ser controlada con los medios de impugnación administrativos y judiciales.

2. *El control concomitante como un complemento constitucional*

El control concomitante y preventivo es un complemento del control fiscal posterior y selectivo, consagrado como el medio originario de vigilancia en la Constitución. Este mecanismo implica que se excluyen opciones para el legislador o el constituyente derivado, destinadas a la creación del control previo, ya que un control de esta naturaleza supondría la potestad del ente fiscalizador de participar o censurar el proceso decisional del ente controlado⁹. Empero, la orden constitucional no excluye mecanismos de control coherentes o coexistentes con el control posterior, controles preventivos o paralelos que permitan optimizar o complementar la probidad institucional, y más si se conciben

⁹ Corte Constitucional, 11, 04, 2015, Sentencia C-103. Esta declaró inexecutable el numeral 7º del artículo 5º del Decreto 267 de 2000, "Por el cual se dictan normas sobre organización y funcionamiento de la Contraloría General de la República". La Corte encontró que los controles preventivos y la formulación de advertencias que la propia Administración, mediante las facultades atribuidas a las Superintendencias, son complementos al control fiscal. Esta Corporación explicó "que la función de advertencia que dicha norma atribuye a la Contraloría General de la República, si bien apunta al logro de objetivos constitucionalmente legítimos, relacionados con la eficacia y eficiencia de la vigilancia fiscal, desconoce el marco de actuación trazado en el artículo 267 de la Constitución, el cual encuentra dos límites claros, el carácter posterior y no previo, y la prohibición de coadministración de las funciones de las entidades controladas".

como resultado de momentos de madurez constitucional o como una respuesta a la creciente corrupción¹⁰.

El control concomitante puede complementar y optimizar el diseño constitucional del control fiscal, especialmente porque es un mecanismo que no suplanta ni presiona el proceso decisional de la administración pública, o de la persona que administra recursos públicos; su discrecionalidad y la necesidad de justificar sus decisiones se mantienen incólumes. La vigilancia se activa de forma selectiva y preventiva para cooperar con el cumplimiento de los fines constitucionales y legales, y asegurar resultados transparentes y oportunos para las demandas sociales¹¹.

El principio de colaboración armónica fomenta relaciones de cooperación y control entre las ramas del poder público, como expresión de los principios de separación de poderes y del sistema de pesos y contrapesos; se trata de un diseño constitucional en pro de la garantía de los derechos pero también de consolidación de lo público como un fin común; la misma premisa se predica frente a los órganos especializados de control fiscal, quienes asumen una responsabilidad directa por la integridad patrimonial del Estado, e incluso por los resultados de su política. No se puede entender el control fiscal como un mero espectador, sino como un vigilante activo en el marco de sus competencias, como un órgano que advierte y revisa el apego a la legalidad y a la planificación para definir la corrección de los resultados de la gestión pública.

Existen razones constitucionales para admitir un control complementario del diseño original de la Constitución, al igual que razones prácticas vinculadas con la idea de que la constitución es un proceso viviente¹². Un proceso que se adecua al paso del tiempo, que leen actores como el legislador y el poder constituyente, y que debe ser interpretado

¹⁰ Conforme a los informes realizados por Corporación Transparencia por Colombia, 2019. Conforme a los informes de esta Corporación, entre enero del 2016 y julio del 2018, “el 6% de los hechos de corrupción reportados corresponden a corrupción política y están asociados principalmente a irregularidades como compra y venta de votos durante la jornada electoral, violación a las leyes de financiamiento de campañas y presiones a funcionarios públicos y/o contratistas para votar a favor de candidatos. El 7% de los hechos de corrupción registrados afectaron el ámbito electoral, con casos como participación de grupos armados ilegales en jornadas electorales, sanción a partidos por otorgar avales a candidatos inhabilitados u obstrucción de procesos de revocatoria del mandato. El 30% de actores involucrados en hechos de corrupción fueron autoridades electas por voto popular”. Estas cifras evidencian altos índices de corrupción y crisis institucional en la aplicación de los controles especializados.

¹¹ Constitución Política, 1991, artículo 119.

¹² ACKERMAN, 2011, pp. 89-114. Corte Constitucional, 02.07.2014, Sentencia C-418. El derecho viviente es una metáfora en la que el derecho de los libros y de las normas jurídicas no existe solo, sino que hay otro derecho que surge de las dinámicas sociales y que es el que se aplica a partir de la interpretación que realizan los órganos competentes. La Corte, ha manifestado que esta doctrina le permite “no basar los análisis de constitucionalidad en interpretaciones hipotéticas o descontextualizadas de las leyes, sino tomar como referencia las que han sido depuradas por los órganos de cierre de cada jurisdicción. Corte Constitucional, 30.09.2003, Sentencia C-875: La Corte establece unos requisitos para que se configure el derecho viviente; “(1.) la interpretación judicial debe ser consistente, así no sea idéntica y uniforme; (2) la interpretación judicial debe estar consolidada: Un solo fallo resultaría insuficiente para apreciar si una interpretación se ha extendido dentro de la jurisdicción; y, (3.) la interpretación judicial debe ser relevante para fijar el significado de la norma objeto de control”.

conforme con los hechos que limitan la Constitución, pretendiendo menguar su primacía y generar un estado oculto carente de control, donde prima la democracia transaccional o de intereses, lo que reduce el Estado de derecho.

El control fiscal y los demás instrumentos del sistema de pesos y contrapesos son determinantes para la democracia y el Estado de derecho. Valga decir, para que el servicio público llegue a todos los ciudadanos de forma igualitaria y sin privilegios¹³, para que los recursos disponibles se optimicen y se distribuyan respondiendo a necesidades reales; para que los privados u otros entes del Estado interesados en suplir necesidades mediante la contratación pública concurren de forma libre, igualitaria y transparente. Esto implica la necesidad para una democracia de instituciones públicas fuertes, sostenibles y que rindan cuentas y asuman la responsabilidad jurídica y política por ello¹⁴. Solo instituciones fuertes son capaces de brindar un trato igualitario a los ciudadanos y ayudar a extender la satisfacción de los deberes del Estado, pero alternadamente para ayudar a consolidar la idea de que la legalidad es seria, contundente e indistinta de las condiciones personales y económicas de los ciudadanos, de un Estado de derecho y no de un Estado sumido a intereses personales e infractor de la Constitución¹⁵.

En caso contrario, se fomentan bajos niveles de igualdad, de carácter republicano o del gobierno de los ciudadanos, de un gobierno virtuoso y que se toma los principios en serio¹⁶; se reduce la democracia pues existen menos oportunidades para que los ciudadanos participen en las decisiones que les interesan y en la vigilancia del patrimonio público¹⁷. Una administración con un control reducido o que llega tarde, inoportuno, hace una democracia irreal y delegativa¹⁸, sustituida solo por las prácticas que distancian al ciudadano del ejercicio del poder.

Esto hace que el Estado se fraccione, que haya lugares con mayor o menor presencia del Estado, que se vea un Estado en lo central y otro en la periferia, unos donde aplica

¹³ MONTAÑA, 2005, p. 29-45.

¹⁴ ROBINSON y ACEMOGLU, 2012, pp. 95-101.

¹⁵ Corte Constitucional, 02.12.1998, Sentencia SU-747. .La acepción de Estado de derecho contiene de manera implícita el respeto del ordenamiento jurídico por parte del Estado en sus actuaciones, las cuales están regidas por normas jurídicas en coherencia jerárquica con la Constitución. La acepción Estado de derecho implica que el Estado está limitado por la legalidad, sin que pueda hacer más de lo que expresamente puede.

¹⁶ ARANGO, 2014, pp. 179-196; Corte Constitucional, 27.04.2017, Sentencia C-253; 01.06.2016, sentencia C-285. El principio republicano junto a la separación de poderes se constituyen en los ejes articuladores que definen el régimen constitucional propio de la democracia liberal. Convirtiéndose estos principios en límites del poder político para evitar la arbitrariedad y el desconocimiento de los derechos del individuo. La Corte Constitucional ha sostenido que “la existencia de un poder limitado opera como garantía para el funcionamiento de la democracia y el sistema republicano de Gobierno, el cual parte de la base del equilibrio entre los poderes del Estado, el reconocimiento de ámbitos de ejercicio independiente y autónomo de las funciones otorgadas por el orden jurídico, y la subordinación de la actuación de los servidores públicos y los particulares a las reglas jurídicas”.

¹⁷ JIMÉNEZ y ARBOLEDA, 2015, pp. 76-79.

¹⁸ Este concepto alude a regímenes donde la democracia queda reducida al sistema electoral, al voto de las mayorías, en el cual se le entrega el poder público al líder carismático de turno. Ver: O'DONNELL, 1994; 1998; DURKHEIM, 1959; FERRAJOLI, 2009.

la ley y otros donde se imponen criterios caprichosos, o de transacciones políticas que doblegan la ley. Esto lleva al denominado *apartheid* institucional¹⁹, un fenómeno en que el Estado es incapaz de llegar a todos los sectores sociales, donde las minorías se sumen en la ausencia de servicios públicos, en sus necesidades insatisfechas, creando un estado de cosas donde prima la desigualdad y se suplanta la Constitución. Por esto, el control fiscal concomitante puede ser un medio efectivo y proporcional para optimizar la supremacía constitucional.

Ahora bien, el control fiscal en la historia de Colombia se identificó directamente con el examen de las actuaciones de los responsables del manejo del erario con la finalidad de establecer, con una pretensión de absoluta exactitud de la información de la hacienda pública en todos los sectores, la coherencia y transparencia en los sistemas contables y presupuestales²⁰. Bajo esta óptica, el control concomitante y preventivo se establece bajo el sistema de auditoría a la gestión y resultados de la administración²¹ y como complemento del control posterior y selectivo implementado en la Constitución, el que se orienta preponderantemente a la vigilancia integral, no solo numérica, de la adecuada inversión de los recursos del Estado y del aseguramiento del cumplimiento de los fines esenciales del Estado social de derecho y de los objetivos misionales de los organismos controlados²².

De acuerdo con la exposición de motivos del Acto Legislativo 04 de 2019²³, los nuevos sistemas de control que se establecen, buscan solucionar la inoportunidad que ha aquejado el control posterior y selectivo, haciendo que la vigilancia de la gestión fiscal en tiempo real sea efectiva,²⁴ con el apoyo de herramientas tecnológicas que se acompañan con los nuevos conceptos de gerencia pública. El control concomitante y

¹⁹ GARCÍA y ESPINOSA, 2013, pp. 108-110 y 119-121.

²⁰ GONZÁLEZ, 1979; JARAMILLO y COLMENARES, 1978; Tirado, 1983; LÓPEZ, 2015. Durante la formación de la República, Colombia atravesó grandes dificultades en la organización de la hacienda pública debido a la crisis económica generada por los gastos dirigidos al sostenimiento de la independencia y su deseo improvisado de conformarse como república; deseo constantemente truncado por las diferentes ideologías políticas federalistas y centralistas e intereses económicos de diferentes sectores. La preocupación de los gobiernos de turno era conocer con absoluta certeza las finanzas del Estado y contar con una información confiable para establecer sus ingresos y gastos y, poder cumplir con las onerosas obligaciones a acreedores tanto externos como internos; en consecuencia, se estableció la obligación a todas las oficinas y administraciones de la Hacienda Pública del Estado la revisión y feneamiento de las cuentas que debían rendir los responsables del erario.

²¹ El control numérico legal continúa vigente y acompaña otros procedimientos técnicos de auditoría que adelantan los órganos de control.

²² NARANJO, 2007, p. 33. Las falencias del control previo no fueron la única razón para que el Constituyente Primario decidiera mantener como única forma de control el posterior y selectivo. Al respecto, Naranjo ha estimado que "el paso a la auditoría de control de gestión y resultados implicó para las contralorías que llevaban un clásico control de cumplimiento normativo, la exigencia de ejercer un control vinculado a requerimientos más modernos que difieren cualitativamente de las formas anteriores. La diferencia de enfoque entre un sistema de auditoría tradicional y uno centrado en el control y resultados es fundamental, por cuanto el primero hace énfasis en las normas y procedimientos *per se*, y el segundo en pautas de rendimientos objetivas y medibles".

²³ Corte Constitucional, 06.05.2020, Sentencia C-140.

²⁴ Gaceta del Congreso, 2019, n 153.

preventivo, promueve una vigilancia más contundente de la gestión fiscal, garantiza en tiempo real poder hacer seguimiento a las fuentes y usos del recurso público; igualmente, incorpora la función de advertencia, y la función de intervención para el mejoramiento del control fiscal nacional y territorial.

La función de advertencia se estableció en el Decreto Ley 267 de 2000, como una herramienta que facultó a la Contraloría para advertir acerca de operaciones o procesos en ejecución y evitar graves riesgos en el patrimonio público y, en consecuencia, ejercer el control posterior respecto de los hechos identificados. La Contraloría se encargó de regular su aplicación y procedencia en la Circular 005 del 21 de junio de 2007, delimitando su ejercicio a situaciones excepcionales o de grave riesgo de menoscabo de los bienes públicos.

La Contraloría en la Circular 005 especificó que no se trataba de control previo, pues se pretendía indicar, a la entidad vigilada, los posibles graves perjuicios a los intereses patrimoniales del Estado a causa de sus decisiones. Así, fruto del ejercicio de los sistemas técnicos de control fiscal la Contraloría emitía una formulación de advertencia²⁵. En la Exposición de Motivos del Proyecto de Acto Legislativo 355 de 2019, que reforma el régimen de control fiscal, la Contraloría General de la República documenta la importancia del control preventivo con las funciones de advertencia que dirigió a las entidades fiscalizadas entre el 2006 y 2015, por un valor de \$ 25.671.667.051.643 (USD 6.477.757.418). Algunos ejemplos de la función de advertencia pueden ser:

- a) La negociación de la empresa de Telecomunicaciones de Colombia –Telecom– en el 2006, en la que se logró un beneficio de USD 622 millones frente a negociaciones anteriores en las que se planteó una estimación inferior del patrimonio público. Al término de la subasta, el Contralor General de la República indicó que “la Nación logró tal beneficio adicional frente a lo previsto en el memorando de entendimiento convenido con Telmex en el año 2005”²⁶.
- b) La recuperación de dineros por concepto de IVA por parte de la Dirección de Impuestos Nacionales –DIAN– en el 2014. La DIAN recuperó \$ 222 mil millones por concepto de impuesto al valor agregado, al lograr transar con las aseguradoras este pago; la entidad atendió una función de advertencia de la Contraloría al Director de esta entidad acerca de los riesgos que podría generar la inoportuna gestión frente a este tema en la negociación. La Contraloría Delegada de Gestión Pública e Instituciones Financieras venía emitiendo recomendaciones desde el 2012²⁷.

²⁵ Este instrumento de control fue objeto de dos pronunciamientos por parte de la Corte Constitucional. El primero fue la Sentencia C-967 de 2012 donde se expresa que la función de advertencia es un instrumento de colaboración armónica entre las entidades del Estado y, el segundo, la Sentencia C-103 de 2015 que declara su inexecutable al asimilarse al control previo.

²⁶ HERNÁNDEZ, 2006.

²⁷ Diario *El Nuevo Siglo*, 20 de mayo de 2014.

La función de advertencia constituye un instrumento valioso en términos de oportunidad en la recuperación de los recursos públicos. Permite alertar acerca de la toma de decisiones futuras, estimar riesgos ciertos y notorios²⁸, generar rendición de cuentas y deliberación pública acerca de la valoración económica, cultural, ambiental y social del patrimonio estatal. Reside en la práctica del control fiscal y en la cooperación administrativa el ejercicio prudente de esta función de advertencia –en cabeza del Contralor General–, pues debe darse con objetividad para evitar cuestionamientos infundados en contra de los entes controlados, lo que puede minar la confianza institucional y social²⁹. La seriedad del instrumento deberá soportarse en fundamentos fácticos y probatorios contundentes y capaces de estimar adecuadamente, proteger y ayudar a recuperar los recursos públicos³⁰, y no en sospechas, persecución política o en pugnas institucionales³¹.

3. *Dos casos de control fiscal*

Para ilustrar la aplicación y pertinencia del control fiscal se exponen brevemente dos casos en los que se evidencia la necesaria protección del patrimonio público y la protección de los derechos de la población:

a) Programa de Alimentación Escolar –PAE–

En el primer semestre del 2017, mediante el control posterior y mediante la auditoría de desempeño, la Contraloría General de la República evaluó el Programa de Alimentación Escolar ejecutado durante la vigencia 2016 para revisar aspectos financieros, contratación y condiciones del servicio, seleccionando para su estudio diversos departamentos y municipios.

Los resultados de la evaluación evidenciaron falencias relacionadas con aspectos financieros y presupuestales del programa, en cuanto a la asignación y trámite de los recursos, la falta de articulación entre los responsables, debilidades en su cobertura; cuestiones que afectaron la oportunidad y continuidad del servicio de alimentación escolar.

Empero, para evaluar las condiciones en la prestación del servicio y el mejoramiento de la situación alimentaria de los beneficiarios, el control posterior se queda corto, porque la evaluación de la Contraloría bajo esta modalidad se hace sobre procesos ejecutados y consolidados durante la vigencia que fue auditada. Entre tanto, el control preventivo y concomitante ha facilitado la revisión en tiempo real de la falta de inversión de recursos públicos para la garantía de los derechos de los niños, es así como durante el inicio de

²⁸ El riesgo inminente supera al riesgo inherente que se define como aquel al que se enfrenta una entidad en ausencia de acciones de la dirección para modificar su probabilidad de impacto. Departamento Administrativo de la Función Pública, 2018, pp. 36-87.

²⁹ GÓMEZ LEE, 2016, pp. 196-197.

³⁰ Contraloría General de la República, 24.03.2017, Resolución 012.

³¹ Revista *Dinero*, 16 de abril de 2015.

este año escolar y posteriormente con la crisis sanitaria se determinó que el 32% de las entidades territoriales no han contratado el PAE.

b) Medidas en Estado de Emergencia Económica y Social relacionado con el Covid-19.

Con ocasión de la pandemia la Contraloría expidió la Resolución Orgánica 0753 de 2020, para la aplicación del control concomitante y preventivo en la vigilancia de las medidas de emergencia económica y social adoptadas por el gobierno y demás entidades públicas. Con ello, el órgano fiscalizador pretende observar a los sujetos de control mientras adopta decisiones, sin intervenir en ellas. La Contraloría viene monitoreando en tiempo real la ejecución de los recursos cuya finalidad sea la atención de la emergencia económica y social que se atraviesa en la actualidad³².

En el caso preciso de la entrega de ayudas alimentarias por parte de municipios y departamentos a la población pobre y vulnerable, el ente fiscalizador viene efectuando un seguimiento continuo y permanente con el fin de corregir irregularidades relacionadas con sobrecostos en el valor convencional de los alimentos. Es así como en el Departamento de Arauca se encontraron sobrecostos en un contrato de suministro logístico y entrega de 33.437 kits de ayuda alimentaria a la población afectada por la emergencia sanitaria, lo que motivó la apertura de un proceso de responsabilidad fiscal contra el gobernador de Arauca, José Facundo Castillo, en cuantía de \$ 1.050 millones. El organismo de control estableció un presunto sobrecosto del 31% en los kits adquiridos por este contrato y presobrecostos en productos como sal (145%), panela (206%) y pasta (211%), entre otras irregularidades³³.

Además, la Unidad de Investigaciones Especiales contra la Corrupción ha iniciado indagaciones preliminares contra varias entidades públicas por sobrecostos en la adquisición de elementos de protección personal, suministro de insumos y dispositivos médico-quirúrgicos, sobrecostos en los pagos de pautas a medios impresos, digitales, radiales y televisivos de estrategias de comunicación relacionadas con la Emergencia Covid 19³⁴. Asimismo, se reportaron a la Contraloría contratos con sobrecostos en ocho municipios, los que ajustaron sus contratos en cuantía de \$ 5.699 millones³⁵.

También se ha generado alertas relevantes en cuanto a la dotación al personal de salud con el material de protección necesario frente al riesgo de contraer Covid-19; lo pertinente a la recogida, embalaje y envío de las pruebas diagnósticas y un informe

³² Contraloría General de la República, 23.04.2020, Comunicado de prensa 061. Contraloría General de la República, 24.04.2020, Comunicado de prensa 062.

³³ Contraloría General de la República, 24.04.2020, Comunicado de prensa 063.

³⁴ Contraloría General de la República, 24.04.2020, Comunicado de prensa 063.

³⁵ Contraloría General de la República, 21.04.2020, Comunicado de prensa 058.

preliminar realizado en todos los aeropuertos y terminales de transporte del país en relación con las acciones de prevención³⁶.

II. PRINCIPIOS FUNDANTES DEL CONTROL FISCAL

El control fiscal es un instituto constitucional que refuerza el control propio de la separación de poderes, su ejercicio compete a un órgano autónomo e independiente dedicado a la vigilancia de la gestión fiscal por parte de la administración y de particulares en el manejo de los recursos públicos. El control fiscal fomenta la probidad administrativa y financiera, el apego a los fines del Estado y de las instituciones públicas, constituye una vista externa y especializada frente al poder público sin menoscabo de la colaboración armónica entre las entidades públicas y el deber de control recíproco. Sin embargo, la Corte Constitucional ha establecido que no es admisible que una entidad del Estado realice revisiones de cuentas, control financiero, control de legalidad, control de gestión y control de resultados sobre otra, la que ejerce control sobre esta; esto es, se acabaría con la independencia, objetividad e imparcialidad, propias de un control fiscal eficiente y efectivo. Esto refuerza el rol y autonomía de la Contraloría, y advierte la necesidad de diseñar las instituciones estatales no solo desde sus fines y medios, sino también manteniendo la probidad del control; pues lo contrario generaría entes omnímodos.

Acerca de este principio y la función de control fiscal, la Corte Constitucional ha señalado³⁷, conforme con los artículos 267, 268 y 272 de la Constitución, que la función de control no solo obedece a un criterio de división y especialización de las tareas públicas, sino también a la necesidad política y jurídica de controlar, vigilar y asegurar que las actuaciones de las entidades estatales se realicen bajo estrictos parámetros de corrección en la utilización, inversión y disposición de los fondos y bienes por parte de la Nación, los departamentos, distritos y los municipios.

El control fiscal está ligado al principio de legalidad³⁸, ya que el control del gasto público funda su legitimidad en el respeto a la soberanía popular, esto es, a las decisiones emanadas de los representantes del pueblo y a la garantía de que el Estado está actuando de forma eficiente, celera y transparente³⁹. Esto implica que la legalidad y su defensa son una expresión del interés general⁴⁰ y social, de la materialización del Estado social de derecho, del deber del Estado de generar condiciones de igualdad material por medio de su gestión. Por ello, la vigilancia fiscal es la garantía de la legalidad de las operaciones financieras, económicas, administrativas o de cualquiera otra índole, para establecer si estas se ejecutaron conforme con las normas que las rigen, como resguardo de la validez

³⁶ Contraloría General de la República, 17.03.2020, Comunicado de prensa 038; 19.03.2020, Comunicado de prensa 041; 20.03.2020, Comunicado de prensa 043; 23.04.2020, Comunicado de prensa 060.

³⁷ Corte Constitucional, 24, 08, 1995, Sentencia C-374.

³⁸ Corte Constitucional, 16, 04, 2008, Sentencia C-335.

³⁹ Ley 42, 1993, artículos 8-13.

⁴⁰ Corte Constitucional, 07.07.2006, Sentencia T-517.

ética de las actuaciones del Estado y como realización de la promesa de asegurar las condiciones mínimas para la vida digna de los ciudadanos⁴¹.

Además está el principio democrático⁴² que faculta al pueblo y a las organizaciones a intervenir en el ejercicio y control del poder público por medio de sus representantes o directamente⁴³. Esto se traduce en la democracia participativa a la que se ha referido la Corte Constitucional indicando que, sin la participación activa de los ciudadanos en el gobierno de los propios asuntos, el Estado se expone a una pérdida irrecuperable de legitimidad como consecuencia de su inactividad frente a las cambiantes y particulares necesidades de los diferentes sectores de la sociedad⁴⁴. En consonancia con el principio democrático, la Contraloría General de la República ha implementado el control fiscal participativo, el que fomenta la participación mediante organizaciones ciudadanas, asambleas, juntas de acción comunal, y el apoyo a las veedurías ciudadanas⁴⁵.

En cuanto a la moralidad administrativa⁴⁶ se impone al ente fiscalizador un seguimiento detallado del cumplimiento de los deberes jurídicos de la administración pública, de velar por su sujeción a la ley, por no incurrir en omisiones o extralimitaciones en el ejercicio de sus funciones. La moralidad administrativa no solo consiste en predicar los principios de eficiencia, eficacia, economía, equidad, publicidad y transparencia, sino en promover y verificar la asunción por parte del servidor público de la moralidad política impresa en la Constitución, es decir, en constatar que el servidor público es un servidor de los derechos y de la Constitución⁴⁷. Por ello, un Estado de derecho que ejerce un régimen de transparencia debe contar con instrumentos jurídicos que hagan efectivos este principio, como el régimen de inhabilidades, incompatibilidades y prohibiciones de los servidores públicos. El control disciplinario respecto del comportamiento del servidor y el control interno de gestión, esto es, la autorrestricción por parte del mismo Estado.

III. EL CONTROL FISCAL Y EL PRINCIPIO DE PESOS Y CONTRAPESOS

El principio de pesos y contrapesos constituye una garantía que optimiza el sistema de separación de poderes y especializa el control a las autoridades públicas, específicamente para la defensa de bienes centrales en la Constitución y en la vigencia del Estado de derecho, tales como la probidad de las autoridades en la defensa y uso del patrimonio

⁴¹ Corte Constitucional, 12.07.2006, Sentencia C-529.

⁴² ARBOLEDA y JIMÉNEZ, 2017.

⁴³ Corte Constitucional, 08.04.2015, Sentencia C-150.

⁴⁴ Corte Constitucional, 24.09.1992, Sentencia T-540.

⁴⁵ El control fiscal participativo está reglamentado en las leyes 489, 1998; 850, 2003.

⁴⁶ Corte Constitucional, 23.08.2012, Sentencia C-643. La moralidad administrativa no se circunscribe al fuero interno de los servidores públicos sino que abarca toda la gama del comportamiento que la sociedad espera de quienes manejan los recursos de la comunidad.

⁴⁷ Corte Constitucional, 13.11.2003, Sentencia C-826.

público (Contraloría General) y la moralidad administrativa y la promoción de los derechos humanos (Procuraduría y Defensoría del Pueblo, o Ministerio Público).

En los papeles del Federalista, Madison defendió la idea de un sistema institucional que asegurara la defensa de lo público y evitara que las autoridades tomaran más poder del que se contemplaba para ellas en la Constitución. Su propuesta se focalizó en combatir toda concentración excesiva de poderes en una rama del poder público, o en otras entidades constitucionales; en evitar la tentación constante de acumular poder y avasallar los derechos de los ciudadanos y la distribución de poder definido constitucionalmente. Empero, el control de un posible abuso de poder debe ser moderado y proporcional, no puede ser que aquel que controla, genere una amenaza, que impida la acción esperada del poder público⁴⁸. Este principio ha sido interpretado por la Corte Constitucional de Colombia como un modelo de optimización de la separación de poderes, exigiendo la colaboración armónica y el control recíproco entre las diferentes entidades. Bajo su jurisprudencia el constituyente de 1991 optó por un modelo en el que las funciones necesarias para cumplir los fines del Estado se desarrollan mediante órganos autónomos e independientes. El sistema de frenos y contrapesos tiene como finalidad lograr la armonización entre una mayor eficiencia del Estado y al mismo tiempo garantizar una esfera de libertad para sus asociados que se materializa por medio de la limitación del poder y la distribución y articulación de competencias⁴⁹.

Un sistema de pesos y contrapesos debe equilibrar la relación entre los órganos del Estado y evitar poderes omnímodos o sin control. La Contraloría General de la República se presenta como un órgano especializado en la inspección, control y vigilancia del patrimonio público, en su adecuado uso, inversión, preservación y optimización, con la capacidad de limitar los actos irregulares de los mandatarios electos popularmente y de la administración pública en general, así como de los particulares que ejercen funciones públicas. Por eso ha sido dotada del poder de adelantar procesos administrativos sancionatorios, e incluso de inhabilitar a los funcionarios encontrados responsables fiscalmente. A su vez este acto sancionatorio puede ser controlado vía judicial mediante la acción de nulidad por vicios de ilegalidad o de inconstitucionalidad, empero, no se trata de un procedimiento judicial como lo requiere la convención interamericana de derechos humanos⁵⁰, lo que implicaría un debate respecto de la convencionalidad de esta previsión de la Constitución.

Este control por principio constitucional se ejerce de forma posterior –decisión del constituyente originario– y de forma paralela o concomitante a los actos y decisiones de la administración –por decisión del legislador como constituyente derivado–. La función de control fiscal en el marco de un Estado Social de Derecho y de la teoría de pesos y contrapesos, se concibe como estructura esencial para el logro de los fines de transparencia

⁴⁸ HAMILTON, *et. al.*, 1982, numeral 51.

⁴⁹ Corte Constitucional de Colombia, 10.07.2019, sentencia C-306.

⁵⁰ Convención Interamericana de Derechos Humanos, 1978, artículo 23.

y eficiencia en la actividad estatal⁵¹. Implica que la discrecionalidad gubernamental y administrativa está siendo observada para evitar la consolidación de las vías de hechos, o de cualquier actuación contraria al carácter público del Estado.

El control fiscal representa una confrontación necesaria para moderar los motivos del gobierno y la administración pública, para contener el egoísmo propio de cada administrador o de la porción de poder público distribuido en el acuerdo constitucional. Exige la necesaria justificación desde la Constitución, los derechos de los ciudadanos y los fines del Estado, así como desde la planeación para establecer qué se hará, cómo se hará, con qué recursos y qué impacto se espera obtener; bajo estos tópicos la evaluación fiscal determinará si se ha actuado con moderación y abrigo constitucional y legal. El desbordamiento del control, así como cuestionar indebidamente la administración, o presionar e inmovilizar la gestión pública, puede ser a su vez controlada administrativa y judicialmente. El controlador y el controlado se ven sometidos a un desacuerdo que hace parte de su misión y de las consagraciones propias de un sistema de pesos y contrapesos⁵².

1. *La democracia como complemento del diseño constitucional del control fiscal*

Pese a sus fundamentos filosóficos el sistema de pesos y contrapesos requiere de un diseño constitucional importante, no solo en cuanto a instituciones que frenen los posibles excesos del poder público, sino que también exige complementarse con elementos democráticos como:

- a) La cultura institucional: una pertenencia por los valores y principios constitucionales y las exigencias de probidad, transparencia, publicidad y celeridad propias de la buena función pública y el Estado de derecho; esto implica entidades que trabajan bajo fundamentos de transparencia, no solo erradicando la corrupción, sino también evidenciando su planeación, su ejecución presupuestal y la eficacia de la misma en cuanto al servicio público y la satisfacción de los derechos de la población. Asimismo, la incorporación de procedimientos de seguimiento a la gestión pública por medios virtuales⁵³ como instrumento de control social y participación ciudadana, sumado necesariamente a un sistema de rendición de cuentas.
- b) La aceptación de que la gestión pública debe promover acciones coordinadas con las demás instituciones del Estado para garantizar un ejercicio efectivo, pero a la par, para incrementar el prestigio y la confianza social; la confianza institucional debe crecer por la capacidad de control y probidad probada. Los entes de control no pueden padecer una desconfianza absoluta con los entes controlados, promoviendo una paranoia institucional, lo que tampoco supone promover la creencia

⁵¹ Corte Constitucional de Colombia, 17.08.2016, sentencia C-439.

⁵² GARGARELLA, 2013, pp. 6-7; GARGARELLA, 2014.

⁵³ Los medios virtuales utilizados por la Contraloría para evaluar en tiempo real los contratos en el marco de la crisis sanitaria por el Covid-19, han consistido en el cruce de informaciones contenidas en diferentes bases de datos acerca de contratos, servidores públicos, la plataforma Colombia compra eficiente, entre otras.

de que las instituciones son movidas por seres virtuosos. Sin embargo, debe admitirse que justo el desacuerdo institucional potencia las posibilidades de control y contención frente a los excesos o la apropiación de lo público: la corrupción. La democracia deliberativa fomenta la comprensión y construcción progresiva del sistema de controles mediante la contradicción y la discusión colectiva y, en consecuencia, el mejor entendimiento del bien común⁵⁴.

- c) La necesidad de medidas internas de organización administrativa y de control interno de gestión y de la disciplina de los funcionarios, garantizando instancias operativas autónomas y, por tanto, no sujetas a presiones. Al efecto, el sistema de control fiscal en Colombia abarca la Contraloría General de la República, la que es vigilada por la Auditoría General de la Nación⁵⁵; pese a las competencias de la Contraloría General⁵⁶, los departamentos y algunos municipios pueden contar con Contraloría para su jurisdicción y como un mecanismo de autonomía territorial. Esto se suma a los sistemas de veedurías y a los canales abiertos para las peticiones y denuncias ciudadanas⁵⁷.
- d) El control fiscal como especie del sistema de pesos y contrapesos debe complementarse con un control social deliberativo. El diseño constitucional requiere en cualquiera de sus manifestaciones y objeto de control fomentar que la vigilancia y la crítica sean una constante mediante el principal método de materialización constitucional: la democracia⁵⁸. La democracia asegura que con la participación igualitaria de los ciudadanos en los asuntos que les afectan⁵⁹, puedan defender sus ideas y concepciones acerca de cualquier problema social, intercambiar ideas desde el respeto y el peso de los argumentos, y construir desde la moralidad política una respuesta colectiva y moralmente aceptable por todos⁶⁰.

El ciudadano cuenta en la democracia constitucional con diversos mecanismos de participación que le permiten decidir, promover normas, decisiones y cuestionar las autoridades⁶¹. Por tanto, el diseño constitucional no se cierra solo con la consagración de instituciones de control especializado, con la presunción de virtudes en los servidores públicos, en los principios de la función pública, o en la cultura institucional, sino que requiere necesariamente de un deber ético y propio de la vida del ciudadano en democracia: la cultura de diálogo y crítica al poder.

⁵⁴ WALDRON, 2005.

⁵⁵ Corte Constitucional, 24.11.2004, sentencia C-1176.

⁵⁶ Corte Constitucional, 11.03.2015, Sentencia C-103.

⁵⁷ En Colombia el legislador entendió por veeduría ciudadana el mecanismo democrático de representación que le permite a los ciudadanos o a las diferentes organizaciones comunitarias, ejercer vigilancia de la gestión pública en todos los ámbitos del Estado.

⁵⁸ DAHL, 1956.

⁵⁹ GARGARELLA, 1996, p. 161-164.

⁶⁰ NINO, 1997, pp. 180, 192-194.

⁶¹ Ley 1757, 2015.

Desde luego, la apatía ciudadana está motivada en la crisis de representatividad y en la ausencia de legitimidad política de las instituciones⁶², la que no se agota con la fuente constitucional, sino que debe impulsarse constantemente por medio de un proceso de diálogo con el ciudadano⁶³. Un diálogo en el que el ciudadano se incluya en la administración y la administración se sienta vinculada por el dictamen popular y deliberativo. En consecuencia, la administración debe implementar políticas y protocolos constantes para fomentar, mantener y sintetizar el diálogo social; en este contexto, las experiencias de foros y asambleas ciudadanas para establecer y vigilar la ejecución del presupuesto público⁶⁴ resultan significativas y legitimantes.

2. *El foro legislativo y el control fiscal*

El legislador debe materializar las demandas ciudadanas y para ello debe participar en el trámite de los debates sociales, bien como un actor que interviene ante el gobierno y los juicios del control judicial de constitucionalidad, pero también como promotor del foro legislativo conforme con su poder de libre configuración⁶⁵, esto es, su capacidad de crear normas bajo una alta discrecionalidad, siempre que respete los derechos humanos y la Constitución. Conforme con esto el legislador puede optimizar el principio de separación de poderes y el sistema de pesos y contrapesos en varios sentidos:

- a) Como una garantía institucional que module el poder de las ramas del poder público y canalice la energía social proveniente de la política, la crítica y la protesta social, la que ha estado centrada en impugnar la falta de transparencia estatal⁶⁶.
- b) Para cooperar con las demás ramas del poder público y promover una legislación más legítima y deferente frente a los criterios técnicos y políticos de los demás actores institucionales⁶⁷. Así, el control fiscal concomitante provino de un diálogo entre el órgano de control, el gobierno y el legislador, lo que generó una deferencia del control judicial de constitucionalidad y respondió a la creciente demanda de medios efectivos de vigilancia.
- c) Como legislador ordinario para regular los niveles de control e intervención de los institutos que materializan el control fiscal y disponer sus potestades sancionatorias, u otros esquemas de control como el disciplinario, así como para disponer espacios de participación ciudadana⁶⁸.
- d) Como constituyente derivado el legislador puede modificar la Constitución para complementarla, interpretarla o enmendarla como una forma de diálogo

⁶² BOBBIO, 1991.

⁶³ BETANCOURT, 2018, pp. 182-184.

⁶⁴ Corte Constitucional, 14.10.2015, Sentencia C-652.

⁶⁵ Corte Constitucional de Colombia, 17.08.2016, sentencia C-439.

⁶⁶ ACKERMAN, 2007, p. 113.

⁶⁷ Constitución Política de Colombia, 1991.

⁶⁸ Ley 5, 1992.

con el constituyente originario, quien estableció las leyes fundamentales de la Constitución que no podrán ser eliminados o limitados, pues tal posibilidad es solo competencia de su creador⁶⁹. El legislador como constituyente derivado materializa y concretiza las leyes fundamentales del constituyente originario. Limitación que también impone no sustituir la Constitución⁷⁰, esto es, no abolir sus leyes fundamentales o hacerlas impracticables, dándose que no podría tolerarse un control que elimine la capacidad de decidir o coaccionar la decisión del gobierno o la administración pública; pero a la par, no respetaría la Constitución una reforma que mengüe el control fiscal y lo convierta en algo simbólico o de mera recomendación.

Por ello, el constituyente derivado puede complementar la regla básica del sistema de pesos y contrapesos con disposiciones que incrementen el control a los gestores fiscales, como una medida dialógica de lo reclamado por los actores institucionales y sociales; el control fiscal y su reforzamiento mediante diversos mecanismos –como el control concomitante– para impulsar un mayor rigor en los principios de transparencia, moralidad y celeridad de la administración pública y controlar el mal de la corrupción. Incluso puede responder a criterios especializados como el que representa la experticia institucional de la Contraloría.

La reforma constitucional puede ser expresión de un diálogo abierto en el que los ciudadanos pueden expresar sus expectativas y pretender transformar, complementar e interpretar la Constitución, y de ello se debe encargar el foro legislativo, como escenario de la democracia deliberativa⁷¹. Una lectura democrática del sistema de pesos y contrapesos debe producir como resultado el incremento de mecanismos de mayor control y salvaguarda del patrimonio público como derecho colectivo, y por tanto, de la vigencia de la Constitución. Debe promover la deliberación como un mecanismo de balance entre mayorías y minorías, y en tal sentido, promover una nueva división y control del poder.

IV. CONCLUSIÓN

Se ha evidenciado que el control fiscal posee una estructura definida por medio del diseño constitucional dado por el constituyente originario y derivado, así como por los principios que impulsan una vigilancia activa del patrimonio público y una interacción entre las ramas del poder público capaz de optimizar el sistema de pesos y contrapesos. Es necesario comprender el control fiscal como un ejercicio necesario de este sistema, particularmente mediante la promoción del criterio objetivo del órgano de control fiscal, el legislador y especialmente del ciudadano, quien debe y puede intervenir en cualquier

⁶⁹ SCHMITT, 1983, p. 110.

⁷⁰ ALBERT, 2019.

⁷¹ GARGARELLA, 2014.

asunto que afecte su Constitución y modo de vivir, específicamente cuando observa que aquello que les pertenece a todos es puesto en peligro por el mal de la corrupción.

