

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXII - N° 2 • Diciembre 2019

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 los meses de 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

SUSAN TURNER SAEELZER

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

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA,
Director de la Escuela de Graduados

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 (*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 XXXII - Nº 2 (Diciembre 2019)

INVESTIGACIONES

<i>La validez en la ley arcaica. Reflexiones comparativas respecto de las Doce Tablas y las Leges Regiae</i> , Carlos Amunátegui Perelló	9
<i>¡Ponga atención en los obstáculos epistémicos de los estudiantes! Una clave para enseñar derecho probatorio</i> , Claudio Agüero San Juan, Rodrigo Coloma Correa	17
<i>Algunas observaciones críticas al concepto de aplicabilidad como explicación a la aplicación de normas jurídicas irregulares</i> , Marcela Chahuán Zedan	35
<i>La aplicación del derecho como acción colectiva</i> , Josep María Vilajosana	55
<i>El modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida</i> , Olga Cárdenas Gómez, Juliana Arias Escobar, Mariana Mendieta Montoya	77
<i>¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?</i> , Juan Luis Goldenberg Serrano	101
<i>Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos</i> , Lilian San Martín Neira	123
<i>Globalización y precarización laboral en Chile: una mirada desde el conflicto</i> , Roberto Villavicencio Vega	143
<i>Principio de suficiencia y prestaciones mínimas de Seguridad Social: una revisión desde el derecho al mínimo de existencia alemán</i> , Alexandre de le Court	165
<i>El desafío de las concesiones de obra pública: ¿qué (y qué no) concesionar?</i> , Martín Loo Gutiérrez	185
<i>El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva</i> , John Charney Berdichewky	207
<i>La sanción en los supuestos de abuso o simulación como un caso de compliance regulado en materia administrativa</i> , María Pilar Navarro Schiappacasse	231
<i>El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia</i> , Luisa María Brito Nieto	251
<i>Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno</i> , Cristián Riego Ramírez	273

JURISPRUDENCIA COMENTADA

- Tomándonos en serio los principios del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: el caso de la Central Hidroeléctrica Doña Alicia (Corte Suprema)*. Comentario de Felipe Guerra Schleef 299
- El momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción (Corte Suprema)*. Comentario de Bernardo Aylwin Correa 327
- La comprensión del mensaje publicitario y la protección de la voluntad del consumidor desde el derecho a la información (Corte de Apelaciones de Santiago)*. Comentario de Felipe Fernández Ortega 339

RECENSIONES

- Íñigo de la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares, Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y Jurisprudencia*. Recensión de Hernán Corral Talciani 349

INVESTIGACIONES

La validez en la ley arcaica. Reflexiones comparativas respecto de las *Doce Tablas* y las *Leges Regiae*

Carlos Amunátegui Perelló*

RESUMEN

Mientras que la tradición atribuye las primeras leyes de Roma a personajes de tipo fabuloso, como Rómulo o Numa Pompilio, las Doce Tablas, por su parte, son adscritas a un puñado de improbables personajes. Unas son obras de semidioses, mientras que las otras son producto del actuar de personajes más bien mundanos, donde la propia maldad de Appio Claudio es el elemento central que hace dudar de la veracidad del segundo decenvirato. La diferencia de estatus entre ambos tipos de legislador es bastante evidente. Así, mientras que la legislación más antigua es vista como una manifestación divina, la más reciente parece el resultado de una mente criminal. El objetivo de este trabajo será explicar esta diferencia y ofrecer una hipótesis acerca de la relación entre las leyes y los legisladores. Nuestra pregunta central será, por qué los habitantes de Roma necesitaban convertir en dioses a sus primitivos legisladores, mientras que durante la República no solo fueron considerados hombres, sino incluso delincuentes.

Leges regiae – Doce Tablas – validez

The Validity of Archaic Legislation. Comparative considerations about the Twelve Tables and the Leges Regiae

ABSTRACT

Tradition ascribes the first laws of Rome to mythical characters, as Romulus or Numa Pompilius, while the Twelve Tables, on the other hand, are attributed to another bunch of unlikely characters. While the first are the work of demigods, the second are the product of very earthly characters, and Appius Claudius' own evilness is a central element to disregard the whole of the second decemvirate as fictional. The difference of status between both types of lawgivers is quite apparent. The eldest legislation is seen as a divine manifestation, while the second is the product of a criminal mind. The aim of this work is to explain this difference in status and put forward an explanation for the relation between lawgivers and legislation. Our central

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Pontificia Universidad Católica de Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho romano, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: camunate@uc.cl

El presente artículo es parte del proyecto Fondecyt Regular N° 1180022.

Artículo recibido el 19 de enero de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

question will be, why did Romans needed to make their first lawgivers into gods, while during the Republic they were not only men, but felons.

Leges regiae – Twelve Tables – validity

I. INTRODUCCIÓN

De conformidad a la tradición, los primeros y más improbables personajes de la historia legendaria romana habrían producido leyes, como Rómulo o Numa Pompilio. A su vez, y contrastando con la información anterior, la tradición coloca como creadores de las más fundamentales leyes de Roma a un grupo de también improbables personajes, que caminan derechamente por la senda delictual, los decenviros. Mientras que la legislación regia aparece conexas a personajes de tipo mítico o semimítico, los decenviros, por su parte, no solo parecen mundanos, sino que su líder, Apio Claudio, es un criminal. Su intento de violación de Virginia, que parece una réplica de los eventos transcurridos entre Lucrecia y los parientes de Tarquino el Soberbio, hace que el segundo decenvirato pueda ser considerado ficticio. El cambio en el estatus de los legisladores es evidente, debido a que mientras que la legislación más antigua, aquella atribuida a los reyes, es la supuesta obra de divinidades, la segunda, las *Doce Tablas*, es el producto de mentes criminales. El objetivo de este artículo es explicitar las razones para este cambio, ofreciendo una hipótesis que clarifique la relación entre leyes y legisladores en la Roma arcaica.

II. ¿UN PROBLEMA DE VALIDEZ?

El problema de la validez de los actos legislativos parece obvio para la Teoría del Derecho moderna. Una ley es válida si ha sido aprobada por medio de los mecanismos jurídicos prescritos para ello. En palabras de Winkel: *Nuestra concepción de la ley escrita, lex en derecho romano, se encuentra oscurecida por el hecho que Roma no tenía un marco constitucional*¹. En cualquier caso, en la Antigüedad no había nada parecido a la Teoría del Derecho que asegurase la obligatoriedad de las disposiciones creadas por el poder político. Esto parece evidente ya desde los códigos mesopotámicos, que parecen derivar su autoridad de la voluntad misma del rey, quien era simplemente una persona física. Después de su muerte, la obligatoriedad de las leyes por él promulgadas dependía de sus sucesores, quienes podían tanto mantener su voluntad como cambiarla. En el epílogo del Código de Hammurabi encontramos un conjunto de recomendaciones y maldiciones a los futuros soberanos que podrían estar tentados de alterar sus preceptos². Esto es particularmente claro en el caso de los tratados internacionales, que parecen obligar

¹ WINKEL, 2012, p. 239. Las traducciones desde el inglés son del autor.

² Acerca del problema, véanse: RENGER, 1994, pp. 27-58; WESTBROOK, 2015, pp. 181-193.

solo a la persona que hizo el juramento del tratado. Cuando un rey moría, estos debían ser renovados por su sucesor³.

La situación parece evolucionar durante una etapa relativamente tardía, en las áreas costeras periféricas de los grandes imperios del Medio Oriente, durante los siglos VIII y VII a.C.⁴ En el *Deuteronomio* y el *Levítico*, por ejemplo, las leyes no eran actos de un poder político temporal, sino que eran atribuidos a un legislador permanente. En palabras de Westbrook: *En algún lugar dentro de esta transición descansa también todo el concepto de la narrativa histórica de la Biblia, asimilando los párrafos de distintos códigos en un único acto legislativo, y proyectando dicho acto legislativo a un pasado distante*⁵.

Los primeros legisladores griegos parecen estar insertos en la misma tradición intelectual. Minos, Licurgo y Dracón son personajes semimíticos cuyos poderes legislativos se encuentran respaldados por los mismos dioses. Solón, incluso, habría hecho que los atenienses jurasen respetar sus leyes hasta que retornase, para luego salir de la ciudad y no volver jamás a ella, asegurándole a sus disposiciones un poder vinculante perpetuo. En la tradición griega, el estatuto divino de algunos legisladores y su uso del poder divino viene a reforzar el poder obligatorio permanente de las leyes⁶.

Esta tradición parece ser seguida por los romanos en las leyes que atribuyen a sus primeros reyes legisladores. De hecho, aquellos que tienen una más notable trayectoria como legisladores, mantienen orígenes oscuros y divinos. Rómulo se convierte en Quirino, quien compartía con Júpiter y Marte el lugar de deidades tutelares de la ciudad. Numa Pompilio era amante de una diosa, quien le susurraba el marco conceptual de sus leyes. Incluso Servio Tulio era fruto de una concepción divina, lo que lo habilitaba para construir una nueva constitución para Roma. En este contexto, las leyes hechas por reyes históricos pueden haber sido atribuidas a personajes míticos pertenecientes al pasado, con el fin de darles validez. Hay una escena interesante en la tradición que podría apuntar en esta dirección. De acuerdo con la tradición, cuando Tarquino Prisco quiso modificar las leyes de Rómulo y expandir el número tradicional de centurias de caballería más allá de las tradicionales tribus genéticas de Ramnes, Tities y Luceres, el augur Arto Nevio se opuso (Dion. 3.70; Liv.1.36; Cic. De Rep. 2.36; Fest. 169.25; Flor. Epit. 1.1.150). Con el objetivo de probar que era un charlatán, Tarquino le ordena que corte su piedra de afilar con su navaja, lo que él hizo al instante, dejando a Tarquino perplejo. Esta intrigante escena apunta a una cierta incapacidad de los reyes de alterar el marco básico de la *res publica* sin contar con la aprobación religiosa. Es importante mencionar que la tradición le atribuye a Tarquino Prisco una importante reestructuración del contexto material de la ciudad⁷, lo que incluye el Foro⁸,

³ CHARPIN, 2010, l.1632.

⁴ Como señala Westbrook: *Las referencias se encuentran en los profetas hebreos respecto de obedecer la ley (torah) de Dios como un cuerpo independiente de reglas, y no como el simple querer de Dios*. WESTBROOK, 2003, p. 20.

⁵ WESTBROOK, 2003, p. 21.

⁶ HARRIES, 2007, p. 86.

⁷ TORELLI, 1989, p. 37; MOMIGLIANO, 1989, p. 95-96; SMITH, 1996, p. 150; EDLUND-BERRY, 2013, p. 406-425.