BIBLIOGRAFÍA

- ACKERMAN, Bruce, 2011: *La Constitución viviente*, Madrid: Marcial Pons.
- ACKERMAN, Bruce, 2007: *La nueva división de poderes*, México: Fondo de Cultura Económica.
- ALBERT, Richard, 2019: *Constitutional Amendments: Making, Breaking, and Changing Constitutions*, New York: Oxford.
- AMAYA, Uriel, 2000: *Fundamentos Constitucionales del Control Fiscal*, Bogotá: Umbral Editores.
- ARANGO, R, 2014: "La insuficiencia republicana de nuestras instituciones", *Revista Temas Socio-Jurídicos*, volumen XXXII, n 65.
- ARBOLEDA, Paulo y Jiménez, Milton, 2016: "Una aproximación a la filosofía política de la cláusula democrática en la Constitución de 1991", *Revista Filosofía UIS*, volumen XV, n 1.
- BETANCOURT, Guillermo, 2018: "Democracia participativa versus democracia territorial: participación, autonomía y desarrollo municipal", *Revista digital de Derecho Administrativo*, 20.
- BOBBIO, Noltberto, 1992: *El futuro de la democracia*, Bogotá, Colombia: Fondo de Cultura Económica.
- CENTRO Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. CLAD, *Una nueva gestión pública para América Latina*, 1998.
- CORPORACIÓN Transparencia por Colombia, 2019: *Así se mueve la corrupción. Radiografía de los hechos de corrupción en Colombia 2016-2018*, Bogotá: Corporación Transparencia por Colombia.
- DAHL, R, 1956: *A Preface to Democratic Theory*. Chicago: The University of Chicago Press.
- DEPARTAMENTO Administrativo de la Función Pública, 2018: *Guía para la administración del riesgo y el diseño de controles en entidades públicas. Riesgos de Gestión, Corrupción y Seguridad Digital*, Bogotá: Departamento Administrativo de la Función Pública.
- DURKHEIM, Emile, 1959: "La democracia", *Revista Mexicana de Sociología*, volumen XXI, n 3.
- DWORKIN, R, 1999: *Los Derechos en serio*, Barcelona: Ariel Derecho.
- ELSTER, J, 1998: *Deliberative democracy*, Cambridge: Cambridge University Press.
- ESTLUND, D, 1997: *Democracy and Decision: The pure theory of electoral preference*, Cambridge: Cambridge University Press.
- FERRAJOLI, Luigi, 2009: "La democracia política y su crisis actual", *Revista Jueces para la democracia*, volumen IX, n 65.
- GARCÍA y Espinosa, 2013: *El derecho al estado. Efectos legales del apartheid institucional en Colombia*, Bogotá: Dejusticia.
- GARGARELLA, Roberto, 1996, *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, Barcelona: Ariel.
- GARGARELLA, Roberto, 2013: "El nuevo constitucionalismo dialógico, frente al sistema de los frenos y contrapesos", *Revista Argentina de Teoría Jurídica*, volumen 14, n 2.
- GARGARELLA, Roberto, 2014: *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*, Buenos Aires: Siglo XXI.
- GÓMEZ Lee, Iván, 2016: *La seguridad jurídica. El caso de la responsabilidad fiscal en Colombia*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- GONZÁLEZ, Margarita, 1979: *Las Rentas del Estado" en Manual de Historia de Colombia*, Tomo III, Bogotá, Instituto Colombiano de Cultura.
- HAMILTON, A; Madison, J y Jay, J, [1787] (1982), *The Federalist Papers*, New York: BANTAM Books.

- HERNÁNDEZ, Antonio, 2006: *TELECOM, Ganó la Transparencia, ganó la Nación*. Bogotá: Contraloría General de la República.
- JARAMILLO, Jaime y Colmenares, Germán, 1987: *Estado, administración y vida política en la sociedad colonial*, Tomo I, Colombia, Instituto colombiano de Cultura.
- JIMÉNEZ, Milton y Arboleda, Paulo, 2017: *La garantía judicial de la constitución*, Manizales: Universidad de Caldas.
- LÓPEZ, Pilar, 2015: *Un estado a crédito*, Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- MONTAÑA, Alberto, 2005: *El concepto de servicio público en el derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NARANJO, R, 2007: *Eficacia del Control Fiscal en Colombia. Derecho Comparado. Historia, Macroorganizaciones e instituciones*. Bogotá: Universidad del Rosario.
- NINO, Carlos, 1997: *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona, España: Gedisa.
- O'DONNELL, G. (1994). *Delegative democracy*. *Journal of Democracy*, volumen V, n 1.
- O'DONNELL, G. (1998). "Accountability horizontal". *Revista Agora*, volumen VIII, n 5.
- QUINCHE, Manuel, 2015: *Derecho Constitucional Colombiano*. Bogotá: Editorial Temis.
- ROBINSON y Acemoglu, 2012: *Por qué fracasan los países*, Bogotá: Deusto.
- SCHMITT, Carl (1983). *Teoría de la Constitución*. Madrid: Editorial Tecnos.
- TIRADO, Álvaro, 1983: *Introducción a la historia económica de Colombia*, Bogotá: El Ancora Editores.
- WALDRON, Jeremy, 2005: *Derecho y desacuerdo*, Madrid: Editorial Marcial Ponds.
- CORTE constitucional de Colombia*

Normatividad

- CONSTITUCIÓN Política de Colombia, publicada el 4 de julio de 1991.
- GACETA del Congreso 153, 2019, publicada el 27 de marzo de 1994.
- LEY 23, Por la que se reorganiza la Oficina Nacional de Minas, publicada el 5 de julio de 1923.
- LEY 58, Por la que se reforman las leyes orgánicas del Departamento de Contraloría y se dictan otras disposiciones, publicada el 18 de diciembre de 1946.
- LEY 20, Por la que se modifican y adicionan las normas orgánicas de la Contraloría General de la República, se fijan sistemas y directrices para el ejercicio del control fiscal y se dictan otras disposiciones, publicada el 28 de abril de 1975.
- LEY 5, Por la que se expide el Reglamento del Congreso; el Senado y la Cámara de Representantes, publicada el 18 de junio de 1992.
- LEY 42, sobre la organización del sistema de control fiscal financiero y los organismos que lo ejercen, publicada el 27 de enero de 1993.
- LEY 136, por la que se dictan normas tendientes a modernizar la organización y el funcionamiento de los municipios, publicada el 2 de junio de 1994.
- LEY 489, Por la que se dictan normas sobre la organización y funcionamiento de las entidades del orden nacional, publicada el 29 de diciembre de 1998.
- LEY 617, Por la que se reforma parcialmente la Ley 136 de 1994, el Decreto Extraordinario 1222 de 1986, se adiciona la Ley Orgánica de Presupuesto, el Decreto 1421 de 1993, se dictan otras normas tendientes a fortalecer la descentralización, y se dictan normas para la racionalización del gasto público nacional, publicada el 9 de octubre de 2000.
- LEY 850, Por medio de la que se reglamentan las veedurías ciudadanas, publicada el 18 de noviembre de 2003.

Jurisprudencia

- CORTE Constitucional, sentencia de 24 de septiembre de 1992, rol T-540
CORTE Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 1995, rol C-374.
CORTE Constitucional, sentencia de 2 de diciembre de 1998, rol SU-747
CORTE Constitucional, sentencia de 13 de noviembre de 2003, rol C-826.
CORTE Constitucional, sentencia de 24 de noviembre de 2004, rol C-1176.
CORTE Constitucional, sentencia de 7 de julio de 2006, rol T-517.
CORTE Constitucional, sentencia de 12 de julio de 2006, rol C-529.
CORTE Constitucional, sentencia de 16 de abril de 2008, rol C-335.
CORTE Constitucional, sentencia de 23 de agosto de 2012, rol C-643.
CORTE Constitucional, sentencia de 2 de julio de 2014, rol C-418
CORTE Constitucional, sentencia de 11 de abril de 2015, rol C-103.
CORTE Constitucional, sentencia de 30 de septiembre de 2003, rol C-875.
CORTE Constitucional, Sentencia de 21 de noviembre de 2012, rol C- 967.
CORTE Constitucional, sentencia de 11 de marzo de 2015, rol C-103.
CORTE Constitucional, sentencia de 8 de abril de .2015, rol C-150.
CORTE Constitucional, sentencia de 14 de octubre de 2015, rol C-652.
CORTE Constitucional, sentencia de 6 de mayo de 2020, rol C-140.
CORTE Constitucional, sentencia de 1 de junio de 2016, rol C-285
CORTE Constitucional, sentencia de 17 de agosto de 2016, rol C-439.
CORTE Constitucional, sentencia de 27 de abril de 2017, rol C-253.
CORTE Constitucional, sentencia de 10 de julio de 2019, rol C-306.
CONSEJO de Estado, sentencia de 10 de mayo 5 de 2007, rol 2003-00182-01 01.
DICTÁMENES y comunicados de la Contraloría General
CONTRALORÍA General de la República, dictamen de 24 de marzo de 2017, Resolución 012.
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 17 de marzo de 2020, 038.
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 19 de marzo de 2020, 041.
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 20 de marzo de 2020, 043;
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 21 de abril de 2020, 058.
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 23 de abril de 2020, 060.
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 23 de abril de 2020, 061.
CONTRALORÍA General de la República, Comunicado de 24 de abril de 2020, 062.
CONTRALORÍA General de la República, comunicado de 24 de abril de 2020, 063.

Webgrafía

- EDITORIAL (20 de mayo de 2014). *La DIAN recuperó 222 mil millones en IVA*. Recuperado el 1.04.2020, de Diario El Nuevo Siglo: <https://elnuevosiglo.com.co/articulos/5-2014-la-dian-recupero-222-mil-millones-en-iva?page=2>
MAYA, Edgardo (16 de abril de 2015). *Control firme*. Recuperado el 12.04.2020, de Revista Dinero: <http://www.dinero.com/edicion-impresa/pais/articulo/ejecucion-presupuestal-del-gobierno-colombia/207671>

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100255>

Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en derecho migratorio chileno: parte general

*Diego Molina Conzue**

RESUMEN

El presente artículo busca analizar en qué casos, y bajo qué justificación, es posible aplicar la distinción entre actos administrativos desfavorables y sanciones administrativas. Lo anterior supone estudiar los elementos que permiten catalogar un acto administrativo como sanción administrativa, así como las normas y derechos existentes en materia migratoria relativos al ingreso de los migrantes al territorio de un Estado y a las situaciones posteriores a dicho ingreso.

Migración; sanción administrativa; acto administrativo desfavorable

Regime of administrative sanctions and other unfavorable administrative acts in chilean migratory law: general part

ABSTRACT

This article study in which cases, and under what reasons, it is possible to apply the distinction between unfavourable administrative acts and administrative sanctions. That requires analyse the elements which allow us to make a distinction between an administrative act as an administrative sanction, as well as migratory rules and rights related to entry of migrants into the territory of a State and subsequent situations to that entry.

Migration; administrative sanction; unfavorable administrative act

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesor de la Facultad de Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8312-4863> . Correo electrónico: diego.molina@pucv.cl

Artículo recibido el 27.5.20 y aceptado para su publicación el 20.12.20.

I. INTRODUCCIÓN

Chile ha experimentado, en la última década, un gran aumento de su población de extranjeros. Así, se estimó, que a fines de 2018 la población inmigrante en Chile asciende a 1.492.522 personas¹, en circunstancias que, en el 2009, dicha cifra apenas alcanzaba las 208.722 personas². Dicha realidad, unida a la existencia de una legislación arcaica y concebida bajo el esquema de la seguridad nacional, llevó a un constante examen de la Ley de Extranjería vigente, Decreto Ley N° 1.094, de 1975, del Ministerio del Interior (en adelante LE)³. Del mismo modo, ha llevado a agilizar y aprobar el trámite legislativo del proyecto de Ley de Migración y Extranjería, Boletín 8.970-06 (en adelante PLM), en miras a dotar a nuestro país de una nueva normativa migratoria⁴.

Especialmente atendidos los efectos negativos que generan ciertas actuaciones de la Administración, se hace del todo necesario analizar la naturaleza jurídica, sentido y alcance de aquellos preceptos que habiliten a la autoridad a disponer estas medidas. Ahora bien, el estudio de los actos desfavorables existentes en materia migratoria, si bien tiene importantes implicancias constitucionales e internacionales, atendida la existencia de un conjunto de derechos que esas normativas reconocen a los extranjeros, también debe considerar las categorías y criterios propios del derecho administrativo, atendida no solo la naturaleza de la función realizada, sino que también el órgano competente en la materia.

En el presente escrito deseamos reflexionar acerca de la naturaleza jurídica de los actos desfavorables en materia migratoria, prescritas tanto por la LE como por el PLM, distinguiendo entre aquellos que no constituyen sanciones administrativas, de aquellos no son manifestaciones del ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado. Una importante consecuencia de lo anterior será determinar en qué casos se deben aplicar los principios propios del derecho administrativo sancionador, así como qué principios o garantías son aplicables a los actos no sancionatorios. A lo dicho sumamos el hecho de que, si bien la presente distinción es realizada por la doctrina administrativista nacional y extranjera, los textos nacionales relativos al derecho migratorio han agrupado bajo la categoría de sanciones administrativas todos aquellos actos impuestos frente a cualquier hecho que conforme con la normativa migratoria vigente se deba aplicar⁵.

Por lo anterior es que, en primer lugar, se abordará la distinción entre la figura de sanción administrativa y otros actos administrativos de contenido desfavorable. En segundo lugar, se pretende aplicar dichas categorías en materia migratoria, distinguiendo

¹ INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, 2020, p.19.

² FUENTES y HERNANDO, 2019, p. 383.

³ Véase ANINAT y SIERRA, 2019, p. 35. En el mismo sentido, véase STANG, 2016, pp. 83-107.

⁴ A la fecha de remisión del presente artículo, el PLM había sido remitido al Tribunal Constitucional para un control preventivo de constitucionalidad, previo requerimiento de un cuarto de los diputados en ejercicio (causa Rol N° 9.930-2020).

⁵ DELLACASA y HURTADO, 2015, pp. 143-144.

dos grandes grupos normativos, y cuya inobservancia permite identificar la naturaleza jurídica de los actos administrativos que se dicten.

II. SANCIÓN ADMINISTRATIVA Y OTROS ACTOS DESFAVORABLES

Nieto nos señala que “[...] en el ordenamiento jurídico están previstas diversas consecuencias jurídicas muy parecidas, e incluso idénticas, a las sanciones administrativas y es el caso que importa distinguirlas con absoluta precisión habida cuenta de que el régimen jurídico de las sanciones es exclusivo de ellas”⁶.

La distinción anterior es del todo necesaria, ya que el ejercicio de la potestad sancionatoria del Estado requiere el cumplimiento de ciertas exigencias. Así, la conceptualización de la sanción administrativa entendida como un especial acto administrativo revestirá la mayor de las importancias.

Sobre el particular, la doctrina ha diferenciado entre una noción amplia y una noción restringida de sanción administrativa. Bermúdez señala que, “Desde una perspectiva amplia, se estimará como sanción toda aquella retribución negativa dispuesta por el ordenamiento jurídico como consecuencia de la realización de una conducta. [...] Por consiguiente, en este sentido, será sanción administrativa todo gravamen o decisión desfavorable impuesta por la Administración a un administrado”⁷.

Por su parte, desde una perspectiva estricta, serán sanciones administrativas aquellas retribuciones negativas previstas como tales por el ordenamiento jurídico como consecuencia de una infracción administrativa⁸.

En el régimen español, tanto la doctrina como la jurisprudencia han señalado que ciertos actos, no obstante tener un contenido desfavorable, no constituyen una sanción administrativa, pues, o bien no son consecuencia de una conducta ilícita (*v.gr.* la expropiación o caducidad) o, siendo consecuencia de un acto ilícito, carecen de una finalidad represiva o reaccional, como lo son las medidas de restablecimiento de la legalidad⁹, y las medidas de reparación o resarcimiento¹⁰.

En la misma línea, la doctrina nacional, al diferenciar entreactos desfavorables en general y sanciones administrativas, señala que: “[...] a) la sanción administrativa es

⁶ NIETO, 2016, p. 156. En el mismo sentido, OSORIO señala que “[...] existen diversas situaciones que se dan en la práctica, en las cuales, por motivos múltiples, los órganos de la Administración del Estado causan determinados perjuicios o menoscabo económico a los particulares, los cuales no configuran sanciones administrativas en *stricto sensu*”; OSORIO, 2017, p. 39.

⁷ BERMÚDEZ, 1998, p. 323.

⁸ BERMÚDEZ, 1998, p. 326.

⁹ Medidas que “[...] no van más allá de esa restauración de la legalidad vulnerada, es decir, dejan al particular en la situación inicial, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, cuando se le impone una multa. A veces se estudia este problema bajo la rúbrica de la distinción entre sanciones administrativas y policía”; HUERGO, 2007, p. 249.

¹⁰ CORDERO, 2013, p. 85. Es más, el mencionado autor, al definir a las sanciones administrativas señala que ellas tienen una finalidad esencialmente represora; CORDERO, 2014a, p. 401.

consecuencia de una conducta ilícita o infracción; y b) la sanción administrativa tiene una finalidad esencialmente represiva o de castigo. De esta forma, la sanción administrativa es un acto desfavorable que afecta la esfera jurídica de un particular con una finalidad represora frente a una infracción o conducta ilícita”¹¹.

Respecto del primer criterio de distinción, y como elemento esencial para el ejercicio de potestades sancionatorias, es menester encontrarse frente a una infracción administrativa, esto es, ante “[...] el incumplimiento de un deber, obligación o prohibición del ordenamiento jurídico administrativo”¹² al que se encuentra sujeto un individuo. El ordenamiento jurídico, con el objetivo de procurar la satisfacción de ciertas finalidades consideradas como valiosas, sujeta el comportamiento de los particulares a un conjunto de parámetros, cuya inobservancia habilitará a la autoridad administrativa a adoptar las medidas necesarias para obtener el cumplimiento de las finalidades que justifican el establecimiento de deberes, obligaciones y prohibiciones. Sin embargo, no todo comportamiento calificable como contrario a derecho puede ser catalogado como una infracción administrativa, toda vez que dicha contravención debe suponer el incumplimiento de un imperativo jurídico al cual el particular se encuentra sometido.

Asimismo, y como consecuencia de lo anterior, toda vez que por medio de las sanciones administrativas se aplica una consecuencia perjudicial para un particular fundada en el incumplimiento de prohibiciones, deberes y obligaciones a los que se encontraba sujeto, y cuya inobservancia ha sido prevista como infracción, dichas consecuencias perniciosas pretenderán retribuir el desvalor de la conducta realizada.

En todo caso, es importante tener presente que “La sanción es [...] una de las tantas herramientas que tiene la autoridad para cumplir sus fines y lograr la satisfacción del interés general”¹³. En efecto, y con el fin de procurar que la medida adoptada logre de la forma más óptima posible la satisfacción de tales fines e interés, “La autoridad puede considerar que es más adecuado para el cumplimiento de la finalidad respectiva la adopción de otras medidas o simplemente un mero llamado [de] advertencia al infractor para que corrija su comportamiento”¹⁴. Así, y si bien, al igual que las sanciones administrativas, los otros actos desfavorables tienen por pretensión satisfacer ciertos intereses públicos¹⁵, la decisión de su aplicación es realizada, incluso, con independencia del perjuicio que puede causar para el particular, el que no estará en primer plano y cuya presencia será irrelevante para la justificación de la medida¹⁶.

¹¹ CORDERO, 2013, p. 84. Véase a OSORIO, 2017, pp. 30-31.

¹² OSORIO, 2017, p. 30.

¹³ GÓMEZ, 2020, p. 207.

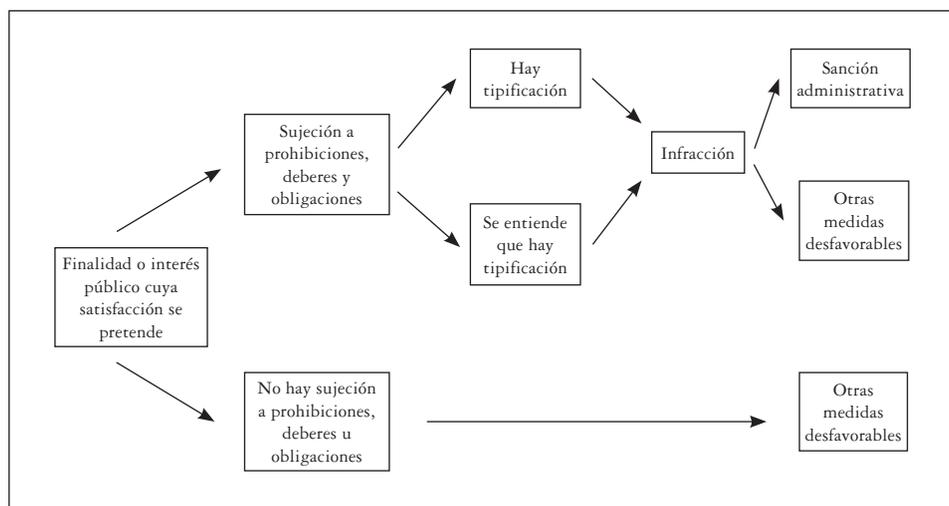
¹⁴ GÓMEZ, 2020, pp. 206-207.

¹⁵ ENTEICHE señala que la sanción administrativa “[...] tiene como objetivo la represión de una conducta que infringe el ordenamiento jurídico, a fin de resguardar un bien jurídico que el organismo sancionador debe cautelar. Por esto si un acto de castigo [, o mejor dicho lesión,] tiene por objeto otro propósito, no será una sanción sino algo diverso”; ENTEICHE, 2014, p. 14.

¹⁶ HUERGO, 2007, p. 225. En un sentido similar, véase a LETELIER 2018, pp. 921-923.

Conforme con lo dicho previamente, y en la sede que nos convoca, es posible afirmar que si bien todo acto desfavorable pretende la satisfacción de una determinada finalidad o interés público, en el caso de las sanciones administrativas, y en miras a procurar tal objetivo, el ordenamiento jurídico ha decidido configurar un conjunto de prohibiciones, deberes y obligaciones, cuya inobservancia ha tipificado como infracciones, asociándoles ciertas consecuencias perniciosas. Por su parte, en caso de que se impongan imperativos jurídicos, pero estas no se tipifiquen, y siguiendo el planteamiento de Nieto, dichos comportamientos serían susceptibles de ser considerados como infracciones, habida cuenta que “[...] no es imaginable que la ley se moleste en imponer mandatos y prohibiciones para luego no dar relevancia alguna a su incumplimiento”¹⁷. En otros hechos, en cambio, en caso de la comisión de ciertas infracciones, regula otras medidas de contenido desfavorable con las que se pretende alcanzar el cumplimiento de finalidades específicas.

Finalmente, aún es posible encontrar otros casos en que ha dispuesto que se adopten ciertas medidas administrativas desfavorables, pese a que no nos encontremos ante comportamientos susceptibles de ser calificados como infracciones, toda vez que el particular no se encontraba sujeto a algún imperativo jurídico al momento de la realización de hechos jurídicamente relevantes (como es el caso de la expulsión administrativa fundada en el hecho de haber ingresado existiendo causales de prohibición de ingreso).



Cuadro resumen N° 1

¹⁷ NIETO, 2016, p. 359.

A lo dicho previamente, es menester aclarar que, en la aplicación de una sanción ante la comisión de la infracción administrativa, también nos encontramos frente a una finalidad preventiva. “Esa es una de las razones por las que no se exige, para el cumplimiento del tipo, que la conducta produzca daño o consecuencia gravosa alguna”¹⁸.

Por último, identificar en qué casos la Administración del Estado ejercerá potestades sancionatorias revestirá de la mayor importancia a efecto de aplicar los principios y régimen de garantías propio del derecho administrativo sancionador. En efecto, “[...] el Derecho Administrativo Sancionador [sic] debe ser entendido como un régimen de garantías que limite el poder de castigo de la Administración”¹⁹.

Como punto de partida de la temática, es importante recordar que nuestro Tribunal Constitucional desde la sentencia recaída en causa rol 244, ha dicho que al derecho administrativo sancionador le son aplicables los principios constitucionales del orden penal matizados, pues tanto dicha disciplina como el derecho penal provienen de un único *ius puniendi* estatal²⁰.

De ello, “[...] en el plano constitucional, los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración no solo constituyen el fundamento de validez de las normas infraconstitucionales que la rigen, sino que también son elementos de interpretación de las mismas y pueden ser aplicables de forma directa, en la medida que gocen de la densidad prescriptiva suficiente”²¹, actuando como “[...] una herramienta de integración de aquellos vacíos o lagunas legales no previstas por el legislador y permit[iendo] sistematizar, desde una perspectiva dogmática, el análisis y estudio”²².

Es más, “[...] de prevalecer la noción amplia de sanción administrativa, si la entendemos como cualquier mal recibido –y aplicando a ella todos los principios del *ius puniendi* [...], la administración [sic] del Estado vería severamente limitada su capacidad discrecional para tomar decisiones en cualquier materia que signifique limitar o recordar prestaciones, pagos o cualquier tipo de beneficio, establecido previamente a favor de los particulares. [...] Asimismo, se confundiría la relación género y especie que hay entre los actos administrativos desfavorables y la sanción administrativa decretada

¹⁸ BERMÚDEZ, 1998, p. 327. NIETO, por su parte, da cuenta que “[...] el intervencionismo público es consecuencia de una ideología determinada: el Estado asume la garantía de la intangibilidad de determinados bienes sociales y colectivos –a los cuales da rango jurídico–, que pretende salvaguardar con medidas de prevención que cristalizan en la conminación e imposición de castigos a los infractores”; NIETO, 2016, p. 148.

¹⁹ CORDERO VEGA, 2020, p. 241.

²⁰ “Que los principios inspiradores del orden penal contemplado en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* propio del Estado”; Tribunal Constitucional, 28.8.1996, rol 244-2016, cons. 9º. “Dicha aplicación matizada, o más bien, la reinterpretación propia de los principios del orden administrativo sancionador viene dada, en definitiva, porque las sanciones administrativas carecen del mismo reproche ético y social que tienen las sanciones penales”; BERMÚDEZ, 2014, pp. 335-336.

²¹ CORDERO, 2014a, p. 407.

²² CORDERO, 2014a, p. 408.

o dictada por un acto administrativo y la finalidad de la sanción administrativa en las políticas públicas dictadas”²³.

En todo caso, si analizamos la jurisprudencia constitucional, es posible apreciar que, para efecto de aplicar las garantías procedimentales relativas al ejercicio de la potestad sancionatoria de la Administración del Estado, se ha utilizado un concepto amplio de sanción administrativa. Por su parte, tratándose de las garantías sustantivas, el Tribunal Constitucional ha optado por emplear un concepto restringido de sanción administrativa²⁴.

La Contraloría General de la República, en cambio, emplea un concepto amplio de sanción administrativa, especialmente para dar ciertos resguardos a los particulares frente a actos administrativos con efectos desfavorables. De hecho, emplea un concepto sustancial de sanción, la que se encuentra centrada en su significación ético-social reducida frente a las penas²⁵.

Conforme con lo dicho, tratándose de los actos administrativos desfavorables no sancionatorios, no serían aplicables aquellos principios sustantivos propios de las sanciones administrativas, quedando aquella actividad únicamente restringida, *prima facie*, por los límites comunes del derecho administrativo.

Pese a lo anterior, y como desarrollaremos en el siguiente apartado, ello no quiere decir que, al menos en materia migratoria, el análisis quede restringido a las categorías del derecho administrativo común, toda vez que, por la naturaleza de la materia regulada —que incluso puede llevar a decidir acerca de la permanencia o no de una persona en territorio nacional—, como por la regulación internacional y constitucional correspondiente, la autoridad administrativa se encontrará restringida en su actuar, garantizándose así ciertos resguardos al particular.

III. RÉGIMEN MIGRATORIO Y ACTOS DESFAVORABLES

1. *Control migratorio de ingreso*

Como punto de partida para referirnos a la regulación de las facultades migratorias del Estado, debemos tener en cuenta que los instrumentos internacionales²⁶ reconocen el derecho a poder salir del territorio de un Estado y poder residir y moverse dentro de él, en la medida que se cumpla con su legislación interna. En otras palabras, se reconoce el derecho a emigrar (salir del territorio de un Estado) y a residir y desplazarse en su interior, siempre que se cumpla con la legislación estatal. En cambio, existe silencio en

²³ OSORIO, 2017, p. 28.

²⁴ CORDERO, 2013, pp. 86-88.

²⁵ CORDERO, 2013, p. 90.

²⁶ Véase el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 12; Convención Americana de Derechos Humanos, artículo 22; y Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, artículos 8 y 39.

lo que a derecho a inmigrar se refiere, esto es, el derecho a poder ingresar al territorio de un Estado²⁷.

Ahora bien, pese a constatar la inexistencia del reconocimiento internacional de tal derecho, ello no significa que los Estados sean totalmente autónomos para determinar el ingreso de personas²⁸, ya que, al fijar sus políticas migratorias respecto de personas que no son sus nacionales, debe actuar de forma compatible con los derechos humanos. De este modo, si bien el Estado cuenta con discrecionalidad para determinar sus políticas migratorias, los objetivos que estas persigan deben respetar los derechos de las personas migrantes²⁹. En otras palabras “[...] el reconocimiento y garantía de los derechos mínimos de los inmigrantes no implica la negación de las facultades soberanas de control migratorio”³⁰, cuyo ejercicio, con todo, encontrará diversas restricciones³¹, dentro de estas una de las de mayor importancia es el derecho a la no discriminación³². Las normas de ingreso son una invitación condicionada para entrar al territorio del Estado.

De ello, y bajo el escrutinio de la normativa internacional, la Magistratura Constitucional acierta en afirmar que “[...] los extranjeros tienen el derecho de emigrar, pero no importa ello un deber correlativo de los Estados de aceptar la inmigración, salvo excepciones como el refugio político y el asilo”³³, debido a que aquello es una manifestación de la soberanía estatal³⁴.

²⁷ En el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, “[...] conforme a la Convención, solo los nacionales tienen el derecho a entrar a su propio país. Este derecho es entonces el que se encuentra más estrictamente ligado a la preservación de la soberanía de los Estados, pues implica que si bien toda persona tiene derecho a salir de cualquier país, únicamente los nacionales tienen derecho a entrar al país del cual son nacionales”; UPRIMNY y SÁNCHEZ, 2019, p. 649. En el mismo sentido, ARLETTAZ, 2014, p. 23.

²⁸ DÍAZ, 2016, p. 183.

²⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, 23.11.2010, caso Vélez Loor vs Panamá, párr. 97.

³⁰ DOMÍNGUEZ, 2016, p. 193.

³¹ El Comité de Derechos Humanos en su Observación General N° 27, de 1999, nos señala que “las restricciones permisibles deben ser compatibles con otros derechos consagrados en el pacto, y, en particular, con los principios fundamentales de igualdad y no discriminación. Por tanto, no pueden hacerse distinciones por raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social”. Para el sistema interamericano véase a UPRIMNY y SÁNCHEZ, 2019, pp. 651-653.

³² Lo dicho *supra* se debe a la gran discrecionalidad con que cuentan los Estados respecto de su política migratoria general, que puede llevar a emplear el factor nacionalidad, como categoría sospechosa, al no dar suficiente fundamentación respecto de un trato especial para los extranjeros, especialmente en lo tocante a acceso a derechos. De ello, los Estados “tienen la obligación de garantizar el principio de la igualdad ante la ley y no discriminación independientemente del estatus migratorio de una persona en un Estado”; Corte Interamericana de Derechos Humanos, 28.08.2014, caso Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas vs República Dominicana, párr. 398. Es más, en nuestro país el Tribunal Constitucional ha señalado que, “[...] distinguir los derechos de los extranjeros respecto de los chilenos requiere habilitaciones expresas en la Constitución. Estos criterios distintivos no pueden exceder el marco normativo constitucional, legal e internacional que califica de diferencia odiosa y sospechosa el uso de la categoría extranjero/nacional”; Tribunal Constitucional, 04.07.2013, rol 2.273-2012, cons. 33°.

³³ Tribunal Constitucional, 04.07.2013, rol 2.273-2012, cons. 41°.

³⁴ Acerca de la diferenciación entre los derechos de los extranjeros y los nacionales, véase ARLETTAZ, 2014, pp. 35-52.

En nuestro régimen constitucional, el artículo 19 N° 7, letra a) recoge la libertad ambulatoria, en cuya conformidad todas las personas, inclusive los extranjeros, podrán ingresar a territorio nacional, permanecer en cualquier lugar de la República, trasladarse de un lugar a otro en su interior, así como salir de su territorio, a condición de que en todos esos casos se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros³⁵.

De esta manera, si bien la Constitución ha reconocido el derecho a inmigrar, elevando los estándares internacionales fijados en la materia³⁶, reconoce que el ejercicio del mismo deberá desarrollarse en conformidad con la regulación dada por la ley. Por ello, el problema de la definición e implementación de controles migratorios se encuentran en las modalidades y condiciones de ejercicio de la libertad ambulatoria establecidas por la ley³⁷.

Tener presente lo anterior es de suma importancia para todo análisis que se realice en materia migratoria, pues “La libertad ambulatoria o de desplazamiento es un derecho fundamental y, como tal, el Estado debe adecuar su comportamiento al mismo, tanto en cuanto constituye un límite a su actuar, como un criterio rector para su actuación”³⁸.

Como segunda idea, al tratar el fenómeno migratorio nos referimos al comportamiento de personas extranjeras, esto es, personas que no son nacionales del Estado de acogida, motivo por el que a su respecto no existe un vínculo permanente generador de derecho y deberes.

De este modo, los extranjeros solo se encontrarán vinculados con el Estado de acogida en la medida que hayan ingresado a su territorio. En efecto, “[...] cada Estado solo puede dictar leyes y hacerlas cumplir dentro de las fronteras de su propio territorio; ninguno puede pretender que sus normas jurídicas sean respetadas más allá de los confines territoriales”³⁹. Abogar por la obligatoriedad jurídica de las leyes migratorias

³⁵ Respecto de esta norma, el Tribunal Constitucional, conociendo de una inaplicabilidad deducida en contra de una causal de prohibición de ingreso al país, estimó que: “[...] la Constitución en materia de titularidad específica del derecho fundamental de libertad de locomoción, no realiza ninguna distinción que valide un tratamiento diverso entre extranjero y nacional. [...] Lo anterior implica que el derecho de emigrar que tiene todo extranjero se correlaciona con su derecho de inmigración en Chile, cuyo ejercicio, pero no el derecho mismo, puede ser modulado, regulado y limitado ‘a condición de que se guarden las normas establecidas en la ley y salvo siempre el perjuicio de terceros’”. Tribunal Constitucional, 04.07.13, rol 2.273-2012, cons. 35°.

³⁶ En efecto, diversos cuerpos normativos internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana de Derechos Humanos y la Convención Internacional sobre la Protección de los Trabajadores Migratorios y sus Familiares, condicionan el derecho a desplazarse dentro del territorio del Estado y residir en su territorio al ingreso legal, consagrando como derecho la facultad de salir del territorio de un Estado, mas guardan silencio respecto del derecho a ingresar al territorio de un Estado del que no se es nacional. En otras palabras, “En las normas internacionales no existe reconocimiento expreso de un derecho a inmigrar, solo de los derechos de emigrar, circular libremente una vez se ha ingresado y el de retornar al Estado del que se es nacional”, DÍAZ, 2016, p. 207.

³⁷ Véase a ALDUNATE, 2008, p. 248.

³⁸ MOLINA, 2019, p. 238.

³⁹ ALESSANDRI *et al.*, 2005, p. 269.

respecto de los extranjeros que se encuentran fuera de las fronteras del Estado que les dicta supondría afirmar que dicho Estado puede dictar normas que generen efectos extraterritoriales.

Acerca del particular, y como ha dicho Pérez Serrano a propósito de la relación existente entre nacionales y extranjeros:

“[...] los primeros están sujetos al *imperium* estatal por razón de su misma condición de nacionales, por el vínculo que los une con la comunidad espiritual (Nación)⁴⁰ y por la política (Estado), lazo que supone intimidad de conexión, título de cooperaciones y motivo de obediencia, y que no desaparece por la ausencia del territorio. En cambio, los extranjeros solo a través de este, y mientras dure su estancia allí, están sometidos al Estado (cuestión independiente es la de sus bienes)”⁴¹.

De lo anterior, por esta razón, las normas legales migratorias no tienen un efecto vinculante para el extranjero que se encuentre fuera del territorio del Estado al que desea ingresar. Por cierto, ello en caso alguno supone que el migrante no deberá adecuar su comportamiento a las disposiciones que correspondan en caso de pretender ingresar regularmente al territorio del Estado de destino.

Los requisitos de ingreso no tienen el valor de obligaciones, sino que condiciones de acceso. Así, el extranjero que ingresa a territorio nacional no infringe obligaciones, pues no se encuentra sometido a estas, sino que inobserva las condiciones dispuestas para acceder de forma regular a un espacio físico determinado.

Por lo anterior, el extranjero que ingresa sin cumplir con las condiciones de acceso es una persona que nunca debió haber ingresado a suelo nacional, quedando en un estado permanente de irregularidad, salvo que se regularice mientras se encuentra en el Estado, o bien, habiendo salido de su territorio, ingrese nuevamente cumpliendo las exigencias legales⁴².

A este respecto, también es conveniente recordar que:

“El criterio de cruce de frontera o de entrada en el territorio es importante para distinguir la no admisión de la expulsión en sentido amplio, ya que, según el Relator Especial, el extranjero que ha flanqueado las barreras de control de las autoridades de inmigración y que se encuentra en el territorio del Estado de ‘acogida’, fuera

⁴⁰ Es menester señalar que el concepto de nación no es equivalente al de nacionalidad, tanto en cuanto el primero alude al “[...] conjunto de personas de un mismo origen étnico y que generalmente habla un mismo idioma y tienen una tradición común” (SILVA, 1997, p. 181); mientras que el segundo alude a aquellas personas que gozan de un vínculo jurídico con el Estado.

⁴¹ PÉREZ, 1994, p. 115. En la misma línea, GARCÍA MAYNEZ señala que, “Desde el punto de vista del derecho público, el territorio es simplemente la base real del ejercicio del *imperium*”; GARCÍA, 1965, p. 99.

⁴² Véase COX, 2008, pp. 357 y siguientes.

de las zonas especiales de detención de los aspirantes a la admisión, solo puede ser objeto de expulsión y ya no de no admisión⁴³.

En virtud de tal análisis, al no poder afirmarse que los extranjeros están sujetos a obligaciones, no es procedente entender que los actos con efectos desfavorables que se adopten teniendo como elemento fáctico el ingreso irregular del extranjero, esto es, el hecho de no cumplir las condiciones fijadas por las normas relativas al control de ingreso, tendrían una finalidad sancionatoria, toda vez que los mismos no persiguen retribuir el comportamiento infractor de un particular. Su interés es velar y lograr un ingreso ordenado al país⁴⁴. Es más, incluso es posible afirmar que, en caso de disponerse una expulsión por tal vía, la misma tendría la finalidad de restablecer el imperio del derecho.

De todas formas, y como ya se adelantó, afirmar que el estatuto de garantías propio de las sanciones administrativas no es aplicable a un acto administrativo desfavorable, en ningún caso supone dejar al particular afectado carente de garantías, especialmente en sede migratoria, habida cuenta de la regulación constitucional e internacional correspondiente.

Si bien en el caso de las garantías procedimentales, y como ha señalado el Tribunal Constitucional, son aplicables las garantías propias del régimen sancionador, no ocurre lo mismo tratándose de las garantías sustantivas.

En torno a las primeras, es posible tan solo mencionar que ellas tienen por finalidad asegurar el derecho a un debido procedimiento administrativo, permitiéndosele al particular, en consecuencia, formular alegaciones y aportar antecedentes que juzgue necesario para su defensa. Del mismo modo, se encontrará asistido por el derecho a obtener una decisión fundada y sujeta a revisión judicial⁴⁵.

Respeto de las segundas, y conforme con lo observado en la actual normativa de extranjería, los actos desfavorables no sancionatorios tendrían por objetivo último la salida de una persona del territorio nacional (expulsión por ingresar sin cumplir los requisitos exigidos por la ley –artículo 17 de la actual LE, en relación con su artículo 15, y artículos 68 y 69– y orden de abandono, y eventualmente expulsar, como consecuencia de los rechazos y revocaciones respecto de personas que ingresan al país pese a existir a su respecto alguna prohibición de ingreso o haber ingresado con documentos falsificados, adulterados o expedidos a favor de otras personas –artículo 67 de la actual LE, en relación con los artículos 63 N° 1 y 3 y 65 N° 1–. Lo dicho precedentemente se mantiene en el PLM, ya que conforme con los artículos 127 N° 1 y 128 N° 1, se contempla como causal de expulsión el ingreso al país a pesar de la existencia de una prohibición de ingreso. Asimismo, el PLM mantiene que se dispondrá la orden de abandono, y eventual expulsión, en caso de rechazo de solicitudes o revocación de permisos de personas respecto de las cuales existe prohibición de ingreso (artículos 91, 88 N° 2, 89 N° 1, 90 N° 1, 91 y 127 N° 3).

⁴³ KAMTO, 2006, p. 57.

⁴⁴ LETELIER 2018, pp. 922-923.

⁴⁵ Véase a CORDERO, 2014b, pp. 189-215.

Por ello, aquellos cuerpos normativos que les consagren, conforme con el artículo 19 Nº 26 de la Constitución, deben ser normas de rango legal en sentido estricto. Lo anterior impide la colaboración de la potestad reglamentaria en su establecimiento. “Se trata de una competencia constitucional exclusiva del legislador, que delimita tanto su propio ámbito competencial como el de otros órganos del Estado, especialmente el que corresponde a la potestad reglamentaria”⁴⁶. Del mismo modo, dichas medidas deberán ser idóneas a los fines perseguidos, necesarias y proporcionales en sentido estricto. Por último, y si bien en principio el Estado pareciera ser soberano para determinar las condiciones de ingreso, “[...] el espacio de discrecionalidad de los Estados para definir sus políticas y normas migratorias está también determinado por la relación de interdependencia entre el derecho interno y el derecho internacional, en la que emerge el principio de respeto universal y la observancia de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, cuyos titulares son también, por vía del principio de igualdad y no discriminación, las personas migrantes”⁴⁷.

A la fecha, la amplia discrecionalidad administrativa presente en nuestra normativa “[...] constituye uno de los espacios en que es más factible vulnerar el adecuado trato que, en base al principio de igualdad, [...] se exige a los extranjeros migrantes, especialmente en lo que dice relación con las discriminaciones de *jure* y de *facto*”⁴⁸.

En cuanto a los supuestos de hecho con ocasión de que dichas medidas se apliquen, y pese a la necesidad de encontrarse debidamente establecidos en la ley, no es necesario que se desarrolle o describa una conducta infraccional específica. En efecto, el foco se encuentra en la descripción de los requisitos de ingreso, especialmente respecto de las prohibiciones de acceso, las que deben ser lo más completa y descriptivas posibles, en la medida que fijan las condiciones con las que se puede ingresar válidamente al territorio de la República⁴⁹. Además, y a efecto de emitir una decisión debidamente fundada, la

⁴⁶ BASSA y TORRES, 2020, p. 1038.

⁴⁷ LAGES, 2019, p. 37.

⁴⁸ MOLINA, 2018, p. 6. Respecto del régimen de visados, autores como BASSA y TORRES sostienen que la cláusula general de discrecionalidad presente en el artículo 13 de la LE, para el otorgamiento de las visas, de sus prórrogas y la concesión o no de la permanencia definitiva será ejercida discrecionalmente por el Ministerio del Interior, atendiendo especialmente a la conveniencia o utilidad que reporte al país su concesión y a la reciprocidad internacional, confiere el desarrollo de los conceptos jurídicos que constituyen los criterios justificadores de actuación administrativa quedan a merced de los criterios hermenéuticos que la Administración aplique al caso concreto, pudiendo vulnerar la igualdad ante la ley; BASSA y TORRES, 2015, p. 115. En la misma línea, DÍAZ señala que las amplias facultades discrecionales que se confieren a la Administración en tema de visados se traducen en que las decisiones administrativas no serán construidas a partir de criterios de razonabilidad establecidos por una norma legal; DÍAZ, 2016, p. 202.

⁴⁹ “[...] solo mediante la ley se puede regular este derecho. Impera en la materia el principio de reserva legal con cualidad absoluta. Jamás por decreto u otra normativa inferior es procedente contemplar conceptos, requisitos, impedimentos o trámites en la especie. En otras palabras, trátase de un asunto delicado, para cuya normativa se exige por la Constitución el mayor grado de certeza o seguridad posibles, circunstancia que justifica la reserva legal fuerte que hemos destacado. Queda excluida, por ende, la delegación de facultades legislativas en el tópico, así como el desempeño de la potestad reglamentaria por el Primer Mandatario. Lo explicado se halla corroborado con el texto y contexto minuciosos de la Carta Fundamental, rasgo exhaustivo,

autoridad administrativa deberá verificar la concurrencia de las circunstancias cuando la medida desfavorable es pronunciada.

Por su parte, al encontrarnos frente a medidas que no tienen su sustento en incumplimiento de obligaciones, y por tanto carentes de una finalidad sancionatoria, no es necesario exigir que el particular haya inobservado los requisitos de ingreso mediando dolo o culpa, toda vez que “La culpabilidad exige que se pueda formular un reproche a la conducta del autor”⁵⁰. Basta la verificación de que el particular haya ingresado sin cumplir los requisitos legales para que proceda la aplicación de la medida que corresponda⁵¹.

Respecto del principio de proporcionalidad, y de forma similar a lo que ocurre en materia sancionatoria⁵², este cumplirá un rol tanto respecto del ejercicio de las facultades del legislador como respecto de las facultades de la Administración. En lo relativo a la actividad del primero, “[...] el examen de proporcionalidad constituye un instrumento de control de constitucionalidad de medidas restrictivas de derechos fundamentales”⁵³; ya que es una exigencia que permite restringir o regular el ejercicio de derechos. En lo que corresponde a la actividad del segundo, en cambio, el foco se pone en la actividad de la Administración del Estado, quien deberá ponderar el fin perseguido por la medida con la eventual lesión de otros derechos.

Asimismo, y atendiendo al fundamento de la medida, no es posible afirmar la aplicación del principio de *non bis in idem*, salvo que se produzca la identidad del sujeto, objeto y fundamento entre el acto desfavorable y otras medidas que se adopten⁵⁴, incluso penales.

En lo relativo al principio de irretroactividad *in pejus*, como bien señala Cordero, se trata de un principio aplicable “[...] respecto de cualquier persona que se relaciona con los órganos administrativos frente a sus actos administrativos desfavorables, fundados en los principios de seguridad jurídica, confianza legítima y protección de los derechos adquiridos”⁵⁵.

En efecto, de haber ingresado regularmente, el sujeto tiene el derecho de permanecer en territorio nacional en el plazo y condiciones fijadas por la visa respectiva.

Por último, y respecto de la prescriptibilidad, no es procedente aplicar la prescripción a efecto de impedir dar inicio al procedimiento administrativo del que resulte el acto desfavorable no sancionatorio, debido a que, al encontrar dicha medida su fundamento en la inobservancia de las condiciones de ingreso, y mientras no haya mediado algún acto de regularización o salida del país, dicha irregularidad tendrá el carácter de continuada.

casi de detalle, que permite comprender la trascendencia que tiene el asunto en el Estado de Derecho”; CEA, 2004, p. 232.

⁵⁰ CORDERO, 2014a, p. 422. Del mismo modo, véase BERMÚDEZ, 2014, p. 343.

⁵¹ En el caso de los refugiados, asilados y víctimas de trata y tráfico, deberá estarse a la regulación y derechos específicos de tales materias.

⁵² Véase CORDERO, 2014a, p. 423.

⁵³ DÍAZ, 2011, p. 202.

⁵⁴ Por todos, véase a GÓMEZ, 2017, pp. 114-115.

⁵⁵ CORDERO, 2014a, pp. 428-429.

De este modo, aunque se estableciese un plazo de prescripción, el mismo sería impracticable. Lo anterior no debe ser confundido con el hecho de que, habiendo mediado un tiempo, la autoridad permita poner fin al estado de irregularidad, y, en consecuencia, a la posibilidad de dictar ciertos actos desfavorables, al permitir la regularización del extranjero. Cosa distinta ocurre respecto de la prescripción de la medida desfavorable no sancionatoria, caso en el que sí será posible aplicar la institución de la prescripción. En efecto, una vez que dicha medida sea dictada, no resulta procedente, a falta de una regla expresa de imprescriptibilidad, permitir que la medida dictada pueda ser aplicada sin límite temporal, hecho que, además, afecta la seguridad y certeza jurídica⁵⁶. En cuanto al plazo, el mismo debe ser el de 5 años conforme con las normas del Código Civil⁵⁷.

2. *Migrantes en territorio nacional*

Una vez que los extranjeros ingresen al territorio nacional, su relación con el Estado se dará en atención a la permanencia de aquellos en el territorio de este, debido a que el territorio estatal es el ámbito espacial de aplicación de las normas y preceptos emanados del Estado⁵⁸. En el caso de los nacionales, en cambio, estos se encuentran vinculados permanentemente al Estado con quien tienen dicho vínculo, independiente del territorio en el que se encuentren, toda vez que su relación para con este es personal⁵⁹.

Habiendo ingresado al territorio del Estado, los extranjeros quedarán sujetos a la normativa nacional⁶⁰, siéndoles aplicables ciertos derechos y deberes⁶¹. Dentro de estos últimos se cuenta un conjunto de prohibiciones y obligaciones específicas establecidas por la ley y, cuya inobservancia, como ya se señaló, determinará una infracción a la normativa migratoria, independiente de la regularidad o irregularidad en la que se encuentre el

⁵⁶ Véase a CORDERO, 2020, p. 361.

⁵⁷ VALLEJO, 2016, p. 299.

⁵⁸ VERDUGO y GARCÍA, 1991, p. 122. Lo que no obsta para que ciertos actos y hechos perpetrados en el extranjero puedan ser sometidos a la ley chilena, fenómeno conocido como extraterritorialidad de la ley. Véase ALESSANDRI *et al.*, 2005, p. 277 y siguientes.

⁵⁹ SILVA BASCUÑÁN define la nacionalidad como “[...] el vínculo que existe entre la persona y el Estado”; SILVA, 1997, p. 182.

⁶⁰ El artículo 6° de la Constitución exige la observancia de sus preceptos, así como de las leyes dictadas en su conformidad, a todas las personas, sin distinguir entre nacionales y extranjeros. Véase SILVA, 1997, p. 135.

⁶¹ Para JELLINEK, “La subjetividad [jurídica] se exterioriza mediante el reconocimiento que hace el Estado al individuo de su carácter de miembro en la comunidad popular; pero esto implica el reconocimiento del hombre como persona, esto es como individuo que posee una esfera de derecho público. Tal es el resultado de la evolución total de la cultura, según la cual, en el Estado moderno, todo hombre está sometido de algún modo al poder del Estado, es al propio tiempo, frente a él, persona. Por esto, aun cuando hoy la situación plena de miembro de un Estado dependa para el individuo de que pertenezca o no, permanentemente a este Estado, [por ser nacional de él,] el que, siquiera sea transitoriamente, se encuentre sometido al poder de un Estado extraño, no solo es considerado como *subditus* del mismo, sino también como *cives temporarius*, que si bien tienen deberes públicos tiene a su vez derechos de esta naturaleza”; JELLINEK, 2000, p. 380. En el mismo sentido, ARLETTAZ expone la distinción entre el *status personae*, que corresponde a los derechos de la personalidad, y el *status civitatis*, que corresponde a los derechos de la ciudadanía; ARLETTAZ, 2014, p. 38.

sujeto, salvo que la norma exija la irregularidad como requisito del tipo infraccional. En otras palabras, respecto de este segundo estatuto, lo que le importará al derecho es que el comportamiento del particular sea calificable como un incumplimiento de deberes, obligaciones y prohibiciones a las que está sujeto.

Por lo anterior, las consecuencias jurídicas que tengan lugar frente a este segundo tipo de comportamientos sí tendrán el carácter de sanciones administrativas, siendo a su respecto aplicables los diferentes principios de tal rama del derecho, es decir, los principios de: legalidad, tipicidad, irretroactividad, culpabilidad, proporcionalidad, personalidad, *non bis in idem*, existencia de un procedimiento previo, legal, justo y racional (dentro del que se encuentra comprendido el derecho a la defensa jurídica, la presunción de inocencia y el acceso a la justicia)⁶².

En este punto, podría dudarse de la naturaleza jurídica de los actos desfavorables dictados respecto de aquellos extranjeros que, habiendo ingresado regularmente al país, permanecen en su territorio por más tiempo que el debido. Al respecto, creemos que la solución se encuentra en el valor que se le conceda a dicho plazo. En efecto, un extranjero que ingresa regularmente al país lo hace bajo una determinada visa, la que establecerá las condiciones específicas por las que el particular deberá ceñirse. De ello, y conforme con la tipología de visa que se trate, el particular tendrá un determinado tiempo para encontrarse en Chile, realizar ciertas actividades económicas, obtener determinados beneficios estatales, etc. La categoría migratoria en la que ingrese, además de ser indisponible para el extranjero, conlleva al establecimiento de varios deberes, obligaciones y prohibiciones, una de estas es la no permanencia en territorio nacional más allá del tiempo autorizado.

De esta manera, es posible afirmar que uno de los principales deberes que recaen sobre los extranjeros es cumplir con las condiciones de permanencia impuestas por sus visados, así como con las prohibiciones, deberes y obligaciones generales, evitando incurrir en irregularidad.

En este sentido, los artículos 107 y 119 de la PLM prescriben la aplicación de una multa respecto de aquellos extranjeros residentes o titulares de un permiso de residencia transitoria que permanezcan en el país por un plazo superior al tiempo permitido (la multa varía dependiendo si es que permanecen en el país por un plazo superior a 180 días desde la fecha de vencimiento del permiso respectivo).

El PLM establece la aplicación de la sanción de expulsión respecto de aquellos extranjeros que permanezcan en Chile no obstante haber vencido su permiso de permanencia transitoria (artículo 127 N° 4), así como de aquellos residentes que permanezcan en suelo nacional, pese a haber vencido su respectivo permiso (artículo 128 N° 4). No obstante, y a efecto de prevenir una transgresión del principio de *non bis in idem*, conforme al artículo 122, inciso 2° del PLM, en caso de disponerse la expulsión las multas que hubieran aplicado quedarán sin efecto. Por último, respecto de aquellas sanciones

⁶² CORDERO, 2014a, p. 409 y siguientes.

que importen la afectación del ejercicio de la libertad circulatoria, el legislador verá su actividad limitada conforme con los límites expuestos previamente.

IV. CONCLUSIONES

1. Las sanciones administrativas son un especial tipo de acto desfavorable que puede adoptar la Administración del Estado. Para encontrarnos frente a una sanción administrativa en sentido estricto, es menester que exista un incumplimiento de deberes, obligaciones o prohibiciones a los que se encuentra sujeto el particular. Ello justifica que dichos actos desfavorables tengan una naturaleza castigadora o retributiva. En caso de encontrarnos frente a sanciones administrativas, la actividad del Estado estará sujeta a un conjunto de garantías sustantivas y procedimentales específicas, toda vez que dicha actividad es manifestación del *ius puniendi* estatal.
2. Si bien en el derecho internacional no existe un derecho a inmigrar, a la luz de nuestra Constitución dicho derecho sí se encuentra reconocido en favor de los extranjeros. Aun así, al estar sujeto su ejercicio a las reglas legales que correspondan, el particular deberá actuar en conformidad a dicha normativa. A lo dicho, es admisible destacar que el Estado no es absoluto en el ejercicio de sus atribuciones reguladoras, debiendo respetar los márgenes constitucionales que corresponda, así como aquellos provenientes de los tratados internacionales que correspondan.
3. Respecto del ejercicio de la libertad de circulación por parte de los extranjeros, es posible observar la existencia de un estatuto jurídico de ingreso y de un estatuto jurídico de permanencia.
4. En el estatuto jurídico de ingreso, el Estado regula aquellas condiciones bajo las cuales el extranjero podrá ingresar regularmente al territorio nacional, pero que, debido a la imposibilidad de hallarse dotado de vigencia extraterritorial, sus normas no imponen obligaciones, deberes o prohibiciones a las que el particular está sujeto, sino que establecen condiciones de acceso. De ello, las consecuencias que se deriven de la inobservancia de dichas normas no constituirán sanciones administrativas, debiendo reestablecerse al orden de cosas que corresponden. Es posible destacar que, si bien respecto de esta tipología de medidas no le son aplicables las garantías propias del derecho administrativo sancionador, la jurisprudencia, en una interpretación amplia de sanción, le ha hecho extensible sus principios procedimentales. Respecto de los principios sustantivos, es posible afirmar que varios de ellos son aplicables, incluso con mayor rigurosidad, mientras que otros no.
5. Finalmente, en lo que corresponde al segundo estatuto, el particular una vez ingrese a territorio nacional, independiente de su regularidad o irregularidad, se encontrará sujeto a deberes, obligaciones y prohibiciones, cuyo incumplimiento conlleva a la aplicación de sanciones administrativas, esto es, actos administrativos desfavorables de naturaleza represiva o de castigo. Misma situación existirá

respecto de aquellos extranjeros que, habiendo ingresado regularmente, han devenido en irregulares, habida cuenta de su permanencia en territorio nacional por un plazo superior al permitido en su respectiva visa.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALDUNATE LIZANA, Eduardo, 2008: *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile, Legal Publishing.
- ALESSANDRI, Arturo; SOMARRIVA, Manuel y VODANOVIC, Antonio, 2005: *Tratado de Derecho Civil* (5° edición), Tomo I, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- ANINAT, Isabel y SIERRA Lucas, 2019: “Regulación inmigratoria: propuestas para una mejor reforma”, en Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (editores), *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, pp. 31-63.
- ARLETTAZ, Fernando, 2014: *Extranjeros y migrantes: cuatro cuestiones de derecho internacional y filosofía jurídica*, Madrid, Fundación Aequitas – Fundación Aranzadi Lex Nova.
- BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda, 2015: “Desafíos para el ordenamiento jurídico chileno ante el crecimiento de los flujos migratorios”, *Estudios Constitucionales*, año 13, N° 2, pp. 103-124.
- BASSA MERCADO, Jaime y TORRES VILLARRUBIA, Fernanda, 2020: “Derechos de los migrantes”, en Pablo Contreras y Constanza Salgado, *Curso de Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 1021-1052.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 1998: “Elementos para definir las sanciones administrativas”, *Revista Chilena de Derecho*, número especial, pp. 323-334.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2014: *Derecho administrativo general* (3° edición), Santiago de Chile, Legal Publishing – Thomson Reuters.
- CEA EGAÑA, José Luis, 2008: *Derecho constitucional chileno* (2° edición), Tomo II, Santiago de Chile, Ediciones UC.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2013: “Concepto y naturaleza de las sanciones administrativas en la doctrina y jurisprudencia chilena”, *Revista de Derecho (Coquimbo)*, año 20, N° 1, pp. 79-113.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2014a: “Los principios que rigen la potestad sancionadora de la Administración en el Derecho Chileno”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 42, pp. 399-439.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2014b: “Los principios y reglas comunes al procedimiento administrativo sancionador”, en Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña (coordinadores), *Sanciones Administrativas*, Santiago de Chile, Legal Publishing – Thompson Reuters, pp. 189-215.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2020: “El plazo de prescripción de las infracciones y sanciones administrativas”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 47, N° 2, pp. 359-384.
- CORDERO VEGA, Luis, 2020: “El derecho administrativo sancionador y los sectores de referencia en el sistema institucional chileno”, *Ius et Praxis*, año 26, N° 1, pp. 240-265.
- COX, Adam B., 2008: “Immigration law’s organizing principles”, *University of Pennsylvania Law Review*, volumen 157, N° 2, pp. 341-393.
- DELLACASA ALDUNATE, Francisco José y HURTADO FERNÁNDEZ, José María, 2015: *Derecho migratorio chileno*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

- DÍAZ GARCÍA, L. Iván, 2011: “La aplicación del principio de proporcionalidad en orden a juzgar sobre la licitud o ilicitud de una restricción a derechos fundamentales”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Nº 36, pp. 167-206.
- DÍAZ TOLOSA, Regina Ingrid, 2016: “Ingreso y permanencia de las personas migrantes en Chile: compatibilidad de la normativa chilena con los estándares internacionales”, *Estudios Constitucionales*, año 14, Nº 1, pp. 179-220.
- DOMÍNGUEZ VALVERDE, Cecilia Andrea, 2016: “Derechos 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*, volumen 43, Nº 1, pp. 189-217.
- ENTEICHE ROSALES, Enrique, 2014: “¿Qué es una “sanción administrativa” en Chile?”, en Jaime Arancibia Mattar y Pablo Alarcón Jaña (coordinadores), *Sanciones Administrativas*, Santiago de Chile, Legal Publishing – Thompson Reuters, pp. 3-15.
- FUENTES, Adolfo y HERNANDO, Andrés, 2019: “Caracterización estadística de la inmigración en Chile”, en Isabel Aninat y Rodrigo Vergara (editores), *Inmigración en Chile. Una mirada multidimensional*, Santiago de Chile, Fondo de Cultura Económica, pp. 379-407.
- GARCÍA MAYNEZ, Eduardo, 1965: *Introducción al estudio del derecho* (13ª edición), Ciudad de México, Editorial Porrúa S.A.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda, 2017: “El *non bis in ídem* en el derecho administrativo sancionador. Revisión de sus alcances en la jurisprudencia administrativa”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 49, pp. 101-138.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda, 2020: “Discrecionalidad y potestades sancionadoras de la Administración”, *Ius et Praxis*, año 26, Nº 2, pp. 193-218.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICAS Y DEPARTAMENTO DE EXTRANJERÍA Y MIGRACIÓN, 2020: *Estimación de personas extranjeras residentes habituales en Chile al 32 de diciembre 2020*. Disponible en https://www.ine.cl/docs/default-source/demografia-y-migracion/publicaciones-y-anuarios/migraci%C3%B3n-internacional/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2018/estimaci%C3%B3n-poblaci%C3%B3n-extranjera-en-chile-2019-metodolog%C3%ADa.pdf?sfvrsn=5b145256_6. [Fecha de consulta: 12.12.2020].
- HUERGO LORA, Alejandro, 2007: *Las sanciones administrativas*, Madrid, Iustel.
- JELLINEK, George, 2000: *Teoría general del Estado*, Ciudad de México, Fondo de Cultura Económica.
- KAMTO, Maurice, 2006: *Segundo informe sobre expulsión de los extranjeros presentado por el Relator Especial*, Ginebra: Naciones Unidas.
- LAGES DE OLIVEIRA, Rita, 2019: “Migración internacional y derecho: una reflexión en clave de derechos humanos”, *Revista Anales*, Nº 16, pp. 27-45.
- LETÉLIER WARTENBERG, Raúl, 2018: “Principios y funciones en las sanciones administrativas”, en Alberto Montaña Plata y Jorge Iván Rincón Córdoba (editores), *El poder sancionador de la administración pública: discusión, expansión y construcción*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, pp. 920-950.
- MOLINA CONZUÉ, Diego Andrés, 2018: “Discrecionalidad administrativa e igualdad ante la ley en materia migratoria”, en *Actas de la I Bienal Latinoamericana de Derechos Humanos*. Disponible en <https://bienaldidh.org/wp-content/uploads/2019/04/Acta-Molina.pdf>. [Fecha de consulta: 19.07.2019].
- MOLINA CONZUÉ, Diego Andrés, 2019: “Principios de derecho migratorio chileno desde una óptica constitucional”; en John Charney (editor), *Derecho y Migración*, Valparaíso, EUV, pp. 235-251.
- NIETO, Alejandro, 2016: *Derecho Administrativo sancionador* (reimp., 5ª edición), Madrid: Tecnos.

- OSORIO VARGAS, Cristóbal Salvador, 2017: *Manual de procedimiento administrativo sancionador* (2° edición), Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- PÉREZ SERRANO, Nicolás, 1994: *Tratado de Derecho Político*, Madrid, Civitas.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 1997: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo IV, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.
- STANG, María Fernanda, 2016: “De la Doctrina de la Seguridad Nacional a la gobernabilidad migratoria: la idea de seguridad en la normativa migratoria chilena, 1975-2014”, *Revista Latinoamericana*, volumen 15, N° 44, pp. 83-107.
- UPRIMNY YEPES, Rodrigo y SÁNCHEZ DUQUE, Luz María, 2019: “Artículo 22. Derecho de Circulación y de Residencia”, en Christian Steiner y Marie-Christine Fuchs (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario* (2° edición), Bogotá Konrad Adenauer Stiftung, pp. 645-670.
- VALLEJO GARRETÓN, Rodrigo, 2016: “Acerca del régimen supletorio de prescripción aplicable a las infracciones y sanciones administrativas”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, volumen 47, pp. 281-301.
- VERDUGO MARINKOVIC, Mario y GARCÍA BARZELATTO, Ana María, 1991: *Manual de Derecho Político* (reimp., 2° edición), Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile.

Normativa

- DECRETO Ley 1.094, del Ministerio del Interior, Establece normas sobre extranjeros en Chile. Publicado en Chile con fecha 14 de julio de 1975.
- PROYECTO de Ley de Migración y Extranjería, Boletín N° 8.970-06.

Jurisprudencia

- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 23 de noviembre de 2010, caso Vélez Loo vs Panamá. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 218.
- CORTE Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 28 de agosto de 2014, caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C N° 282.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 28 de agosto de 1996, rol 244-1996.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 4 de julio de 2013, rol 2.273-2012.

Una lección de la defensa de la competencia en la Unión Europea: el principio de continuidad económica

*Jesús Soto Pineda**

RESUMEN

El principio de responsabilidad personal es pieza fundamental del derecho público y del derecho privado. Su aplicación implica que el sujeto responsable de un hecho es a su vez responsable de la consecuencia jurídica que aparezca. Mediante la aplicación de instrumentos societarios el principio de responsabilidad personal tiene méritos para impedir que la aplicación de las normas de competencia sea eficaz. Consciente de aquel riesgo, el derecho de la libre competencia de la Unión Europea ha aplicado una suerte de principio de continuidad económica en sede pública y privada, que resulta verificable mediante su jurisprudencia. Así, el presente documento expone en la primera parte la razón de ser del bloqueo que puede configurar la responsabilidad personal en la defensa de la competencia. A renglón seguido presenta los fundamentos económicos del principio de continuidad económica, y en tercer lugar los criterios, condiciones y requisitos que activan en el derecho de la libre competencia de la Unión Europea el principio en cuestión, para extender responsabilidades sancionatorias y resarcitorias a un operador diferente al infractor original.

Derecho de la libre competencia; Unión Europea; continuidad económica

A lesson of the European Union Antitrust Law: The Principle of Economic continuity

ABSTRACT

The principle of individual responsibility is a crucial element of public and private law. Its application implies that the individual, who is responsible for an event, is likewise responsible for the legal consequences that would arise because of it. Through the application of corporate instruments, the principle of individual responsibility is capable of preventing the effective application of competition rules. Aware of that risk, the European Union antitrust has applied the principle of economic continuity in its public and private spheres, as it is verifiable through its

* Abogado de la Universidad Externado de Colombia. Maestría en Derecho empresarial, Universidad Autónoma de Madrid, España. Doctorado en Derecho y Ciencia Política, Universidad Autónoma de Madrid, España. Docente investigador del Departamento de Derecho Económico, Universidad Externado de Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7104-1991>. Correo electrónico: jesus.soto@uexternado.edu.co

Artículo recibido el 11.11.20 y aceptado para su publicación el 13.1.21.

jurisprudence. Thus, this paper sets in its first part the reasons why the individual responsibility is suitable to obstruct the protection of the markets in the EU. Following the aforementioned conditions, this document presents the foundations of the principle of economic continuity, and afterwards, the criteria, conditions and requirements that the principle activates in the antitrust of the European Union, to extend administrative and compensatory responsibilities to a different operator than the former offender.

Antitrust; European Union; economic continuity

I. INTRODUCCIÓN

La defensa de la competencia de la Unión Europea, tal y como sucede en los sistemas de mayor evolución concurrencial, tienen un planteamiento dual de aplicación de las normas –público y privado– que garantiza tanto la sanción y el remedio de las conductas anticompetitivas como el resarcimiento y reparación a las víctimas de un ilícito *antitrust*¹.

El principio de responsabilidad personal rige las dos vías de aplicación mencionadas. Así, por medio de la imputación de las responsabilidades sancionatorias y resarcitorias al sujeto que ha cometido la infracción, la defensa de la competencia de la Unión Europea intenta garantizarse los efectos disuasivos² y de reparación que configuran, junto con otros criterios, su ideario.

A pesar de los fundamentos de seguridad jurídica que plantea el principio de responsabilidad personal, la libre competencia de la Unión Europea ha valorado que en ciertas circunstancias, excepcionales, para garantizar la eficacia del sistema de defensa de los mercados, es necesario que la consecuencia del ilícito –por tanto la responsabilidad que se desprende de este último–, recaiga en un operador diferente de aquel que cometió la conducta, siempre y cuando exista una identidad estructural, subjetiva y objetiva, entre el infractor –operador inicial– y el operador final que le suceda en la ejecución del negocio.

El derecho de la libre competencia de la Unión Europea, mediante la aplicación del principio de continuidad económica –empresarial– desarrollado en primera instancia por Alfred Marshall, ha entendido de forma reiterada que la “extensión de la responsabilidad por un ilícito *antitrust*” al agente sucesor, es imperativa como medio de garantía del efecto útil (eficacia) que demanda la aplicación de las normas de competencia comunitarias.

Así, tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea han establecido durante los últimos 30 años las bases de la aplicación del principio de continuidad económica en sede administrativa, con fallos reiterados que de forma escalonada han logrado consolidar dicha doctrina. Aquella aplicación netamente pública del principio mencionado se ha extendido gracias al fallo paradigmático *Vantaan kaupunki vs. Skanska Industrial Solutions Oy y otros* emitido por el Tribunal de Justicia en el 2019.

¹ WALLER, 2006, p. 368.

² BUCCIROSI Et al, 2009, pp. 7-11 y TISSOT-FAVRE y SAKKERS, 2010, p. 317.

Fallo que ha dilatado la doctrina “de continuidad económica”, hasta impactar en sede privada, en el marco de la definición de los efectos civiles por daños causados por contravenciones a la normativa de libre competencia. Circunstancia que ha generado una repercusión sancionatoria y resarcitoria en materia de imputación de la responsabilidad a operadores que en principio no han llevado a cabo la conducta *contra legem* ni han gozado de sus efectos, pero aún así deben asumirla al tener la consideración de sucesores naturales de los infractores.

La remoción disruptiva de la responsabilidad personal mediante la aplicación del principio de continuidad económica, a pesar de que pueda generar sorpresas en terceros sistemas, es hoy pieza fundamental del sistema disuasivo de defensa de la competencia europeo. La protección de la libre competencia necesita de instrumentos que permitan contrarrestar las estrategias de elusión de la responsabilidad personal que están en capacidad de activar las empresas mediante operaciones de modificación estructural, ingeniería financiera o societaria, etc. Razón por la que vale la pena trasladar a sistemas latinoamericanos, los extremos del argumentario que ha permitido a la Unión Europea afianzar aquella posibilidad, con el propósito de que puedan valorar su implementación en sus sistemas domésticos.

En ese sentido, con el objetivo de alcanzar dicho derrotero, el presente documento traslada al lector, tras una revisión jurisprudencial profunda que incorpora todos los fallos que en la Unión Europea se han proferido en aplicación del principio de continuidad económica a la defensa de la competencia, los razonamientos que se han esgrimido para lograr su consolidación.

Así, en la primera parte se expondrán de forma sucinta los fundamentos del velo societario, la responsabilidad personal y su repercusión en el derecho de la libre competencia, como principios rectores del derecho societario que a su vez configuran bloqueos a la delimitación de responsabilidades ante infracciones a las normas de competencia. En la segunda parte se presentarán los extremos básicos del principio de continuidad económica de Alfred Marshall, con el ánimo de desarrollar en el tercer apartado del documento, los argumentos que escalonadamente han sido esgrimidos en el derecho de la competencia de la Unión Europea para garantizar la aplicación del principio de continuidad económica en sede pública y en sede privada, en atención a las diversas circunstancias y casuísticas en las que se puede sustentar su utilización como medio para dirimir responsabilidades concurrenciales.

II. “INGENIERÍA SOCIETARIA” Y VELO SOCIETARIO

La limitación de la responsabilidad es sin duda uno de los fundamentos principales del derecho de sociedades. Si bien otros argumentos vinculados con la capitalización, el apoyo colaborativo, el avance económico y el fin común que persiguen las partes mediante la creación de la organización, también forman parte de los aspectos a tomar en consideración para constituir y gestionar una sociedad, la realidad es que la separación

de las responsabilidades personales de los socios de las responsabilidades de la persona jurídica, es una de las razones prácticas que con mayor asiduidad justifica la puesta en práctica del fenómeno asociativo.

Aquella realidad con la que se le otorgan a la sociedad responsabilidades, obligaciones y derechos diferentes a los de los socios, no configuraba en sus inicios la razón de ser de la formación de nuevas sociedades, como sí lo hacía la “asociación” propiamente dicha. Sin embargo, hoy esa disgregación sí parece ser el objetivo principal de la persona jurídica, pues se ha conferido protagonismo práctico al efecto que genera la separación de los bienes de la Sociedad de los de los socios, al garantizar que solo los bienes atribuidos a la primera responderán por las obligaciones contraídas en el ejercicio de su objeto social.

Que el enfoque principal del derecho de sociedades se haya visto modificado con el pasar de los años, es interpretado por algunos como una crisis del concepto y como un razonamiento con capacidad para promover directa y transversalmente el abuso del derecho y la defraudación de terceros. Y es que el velo societario –que hace las veces de valla de separación de las responsabilidades antedichas– surgió con un objetivo de perfeccionamiento del sistema mercantil y no con unos derroteros de simulación, ocultación o irresponsabilidad en la toma de decisiones de negocio.

No obstante, en la actualidad la limitación de la responsabilidad es llevada a su máxima expresión por múltiples vías. Así, resulta común que se articulen grupos de sociedades por medio de estructuras complejas que requieren medios de verificación prolijos³; que se incluyan testaferros para encubrir las verdaderas responsabilidades económicas y de decisión en la persona jurídica; que mediante la aplicación de estrategias de ingeniería societaria –favorecidas por la internacionalización de los negocios– se creen entramados de personas jurídicas domiciliadas en terceros países con sistemas endebles de control y supervisión o con poca vocación de transparencia; o incluso que con estrategias concatenadas de disolución de sociedades y de sucesiva creación de otras que le sustituyan en la explotación de un objeto social análogo, se diluyan y soslayan las responsabilidades de sociedades “preliminares”.

Ha sido precisamente en virtud de ese contexto, suficientemente sustentado en la práctica mercantil, que ha sido necesario para el derecho hallar mecanismos de contención de dicha dinámica potencialmente abusiva, pues el seguimiento, detección y comprobación de conductas como las descritas implica la movilización e inversión de recursos de variadas naturalezas. Los instrumentos que han sido dispuestos para contrarrestar aquello, son variados⁴. Así, la doctrina del levantamiento del velo, la “dilatación” de responsabilidades a los grupos de sociedades, las acciones de responsabilidad de los administradores de la persona jurídica, o incluso la extensión de la cláusula arbitral a no signatarios.

³ UBILLÚS, 2015, 66 pp.

⁴ En el ámbito jurídico-mercantil se han empleado incluso mecanismos ya explorados por el derecho tributario, en donde hacer seguimiento de las estructuras, el patrimonio, el capital y los rendimientos societarios, ha debido adaptarse a los instrumentos de encubrimiento de mayor sofisticación. Al respecto, ZUCMAN, 2014, pp. 121 y siguientes, e IZAWA, 2015, 10 pp.

En el derecho *antitrust* la cuestión expuesta ha tenido un desarrollo análogo⁵. Tanto en el marco de la aplicación pública como de la aplicación privada de las normas de libre competencia, las responsabilidades suscitadas de una sanción y una compensación por daños –respectivamente– se han visto confundidas u obstaculizadas por la aplicación de estrategias societarias como las previamente expuestas⁶.

Por ello ha sido necesario para esta vertiente del derecho de la competencia aplicar nuevos razonamientos que permitan ejecutar las decisiones administrativas y judiciales que surjan de un ilícito *antitrust* –incluso en un contexto en el que se hayan puesto en marcha mecanismos “sofisticados” para lograr separaciones incluso más largas entre las responsabilidades societarias y las responsabilidades de los sujetos que han tomado las decisiones que le ocasionan–⁷. Entre ellas, resalta la aplicación del principio de continuidad económica, que ha tomado fuerza en el derecho de la libre competencia de la Unión Europea tanto en sede pública como en sede privada, en virtud de ello se otorga la posibilidad de exigir responsabilidades a sujetos de nueva creación –nuevas sociedades– en los que coincidan aspectos subjetivos y objetivos.

III. EL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD ECONÓMICA DE ALFRED MARSHALL

El economista Alfred Marshall en su libro *Principios de economía*, originalmente publicado en 1890, se refirió a una suerte de principio de continuidad económica que ha requerido interpretaciones y extensiones por parte de la doctrina especializada, que han llegado hasta nuestros días. Tras una fase de estudios económicos en los que Marshall había actuado –tal y como él mismo acepta en el prefacio de su obra⁸– como antagonista de las teorías económicas que le precedieron, se internó en un periodo en el que, entre muchos otros criterios, defendió que en todo caso era evidente que no había una brecha en el desarrollo de la ciencia, pues existía una conexión irrompible entre lo pasado y lo futuro que provocaba que de forma escalonada las nuevas doctrinas sustituyesen a las antiguas y que de forma continuada la ciencia económica evolucionase.

En ese sentido, la continuidad de Marshall –que ha provocado análisis profundos y críticas– se traduce en que en el tiempo se presenta una evolución que también es extrapolable a las industrias y a las actividades económicas, ya que estas no sufren apenas cortes⁹. Situación que genera un progreso ininterrumpido que se advierte en la continuidad de las entidades económicas en el tiempo, a pesar de que algunos de sus factores se vean modificados. Así, los operadores, aspectos, criterios, circunstancias, acontecimientos y acciones que en principio se pueden entender diferenciados los/as unos/as de

⁵ CORTESE, 2014, pp. 73 y siguientes.

⁶ STUYCK, 2017, pp. 177 y siguientes.

⁷ Incluso con el objetivo de controlar en mayor medida el *forum shopping*. MERCER, 2013, pp. 329 y siguientes.

⁸ MARSHALL, 1890, p. xix.

⁹ MARSHALL, 1919, p. v.

los/as otros/as, verdaderamente se confunden entre sí y coexisten en codependencia, en virtud de varias “gradaciones”.

La naturaleza, de acuerdo con la perspectiva defendida por Marshall en la articulación del principio de continuidad, no se desarrolla atendiendo a particiones absolutas totalmente deslindadas, ya que la realidad de un momento concreto se transforma paulatinamente y “matizadamente” en otra u otras realidades, mediante progresiones difícilmente perceptibles que, si bien son de complejo rastreo, no desaparecen por estar atenuadas o sombreadas en un momento posterior.

En lo que concierne al derecho de la libre competencia, el principio de continuidad económica implica, por tanto, que se reconocen las realidades –objetivas y subjetivas– que están imperceptiblemente sombreadas habiendo devenido en otras, sea cual sea la razón que haya provocado ese cambio, pues obviar dichos precedentes es directamente proporcional a ignorar elementos fundamentales de un fenómeno con impacto económico.

IV. LA APLICACIÓN JURÍDICA DEL PRINCIPIO DE CONTINUIDAD ECONÓMICA EN EL DERECHO DE LA LIBRE COMPETENCIA DE LA UNIÓN EUROPEA

La relación del derecho de la competencia y la economía es incuestionable. La sustanciación y comprobación de los argumentos en torno a los que gira un asunto concurrencial se basan, usualmente, en conceptos económicos como la eficiencia, el mercado relevante, las estructuras monopólicas u oligopólicas, la sustituibilidad, etc., que coexisten con las concepciones formales del derecho e influyen en no pocas ocasiones la remoción o modificación de estas últimas.

En ese marco, el derecho de la competencia ha partido de una noción tradicional de responsabilidad de la persona, basada, como se ha manifestado previamente, en que en el marco societario lo usual es que la responsabilidad de la persona jurídica esté diferenciada de las responsabilidades de los socios y que la sociedad sea responsable de sus operaciones en el tramo temporal que media entre su constitución y su liquidación. Dicha regla general, por supuesto, tiene ciertas excepciones que ha explorado el derecho de la libre competencia, como el levantamiento del velo societario, la disposición de garantías postliquidación y otras análogas como la aplicación del principio de continuidad económica, que se han ido construyendo paulatinamente para evitar que la persona jurídica se convierta en la máxima expresión del abuso del derecho, al favorecer la impunidad o la liberación de responsabilidades¹⁰.

Así, por más de treinta años la defensa de la libre competencia de la Unión Europea ha valorado la aplicación de una suerte de principio de continuidad económica o de la empresa, en virtud de ello las consecuencias sancionatorias, fruto de la comisión de un ilícito *antitrust*, no solo se atribuyen a la empresa infractora, sino también a aquella o

¹⁰ Como manifiesta algún sector de la doctrina, ya ha venido sucediendo, en el pasado reciente. GONZÁLEZ-MENESES, 2006, pp. 1-5.

aquellas empresas que subjetiva y objetivamente hayan venido a ocupar su lugar, como resultado de modificaciones estructurales de la sociedad originaria, o de la subrogación.

La Unión Europea ha valorado al respecto, que en algunas ocasiones la aplicación formalista de los fundamentos de la responsabilidad personal tiene capacidad de configurar un impedimento para que las autoridades de competencia garanticen la efectiva aplicación de las normas de referencia, o bien porque el operador económico inicial puede no existir en el momento de imposición de la consecuencia a la infracción, o porque se han implementado cambios organizacionales y estructuras societarias complejas de difícil rastreo, que impactan directa o transversalmente en dicho operador infractor e impiden la “ejecución” de la consecuencia en cuestión¹¹. Razón por la que explorar vías como la de la continuidad empresarial para atribuir responsabilidades más allá de las que la responsabilidad personal permite, ha sido considerado como imperativo¹².

En ese sentido, en una primera fase –hasta el año 2019– el principio en cuestión se limitó al marco de la aplicación pública de las normas de libre competencia. En ella, el Tribunal de Justicia determinó en asuntos como *Enichem Anic vs. la Comisión Europea*¹³ (en lo sucesivo, *Enichem*) y *NV Koninklijke KNP BT vs. la Comisión Europea*¹⁴, que partía de la base de que el principio natural de la responsabilidad se encontraba atado al sujeto infractor¹⁵, pero que en ciertas circunstancias de “desaparición” de este último era necesario hallar, tras la identificación de los elementos humanos y materiales involucrados con la infracción, la persona que había pasado en el *itinere* a ser responsable de la explotación de dichos elementos, para que se hiciese cargo de los efectos nocivos causados por ella y de la sanción impuesta por la autoridad de competencia¹⁶.