⁸ CORNELL, 1995, p. 102.

el Senado⁹ y al *Comitium*. Toda la infraestructura que soportaría la superestructura jurídica y política de Roma se construyó bajo su reinado. Esto es, evidentemente, indicativo no solo de una rigurosa autoridad central a cargo de la construcción¹⁰, sino también de una posible reconfiguración del marco constitucional que posibilita el ejercicio de un poder tal. Otra escena de la tradición que resultará útil con el fin de comprender el fenómeno es el conocido fragmento del *Enchiridii* de Pomponio, donde se cita cierto texto jurídico que habría sido escrito por un tal Sexto Papirio durante la etapa regia (D.1.2.2). El texto no es claro en cuanto a si el personaje habría vivido bajo el reinado de Tarquino Prisco o de Tarquino el Soberbio¹¹, toda vez que se refiere al rey de la época como Superbus (el apodo de Tarquino el Soberbio), calificándolo como hijo de Demarato de Corintio, personaje que la tradición identifica como el padre de Prisco. De acuerdo con Dionisio de Halicarnaso, su *praenomen* sería Gayo y no Sexto, y habría escrito poco después de la expulsión de los reyes y la instauración de la República (Dion. Hal. Ant. Rom. 3.36.4). Paulo, por su parte, señala que el jurista Granio Flacco, posiblemente durante la época de César, habría, incluso, escrito un libro acerca del trabajo de Papirio (D.50.16.144). Aunque un documento de tal naturaleza, escrito supuestamente durante el siglo VI a.C., debiese resultar prácticamente ilegible para un académico del siglo I a.C., no debiésemos simplemente desechar la tradición como una invención¹², como hizo la escuela hipercrítica a comienzos del siglo XX¹³. En el siglo que nos separa de los estudios de la hipercrítica, hemos aprendido que el pasado más remoto de Roma era más cercano a lo que la tradición enseñaba, que lo que la historiografía suponía. Hay una cantidad de obras públicas que parecen calzar en el marco temporal adscrito para ellas por la tradición¹⁴, incluyendo la desecación del área del Foro, la construcción de muchos templos, la casa del Senado y de la Regia. Sabemos que habían reyes en Roma e incluso podemos intentar adivinar el significado de una de sus leyes. Algunos de los personajes que la tradición nos presenta han salido de la leyenda para instalarse cómodamente en la historia, como Valerio Poplicola, luego del descubrimiento del *lapis satricanus*¹⁵.

Por improbable que parezca, cierta información acerca de la comunidad arcaica sobrevivió desde las más tempranas épocas de Roma hasta el siglo III a.C., cuando las primeras narrativas históricas fueron compuestas¹⁶. La narrativa relativa a las leyes de Rómulo que nos entrega Dionisio de Halicarnaso parece compacta y coherente (Dion. Hal. 2.7-29), como una suerte de cápsula literaria precisa y autocontenida¹⁷, como si

⁹ Véase al respecto el detallado estudio: BARTOLI, 1963.

¹⁰ Véase: COARELLI, 1983, pp. 119-160 y AMMERMAN, 1990, pp. 627-645.

¹¹ Acerca de las incertezas que rodean a Sexto Papirio, véase: WATSON, 1972, pp. 100-105 y MOMIGLIANO, 1989, p. 107-108.

¹² Esta es la conclusión más importante de WATSON, 1972, pp. 100-105.

¹³ Véase: VON HIRSCHFELD, 1903, pp. 1-12.

¹⁴ CORNELL, 2005, p. 55.

¹⁵ Véase: COARELLI, Filippo, cit. (n.68), pp. 79-83; WISEMAN, 1998, pp. 76-89.

¹⁶ CORNELL, 1995, p. 24.

¹⁷ BALSODON, 1971, pp. 18-27.

hubiese sido tomada de un documento previo con varias capas de reelaboración. Esto calzaría con los comentarios realizados durante el siglo I a.C. por el jurista Granio Flaco, quien aparentemente habría trabajado sobre un material previo atribuido a cierto Papirio. Cualquiera que sea la naturaleza de dicho material, es posible que algún documento de la República temprana, o tal vez de la monarquía, contuviese algunas de las leyes que la tradición atribuye a los primeros reyes de Roma, especialmente porque estas normas parecen ser generalmente conocidas por la población, a pesar de encontrarse obsoletas incluso a comienzos de la República y no figurar en las *Doce Tablas*. Las reglas relativas a la constitución de las curias y cómo convocarlas parecen encontrarse frescas en la memoria colectiva, aunque sus funciones y poderes se encontrasen parcialmente absorbidos por las centurias, incluso en las etapas más tempranas del desarrollo de la República.

Sea como fuese, durante el marco temporal que cuadra con la primera dinastía Tarquina, es posible que la configuración política de la ciudad haya sido alterada en un sentido más racionalista y centralizado, como sugiere la evidencia material. La construcción de la casa del Senado (también conocida como Curia), del *comitium* y de la Regia apuntan en esa dirección. La tradición parece implicar una que Tarquino Prisco carecía de poderes suficientes para enfrentar el problema, por lo que una respuesta apropiada al problema sería el atribuir las instituciones básicas de la ciudad a un héroe fundador epónimo –Rómulo–, quien tendría suficiente autoridad divina para organizar racionalmente las instituciones básicas de la ciudad. El personaje conocido como Servio Tulio parece haber resuelto el problema de una forma distinta, dándose a sí mismo un estatus divino que le permitiría construir una nueva organización para la ciudad. Las leyes más antiguas de la ciudad habrían sido retroproyectadas al pasado más distante de la misma, con el fin de darles un refuerzo divino a su poder vinculante, de manera coherente con los modelos legislativos de Grecia y del Oriente Medio de la época, como las leyes atribuidas a Minos o a Moisés parecen implicar. Como veremos, una aproximación completamente distinta parece subyacer a las *Doce Tablas*.

III. LEYES SECULARES

Como se ha notado frecuentemente, la tradición es bastante contradictoria respecto de los orígenes de las *Doce Tablas*. En particular, la historia completa del segundo decenvirato parece carecer de sentido¹⁸. Muchos de sus aspectos están abiertos al debate, incluyendo el extraño hecho que era la primera vez que los plebeyos habrían sido admitidos a una magistratura superior, ellos habrían legislado en contra de su propia capacidad para contraer matrimonio con los patricios. Sea como fuese, uno de los aspectos más intrigantes de la tradición dice relación con la historia de Appio Claudio y Virginia. La historia es melodramática y calzaría perfectamente en una telenovela moderna. Probablemente

¹⁸ DE MARTINO, 1972, p. 305; DRUMMOND, 1989a, p. 114 y DRUMMOND, 1989b, p. 230; CRAWFORD, 1996, p. 560; CAPOGROSSI COLOGNESI, 2007, p. 91; FORSYTHE, 2006, p. 223.

Solo Cornell parece estar inclinado a darle un poco más de fe a la historia. Véase: CORNELL, 1995, p. 273.

está inspirada en la historia de Lucrecia¹⁹ e ilustraría un poderoso lema de la sociedad romana, la muerte es preferible a la servidumbre (*mors servituti turpitudinique anteponenda [est]*, Cic. de Off. 1.81).

Hay una teoría interesante propuesta por Noailles²⁰ y más tarde retomada por Ogilvie²¹, que considera la posibilidad de que algunas de las disposiciones de las *Doce Tablas* estuviesen acompañadas de ejemplos con el propósito de hacer más comprensible su significado, sea que hubiesen sido agregados durante la misma República temprana o en alguna época posterior, tal vez por parte de Sexto Elio Peto (cos. 198 a.C.). El caso de Virginia sería una de estas historias que ejemplifica la *causa liberalis*. La tradición habría interpretado los casos como eventos reales y, por tanto, los habría agregado al relato histórico. Aunque tal interpretación es tentadora, la teoría deja algunas interrogantes importantes sin resolver, como, por ejemplo, ¿por qué los romanos habrían convertido a sus legisladores más importantes en una pandilla de delincuentes? En lugar de rodearlos de divinidad —como en el caso del personaje ficticio llamado Rómulo o el rey conocido por nosotros como Servio Tulio— ellos abiertamente escogieron convertirlos en tiranos. Parece existir un agudo contraste entre los legisladores tradicionales griegos y los decenviros romanos, ya que mientras los primeros estaban inspirados por la divinidad, los segundos son completamente mundanos²².

Otro aspecto oscuro de las *Doce Tablas* es el procedimiento utilizado para aprobarlas. La tradición es contradictoria en ello. De acuerdo con Livio y Dionisio (Liv. A.U.C. 10.34.6; Dion. Hal. 10.57.6), las primeras diez tablas habrían sido expuestas públicamente y aprobadas por los *comitia centuriata*, mientras que las dos tablas finales no parecen haber seguido un procedimiento constitucional equivalente (Liv. A.U.C. 3.57.10; Dion. Hal. 10.60.5), sino que habrían sido simplemente incluidas junto con las otras diez como una suerte de suplemento. Diodoro (12.24-26), por su parte, parece creer que las *Doce Tablas* no fueron terminadas por los decenviros, sino por los cónsules. La historia presenta un primer decenvirato virtuoso, seguido por otro de corte tiránico, donde el primero seguiría el orden constitucional convencional, mientras que el segundo abusaría de su poder. La misma idea parece estar presente en el calendario de Rómulo, que originalmente estaría compuesto de diez meses, a los que Numa Pompilio le agrega dos para totalizar doce (Plutarch, Numa, 19). Estas contradicciones llevaron a parte de la academia del siglo XX a creer que las *Doce Tablas* eran una suerte de *leges datae*, esto es, que fueron simplemente impuestas por los decenviros, más nunca aprobadas formalmente por los *comitia*, como sería el procedimiento propio de las *leges rogatae*²³.

En cualquier caso, es interesante que no se cuestionase la validez de las *Doce Tablas* como conjunto. De acuerdo con Pomponio, los decenviros podían crear, interpretar y

¹⁹ Véase: GIRARD y SENN, 1977, p. 25; DRUMMOND, 1989b, p. 230; CORNELL, 1995, p. 273.

²⁰ NOAILLES, 1942, pp. 106-138.

²¹ OGILVIE, 1962, pp. 477-483.

²² HUMBERT, 2005, p. 6.

²³ BINDER, 1909, p. 522; DE FRANCISCI, 1943, p. 274; GUARINO, 1975, p. 210. En contra, DE MARTINO, 1972, p. 308.

corregir las leyes que quisiesen (*datumque est eis ius eo anno in civitate summum, uti leges et corrigerent, si opus esset, et interpretarentur neque provocatio ab eis sicut a reliquis magistratibus fieret* D.1.2.2.4), por lo que al agregar dos tablas más a las diez originales estarían simplemente ejerciendo el poder conferido a ellos. En cualquier caso, en palabras de Drummond *Sea que las tablas fuesen objeto de aprobación comicial o no, su aceptación descansaba en el reconocimiento público y general de la ley que consagraban*²⁴.

Es igualmente intrigante el tono secular utilizado en las leyes en su conjunto. Aunque algunas de las penas parecen implicar una concepción religiosa del mundo, como el celeberrimo *sacer esto*, contemplado a modo de sanción que algunas de sus disposiciones contienen, ni en los fragmentos supervivientes, ni en la tradición parece existir ningún tipo de intervención divina con el fin de asegurar su obligatoriedad. En términos sencillos, las *Doce Tablas* son obligatorias porque son leyes, y no por ningún tipo de respaldo divino que las refuerce. De esta manera, ellas se apartan no solo de la tradición griega más antigua, sino también de sus raíces de Medio Oriente que requerían de un legislador permanente para dar una vigencia atemporal a las leyes. Las leyes aparecen separadas del legislador, no son simplemente su voluntad expresada en forma escrita, sino que se convierten en un instrumento secular con una validez propia. Interpretar nunca será para los romanos un acto adivinatorio de la voluntad del legislador, ni necesitarán una *ouija* para ponerse en contacto con su “espíritu”. La ley es simplemente una promesa pública (*communis rei publica sponsio* D.1.3.1), como señalará Papiniano, y su significado lo da su razón. En este sentido, las *Doce Tablas* son las primeras leyes seculares y modernas en la tradición jurídica Occidental, con una naturaleza distinta de las primeras leyes de los reyes. Siglos más tarde, cuando la herejía donatista divida la opinión pública africana en los albores de la legalización del cristianismo, los mismos argumentos influirán en la ortodoxia calcedónica: incluso el acto de un delincuente puede ser válido, porque su mal hacer no afecta la naturaleza de sus actos.

BIBLIOGRAFÍA

- AMMERMAN, Albert J., 1990: “On the Origins of the Forum Romanum”, en *American Journal of Archeology* 94-4, pp. 627-645.
- BALSDON, J. P. V. D., 1971: “Dionysius on Romulus: A Political Pamphlet?”, *Journal of Roman Studies* 61, pp. 18-27.
- BARTOLI, Alfonso, 1963: *Curia Senatus. Lo scavo e il restauro*, v. 1, Roma, Istituto di Studi Romani.
- BINDER, Julius, 1909: *Die Plebs: Studien zur Römischen rechtsgeschichte*, Leipzig, Deirecht.
- CAPOGROSSI COLOGNESI, Luigi, 2007: *Diritto e potere nella storia di Roma*, Nápoles, Jovene.
- CHARPIN, Dominique, 2010: *Writing, Law, and Kingship in Old Babylonian Mesopotamia*, Chicago y Londres, University of Chicago Press, Kindle edition.
- COARELLI, Filippo, 1983: *Il foro romano. Periodo arcaico*, Roma, Quasar.

²⁴ DRUMMOND, 1989b, p. 231.

- CORNELL, Tim J., 1995: *The Beginnings of Rome. Italy and Rome from the Bronze Age to the Punic Wars (c.1000-264 BC)*, London y New York, Routledge.
- CORNELL, Timothy J., 2005: "The Value of the Literary Tradition Concerning Archaic Rome", en Raflaub, Kurt. A. (Ed.), *Social Struggles in Archaic Rome. New Perspectives on the Conflict of the Orders*, Oxford, Blackwell.
- CRAWFORD, Michael H., 1996: *Roman statutes* v.2, Londres, Institute of Classical Studies.
- DE FRANCISCI, Pietro, 1943: *Storia del diritto romano*, v.1, Milán, Giuffrè.
- DE MARTINO, Francesco, 1972: *Storia della costituzione romana*, v.1, Nápoles, Jovene.
- DRUMMOND, Andrew, 1989a: "Rome in the Fifth Century I: The Social and Economic Framework", en *The Cambridge Ancient History. The Rise of Rome to 220 B.C.*, v.7-2, Cambridge, Cambridge University Press.
- DRUMMOND, Andrew, 1989b: "Rome in the fifth century II: the citizen community", en *The Cambridge Ancient History. The Rise of Rome to 220 B.C.*, 7-2, Cambridge, Cambridge University Press.
- EDLUND-BERRY, Ingrid, 2013: "Early Rome and the Making of "Roman" Identity through Architecture and City Planning", en *A Companion to the Archeology of the Roman Republic*, Malden-Oxford, Blackwell.
- FORSYTHE, Gary, 2006: *A Critical History of Early Rome*, Berkeley, California University Press.
- GIRARD, Paul Frédéric y SENN, Félix, 1977: *Les lois des Romains*, Nápoles, Jovene.
- GUARINO, Antonio, 1975: *La rivoluzione della plebe*, Nápoles, Jovene.
- HARRIES, Jill, 2007: "Roman Law Codes and the Roman Legal Tradition", en Cairns, John W. y du Plessis, Paul (Eds.), *Beyond Dogmatics. Law and Society in the Roman World*, Edinburgh, Edinburgh University Press.
- HUMBERT, Michel, 2005: "La codificazione decemvirale: tentativo d'interpretazione", en Humbert, Michel (Ed.), *Le Dodici Tavole. Dai Decemviri agli Umanisti*, Pavia, Iuss Press.
- MOMIGLIANO, Arnaldo, 1989: "The Origins of Rome", en *The Cambridge Ancient History*, 7-2, Cambridge, Cambridge University Press, 1989.
- NOAILLES, P., 1942: "*Le procès de Virginie*", en *REL* 20, pp. 106-138.
- Ogilvie, R.M., 1962: "The Maid of Ardea", en *Latomus* 21-3, pp. 477-483.
- RENGER, J. 1994: "Noch einmal: Was war der 'Kodex' Hammurapi –ein erlassenes Gesetz oder ein Rechtsbuch", en Gehrke, H.-J. (ed.), *Rechtskodifizierung und soziale Normen im inetrkulturellen Vergleich*, Tübingen, Gunter Narr Verlag, pp. 27-58.
- SMITH, Christopher John, 1996: *Early Rome and Latium*, Oxford, Oxford University Press.
- TORELLI, Mario, 1989: "Archaic Rome Between Latium and Etruria", in *The Cambridge Ancient History*, 7-2, Cambridge, Cambridge University Press.
- VON HIRSCHFELD, Otto, 1903: "Die Monumenta des Manilius und das Ius Papirianum", en *Sitzungsberichte der Königlich Preussischen Akademie der Wissenschaften zu Berlin*, Berlin, Deutsche Akademie der Wissenschaften zu Berlin.
- WATSON, Alan, 1972: "Roman Private Law and the Leges Regiae", en *The Journal of Roman Studies* 62, pp. 100-105.
- WESTBROOK, Raymond, 2003: "The Character of Ancient Near Eastern Law", en Westbrook, Raymond (Ed.), *A History of Ancient Near Eastern Law*, Leiden-Boston, Brill, 2003.
- WESTBROOK, Raymond, 2015: "Codification and Canonization", en *Ex oriente lex. Near Eastern Influences on Ancient Greek and Roman Law*, Baltimore, John Hopkins University Press, pp. 181-193.
- WINKEL, Laurens, 2012: "The Roman Notion of lex", en Ferrary, Jean-Louis, *Leges publicae. La legge nell'esperienza giuridica romana*, Pavia, Iuss press, pp. 239-256.
- WISEMAN, T.P. 1998: *Roman Drama and Roman History*, Exeter, University of Exeter Press.

¡Ponga atención en los obstáculos epistémicos de los estudiantes! Una clave para enseñar derecho probatorio

Claudio Agüero San Juan*

Rodrigo Coloma Correa**

RESUMEN

Este artículo propone enseñar la competencia “resuelve conflictos jurídicos” en un curso de derecho probatorio usando problemas, en lugar de preguntas o casos. Los problemas son artefactos didácticos que se caracterizan porque, por un lado, fuerzan a los estudiantes a desarrollar la habilidad de producir, organizar y valorar pruebas que confirmen o refuten hechos relevantes en contextos análogos al judicial y, por el otro, permiten al profesor conocer las trayectorias de pensamiento de los estudiantes, hacer visibles sus obstáculos epistémicos y modificar sus rutinas de pensamiento. El análisis pone especial énfasis en el concepto de obstáculo epistémico y sus dificultades.

Derecho probatorio – formación inicial de abogados – obstáculos epistémicos

*Pay attention to the students' epistemic barriers.
A key for teaching Evidence Law*

ABSTRACT

This essay proposes to teach the competence of “solving legal conflicts” in an undergraduate Evidence Law module using “legal problems”, instead of cases or questions. Legal problems are didactic devices characterized by two elements. First, students are compelled to develop the

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica de Temuco. Doctor en Ciencias Humanas, Universidad Austral de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: agüero.claudio@gmail.com

** Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad Carlos III de Madrid, España. Profesor del Departamento de Ciencias del Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: rcoloma@uahurtado.cl

Este trabajo presenta resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT 1170872 “Prueba de los hechos. Coordinación entre el lenguaje de la teoría y el lenguaje de la práctica”. Ambos autores son investigadores de dicho proyecto.

Artículo recibido el 15 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

skills to produce, organize and assess evidences that confirm or refute relevant facts in contexts analogous to judicial. Second, teachers are allowed to know the line of thought of their students, and consequently, by making epistemic barriers visible, to modify the student's thinking routines. The analysis places special emphasis on the concept of epistemic barrier and its difficulties.

Evidence Law – lawyers' initial training – epistemic barriers

INTRODUCCIÓN

Este texto propone una metodología de trabajo para un problema pedagógico que es difícil de resolver en un curso de derecho probatorio. El asunto consiste en que los estudiantes tienden a transferir automáticamente sus prácticas de producción, organización y valoración de pruebas desde la cotidianidad¹ hacia los contextos jurídicos, lo que –en ocasiones– conduce a resultados deficientes. El déficit al que nos referimos se asocia a un despilfarro de las posibilidades explicativas disponibles desde el material probatorio disponible en un juicio y de las generalizaciones válidas, según lo estipulado por el sistema jurídico respectivo y lo concordado por una comunidad de especialistas. Aquello se hace visible fundamentalmente en el tipo de alegatos y sentencias que serán capaces de producir si asumen los roles de abogados y jueces².