Posteriormente, en el asunto *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*¹⁷, el Tribunal le otorgó profundidad a dicha doctrina¹⁸, sustentada en fallos como

¹¹ PARDOLESI, 2012, pp. 289 y siguientes.

¹² WILMAN, 2015, p. 24.

¹³ Asunto T-6/89. Sentencia de 17 de diciembre de 1991.

¹⁴ Asunto C-248/98. Sentencia de 16 de noviembre de 2000.

¹⁵ *Enichem*, apartado 235: “Cuando la existencia de una infracción de estas características ha quedado probada, se debe determinar la persona física o jurídica que era responsable de la explotación de la empresa en el momento en que se cometió la infracción, para que responda de ella”.

¹⁶ En todo caso la prueba incorpora una dificultad manifiesta. Acerca de ella, en su plano ilegal, OLTRA GRAS, 2015, pp. 169 y siguientes.

¹⁷ Asunto C-280/06. Sentencia de 11 de diciembre de 2007. Apartado 42: “Por consiguiente, como ya ha declarado el Tribunal de Justicia, cuando una entidad que ha cometido una infracción de las normas sobre competencia es objeto de un cambio jurídico u organizativo, este cambio no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades (...)”.

¹⁸ Resaltan los comentarios realizados en el marco del asunto, por la abogada general, Sra. Juliane Kokott, en las conclusiones al asunto. En concreto, el apartado 74, en el que manifiesta: “No obstante, si el anterior titular de la empresa ya no existe o ya no ejerce ninguna actividad económica significativa, se corre el riesgo de que la sanción por la práctica colusoria sea inútil. Una interpretación demasiado formalista del principio de la responsabilidad personal podría conducir, por tanto, a una situación en que se frustrase el espíritu y

*HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH vs. la Comisión Europea*¹⁹, *Versalis SpA vs. la Comisión Europea*²⁰ y el ya nombrado asunto *Enichem*, y determinó que, en todo caso, la aplicación del principio de continuidad económica era excepcional y se limitaba al cumplimiento de ciertas circunstancias que se debían ajustar a los hechos del caso en concreto. Así, dispuso que el mencionado principio podía ser de aplicación en variados contextos, en virtud de las características objetivas y subjetivas presentes en las operaciones societarias involucradas. En concreto, son dos los contextos a tomar en consideración:

1. En aquellos casos en los que el operador infractor hubiese desaparecido en términos económicos y jurídicos al momento en el que se adoptase una decisión acerca de la infracción; y
2. En los asuntos en los que el operador aún existiese al momento de la decisión, pero se hubiese producido una transferencia de la sociedad infractora a:
 - a. Una tercera sociedad no relacionada orgánicamente con el operador que ha cometido el ilícito, o
 - b. Una tercera sociedad propiedad del mismo grupo al que pertenecía originariamente.

Tanto la eventualidad del literal (a) de este numeral, como la del literal (b), se pueden desarrollar a su vez en dos marcos diferenciados: uno en donde la operación se realiza en condiciones habituales de mercado en aplicación de intereses empresariales y económicos basados en la lealtad y en el buen ejercicio de los negocios; y otro en los que la transferencia de la sociedad infractora se desarrolle con vocación de eludir responsabilidades²¹.

Veamos en los siguientes subepígrafes aquellas eventualidades y presupuestos del principio de continuidad económica, atendiendo a los asuntos en los que se ha aplicado.

la finalidad de las sanciones por este tipo de conductas, es decir, la efectiva aplicación de las normas de la competencia. Además, sería casi un estímulo para que los titulares de empresas eludieran intencionadamente su responsabilidad por actuaciones contrarias a la competencia mediante ciertas modificaciones organizativas”.

¹⁹ Asunto T-9/99. Sentencia de 20 de marzo de 2002.

²⁰ Asunto C-511/11. Sentencia de 13 de junio de 2013.

²¹ Al respecto vale la pena resaltar los apartados 146 del asunto *Comisión Europea vs. Anic Participazione* y 107 de la sentencia *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH vs. la Comisión Europea*. Apartados en donde el Tribunal de Justicia de la Unión Europea manifiesta que configura un criterio a tomar en consideración en el marco de los procesos relativos a probables menoscabos a la libre competencia económica en la Unión Europea –con el objetivo de que las normas que le sustentan y su aplicación no se vean afectadas en su eficacia–, las maniobras que pueden haber sido puestas en marcha por parte de los sujetos investigados para eludir las responsabilidades –sanciones– que impone el sistema como respuesta a las infracciones a las normas pertinentes a competencia.

1. *La responsabilidad de un “operador posterior” en casos de desaparición del operador infractor*

El impedimento a que las autoridades de competencia impongan sanciones ante infracciones a la normativa de libre competencia cuando el contraventor –la persona jurídica– ha dejado de existir, ha suscitado que tanto la Comisión Europea como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valoraran en el asunto *Enichem* y en resoluciones y fallos posteriores que serán objeto de este epígrafe, que la aplicación del principio de continuidad económica operaba siempre y cuando se lograra determinar en dichos casos tanto los elementos materiales y humanos que contribuyeron a la comisión de la infracción como el sujeto que deviene responsable de la operación que configuró el ilícito *antitrust*²².

Esta disruptiva solución, que en sí misma apareja una remoción del principio de responsabilidad personal, tiene en el ámbito jurídico diversas aristas, pues tanto el Tribunal como la Comisión lo han aplicado en tres tipos de circunstancias. Así: (i) cuando la desaparición del operador infractor es total; (ii) cuando mediante una modificación estructural de fusión o escisión un tercer operador absorbe de forma total al operador inicial, transfiriéndosele al primero los activos y las responsabilidades del segundo; y (iii) cuando la persona jurídica infractora continúa existiendo –en términos formales–, pero sin llevar a cabo actividades económicas.

La primera circunstancia genera pocas dudas, pues cuando el operador infractor ha desaparecido, con la simple identificación de los elementos materiales y humanos involucrados, así como del sujeto que ha devenido responsable de la operación al hacerse cargo de la “explotación”, es suficiente.

Ahora bien, en lo alusivo a la segunda circunstancia que aplica en casos de desaparición del operador infractor –que mediante una modificación estructural de fusión o escisión se hayan transferido activos y responsabilidades a un tercer operador–, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea determinó en el asunto *Raiffeisen Zentralbank Osterreich*²³, que la responsabilidad, representada en la sanción impuesta por incurrir en un ilícito *antitrust*, debía ser asumida por la sociedad absorbente. En concreto, valoró que *Erste Bank*, quien había absorbido a *Girocredit* en el periodo en el que esta última estaba ejecutando la conducta contraria a la normativa de libre competencia, tenía que hacerse cargo de la sanción impuesta por la autoridad, en atención a que, de acuerdo con

²² *Enichem*, apartado 237: “Sin embargo, cuando entre el momento en que se cometió la infracción y el momento en que la empresa en cuestión debe responder de la misma, la persona responsable de la explotación de la empresa ha cesado de existir jurídicamente, es preciso localizar, en un primer tiempo, el conjunto de elementos materiales y humanos que participaron en la comisión de la infracción para, en un segundo tiempo, identificar a la persona que ha pasado a ser responsable de la explotación de dicho conjunto, con el fin de impedir que la empresa pueda evitar responder de la infracción a consecuencia de la desaparición de la persona responsable de la explotación de la misma en el momento en que se cometió la infracción”.

²³ Asuntos compartidos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02. Sentencia de 14 de diciembre de 2006.

su perspectiva, la responsabilidad por la contravención se había trasladado como parte de la modificación estructural²⁴.

Dicha aplicación del principio de continuidad económica se reforzó en los asuntos *Uralita*²⁵ y *SNIA*²⁶, en los que mediante la conjunción de dicho razonamiento y de los teoremas acerca de la responsabilidad de una empresa matriz, el Tribunal de Justicia logró extender aún más las bases que refuerzan la remoción de la tradicional responsabilidad personal en asuntos de libre competencia económica²⁷. El Tribunal entendió en ambos casos que la sucesión de responsabilidades ante una conducta contraria a las normas de libre competencia, también operaba en los casos en los que se había presentado una absorción de una sociedad matriz de una subsidiaria que había cometido un ilícito *antitrust*, incluso cuando la absorción se había presentado con posterioridad al periodo en el que se había llevado a cabo la contravención. Disponiendo así que la responsabilidad de la matriz por los actos de la subsidiaria debía trasladarse a la absorbente, al ser la sucesora económica de la primera tanto en sus derechos y sus activos como en sus deberes y en sus cargas.

Una argumentación análoga fue utilizada en el asunto *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* (en lo sucesivo, *ETI SpA*), aunque en dicho caso no sobre la base de una desaparición jurídica del operador infractor, sino de un cese de sus actividades económicas. Realidad a la que se enfrentaba el Tribunal, toda vez que la persona jurídica que había incurrido en el ilícito *antitrust* en aquel caso, continuaba existiendo en el momento de imposición de la sanción de la autoridad, pero no llevaba a cabo actividades económicas significativas.

Así, atendiendo a aquella situación específica, que en todo caso no resulta excepcional en el marco de los negocios, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea en *ETI SpA* dispuso que imponer una sanción a una sociedad que continúa existiendo en términos jurídicos, pero que no lleva a cabo actividades económicas, podría provocar un efecto contrario al disuasivo –que es pieza fundamental del derecho de la libre competencia–²⁸. En dicho sentido, el Tribunal entendió que se trasladaría un mensaje contrario al ideario de la defensa de la competencia comunitaria, si dejaban de reprenderse con eficacia,

²⁴ Apartado 326: “Cuando la empresa en cuestión deja de existir porque es absorbida por un adquirente, éste adquiere los elementos de su activo y de su pasivo, incluidas sus responsabilidades derivadas de la infracción del Derecho comunitario. (...) Por tanto, la responsabilidad por la infracción cometida por la empresa absorbida puede imputarse al adquirente”. La mencionada doctrina está relacionada con las conclusiones que presentó en el marco del asunto *Stora Kopparbergs Bergslags vs. la Comisión Europea (C-286/98 P)*, el abogado general, Sr. Jean Mischo, en el apartado 75, al manifestar que: “Por supuesto, cuando posteriormente la filial fue absorbida por la sociedad matriz, esta última adquirió los elementos de su activo y de su pasivo, incluidas sus responsabilidades derivadas de la infracción del Derecho comunitario. Ahora bien, *Kopparfors, Feldmühle* y *CBC* continuaron existiendo como sociedades independientes tras su adquisición por *Stora*”.

²⁵ Asunto T-349/08. Sentencia de 25 de octubre de 2011.

²⁶ Asunto T-194/06. Sentencia de 16 de junio de 2011.

²⁷ En *Uralita*, véanse los apartados 55 y siguientes. En *SNIA*, el apartado 62, en el que se alude a la cuestión expuesta y a la jurisprudencia de referencia.

²⁸ MCAFEE ET AL, 2008, p. 2 y SOTO PINEDA, 2014.

contundencia y “ejecutabilidad” los comportamientos contrarios a la normativa de libre competencia, pues aquello significaría cesar en la aplicación idónea de los mecanismos que las autoridades de competencia y los Tribunales tienen a su disposición para impedir la puesta en marcha y repetición de las conductas de mayor peligrosidad para la competencia económica²⁹.

Por esta razón el Tribunal manifestó en la sentencia en cuestión³⁰, que *un cambio jurídico u organizativo (...) no produce necesariamente el efecto de crear una nueva empresa exenta de responsabilidad por comportamientos contrarios a las normas sobre competencia de la antigua entidad si, desde el punto de vista económico, existe identidad entre ambas entidades*.

2. La responsabilidad de un “operador posterior” en casos en los que el operador infractor continúa existiendo

La doctrina de continuidad económica o empresarial aplicada por la autoridad de competencia de la Unión Europea –la Comisión Europea– y por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, ostenta un cariz de dificultad en su aplicación, especialmente en los casos en los que el operador infractor continúa existiendo, debido a que en dicho caso es posible que se activen diversas variables y casuísticas (surgidas de las múltiples vías de reestructuración que pueden ser aplicadas en el marco societario y de los negocios), que en todo caso tienen capacidad de condicionar la aplicación del principio en cuestión.

De forma concreta, tal y como se manifestó previamente, la aplicación del principio de continuidad económica –o empresarial– al derecho de la libre competencia debe ser analizada, en aquellos casos en los que el operador infractor sigue existiendo, atendiendo a dos eventualidades:

- a. De transferencia del negocio a una tercera sociedad no relacionada orgánicamente con el operador que ha cometido el ilícito, o

²⁹ Al respecto, es necesario resaltar los fallos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en donde se ha prestado especial atención a los mecanismos jurídicos que pueden prevenir que la aplicación de las normas de competencia sea ineficaz, ya que mediante una aplicación muy formalista de principios como el de responsabilidad personal, se podría provocar una frustración de los valores que sustentan el derecho *antitrust* y sus derroteros. Así por ejemplo, además de los fallos enunciados en el presente documento, vale la pena resaltar el asunto *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH vs. la Comisión Europea* (Sentencia del 28 de marzo de 1984, C-29/83) –apartado 9–; y *NMH Stahlwerke y otros vs. la Comisión Europea* (T-134/94). Sentencia de 11 de marzo de 1999. Rec. p. II-239) –apartado 127–.

³⁰ También lo hizo en el apartado 38 del mencionado asunto *NMH Stahlwerke y otros vs. la Comisión Europea*, al determinar que: “En tales circunstancias, teniendo en cuenta, en primer lugar, que el concepto de empresa, en el sentido del artículo 65 del Tratado, tiene un alcance económico, en segundo lugar, que en la fecha de adopción de la Decisión era la demandante quien ejercía la actividad económica a la que conciernen las infracciones y, en tercer lugar, que en esa fecha el autor, en sentido formal, de las infracciones había puesto fin a toda actividad comercial, este Tribunal considera que la Comisión podía legítimamente imputar la infracción controvertida a la demandante, aun cuando, en el momento de adoptarse la Decisión, siete años después de la liquidación judicial de Eisenwerk-Gesellschaft, y cuatro años después de la venta de sus activos esenciales, dicha sociedad siguiese existiendo jurídicamente”.

- b. De transferencia del negocio a una tercera sociedad propiedad del mismo grupo al que pertenecía originariamente el operador infractor.

Las dos eventualidades, en todo caso, pueden llevarse a cabo por parte de los operadores involucrados, o bien atendiendo las condiciones habituales de mercado, o bien decidiendo no atenderlas. Caso en el que la poca habitualidad de la transacción del negocio puede sugerir a las autoridades de competencia y a los Tribunales, que el verdadero objetivo de la operación ha sido eludir las responsabilidades de sanción que se desprenden de la infracción.

Así pues, la primera vía de reestructuración que debe ser analizada en este apartado es la de una transferencia del negocio objeto del ilícito por parte de la sociedad infractora, a una tercera sociedad no relacionada orgánicamente con ella. Circunstancia que se puede presentar en dos “momentos” distintos –relacionados con la infracción–: (i) cuando la transferencia se realiza dentro del periodo de la infracción propiamente dicha, y (ii) cuando se produce con posterioridad al periodo en el que se ha llevado a cabo el ilícito *antitrust*.

Esta última eventualidad –de transferencia del negocio con posterioridad a la infracción– suscita pocas dudas, pues la responsabilidad del ilícito claramente debe recaer en el operador inicial que además de “ejecutarla” se ha beneficiado de ella. En este caso, por tanto, no es necesaria la aplicación del principio de continuidad económica, ya que si bien existen medios de encubrimiento que pueden permitir a quien transfiere el negocio no hacer frente a las consecuencias del ilícito *antitrust*, no hay un lazo justificado de continuidad suficientemente claro que implique que el adquirente deba también hacerse cargo de la consecuencia.

De forma análoga, en los casos en donde la transferencia a un tercer operador no relacionado con el inicial tiene lugar en el periodo en el que se está desarrollando la infracción y el negocio continúa beneficiándose de sus efectos, tanto vendedor como adquirente serán responsables de ello. Aunque cada uno por el tramo concreto y diferenciado en el que siendo titulares del negocio, la infracción y sus efectos se hayan extendido (*Comisión Europea vs. Anic Participazione*³¹). Siendo en este caso igualmente innecesaria la aplicación del principio de continuidad económica, a menos que la transferencia se haya desarrollado en condiciones de mercado anormales que respondan a una intención de evitar las consecuencias del ilícito *antitrust*.

La aplicación del principio de continuidad económica no configura, por tanto, una respuesta contundente del derecho de la libre competencia a las transferencias de

³¹ Asunto C-49/92. Sentencia de 8 de julio de 1999. Apartado 145: “Además, cuando Anic imputa al Tribunal de Primera Instancia haber hecho recaer sobre ella la responsabilidad por la infracción, a pesar de que había cedido su actividad relativa al polipropileno a Monte, ignora el principio de la responsabilidad personal y pasa por alto la circunstancia decisiva, que dimana de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia (...) de que el criterio conocido como ‘de continuidad económica’ solo es aplicable cuando la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras la comisión de la infracción. De ello se deduce igualmente que la aplicación de los criterios mencionados no es en modo alguno contraria al principio de seguridad jurídica”.

negocio cuando es un tercero NO relacionado con el operador inicial quien adquiere la Sociedad infractora. Solo si la transferencia entre partes pertenecientes a distintos grupos empresariales se lleva a cabo en un contexto distinto a aquel que sugieren las condiciones de mercado habituales, el principio de continuidad podría ser aplicado para imponer una “consecuencia extendida”, ya que aquello podría permitir concluir al fallador que la verdadera intención de la operación pudiese ser, precisamente, eludir las sanciones dispuestas en la normativa de libre competencia.

A *contrariu sensu* de las transferencias entre operadores NO pertenecientes a una misma estructura empresarial, el principio de continuidad sí tiene una notoriedad y alcance en el derecho de la libre competencia de la Unión Europea, en los casos en los que se ha transferido el negocio objeto del ilícito por parte de la sociedad infractora, a una sociedad que forma parte del mismo grupo empresarial. La Comisión Europea y el Tribunal de Justicia han defendido en estos casos que la aplicación del principio de continuidad económica es –casi– imperativa. Ambos entienden que el operador inicial y el operador actual están conectados gracias a una identidad de control y de decisiones, que no puede ser desconocida, ya que al compartir instrucciones comerciales, estrategias de negocio y órganos de decisión –como sugieren las operaciones intragrupos y la costumbre mercantil–, el marco de la responsabilidad por sus conductas competitivas (o anticompetitivas) también debe ser compartido.

En ese sentido, la habilidad que tiene la autoridad de competencia para aplicar el principio de continuidad se apoya a su vez en el concepto de unidad económica, ya que el operador inicial y el operador actual –el del momento de imposición de la sanción por el ilícito *antitrust*– pertenecen a un mismo grupo y son engranajes de una unidad de negocio común³².

Los casos en los que se sustenta esta doctrina, son variados. En el asunto *Aalborg Portland A/S y otros vs. la Comisión Europea*³³, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea valoró que el control del negocio, tanto cuando el mismo estaba en manos del operador inicial como cuando estaba en manos del operador final (por tanto, en todos los momentos en los que se incurrió en la infracción), estuvo supeditado a una misma disciplina empresarial –y generó sus efectos– protegido por una administración única, que respondía a una estrategia y a unas instrucciones de negocio comunes³⁴. En valor de aquella realidad, el Tribunal entendió que la sanción podía recaer, indistintamente,

³² PIETRINI, 2017, pp. 309 y siguientes

³³ Asuntos compartidos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P. Sentencia de 7 de enero de 2004.

³⁴ Apartado 359: “En este sentido, es cierto que en la sentencia Comisión/Anic Partecipazioni, antes citada (...) el Tribunal de Justicia declaró que solo puede haber continuidad económica en el caso de que la persona jurídica responsable de la explotación de la empresa deja de existir jurídicamente tras haber cometido la infracción. Sin embargo, dicho asunto se refería al caso de dos empresas existentes y en funcionamiento, de las cuales una había cedido a la otra una parte determinada de sus actividades, que no tenían entre ellas ningún vínculo estructural. Pues bien, como se desprende del apartado 344 de la presente sentencia, no sucede así en el presente asunto”.

en cualquiera de las dos sociedades involucradas, pues ostentaban subjetiva y objetivamente una identidad de grupo.

Esta circunstancia también se presentó en el asunto *Hoechst GmbH vs. la Comisión Europea*³⁵, en el donde el Tribunal determinó de forma análoga que en todo caso la Comisión se encontraba facultada para aplicar el principio de continuidad para imputar responsabilidades al operador inicial y al final, sin distinción, en todos aquellos casos en los que la identidad intragrupal estuviese presente en el caso objeto de sustanciación por parte de la autoridad de competencia europea³⁶. Argumento que también aplicó en *Versalis SpA vs. la Comisión Europea*, en el que atribuyó responsabilidad y justificó la imposición de una sanción al operador final de la operación –Versalis–, sobre la base de que este último y el operador inicial –infractor– Enochem SpA, estuvieron siempre bajo el control de la matriz Eni SpA³⁷.

El Tribunal de Justicia europeo igualmente ha hecho extensiva aquella doctrina a compañías estatales o de economía mixta, público-privadas. En los casos en los que ha aplicado esta vía de “extensión de responsabilidad” –con involucración de poderes públicos– se ha percatado de prestar especial atención a la identidad subjetiva del operador que ha tenido el control de las sociedades (inicial y final) durante la infracción, así como a determinar el sucesor económico del “infractor original”.

Así, en casos como *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, el Tribunal determinó que al haber sido el Ministerio de Economía y Finanzas italiano aquel que actuaba como órgano decisorio máximo en las sociedades involucradas (AAMS y ETI) durante todo el tiempo de ejecución y de generación de efectos de la infracción, quedaba en todo caso comprobado que independientemente de que se hubiese presentado una transferencia del negocio de la sociedad AAMS a ETI, participadas y dirigidas por el mismo órgano (el Ministerio mencionado), lo verdaderamente esencial era que la sociedad final era sucesora económica de la inicial, y que por ello la primera debía asumir las consecuencias sancionatorias del ilícito *antitrust* originalmente trazado y ejecutado por la otra.

³⁵ Asunto T-161/05. Sentencia de 30 de septiembre de 2009.

³⁶ Apartado 64: “En todo caso, la imputación al nuevo titular de una infracción cometida por el anterior es una posibilidad que la jurisprudencia reconoce a la Comisión en algunas circunstancias, y no una obligación, particularmente en casos como el de autos, en que el titular inicial autor de la infracción sigue existiendo jurídica y económicamente (en el sentido de la sentencia ETI y otros, antes citada, apartado 40). Además, en el caso de autos, no existe el riesgo de que la empresa autora de la infracción eluda sanciones (véase el apartado 51 supra), riesgo que el principio de continuidad económica pretende combatir, ya que Hoechst continúa existiendo tanto jurídica como económicamente”.

³⁷ Apartado 53: “En el caso de autos, como se desprende de los considerandos 368 y 369 de la Decisión controvertida, la Comisión señaló que Eni SpA, Versalis y Syndial habían formado una sola empresa durante todo el tiempo de la infracción en cuestión. Además, dado que Eni SpA, durante todo ese período, poseía directa o indirectamente todo o casi todo el capital no solo de Versalis, sino también de Syndial, extremo que Versalis no discute, la Comisión podía basarse, de conformidad con reiterada jurisprudencia, en la presunción de que Eni SpA ejercía efectivamente una influencia determinante en sus filiales (véase, en este sentido, la sentencia de 3 de mayo de 2012, Legris Industries/Comisión, C-289/11 P, apartados 46 a 48 y la jurisprudencia citada). Dicha presunción no ha sido destruida en el presente litigio”.

Como se observa, el principio de continuidad económica es una pieza fundamental de la eficacia y la disuasión del sistema de defensa de la competencia en la Unión Europea. La extensión de la responsabilidad a operadores incluso se ha articulado en aquellos casos en los que la autoridad de competencia y el Tribunal han comprobado que con antelación a la consolidación de la transacción de una operación de compraventa o absorción se han puesto en marcha estrategias previas de ingeniería financiera o societaria, presuntamente llevadas a cabo con el objetivo de eludir las responsabilidades concurrentes –o de otro tipo– que se podrían desprender de las conductas previas del operador inicial³⁸.

A pesar de que la aplicación del principio de continuidad económica requiere de la activación de ciertas cautelas, dirigidas a no generar escenarios de inseguridad jurídica, la Comisión Europea y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea le han otorgado en el pasado reciente el protagonismo que demanda como fundamento disuasorio y eficaz del derecho de la libre competencia. Su relevancia es tal, que recientemente –los últimos dos años– el principio en cuestión se ha trasladado también a la aplicación privada de las normas de competencia, permitiendo que la “extensión de responsabilidad” pueda también aplicarse a la definición de daños y perjuicios que realizan los tribunales nacionales de los Estados miembros en virtud de un ilícito *antitrust*³⁹.

- c. La aplicación del principio de continuidad económica, en las acciones de responsabilidad civil surgidas de infracciones a la normativa de defensa de la libre competencia

El 14 de marzo de 2019 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea resolvió una petición de decisión prejudicial en donde el Tribunal Supremo de Finlandia solicitó valorar si el principio de continuidad económica, consolidado en el marco de la aplicación pública de las normas de competencia comunitarias, también podría hacerse extensible a la aplicación privada de la mencionada normativa. Por tanto, si resultaba aplicable a las acciones de determinación de los efectos civiles surgidos de un ilícito *antitrust*.

La cuestión prejudicial planteó un escenario hasta ese momento inédito, debido a que el derecho de daños de las legislaciones domésticas de los países miembros de la Unión Europea, incorporan un criterio personal de imputación que en principio

³⁸ Al respecto, son de relevancia los asuntos *Parker ITR y Parker-Hannifin vs. la Comisión Europea* (T-146/09. Sentencia de 14 de julio de 2016) y la *Comisión Europea vs. Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin* (C-434/13. Sentencia de 18 de diciembre de 2014). Casos en los cuales la Comisión Europea, apoyada posteriormente en los fallos enunciados por el Tribunal de Justicia, entendieron que independientemente de que en última estancia se consolidase la transferencia del negocio infractor a una tercera compañía no perteneciente al mismo grupo empresarial, previamente se había llevado a cabo una operación intragrupo, aparentemente dirigida a facilitar la venta posterior, que hacía sucesora de la responsabilidad del operador infractor a la sociedad del mismo grupo empresarial a la que se le había transferido el negocio, antes de que esta a su vez lo enajenase en favor de una sociedad no relacionada orgánicamente con ninguna de las involucradas.

³⁹ BERNITZ, 2015, pp. 1-34 y SAUTER, 2016, p. 23.

impide la aplicación del principio de continuidad económica en sede privada⁴⁰, a pesar de que aquel está suficientemente afianzado en el ámbito comunitario en lo alusivo a la aplicación pública.

El Tribunal Supremo Finlandés planteó la cuestión, pues el Tribunal Supremo de lo Contencioso-Administrativo de aquel país había aplicado el principio de continuidad –en sede pública– para imponer sanciones a operadores que habían sucedido económicamente a los infractores (todos ellos disueltos), y una de las víctimas del cartel que originó la cuestión solicitó por solidaridad, a las sociedades finales que ahora ostentaban el control del negocio adquirido, una indemnización. Petición que a su vez fue rechazada por parte de estas últimas sobre la base de la responsabilidad personal, aludiendo a que ellas eran personas jurídicas distintas a aquellas que habían ejecutado el ilícito (argumentación análoga a la utilizada en el caso *Enichem* que configura uno de los primeros precedentes de la aplicación del principio de continuidad económica en la Unión Europea).

Realizado el planteamiento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea atendió la cuestión y la resolvió por medio de su sentencia de 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki vs. Skanska Industrial Solutions Oy y otros* (en lo sucesivo, *Skanska*). En ella sigue la doctrina del principio de continuidad aplicado en sede administrativa y lo entrelaza con las indemnizaciones por daños y perjuicios, en atención a que, de acuerdo con su perspectiva, la aplicación privada de las normas de competencia es, tanto como la aplicación pública, una pieza fundamental del sistema integral de protección de los mercados⁴¹.

Determina así, que mediante las acciones de daños y perjuicios también se ven “sancionados”, en sentido lato, las conductas contrarias al ideario *antitrust* y que además mediante ellas se fortalece el espíritu disuasivo de la materia⁴². Espíritu que se ha trasladado a copiosa jurisprudencia que ha venido a determinar que el tándem público-privado configura un conjunto integral de defensa de la competencia⁴³, que además, en los países miembros, no puede verse desvirtuado por decisiones que puedan menoscabar el efecto útil y la eficacia de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea.

En la sentencia en cuestión se afirma que la imputación de responsabilidad en sede privada, en virtud del principio de continuidad, cuando el operador infractor –inicial o adquirido– no existe, no resulta incompatible con el principio de responsabilidad

⁴⁰ La Directiva 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, “relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea” (Diario Oficial 2014 L 349), ha venido a armonizar ciertos aspectos alusivos a las acciones de indemnización suscitados por contravenciones a las normas de libre competencia, pero los derechos nacionales son aun hoy los que disponen los criterios de responsabilidad en materia de daños y perjuicios. Acerca de la directiva y sus efectos, MARCOS, RODGER y SOUSA FERRO, 2018, 42 pp.

⁴¹ FASOULA, 2019, p. 263.

⁴² VAN DEN BERGH & KESKE, 2008, p. 470 y LANDE & DAVIS, 2008, p. 907.

⁴³ RUBINFELD, 2006, pp. 141-147

personal⁴⁴. El Tribunal entiende que la interpretación del concepto de empresa que se incluye en el apartado segundo del artículo 23 del Reglamento 1/2003⁴⁵, debe tener el mismo alcance en el marco de la aplicación pública de las normas de competencia, que en el marco de la aplicación privada⁴⁶. Lo que significa que el artículo 101 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea –y por consiguiente el 102– se debe aplicar en igualdad de condiciones en ambas sedes, principalmente porque, como ya se ha manifestado, ambos forman parte del mismo sistema de protección de los mercados.

El abogado general Sr. Wahl había presentado con antelación a la sentencia sus conclusiones a la cuestión. Conclusiones que claramente fueron tomadas en consideración por el Tribunal, pues este replica en el fallo varios de los criterios esgrimidos por aquel. Así, resalta el argumentario del abogado general en lo alusivo al efecto útil de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea, pues manifiesta que la imputación de responsabilidad para el pago de una multa, como la imputación de responsabilidad por los daños, deben obedecer a los mismos principios, sin matices, ya que el derecho a reclamar una indemnización por un ilícito *antitrust* no se establece con el objetivo de garantizar la reparación de la víctima, sino de asegurar que el derecho de la competencia de la Unión Europea sea eficaz.

Según la perspectiva del abogado general Wahl, la normativa doméstica de los países miembros, en materia de daños, no puede configurar un bloqueo a la consolidación de ese efecto útil mencionado. Razón por la que la determinación del sujeto que debe asumir la indemnización no debe supeditarse a normativa nacional, sino a la comunitaria, que tiene aquella determinación de responsabilidad como requisito constitutivo del tipo normativo.

La concepción que tiene acerca de la cuestión, el abogado general, es claramente disruptiva, pues remueve el principio de responsabilidad personal, en atención a las facilidades que engendran hoy las normas societarias domésticas para eludir responsabilidades. El Sr. Wahl manifiesta que el responsable de la infracción, en conciliación del efecto útil del derecho de la libre competencia de la Unión Europea y de la costumbre mercantil actual que permite evadir responsabilidades mediante operaciones de modificación estructural, de ingeniería societaria –o análogas–, es el sujeto que lleva a cabo la actividad económica que originó la infracción en el momento de la imposición de la consecuencia –multa o reparación–.

Que la sociedad adquirente del negocio lleve a cabo la misma actividad económica del operador infractor, utilizando los mismos medios personales y materiales que la sociedad inicial, conlleva, de acuerdo con el abogado general y el Tribunal de

⁴⁴ Es sustento jurisprudencial de aquella determinación la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 5 de diciembre de 2013, *SNIA v la Comisión Europea*, apartado 23.

⁴⁵ Reglamento (CE) No. 1 del año 2003, del Consejo, de 16 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DOCE L 001 de 4 de enero de 2003. De su alcance para la defensa de la competencia comunitaria, VAN BAELE & BELLIS, 2010, p. 1209 y MULLER, 2004, pp. 722 y siguientes.

⁴⁶ HIRSCH, 2008, pp. 409 y siguientes.

Justicia de la Unión Europea, que en el momento de delimitación de responsabilidades en sede administrativa o judicial, el operador final deba tener exactamente la misma consideración que merecería la sociedad antecesora, pues en aplicación del principio de continuidad económica, ya asentado en el marco de la defensa de la libre competencia, aquello configura ser sucesor de los derechos y las obligaciones, como si se tratase de la misma entidad.

V. CONCLUSIONES

A tenor de la investigación primordialmente jurisprudencial que se ha llevado a cabo, y que tiene como resultado bibliográfico el presente documento, se han alcanzado las siguientes conclusiones:

1. El derecho de la competencia se nutre, además de criterios jurídicos, de criterios económicos como el de continuidad económica articulado en la ciencia económica por Alfred Marshall.
2. La aplicación privada y la aplicación pública de las normas de competencia en la Unión Europea forman parte de un sistema integral de protección de los mercados, que garantiza, principalmente, que las conductas anticompetitivas se sancionan, se remedian, conllevan obligaciones de reparación para el infractor, así como un efecto disuasivo general dirigido a consolidar una competencia efectiva en el mercado.
3. La responsabilidad civil extracontractual no es ajena en el marco de la aplicación de las normas de competencia de la Unión Europea, a los objetivos de ordenación, supervisión y regulación de la actividad competitiva en los mercados. Razón por la cual los fundamentos de la responsabilidad aquiliana se ven removidos parcialmente, al deber ser adaptados a un sistema integral de protección público-privado.
4. La aplicación del principio de continuidad económica permite, en circunstancias excepcionales de desaparición jurídica o fáctica del operador infractor, que la imputación de la responsabilidad administrativo-sancionatoria y privado-resarcitoria se extienda a un operador sucesor del negocio objeto del ilícito *antitrust*.
5. Llevar a cabo las mismas actividades económicas de un operador infractor adquirido, mediante la utilización de los mismos medios personales o materiales que esta empleaba, permite concluir en sede pública y privada, en el marco de la aplicación de las normas de libre competencia de la Unión Europea, que se es sucesor y por tanto, responsable de un ilícito *antitrust* perpetrado por dicha sociedad precedente.

BIBLIOGRAFÍA

BERNITZ, U., "Introduction to the Directive on Competition Damages Actions", en Bergström, Iacovides & Strand (editores), *Harmonising EU Competition Litigation*, No. 4, 2015.

- BUCCIROSSI, P., CIARI, L., DUSO, T., SPAGNOLO, G y VITALE, C., "Deterrence in Competition Law", *Discussion Paper N° 285*, presentado en la Governance and the Efficiency of Economic Systems, 2009.
- CORTESE, B., "Piercing the Corporate Veil in EU Competition Law: The Parent Subsidiary Relationship and Antitrust Liability", en B. Cortese (editor), *EU Competition Law: Between Public and Private Enforcement*, Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2014.
- FASOULA, V., "Extending the Principle of Economic Continuity to Private Enforcement of Competition Law. What Lies Ahead for Corporate Restructuring and Civil Damages Proceedings after Skanska? Case Comment to the Judgement of the Court of Justice of 14 March 2019. Skanska Industrial Solutions and others (Case C-724/17)", en *20 Yards*, No. 259, 2019.
- GONZÁLEZ-MENESES, M., "Derecho de la impunidad o derecho de la responsabilidad", en *El Notario del Siglo XXI*, No. 8, 2006.
- HIRSCH, G., *Competition Law: European Community Practice and Procedure-Article by Article Commentary*. Londres, Sweet & Maxwell, 2008.
- IZAWA, R., "The Formation of Companies for Tax Avoidance: The Relationship between UK Multinationals and International Double Taxation in the Interwar Period", en *Business and Economics History*, vol. 13, 2015.
- LANDE, R y DAVIS, J., "Benefits From Private Antitrust Enforcement: An Analysis of Forty Cases", *University of San Francisco Law Review*, No. 42, 2008.
- MARCOS, F, RODGER, B y SOUSA FERRO, M., "Promotion and Harmonization of Antitrust Damages Claims by Directive EU/2014/104?", en *Working Paper IE Law School*, AJ8-242-I, 2018.
- MARSHALL, A., *Industry and Trade*, Macmillan, 1919.
- MARSHALL, A., *Principles of Economics*, Macmillan, 1890.
- MC FEE, R, MIALON, H. y MIALON, S., "Private v Public Antitrust Enforcement: A strategic analysis", en *Journal of Public Economics and Emory Public Law*, 2008.
- MERCER, H., "Applicable Law in Cross-Border EU Competition Law Actions-Forum Shopping, Mandatory Rules and Public Policy", en M. Danov Et al (editores), *Cross-Border EU Competition Law Actions*. Oxford: Hart Publishing, 2013.
- MULLER, F., "The New Council Regulation (EC) No. 1/2003 on the Implementation of the Rules on Competition", en *German Law Journal*, vol. 5, N° 6, 2004.
- OLTRA GRAS, I., "La prueba ilícita en materia de libre competencia", en *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, vol. XXVIII, No. 2, 2015.
- PARDOLESI, R., "Private Enforcement of Antitrust Law", en T. Eger y H. Schilfer (editores) *Research Handbook on the Economics of European Union Law*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2012.
- PIETRINI, S., "Le Private Enforcement et le Public Enforcement aprbs la directive 2014/104/UE: des nouvelles synergies pour un nouvel 6quilibre dans l'application du droit des pratiques anticoncurrentielles?", en V. Giacobbo, C. Verdure (editores), *Contentieux du droit de la concurrence de l'Union europeenne Questions d'actualite et perspectives*, Bruxelles: Larcier, 2017.
- RUBINFIELD, D., "An Empirical Perspective on Legal Process: Should Europe. Introduce Private Antitrust Enforcement?", *Series in Law and Economics*, vol. 1, 2006.
- SAUTER, W., *Coherence in EU Competition Law*, Oxford: Oxford University Press, 2016.
- SOTO PINEDA, J, A., *Public Enforcement y descentralización en la aplicación de las normas de libre competencia en la Comunidad Europea y en España*, Universidad Externado de Colombia, 2014.
- STUYCK, J., "The Role of Preliminary References in the Uniform Application of EU Competition Law", en A. Almasan y P Whelan (editores), *The Consistent Application of*

EU Competition Law: Substantive and Procedural Challenges. Cham: Springer International Publishing, 2017.

- TISSOT-FAVRE, A y SAKKERS, E., "What Kind of Sanctions? A Perspective from the European Commission", en C. Baudenbacher (editor), en *Current Developments in European and International Competition Law*, 16*Tb St. Gallen International Competition Law Forum ICF* 2009, Helbing Lichtenhahn, Basilea, 2010.
- UBILLÚS, R., "Delimitación conceptual de los grupos de empresas en el Derecho del Trabajo", en *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XL VIII, 2015.
- VAN BAEL, I y BELLIS, J.F., *Competition Law of the European Community*, Kluwer Law International, Alphen aan den Rijn, Holanda, 2010.
- VAN DEN BERGH, R y KESKE., "Private Enforcement of European Competition Law: Quo Vadis?", en *European Review of Contract Law*, No. 3/4, 2008.
- WALLER, S., "Towards a More Constructive Public-Private Partnership for Enforcing Competition Law", en *World Competition: Law and Economics Review*, vol. 29, Nº 6, 2006.
- WILMAN, F., *Private Enforcement of EU Law Before National Courts: The EU Legislative Framework*, Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited, 2015.
- ZUCMAN, G., "Taxing across Borders: Tracking Personal Wealth and Corporate Profits", en *Journal of Economic Perspectives*, vol. 28, 2014.

Jurisprudencia

- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 28 de marzo de 1984, asunto C-29/83, *Compagnie Royale Asturienne des Mines SA and Rheinzink GmbH vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 17 de diciembre de 1991, asunto T-6/89, *Enichem Anic vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de julio de 1999, asunto C-49/92, *Comisión Europea vs. Anic Participazione*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de noviembre de 2000, asunto C-248/98, *NV Koninklijke KNP BT vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 20 de marzo de 2002, asunto T-9/99, *HFB Holding für Fernwärmetechnik Beteiligungsgesellschaft mbH vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 7 de enero de 2004, asuntos compartidos C-204/00 P, C-205/00 P, C-211/00 P, C-213/00 P, C-217/00 P y C-219/00 P, *Alborg Portland A/S y otros vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de diciembre de 2006, asuntos compartidos T-259/02 a T-264/02 y T-271/02, *Raiffeisen Zentralbank Osterreich*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 11 de diciembre de 2007, asunto C-280/06, *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercat*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 30 de septiembre de 2009, asunto T-161/05, *Hoechst GmbH vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 16 de junio de 2011, asunto T-194/06, *SNIA*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 25 de octubre de 2011, asunto T-349/08, *Uralita*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de junio de 2013, asunto C-511/11, *Versalis SpA vs. la Comisión Europea*.
- SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de diciembre de 2014, asunto C-434/13, *la Comisión Europea vs. Parker Hannifin Manufacturing y Parker-Hannifin*.