Todo proceso de aprendizaje aspira a que quienes hoy son estudiantes operen, en el futuro, de una manera “tecnologizada”. Esta expectativa es difícil de satisfacer si no se erradican, de modo temprano, las formas de actuar propias del *sentido común*. El asunto, en palabras sencillas, es el siguiente. En un curso de derecho probatorio se espera que los estudiantes sean capaces de hacer *ciertas cosas* con pruebas, conjeturas y discursos justificativos. Ya en la primera clase del curso cualquier estudiante es capaz de resolver problemas sencillos de producción, organización y valoración de pruebas recurriendo a sus concepciones y rutinas previas³. Aunque hay sofisticadas “tecnologías de razonamiento probatorio”⁴

¹ A esta afirmación subyace una tesis fuerte: las personas producimos, organizamos y valoramos pruebas a diario y este *razonamiento probatorio cotidiano* es común a todos los participantes de una comunidad. Este modo de valorar hechos nos resulta útil en tareas simples como elegir un regalo para nuestra madre, decidir cómo armar una maleta para las vacaciones o formarnos una opinión acerca de si un político miente en una conferencia de prensa. Asumimos la verdad de esta tesis como un postulado, pues su análisis excede los límites de este trabajo.

² De la manera de hacerse cargo de lo probatorio en las sentencias, ver ACCATINO, Daniela, “La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales”, en PÁEZ, Andrés, *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, pp. 65 y ss.

³ La expresión “concepciones previas” hace referencia a un conjunto heterogéneo y difuso de saberes y nociones culturales de los estudiantes. Las concepciones previas de los estudiantes concernientes a la prueba “son creencias muy arraigadas sobre cómo funciona el mundo y esas creencias sobreviven a pesar de la enseñanza formal y a menudo coexisten con las ideas ‘científicas’”. WILLIAM, Leonard; GERACE, William y DUFRESNE, Robert, “Resolución de problemas basada en el análisis. Hacer del análisis y del razonamiento el foco de la enseñanza de la física”, en *Enseñanza de las Ciencias*, N° 20 (3), 2002, p. 389.

⁴ La palabra “tecnología” es una metáfora que enfatiza que la comunidad jurídica no acepta cualquier estructura discursiva, ni forma de valorar pruebas, ni tipo de razonamiento. Cfr. GARCÍA PETIT, María Cecilia y

disponibles⁵, es curioso que la mayoría de las respuestas iniciales de los estudiantes puedan resultar satisfactorias para variados contextos legos como lo sería también un razonamiento periodístico respecto de un caso judicial bullado⁶. Sin embargo, esas mismas respuestas serán claramente insuficientes cuando se ubican en contextos especializados como lo es la judicatura. Así como el estudiante no conoce las formas más sofisticadas de operar con pruebas, seguramente no advertirá qué distingue el razonamiento probatorio cotidiano del razonamiento probatorio especializado. Para mejorar su desempeño el estudiante se esforzará, entonces, por poner un poco más de cuidado en lo que hace (siempre) desde el sentido común, pero no advertirá que la trayectoria de todo lo que hace debiera ser diferente.

La enseñanza del derecho probatorio no es útil si se subordina totalmente a disposiciones normativas vigentes⁷. Esta afirmación se funda en dos tipos de razones. En primer lugar, en el plano del diseño institucional, progresivamente las disposiciones que hacen referencia al resultado probatorio han sido desplazadas por disposiciones minimalistas que aseguran la vigencia de un sistema de Sana Crítica⁸. Así, la densidad normativa del derecho probatorio es cada vez menor. En segundo lugar, en un plano epistemológico, la racionalidad del razonamiento probatorio en contextos jurídicos —a diferencia del razonamiento lógico-matemático— no depende únicamente del seguimiento de reglas explícitamente formuladas. Un razonamiento probatorio sofisticado ha domesticado un variado conjunto de razones para creer: conocimientos científicos, percepción directa de los fenómenos, testimonios fiables, etcétera. En este plano, buena parte de la racionalidad del razonamiento probatorio en contextos jurídicos no depende de lo que dice la ley.

En este contexto, creemos que la enseñanza del derecho probatorio vale la pena si asume un cierto grado de complejidad y se ocupa de fortalecer competencias tales como “resuelve conflictos jurídicos en contextos de actuación profesional”⁹. Para lograr lo recién anunciado es necesario identificar lo que funciona mal en el proceso de resolución de un

AGÜERO SAN JUAN, Claudio, “Bases para el estudio de la dinámica discursiva en la comunidad jurídica chilena”, *Rev. Derecho* (Valdivia). 2014, vol. 27, n. 1, pp. 59-79.

⁵ ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 153-204.

⁶ Nótese que el trabajo de los periodistas también debe gestionar medios de prueba (llamados *fuentes periodísticas* en la jerga especializada) para construir la información que comunica.

⁷ Esto fue observado por autores de la talla de Bentham, Thayer y Wigmore. No es de extrañar, entonces, que en el siglo XX, en el ámbito anglosajón, se haya producido un cambio en la clase de artículos publicados. Cfr. PARK, R., SAKS, M., “Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn”, en *47 Boston College Law Review*, 2006, p. 952.

⁸ AGÜERO SAN JUAN, Claudio. “La Sana Crítica como cláusula general”, en Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (editores), *La sana crítica bajo sospecha*, publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, Valparaíso, 2018, p. 153-162.

⁹ Técnicamente, la competencia es más compleja. En ocasiones se espera de los abogados o jueces la gestión de un problema, sin que necesariamente se llegue a una solución, entendida en términos fuertes. Para los efectos de no apartarnos de la terminología estándar hablaremos de esta competencia usando solo el término “resuelve”.

conflicto, explicitar los pasos a seguir para su resolución y, a la vez, modificar las rutinas de pensamiento que optimicen la producción de soluciones conformes con el derecho¹⁰.

El uso de problemas como método que guía la interacción entre profesores y estudiantes hace posible la detección de fallos en la manera de actuar de los estudiantes. A estos fallos metodológicos los llamaremos obstáculos epistémicos¹¹. La terminología proviene del filósofo de la ciencia francés Gastón Bachelard, quien trabajó el concepto en su *La formación del espíritu científico: contribución a un psicoanálisis del conocimiento*. En ese libro Bachelard señala: “En el acto mismo de conocer, íntimamente, por una suerte de necesidad funcional, aparecen morosidades y trastornos [...], causas de estancamiento e incluso de regresión [...] que llamaremos obstáculos epistemológicos [...] Detectar los obstáculos epistemológicos contribuye a fundar los rudimentos de un psicoanálisis de la razón”¹².

La identificación y superación de los obstáculos epistémicos que afectan la resolución de un problema no es una tarea sencilla, tanto es así que no es inimaginable que un estudiante logre avanzar en el dominio de la competencia sin llegar a modificarlos por completo¹³. Es por ello que, probablemente, la mejor manera de representar el dominio de la competencia de resolución de conflictos jurídicos sea una espiral. Las espirales carecen de fronteras nítidas en sus distintos niveles y admiten diferentes puntos de observación. Los estudiantes ascienden en el nivel de dominio de la competencia así como una persona sube por una escalera de caracol, donde no siempre es claro en qué piso se encuentra. Así las dificultades de un futuro abogado pueden situarse en distintos puntos, los que dan cuenta de diferentes obstáculos epistémicos¹⁴ que exigen detenerse para trabajar respecto de ellos modificando rutinas de pensamiento y acción.

Los proyectos orientados al fortalecimiento de la competencia “resuelve conflictos jurídicos” saldrán airosos en la medida de que quienes logran dominar ciertos saberes y estrategias se inserten mejor en el campo de trabajo de los juristas, que quienes no lo

¹⁰ Esta competencia expresa una paradoja. Por un lado, los abogados son una comunidad profesional con estándares de desempeño y técnicas de evaluación de rendimiento y, al mismo tiempo, la formación de los abogados es cada vez más *desprofesionalizada*, porque empleadores y universidades enfatizan la enseñanza de competencias menos técnicas. Este problema no es exclusivo del derecho. En medicina ocurre algo semejante. Cfr. HERNÁNDEZ, Juan, *Sociología de las profesiones sanitarias*, Escuela Nacional de Sanidad, Madrid, 2012, Tema 6.9.

¹¹ Los obstáculos epistémicos son comunes a toda disciplina científica. En derecho, ellos afectan las actividades de creación, aplicación y ejecución del derecho. Dentro de la aplicación del derecho, sospechamos que es urgente considerarlos al abordar el razonamiento probatorio.

¹² BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico: contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, Siglo XXI, Madrid, pp. 13-19.

¹³ Comprender el rol de los obstáculos en el pensamiento y las razones de su pervivencia (a pesar de la enseñanza explícita) requiere considerar que integran una red de elementos (creencias, experiencias previas, valoraciones, emociones) que se refuerzan entre sí. MARZÁBAL, Ainoa; MERINO, Cristián; ROCHA, Alejandro, “El obstáculo epistemológico como objeto de reflexión para la activación del cambio didáctico en docentes de ciencias en ejercicio”, en *Revista electrónica de investigación en educación en ciencias REIEC*, vol. 9. Nº 1, 2013, pp. 70-83.

¹⁴ Las dificultades para formular soluciones plausibles también es consecuencia de déficits en conocimientos disciplinarios. Aun cuando los problemas son una buena herramienta para identificar esas carencias no es su uso más eficiente.

hayan logrado. El asunto merece atención. Si los abogados y jueces no son capaces de optimizar los recursos probatorios (pruebas y argumentos) y solo se limitan a hacer más o menos lo que cualquier persona medianamente culta se encuentra en condiciones de realizar, es previsible que en un mediano plazo pierdan la exclusividad en la gestión de los problemas de prueba en los procesos judiciales¹⁵.

I. ¿QUÉ ES UN OBSTÁCULO EPISTÉMICO?

No es inusual que en la fase inicial de un aprendizaje cualquiera –jugar tenis, dibujar figuras humanas o tocar el clarinete– el maestro pida *dejar de lado* todo lo que el estudiante cree saber acerca de la respectiva práctica. La petición puede ser frustrante porque el estudiante debe desaprender lo que ya cree saber o el modo en que ejecuta ciertos procedimientos¹⁶. La incomodidad inicial desaparecerá solo cuando se arribe a un alto nivel de desempeño que permita hacer un autoexamen de la práctica anterior. Aquello que sabemos en un contexto de principiantes, pero que dificulta el progreso cuando se trata de alcanzar un desempeño avanzado, es lo que llamaremos *obstáculo epistémico*¹⁷.

Un obstáculo epistémico es un conocimiento o una forma de actuar eficaz para legos, pero inadecuado para especialistas¹⁸. En ese sentido, propenden a la economía del proceso mental¹⁹. Es más fácil creer que el Sol gira en torno a la Tierra, porque lo vemos salir y ocultarse por el horizonte, que creer que la Tierra rota sobre sí misma, aunque no podemos percibir su movimiento. Este ejemplo permite apreciar que los obstáculos se

¹⁵ COLOMA, Rodrigo, “Las disciplinas jurídicas y su reinención”, en *Ius et Praxis*, año 22, Nº 2, 2016, pp. 253-298.

¹⁶ Por ejemplo, es posible que una cierta manera de tomar la raqueta, el lápiz o el instrumento puede ser eficiente para lograr un dominio básico, pero puede ser una traba para llegar a un dominio avanzado.

¹⁷ En la enseñanza de la física un obstáculo de este tipo es la asociación intuitiva entre fuerza y movimiento. Ese vínculo impide apreciar que un péndulo estático –a pesar de que no se mueve– está sometido a la fuerza de la gravedad. MARZÁBAL, Ainoa; MERINO, Cristián; ROCHA, Alejandro, “El obstáculo epistemológico como objeto de reflexión para la activación del cambio didáctico en docentes de ciencias en ejercicio”, en *Revista electrónica de investigación en educación en ciencias REIEC*, vol. 9, Nº 1, 2013, pp. 70-83. Otros textos que tratan de los obstáculos epistémicos son: MORA, Arabela, “Obstáculos epistemológicos que afectan el proceso de construcción de conceptos del área de ciencias en niños de edad escolar”, en *InterSedes, Revista de las Sedes regionales*, Universidad de Costa Rica, vol. 3, Nº 5, mayo 2002, pp. 75-89. ASTOLFI, Jean Pierry, “El trabajo didáctico de los obstáculos, en el corazón de los aprendizajes científicos”, en *Enseñanza de las Ciencias*, vol. 12, Nº 2, 1994, pp. 206-216. ASTOLFI, Jean Pierry, *El error un medio para enseñar*, Díada, Sevilla, 2011, 100 páginas. ASTOLFI, Jean Pierry y PETERFALVI, Brigitte, “Estrategias para trabajar los obstáculos: dispositivos y resortes”, en CAMILLONI, Alicia (comp.), *Los obstáculos epistemológicos en la enseñanza*, Gedisa, Barcelona, 1997, 224 páginas.

¹⁸ El error manifiesta un conocimiento anterior que, a pesar de su éxito pasado, es inadecuado para resolver una tarea conforme con patrones de actuación de una disciplina. BROUSSEAU, G., *Théorie des situations didactiques*, La Pensée Sauvage, Grenoble, 1998.

¹⁹ La utilidad en situaciones escasamente exigentes hace dudosa la conveniencia del uso de la locución “obstáculo” (porque comunica dificultades). Su uso en la reflexión educativa y la ambigüedad que presentan palabras como “heurística” nos han inclinado a usarla pese a la objeción recién señalada.

articulan en una red de creencias intuitivas y en emociones²⁰, y que por ello son difíciles de desarraigar, pues han sido eficaces para afrontar la vida cotidiana. Así, a pesar de su fracaso en contextos especializados, es corriente que evitemos desecharlos²¹. De hecho, día a día, seguimos usando expresiones tales como “puesta de sol” y “hora de salida del sol” aun cuando sabemos hace siglos su falsedad astronómica.

El derecho probatorio es un saber estratégico, esto quiere decir que debe aprenderse en un procedimiento de reflexión más o menos artificial que fuerza la optimización de la información disponible conforme ciertos objetivos (*v.gr.* el interés del cliente, obtener una decisión judicial, etcétera)²². Este modo de entender el derecho probatorio nos permite ensayar una definición de obstáculo epistémico en este sector del derecho. Sostenemos que los obstáculos epistémicos del derecho probatorio son formas de gestionar información que se ejecutan en la experiencia cotidiana por sujetos carentes de formación especializada en técnicas de prueba y de decisión de hechos (legos). Estas formas de gestionar datos son trasladadas mediante la analogía a contextos especializados de gestión de información como un proceso judicial y ahí se constituyen en impedimentos para lograr un desempeño satisfactorio²³. Veamos un ejemplo. Las interacciones en la vida cotidiana están fundadas en la confianza. Así, el estándar de prueba que usamos para validar lo que se nos dice depende del contexto, de las personas involucradas y de nuestra mayor o menor disposición a usar información provista por terceros como piezas de nuestros discursos²⁴, entre otras variables²⁵. Podemos calificar a este estándar como *folk* en la medida en que es usado en la vida

²⁰ Festinger usa la expresión *reducción de la disonancia cognitiva* para llamar al modo en que disminuimos la inconsistencia entre nuestras creencias y acciones. El modo de evitar la incomodidad es usar razones (excusas o justificaciones) que rechazan la información nueva que incrementa la disconformidad con las creencias iniciales. FESTINGER, León, *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1975, pp. 14-16.

²¹ La idea de obstáculo epistémico se puede vincular con los trabajos de Tversky y Kahneman acerca de sesgos en la toma de decisiones bajo incertidumbre. Sus textos más conocidos dan cuenta del uso de ciertas formas de razonamiento muy sencillos (heurísticas) que –en muchas oportunidades– conducen a resultados inconsistentes con el cálculo probabilístico. Las heurísticas –que son una forma de obstáculo epistémico– que ellos identifican resultan fáciles de visualizar en la vida diaria y creemos que pueden transferirse al razonamiento jurídico. La conciencia de estas heurísticas es clave para fijar medidas correctivas. Ver TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, “Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases”, en *Science*, vol. 185, 1974. Hay versión castellana disponible: TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, “El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos”, en KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires: Debate, 2012, pp. 545-567.

²² En este sentido, es deseable contar con modelos más explícitos acerca de qué es lo que debe hacerse para una gestión de pruebas y decisión de hechos satisfactoria. Ver ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015; COLOMA, Rodrigo, “Bases conceptuales de un modelo para decidir hechos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 40, 2017, pp. 69-92.

²³ Nos referimos con ello a las principales tareas a cargo de abogados y jueces, respectivamente, en lo que atañe a asuntos de prueba en los procesos judiciales.

²⁴ Ver GONZÁLEZ LAGIER, Daniel, “Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba”, en BENFELD, Johann y LARROUCAU, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2018, pp. 23-24.

²⁵ En la emisión radiofónica de la Guerra de los Mundos que realizó Orson Wells en 1938 el efecto de verosimilitud en los oyentes radica en la estructura discursiva de un programa de noticias y no en el contenido de lo narrado.

cotidiana con relativo éxito²⁶. No es raro que aceptemos una afirmación como verdadera solo porque nuestra intuición nos lo sugiere. Si en estos casos somos interrogados respecto de nuestra disposición a creer, tal vez agreguemos a nuestro discurso justificativo algunas circunstancias (conocer al interlocutor, experiencias previas acerca de la verdad de lo que él dice, entre otras variables). Un elemento clave para determinar la aceptación de lo que se nos dice es nuestra propia disposición a usarlo en discursos posteriores sin formular prevenciones respecto de qué podría no ser verdadero e, incluso, a omitir nuestra fuente de información²⁷.

La convergencia de algunos rasgos de credibilidad resulta suficiente para dar por verdadero lo que se está afirmando. Este estándar *folk*, sin embargo, no debería ser usado para resolver un problema probatorio en el contexto judicial como lo es un juicio penal, porque tal procedimiento exige que el acto típico y la participación del acusado deben probarse con el estándar “más allá de toda duda razonable”²⁸.

En las simulaciones de juicio oral hemos observado que los estudiantes tienen tendencia a usar el estándar *folk*. Esa tendencia es la manifestación de un obstáculo epistémico: creer que un juez debe razonar ante los hechos del mismo modo que una persona sin formación jurídica especializada. Incluso ante un esfuerzo consciente, es común que los estudiantes usen el estándar *folk* y, entonces, que no tengan en cuenta, por ejemplo, las posibilidades de producción de prueba de la situación en concreto²⁹, el modo en que deben sortear la posibilidad de explicaciones alternativas³⁰, las restricciones desde la ética profesional, las reglas de producción de prueba en el proceso penal y varios otros asuntos por el estilo.

II. ¿QUÉ ES UN PROBLEMA PROBATORIO?

Usamos la expresión “problema” en reemplazo de la palabra “caso” por defectos semánticos asociados a esta última. Un problema es un artefacto didáctico que pone en

²⁶ Las investigaciones sobre noticias falsas (*fake news*) distribuidas por redes sociales prueban que los lectores comunes tienen bajos estándares para discriminar lo que es verídico y confiable de aquello que no lo es. Cfr. WHITE, Aidan, “Información falsa: La opinión de los periodistas”, en *Correo de la Unesco*. Disponible en “<https://es.unesco.org/courier/2017-julio-septiembre/informacion-falsa-opinion-periodistas>” [última visita: 16 de mayo 2018].

²⁷ Si, por ejemplo, una amiga nos dijese: “Jorge está viviendo en las islas Galápagos”, evaluaremos rápidamente el contexto en que se nos comunica la afirmación, el historial de nuestra amiga y la actitud que adopta mientras nos habla. Si nosotros, a su vez, contamos seriamente a un tercero “Jorge está viviendo en las islas Galápagos” sin añadir información alguna, es porque nuestro estándar *folk* ha sido superado.

²⁸ Usando otro marco conceptual este problema lo aborda Laudan en LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, 2005. La dimensión subjetiva (confianza) involucrada en el estándar *folk*, impediría, incluso, sostener que se está usando un estándar de prueba.

²⁹ COLOMA, Rodrigo, “Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XXII, N° 2, 2009, pp. 220 y ss.

³⁰ FERRER, Jordi, *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 147. LAUDAN, Larry, “Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 28, 2005, p. 107.

evidencia uno o varios errores en el pensamiento de los estudiantes. Sin perjuicio de que la experiencia propia o ajena es útil para la formulación de un problema, es importante aclarar que el problema no es descubierto, ni reciclado de la práctica profesional, sino pensado específicamente para un grupo de estudiantes con una finalidad específica: superar un obstáculo epistémico previamente identificado. Un “caso”, en cambio, es un artefacto didáctico que comunica una interrogante real o ficticia que se usa para que los estudiantes argumenten pertinente a la respuesta preferible³¹. El “caso” suele poner de relieve que el supuesto de hecho no tiene una única respuesta correcta dentro del sistema de las fuentes y que es plausible construir varias respuestas igualmente aceptables a partir de los materiales jurídicos disponibles.

Un ejemplo de problema sería el siguiente: “En julio de 1994, el Estado de California acusó a Orenthal James Simpson (OJS) de asesinar a su exesposa, Nicole Brown Simpson (NBS), y a un tercero, Ronald L. Goldman (RLG), el 12 de junio de 1994 [...] Uno de los asuntos era si OJS podría haber tenido la oportunidad de cometer los crímenes. La única prueba presentada en el juicio, relacionada con ese punto, es resumida a continuación. En algún momento entre las 10:15 y las 10:20 p.m., el 12 de junio de 1994, Pablo Fuentes escuchó el “aullido quejumbroso” de un perro. Alrededor de las 10:45 p.m., Steven Schwab encontró al perro Akita de NBS con sangre en sus patas. Aproximadamente a la misma hora, Kato Kaelin, un invitado en la casa de OJS, escuchó tres golpes en la pared [...] 1. Construya un relato que dé cuenta de cada uno de los eventos y observaciones detallados más arriba, mostrando que OJS casi con toda seguridad pudo haber asesinado a NBS y RLG. 2. Construya un relato que dé cuenta de cada uno de los eventos y observaciones detallados más arriba, mostrando que OJS casi con toda seguridad no pudo haber asesinado a NBS y RLG”³².