SENTENCIA del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 14 de julio de 2016, asunto T-146/09, *Parker ITR y Parker-Hannifin vs. la Comisión Europea*.

CONCLUSIONES de la Abogado General Sra. Juliane Kokott, al asunto C-280/06, *ETI SpA vs. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato*, presentadas el 03 de julio de 2007.

Normativa

REGLAMENTO (CE) No. 1 del año 2003, del Consejo Europeo, de 16 de diciembre de 2002, publicado en el Diario Oficial de las Comunidades Europeas, DOCE L 001, de 4 de Enero de 2003.

DIRECTIVA 2014/104 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de noviembre de 2014, “relativa a determinadas normas por las que se rigen las acciones por daños en virtud del Derecho nacional, por infracciones del Derecho de la competencia de los Estados miembros y de la Unión Europea” (Diario Oficial 2014 L 349).

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502021000100297>

El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional

*Claudia Cárdenas Aravena**

RESUMEN

El artículo muestra los criterios asumidos por la Corte Penal Internacional para determinar cuándo situaciones contemporáneas cumplen con los estándares para ser consideradas un ataque contra una población civil como elemento de contexto fundamental de los crímenes de lesa humanidad. Se revisan las situaciones y casos relevantes que han sido conocidos por la Corte Penal Internacional desde su creación hasta agosto del 2020.

Ataque contra una población civil; Corte Penal Internacional;
práctica en situaciones y casos

The attack against a civilian population in the practice of the International Criminal Court

ABSTRACT

The article shows the criteria assumed by the International Criminal Court to understand when contemporary situations amount to an attack against a civilian population as fundamental element of crimes against humanity. The relevant case law of the International Criminal Court is reviewed from its creation until August of 2020.

Attack against a civilian population; International Criminal Court; case law

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctor iuris (Dr. iur), Humboldt-Universität zu Berlin, Alemania. Profesora del Departamento de Ciencias Penales de la Facultad de Derecho, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/https://orcid.org/0000-0002-8277-8523>. Correo electrónico: ccardenas@derecho.uchile.cl

Artículo recibido el 3.3.20 y aceptado para su publicación el 9.10.20.

INTRODUCCIÓN

En todo el mundo somos testigos de crisis en las que surge la pregunta de si se han cometido crímenes de lesa humanidad. Y aunque en el derecho internacional existen descripciones típicas de aquello en que estos crímenes consisten¹, cuando surge la necesidad de aplicar esas descripciones a hechos específicos es usual enfrentar dificultades. Parte de ellas derivan de que los contextos que enfrentamos usualmente difieren de las experiencias concretas ya pacíficamente aceptadas como contextos de crímenes de lesa humanidad durante el siglo pasado. En este escenario, para aplicar el derecho penal internacional a situaciones contemporáneas, resulta de ayuda conocer los criterios que la Corte Penal Internacional (CPI) viene aplicando desde su puesta en marcha, para un mejor entendimiento de cuándo una situación² ha alcanzado el nivel de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil como el elemento fundamental y necesario de los crímenes contra la humanidad.

Este artículo se centra en la práctica de la CPI en la determinación de cuándo existe un ataque relevante contra una población civil, para los efectos de determinar que han existido crímenes de lesa humanidad. Se da especial relevancia a la práctica judicial, teniendo en cuenta el rol que cumplen las resoluciones judiciales como medio para la determinación de reglas de derecho, junto con la doctrina³. En este caso, las reglas relevantes del Estatuto de Roma (ER) son las contenidas en el art 7.1 y 7.2.a) ER y de los Elementos de los Crímenes (EC)⁴ para el artículo 7, introducción pfo. 3, cuyo contenido se reseñará al inicio de cada apartado, en lo que sea pertinente.

La opción de dar cuenta solo del contenido de las resoluciones de la CPI considera –por una parte– que, si bien varios de los criterios que allí se expresan cuentan con un desarrollo en otras jurisdicciones, un estudio más amplio de cada uno de los aspectos del ataque desbordaría el formato de artículo⁵; y –por otra– que muchos Estados hispanoparlantes han tipificado en sus derechos internos los crímenes de lesa humanidad como una forma de implementar el ER⁶, guiándose para ello en parte importante por su texto, y cuando los elementos del delito están descritos como en ese tratado, de no aparecer que se les quiere dar un sentido diverso, resulta especialmente relevante conocer la práctica que la CPI –que además es el único tribunal penal internacional permanente– ha venido interpretando ese tratado.

¹ En 2017 la Comisión de Derecho Internacional de Naciones Unidas aprobó, en primera lectura, un “Texto del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad”, que no contiene variaciones respecto del ER en la descripción del ataque.

² Acerca de situaciones y casos como términos técnicos, puede consultarse RASTAN, 2013, pp. 209 y ss.

³ De acuerdo con derecho internacional, vid., a saber, el art. 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

⁴ Cfr. arts. 9 y 21.1 ER.

⁵ Se advierte que, cuando en una nota al pie se advierte que la fuente contiene más referencias, usualmente ellas conducen a resoluciones previas del Tribunal Penal Internacional para la ex-Yugoslavia (TPIY) o del Tribunal Penal Internacional para Ruanda.

⁶ Una recopilación de las legislaciones de implementación se encuentra en www.legal-tools.org.

Los aportes de este trabajo han de ser, en primer lugar, la sistematización actualizada de la práctica de la CPI en este ámbito y, en segundo lugar, su puesta a disposición en español, que siendo uno de los idiomas oficiales de la CPI no es —en cambio— uno de sus idiomas de trabajo, estando la mayoría de las resoluciones disponibles solo en inglés o en francés⁷. En tercer término, se espera que la provisión de ejemplos contemporáneos de ataques contra la población civil pueda colaborar en lograr una mejor comprensión de esta clase de crímenes. En todo caso, no ha de perderse de vista que la CPI está llamada a conocer de los crímenes más graves contra el derecho internacional (y por oposición no de todos los crímenes contra el derecho internacional), por lo que estos ejemplos lo serán siempre de situaciones especialmente graves, incluso dentro del ámbito del derecho penal internacional.

Para dotar de contenido a los apartados siguientes, se trabajó originalmente sobre la base de un *corpus* de 61 resoluciones de la CPI de los últimos 15 años, referidas a aquellos hitos procesales en los que resulta necesario algún grado de convicción respecto de la comisión de crímenes de lesa humanidad. De acuerdo con lo anterior, se revisaron las resoluciones que autorizan a la apertura de una investigación, cuando esto procede de acuerdo con art. 15 ER; las decisiones recaídas en solicitudes de la Fiscalía de acuerdo con art. 58 ER (orden de detención y entrega u orden de comparecencia); las resoluciones en las que se ordena la detención o la comparecencia de personas imputadas; las que ponen fin a la etapa de confirmación de cargos de acuerdo con art. 61 ER; las sentencias definitivas (art. 74 ER) y las resoluciones que han fallado apelaciones de algunas de las anteriores clases de resoluciones. Al revisar el *corpus* inicial se constató que no en todas las resoluciones se contenían desarrollos útiles al logro de los objetivos de este trabajo, por lo que en definitiva solo se usan como referencias del trabajo las 34 resoluciones de la CPI que se refieren expresamente a los elementos o a las características del ataque contra una población civil como requisitos de la imputación de crímenes de lesa humanidad, dictadas desde el inicio de su trabajo hasta agosto del 2020.

En texto comienza sistematizando los hallazgos relativos a los elementos del ataque (I.); y al carácter del ataque: generalizado o sistemático (II.). En cada nivel se examinarán los estándares o criterios abstractos, aplicables a todos los casos; además de ejemplos concretos de aplicación de esos estándares, que sirven para ilustrar hechos que se han interpretado como constitutivos de un ataque, pero no necesariamente dan cuenta de requisitos a cumplir extrapolables como tales a otros casos. En las referencias se procura seguir un orden cronológico, de modo que pueda apreciarse si existe alguna evolución. El texto termina con una valoración (III.) y conclusiones.

⁷ Existe un trabajo anterior, publicado el 2013, también enfocado a la práctica de la CPI en este punto. BELTRÁN, 2013, p. 49 y ss. Los años de práctica adicionales que alcanza a cubrir este estudio se estiman relevantes para establecer qué criterios se pueden estimar ya consolidados, y en cuáles se nota una variación.

I. EL ATAQUE

El ataque contra una población civil está definido en el art. 7.2.a) ER, como “una línea de conducta que implique la comisión múltiple de actos mencionados en el párrafo 1 contra una población civil, de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Esto se replica, aunque no textualmente, en los EC para el art. 7, introducción pfo. 3.

En las resoluciones de la CPI se encuentra reiteradamente la afirmación de que el ataque puede entenderse como una campaña u operación dirigida contra una población civil⁸.

A continuación se presenta separadamente la información respecto de la multiplicidad de actos del art. 7.1 ER (1.), lo relativo a una población civil como objeto del ataque (2.) y lo concerniente a la política que hace que estos actos sean inteligibles como una línea de conducta (3.).

1. *Sobre la comisión múltiple de actos del art. 7.1 ER*

De acuerdo con el art. 7.2 ER y a los EC para el art. 7, introducción pfo. 3, el ataque típico requiere la comisión múltiple de actos de los descritos en los literales del art. 7.1 ER⁹. Los EC agregan que no es necesario que los actos constituyan un ataque militar.

a) Criterios abstractos en las resoluciones de la Corte Penal Internacional

Se ha explicitado que los actos que constituyen el ataque pueden implicar cualquier forma de violencia contra una población civil¹⁰.

Respecto de la multiplicidad de actos a la que se refiere el ER, se ha explicado que implica un requisito cuantitativo, que es mayor a la existencia de “algunos” o “varios” actos¹¹. Sin embargo, resulta notorio que no se suele trabajar con cifras al hacer la sub-sunción y, en general, la CPI es bastante cauta con su uso.

⁸ CPI, 15.7.2009, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 75; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 80; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 31; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 30; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-01/11, pfo. 164; CPI, 7.3.2014, , pfo. 1101; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 209; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 149; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfos. 44 y 47 ; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 143; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

⁹ Se conocen con la denominación genérica de “actos inhumanos” y cuentan con elementos que ayudan a su determinación en el mismo tratado, en los EC, en la jurisprudencia y en la doctrina del derecho penal internacional. Vid., a saber, WERLE y JESSBERGER, 2017, p. 577 y ss. o HALL *et al.*, 2017, pp. 178 y ss. con más antecedentes.

¹⁰ CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1101; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 144; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

¹¹ CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 150; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 663; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63. Vid. asimismo CPI, 15.7.2009, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 81, con más antecedentes.

Resulta irrelevante la cantidad de actos de cada categoría el art. 7.1 ER que se incluyan en la imputación, siempre que cumulativamente satisfagan el umbral cuantitativo¹².

Para probar la multiplicidad de actos, solo son relevantes aquellos enumerados en el art. 7.1 ER; sin perjuicio de que la prueba de otros actos pueda ser considerada para otros aspectos. Por ejemplo, pueden ayudar a determinar si el ataque fue dirigido contra una población civil, o se llevó adelante de conformidad con la política de un Estado u organización o para promoverlo, configurando una línea de conducta¹³.

b) Situaciones y casos concretos

- La situación de Libia habría involucrado actos de asesinato, encarcelamiento, tortura, persecución y otros actos inhumanos en varias localidades¹⁴.
- En la situación de Costa de Marfil, las fuerzas de Gbagbo habrían hecho uso excesivo de la fuerza y armamento pesado habría sido utilizado en lugares densamente poblados para dispersar a quienes apoyaban a Ouattara, traduciéndose ello en múltiples actos del 7.1 ER¹⁵.
- En la situación de Burundi ya desde el primer día de protestas (26 de abril de 2015) miembros de la policía habrían disparado a civiles que se manifestaban, causando la muerte de algunos de ellos. En esta situación también se investigan detenciones arbitrarias, torturas, intentos de homicidio y homicidios¹⁶.

2. *Población civil como objeto del ataque*

Que el ataque ha de dirigirse contra una población civil es un requisito que se encuentra tanto en el art. 7.1 y 7.2 ER como en los EC para el art.7, introducción, pfo. 3.

a) Criterios abstractos en las resoluciones de la Corte Penal Internacional

Las resoluciones de la CPI han expresado que la voz población denota un colectivo, por oposición a un número limitado de individuos específicos¹⁷ o seleccionados al azar.

¹² CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 150, con más referencias; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo 63.

¹³ CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 210; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 151; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63. Vid. asimismo CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1101; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 663; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 143.

¹⁴ CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 31 ; CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/11, p. 4; CPI, 18.4.2013, N° ICC-01/11-01/13, pfo. 5 y ss.

¹⁵ CPI, 2.3.2012, N° ICC-02/11-01/12, pfo. 22.

¹⁶ CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 35 y ss.

¹⁷ CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 32, con más antecedentes; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 152, 154; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 667; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

Además, se ha puesto de relieve que el uso de la palabra “una” indica que el art. 7.1 ER no debiera entenderse en el sentido de estar circunscrito a poblaciones definidas por factores distintivos de los más tradicionalmente asentados como factores de discriminación antijurídica, sino que se incluye a grupos de personas que se distinguen del resto de la población por otros factores, incluyendo su afiliación política (percibida)¹⁸. Tampoco se necesita probar que toda la población dentro de un área geográfica determinada ha sido objeto del ataque para entender que una población sí lo ha sido¹⁹.

Se ha reiterado que la población civil tiene que ser el objeto primario del ataque, por oposición a uno incidental²⁰.

Por la naturaleza de la mayoría de las situaciones que ha conocido la CPI, en las resoluciones el carácter civil de la población se suele problematizar refiriéndose a contextos en los que ha existido un conflicto armado, señalándose que pueden aplicarse los criterios del derecho internacional humanitario, de acuerdo con ello²¹, durante los conflictos armados, ha de tratarse como civil a todo aquel que no conste que sea combatiente²². Si un ataque contra una población civil se lleva a cabo durante un conflicto armado, en un área en la que hay civiles y combatientes legítimos, se acepta que víctimas de conductas concretas puedan no tener la calidad de civiles de acuerdo con el derecho internacional humanitario²³. Factores relevantes para determinar si el ataque se dirigía

¹⁸ CPI, 30.9.2008, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 399; CPI, 15.7.2009, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 76; CPI, 31.3.2010, Nº ICC-01/09, pfo. 81; CPI, 15.11.2011, Nº ICC-02/11, pfo. 32; CPI, 30.11.2011, Nº ICC-02/11-01/11, pfo. 30 ; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 110; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-01/11, pfo. 164; CPI, 7.3.2014, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 1103; CPI, 12.6.2014, Nº ICC-02/11-01/11, pfo. 209; CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 155; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 22.5.2018, Nº ICC-01/12-01/18, pfo. 45 ; CPI, 8.7.2019, Nº ICC-01/04-02/06, pfo. 667; con más referencias; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63.

¹⁹ CPI, 15.7.2009, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 77; con más referencias; CPI, 15.11.2011, Nº ICC-02/11, pfo. 33, con más referencias; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 154; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63.

²⁰ CPI, 15.7.2009, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 76; CPI, 15.11.2011, Nº ICC-02/11, pfo. 33, con más referencias; CPI, 30.11.2011, Nº ICC-02/11-01/11, pfo. 30 ; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 7.3.2014, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 1105, con más referencias; CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 154; CPI, 22.5.2018, Nº ICC-01/12-01/18, pfo. 45 ; CPI, 8.7.2019, Nº ICC-01/04-02/06, pfo. 668; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63. Crítico sobre este criterio (aplicado en otra jurisdicción) se ha mostrado EBOE-OSUJI, 2008, p. 118 y ss.

²¹ Abogan por una definición que no dependa de esa rama del derecho, a saber, ALIJA FERNÁNDEZ/ SAURA ESTAPÀ, 2016, pp. 1 y ss.; SADAT, 2017, pp. 197 y ss.

²² CPI, 15.7.2009, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 78; con más referencias; CPI, 15.11.2011, Nº ICC-02/11, pfo. 33, con más referencias; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 7.3.2014, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 1102; CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 152; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 22.5.2018, Nº ICC-01/12-01/18, pfo. 45 ; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63.

²³ CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 156; CPI, 8.7.2019, Nº ICC-01/04-02/06, pfo. 668; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63. Una regla análoga está recogida, para el derecho internacional humanitario en conflictos armados internacionales, en el art. 50.3 del Protocolo Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949.

contra una población civil –sin que se trate de un listado exhaustivo– incluyen los medios y métodos usados en el curso del ataque, el estatus y número de las víctimas, la naturaleza de los crímenes cometidos en el curso del ataque, las formas de resistencia al ataque durante su desarrollo y el grado de cumplimiento de las leyes de la guerra por parte de las fuerzas que llevaron adelante el ataque²⁴.

b) Situaciones y casos concretos

A continuación se presentan ejemplos concretos de aplicación del derecho respecto del elemento “población civil”.

- En las situaciones de Darfur (Sudán) y de la República Centroafricana, la población civil objeto del ataque fue aquella que en la percepción de los atacantes habría estado vinculada con los rebeldes²⁵ o se consideraba simpatizante respecto de ellos²⁶.
- En la situación de Libia se ha considerado una población civil objeto del ataque a manifestantes o personas percibidas como disidentes políticos²⁷.
- En las situaciones de Costa de Marfil y de Kenia se consideró que el ataque estuvo dirigido contra civiles a los que se consideraba partidarios de una persona²⁸ o de un partido político²⁹.
- En la situación de la República Democrática del Congo (RDC) se consideró como población civil objeto del ataque a la “no originaria” de Ituri³⁰.
- En la situación concerniente a Burundi, la población civil objeto de ataque estaría conformada por opositores o personas consideradas desleales al Presidente, incluyendo a manifestantes, representantes de la sociedad civil, periodistas, etc. En esta situación, si bien se tiene en cuenta que las protestas no fueron enteramente pacíficas, se valora como un antecedente a favor de la existencia de un ataque contra una población civil el hecho de que miembros de la policía usaran municiones en respuesta a manifestantes que les tiraban piedras, y dispararan a civiles desarmados que escapaban de ellos, sin representar amenaza alguna. Se reconoce que tanto algunos manifestantes como personas no identificadas habrían estado envueltos en actos de violencia, que en algunos casos ocasionaron incluso muertes, y que, en algunos casos, las “Fuerzas de Seguridad” actuaron en respuesta a esos actos. Sin embargo, considerando los métodos utilizados por las “Fuerzas de Seguridad” y la

²⁴ CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 153, con más antecedentes; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

²⁵ CPI, 27.4.2007, N° ICC-02/05-01/07, pfo. 67; CPI, 1.3.2012, N° ICC-02/05-01/12, pfo. 18.

²⁶ CPI, 10.6.2008, N° ICC-01/05-01/08, pfos. 34-35.

²⁷ CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 32 ; CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/11, p. 5.

²⁸ CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 36 ; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfos. 211, 225.

²⁹ CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 142.

³⁰ CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 27.

clase de resistencia que encontraron, la naturaleza discriminatoria de los crímenes y el número de víctimas, la Sala estimó que había antecedentes para investigar un ataque dirigido contra una población civil³¹.

- En la situación de Mali se ha considerado como “una población civil” la población de una ciudad (Tombuktú) y sus alrededores³².
- En la situación de Afganistán, se entendió que la población civil objeto de ataque por los talibanes y otros grupos armados contrarios al gobierno estaría compuesta por quienes estos grupos consideraban opositores a sus mandatos e ideología, o que en su percepción prestaban apoyo al gobierno o a entidades extranjeras³³.

3. *Política, su origen y la relación entre política y los actos del 7.1 ER*

De acuerdo con el art. 7.2 ER, los actos que conforman el ataque han de constituir una línea de conducta “de conformidad con la política de un Estado o de una organización de cometer ese ataque o para promover esa política”. Esa idea es replicada en los EC para el art. 7, introducción, pfo. 3, agregándose allí información acerca de cómo ha de manifestarse la política, explicitarse que “la ‘política de cometer ese ataque’ requiere que el Estado o la organización promueva o aliente activamente un ataque”, y que “en circunstancias excepcionales, podría ejecutarse por medio de una omisión deliberada de actuar y que apuntase conscientemente a alentar un ataque de ese tipo”, lo que “no se puede deducir exclusivamente de la falta de acción del gobierno o la organización”.

a) Criterios abstractos en las resoluciones de la Corte Penal Internacional

A continuación se entrega información diferenciada respecto de los hallazgos relativos a las características generales de la política, su origen y la relación con los actos inhumanos.

i) La política

Hay consenso en que la política no requiere ser adoptada formalmente, y para probarla se puede recurrir a indicios³⁴.

Se ha señalado reiteradamente que un ataque que es planificado, dirigido u organizado –por oposición a actos de violencia aislados o espontáneos– satisfará la existencia

³¹ CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 35 y ss.

³² CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 62 ; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 344.

³³ CPI, 12.4.2019, N° ICC-02/17, pfo. 64.

³⁴ CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 396 ; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 84, 85, 87 ; 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 43; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 37; CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 24 ; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 215; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 160; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 674.

de una política³⁵; pero también se ha mencionado que la planificación o dirección serían solo indicios de que existe una política³⁶. Algo análogo ocurre con el hecho de que se siga un patrón regular de conducta y que se empleen recursos públicos o privados. En varias resoluciones se menciona a estos factores como un requisito para que exista una política relevante³⁷, en tanto que en otras –más recientes– se los alude como un indicio (entre otros posibles) de su existencia³⁸. Se han referido además otros indicios útiles para establecer la existencia de una política, sin que sean requisito de su concurrencia. Así ocurre con el involucramiento de fuerzas estatales u organizadas en la comisión de los crímenes; declaraciones, instrucciones o documentación atribuible al Estado o a la organización que consiente o promueve la comisión de los crímenes; y una motivación subyacente, entre otros³⁹.

Asimismo, se ha sostenido también que la política no necesariamente ha de existir con anterioridad al ataque, pudiendo surgir conforme se van cometiendo los actos inhumanos⁴⁰.

ii) El origen de la política

En cuanto al origen de la política, luego de una discusión inicial acerca del tema⁴¹ ha quedado establecido que no es necesario que la organización de la que ella emana tenga una estructura que presente las características formales de un Estado. Antes bien, se ha explicitado que la naturaleza formal del grupo y su nivel de organización no se consideran definitorios. En cambio, la organización debe disponer de medios suficientes, de estructuras o mecanismos suficientemente eficaces, de capacidad de acción y de concertación con el fin de asegurar la coordinación necesaria para llevar adelante el ataque, promoverlo o apoyarlo⁴².

³⁵ CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 396 ; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 84 ; 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 43; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 111 ; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 215.

³⁶ CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 210 ; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 160 ; CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 49 ; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 674 ; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 143.

³⁷ CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 396 ; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 84 ; 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 43; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 37; CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 24.

³⁸ CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 160 ; CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 49 ; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 674.

³⁹ CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 160 ; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 674. Más ejemplos de indicios de la existencia o implementación de una política se encuentran en CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 87, con más referencias; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-01/11, pfo. 219.

⁴⁰ CPI, 7.3. 2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1110 ; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 674.

⁴¹ A partir de la opinión del juez Kaul en cuanto a que debía tratarse de entidades cuasiestatales. Pueden consultarse, por todos, WERLE/BURGHARD, 2013, pp. 289 y ss.; HALL *et al.*, 2016, pp. 247 y ss.

⁴² CPI, 7.3. 2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1119 y ss.; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 158; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 47 ; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 156; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

Se ha explicitado que la determinación de si un grupo constituye una organización relevante ha de realizarse caso a caso. Para ello pueden considerarse, entre otros, los siguientes factores: (i) si el grupo tiene un mando responsable o una jerarquía establecida; (ii) si tiene de hecho los medios para llevar a cabo un ataque generalizado o sistemático contra una población civil; (iii) si ejerce control sobre parte del territorio del Estado; (iv) si tiene como propósito principal actividades criminales contra la población civil; (v) si articula, de manera implícita o explícita, una intención de atacar a una población civil; (vi) si es parte de un grupo mayor, que cumple algunos o todos los criterios anteriores. Por último, se insiste en que estos factores podrán asistir a la CPI en su determinación, pero no constituyen una definición legal rígida, que deba cumplirse exhaustivamente⁴³.

En lo concerniente a la determinación de una política estatal, se ha establecido que una política estatal de cometer un ataque no necesariamente requiere ser concebida en los niveles más altos de la maquinaria del Estado. Una política adoptada por órganos regionales, locales o en general por parte del Estado, podría satisfacer el requisito de una política estatal⁴⁴.

iii) La relación entre política y los actos del art. 7.1 ER

Se ha entendido que dentro de la estructura del delito, la política es lo que hace que los múltiples actos del art. 7.1 ER sean inteligibles como una línea de conducta en el sentido del 7.2 ER⁴⁵. Una línea de conducta se opondría a un acto aislado. Ella describe algunos eventos, por oposición a una mera agregación de actos al azar⁴⁶. Para demostrar que la línea de conducta fue llevada adelante en cumplimiento de la política, o para promoverla, ella debe reflejar un vínculo con la política, lo que permitiría excluir actos cometidos por individuos actuando por su cuenta, con independencia de ella. El requisito se satisface cuando se actúa deliberadamente para promover la política, o se lleva adelante deliberadamente actos acordes con ella. No se requiere en cambio que se compruebe que quienes actúan se han motivado por la política, o son miembros de la organización o el Estado del que ella emana⁴⁷.

En el mismo sentido, CPI, 30.9.2008, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 396. Vid. asimismo CPI, 31.3.2010, Nº ICC-01/09, pfo. 90 y ss., con más referencias; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 112; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-01/11, pfo. 184.

⁴³ CPI, 31.3.2010, Nº ICC-01/09, pfo. 93, con más referencias; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 15.11.2011, Nº ICC-02/11, pfo. 46; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-01/11, pfo. 184. Vid. Asimismo CPI, 12.6.2014, Nº ICC-02/11-01/11, pfo. 217.

⁴⁴ CPI, 31.3.2010, Nº ICC-01/09, pfo. 89, con más referencias; CPI, 15.11.2011, Nº ICC-02/11, pfo. 45; CPI, 23.1.2012, Nº ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 12.6.2014, Nº ICC-02/11-01/11, pfo. 220.

⁴⁵ CPI, 7.3. 2014, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 1114; CPI, 22.5.2018, Nº ICC-01/12-01/18, pfo. 50.

⁴⁶ CPI, 12.6.2014, Nº ICC-02/11-01/11, pfo. 209; CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 149; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63. Vid. asimismo CPI, 7.3.2014, Nº ICC-01/04-01/07, pfo. 1101; CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 149.

⁴⁷ CPI, 21.3.2016, Nº ICC-01/05-01/08, pfo. 161, con más referencias; CPI, 9.11.2017, Nº ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 22.5.2018, Nº ICC-01/12-01/18, pfo. 50 ; CPI, 14.11.2019, Nº ICC-01/19, pfo. 63.

b) Situaciones y casos concretos

En lo que sigue se listan ejemplos concretos de decisiones relevantes respecto de la política en los crímenes de lesa humanidad.

- En la situación de Kenia, para ejecutar el plan, se habría creado una red de personas poderosas o influyentes de la política, los medios de comunicación masiva, la economía, la policía y la milicia; y se habrían distribuido recursos y planificado cómo se actuaría, creando una estructura con distintos niveles de mando y áreas de competencia, además de *modus operandi* definidos. Para ganar adeptos, se habría adoctrinado a la población diciendo que la elección estaría arreglada y que Kibaki les perseguiría luego de ella⁴⁸. En la misma situación, se explicitó que, si bien una política no necesariamente equivale a un plan, en los hechos ambos pueden superponerse⁴⁹. Para considerar que los Mungiki calificarían como una organización en el sentido del art. 7.2.a) ER fue relevante su organización jerárquica, bajo el control de una persona; la existencia de un sistema efectivo de asegurar el cumplimiento de las reglas y órdenes impuestos por los más altos niveles de mando; el gran tamaño de la organización, que incluía un ala cuasimilitar; y que en ciertos lugares de Kenia habría proveído de servicios sociales y seguridad⁵⁰.
- En la situación de RDC, en el caso Mbarushimana, se consideró que la política podría consistir en crear una catástrofe humanitaria, de modo que el gobierno y líderes extranjeros dejen de molestar a las denominadas “Fuerzas Democráticas para la Liberación de Ruanda”⁵¹. En definitiva, en ese caso, tal política no se probó a satisfacción de la Sala. Al efecto, se consideraron relevantes –entre otros factores– declaraciones de testigos, además de textos y declaraciones públicas de la organización⁵². Asimismo, en el caso Ntaganda se consideró que la Unión de Patriotas Congoleños y las Fuerzas Patrióticas para la Liberación del Congo habrían contado con los medios para realizar un ataque contra una población civil, pues habrían tenido acceso a una cantidad relevante de armas, a personal con entrenamiento militar y a líneas de comunicación⁵³.
- En la situación de Libia se consideró relevante una política diseñada al más alto nivel del aparato estatal, “encaminada a impedir y sofocar, por cualquier medio –incluido el uso de la fuerza letal–, las manifestaciones de civiles” contra el

⁴⁸ CPI, 15.12.2010, N° ICC-01/09, pfs. 18-21, 24.

⁴⁹ CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-01/11, pfs. 209 y 212.

⁵⁰ CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfs. 186 y 228.

⁵¹ CPI, 27.1.2011, N° ICC-01/04-01/10-11-Red2, pfo. 79 ; CPI, 16.12.2011, N° ICC-01/04-01/10, pfo. 246.

⁵² CPI, 16.12.2011, N° ICC-01/04-01/10, pfs. 255-263.

⁵³ CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 26.

gobierno⁵⁴. Se consideró la evidencia de que se habría ordenado a las “Fuerzas de Seguridad” disciplinar a los manifestantes; de que dichas “Fuerzas de Seguridad” se encontraban desplegadas por todo el país; y de que se habrían tomado medidas para reforzarlas, de cara a las manifestaciones. También se consideró relevante la información acerca de una campaña tendiente a evitar que se informara respecto de ciertos hechos y castigar a quienes lo hicieran⁵⁵.

- En la situación de Costa de Marfil se consideró que el círculo íntimo del expresidente Gbagbo y las fuerzas pro-Gbagbo habrían conformado una organización para los efectos del art. 7.2.a) ER, y que habrían adoptado una política de llevar adelante ataques violentos contra sus oponentes en la elección presidencial de 2010, buscando retener el poder por todos los medios⁵⁶. Asimismo, se consideró que la política debe haber sido implementada por la conducta del Estado o de la organización⁵⁷. En la misma situación se consideró que la naturaleza de los actos, lo que se perseguía con ellos, la población que fue objeto del ataque y la cronología y lugares de los eventos relevantes hacen que esos múltiples actos, apreciados colectivamente, expresen una línea de conducta y se consideren cometidos como parte del ataque, en el sentido del art. 7.1 ER⁵⁸.
- En la situación de Burundi se consideró que existió una política estatal consistente en suprimir visiones disidentes y opositoras al tercer periodo presidencial del presidente Nkurunziza⁵⁹.
- En un caso de la situación concerniente a Mali se determinó que los grupos armados organizados, en el sentido del derecho internacional humanitario, cumplen con las características de una organización de la que puede emanar una política relevante para crímenes de lesa humanidad⁶⁰, y que tal política estaría definida, en Mali, por la voluntad de los grupos armados de imponerse a la población, lo mismo que imponer a la población el orden religioso que pretendían favorecer. Para ello, se habría seguido un patrón regular consistente en aplicar reglas, prohibiciones y castigos, dirigidas con particular estrictez a mujeres y niñas⁶¹. En Mali, el ataque contra una población civil se dio en un ambiente en el que -a pretexto de mantener el orden público- la policía islámica podía infligir castigos considerados menores, sin intervención de un tribunal, para reprimir comportamientos que

⁵⁴ CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 31 ; CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/11, p. 4; CPI, 18.4.2013, N° ICC-01/11-01/13, pfo. 5 y ss.

⁵⁵ CPI, 27.6.2011, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 28-30.

⁵⁶ CPI, 16.11.2011, N° ICC-02/11, pfo 5 ; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 46-47; CPI, 29.2.2012, N° ICC-02/11-01/12, pfo. 6; CPI, 2.3.2012, N° ICC-02/11-01/12, pfo. 20 y 21 ; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 211 y 218.

⁵⁷ CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 37.

⁵⁸ CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 212.

⁵⁹ CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 48.

⁶⁰ CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 59 ; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 172.

⁶¹ CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 60.

considerara desviados, y prevenir su repetición. Allí la cronología de los eventos, la toma de un poblado por la fuerza, la creación de nuevos órganos, los distintos aspectos de la política de los grupos y su implementación sistemática mostrarían la existencia de un vínculo entre los distintos actos que hacen que se trate de una línea de conducta⁶².

II. EL CARÁCTER GENERALIZADO O SISTEMÁTICO DEL ATAQUE

El requisito de que se trate de un ataque generalizado o sistemático es consuetudinario y estatutario (art. 7.1 ER), y se reafirma en los EC para el art. 7, introducción, pfo. 3.

1. *Criterios abstractos en las resoluciones de la Corte Penal Internacional*

Existe consenso en que con este requisito disyuntivo se busca excluir actos cometidos aisladamente o hechos ocurridos al azar de la noción de crímenes de lesa humanidad⁶³.

a) Ataque generalizado

Se ha entendido que el término “generalizado” caracteriza un ataque a gran escala, que está dirigido contra un gran número de personas⁶⁴. Puede tratarse de un ataque llevado adelante en un área geográfica extendida o en un área geográfica pequeña contra un gran número de civiles⁶⁵. Un ataque podría ser generalizado ya sea por el efecto acumulativo de varios actos inhumanos o por el efecto de un acto inhumano singular de extraordinaria magnitud⁶⁶. En particular desde 2010 se viene poniendo de relieve que para la caracterización de un ataque como generalizado deben considerarse todos

⁶² CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 344. La descripción de los hechos del ataque se encuentra entre los pfos. 175, 269-329 y 339-349.

⁶³ CPI, 30.9.2008, Confirmation charges Katanga/Ngudjolo Chui, pfo. 394, con más referencias; CPI, 31.3.2010, Authorization investigation Kenya, pfo. 94, con más referencias; CPI, 23.1.2012, Confirmation charges Muthaura/Kenyatta/Ali, pfo. 109.

⁶⁴ CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 394, con más referencias; CPI, 15.7.2009, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 83; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 1.3.2012, N° ICC-02/05-01/12, pfo. 62; CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1123; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 53, con más referencias; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 163; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 222; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 691; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

⁶⁵ CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 395; CPI, 15.7.2009, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 83, con más antecedentes; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 53, con más antecedentes; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 109.

⁶⁶ CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 95, con más referencias; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 49; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 1.3.2012, N° ICC-02/05-01/12, pfo. 51.

los hechos relevantes del caso, no exclusivamente datos cuantitativos o geográficos⁶⁷. La duración temporal del ataque no tendría, en todo caso, impacto en esta parte del análisis⁶⁸.

Las características de “masivo, frecuente, llevado adelante con seriedad considerable y dirigido contra multiplicidad de víctimas” serían necesarias, de acuerdo con un grupo de resoluciones, para que el ataque sea generalizado⁶⁹, mientras que en otras resoluciones, en general más recientes, se considera que estas características pueden estar presentes como factores relevantes a esa determinación, sin que se trate sin embargo de requisitos⁷⁰.

b) Ataque sistemático

Existe consenso en las resoluciones respecto de que el término “sistemático” refleja la naturaleza organizada de los actos de violencia, y la improbabilidad de su ocurrencia al azar⁷¹. Esta caracterización a menudo se expresa en la existencia de patrones criminales, evidenciados por la repetición no accidental, de conducta criminal similar, con regularidad⁷². Se ha entendido que el ataque es sistemático si se puede establecer que existe un *modus operandi*, o si reiteradamente se lleva adelante la misma clase de conductas

⁶⁷ CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 95; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 53; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 1.3.2012, N° ICC-02/05-01/12, pfo. 51; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 163; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 222; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 691.

⁶⁸ CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 163; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

⁶⁹ CPI, 6.7.2007, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 33 ; CPI, 6.7.2007, N° ICC-01/04-02/07, pfo. 34 ; CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 51 ; CPI, 10.6.2008, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 33 ; CPI, 15.7.2009, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 83; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 95, con más referencias; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 53, con más referencias; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 49; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 9 ; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 222. En el caso contra Ruto y Sang se estimó que esas características concurrían, lo que haría que hubiera motivos fundados para creer que el ataque había sido generalizado CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-01/11, pfo. 176.

⁷⁰ CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 691; CPI, 21.3.2016, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 163; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

⁷¹ CPI, 27.4.2007, N° ICC-02/05-01/07, pfo. 62 ; CPI, 6.7.2007, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 33 ; CPI, 6.7.2007, N° ICC-01/04-02/07, pfo. 34 ; CPI, 10.6.2008, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 33 ; CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 397; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 96; CPI ; 27.1.2011, N° ICC-01/04-01/10-11-Red2, pfo. 91 ; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 54, con más referencias; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 49; CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-01/11, pfo. 179; CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 9 ; CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1098, 1111 y 1123; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 209, 223; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 692; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

⁷² CPI, 30.9.2008, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 397; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 96, con más referencias; CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 45, con más antecedentes; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 49; CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 31 ; CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1123; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 209 y 223; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 692; CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 143; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

tendientes a la misma clase de efectos en la población civil objeto del ataque⁷³. También se ha señalado que la existencia de una política del Estado o de la organización es un elemento a partir del cual se puede inferir el carácter sistemático del ataque⁷⁴.

2. *Situaciones y casos concretos*

- En la situación de Darfur (Sudán), se entendió que el ataque era generalizado, pues habría afectado, por lo menos, a centenares de miles de personas y habría tenido lugar en grandes porciones del territorio de la región de Darfur; siendo además de sistemático, pues los actos de violencia de que se trata se habrían inscrito, en gran medida, en una serie de actos análogos⁷⁵, que habrían seguido un patrón similar, extendiéndose por más de cinco años⁷⁶. Además, se consideró relevante que se habría seguido una estrategia unificada a nivel nacional, con una estructura para organizar el quehacer de las Fuerzas Armadas sudanesas, la policía y los demás grupos encargados de ejecutar el ataque⁷⁷.
- Un ataque relevante puede tener, a saber, una duración de dos meses (Kenia)⁷⁸, algo más de seis meses (Libia)⁷⁹ u 8 meses (Mali)⁸⁰. Se considera que los crímenes se han cometido por un periodo extendido de tiempo (indicio de un ataque generalizado y sistemático) cuando este comprendió entre abril de 2012 y enero de 2013⁸¹.
- Se considera que el área geográfica comprendida por dos distritos de una provincia de Kenia, constituyen un área geográfica amplia. Se atiende además al número de personas que han sido sujetos pasivos de delitos (más de 237 muertes, más de 505 heridos, más de 500 personas desplazadas, viviendas y negocios saqueados y quemados) para establecer el carácter generalizado del ataque⁸².
- En la sentencia del caso Katanga (RDC), la Sala de Primera Instancia (SPI) II ha dicho que el análisis del carácter sistemático de un ataque va más allá de la existencia de una política. Se explicitó que para caracterizar un ataque como sistemático se requeriría probar la existencia de un patrón de conducta o la existencia de una comisión continua o recurrente de hechos vinculados entre sí, que no sería necesario probar para dar por establecida la sola existencia de una política, que

⁷³ CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1113; CPI, 8.7.2019, N° ICC-01/04-02/06, pfos. 693, 695.

⁷⁴ CPI, 27.4.2007, N° ICC-02/05-01/07, pfo. 62; CPI, 10.6.2008, N° ICC-01/05-01/08, pfo. 33; CPI, 13.7.2012, N° ICC-01/04-02/06, pfo. 9; CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09, pfo. 96, con más referencias.

⁷⁵ CPI, 4.3.2009, N° ICC-02/05-01/09 (*arrest warrant*), p. 5.

⁷⁶ CPI, 4.3.2009, N° ICC-02/05-01/09 (art. 58), pfo. 85.

⁷⁷ CPI, 27.4.2007, N° ICC-02/05-01/07, pfo. 65-66.

⁷⁸ CPI, 31.3.2010, N° ICC-01/09; pfo. 131.

⁷⁹ CPI, 18.4.2013, N° ICC-01/11-01/13, pfo. 5.

⁸⁰ CPI, 8.11.2019, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 344.

⁸¹ CPI, 27.3.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 11.

⁸² CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/12-01/18, pfos. 177, 178.