El estudiante para construir una respuesta deberá elegir una estrategia, según esta, asumirá determinados riesgos indicativos de una mayor o menor adhesión a los datos que se le presentan³³. El profesor, así, dispondrá de diferentes indicios acerca de lo que dificulta que el estudiante optimice el material probatorio disponible recurriendo a generalizaciones aceptadas en el contexto de los procesos judiciales; es decir, podrá advertir obstáculos epistémicos que afectan la argumentación³⁴.

³¹ Un ejemplo de caso es el siguiente: ¿Conforme al derecho chileno, es posible que una mujer arriende su útero? La pregunta se formula con el propósito de que los estudiantes construyan un discurso que justifique una solución afirmativa o negativa conforme con el sistema de fuentes del derecho vigente. En el derecho chileno, diferentes casos y preguntas pueden encontrarse, por ejemplo, en el libro de FIGUEROA, Gonzalo. *Curso de Derecho Civil: Materiales para clases activas. Teoría de la ley los derechos subjetivos*. Editorial Jurídica de Chile, segunda edición, 1988.

³² ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 56-57.

³³ El estudiante podrá, por ejemplo, introducir nueva información que fortalezca la coherencia del relato, pero que comunica un bajo compromiso con la información que se le entrega. Otra opción será, por ejemplo, ceñirse a la información disponible y abusar de conectores como “entonces”, “por lo tanto” y otros semejantes, generando una apariencia de rigor analítico, aun cuando nada agregue al texto en el que se trabaja.

³⁴ A ello hay que agregar que la locución “con toda seguridad” es útil para detectar obstáculos epistémicos relacionados con el uso de los estándares de prueba.

Un buen problema es creado para que los estudiantes, al relacionar la información existente con ciertas inferencias, se enfrenten a una encrucijada: usar la rutina de pensamiento *folk* o el modo especializado de arribar a la solución. En la literatura educacional los problemas pueden clasificarse según diversos criterios. Así, por ejemplo, pueden ordenarse según si el énfasis está puesto en aprendizajes conceptuales o en aprendizajes metodológicos, procedimentales o estratégicos. Profundizaremos solo en este último tipo de problema que, a su vez, puede ser subclasificado en problemas de investigación, de comunicación y de innovación³⁵.

(1) *Problemas que desarrollan habilidades de investigación*. Estas habilidades son las siguientes: conocimiento de la causa del problema jurídico; análisis de las partes del problema; establecimiento de conjeturas contrastables; identificación de relaciones entre variables del problema; planteamiento de una estrategia de resolución de un problema; descripción de situaciones fácticas; identificación de propiedades, características o requisitos; utilización de criterios de clasificación de normas, hechos, actos, contratos o instituciones jurídicas; elaboración de generalizaciones o conclusiones (fácticas o normativas); emisión de juicios fundados respecto de la calidad del procedimiento seguido o de sus resultados, entre otras.

(2) *Problemas que desarrollan competencias de comunicación predefinidas o estereotipadas*. La solución de estos problemas requiere escribir géneros jurídicos típicos (demandas, recursos, contratos, minutas de alegato, etc.)³⁶.

(3) *Problemas que exigen innovar usando un conjunto finito de materiales jurídicos disponibles*. Estos problemas desarrollan la capacidad de adaptar y adecuar los conocimientos en el derecho vigente para formular una solución *ad hoc*. Esta exigencia ocurre cuando se pide, por ejemplo, usar las normas existentes para satisfacer una especial combinación de necesidades o intereses, ya sea institucionalizándolos (como en una serie de contratos vinculados) o planteando vías para su protección y tutela (formulando el modo más efectivo para impugnar una decisión administrativa).

Los problemas del tipo (1) requieren estructurar un discurso ordenado del tópico pedido y no solo exigen identificar la solución que fija la dogmática dominante o la interpretación estándar de una ley. En cambio, en los problemas del tipo (2) hay que formular un texto profesional de la comunidad jurídica³⁷.

En relación con los problemas del tipo (3) y sus diferencias con los problemas de tipo (1) es preciso señalar que los primeros buscan una solución jurídica justificada. Esto, por regla general, implica dos tareas: (a) formular una interpretación correctora de las fuentes formales vigentes para resguardar ciertos intereses presentando una solución “nueva” dentro

³⁵ Estos tres tipos de problemas pueden integrarse entre sí cuando se formula un problema complejo.

³⁶ La principal dificultad es elaborar un texto con todas las exigencias formales y de fondo que rigen en la comunidad jurídica de referencia. En palabras de Carlino “enseñar géneros académicos es, entonces, posibilitar que los alumnos se incluyan en situaciones discursivas típicas de comunidades especializadas, según propósitos, significados y valores compartidos”. Cfr. CARLINO, P., “Alfabetización académica diez años después”, en *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 18 (57), 2013, p. 362.

³⁷ El uso de estos problemas no es usual, porque los profesores suponen que los procedimientos de escritura se aprenden en los primeros empleos por imitación o por participación en la enseñanza habitual y, entonces, no hay actividades de enseñanza explícitas en el plan de estudios.

de una teoría o conjunto de afirmaciones que es parte dogmática y parte filosofía³⁸, y (b), justificar esa solución como *conforme al derecho*, según esa doctrina dogmática o teoría filosófica.

Muchos profesores no construyen problemas, sino que trasladan tareas desde su ámbito profesional. Los profesores también modifican esas tareas para hacerlas más simples o complejas. En ambos supuestos, estos pseudoproblemas no se ajustan a las necesidades de los estudiantes y no desarrollan las competencias que el currículum compromete³⁹.

Los problemas para el curso de derecho probatorio son complejos, porque integran competencias de investigación, de comunicación y de innovación. Un buen problema de derecho probatorio permite: (a) desarrollar el razonamiento jurídico en situaciones funcionales y no solo exponer cuál es la solución estimada correcta dentro de una posición dogmática o conjunto de saberes teóricos; (b) descubrir, recolectar, organizar y estructurar datos de situaciones reales y no solo interpretar textos jurídicos, y (c), elaborar generalizaciones acerca de hechos que la formulación del problema no explicita.

III. ¿QUÉ OBSTÁCULOS EPISTÉMICOS SON RELEVANTES EN UN CURSO DE DERECHO PROBATORIO?

Esta sección se ocupa de la identificación de algunos obstáculos epistémicos relevantes para la didáctica de un curso de derecho probatorio. La planificación exige prestar atención a los conocimientos exigibles a los estudiantes, al rol del profesor y a los productos que servirán como evidencia de los aprendizajes.

(a) *¿Qué conocimientos se necesitan para fisurar un obstáculo epistémico dado?* Dependiendo de la clase de obstáculos epistémicos de los que un curso de derecho probatorio se haga cargo, los estudiantes requerirán distintos niveles de dominio de teorías y conceptos dogmáticos. La superación de obstáculos epistémicos complejos supone dominar saberes teóricos y dogmáticos avanzados. Solo así es posible resolver problemas jurídicos difíciles. *A contrario*, para diagnosticar los obstáculos epistémicos básicos no es necesario pensar en problemas jurídicos: asuntos cotidianos y de ámbitos extrajurídicos son suficientes.

Aquí debe advertirse que un curso de derecho probatorio no necesariamente funcionará mejor si se ubica al final del plan de estudios. Lo único que podemos afirmar es que la ubicación del curso cambiará el tipo de obstáculo epistémicos que podrá ser abordado en él.

(b) *¿Cuál es el rol del profesor en la identificación de obstáculos epistémicos?* Según Astolfi⁴⁰, el profesor debe, en primer lugar, ayudar al estudiante a identificar el obstáculo. Esto implica

³⁸ El adjetivo “nuevo” es minimalista. No se trata de pedir al estudiante la creación *ex nihilo* de una solución. Se trata de pedir al estudiante la justificación de una solución no explícita dentro de las fuentes del derecho.

³⁹ También hemos observado que los profesores diseñan problemas según sus propios obstáculos epistémicos en lugar de aquellos que afectan a los estudiantes.

⁴⁰ Ver los trabajos ya citados de ASTOLFI, Jean Pierry, “El trabajo didáctico de los obstáculos, en el corazón de los aprendizajes científicos”, en *Enseñanza de las Ciencias*, vol. 12, N° 2, 1994, pp. 206-216; ASTOLFI, Jean Pierry, *El error un medio para enseñar*, Díada, Sevilla, 2011, 100 páginas; y ASTOLFI, Jean Pierry y PETERFALVI, Brigitte, “Estrategias para trabajar los obstáculos: dispositivos y resortes”, en CAMILLONI, Alicia (comp), *Los obstáculos epistemológicos en la enseñanza*, Gedisa, Barcelona, 1997, 224 páginas.

hacer evidente que es un tejido de ideas que permite interpretar la situación analizada con un resultado divergente del deseado⁴¹. En segundo lugar, el profesor debe desestabilizar el obstáculo, es decir, generar incoherencias en el sistema de creencias del estudiante para forzarlo a abandonar sus creencias iniciales. En tercer lugar, ayudarlo a trabajar con el conocimiento experto y a expresar sus pensamientos usando las nuevas herramientas (conceptos y procedimientos). De acuerdo con estas ideas, el profesor de un curso de derecho probatorio deberá facilitar la reflexión respecto del propio desempeño, es decir, retroalimentar los errores de los estudiantes dando apoyo en el proceso de *pensar como abogado*.

Es importante, eso sí, que las intervenciones del profesor no debiliten el problema a enfrentar. Los estudiantes progresivamente deberán ir ganando en autonomía y aquello supone también identificar dificultades (no solo resolverlas). Así, el estudiante debe entender que el trabajo desde el sentido común resulta insuficiente, habida cuenta de las expectativas que se ciernen respecto de jueces y abogados⁴².

(c) *¿Qué productos deberían construir los estudiantes para evidenciar eventuales obstáculos epistémicos?* El listado de textos o discursos que deben elaborarse para demostrar un aprendizaje es clave. Todos sabemos que el desempeño profesional del abogado tiene una dimensión impredecible e incierta que es más relevante que su dimensión rutinaria. La formación práctica debe enfatizar que el estudiante tome decisiones en condiciones de incertidumbre. Esto implica asumir una actitud de indagación en orden a buscar, seleccionar e interpretar información ausente o incompleta o en orden a evaluar la posibilidad de desarrollar varias acciones profesionales alternativas para solucionar un problema jurídico.

IV. LA CONCIENCIA DE LOS OBSTÁCULOS EPISTÉMICOS COMO CONDICIÓN PARA ACTUAR COMO ABOGADOS EN CONTEXTOS PROBATORIOS

A continuación presentamos algunos conceptos o prácticas en el derecho probatorio afectados por obstáculos epistémicos interrelacionados.

(a) *Sobre “los hechos” y los “hechos probados”*. La noción de “hechos” propia del derecho probatorio asume que están cargados de dogmática. Esto quiere decir que los hechos probados que se fijan en los procesos judiciales dependen de los significados de las disposiciones aplicables. A los estudiantes les resulta difícil entender que los abogados no se interesan por todo lo que pasó, sino solo por aquello que es útil para los efectos de asignar un deber o un derecho. El obstáculo epistémico que impide aprehender este concepto está dado por una noción de hecho diferente, la que podría reconstruirse como sigue: los hechos probados

⁴¹ Estas afirmaciones suponen que el plan de estudios organiza actividades de enseñanza y evaluación que vinculan teoría y práctica. Cfr. LUCARELLI, F., “Teoría y práctica como innovación en docencia, investigación y actualización pedagógica”, en *Cuadernos de Investigación*, N° 10, Instituto de Ciencias de la Educación, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, UBA, 1999.

⁴² Acerca de las interacciones entre estudiantes y profesores Cfr. BURRIDGE, Roger, “Learning law and legal expertise by experience”, en BURRIDGE, Roger *et al.*, *Effective learning & teaching*, The Institute for Learning and Teaching in Higher Education, Londres, 2002, pp. 25-51.

son simétricos a los eventos ocurridos en el mundo y ambos tipos de hechos son accesibles sin la intermediación de teoría alguna. Este obstáculo se manifiesta en no menos de tres errores: (i) la reconstrucción de la narración se hace de una forma desconectada del derecho aplicable⁴³, (ii) la reconstrucción del hecho abusa de la cronología y, (iii) la reconstrucción del hecho no prevé teorías del caso alternativas.

Un concepto de hecho útil sería el siguiente: hecho (probado) es un artefacto lingüístico que adscribe: (1) acciones u omisiones jurídicamente relevantes acerca de uno o más sujetos, (2) y que sometido a un proceso de comprobación/refutación (3) ha superado el estándar de prueba institucionalmente establecido⁴⁴.

(b) *Desarrollo de la actividad de valoración de la prueba*. El modo en que un abogado realiza el proceso mental que llamamos “valoración de la prueba” es muy diferente del modo en que un lego realiza la misma tarea en la vida diaria. La reconstrucción del lego está regida por la coherencia de la narrativa. En cambio, la reconstrucción del abogado está orientada por la sustentación de un *factum probandum*⁴⁵. De acuerdo con estas ideas el obstáculo epistémico que enfrentan los estudiantes puede ser descrito como un proceso de valoración de la prueba carente de rigor analítico, donde quien resuelve el problema se conforma con la construcción de un relato que no cuida de virtudes epistémicas importantes para el derecho⁴⁶; como lo son el anclaje en la información que se produce en la audiencia de prueba, la completitud y coherencia de la estructura argumental y la economía del mensaje⁴⁷. Este obstáculo se manifiesta en varios errores: dejar cabos sueltos o vacíos que no pueden ser probados, el uso de generalizaciones, prejuicios, estereotipos o inferencias no explicitadas para soportar la valoración de la prueba, y no precaver la crítica de la contraparte. Así, el lego opera bajo supuestos como: (a) los testigos presenciales recuerdan fielmente lo ocurrido; (b) si el acusado usa su derecho a guardar silencio es porque *oculta algo*;

⁴³ AGÜERO SAN JUAN, Claudio. “Una crítica al modelo de la narración judicial como explicación científica”, *Ius et Praxis*, 2014, vol. 20, n. 1, pp. 221-252.

⁴⁴ COLOMA, Rodrigo, “Bases conceptuales de un modelo para decidir hechos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 40, 2017, p. 89.

⁴⁵ Para el significado de *factum probandum* y de otra terminología del derecho probatorio ver el glosario de ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William, *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid, 2015, pp. 445-451.

⁴⁶ El papel de la coherencia narrativa es resaltado por el modelo del *story model* que resalta al holismo como perspectiva de análisis propia del razonamiento lego sobre los hechos. Dicho modelo se vincula con teorías de psicología cognitiva y ha sido utilizado, especialmente, para dar cuenta del razonamiento del jurado. Frente a aquella se erigen teorías atomistas que enfatizan un tipo de conexión estrecha entre la conjetura a probar y las pruebas disponibles en el caso concreto, las que se *resisten* a un análisis desde la pura coherencia del relato presentado (el *mundo de los científicos* pareciera operar de trasfondo). Lo que *prima/debiese primar*, probablemente, llama a poner atención a ambas perspectivas. ACCATINO, Daniela, “La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales”, en PÁEZ, Andrés, *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Universidad de los Andes, Bogotá, 2015, pp. 70 y ss.

⁴⁷ COLOMA, Rodrigo, “Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales”, en BRUNET, Pierre; ARENA, Federico (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 87-93.

(c) una generalización es acertada si me ha sido útil en el pasado⁴⁸; (d) los niños no mienten ni pueden ser influenciados por los adultos o, (e) los peritos no se equivocan, porque son expertos en su disciplina⁴⁹.

(c) *Reconocimiento de restricciones probatorias desde la ética profesional*. Los abogados probamos hechos usando reglas institucionales y éticas que pueden impedir acceder a la verdad, ganar un litigio o condenar a un culpable. La comunidad jurídica valora el secreto profesional, la sujeción a la voluntad del cliente y la evitación de la victimización por sobre el resultado de las gestiones judiciales. Apegarse a estas reglas genera efectos que son muchas veces incomprensibles para los legos. Fuera de la comunidad jurídica, la deontología no es una razón sólida para evitar ciertos resultados. El obstáculo epistémico implicado en la visión del lego puede describirse como la creencia de que la evaluación del propio desempeño solo está determinada por el resultado del litigio. Este obstáculo genera dos errores: (i) desatención de las reglas éticas y (ii) desatención de los intereses del cliente⁵⁰.

(d) *Utilización de un estándar de prueba*. Un componente que genera perplejidades al argumentar y decidir hechos es el uso de un estándar de prueba. Aun cuando lo aplicamos también en la vida diaria, nos resulta difícil aceptar que cuando decidimos hechos asumimos diferentes riesgos en orden a que podemos estar equivocados. El obstáculo epistémico en lo que a estándar de prueba incumbe se relaciona con la negación a hacer visibles las posibilidades de error, cuando se asocian a los hechos probados determinados efectos prácticos. De la mano de ello se encuentra el obstáculo epistémico que apunta a no diferenciar los riesgos permitidos dependiendo de la decisión de la que se trate.

(e) *Fundamentación de la decisión de los hechos probados*. Una actividad que da cuenta de lo precedentemente señalado, pero que a la vez presenta dificultades propias, es la construcción del discurso que justifica la decisión en las sentencias. Así, al fundamentar las sentencias se hacen visibles nuestras concepciones respecto de los hechos probados, nuestras faltas de rigor analítico al valorar la prueba, etcétera. El texto esperable debe estar estructurado de manera autónoma (no presupone saberes especializados), profunda (debe decir más de aquello que un observador medianamente agudo podría extraer de una lectura superficial) y, a la vez, debe ser económico (debe limitarse a lo que argumentativamente conecta disposiciones normativas y las pruebas rendidas).

⁴⁸ ARENA, Federico, "Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual", en *Revista de derecho Universidad Austral de Chile*, vol.29, N° 1, 2016, pp. 51-75.

⁴⁹ Como un ejemplo de uso de estos saberes *folk* pueden entenderse las críticas a las razones que David Hume tiene en cuenta para atribuir credibilidad a las declaraciones de testigos (PÁEZ, Andrés, "Una aproximación al testimonio como evidencia", en VÁSQUEZ, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons Madrid, 2013, pp. 218-219). Hume, a su vez, las intentaba combatir con otros saberes *folk* que eran esgrimidos en su época Cfr. HUME, David, *Investigación sobre el conocimiento humano*, Alianza, Madrid, 2012, pp. 147-173.

⁵⁰ Un estudiante debiera tener en consideración, por ejemplo, el impacto provocado por la renuncia de la víctima, en sede penal, a una indemnización potencialmente cuantiosa. Ver *Ministerio Público con John Joseph Reilly*, sentencia del Tercer Tribunal del Juicio Oral en lo Penal de Santiago, de 11 de noviembre de 2014, RIT N° 159-2014.

V. EL USO DE PROBLEMAS EN UN CURSO DE DERECHO PROBATORIO. UN EJEMPLO

Lo anterior será ilustrado mediante un ejemplo extraído de un curso comprometido con el desarrollo de la competencia “resuelve conflictos jurídicos” y cuyos participantes son estudiantes en la fase final de su proceso formativo. Usaremos un examen final escogido al azar en que se retroalimenta al estudiante acerca de los obstáculos epistémicos que dificultaron un mejor uso de los recursos probatorios disponibles⁵¹.

a) *El problema presentado.* Se pidió adoptar la posición de un abogado que representa a la familia de George Mallory, ya sea ante las autoridades administrativas o judiciales (los estudiantes debían optar). Un punto clave para el éxito o fracaso de la solicitud dependía de la prueba de si George Mallory⁵² alcanzó la cima del Everest en la expedición que comandó durante 1924. Para estos efectos los estudiantes leyeron 18 páginas con información diversa que podía ser utilizada como prueba indirecta o circunstancial de la llegada a la cumbre. La actividad más importante era la siguiente: “Construya un escrito conducente a obtener que la estatua conmemorativa de la ascensión al Everest represente a George Mallory I, como asimismo que sus descendientes sean invitados a la inauguración del monumento”.

b) *Fragmento de la respuesta de un estudiante:* “Para estos efectos se encuentra el testimonio de un alpinista quien acompañó en la campaña a Mallory, el descubrimiento del cuerpo de dicho alpinista que hasta hace poco estaba perdido en la montaña y que dada las condiciones ambientales se encontraba bien conservado, inclusive encontrándose parte de su vestimenta en buen estado, y que constata la posibilidad de soportar las inclemencias de la alta montaña. Se encuentra también los resultados de las pruebas para sobrevivir en condiciones como las de la montaña en donde Mallory es catalogado excepcional llegando casi al máximo de puntaje. Hay declaraciones de peritos dedicados a la montaña quienes dedicados a la búsqueda del desaparecido cuerpo, pueden evidenciar que hay serias sospechas que George hizo cumbre y murió mientras este descendía.