- por su parte requeriría solamente probar que el Estado o la organización tenían la voluntad de que se cometiera un ataque contra una población civil⁸³.
- En la situación de Costa de Marfil se consideró que el ataque tuvo una gran escala y fue por lo mismo generalizado de acuerdo con el art. 7.1 ER, considerando el efecto acumulativo de varios actos de violencia, porque involucró un gran número de actos; apuntó y victimizó a un número significativo de individuos; se extendió por un periodo de más de cuatro meses; y afectó a toda una ciudad de más de tres millones de habitantes. Además, el ataque habría sido también sistemático porque habría evidencia de preparativos y se habría tratado de un ataque coordinado y planificado, obediéndose además patrones de violencia⁸⁴.
 - En la situación de Mali se estimó que el carácter generalizado y sistemático del ataque se demostró, entre otros factores, por el periodo extendido en el que se cometieron los crímenes, el alto número de víctimas, los medios empleados para cometer los crímenes, las estructuras establecidas en fomento de su comisión, y la existencia de un patrón general en el modo de cometerlos⁸⁵. Para valorar el carácter sistemático del ataque, se consideró que la promulgación de prohibiciones fue sistemática, y que habría existido un *modus operandi* violento, además de una organización estructurada para llevar a cabo el ataque⁸⁶.

III. RESPECTO DE LOS HALLAZGOS

La principal novedad del ER en cuanto a la descripción del ataque contra una población civil es que cuenta con una definición de ataque en el art. 7.2 ER, que incluye a una política como uno de sus elementos⁸⁷. Hasta entonces, el plan o política se consideraban indiciarios del carácter sistemático del ataque⁸⁸. Está vastamente documentado que la inclusión del 7.2 ER se decidió en las negociaciones, a cambio de mantener en el enunciado principal del art. 7.1 ER la tradicional conjunción disyuntiva “o”, que exige solo una de las características (generalizado o sistemático) del ataque para que este sea típico⁸⁹.

A partir de lo reseñado en los apartados anteriores puede afirmarse que no se ha superado el problema, identificado a más tardar a partir de la resolución que denegó confirmar los cargos en el caso Mbarushimana, de que existe una tendencia importante

⁸³ CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1113.

⁸⁴ CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfos. 224 y 225. Vid también CPI, 23.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 5; CPI, 30.11.2011, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 54; CPI, 29.2.2012, N° ICC-02/11-01/12, pfo. 6 y CPI, 15.11.2011, N° ICC-02/11, pfo. 62.

⁸⁵ CPI, 27.3.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfo. 11.

⁸⁶ CPI, 22.5.2018, N° ICC-01/12-01/18, pfos. 63-65.

⁸⁷ Con más antecedentes, HALL *et al.*, 2016, 244.

⁸⁸ TPIY, 12.6.2002, IT-96-23&IT-96-23/1-A, pfo. 98.

⁸⁹ Con más antecedentes, WERLE y JESSBERGER, 2017, p. 566.

dentro de las resoluciones de la CPI en cuanto a confundir lo que ha de comprobarse para satisfacer el elemento político con lo que ha de satisfacerse para entender que el ataque ha tenido carácter sistemático. Eso acarrea problemas tanto en lo concerniente a la interpretación sistemática de las disposiciones del ER como en lo relativo a una sobreexigencia en cuanto a la tipicidad de la conducta, al exigirse, en la práctica, la sistematicidad del ataque en todos los casos, cuando en el tipo esa característica se ha tratado invariablemente como una alternativa al carácter generalizado del ataque⁹⁰. Lo anterior puede aseverarse pues, a pesar de los esfuerzos en distinguir, los hechos y las consideraciones en las que se basan las decisiones coinciden respecto del elemento político y la característica de sistematicidad. Estos esfuerzos en distinguir han existido tanto por parte de la doctrina⁹¹ como por parte de la CPI. En las resoluciones de la CPI, si se compara las primeras con las más recientes, se puede constatar que en ellas se ha llegado a estandarizar una estructura de contenidos, en la que hoy se suele distinguir –incluso con epígrafes distintos– entre la política del Estado o de la organización que engarza a esos actos como una línea de conducta (incluyendo allí la identificación de la población civil atacada) y el carácter sistemático o generalizado del ataque. Con todo, lo que se examina en ambos apartados suele no ser distinguible, a pesar de intentos de explicación⁹². De hecho –como se ha reseñado *supra*– se ha seguido utilizando el criterio (asentado desde los tribunales *ad hoc*) de acuerdo al cual el hecho de que se haya seguido un plan o política constituye un indicio de la sistematicidad del ataque⁹³, o se ha dicho que, si bien una política no necesariamente equivale a un plan, en los hechos ambos pueden superponerse⁹⁴, o que ambos se refieren a un cierto nivel de planificación del ataque⁹⁵.

Acaso tenga que llegar a conocimiento de las Salas algún caso de crímenes de lesa humanidad en los que no se considere existente el carácter sistemático del ataque, pero sí la política, para poder apreciar con nitidez cómo esa diferencia queda reflejada en la práctica. Por ahora, eso parece ser un empeño que ha resultado mejor en la doctrina y en la estructura formal que en el fondo de las resoluciones de la CPI.

CONCLUSIONES

Tanto en el ER como en los EC se encuentran descripciones de lo que se entiende por ataque contra una población civil, sus elementos y características. Para el ejercicio de su interpretación es correcto valerse de las resoluciones de la CPI, como medio de determinación de reglas, junto con la doctrina. En este empeño, no debe olvidarse que la CPI fue creada para ejercer jurisdicción sobre los crímenes más graves de trascendencia

⁹⁰ Sobre eso, a saber, ROBINSON 2015, pp. 705 y ss.

⁹¹ A saber, ROBINSON 2015, pp. 705 y ss., en especial 714.

⁹² CPI, 7.3.2014, N° ICC-01/04-01/07, pfo. 1113; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 216.

⁹³ Tal criterio es resaltado por SAFFERLING, 2011, p. 193, con más referencias.

⁹⁴ CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-01/11, pfos. 209 y 212.

⁹⁵ CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 216.

internacional, en situaciones de excepción, y no para conocer de todas las conductas punibles de acuerdo con el derecho internacional. Por eso, lo que resulta de la revisión de resoluciones que se ha presentado no tiende a determinar estándares mínimos para la punibilidad de las conductas, sino —antes bien— a mostrar lo decidido respecto de los más graves crímenes contra el derecho internacional.

Algunos criterios generales de interpretación han mostrado constancia en el tiempo, de modo que incluso las mismas Salas de la CPI los califican como establecidos (*established case law of the Court*)⁹⁶. Así ocurre, a saber, con los siguientes:

- El entendimiento del ataque como una campaña u operación dirigida contra una población civil, que puede estar constituido por cualquier forma de violencia contra ella.
- La comprensión de que la multiplicidad de actos del art. 7.1 ER que lo constituyen han de ser más de “algunos” o “varios”, sin que esto imponga una cantidad mínima para cada forma de cometer crímenes de lesa humanidad.
- La comprensión de una población como un colectivo que se distingue del resto de las personas por algún factor cualquiera, y que tiene que ser ella el objeto no incidental del ataque.
- La aplicación de las normas del derecho internacional humanitario para determinar el carácter civil de una población en caso de conflicto armado.
- La afirmación de que la política no necesariamente debe ser explícita, sino que su existencia puede ser inferida de una serie de factores, y que ella puede emanar de cualquier organización que disponga de la capacidad necesaria para llevar adelante un ataque, promoverlo o apoyarlo.
- El entendimiento de que, para ser parte de una línea de conducta, los actos han de llevarse adelante deliberadamente de acuerdo con la política, sin que sea necesario que hayan sido motivados por ella.
- La necesidad de considerar todos los hechos para valorar un ataque como generalizado, sin limitarse necesariamente a datos cuantitativos o geográficos, que sin embargo suelen ser suficientes para dar cuenta de la escala de la situación.
- La determinación de que un factor relevante al momento de valorar un ataque como sistemático es la repetición de conductas criminales que guarden ciertas similitudes entre sí, con una regularidad que haga improbable su atribución al azar.

En las situaciones y casos, puede notarse que los hallazgos siguen la línea de los criterios generales recién reseñados.

Resulta destacable que si bien hay esfuerzos por diferenciar el elemento político del carácter sistemático del ataque a la hora de abordar su análisis —en el sentido de expresar que el primero es menos exigente que el segundo— no acaba este de ser un

⁹⁶ También “*The established jurisprudence of the Court*”. CPI, 23.1.2012, N° ICC-01/09-02/11, pfo. 109; CPI, 12.6.2014, N° ICC-02/11-01/11, pfo. 215 ; CPI, 9.11.2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017, pfo. 32; CPI, 14.11.2019, N° ICC-01/19, pfo. 63.

asunto plenamente logrado en el conjunto de resoluciones, ni tampoco en todas las más recientes. Esto puede deberse en parte a que los factores que se enumeran como relevantes para inferir a partir de ellos la existencia de una política coinciden vastamente con características que, de existir, hacen que el ataque pueda entenderse como uno sistemático. Seguramente será este uno de los asuntos que –junto con otros– se desarrollarán más en resoluciones posteriores de esta todavía joven jurisdicción penal internacional permanente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALIJA Fernández, Rosa Ana y SAURA ESTAPÀ, Jaume, 2016: "Towards a Single and Comprehensive Notion of 'Civilian Population' in Crimes against Humanity", *International Criminal Law Review* vol. 16, pp. 1-31.
- BELTRÁN Carpentier, Pablo, 2013: "Requisitos comunes a todo crimen de lesa humanidad". En: Claudia Cárdenas Aravena y Karinna Fernández Neira (editoras), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*, Santiago, Thomson Reuters, Santiago, pp. 49-59.
- EBOE-OSUJI, Chile, 2008: "Crimes Against Humanity: Directing Attacks Against A Civilian Population", *African Journal of Legal Studies*, pp. 118-129.
- HALL, Christopher Keith *et al.*, 2016: "Article 7". En: Kai Ambos y Otto Triffterer (editores), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court*, 3ra edición, Munich, Beck-Hart-Nomos, pp. 144-294.
- NACIONES Unidas, Texto del proyecto de artículos sobre los crímenes de lesa humanidad aprobado por la Comisión en primera lectura, disponible en UN Doc. A/72/10 ><https://legal.un.org/ilc/reports/2017/spanish/chp4.pdf><.
- RASTAN, Rod, 2013: "Situación y caso, definiendo los parámetros". En: Claudia Cárdenas Aravena y Karinna Fernández Neira (editoras), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*, Santiago, Thomson Reuters, Santiago, pp. 209-251.
- ROBINSON, Darryl, 2015: "Crimes against Humanity. A Better Policy on 'Policy'", en Carsten Stahn (editor), *The Law and Practice of the International Criminal Court*, Oxford, Oxford University Press, pp. 705-731.
- SADAT, Leila Nadya, 2017, "Putting Peacetime First: Crimes against Humanity and the Civilian Population Requirement", *Emory International Law Review* vol. 31, pp. 197-269.
- VV.AA. Journal of International Criminal Justice, Volume 16, Issue 4, September 2018, Special Issue: Laying the Foundations for a Convention on Crimes Against Humanity.
- SAFFERLING, Christoph, 2011: *Internationale Strafrecht*, Heidelberg: Springer.
- WERLE, Gerhard y BURGHARDT, Boris, 2013, "¿Requieren los crímenes de lesa humanidad de la participación de un Estado o de una organización 'cuasiestatal'?" En: Claudia Cárdenas Aravena y Karinna Fernández Neira (editoras), *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años: un enfoque práctico*, Santiago, Thomson Reuters, Santiago, pp. 289-309.
- WERLE, Gerhard y JESSBERGER, Florian, 2017, *Tratado de Derecho Penal Internacional* (3ra ed.), Valencia, Tirant lo Blanch.

Fuentes jurídicas y resoluciones judiciales citadas

DECISION on the Prosecutions Application under article 58(7) of the Statute, de fecha 27 de abril de 2007, N° ICC-02/05-01/07.

- CPI, SCP I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Germain Katanga, de fecha 6 de julio de 2007, N° ICC-01/04-01/07.
- CPI, SCP I, Decision on the evidence and information provided by the Prosecution for the issuance of a warrant of arrest for Mathieu Ngudjolo Chui, de fecha 6 de julio de 2007, N° ICC-01/04-02/07.
- CPI, SCP III, Decision on the Prosecutor's Application for a Warrant of Arrest against Jean-Pierre Bemba Gombo, de fecha 10 de junio de 2008, N° ICC-01/05-01/08.
- CPI, SCP I, Decision on the confirmation of charges, de fecha 30 de septiembre de 2008, N° ICC-01/04-01/07.
- CPI, SCP I, Public Redacted Version Decision on the Prosecution's Application for a Warrant of Arrest against Omar Hassan Ahmad Al Bashir, de fecha 4 de marzo de 2009, N° ICC-02/05-01/09.
- CPI, SCP I, Orden de detención de Omar Hassan Ahmad Al Bashir, de fecha 4 de marzo de 2009, N° ICC-02/05-01/09.
- CPI, SCP II, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute on the Charges of the Prosecutor Against Jean-Pierre Bemba Gombo, de fecha 15 de julio de 2009, N° ICC-01/05-01/08.
- CPI, SCP II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Kenya, de fecha 31 de marzo de 2010, N° ICC-01/09.
- CPI, SCP II, Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 as to William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, de fecha 15 de diciembre de 2010, N° ICC-01/09.
- CPI, SCP I, Public Redacted Version Prosecution's Application under Article 58, de fecha 27 de enero de 2011, N° ICC-01/04-01/10-11-Red2.
- CPI, SCP II, Public redacted version Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, de fecha 13 de junio de 2011, N° ICC-01/04-02/06.
- CPI, SCP I, orden de detención de Saif Al-Islam Qadhafi, de fecha 27 de junio de 2011, N° ICC-01/11.
- CPI, SCP III, Corrigendum to "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Republic of Côte d'Ivoire", de fecha 15 de noviembre de 2011, N° ICC-02/11.
- CPI, SCP III, Orden de detención de Laurent Koudou Gbagbo, de fecha 23 de noviembre de 2011, N° ICC-02/11.
- CPI, SCP III, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Laurent Koudou Gbagbo, de fecha 30 de noviembre de 2011, N° ICC-02/11-01/11.
- CPI, SCP I, Decision on the confirmation of charges, de fecha 16 de diciembre de 2011, N° ICC-01/04-01/10.
- CPI, SCP II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, de fecha 23 de enero de 2012, N° ICC-01/09-02/11.
- CPI, SCP II, Decision on the Confirmation of Charges Pursuant to Article 61(7)(a) and (b) of the Rome Statute, de fecha 23 de enero de 2012, N° ICC-01/09-01/11.
- CPI, SCP III, Warrant of Arrest for Simone Gbagbo, de fecha 29 de febrero de 2012, N° ICC-02/11-01/12.
- CPI, SCP I, Public redacted version of "Decision on the Prosecutor's application under article 58 relating to Abdel Raheem Muhammad Hussein", de fecha 1 de marzo de 2012, N° ICC-02/05-01/12.
- CPI, SCP III, Decision on the Prosecutor's Application Pursuant to Article 58 for a warrant of arrest against Simone Gbagbo, de fecha 2 de marzo de 2012, N° ICC-02/11-01/12.

- CPI, SCP II, Public redacted version Decision on the Prosecutor's Application under Article 58, de fecha 13 de julio de 2012, N° ICC-01/04-02/06.
- CPI, SCP II, Warrant of Arrest for Al-Tuhamy Mohamed Khaled, de fecha 18 de abril de 2013, N° ICC-01/11-01/13.
- CPI, SCP II, Judgment pursuant to article 74 of the Statute Katanga, de fecha 7 de marzo de 2014, N° ICC-01/04-01/07.
- CPI, SCP I, Decision on the confirmation of charges against Laurent Gbagbo, de fecha 12 de junio de 2014, N° ICC-02/11-01/11.
- CPI, SCP III, Judgment pursuant to article 74 of the Statute, de fecha 21 de marzo de 2016, N° ICC-01/05-01/08.
- CPI, SCP III, Public Redacted Version of "Public Redacted Version of "Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorization of an Investigation into the Situation in the Republic of Burundi", de fecha 9 de noviembre de 2017, N° ICC-01/17-X-9-US-Exp, 25 October 2017.
- CPI, SCP I, Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, de fecha 27 de marzo de 2018, N° ICC-01/12-01/18.
- CPI, SCP I, Decision on the Prosecutor's Application for the Issuance of a Warrant of Arrest for Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, de fecha 22 de mayo de 2018, N° ICC-01/12-01/18.
- CPI, SCP II, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the Islamic Republic of Afghanistan, de fecha 12 de abril de 2019, N° ICC-02/17.
- CPI, SCP IV, Judgment Bosco Ntaganda, de fecha 8 de julio de 2019, N° ICC-01/04-02/06.
- CPI, SCP I, Rectificatif à la Décision relative à la confirmation des charges portées contre Al Hassan Ag Abdoul Aziz Ag Mohamed Ag Mahmoud, de fecha 8 de noviembre de 2019, N° ICC-01/12-01/18.
- CPI, SCP III, Decision Pursuant to Article 15 of the Rome Statute on the Authorisation of an Investigation into the Situation in the People's Republic of Bangladesh/Republic of the Union of Myanmar, de fecha 14 de noviembre de 2019, N° ICC-01/19.
- ESTATUTO de Roma de la CPI, adoptado el 17 de julio de 1998.
- ELEMENTOS de los Crímenes de la CPI, en el periodo de sesiones de la Asamblea de Estados Partes 3 a 10 de septiembre de 2002 (ICC-ASP/1/3 y Corr. 1), parte II.B y en la Conferencia de Revisión de 31 de mayo a 11 de junio de 2010 (RC/11), parte II.
- ESTATUTO de la Corte Internacional de Justicia, aprobado como anexo de la Carta de Naciones Unidas el 26 de junio de 1945.
- PROTOCOLO Adicional I a los Convenios de Ginebra de 1949, relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, aprobado el 8 de junio de 1977.
- TRIBUNAL Penal Internacional para la ex-Yugoslavia, Judgement, de 12 de junio de 2002, IT-96-23&IT-96-23/1-A.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Beneficios tributarios y analogía *in bonam partem* ¿Interpretación de textos normativos o conflicto de principios constitucionales? (Corte Suprema)

*Comentario de Hugo Osorio Morales**

Santiago, dos de mayo de dos mil diecinueve.

[...]

QUINTO: Que, en lo sustancial, la discusión de autos gira en torno a la correcta inteligencia del precepto contenido en el artículo 1° de la Ley N° 20.732, de 2014, pues mientras la actora alega que cumpliría con el requisito establecido en el numeral 6 de dicha disposición y, por tanto, es beneficiaria de la rebaja correspondiente al impuesto territorial, la recurrida sostiene que cualquier contribuyente que desee acogerse a la rebaja tributaria en comento, debe cumplir con todos y cada uno de los requisitos establecidos por la norma, de manera que si falta cualquiera de ellos, la solicitud debe ser desestimada sin más trámite.

SEXTO: Que, para resolver, resulta útil acudir a la historia fidedigna de la Ley N° 20.732. Según se desprende del mensaje con que el ejecutivo de la época acompañó el proyecto de ley sometido a la consideración del Parlamento, su propósito fundamental fue beneficiar a *“aquellos adultos mayores que se encuentren en situación de vulnerabilidad económica, complementando así los otros mecanismos y herramientas a las que nos hemos referido que ha implementado nuestro Gobierno en directo beneficio de los más necesitados (...) y que el Impuesto Territorial es un impuesto al patrimonio de una persona y no a sus ingresos, lo que lo hace un impuesto especialmente gravoso para quienes se encuentran en una etapa avanzada de su vida, durante la cual obtienen ingresos bajos y al mismo tiempo experimentan un alza en los gastos propios de su edad. En razón de lo anterior, se viene en proponer una rebaja del Impuesto Territorial respecto de propiedades raíces de adultos mayores vulnerables desde un punto de vista económico. El beneficio consiste en la disminución*

* Abogado, *Master of International Taxation, The University of Sydney*; Magíster en Tributación, Facultad de Economía, Universidad de Chile. Juez Tributario y Aduanero de la Región de Los Ríos. Profesor de Economía y de Derecho Tributario de la Universidad Austral. ORCID: <http://orcid.org/0000-0002-8918-4170>. Correo electrónico: hugo.osorio.morales@gmail.com.

Una versión previa de este trabajo se presentó en el marco de la asignatura “Conflictos Constitucionales”, en el Doctorado en Derecho de la Universidad Austral de Chile. Agradezco los comentarios del doctor Marcos Andrade y las aclaraciones y observaciones del doctor Álvaro Núñez.

del Impuesto Territorial que deben pagar los adultos mayores hasta el equivalente al 10% de sus ingresos, cumpliendo con los requisitos contemplados al efecto”.

SÉPTIMO: Que, si bien el inciso primero del artículo 1º de la Ley Nº 20.732 señala que los requisitos allí enunciados deben cumplirse de manera copulativa, esta última expresión no debe ser interpretada desde una perspectiva formalista y literal, toda vez que la interpretación del Derecho y de la ley en particular, constituye una actividad compleja en la que confluyen una serie de elementos, métodos y criterios hermenéuticos que, en su conjunto, permiten al intérprete —en este caso al juzgador— determinar el correcto sentido y alcance de la formulación normativa. Así, en la doctrina nacional se ha sostenido que: “*Savigny distingue cuatro elementos de interpretación. El elemento gramatical, el elemento lógico, el elemento histórico y el elemento sistemático. Dichos elementos no son cuatro clases de interpretación, entre las cuales cada uno pueda escoger según su gusto; son cuatro actividades que deben actuar juntas si la interpretación ha de acertar*” (Barría Paredes, Manuel, “El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional”, *Ars Boni et Aequi*, 2017, vol. 7, No. 2, página 259). Por su parte, el destacado jurista genovés Riccardo Guastini señala: “*La interpretación judicial, por el contrario, puede ser caracterizada como una interpretación orientada a los hechos, en el sentido que el punto de partida de la interpretación judicial no es tanto el texto normativo cuanto un particular supuesto de hecho o controversia, que hay que solucionar. Los jueces, en realidad, no se preguntan cuál es el significado de un texto normativo en abstracto, sino que se preguntan si un supuesto de hecho cae o no dentro del campo de aplicación de una cierta norma. Dicho en otros términos el juez no puede limitarse a la interpretación textual. La aplicación del derecho requiere conjuntamente: (a) la interpretación de la fuente, y (b) la calificación del supuesto de hecho. A su vez, la calificación del supuesto de hecho presupone (c) la subsunción de los hechos en la causa*” (Guastini, Riccardo, *Le fonti del diritto, e l’interpretazione*, Milano, Giuffrè, 1993, página 342).

Así las cosas, puede afirmarse que la interpretación judicial es una actividad que no puede ser reducida a la mera elucidación del sentido gramatical de una palabra contenida en un texto legal, considerada ésta de manera aislada, sino que han de seguirse otras pautas, cánones o criterios que, en su conjunto, deben guiar al intérprete en la búsqueda del genuino sentido y alcance de la disposición. El resultado de la interpretación, así concebido, es la “norma”, cuestión que supone diferenciar entre la formulación normativa (el texto) y la norma propiamente tal (el producto de la interpretación).

OCTAVO: Que, de lo expuesto en los motivos anteriores, se desprende que es la recurrente quien acierta en la interpretación del sentido y alcance de la disposición contenida en el artículo 1º de la Ley Nº 20.732, pues de la historia fidedigna del establecimiento de la ley queda claro que la intención del legislador y la *ratio legis* que impulsa a la normativa no es otra que beneficiar a los adultos mayores en situación de vulnerabilidad económica, precisamente en aquella etapa vital en que los recursos suelen ser escasos y las necesidades múltiples, siendo del caso añadir que la medida en comento forma parte de una política pública más amplia, que busca beneficiar a los adultos mayores como un reconocimiento al aporte que realizan en la sociedad.

En esta dirección, para gozar de la rebaja del impuesto territorial contemplada en el artículo 1° de la Ley N° 20.732, no es necesario que el contribuyente cumpla simultáneamente con los requisitos contenidos en los numerales 5 y 6 de la señalada disposición, pues es suficiente con que cumpla cualquiera de ellos, alternativamente. En la especie, es un hecho no controvertido que la actora cumple con el requisito contenido en el numeral 6 del señalado artículo 1°, pues como consta en el informe técnico N° 703, de 30 de octubre de 2018, del Servicio de Impuesto Internos, las propiedades asociadas a la recurrente suman, al segundo semestre del año 2018, un monto de \$ 118.428.628, en circunstancias que su valor reajustado asciende a \$ 118.688.500.

NOVENO: Que, por todo lo razonado, esta Corte concluye que la recurrida [...] ha vulnerado la garantía de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad, consagrados en el artículo 19, Nos. 2 y 24 de la Carta Fundamental, cuestión que determina el rechazo del recurso de apelación deducido por la recurrida.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que dispone el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de tres de enero dos mil diecinueve, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago.

Regístrese y devuélvase.

Redacción a cargo del Ministro señor Blanco.

Rol N° 2765-2019.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Ricardo Blanco H., Sr. Arturo Prado P., Sra. Ángela Vivanco M. y el Abogado Integrante Sr. Diego Munita L. Santiago, 02 de mayo de 2019.

COMENTARIO

Antes de iniciar el comentario, es admisible algunas precisiones generales. El Impuesto Territorial es un tributo que se aplica sobre el valor fiscal de los inmuebles. Este valor se determina periódicamente por el Servicio de Impuestos Internos en procesos de reavalúos generales. En el caso de las propiedades habitacionales, la ley contempla un monto exento que supera el valor de la mayor parte de los predios. Así, en el caso del reavalúo del año 2018 —que acá interesa—, el 76,8% de los inmuebles habitacionales quedaron liberados. Lo anterior se explica tanto por el monto de la exención como por el hecho de que las tasaciones fiscales suelen ser sustancialmente inferiores al valor comercial de los predios. Es posible observar, por otra parte, que las sumas recaudadas por este tributo no se destinan al fisco, sino que a las municipalidades, constituyendo una de sus principales fuentes de financiamiento¹.

¹ El tributo se establece en la Ley 17.235, Sobre impuesto territorial, publicada el 10 de diciembre de 1969. Se reglamenta, además, en numerosas resoluciones e instrucciones administrativas. Un resumen general del resultado del proceso de reavalúo de inmuebles no agrícolas del año 2018, pertinente para el

El carácter patrimonial del Impuesto Territorial supone que su cuantía no depende directamente de los ingresos o rentas de los contribuyentes. Esto lleva a que, en ocasiones, personas que durante su vida laboral pudieron adquirir inmuebles de valor considerable, luego del retiro no tengan ingresos suficientes para hacer frente al tributo. En casos extremos, puede que necesiten vender los inmuebles para evitar su ejecución fiscal. En vista de lo anterior, la Ley 20.732 de 2014² estableció que los adultos mayores vulnerables solo pagarían por concepto de Impuesto Territorial una suma equivalente al 5% de sus ingresos. La ley precisó que, para acceder al beneficio, los contribuyentes debían cumplir en forma copulativa con diversos requisitos relativos a su edad, ingresos anuales, propiedad de los inmuebles, destino habitacional y valor. En particular, y con relación al valor del inmueble, la ley establece dos requisitos copulativos: que el avalúo del predio no supere los \$ 75.000.000 (\$ 89.016.375, en términos actualizados a la fecha que interesa), y que el avalúo del conjunto de los predios –en caso de que el contribuyente tenga más de uno– no debe supere los \$ 100.000.000 (\$ 118.688.500, actualizados).

En el caso que se comenta, la recurrente cumplió con todos los requisitos y gozó de la rebaja hasta el 2018. Sin embargo, el reavalúo de dicho año elevó la tasación fiscal de su predio principal a \$ 104.123.592, y el del conjunto de sus inmuebles a \$ 118.428.628. En consecuencia, habiendo superado el límite legal del valor individual –aunque no el global–, se le notificó que había perdido el beneficio. Frente a esto, la contribuyente presentó un Recurso de Protección ante la Corte de Apelaciones de Concepción, quien lo acogió. Luego de presentada la apelación por el Servicio de Impuestos Intentos, la Corte Suprema confirmó lo resuelto en la sentencia que se comenta, afirmando que la privación de la exención suponía una vulneración de las garantías constitucionales de igualdad ante la ley y derecho de propiedad.

La Corte Suprema argumenta que si bien la ley establece que el acceso al beneficio depende del cumplimiento copulativo de una serie de condiciones, y no obstante que efectivamente en la especie la recurrente no cumple con uno de ellos; una adecuada interpretación del texto legal aplicable permite concluir que solo se requiere el cumplimiento disyuntivo o alternativo de uno de los dos requisitos vinculados al valor de los predios. El fallo explica que se debe distinguir entre el texto legal y la norma que emana de él. Esta última se obtiene mediante un proceso interpretativo no necesariamente literal que, en este caso, debe considerar que la *ratio legis* y la intención del legislador es favorecer a los adultos mayores vulnerables. A su juicio, en el caso analizado tal vulnerabilidad existe. Por ello, concluye que aunque el valor del predio supera el límite individual, y debido a que la recurrente cumplió con el resto de los requisitos, ella tiene derecho a los beneficios previstos en la ley.

El razonamiento de la sentencia se sostiene en la idea de que existe una inconsistencia entre el resultado de aplicar la regla al caso concreto, y sus razones subyacentes. Estas últimas las reconstruye analizando la historia fidedigna de la ley. De esta forma

caso estudiado, se encuentra disponible en la página web institucional del Servicio de Impuestos Internos: http://www.sii.cl/destacados/reavaluo/2018/estadisticas_nacionales.pdf. [Fecha de consulta: 11.02.2020].

² Ley 20.732, Rebaja el impuesto territorial correspondiente a propiedades de adultos mayores vulnerables económicamente, publicada el 5 de marzo de 2014.

—sostiene el argumento—, si bien la disposición normativa identificó ciertas y determinadas circunstancias para resolver el caso, y dispuso el cumplimiento copulativo de todas ellas, no previó que podrían presentarse casos —como el presente— en donde la aplicación de la regla llevaría a resultados inadecuados. Es decir, la sentencia distingue entre dos tipos de intenciones legislativas: las de primer orden, recogidas en la regla, y que llevarían a excluir a la recurrente del beneficio; y las de segundo orden, que exigen una interpretación de mayor amplitud que considere la intención legislativa y la *ratio legis*, que llevarían a reconocerle el beneficio. En términos de Schauer, la sentencia afirma que la debida consideración de la justificación subyacente de la regla, permite concluir que ella resulta, en el caso analizado, subincluyente³.

La propuesta de la sentencia podría presentar, sin embargo, dos problemas.

(i) En primer lugar, no parece consistente ni con la historia fidedigna ni con la *ratio legis* de la norma. Es cierto que el objeto de la ley, como resulta evidente de su título, fue otorgar beneficios impositivos a los adultos mayores; pero es igualmente evidente que los beneficios no se otorgaron a todos ellos y que en la discusión legislativa se consideró con particular atención quiénes, entre el universo de adultos mayores, podrían acceder a la exención. En efecto, si se compara el mensaje del ejecutivo con la ley finalmente aprobada, se observa que durante la tramitación parlamentaria se introdujeron diversas modificaciones que buscaron materializar dos objetivos: primero, aumentar la cuantía de los beneficios; segundo, reducir el universo de los beneficiados⁴. En efecto, por una parte, se estableció que los beneficiados pagarían un máximo de solo 5% de sus rentas, y no 10%, como proponía el mensaje; pero, por la otra, el valor límite de los predios favorecidos se redujo a \$ 75.000.000, de los \$ 100.000.000 que proponía el mensaje⁵. La razón del segundo cambio se explicó claramente: quiso evitarse que el aumento de beneficios originara una menor recaudación que deteriorara los ingresos municipales⁶. Es importante destacar, además, que el límite de valor global de los inmuebles, a diferencia del individual, no se modificó. Esto es crucial para entender la forma en que los legisladores pretendieron materializar los objetivos mencionados. Porque, naturalmente, si concurren en la regla tributaria dos límites de valor, uno individual y otro global; la reducción de uno de ellos solo puede cumplir el objetivo de reducir el universo de beneficiarios —que es, como se acaba de ver, lo que expresamente se buscó— si su concurrencia es copulativa con el otro, como precisamente establece el texto normativo. Es decir, la sentencia no parece considerar que, para proteger los ingresos municipales, el legislador decidió aumentar la progresividad del tributo y reducir el universo de beneficiados, que

³ SCHAUER, Frederick, 2004: *Las Reglas en Juego. Un examen filosófico de la toma de decisiones basada en reglas en el derecho y en la vida cotidiana*, (trad. C. Orunesu y J. Rodríguez). Madrid: Marcial Ponds, pp. 79 ss.

⁴ El diputado Auth, entre otros, pidió hacer esfuerzos por aumentar la focalización del beneficio. Ver, historia fidedigna, p. 12. Historia de la Ley 20.732, pp. 16,17. Disponible en <https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/4355/> [Fecha de consulta: 11-02-2020].

⁵ Historia Fidedigna Ley N° 20.732, pp. 5, 6.

⁶ Todo ello tuvo en especial consideración que debían protegerse los ingresos municipales; los diputados Lorenzini y Jaramillo manifestaron preocupación por el punto. Historia Fidedigna Ley N° 20.732, p. 12.

ello se materializó rebajando los límites de tasación de los predios elegibles, y que todo ello se frustra si los requisitos se consideran en forma alternativa y no copulativa, como indica el texto de la norma.

(ii) El principal aspecto de interés de la sentencia, sin embargo, es que no parece abordar en su totalidad el problema jurídico que el caso presenta. Es efectivo que el beneficio en estudio puede originar, en ciertas hipótesis, resultados inadecuados; y es cierto que de ello se desprende la necesidad de acudir a un método que permita identificar tales casos y darles una respuesta apropiada. Pero para ello es suficiente, como se desprende del fallo, con interpretar un pasaje o expresión del texto normativo aplicable. Al contrario, parece necesario reconocer que, en la especie, se presenta un conflicto de principios constitucionales. No se trata de un conflicto entre reglas, porque en la especie existe solo una aplicable: la del artículo 1 de la Ley Nº 20.732. Tampoco se trata de un conflicto entre una regla y uno o más principios constitucionales, ya que su distinta estructura lógica hace imposible confrontarlos. Lo que existe –o podría existir– es un conflicto entre los principios constitucionales de los cuales la regla aplicable es una especificación, y otros principios constitucionales que se encuentran en tensión con ellos y que es necesario considerar⁷.

En los estados constitucionales de derecho las reglas deben adecuarse a la Constitución y, en consecuencia, su interpretación debe hacerse conforme con ella⁸. En el caso particular, la Corte entiende que ello se materializa velando con la debida coherencia entre la regla que establece los beneficios y los principios constitucionales que dicha regla materializa, y que la propia sentencia identifica: igualdad ante la ley y derecho de propiedad. Esto es razonable porque, efectivamente, la regla busca que las personas tributen de acuerdo con su capacidad contributiva. Pero, llegados a este punto, se observa que el análisis propuesto no se identifica y considera los otros principios constitucionales en juego.

En primer lugar, es necesario considerar el Principio de Legalidad Tributaria (art. 63 Nº 14, en relación con el art. 65 inc. 4º Nº 1 CPR), en sus dimensiones de reserva legal y tipicidad, que impide, o al menos restringe, la aplicación de analogías *in bonam partem*, como en los hechos la sentencia hace. En segundo lugar, se encuentra el principio de deferencia al legislador, tanto por razones democráticas como de competencia técnica. En efecto, en este caso la precisa extensión tanto del beneficio como del universo de beneficiados fueron objeto de un cuidadoso análisis, basado en informes técnicos que cuantificaban los costos asociados a cada una de las opciones disponibles. Se optó por aumentar los beneficios y reducir el número de beneficiados, en los precisos términos en que se hizo, porque los informes técnicos señalaban que de esta forma se compatibilizaban los objetivos de focalizar el beneficio, aumentar la progresividad del tributo, dar mayores beneficios a los adultos vulnerables y evitar el desfinanciamiento de los gobiernos locales. Si entre las diversas alternativas posibles, y luego de tal análisis, el órgano legislador escogió una de ellas, es necesario que el adjudicador considere y analice tal decisión.

⁷ Se trata, en términos de SCHAUER, de un conflicto externo. SCHAUER, 2004, ob. cit., pp.179 ss.

⁸ CELANO, Bruno, 2009: *Derecho, justicia y razones* (trad. A. Greppi y F. Laporta). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 256, 290.

Lo anterior no significa que en todos los posibles casos análogos al acá estudiado, deba imponerse la deferencia legislativa. No se propone que el principio de legalidad tributaria imponga una interpretación literal o formal que no considere las características del caso. Lo que se afirma es que, al abordar casos como el analizado, parece útil reconocer la existencia de un conflicto de principios constitucionales y la necesidad de ponderarlos; y que tal ponderación debe considerar todos los principios en conflicto y todas las posibilidades fácticas y jurídicas en juego⁹. En este sentido, por ejemplo, si en un caso análogo al acá discutido, un adulto mayor sufre una enfermedad terminal de alto costo, o existen otros antecedentes que dan cuenta de una alta vulnerabilidad o menor capacidad contributiva no reconocidos en la regla, ello ciertamente podría resultar relevante para la decisión que se adopte.

La sentencia omite el análisis ponderativo porque entiende que el caso puede resolverse mediante la interpretación de un texto normativo particular. El objeto de este comentario ha sido sugerir que este acercamiento podría ser insuficiente porque no considera todos los principios, hechos y políticas en juego. Ahora bien, y no obstante que estas notas no aspiran a proponer en detalle la argumentación ponderativa que sería deseable o conveniente, lo afirmando hasta acá permite adelantar algunas ideas generales.

En el caso concreto, los principios de Legalidad Tributaria y de deferencia legislativa sugieren respetar el carácter copulativo de los requisitos en el caso analizado. La discusión y decisión parlamentaria entendió que, si se querían aumentar los beneficios sin perjudicar el financiamiento municipal, era necesario reducir el universo de beneficiados. Los parlamentarios decidieron materializar tal reducción excluyendo del beneficio a aquellos contribuyentes que tuviesen predios de valor relativamente elevado y, en particular, con tasaciones entre el antiguo y el nuevo límite. Obviar esta reducción supone frustrar la decisión y *ratio* legal. En segundo lugar, si bien el valor global del conjunto de inmuebles de la recurrente se mantuvo marginalmente bajo el requisito legal (su tasación fue de \$ 118.428.628, mientras que el límite era de \$ 118.688.500); el inmueble principal superó ampliamente el límite individual (su tasación alcanzó a \$ 104.123.592, mientras que el límite era de \$ 89.0156.375). Esto sugiere que la contribuyente se encontraba fuera del universo que se buscaba beneficiar. Existe una tercera razón, esta vez pragmática, que refuerza lo anterior: la sentencia tiende a beneficiar a las personas con mayor acceso a los tribunales, que suelen ser aquellas con mayores recursos económicos. Esto tiende a reducir la progresividad del tributo y afectar la igualdad ante la ley.

La sentencia objeto de estos comentarios se aleja de las técnicas interpretativas formalistas, ampliamente dominantes en el ámbito impositivo nacional, proponiendo una lectura de mayor sofisticación que considere tanto los principios constitucionales como las peculiaridades fácticas en juego. Estos comentarios, aceptando tal invitación, sugieren la conveniencia de considerar todos los principios constitucionales y políticas públicas en juego, a la luz de los hechos particulares del caso.

⁹ ALEXY, Robert, 2013: *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. Carlos Bernal). Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 86.

La procedencia de una demanda laboral con una cuantía inferior a diez ingresos mínimos mensuales mediante procedimiento de aplicación general

*Comentario de Miguel Downey Rivera**

Santiago, cuatro de junio de dos mil diecinueve.

Vistos y teniendo presente:

PRIMERO: Que la abogada doña Gabriela Cisterna Orellana, en representación de don Eduardo Reina Encina, en autos sobre declaración de existencia de relación laboral, nulidad de despido y cobro de prestaciones, RIT 0-8118-2018, RUC 1840150717-1, seguidos ante el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, dedujo recurso de queja en contra de los ministros de la Corte de Apelaciones de esta ciudad, don Alejandro Rivera Muñoz, don Guillermo de la Barra Dunner, y el abogado integrante don Eduardo Gandulfo Ramírez, porque dictaron con falta y abuso grave la resolución de dieciocho de enero del año en curso que confirmó aquella de primera instancia que no dio curso a la demanda, por estimar que, atendida la cuantía de la contienda, debe tramitarse bajo las reglas del procedimiento monitorio, no cumpliéndose con el requisito de procesabilidad contemplado en el artículo 497 del Código del Trabajo.

Explica que la materia que se sometió a conocimiento del tribunal dice relación con la declaración de existencia de una relación laboral entre el demandante y un órgano del Estado, por lo que, independiente de la cuantía de lo disputado, el procedimiento que corresponde aplicar es el de aplicación general, tanto por la complejidad de la materia, como por el hecho de que no se trata del simple cobro de un crédito de naturaleza laboral, sin que sea necesario, por tanto, haber deducido reclamo previo ante la Inspección del Trabajo, como lo refiere la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago.

Refiere que la interpretación de la judicatura constituye un obstáculo al acceso a la justicia, dejando al demandante en la indefensión, al privarlo de un pronunciamiento de fondo sobre la relación jurídica que existió con el organismo demandado, que, a su juicio, se enmarca dentro de lo dispuesto en los artículos 7 y 8 del Código del Trabajo.

Solicita, en definitiva, se acoja el recurso por haberse cometido faltas o abusos graves en la dictación de la sentencia que se impugna, invalidándola, acogiendo la apelación y ordenando continuar con la tramitación del proceso.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6266-7298>. Correo electrónico: migueldowney@gmail.com.

SEGUNDO: Que, al evacuar el informe de rigor, los recurridos señalan que no existió falta o abuso grave en su actuar, pues se limitaron a confirmar la resolución de primera instancia que, atendido lo dispuesto en el artículo 496 del Código del Trabajo y la cuantía de lo solicitado en la demanda, concluyó que debía tramitarse bajo las reglas del procedimiento monitorio, y al no dar cumplimiento al requisito de procesabilidad contemplado en el inciso primero del artículo 497 del referido estatuto, resulta improcedente su tramitación.

TERCERO: Que el recurso de queja se encuentra contemplado en el Título XVI del Código Orgánico de Tribunales, que trata “De la jurisdicción disciplinaria y de la inspección y vigilancia de los servicios judiciales”, y está reglamentado en su párrafo primero que lleva el epígrafe de “Las facultades disciplinarias”.

CUARTO: Que, conforme al artículo 545 de ese cuerpo legal, el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso constituidos por errores u omisiones, manifiestos y graves.

Esta Corte ha ido precisando, por la vía de la jurisprudencia, los casos en que se está en presencia de una falta o abuso grave. Así, ha sostenido que se configura, entre otros casos, cuando se incurre en una falsa apreciación del mérito del proceso, circunstancia que se presenta cuando se dicta una resolución judicial de manera arbitraria, por valorarse de forma errónea los antecedentes recabados en las etapas procesales respectivas (Mario Mosquera Ruiz y Cristián Maturana Miquel, *Los recursos procesales*, Editorial Jurídica, Santiago, año 2010, p. 387).

En este sentido es importante considerar que el concepto que introduce el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, en orden a que el recurso de queja tiene por exclusiva finalidad corregir “faltas o abusos graves” cometidos en la dictación de resoluciones de carácter jurisdiccional, está íntimamente relacionado con el principio elaborado por la doctrina procesal de la “trascendencia”, y que, en el caso concreto, dice relación con la necesidad de que la falta o abuso tenga una influencia sustancial, esencial, trascendente en la parte dispositiva de la sentencia (Barahona Avendaño, José Miguel, *El recurso de queja*.

Una Interpretación Funcional, Editorial Lexis Nexis, 1998, p. 40); situación que puede configurarse, por ejemplo, cuando por un incorrecto análisis de los antecedentes del proceso y de la normativa aplicable se priva a una parte del derecho a un debido proceso o a la tutela judicial efectiva.

QUINTO: Que, del estudio de los antecedentes del proceso, se advierte lo siguiente:

1.- Con fecha 29 de enero de 2018 don Eduardo Reina Encina dedujo demanda de declaración de existencia de relación laboral, nulidad de despido y cobro de prestaciones en contra de la Subsecretaría de Transportes de la Región Metropolitana, solicitando que se declare que el vínculo que los unió entre el 7 de diciembre de 2009 al 29 de mayo de 2018, fue de naturaleza laboral, condenando a la demandada al pago de las remuneraciones y demás prestaciones consignadas en el contrato de trabajo, devengadas desde la

fecha del despido hasta su convalidación, en los términos del artículo 162 del Código del Trabajo, ordenando enterar las cotizaciones de seguridad social adeudadas en las instituciones respectivas, junto al pago del feriado legal, equivalente a 15 días hábiles y 21 corridos, por un total de \$554.132, y del proporcional por la suma de \$230.888, con los reajustes e intereses legales contemplados en la legislación laboral, con costas.

En el libelo se solicita que la demanda sea tramitada de conformidad con el procedimiento de aplicación general, contemplado en los artículos 446 y siguientes del estatuto laboral.

2.- La demanda fue proveída el 30 de noviembre de 2018 en los siguientes términos: *“Atendido lo dispuesto en el artículo 497 del Código del Trabajo, previo a proveer, indique el demandante si concurrió a la instancia administrativa ante la inspección del trabajo y, en la afirmativa, acompañe los documentos que lo acrediten, dentro de quinto día hábil, bajo apercibimiento de resolver lo que en derecho corresponde. Sin perjuicio de lo resuelto, se tiene presente el patrocinio y poder”*.

3.- En contra de dicha resolución, el actor dedujo recurso de reposición, que fue desestimado por sentencia de tres de diciembre último y, en la misma oportunidad, no se dio curso a la demanda, en los siguientes términos: *“Atendido el mérito de los antecedentes, y no habiendo variado la opinión que se ha formado este tribunal con lo expresado por la demandante, no ha lugar a la reposición. Vistos: Atendida la cuantía que se cobra en este proceso, y de conformidad a lo dispuesto en el artículo 496 del Código del Trabajo, que prescribe que aquellas contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a 10 ingresos mínimos mensuales, sin considerar los aumentos a que diere lugar la aplicación de los incisos quinto y séptimo del artículo 162 del Código del Trabajo, se aplicará el procedimiento monitorio, señalándose, además en su artículo 497 que será necesario previo al inicio de la acción judicial que se haya deducido reclamo y celebrado el comparendo a la inspección del trabajo, requisito que no se verifica en la especie, según lo expresado por la propia demandante, se resuelve: no ha lugar a dar curso a la demanda”*.

4.- Una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, la confirmó, por decisión de 18 de enero último, decisión que es objeto del presente recurso de queja.

SEXTO: Que tal como esta Corte hay sostenido (en autos Roles N° 25.177-2018 y N° 23.043-2018, entre otros) un derecho asegurado por la Constitución Política de la República, es que toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado y es así como en el inciso sexto del numeral 3° de su artículo 19, confiere al legislador la misión de establecer siempre las garantías de un procedimiento previamente establecido, racional y justo. En cuanto a los aspectos que comprende el derecho del debido proceso, no hay discrepancias en que, a lo menos, lo conforman el derecho de ser oído, de presentar pruebas para demostrar las pretensiones de las partes, que la decisión sea razonada y la posibilidad de recurrir en su contra siempre que se la estime agravante.

SÉPTIMO: Que, por otra parte, se debe considerar que uno de los intereses que debe ser protegido, dice relación con el derecho de las personas a acceder libremente a un tribunal de justicia para la protección de sus derechos, también conocido en la doctrina

moderna como derecho a la tutela judicial efectiva, asegurado por el Nº 3 del artículo 19 de la Constitución Política de la República, pues, aunque no esté designado expresamente en su texto escrito, carecería de sentido que se hubiese esmerado en asegurar la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, el derecho a la defensa jurídica, el derecho a ser juzgado por el juez natural, el derecho a un justo y racional procedimiento, si no partiera de la base de la existencia de un derecho anterior a todos los demás y que es presupuesto básico para su vigencia, esto es, *el derecho de toda persona a ser juzgada*, esto es, a presentarse ante el juez, a ocurrir ante él, sin estorbos o condiciones que se lo dificulten, retarden o impidan arbitraria o ilegítimamente. En el actual estado de desarrollo del derecho nacional e interpretando la garantía constitucional de acceso a la justicia con un criterio finalista, amplio y garantista, cualquier limitación por vía de interpretación que obste al derecho a la tutela judicial, aparece despojada de la razonabilidad y justificación que precisaría para ser aceptada como admisible a la luz de lo dispuesto en el Nº 26 del artículo 19 de la Carta Fundamental.

OCTAVO: Que, a la luz de los mandatos constitucionales antes referidos, deben ser analizados los artículos 496 y siguientes del Código del Trabajo, que regulan el procedimiento monitorio laboral, que fue incorporado por la Ley Nº 20.087 de 17 de septiembre de 2008, con el objeto de otorgar una tramitación rápida y eficaz a aquellas causas de baja cuantía, que, en general, no revisten mayores complejidades para su resolución, siendo su ventaja “...*la eliminación del proceso para aquellos casos en que no exista un conflicto jurídico, sino que simplemente una resistencia injustificada del deudor de cumplir con su obligación*” (Pereira, Rafael, *El procedimiento monitorio laboral*, en Estudios Laborales Nº 2, 2008, p.70).

Se trata, por tanto, de un procedimiento breve y concentrado, que, conforme a lo dispuesto en los artículos 497 y 501 del Código del Trabajo, se materializa, en caso de oposición del demandado, en una audiencia única de contestación, conciliación y prueba –a diferencia del procedimiento de aplicación general que consta de, a lo menos, dos audiencias–, debiendo el juez dictar sentencia de manera inmediata a su término, acorde con los principios de celeridad y economía procesal.

Lo señalado justifica, por ejemplo, la imposibilidad de deducir en este procedimiento el recurso de unificación de jurisprudencia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 502 del Código del Trabajo.

NOVENO: Que, a partir de lo razonado precedentemente, es posible concluir que la demanda interpuesta, en tanto pide se declare la existencia de una relación laboral, la que se habría extendido por más de ocho años, no es susceptible de tramitarse de conformidad con las reglas del procedimiento monitorio, pues no se trata de un caso de una mera resistencia injustificada del deudor de cumplir con una obligación de naturaleza laboral, sino se refiere a un conflicto jurídico de mayor complejidad, que exige que sea tramitado por un procedimiento de doble audiencia, que garantiza a ambas partes las instancias procesales para la presentación adecuada de sus pretensiones, defensas y pruebas, así como la posibilidad de interponer aquellos recursos judiciales que contempla la ley.

Razonar de manera contraria, esto es, pretender la aplicación de las normas del procedimiento monitorio teniendo en consideración únicamente la cuantía de lo disputado, implicaría someter a dicho procedimiento materias en que existe un conflicto jurídico complejo, como lo son las acciones por desafuero – sindical y/o maternal–, las que, como se sabe, son tramitadas de conformidad con las reglas del procedimiento de aplicación general de los artículos 446 y siguientes del Código del Trabajo.

DÉCIMO: Que, de esta forma, la conclusión a la que arribaron los sentenciadores, esto es, que corresponde aplicar las normas del procedimiento monitorio a un caso en que se solicita la declaración de existencia de una relación laboral, atendida exclusivamente la cuantía de lo disputado, sin tomar en consideración la naturaleza de la acción incoada, aparece que fue fruto de una interpretación que no respetó el debido proceso, en su arista referida al derecho a la tutela judicial efectiva, lo que, razonado conjuntamente con el carácter tutelar del Derecho del Trabajo, lleva a concluir que se privó al demandante de la potestad de reclamar ante la sede jurisdiccional competente y en un procedimiento que le asegure la posibilidad de pedir, afirmar y probar sus pretensiones y derechos que estima vulnerados, y al no entenderlo así los recurridos, cometieron falta grave que debe ser enmendada por la presente vía.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 548 y 549 del Código Orgánico de Tribunales, se **acoge** el recurso de queja deducido por la abogada doña Gabriela Cisternas Orellana, en representación de don Eduardo Reina Encina, y, en consecuencia, se dejan sin efecto las sentencias de dieciocho de enero último, dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago, en los autos Rol N° 3.400-2018 y aquella dictada con fecha tres de diciembre de dos mil dieciocho por el Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en los autos Rol N° O-8118-2018, RUC 1840150717-1, debiendo el tribunal de la instancia acoger a tramitación la demanda interpuesta, de conformidad con el procedimiento de aplicación general laboral.

No se dispone la remisión de estos antecedentes al Tribunal Pleno, por tratarse de un asunto en que la inobservancia constatada no puede ser estimada como una falta o abuso que lo amerite.

Se **previene** que la Ministra **Sra. Muñoz** estuvo por acoger el recurso de queja, teniendo además presente que si el procedimiento monitorio pretende beneficiar al trabajador demandante con un mecanismo procesal de tramitación breve y eficaz, no se observan razones para desestimar su pretensión de someterse al procedimiento de lato conocimiento, como sería el de aplicación general, el que también garantiza el pleno ejercicio de sus derechos sustantivos y procesales.

Acordada con el **voto en contra** de los Ministros **Sr. Blanco** y **Sr. Silva** quienes estuvieron por rechazar el recurso de queja teniendo en consideración que, conforme al artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, el recurso de queja solamente procede cuando en la resolución que lo motiva se haya incurrido en falta o abuso constituidos por errores u omisiones, manifiestos y graves; y, en el presente caso, el mérito de los antecedentes no permite concluir que los jueces recurridos –al decidir como lo hicieron– hayan incurrido en alguna de las conductas que la ley reprueba y que sea necesario reprimir

y enmendar mediante el ejercicio de las atribuciones disciplinarias de esta Corte. En efecto, el recurso gira en torno a la interpretación que los sentenciadores hicieron de las normas que rigen el procedimiento monitorio y la posibilidad de conocer por dicha vía una demanda de declaración de existencia de relación laboral. Al respecto cabe señalar que el proceso de interpretación de la ley que llevan a cabo los juzgadores en cumplimiento de su cometido no puede ser revisado por la vía del recurso de queja, porque constituye una labor fundamental, que es propia y privativa de ellos, a menos que en dicho proceso se advierta de forma manifiesta una reflexión abusiva o que atente contra las reglas del buen uso de la razón en la construcción de los argumentos interpretativos, lo que, en su concepto, no se verifica en la especie.

Sin perjuicio de lo expresado, los ministros disidentes fueron del parecer de hacer uso de la facultad contemplada por el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, e invalidar de oficio las resoluciones referidas, ordenando que el tribunal de la instancia acoger a tramitación la demanda interpuesta, de conformidad con el procedimiento de aplicación general laboral

Agréguese copia autorizada de esta resolución, a los autos referidos.

Regístrese y archívese.

Rol 2.289-2019.-

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señoras Gloria Ana Chevesich R., Andrea Muñoz S., señor Mauricio Silva C., y la Abogada Integrante señora Leonor Etcheberry C.

Santiago, cuatro de junio de dos mil diecinueve.

COMENTARIO

El marco de análisis utilizado por la sentencia en comento es el derecho de acceso a la justicia. Como bien señala la Corte, existe acuerdo en cuanto a interpretar que nuestra Constitución reconoce el derecho a la tutela efectiva en el artículo 19 Nº 3 inciso sexto.

La doctrina ha precisado que la tutela efectiva de derechos contempla tres etapas: en primer lugar, la posibilidad de cualquier persona ante una vulneración de intereses legítimos, de poner en conocimiento de la autoridad competente el caso (derecho de acceso a la justicia); en segundo lugar, que durante el transcurso de este proceso, se respeten una serie de garantías que la doctrina agrupa dentro del debido proceso; y finalmente, que la sentencia pueda ser ejecutada¹.

¹ Bernales, Gerardo, 2019: "El acceso a la justicia en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos", *Revista Ius et Praxis*, Año 25, Nº 3, p. 279; Palomo, Diego y Valenzuela, Williams, 2012: "Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley Nº 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional", *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Nº 2, p. 409; Pierrino, Pablo, 2003: "El derecho a la tutela judicial efectiva y el acceso a la jurisdicción contencioso administrativa", *Revista de Derecho Público*, editada por Rubinzal-Culzoni, Nº I, Proceso administrativo, p. 6.

El acceso a la justicia puede encontrar ciertos requisitos: subjetivos (capacidad, legitimación, etc.), objetivos (plazos, formas procesales, etc.), y otras barreras como ciertos costos y duración, pero estos deben ser razonables y proporcionales, basados únicamente en una mejor administración de la justicia², y en ningún caso pueden afectar este derecho fundamental en su esencia.

Concordante con lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional ha señalado que los mecanismos alternativos de solución de controversias no pueden impedir el acceso a la justicia y que, por tanto, no pueden ser un requisito obligatorio previo a la acción judicial. Excepcionalmente ha declarado constitucional la mediación previa obligatoria en responsabilidad médica y familia, criterio que ha sido discutido por la doctrina y en los votos disidentes de las mismas sentencias. De todas formas, hay concordancia en que un mecanismo alternativo no puede impedir el acceso posterior a la jurisdicción³.

En síntesis, el derecho de acceso a la justicia es un derecho fundamental consistente en la posibilidad de plantear un conflicto de relevancia jurídica ante un tribunal que puede estar sometido a ciertos requisitos justificados y proporcionales, pero que en ningún caso lo podrían afectar en su esencia. Respecto de los mecanismos alternativos, se discute si resulta admisible una instancia de mediación previa obligatoria, pero no hay dudas en torno a que ella no podría impedir el acceso a un tribunal.

Precisado el marco conceptual, es posible referirse al conflicto resuelto por la sentencia en comento. Lo primero que es relevante resolver es si resulta justificado interpretar el sentido del artículo 496 del Código del Trabajo (CT), considerando que, de manera aislada, su tenor literal es claro: las contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales (IMM) y de aquellas a las que se refiere el artículo 201 CT, deben ser tramitadas de conformidad con el procedimiento monitorio.

Sin embargo, el artículo 497 CT exige como requisito esencial para la aplicación de este procedimiento que previo a la interposición de la demanda se haya deducido reclamo ante la Inspección del Trabajo y que se haya asistido al comparendo de conciliación. Por tanto, cualquier inconveniente en la interposición del reclamo administrativo en los casos que aplica este procedimiento implicaría denegar el acceso a la justicia y a la tutela efectiva, como ocurrió en el caso que se refiere la sentencia.

Solo a modo de ejemplo de una situación en que ello ocurre, la Dirección del Trabajo ha interpretado que no puede conocer de reclamos acerca de finiquitos suscritos con reserva de derechos, salvo en aquellos casos en que la controversia no verse respecto de

² Palomo, Diego y Valenzuela, Williams, 2012: “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley N° 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, p. 413.

³ Palomo, Diego y Valenzuela, Williams, 2012: “Descarte de la inconstitucionalidad de la obligatoriedad de la mediación prejudicial que establece Ley N° 19.966: Lectura crítica de la sentencia del Tribunal Constitucional”, *Revista Ius et Praxis*, Año 18, N° 2, p. 413; Aguirrízabal, Maite, 2013: “Mediación previa y obligatoria. Acceso a la justicia en el proceso de familia”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 22, comentarios de jurisprudencia, pp. 303; Bordalí, Andrés, 2011: “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, *Revista Chilena de Derecho*, vol. 38, N° 2, p. 330.

la existencia misma de un derecho sino sobre la cuantía o el momento de pago⁴. De esta forma, si un trabajador suscribe un finiquito con reserva de derechos por estimar que el despido fue improcedente, no podría interponer reclamo y en el caso de que la cuantía sea inferior a diez IMM, quedaría sin acceso a la justicia.

Sumado a ello, el artículo 498 CT establece que en el caso de que el trabajador no asista al comparendo de conciliación podrá accionar mediante procedimiento ordinario, morigerando la regla establecida en el artículo 496 CT. De esta forma, si se interpreta que este procedimiento es obligatorio, se generaría la situación absurda en que el trabajador no podría demandar directamente en un procedimiento ordinario, pero sí podría interponer un reclamo administrativo, no asistir al comparendo respectivo, y luego demandar según el procedimiento ordinario. Ello produciría además una diferencia injustificada entre el trabajador que no interpuso el reclamo que queda impedido de demandar mediante procedimiento de aplicación general y aquel que sí lo hizo y no asistió al comparendo.

Ante estos conflictos normativos que genera la aplicación literal del artículo 496 CT y considerando la sistematicidad del ordenamiento jurídico, es admisible interpretar dicha norma con el fin de armonizarla con la totalidad de este.

El voto mayoritario de la sentencia en comentario aborda el conflicto estableciendo que las materias que importen un conflicto jurídico complejo, es decir, en que no se trate de una mera resistencia al otorgamiento de un derecho, no podrán conocerse mediante el procedimiento monitorio, caracterizado por su brevedad y concentración. Según esto, entonces, no sería posible limitar el artículo 496 CT únicamente a la cuantía, porque ello implicaría una limitación al derecho de acceso a la justicia.

Sin embargo, dicho análisis no encuentra justificación textual. El artículo 496 CT no contempla la distinción entre conflictos complejos y no complejos, y sería impropio que una norma procesal de tal relevancia, como la que fija las reglas aplicables al conocimiento de un asunto, quede supedita a un criterio ambiguo como el de su complejidad. Además, aplicar un procedimiento breve y concentrado a conflictos complejos no se relaciona con una limitación al derecho de acceso a la justicia, sino que estaría relacionado con la segunda etapa del derecho de tutela judicial efectiva: el debido proceso, de esta forma, la discusión deja de estar centrada en la elección del procedimiento aplicable, y pasa a estar centrada en la tramitación del litigio y el análisis de la inconstitucionalidad de las normas que dotan de dichas características a este procedimiento, por encontrarse en contradicción con el debido proceso.

De todas formas, el artículo 501 CT establece que en causas conocidas mediante procedimiento monitorio que tengan mayor complejidad, el juez tendrá la facultad de dictar sentencia en el plazo de tres días y no en la misma audiencia. Es decir, la misma regulación legal de dicho procedimiento acepta su aplicación a causas complejas.

Sumado a lo anterior, la Ley Nº 20.087 que “Sustituye el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo”, publicada el 3 de enero de 2006,

⁴ La Dirección del Trabajo en Ord. Nº 824/21, de 26 de febrero de 2003; Ord. Nº 6084/039, de 4 de diciembre de 2018.

establecía en el artículo 496 del CT: “Respecto de las contiendas por término de la relación laboral cuya cuantía sea igual o inferior a ocho ingresos mínimos mensuales...”. Dicha norma fue modificada por la Ley N° 20.260, que “Modifica el Libro V del Código del Trabajo y la Ley N° 20.087, que establece un nuevo procedimiento laboral”, publicada el 29 de marzo de 2008, que suprimió como requisito la materia limitándolo solo a la cuantía, con la intención expresa de que se puedan conocer todo tipo de controversias mediante este procedimiento⁵.

El problema que se genera al desechar los fundamentos del voto de mayoría, consiste en que la resolución del tribunal de instancia, confirmada por la Corte de Apelaciones, resultaría ajustada a derecho, dejando sin acceso a la justicia al trabajador que no reclamó ante la Inspección del Trabajo. La interpretación contenida en el voto de minoría, disiente sobre los requisitos del recurso de queja y no sobre el fondo de la materia, habiendo acuerdo en que la demanda debía ser conocida mediante procedimiento de aplicación general, por lo que tampoco solucionaría el conflicto. Se señala que esa fue la postura adoptada por la Corte Suprema en fallo posterior de 11 de junio de 2019, ROL N° 9.813-2019.

De esta forma, para solucionar el conflicto enunciado resulta relevante la prevención contenida en la sentencia. Según ella, si bien el artículo 496 CT establece que en las causas cuya cuantía sea inferior a diez IMM y aquellas sobre el artículo 201 CT “se aplicará” el procedimiento monitorio, esta regla debe ser morigerada porque dicho procedimiento constituye una garantía establecida en favor del demandante. Como tal, es facultativo para el actor utilizar este procedimiento si lo beneficia. Esta interpretación permite armonizar el procedimiento monitorio con el derecho de acceso a la justicia: la actuación administrativa será un requisito obligatorio para el actor que desee utilizar un procedimiento más breve y concentrado, pero siempre podrá recurrir ante los tribunales de justicia mediante el procedimiento general.

Por otro lado, la Ley N° 20.260 establecía en el artículo 497 CT: “En caso de que el trabajador opte por el procedimiento monitorio”, formulación que dejaba meridianamente claro que este procedimiento era facultativo para el demandante en aquellos asuntos en que procede. Sin embargo, dicha disposición fue modificada por la Ley N° 20.287, que “Adecúa normas sobre procedimiento laboral contenidas en el Libro V del Código del Trabajo, modificado por la Ley N° 20.087”, publicada el 17 de septiembre de 2008, cuyo objetivo consistía en introducir correcciones “de texto” a la citada Ley N° 20.260. El motivo para modificar la antigua redacción del artículo 497 CT, según explicó el asesor jurídico del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, fue el siguiente:

“En efecto, detalló, antes de esa ley [Ley N° 20.260], el procedimiento monitorio estaba concebido con carácter facultativo para el trabajador quien, tratándose de controversias inferiores a cierta cuantía, podía optar por su aplicación en lugar de

⁵ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.260. Sobre la amplia cantidad de materias a las que se aplica este procedimiento, véase Valdés, Diego, 2014: “Procedimiento ‘monitorio’ laboral chileno: entre la celeridad y la garantía”. *Revista Estudios Jurídicos Democracia y Justicia*, N° 3, p. 112.

someterse al procedimiento de aplicación general. Tras la modificación de marzo de este año, en cambio, dicho procedimiento pasó a ser obligatorio al tenor de la norma que dispone que en el caso de contiendas cuya cuantía sea igual o inferior a diez ingresos mínimos mensuales, se aplicará el procedimiento monitorio...”⁶.

Se puede observar que esta motivación para la modificación del artículo 497 CT carece de fundamentos, toda vez que la Ley N° 20.087 (que regulaba esta materia antes de la modificación introducida por la Ley N° 20.260), en ningún momento establecía que dicho procedimiento era opcional, porque era la Inspección del Trabajo quien remitía los antecedentes al Tribunal. Por el contrario, la Ley N° 20.260 modificó sustancialmente este procedimiento judicial, al establecer que sería el trabajador quien debía accionar judicialmente y estableciendo en el artículo 497 CT que sería opcional para el trabajador.

La confusión seguramente se debió a que el proyecto de la Ley presentado al Congreso, que luego sería la Ley N° 20.260, establecía expresamente en el artículo 496 CT que la utilización del procedimiento monitorio era opcional para el demandante, es decir, tenía dos menciones expresas a que era opcional (artículos 496 y 497 CT). Sin embargo, la redacción del artículo 496 CT fue modificada por el mismo Ejecutivo, sin que consten en la historia fidedigna de la ley argumentos en contra de que el procedimiento fuera opcional. De todas formas, quedó la mención del artículo 497 CT en los términos señalados y el actual artículo 498 CT, por tanto, la Ley N° 20.260 estableció expresamente que era un procedimiento opcional para el demandante.

Si bien la última reforma legal modificó la redacción del artículo 497 CT, donde se prescribía expresamente que el procedimiento monitorio era opcional, dicha modificación se basó en un error. Por ello, no existen fundamentos históricos para sostener que el legislador buscara establecer un procedimiento obligatorio. Sumado a lo anterior, se mantuvo el artículo 498 CT, que morigera la regla del artículo 496 CT. La única lectura armónica entra ambas disposiciones consiste en que el procedimiento monitorio es opcional, porque de ser obligatorio se producirían situaciones contradictorias, según se explicó. Además, implicaría una dilación innecesaria, siendo que el objeto del procedimiento monitorio era agilizar la justicia procesal laboral⁷.

Por consiguiente, el procedimiento monitorio es un beneficio en favor del demandante que le permite acceder a este procedimiento breve y concentrado en las contiendas cuya cuantía sea inferior a diez IMM y en las que determine la ley, para ello es obligatorio que previamente realice un reclamo administrativo y concurra al comparendo de conciliación. Sin embargo, el actor siempre podrá accionar mediante procedimiento de aplicación general sin necesidad de cumplir con la actuación administrativa.

Si bien la prevención y el voto mayoritario concluyen lo mismo, es importante esta diferencia de fundamentos, ya que bajo la perspectiva del voto mayoritario, los asuntos

⁶ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, Historia de la Ley N° 20.287. p. 20.

⁷ Lanata, Gabriela, 2001: *Manual de proceso laboral* (2ª edición), Abeledo Perrot, Legal Publishing, Santiago, p. 122.

complejos necesariamente se deben conocer mediante procedimiento de aplicación general, perdiendo los trabajadores la posibilidad de acceder al procedimiento monitorio para dichos asuntos. Sumado a lo anterior, los asuntos que no fueren complejos seguirían manteniendo la obligatoriedad de aplicar el procedimiento monitorio y la falta de cumplimiento de una instancia administrativa previa impediría el acceso a la justicia, limitando este derecho fundamental en su esencia mediante una norma de rango legal, lo que sería inconsistente con nuestro Estado de Derecho.

La protección judicial del derecho a la memoria: la remoción de las imágenes de un genocida

Comentario de Pietro Sferrazza Taibi y
Francisco Bustos Bustos***

Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve.

Vistos:

Comparece don Luis Mariano Rendón Escobar, abogado, RUT 8.938.681-0, interponiendo acción constitucional de protección, por sí, en su calidad de integrante de la “Nómina de Prisioneros Políticos y Torturados”, elaborado por la “Comisión Valech II” y a nombre de las otras personas sobrevivientes que figuran en esa nómina “y en las otras que enlistan a las víctimas de violaciones a los derechos humanos”, por la omisión ilegal y arbitraria que atribuye al Ejército de Chile, que resultaría vulneradora de su derecho a la integridad psíquica.

Explica que la omisión de la que reclama atañe a la negativa del Ejército de Chile de retirar placas e imágenes conmemorativas del paso de Manuel Contreras Sepúlveda por dicha institución, las que se encuentran ubicadas en la Academia de Guerra y en la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes. Acentúa el recurrente que el Ejército de Chile, como todo órgano del Estado, se encuentra obligado a respetar y promover los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana y que, en lugar de ello, “conmemora el paso por sus recintos del principal violador de tales derechos en la historia de Chile”.

Se aduce en el recurso que la omisión reclamada constituye una perturbación permanente al derecho a la integridad psíquica que consagra a favor suyo el artículo 19 Nº 1 de la Carta Fundamental. Acerca de cómo se provoca esa vulneración, se indica que la permanencia de esas placas e imágenes comporta una violación al principio “garantía de no repetición”.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Valparaíso, Chile. Doctor en Estudios Avanzados en Derechos Humanos, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1133-9221>. Correo electrónico: pietrosferrazza@gmail.com.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Derecho, mención Derecho Internacional, Universidad de Chile. Magíster en Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Universidad Diego Portales, Chile. Profesor de la Facultad de Derecho, Universidad Andrés Bello, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1013-7206>. Correo electrónico: fbustos@derecho.uchile.cl

Recuerda que a través de la Resolución 60/147, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, adoptada en la 64ª Sesión Plenaria, se declaró el derecho a una “Reparación adecuada” de las víctimas en casos de violaciones de los Derechos Humanos. Allí se consagró la “garantía de no repetición” como una de esas formas de reparación. En concreto, en el Nº 23 de dicha Resolución se indica que las garantías de no repetición comprenden, entre otras medidas, las que siguen: “a) El ejercicio de un control efectivo por las autoridades civiles sobre las fuerzas armadas y de seguridad...”; “...e) La educación, de modo prioritario y permanente de todos los sectores de la sociedad respecto de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario y la capacitación en esta materia de los funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, así como de las fuerzas armadas y de seguridad...”.

Pues bien, dice el recurrente, las imágenes y placas aludidas cumplen un rol nefasto, porque mostrarían a Manuel Contreras, ante las nuevas generaciones de oficiales tropa del Ejército, “como un oficial normal y decente”, normalizándose de ese modo su comportamiento criminal y, en sus palabras, a tal conducta se “la muestra implícitamente como parte del deber militar que podría ser necesario volver a cumplir”. Subraya también lo inconveniente de que esas imágenes y placas se mantengan en espacios educativos.

Solicita que esta Corte disponga el retiro respectivo y que en su reemplazo se incorpore un extracto de la sentencia que falle este recurso, como forma concreta de reparación.

Se apersona el General de Ejército, Comandante en Jefe del Ejército de Chile, don Ricardo Martínez Menanteau, evacuando el informe ordenado a su respecto, solicitando el rechazo de la acción constitucional de que se trata, en virtud de las razones y planteamientos que siguen:

- 1.- Falta de legitimación pasiva: El Ejército de Chile forma parte de la Administración centralizada del Estado, carece de personalidad jurídica propia, de manera que el señor Comandante en Jefe no tiene su representación judicial. La acción debió ser dirigida contra el Consejo de Defensa del Estado;
- 2.- Improcedencia de la acción de protección: El recurso intentado no es el medio idóneo para exigir el retiro de las placas y fotografías. En efecto, tanto la Academia de Guerra como la Escuela de Ingenieros del Ejército son predios fiscales que, además, constituyen recintos militares. Lo que se pretende es que a través de esta vía cautelar se intervenga al interior de un recinto militar, lo que está lejos de la naturaleza de esta acción. Además, la supuesta afectación de la integridad psíquica del recurrente requeriría de algún tipo de prueba pericial, en circunstancias que esta clase de procedimiento no contempla un período de discusión y prueba;
- 3.- Inexistencia de la omisión ilegal y arbitraria: En primer término, se hace notar que la Resolución Nº 60/147 de 2005 no tiene la fuerza normativa de un Tratado Internacional, no crea nuevas obligaciones, sólo propone mecanismos o pautas de conducta que permitan hacer efectiva la reparación del da o en materia de derechos humanos. En cualquier caso, no se vislumbra cómo se vulneraría la “garantía de no repetición” por el no retiro de las fotografías y efectos del General de Brigada (R) Contreras, “las cuales sólo se encuentran por razones de registro histórico

militar, pues no constituyen de ninguna manera y bajo ningún precepto homenaje, conmemoración u otra forma de resaltar la figura de dicho oficial”. Tampoco se vulnera la debida educación que se imparte a miembros del Ejército en materia de Derechos Humanos. En tal sentido, se destacan los contenidos de orden humanitario que se imparten actualmente en las escuelas matrices de las fuerzas armadas, insertos en el Primer Plan Nacional de Derechos Humanos 2018-2021, regido por la Ley 20.885, que crea la Subsecretaría de Derechos Humanos;

- 4.- Inexistencia de la vulneración de la integridad psíquica del recurrente: No se produce tal afectación porque la consecuencia de no retirar las fotografías y placas “no es más que el ejercicio de un hecho que se realiza en un bien fiscal de carácter militar, en el cual el ingreso y salida del mismo es restringido y respecto del cual la institución tiene el deber de administrar, lo que genera que la cuestionada omisión..., constituya un hecho plenamente legítimo” (Sic). Añade que no se observa que la omisión acusada cause una amenaza real e inminente, grave y manifiesta a la integridad psíquica del Sr. Rendón, que por lo demás no está comprobada y se limita a una manifestación de temor que futuros integrantes de la institución repitan conductas del GDB (R) Contreras;
- 5.- Inexistencia de un derecho indubitado: Para que proceda la medida de protección impetrada debe ser indiscutido que la integridad psíquica ha sido amenazada. Sin embargo, el recurrente no aporta indicios ni menos pruebas de la lesión a ese derecho fundamental, menos aun si ni siquiera conoce las fotografías o placas cuyo retiro reclama.

Se ordenó traer los autos en relación y se dispuso la agregación extraordinaria de esta causa en la Quinta Sala.

Considerando:

I.- Sobre una cuestión previa

PRIMERO: Conforme se expuso, el Ejército de Chile postula como primera cuestión a dilucidar lo que denomina su “falta de legitimación pasiva”. De acuerdo con la Carta Fundamental la acción constitucional de protección puede ejercerla el propio afectado “o por cualquiera su nombre”, mientras que el Auto Acordado respectivo autoriza para interponerla “por escrito en papel simple o por cualquier medio electrónico”. Lo que se busca poner en relieve es que esta acción no está sujeta a rigores formales, cualidad que resulta coherente con el imperativo de rapidez, eficacia y sencillez que debe caracterizarle, de manera que le resultan ajenas e impropias alegaciones como las planteadas por la recurrida, en orden a que la acción debió enderezarse contra el Consejo de Defensa del Estado. Comoquiera que sea, un arbitrio de esta índole debe substanciarse con la persona, funcionario o entidad que cause el acto que se tacha de ilegal o arbitrario. En este caso la imputación atañe a una omisión atribuible al Ejército de Chile, órgano que comparece informó acerca del fondo del asunto;

II.- Sobre el recurso, su idoneidad y la omisión reprochada

SEGUNDO: El recurso de protección es una acción cautelar de ciertos derechos fundamentales que busca poner freno a los menoscabos que puedan experimentar tales derechos como consecuencia de acciones u omisiones –ilegales o arbitrarias–, atribuibles a la autoridad o particulares.

Así, constituyen presupuestos de esta acción cautelar, los siguientes: a) que exista una acción u omisión ilegal o arbitraria; b) que producto de esa acción u omisión ilegal o arbitraria se prive, perturbe o amenace un derecho; y c) que tal derecho esté señalado como objeto de tutela en el artículo 20 de la Constitución Política de la República;

TERCERO: Cuando están comprometidos los derechos fundamentales, no puede haber cotos vedados o espacios que estén al margen de la adopción de medidas de restablecimiento en un mecanismo de tutela judicial de urgencia como éste. Nada hay en el texto ni el sentido final del artículo 20 de la Carta Fundamental que sea al menos indiciario de que –en palabras de la recurrida–, no pueda “intervenirse” por este medio en un recinto militar;

III.- Sobre la omisión y su carácter arbitrario

CUARTO: En la especie la que se tacha de ilegal y arbitraria es la negativa manifestada por el Ejército de Chile de retirar unas placas y fotografías del General de Brigada (R) del Ejército de Chile, Manuel Contreras Sepúlveda;

QUINTO: Ya se dijo que una de las condiciones de procedencia del arbitrio de protección está constituida por la cualidad de arbitraria de la inacción o de la negativa a actuar por parte de la autoridad en un sentido determinado. Acostumbra a señalarse que lo arbitrario es sinónimo del mero “capricho”. Tal acepción –aunque correcta–, tiende a resultar muy restringida cuando se trata de examinar la eventual vulneración de derechos fundamentales por parte de órganos o autoridades públicas. En una comprensión más amplia, la arbitrariedad puede asumirse como la falta de sustento para los actos de decisión, para el ejercicio del poder. En un estado de derecho todas las autoridades –incluidas las del orden jurisdiccional, por cierto– están llamadas no sólo a explicar sino que a justificar sus decisiones.

Esta exigencia implica la necesidad de motivaciones susceptibles de aceptar por un observador razonable, al punto que no pueda haber mejores razones que las desvirtúen. Esto que se dice cobra mayor relevancia en situaciones como la que es materia de esta causa, en que se hace preciso una suerte de ponderación de razones;

SEXTO: El Ejército de Chile ha justificado su proceder aduciendo que las placas y fotografías de Contreras Sepúlveda, ubicadas en la Academia de Guerra y en la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes, “sólo se encuentran por razones de registro histórico militar, pues no constituyen de ninguna manera y bajo ningún precepto homenaje,

conmemoración u otra forma de resaltar la figura de dicho oficial”. Se añadió también que su mantenimiento “no es más que el ejercicio de un hecho que se realiza en un bien fiscal de carácter militar, en el cual el ingreso y salida del mismo es restringido y respecto del cual la institución tiene el deber de administrar, lo que genera que la cuestionada omisión..., constituya un hecho plenamente legítimo”;

SÉPTIMO: Empero, es un hecho de público conocimiento que el General de Brigada Manuel Contreras Sepúlveda fue condenado en múltiples procesos penales como autor de graves atentados y violaciones a los derechos humanos, constitutivos de crímenes de lesa humanidad, contándose entre ellos los delitos de homicidio calificado y de secuestro o desaparición forzada de personas.

OCTAVO: El artículo 63.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el deber de los Estados de reparar las consecuencias derivadas de la vulneración de los derechos fundamentales. Un intérprete especialmente autorizado ha expresado sobre el particular que “Este artículo constituye una norma consuetudinaria que es, además, uno de los principios fundamentales del derecho de gentes...” (Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Aloebetoe y otros vs. Surinam, sentencia de 10 de septiembre de 1993, apartado o párrafo 43). Desde esa perspectiva, cualquiera que sea la fuerza vinculante de la Resolución 60/147, de la Asamblea General de las Naciones Unidas, puede entenderse que cuando allí se alude a la garantía de no repetición no se hace otra cosa que relevar un deber elemental: la necesidad acudir a instrumentos o implementar medidas que propendan a evitar la repetición de conductas que han comportado la vulneración sistemática y masiva de derechos humanos.

Ocurre que para ese fin el pago de compensaciones en dinero sencillamente no es la adecuada. Antes bien, las medidas que se orientan a una educación integral en la materia –que no la mera instrucción o simple entrega de contenidos–, o aquellas que propician la formación de una verdadera cultura en derechos humanos, se presentan como mecanismos más idóneos para la consecución de tales fines. Así se comprende, por ejemplo, que el “Plan Nacional de Derechos Humanos” incluya dentro de sus acciones la instalación de placas conmemorativas de violaciones de derechos humanos en recintos militares (disponible en www.planderechoshumanos.cl, acción “Dictadura y Memoria”, Meta N° 3);

NOVENO: Entonces, el cuestionamiento que cabe hacerse es si el registro histórico/estadístico del paso y funciones cumplidas por Manuel Contreras Sepúlveda por centros educativos y de formación del Ejército de Chile es razón suficiente que justifique mantener su fotografía y placas en dichos recintos. Y en eso se advierte una falta de adecuación o carencia de proporcionalidad. Si de registros históricos se trata, pues para ello bastan las anotaciones en libros, fichas o documentos de destinaciones o nombramientos. Por ende, conservar esa otra clase de testimonios –aparte de contraproducente con la existencia de un “Plan Nacional de Derechos Humanos”–, resulta del todo innecesario para ese fin, hasta llegar a desbordarlo. En efecto, en el caso de la Academia de

Guerra, las fotografías se ubican en las galerías de promoción de oficiales, de profesores y directores, en tanto que las placas lo son por “Mérito al Honor” y como Director de esa academia; y, tratándose de la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes, las placas son alusivas al cuadro de mando de la Secretaría de Estudios, a la primera antigüedad del curso de tenientes y como Director del Instituto.

Al ser así, máxime en las circunstancias apuntadas, la omisión que se acusa deviene en arbitraria;

IV.- Sobre la afectación de la integridad psíquica

DÉCIMO: El reconocimiento de la dignidad de las personas forma parte esencial de las bases de nuestra institucionalidad. Como manifestación inherente de tal dignidad, directamente imbricada con ella, el artículo 19 N° 1 de la Constitución Política de la República reconoce el derecho a la vida “y a la integridad física y psíquica de la persona”. Por su lado, el artículo 5 de la Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la integridad personal, prescribiendo a ese efecto que “Toda persona tiene derecho a que se respete su integridad física, psíquica y moral”. Por consiguiente, en la dimensión que interesa, ciertos menoscabos a bienes de la personalidad, a sus atributos de orden inmaterial o espiritual, pueden ser constitutivos de una afectación a la integridad psíquica de la persona. Por cierto, no se trata de identificar una lesión susceptible de ser indemnizada, como acontece con el daño moral en materia de responsabilidad civil. Lejos de ello, ese atributo de la personalidad debe ser protegido ante la simple “perturbación o amenaza”;

UNDÉCIMO: Se ha sostenido por el Ejército de Chile que no existiría comprobación alguna ni indicios de la lesión al derecho fundamental invocado por el recurrente y que menos podría haberla si quien recurre ni siquiera conoce las fotografías o placas que exige que sean retiradas. A ese respecto cabe expresar que el señor Rendón Escobar acreditó estar incluido en el listado de Prisioneros Políticos y Torturados elaborado por la “Comisión Valech II”. Expresado en otros términos, corresponde a una víctima directa de violación a sus derechos fundamentales en el período dictatorial. Pues bien, al amparo de criterios de normalidad, de esa condición de víctima es posible inferir la perturbación que representa para su integridad psíquica el solo hecho de saber que uno de los principales responsables de tal clase de atentados sigue figurando presente con menciones a su nombre, cargos ocupados y honores logrados, en placas e imágenes, todas ubicadas en recintos militares, que inclusive están destinados a la formación de oficiales y especialidades;

DUODÉCIMO: Al ser así, esto es, al existir una omisión de carácter arbitrario que compromete un derecho fundamental de quien ha ejercido la acción constitucional, esta Corte debe adoptar una medida que permita restablecer el imperio del derecho, bastando para ese fin disponer el retiro respectivo. En particular, no se advierte la necesidad de incorporar, además, un extracto de esta sentencia, porque su sociabilización puede

integrarse a la labor educativa que la institución tiene que llevar a cabo, como parte de sus programas formativos.

Por estas razones y de conformidad con lo previsto en el Auto Acordado de la Excm. Corte Suprema pertinente a la materia, se acoge la acción constitucional de protección interpuesta a su favor por don Luis Mariano Rendón Escobar. Por consiguiente, se ordena al Ejército de Chile efectuar el retiro de las imágenes y placas correspondientes al GDB (R) Manuel Contreras Sepúlveda, que se encuentran ubicadas actualmente en la Academia de Guerra y en la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes.

Se fija un plazo de 3 días para cumplir lo ordenado, contados desde que este fallo quede firme, debiendo darse cuenta a esta Corte de su ejecución.

Redactó el ministro señor Astudillo.

Regístrese y oportunamente, archívese.

Rol N° 79.631-2019.-

Pronunciado por la Quinta Sala de la C.A. de Santiago integrada por los Ministros (as) Omar Antonio Astudillo C., Jenny Book R. y Abogada Integrante Carolina Andrea Coppo D. Santiago, veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve.

En Santiago, a veintiséis de diciembre de dos mil diecinueve, notifiqué en Secretaría por el Estado Diario la resolución precedente.

COMENTARIO

En este caso, la Quinta Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago resolvió acoger, por unanimidad, la acción de protección deducida por un sobreviviente de prisión política y tortura, ordenando que el Ejército de Chile retire de la Academia de Guerra y la Escuela de Ingenieros de Tejas Verdes las imágenes y placas correspondientes a Juan Manuel Contreras Sepúlveda, al ser de público conocimiento que como Director de la DINA fue condenado en casi un centenar de procesos criminales por ejecuciones extrajudiciales, secuestros (desapariciones forzadas) y torturas, todos delitos constitutivos de crímenes de lesa humanidad.

El pronunciamiento de la Corte de Apelaciones, confirmado por la Corte Suprema¹, resulta de especial interés por permitir abordar el derecho a la memoria y sus relaciones con el derecho a la reparación. Si bien han existido previamente otras controversias judiciales relativas a la memoria —como la sentencia de primera instancia por la desaparición forzada de Álvaro Vallejos Villagrán, revocada en lo civil; los recursos de protección deducidos por víctimas y sobrevivientes con ocasión de la condecoración *otorgada* por un municipio a la Escuela de Ingenieros Militares de Tejas Verdes en 2017, donde las autoridades se vieron obligadas revertir dicha decisión²; u otros casos más recientes como

¹ Corte Suprema, 05.03.2020, Rol 14.720-2020. Esta resolución declaró inadmisibles los recursos deducidos.

² SFERRAZZA y BUSTOS, 2019, pp. 49-50.

la sentencia de primer grado en el proceso “Operación Cóndor”, pendiente de apelación, y el recurso de protección que rechazó el retiro de la Estatua de José Toribio Merino ubicada en el Museo Naval³—, al tratarse del primer fallo ejecutoriado, esta resolución constituye un hito a destacar.

El derecho a la memoria no está consagrado expresamente en un tratado internacional. Sin embargo, algunos instrumentos de *soft law* lo mencionan a propósito del derecho a la reparación. Por ejemplo, en relación con el sistema universal de derechos humanos el *Conjunto de Principios actualizado para la Protección y la Promoción de los Derechos Humanos mediante la Lucha contra la Impunidad* contiene una sección dedicada al derecho a saber⁴. Por su parte, en cuanto al sistema interamericano de derechos humanos, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha considerado que la realización de actos y obras de repercusión pública que contribuyen a la recuperación y conservación de la memoria constituyen una forma simbólica de reparación de daños inmateriales y ha agregado que la investigación y sanción de los responsables de violaciones de derechos fundamentales es una forma de reivindicación de la memoria de las víctimas que permite dar consuelo a sus deudos y resignificar la reprobación oficial de dichas violaciones⁵. Por tanto, la memoria ha comenzado a recibir paulatinamente una atención por parte del Derecho internacional de los derechos humanos, tanto en el sistema universal de protección como el interamericano. No es casualidad que la sentencia en comento invoca como fundamento de su decisión la obligación estatal de reparación consagrada en el art. 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) (consid. octavo).

Ahora bien, es interesante la argumentación de la sentencia acerca de la afectación del derecho a la integridad psíquica. El fallo asume que una víctima de graves violaciones a los derechos humanos experimenta una intensa aflicción espiritual por el solo hecho de saber que en dos establecimientos militares del Estado existen placas e imágenes ubicadas en lugares honoríficos, para conmemorar a unos de los más despiadados perpetradores de los crímenes del pasado reciente (consid. décimo), descartando además la exigencia revictimizadora propuesta por el recurrido, de acompañar peritajes psíquicos.

En conexión con este argumento, es admisible comentar que ante la falta de positivación del derecho a la memoria, es posible demandar su protección por la vía judicial mediante la invocación de derechos civiles o políticos tradicionalmente contenidos en el catálogo de derechos constitucionales. Asumiendo esta premisa, puede ser útil realizar un ejercicio interpretativo de los derechos del art. 19 de la Constitución chilena, con el fin de determinar qué derechos podrían mediar para perseguir este propósito⁶. Así

³ Ministro Mario Carroza, 21.09.2018, Rol 2182-98 “Operación Cóndor”, Parte resolutive III(q); CS, 19.02.2020, Rol 15.310-2020.

⁴ COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2005, párrs. 17-35.

⁵ Cfr. Corte IDH, 03.12.2001, Serie C Nº 88, párr. 53; Corte IDH, 22.02.2002, Serie C Nº 91, párr. 56; Corte IDH, 27.02.2002, Serie C Nº 92, párr. 77; Corte IDH, 25.11.2003, Serie C Nº 101, párr. 278. Para la relación entre memoria, investigación y sanción, vid. Corte IDH, 18.09.2003, Serie C Nº 100, párr. 105. Acerca del tratamiento de la memoria en la jurisprudencia de la Corte IDH, vid. DULITZKY, 2017, pp. 581-604.

⁶ LUTHER, 2010, pp. 52-55, realizando un ejercicio similar en relación con la Constitución española.

como lo sostuvo la sentencia en comento, la memoria como función psicológica puede protegerse mediante el derecho a la integridad psíquica (art. 19 N° 1), ya que este derecho permite tutelar afectaciones graves derivadas de la apología o la negación de violaciones a los derechos humanos.

Por su parte, el derecho a la honra protege la proyección de la dignidad a nivel social y permite defender al titular frente a las ofensas proferidas en su contra o en perjuicio de sus familiares, incluyendo a sus difuntos (art. 19 N° 4). Asimismo, la memoria puede ejercerse en un espacio de intimidad que está tutelado por los derechos protectores de la privacidad (art. 19 n°s 4 y 5). La memoria también puede ser un elemento que toda persona añade a su formación reflexiva política, filosófica o moral, ámbitos tutelados por la libertad de conciencia (art. 19 n° 6).

Un derecho muy relacionado con la memoria es la libertad de expresión, que faculta al titular para opinar e informar respecto de los acontecimientos del pasado sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio (art. 19 N° 12). La memoria puede ser manifestada de múltiples maneras y la expresión artística suele ser empleada para metaforizar el recuerdo, actividad comprendida bajo la tutela de la libertad de creación y difusión de las artes (art. 19 N° 25). Para concluir este listado de ejemplos, la elaboración y conservación de la memoria requiere el acceso a los archivos e información pública (art. 8 inc. 2°).

Por tanto, realizándose una interpretación evolutiva y *pro homine*, debe concluirse que diferentes aspectos de la memoria están tutelados por varios derechos fundamentales consagrados constitucionalmente. Incluso, esta manera de interpretar la protección de la memoria puede conectarse con los derechos humanos garantizados por fuentes del Derecho internacional que se incorporan al ordenamiento interno mediante el art. 5 inc. segundo de la Constitución.

Como hemos señalado, la memoria tiene una relación profunda con el derecho a la reparación. Este último puede conceptuarse como el deber general de los Estados de devolver a la víctima a la situación inmediatamente anterior a la violación de derechos humanos sufrida, y en el evento de que eso fuere imposible, de reparar los efectos negativos de dicho acto ilícito⁷. Por tanto, la memoria es solo uno de los ámbitos abarcados por el derecho y deber de reparación. Este derecho tiene fuentes tanto convencionales, como el precitado art. 63 CADH o el art. 14 la Convención contra la tortura de Naciones Unidas, así como también fuentes consuetudinarias, como reconoce el fallo haciendo referencia a la jurisprudencia de la Corte IDH (consid. octavo).

Como indica la sentencia, para lograr estos fines no solamente se requieren compensaciones en dinero, sino también “medidas que se orienten a una educación integral en la materia —que no la mera instrucción o simple entrega de contenidos— a aquellas que propician la formación de una verdadera cultura en derechos humanos” (consid. octavo). Bajo esta forma de concebir la educación en derechos humanos, como formación integral, la Corte no accedió a la petición conjunta de colocar en lugar de las placas

⁷ Corte IDH, 21.07.1989, Serie C N° 7, párr. 26.

conmemorativas un extracto de la sentencia, argumentando que “su sociabilización [de los derechos humanos] puede integrarse a la labor educativa que la institución tiene que llevar a cabo” (consid. duodécimo). Si bien era indispensable que se retiraran las placas e imágenes para la protección de los derechos afectados, cumplir el deber de reparación y tutelar la memoria, la persecución de estos mismos fines podría haber servido como sustrato argumentativo para acoger la referida petición conjunta.

Las medidas simbólicas de reparación ordenadas por la Corte de Apelaciones corresponden a las llamadas medidas de satisfacción, que apuntan al reconocimiento público de los hechos y la dignidad de las víctimas, expresando la solidaridad de la comunidad hacia ellas⁸. Por su parte, estas medidas también se vinculan con las garantías de no repetición, invocadas también por el recurrente, las que tienen la finalidad de evitar que violaciones de derechos humanos vuelvan a ocurrir. Esto se logra mediante una cultura donde exista consciencia pública acerca del desvalor intrínseco de las violaciones de derechos humanos. En ese contexto, la forma en que se recuerda a Contreras, retirando sus cuadros y no como si fuera un oficial más, muestra a la memoria en su faz de garantía de no repetición⁹. Así, la Corte rechaza lo dicho por el recurrido en orden a que sus fotografías y placas forman parte de un registro histórico, porque para dichos fines bastan anotaciones en libros, fichas, documentos de destinaciones, entre otros (consid. noveno).

Por otra parte, se plantea la cuestión de la titularidad del derecho a la memoria. Aunque no fue discutido de esta manera, sí es posible tratar el tema a partir del hecho que el recurrido cuestionó la existencia de un daño concreto para el recurrente. En este sentido, la titularidad del derecho a la memoria es compleja, pues tiene una doble dimensión, individual y colectiva. La primera corresponde a testigos, partícipes o víctimas de los hechos, mientras que la memoria colectiva está conformada por relatos comunes construidos por una sociedad. En nuestro caso, la existencia de informes de comisiones de verdad, así como la investigación, el juzgamiento y sanción de crímenes de lesa humanidad, han contribuido a la formación de esta memoria social. Desde esta perspectiva, puede decirse que aun cuando las víctimas son indiscutiblemente titulares, la sociedad en su conjunto también tiene este derecho y podría ejercerlo cualquier persona. En este sentido, creemos que una acción de protección de esta naturaleza debiera haberse acogido aun cuando el recurrente no fuese víctima directa de la dictadura, o familiar de víctima, sino cualquier integrante de la sociedad. Esto, en alguna medida se ve ratificado por el hecho que, con ocasión de la noticia de la apelación del Ejército de Chile contra el fallo adverso, diversos actores de la sociedad civil se hicieron parte ante la Corte Suprema.

En relación con el debate pertinente a los sujetos obligados, es indudable que el Estado debe cumplir con las obligaciones de respeto, garantía y promoción de la memoria. Por esta razón, debe abstenerse de vulnerar el derecho a la memoria, siéndole prohibido obstaculizar las actividades destinadas a su (re)elaboración y difusión. La sentencia comentada adopta un razonamiento adecuado cuando señala que el Estado

⁸ En este sentido, CORREA, 2019, pp. 1058-1059; NASH, 2014, p. 81.

⁹ SFERRAZZA y BUSTOS, 2019, p. 23.

tiene la responsabilidad de reparar las consecuencias de la vulneración de derechos interconectados con la memoria.

Aunque la explicación y conservación del pasado constituyen ámbitos indubitados de disputa política¹⁰, un Estado en cuya jurisdicción acontecieron graves violaciones a los derechos humanos en el pasado reciente debe implementar políticas públicas que reconozcan la dignidad de las víctimas¹¹. En un contexto transicional, el deber de neutralidad estatal no resulta quebrantado siempre que todas las violaciones a los derechos humanos calificables como tales a base de los estándares normativos nacionales e internacionales, sean incluidas en el marco de tales políticas.

BIBLIOGRAFÍA

- BLUSTEIN, Jeffrey, 2012: "Human Rights and the Internationalization of Memory", *Journal of Social Philosophy*, vol. 43(1), pp. 19-32.
- COMISIÓN DE DERECHOS HUMANOS, 2005: "Promoción y protección de los derechos humanos. Impunidad. Informe de Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el Conjunto de principios para la lucha contra la impunidad", E/CN.4/2005/102, 18.02.2005. Disponible en <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G05/111/06/PDF/G0511106.pdf?OpenElement>. [Fecha de consulta: 27.04.2020].
- CORREA, Cristián, 2019: "Artículo 63", en Christian Steiner *et al.* (editores), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario*, 2ª ed., Konrad Adenauer Stiftung, pp. 1019-1099.
- DULITZKY, Ariel, 2017: "La memoria en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en Oscar Parra Vera et al. (editores), *La lucha por los derechos humanos hoy. Estudios en homenaje a Cecilia Medina Quiroga*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 581-604.
- ESCUADERO ALDAY, Rafael, 2013: "Jaque a la Transición: análisis del proceso de recuperación de la memoria histórica", *Anuario de Filosofía del Derecho*, N° 29, pp. 319-340.
- LUTHER, Jörg, 2010: "El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia", *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 89, pp. 45-76.
- NASH, Claudio, 2014: *Responsabilidad internacional del Estado*, Santiago, Legal Publishing.
- PUGIOTTO, Andrea, 2009: "Quando (e perché) la memoria si fa legge", *Quaderni costituzionali*, N° 1, pp. 7-35.
- SFERRAZZA, Pietro y BUSTOS, Francisco, 2019: "Violaciones a los Derechos Humanos y derecho a la memoria en Chile", en Hugo Castro (coordinador), *Memoria, patrimonio y ciudadanías*, Valparaíso, Universidad de Playa Ancha, pp. 15-56.

Jurisprudencia Citada

- CORTE IDH. *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. Sentencia de 21 de julio de 1989. Serie C N° 7.
- CORTE IDH. *Cantoral Benavides vs. Perú*. Reparaciones. Sentencia de 3 de diciembre de 2001. Serie C N° 88.
- CORTE IDH. *Bámaca Velásquez vs. Guatemala*. Sentencia de 22 de febrero de 2002. Serie C N° 91.

¹⁰ PUGIOTTO, 2009, p. 21; ESCUDERO ALDAY, 2013, pp. 331-332

¹¹ BLUSTEIN, 2012, pp. 22-23, añadiendo que se trata de un deber integeneracional.

CORTE IDH. *Trujillo Oroza vs. Bolivia*. Reparaciones y costas. Sentencia de 27 de febrero de 2002. Serie C N° 92.

CORTE IDH. *Bulacio vs. Argentina*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100.

CORTE IDH. *Myrna Mack Chang vs. Guatemala*. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C N° 101.

RECENSIONES

Recensiones

MIGUEL ALEJANDRO LÓPEZ OLVERA (coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, 2020 (pp. 283).

El Estado mexicano ha venido creando entes públicos que si bien no son poderes distintos a los que la división tripartita clásica considera, sí están a su mismo nivel: los órganos constitucionales autónomos; es decir, aquellas entidades del Estado que no están sujetas ni atribuidas a los poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial, tienen funciones estatales específicas; están establecidas y configuradas directamente en la Constitución; mantienen con los otros órganos del Estado relaciones de coordinación; cuentan con autonomía e independencia funcional y financiera; y atienden funciones coyunturales del Estado que requieran ser eficazmente atendidas en beneficio de la sociedad¹.

Miguel Alejandro López Olvera, investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, convocó a un grupo de especialistas para analizar estos órganos y de ello resultó el libro *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*, publicado dentro de la serie Doctrina Jurídica de dicho instituto. La obra está dividida en cinco partes: Conceptual; Funciones; División de poderes; Motivos (políticos, técnicos, jurídicos) para la creación de órganos constitucionales autónomos, y Actividades susceptibles de ser realizadas por un órgano constitucional nuevo.

En la primera de ellas se encuentran los trabajos de Jaime Cárdenas Gracia, “Soberanía popular vs. órganos constitucionales autónomos” y José Roldán Xopa “La autonomía constitucional de los órganos reguladores. Hacia una reconstrucción conceptual”. El texto de Cárdenas es un esfuerzo por explicar las razones del gobierno mexicano en funciones por situarlos, en sus palabras “dentro de una lógica republicana”. Para ello, se hace un examen de la razón originaria de los órganos constitucionales autónomos (OCA) en México (como una medida para democratizar al poder público y frenar el presidencialismo) y las razones políticas y técnicas que hicieron que proliferaran a raíz del acuerdo político de 2012 denominado “Pacto por México”. Si bien pudiera pensarse que es un texto progubernista en realidad se está frente a un ensayo de calidad académica que críticamente analiza a los autores clásicos de este tipo de órganos. Se podrá coincidir o no con la postura del autor, pero lo cierto es que aporta elementos para pensar la naturaleza y funciones de los OCA en la actualidad. Por su parte, el profesor Roldán Xopa estudia el concepto de autonomía constitucional y su relación con los órganos reguladores mexicanos en materia de telecomunicaciones, competencia económica y energía. Lo que está en el fondo de la autonomía de estos órganos es que se encuentren

¹ Tesis: P./J. 12/2008, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, novena época, tomo XXVII, febrero de 2008, p. 1871.

distantes de la influencia partidista y cuenten con administraciones especializadas. La autonomía que gozan los órganos reguladores mexicanos tiene una fuente constitucional y dicha autonomía e incluso la existencia misma de los órganos reguladores es vista en la actualidad como una disminución de las facultades del Poder Ejecutivo federal, aunque el cuestionamiento que se desprende de lo anterior es más político que técnico.

En la segunda parte se encuentran tres capítulos, el primero de ellos es de Yuri Pavón Romero, “Poderes tradicionales y funciones públicas. Una visión sistémica de los órganos constitucionales autónomos en México”, en donde se ofrece una aproximación conceptual a la autonomía constitucional federal y local y, para ello, se realizan explicaciones basadas en las palabras poder, instituciones, institucionalidad, competencia, autonomía, entre otras, buscando comprender que el poder no es un sustantivo sujeto de apropiación. “El Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán como órgano constitucional autónomo”, de Javier Olmedo Castillo es el capítulo siguiente en donde se analizan diversos aspectos para la configuración de lo contencioso administrativo como órganos constitucionales autónomos y, para ello, se toma como caso de estudio el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado de Michoacán de Ocampo. Finalmente, el capítulo que cierra esta segunda parte es el escrito por Miguel Alejandro López Olvera, Enrique Meza Márquez y Luis Fernando Ruiz Pérez, “Autonomía constitucional de la Fiscalía General de la República”. Aquí se someten a análisis los elementos vinculados con la autonomía de la Fiscalía General de la República y su relación con los modelos de sistemas penales y se destacan los estándares internacionales aplicables a la autonomía institucional de las fiscalías. De igual manera, se ofrece una descripción de la reforma constitucional de 2014 y del proceso de transición de Procuraduría General de la República a Fiscalía General de la República.

En la tercera parte aparece el capítulo “Montesquieu en el Estado de partidos”, de Javier Ruipérez Alamillo, en el que se analiza la situación española, en donde existe una monarquía constitucional que convive con comunidades autónomas y hay, además, órganos constitucionales autónomos. La lectura de este trabajo resulta de interés para los tratadistas mexicanos, ya que la influencia española en la materia ha sido importante. Marco Antonio Contreras Minero es autor de “¿Es el siglo XXI el tiempo de los órganos constitucionales autónomos en México?”, texto en donde se presenta una descripción del principio de división de poderes para después estudiar la de los OCA con base en dicho principio en la Constitución mexicana. Este texto cierra con un llamado para evitar que los integrantes de los OCA se conviertan en una tecnocracia autoritaria. Eugenia Paola Carmona Díaz de León cierra esta tercera parte de la obra con su trabajo “División de poderes y órganos constitucionales autónomos”, presenta un examen de las ideas de Montesquieu a partir de que él es considerado uno de los autores más señalados del constitucionalismo en tanto que contribuye a clarificar la organización y las limitaciones del Estado. En este sentido, analiza la evolución del concepto de división de poderes y las críticas al mismo y plantea las relaciones y divergencias entre los poderes y los OCA.

Tres capítulos integran la cuarta parte titulada “Motivos”: “Contexto y jerarquización constitucional de la organización autónoma y el control público en Argentina”, de Isaac Augusto Damsky; “Motivos de la irrupción de los órganos constitucionales

autónomos en el ordenamiento jurídico mexicano”, de Gerardo Acuayte González, y “Los órganos constitucionales autónomos”, elaborado por Susana Thalía Pedroza de la Llave. El primero ofrece un examen de la historia constitucional argentina, se refiere al contexto que limitó lo que denomina la jerarquización constitucional del control público, estudia la figura del defensor del pueblo como autoridad constitucional independiente y cierra con una reflexión pertinente a los procesos de designación de los integrantes de los OCA. El trabajo siguiente presenta las causas que hicieron que los OCA aparecieran en el sistema jurídico de México y, a partir de ellas, identifica sus características que los hacen distintos a otros órganos del Estado. Finalmente, el texto de Pedroza de la Llave reflexiona acerca del concepto de autonomía y los grados de autonomía que existen (centralización, la desconcentración y la descentralización), después ofrece un marco teórico para el análisis de los OCA y cierra con una explicación concerniente a este tipo de órganos existentes en México.

En la quinta y última parte en la que se divide el libro que se comenta se ubica el trabajo del coordinador del mismo titulado “Funciones realizadas por los poderes Legislativo, Ejecutivo o Judicial con características para ser realizadas por un órgano constitucional autónomo”, estudia dos características de los OCA: la esencialidad y la dirección política; con base en ello, sugiere la creación de nuevos entes públicos de esta naturaleza y estudia los órganos constitucionales subnacionales; también en esta parte está el capítulo “La defensoría pública como órgano constitucional autónomo. Apuntes para la construcción de un modelo necesario”, de Enrique Meza Márquez, que expone la relevancia de la autonomía constitucional en los órganos de defensa pública, como un elemento para garantizar el derecho de defensa establecido en diferentes documentos de derecho internacional público.

Los diversos trabajos reunidos por López Olvera vienen a enriquecer la literatura que respecto de los órganos constitucionales autónomos se está produciendo desde el Derecho, la Administración Pública y la Ciencia Política. Lo relevante de esta reconfiguración de las funciones y entes que integran el Estado es que tiene como objetivo hacer más eficiente el ejercicio del poder, evitar su concentración excesiva y fortalecer la democracia.

Eduardo Torres Alonso

Profesor

Universidad Nacional Autónoma de México

JUAN FRANCISCO RODRÍGUEZ AYUSO, *Privacidad y coronavirus: aspectos esenciales*, Madrid, Dykinson, 2020 (pp. 218).

La pandemia que, a nivel mundial, estamos sufriendo está dando lugar a numerosos cambios disruptivos en múltiples ámbitos. La tecnología puede ser una herramienta útil para reducir los contagios, pero plantea ciertas dudas respecto del uso que se va a dar a los datos personales que se traten. A toda la problemática que el coronavirus suscita en materia de privacidad se dedica la magistral obra –que es objeto de reseña– a cargo del Dr. Juan Francisco Rodríguez Ayuso. Es Doctor en Derecho Digital, por parte de la Universidad de Bolonia (Italia), habiendo sido becario –por concurso nacional de méritos– del prestigioso Real Colegio Mayor de San Clemente de los Españoles. Es autor de numerosas publicaciones en revistas y editoriales de contrastado prestigio.

Probablemente la presente monografía sea una de las pioneras, a nivel europeo, que analiza la regulación de la privacidad a raíz de la situación planteada por el coronavirus. Respecto de la sistemática de la obra, la misma se estructura en una introducción y tres capítulos.

El primer capítulo analiza, por un lado, el estado de alarma, como medida constitucional excepcional, y su recurso a propósito del Covid19. Por otro lado, estudia la privacidad y el uso de los datos de salud, por parte del responsable del tratamiento, a efectos de verificar, prevenir o atender a pacientes o posibles infectados. La declaración del estado de alarma efectuada en España el 14 de marzo de 2020 –tantas veces prorrogado– supuso una limitación, que no suspensión, del derecho fundamental a la protección de datos. Como bien apunta el autor, hay que adecuar la salvaguarda de este derecho fundamental con el objetivo de permitir un tratamiento legítimo de los datos personales en una situación de emergencia sanitaria internacional.

Especialmente sugerente resulta el estudio que el autor realiza de los tratamientos de datos personales de salud realizados a gran escala. Presentan un riesgo elevado si afectan a un elevado número de interesados y cuando la información personal se usa para investigaciones científicas. A juicio del autor, el tratamiento de datos personales de salud, por parte de los hospitales, públicos o privados, para la atención de pacientes con Covid19, encajaría perfectamente en el tratamiento de datos a gran escala. También lo estaría el tratamiento de datos personales conjuntamente de salud y de geolocalización, por parte de las Administraciones Públicas o empresas privadas mediante aplicaciones móviles que permiten determinar aquellos territorios en los que concurre una mayor cantidad de infectados y, además, si están realizando desplazamientos no autorizados fuera de su domicilio o localidad.

En virtud del principio de licitud del RGPD, el responsable del tratamiento puede utilizar datos de salud para verificar, prevenir o atender a infectados o potenciales afectados por el Covid19. Además de diferenciar entre responsables del tratamiento público y privado, se aluden a las cuatro situaciones en las que se permitirían estos tratamientos: consentimiento del interesado; el cumplimiento de una obligación legal; el interés vital

de la persona infectada; y el interés público de la Administración Pública que establece los medios y fines del tratamiento.

Por lo que respecta a la legitimación en el tratamiento de categorías especiales de datos de afectados y potenciales afectados por el coronavirus, a juicio del autor, podrían ser tanto las Administraciones Públicas como empresas o centros sanitarios privados. En efecto, podrían, en su condición de responsables, tratar datos de personas infectadas o susceptibles de llegar a estarlo para evitar la propagación del coronavirus, en defensa del bien máspreciado: la vida.

Los sujetos implicados en el tratamiento de datos de salud, en supuestos excepcionales de emergencia sanitaria, se abordan en el capítulo segundo. En el mismo el autor examina la vertiente subjetiva de los tratamientos de datos relacionados con el Covid19. Además del responsable del tratamiento, de existencia obligatoria, hay dos sujetos que pueden o no existir, ya que su concurrencia es facultativa: el encargado del tratamiento y el delegado de protección. El encargado del tratamiento debe actuar según las instrucciones ofrecidas por parte del responsable del tratamiento. Este último ha de actuar con especial diligencia a la hora de seleccionar a los empleados que manejarán datos sensibles. La subordinación que impera entre responsable y encargado no obedece, como señala el autor, a una dependencia jerárquica (como en el ámbito laboral entre empresarios y trabajadores), sino a una suerte de delegación de funciones que se efectúa a favor de una organización externa a la del responsable del tratamiento. Ahora bien, la definición que el RGPD efectúa del encargado del tratamiento, como destaca el autor, no concreta el nivel que debería implicar tal delegación. En otras palabras, existe cierta amplitud.

También se refiere al delegado de protección. Repárese en que es quien garantiza la adecuada observancia de la normativa en materia de protección de datos –sin sustituir la labor de las autoridades de control–. Su origen se sitúa en Alemania y, en concreto, en la Ley Federal de Protección de Datos Personales conocida como *Beauftragten Für den Datenschutz*. Aunque tal figura habrá de tener formación jurídica, otros profesionales que hayan adquirido estos conocimientos podrían llegar a ser nombrados delegados de protección aun sin ostentar la oportuna acreditación de un organismo autorizado. Pese a ello, como señala el Dr. Rodríguez Ayuso, lo ideal sería que estos conocimientos especializados fueran el resultado de una formación reglada homologada. Después de analizar los supuestos en los que, según la normativa europea, su existencia es preceptiva, se analiza la posición que ocupará en el organigrama en el que se integre. Es fundamental señalar que uno de sus caracteres habrá de ser su independencia.

Respecto de la geolocalización, es posible reseñar que con las aplicaciones que se han diseñado al efecto, se ofrece a los interesados una autoevaluación básica para identificar a potenciales afectados por el Covid19. También se dan consejos prácticos y conexión a portales de terceros con información. Su verdadera utilidad estriba en que nos permiten localizar, de manera individual, a las personas a efectos de comprobar dónde dicen estar y hacer un estudio de su movilidad, mediante el cruce de datos de los operadores móviles –de forma agregada y anónima–. Esta medida suele concurrir en una fase inicial e intermedia de lucha contra el virus. Especialmente sugerente resulta la aplicación móvil a la que se recurrió en China: *Health Code*, que verifica si el usuario, en algún

momento, se ha encontrado con una persona infectada. Para cuantificar el riesgo que cada persona ostenta de haber contraído el virus –al encontrarse con otros infectados– recurre a un sistema de colores: verde (sano); amarillo (habrá de guardar cuarentena por una semana); y rojo (deberá estar en cuarentena por dos semanas). En el caso de China, los usuarios, antes de entrar a un restaurante o edificio público, deben enseñar su código. Solo podrán acceder si es verde.

En cuanto a la toma de la temperatura en establecimientos abiertos al público, esta medida suele producirse en la fase de la desescalada. En esta última el sector público busca reactivar la economía y permitir que los ciudadanos puedan volver a una situación de normalidad social. En este caso se abren los establecimientos con control de aforo y se toma la temperatura a cada uno de los clientes. También se puede recurrir a cámaras térmicas que toman la temperatura de las personas en una determinada zona.

Finalmente, el capítulo tercero alude a un conjunto de medidas que se pueden tomar para garantizar la seguridad, la confidencialidad y la integridad de los datos personales. En realidad, se presta una mayor atención al aspecto técnico del tratamiento. Especial consideración merece el análisis de riesgos. En la actual regulación lo relevante no es la naturaleza de dato personal que es objeto de tratamiento, sino el riesgo que supone el tratamiento de ese dato personal. Asimismo, debemos destacar las sugerentes manifestaciones que se efectúan a propósito de la protección de datos desde el diseño y por defecto. Resulta vital que la privacidad y la protección de datos se integren en todo el ciclo de vida de la tecnología desde la primera fase del diseño hasta su uso y su eliminación. También se abordan las particularidades que se suscitan a propósito del teletrabajo. No cabe duda que las restricciones de movilidad han impulsado, de manera notable, esta nueva modalidad de prestación de servicios que ya contaba con cierta trayectoria en varios países europeos. Así, se estudian los aspectos técnicos para asegurar la tutela de los datos personales tratados. Es preciso, como apunta el autor, que, a efectos de prueba, cada empleado firme un acuerdo de teletrabajo que comprenda los compromisos adquiridos por el desempeño de sus tareas bajo esta modalidad.

En definitiva, estamos ante una obra pionera de referencia en toda la problemática que se plantea, en materia de privacidad, a propósito de la pandemia del Covid19.

David López Jiménez
EAE Business School, España

Instrucciones para autores/as

1. *Política editorial*

- a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas.

El pluralismo es uno de los valores que inspiran a la revista y su línea editorial se declara aconfesional, no existiendo vinculaciones con ningún tipo de religión, credo, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.

La revista se compone de tres secciones: investigaciones, jurisprudencia comentada y reseñas.

En el desarrollo de su labor, está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”.

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 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. En el archivo respectivo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, tanto en el archivo como en el texto mismo, 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, en especial lo detallado en los numerales 3, 8, 9 y 10.

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.
- 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 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 en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

- a. *Título*. El autor titulará su trabajo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen*. El trabajo 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 trabajo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras*. Las colaboraciones correspondientes a *investigaciones* no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final. La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10) y excluido el contenido del fallo que deberá ser extractado por el autor. Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5).

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis*. Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.
- b. *Subtítulos*. El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
- c. *Citas textuales*. Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
- d. *Notas a pie de página*. Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.

6. *Citas a pie de página*

- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias

obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:

Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.

Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.

Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.

Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.

Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMAN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.

- b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:

Ley 20.422, 2010.

Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.

- c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.

7. Referencias completas al final del trabajo

- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:

Libro:

WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Grueter & Co.

BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.

LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.

INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2° edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 [{"Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254}].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2.

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. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200006&lng=e&scnrm=iso. [Fecha de consulta: 1.12.2016].

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la ley electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, JOSÉ Y YAÑEZ FUENZALIDA, NANCY "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 citadas" y a continuación de la "Bibliografía citada".

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada con fecha 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada con fecha 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile con fecha 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 citada" y a continuación de "Normas jurídicas citadas".

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación*

- 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 Revista 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 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 incidir en el ámbito disciplinar cultivado por la Revista; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptados por la Revista; iii) no enviar el trabajo

por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de tres años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor (como autor único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

- d. *Aceptación o rechazo.* Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba el aviso por escrito respectivo.
- e. *Decisión de publicar.* La *Revista de Derecho de 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 publicará.

9. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista, y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

10. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

a. *Deberes de los autores*

La revista condena éticamente el plagio y pretende combatirlo en cualquiera de sus manifestaciones.

Los trabajos que se envíen a la Revista deberán ser inéditos y el resultado de una investigación original. El trabajo o ideas ajenas deben ser reconocidos como tales mediante reglas de citación o registro.

La autoría se limita a quienes hayan contribuido sustancialmente al trabajo. Todos los autores deben haber aceptado el envío del mismo para su publicación.

Las fuentes utilizadas por el autor deben identificarse de manera que otros puedan acceder a ellas.

Los trabajos enviados a la Revista no podrán ser remitidos simultáneamente a otras. Tampoco podrá remitirse por segunda vez un trabajo que ya fue previamente rechazado.

En caso de existir una fuente de financiamiento del trabajo, el autor deberá comunicarlo al Director de la Revista al momento del envío, como asimismo cualquier conflicto de interés que pudiere repercutir en la imparcialidad de la investigación, como por ejemplo, el hecho de tratarse de un informe en derecho financiado por un tercero.

b. *Deberes del Consejo Editorial*

El Consejo Editorial de la Revista deberá velar tanto por los derechos de los autores como por las buenas prácticas editoriales. El Director deberá informar al Consejo acerca de cualquier tipo de plagio u otra conducta contraria a dichas buenas prácticas que detecte en su labor.

El Consejo deberá resguardar la imparcialidad y confidencialidad de los arbitrajes.

En caso que se presente un caso reñido con la ética, deberá garantizar un procedimiento justo en el que el autor pueda presentar sus descargos.

c. *Deberes de los árbitros*

Los árbitros deben evaluar si el trabajo enviado cumple con los requisitos de forma y fondo definidos por la Revista. Sus juicios deberán ser fundados, de tal manera que resulte claro por qué recomienda o no recomienda la publicación del trabajo y las eventuales modificaciones que sugiere.

El árbitro deberá desempeñar su labor de manera confidencial, objetiva y respetuosa. Asimismo, deberá informar al Consejo Editorial cualquier conflicto de interés que pudiere afectar su evaluación.

En especial, el árbitro deberá colaborar con el Consejo Editorial en la prevención del plagio y, por consiguiente, le informará de cualquier indicio que surja de su revisión.

11. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor 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 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 en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

CIENCIAS DEL DERECHO

Racionalidad teleológica legislativa y eficacia como éxito. Un panorama de dificultades, Diego Almonacid Almarza

Sobre la relación regla/excepción. Una aproximación inferencial, Federico Szczeranski Vargas

DERECHO PRIVADO

Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros, Gabriel Hernández Paulsen, Sebastián Campos Mición

Por la aceptación de los pactos sucesorios de institución y renuncia, Joel González Castillo

La gestación por sustitución como una forma de mercantilización del cuerpo femenino, Marta Szygendowska

La causa grave para remover al socio administrador estatutario en sociedades de personas: una garantía para inversiones con valor específico, Pablo Manterola Domínguez

Régimen de prevención del lavado de activos y contra el financiamiento del terrorismo aplicable a los notarios en Chile: análisis crítico a la luz de las recomendaciones del Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI), Ángela Toso Milo

DERECHO PÚBLICO

Las bases del Derecho Internacional Americano en la obra de Alejandro Álvarez: solidaridad y vida internacional, Juan Ignacio Arias Krause, Mariela Cecilia Avila

La rescisión (o nulidad) por falta de emplazamiento en el Código de Procedimiento Civil chileno, Felipe Gorioitía Abbott

La dicotomía entre política y derecho y la designación de los jueces en Chile, Alexander Espinoza Rausse, Jhenny Rivas Alberti

La Contraloría en el proceso regulatorio, Guillermo Jiménez Salas

El control fiscal y su incorporación al sistema de pesos y contrapesos en Colombia, Paulo Arboleda Ramírez, Milton Jiménez Ramírez, Carolina López Osorio

Régimen de sanciones administrativas y otros actos administrativos desfavorables en el derecho migratorio chileno: parte general, Diego Molina Conzue

Una lección de la defensa de la competencia en la Unión Europea: el principio de continuidad económica, Jesús Alfonso Soto Pineda

DERECHO PENAL

El ataque contra una población civil en la práctica de la Corte Penal Internacional, Claudia Cárdenas Aravena

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Beneficios tributarios y analogía *in bonam partem* ¿Interpretación de textos normativos o conflicto de principios constitucionales? (Corte Suprema), Hugo Osorio Morales

La procedencia de una demanda laboral con una cuantía inferior a diez ingresos mínimos mensuales mediante procedimiento de aplicación general (Corte Suprema), Miguel Downey Rivera

La protección judicial del derecho a la memoria: la remoción de las imágenes de un genocida (Corte Suprema), Pietro Sferrazza Taibi, Francisco Bustos Bustos

RECENSIONES

Miguel Alejandro López Olvera (coord.), *Poderes tradicionales y órganos constitucionales autónomos*. Recensión de Eduardo Torres Alonso

Juan Francisco Rodríguez Ayuso, *Privacidad y coronavirus: aspectos esenciales*. Recensión de David López Jiménez