A mayor abundamiento hay pruebas que certifican que la vestimenta usada era eficaz para soportar el clima de montaña”.

c) *Fragmento de la corrección realizada por el profesor:* “El texto construido es muy débil. No aprovecha el potencial explicativo de los recursos probatorios disponibles. Respecto de los que elige no construye relaciones estrechas con lo que se trata de demostrar”. Con esta retroalimentación se comunica que no se ha ido lo suficientemente lejos en el razonamiento

⁵¹ El examen identificado con el Nº 28 obtuvo una calificación de 3,8 sobre 7,0 (la nota de aprobación era 4,0). Fue tomado el 2010. La locución *obstáculo epistémico* no fue usada explícitamente en el curso correspondiente (Argumentación y Análisis Jurisprudencial de la carrera de derecho de la Universidad Alberto Hurtado). Los responsables de la asignatura eran los profesores Flavia Carbonell y Rodrigo Coloma, siendo este último el autor del problema del que debían hacerse cargo.

⁵² El problema está construido a partir de un hecho real. Los insumos utilizados fueron extraídos de distintos sitios de Internet en los que se reconstruyen testimonios de algunos acompañantes de Mallory que lograron regresar de la expedición. Asimismo, se dieron indicaciones de las dificultades que, en ese entonces, representaba el ascenso al Everest (incluidas algunas fotos de la ruta seguida). Algunas de las ideas respecto de la manera de presentar las condiciones físicas extraordinarias de Mallory (y de su compañero de escalada final Andrew Irvine) fueron extraídas del libro de ARCHER, Jeffrey, *La senda de la gloria*, Grijalbo, Barcelona, 2010.

probatorio, según era posible al considerar las pruebas disponibles. En otras palabras, mediante un texto bien elaborado era posible articular ciertos puntos que quedaban muy abiertos de la lectura del problema presentado. Tanto el abogado como el juez prolijo deben realizar un esfuerzo relevante para la construcción de trayectorias argumentativas que exige una decisión que da por probados hechos discutidos por las partes en un proceso judicial⁵³. Esto se verá con un poco más de detalle en la letra a continuación.

d) *Obstáculos epistémicos*. En primer lugar, la respuesta usa un estándar de prueba *folk*. Este obstáculo epistémico lo lleva a cometer un error: el estudiante no explicita el estándar de prueba que utiliza para dar por probado el hecho discutido (alpinista hizo cumbre)⁵⁴. En segundo lugar, la respuesta asigna la misma relevancia a todos los medios de prueba. Este obstáculo epistémico se expresa en una omisión; no hace mención al problema de la gradualidad de la relevancia de los medios de prueba⁵⁵. En tercer lugar, la respuesta del estudiante es la de un principiante no experto. Al no tener claridad respecto de cuál es la dimensión normativa del problema (la que no es cuestionada) y al intentar resolver la tarea usando el sentido común, el estudiante incurre en el error de confundir dos asuntos diferentes; si el alpinista hizo (o no) cumbre (*probatorio*) y si la familia del alpinista tiene (o no) derecho reclamar honores (*jurídico*). En cuarto lugar, la respuesta no supera el obstáculo epistémico acerca de la accesibilidad del pasado. Confía en que un hecho ocurrido hace casi cien años admite ser reconstruido de forma similar a un hecho reciente. Este obstáculo se expresa en un error; la respuesta no se hace cargo del paso del tiempo entre el hecho a probar y el momento en que la prueba se rinde. De ese modo, no anticipa posibles objeciones como datos perdidos, imposibilidad de acceso a ellos o baja confiabilidad de los datos obtenidos. En quinto lugar, el uso de la narrativa como herramienta para conectar enunciados es bastante precaria, habida cuenta de lo que trata de ser demostrado. Así, carece de sutilezas en orden a reducir los saltos argumentativos⁵⁶. A contrario, se conforma con enumerar algunas piezas probatorias esperando que sea el lector quien deba hacer la tarea de establecer conexiones

⁵³ El estudiante debiese asumir un mayor esfuerzo en la tarea realizada: no operar desde el sentido común o desde aquello que le resulta intuitivo. Los psicólogos y neurocientíficos han abordado el asunto distinguiendo dos sistemas de pensamiento; automático y esforzado. Ambos son muy útiles dependiendo de la tarea que se trate de abordar. En los problemas probatorios, hay buenas razones para concluir que un pensamiento muy automatizado favorece los errores. Para la distinción entre ambos sistemas, KAHNEMAN, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, 1ª edición, Debate, Buenos Aires, 2012.

⁵⁴ La frase ... *hay serias sospechas que George hizo cumbre* es clave para sustentar este juicio evaluativo. La respuesta refleja que no se resuelve el problema con estándares artificiales como el estándar de prueba penal u otro análogo. Evidencia de aquello es el uso de lenguaje cotidiano para formular la respuesta y la presencia de debilitadores discursivos (serias sospechas) en ella.

⁵⁵ Si se considera la conjetura que estaba tratando de ser demostrada, un buen razonamiento, tiene que dar cuenta de que algunas de las pruebas mencionadas cumplen un papel mucho más significativo que otras.

⁵⁶ Chesterton habla de que en un relato de misterio aquello que nos provoca perplejidad “no es lo inexplicable, sino la explicación que todavía no hemos oído. Eso que llamamos arte o progreso: el avance de lo complejo hacia lo simple”. CHESTERTON, G. K. “Civilización y progreso”, en Chesterton, G. K. *Cómo escribir relatos policíacos*. Acantilado, Barcelona, 2011, pp. 34-35. En las sentencias judiciales el asunto no es muy distinto, el lector busca las conexiones que de alguna manera le hagan sentir que el relato presentado es apto para dar sentido a todo aquello que probatoriamente ha ocurrido.

con la conjetura debatida. En pocas palabras, hay un escaso esfuerzo argumentativo que es promovido, tal vez, por un erróneo punto de partida que podría irónicamente reconstruirse como sigue: *¡cualquier intérprete medianamente agudo debiera ser capaz de inferir tal conclusión desde los datos disponibles: si no lo visualizas, el problema no es mío!*

El modo *folk* de resolver problemas de prueba es excesivamente optimista y confiado en las generalizaciones que confirman la hipótesis que pretendemos probar. El obstáculo epistémico es, de alguna forma, la tendencia a usar el modo en que cotidianamente valoramos la prueba en contextos en donde las instituciones nos fuerzan a usar patrones de valoración y de argumentación más elevados. En la situación presentada solo hay prueba circunstancial y, entonces, quien no conoce el modo estandarizado de sortear el problema no puede evitar incurrir en saltos de razonamiento adecuados para la vida diaria, pero injustificados en el marco de la tarea requerida. Si el estudiante no conoce un procedimiento de análisis de evidencias (por ejemplo, *chart method*⁵⁷) le resultará imposible superar la tarea correctamente, es decir, construir un texto que deje claro el uso de un razonamiento sofisticado al valorar la prueba disponible. En este sentido, el problema presentado es un buen problema jurídico, pues exige dominar las estrategias de razonamiento implicadas en el aprendizaje del derecho probatorio.

VI. CONCLUSIONES

El derecho probatorio es un marco de restricciones al sentido común que intenta asegurar la racionalidad. El entramado de disposiciones respecto de la sana crítica, los medios de prueba, el estándar de prueba, el resultado probatorio, la justificación de la decisión y otras tantas dispersas en el ordenamiento, pretenden controlar las preferencias del adjudicador y restringir el modo en que toma una decisión. Pero como sabemos todos los abogados, el conjunto de estas restricciones no determina todo el proceso de razonamiento y de decisión, ya que existen amplios sectores de la prueba de los hechos por donde se cuelan las intuiciones, las preferencias infundadas, los prejuicios y los estereotipos.

El aprendizaje del derecho probatorio es estratégico, es decir, orientado a la toma de una decisión jurídicamente óptima (i.e. racional). Este modo de entender el derecho probatorio implica que el aprendizaje central del estudiante no es instruirse en el listado de limitaciones, sino que en el conjunto de técnicas de razonamiento y de toma de decisiones que son válidas dentro de ese marco de restricciones y que es aplicable a un amplio número de casos en donde existe un umbral de incertidumbre acerca de los hechos.

Este modo de entender la disciplina y su aprendizaje distingue al curso de derecho probatorio de los cursos dogmáticos, de destrezas de litigación y de teoría de la argumentación. Además, permite sostener que el curso de derecho probatorio debe configurarse sobre

⁵⁷ En la asignatura se enseñó el *Chart Method* de Wigmore, con adaptaciones. Concerniente a este método, además de los textos fundacionales de Wigmore, de las adaptaciones de TWINING, Schum y otros, ver DEL VALLE, Carlos y AGÜERO, Claudio *et al.*, "Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando *modified wigmorean analysis* (MWA)", en *Ius et Praxis*, vol.15, Nº 1, pp. 15-53.

la base de “problemas jurídicos”, en cuanto recurso didáctico clave para identificar y superar los obstáculos epistémicos típicos que el razonamiento probatorio presenta.

Un buen problema jurídico solo puede ser resuelto si el estudiante domina una o más competencias relevantes. La famosa frase de Bachelard *El hombre culto es como un zurdo obligado a usar la mano derecha* pone énfasis en este punto. La función de los problemas es forzar a los estudiantes a pensar de un modo que es ajeno a la vida cotidiana. Si el estudiante no despliega la competencia esperada, el problema hace visibles los obstáculos epistémicos que impidieron resolverlo con éxito; así, los errores son síntomas de esos obstáculos. El rol del profesor es identificar errores, diagnosticar obstáculos y ayudar a los estudiantes a superarlos.

El concepto de “obstáculo epistémico” desplaza la idea de que el estudiante es una *tabula rasa* para el aprendizaje. Todo estudiante ha resuelto problemas de prueba en su vida diaria y conoce la heurística que le ha permitido ofrecerles una solución. El asunto es que en contextos especializados como un procedimiento judicial esa heurística no sirve, es necesario deconstruirla y aprender aquella que usan los abogados y jueces experimentados.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2015: “La arquitectura de la motivación de las premisas fácticas de las sentencias judiciales”, en Páez, Andrés, *Hechos, evidencia y estándares de prueba*, Universidad de los Andes, Bogotá, pp. 65-87.
- AGÜERO San Juan, Claudio, 2014: “Una crítica al modelo de la narración judicial como explicación científica”, *Ius et Praxis*, vol.20, n.1, pp. 221-252.
- AGÜERO San Juan, Claudio, 2018: “La Sana Crítica como cláusula general”, en Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (editores), *La sana crítica bajo sospecha*, publicaciones de la Escuela de Derecho PUCV, Valparaíso, p. 153-162.
- ANDERSON, Terence; SCHUM, David y TWINING, William, 2015: *Análisis de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- ARCHER, Jeffrey, 2010: *La senda de la gloria*, Grijalbo, Barcelona.
- ARENA, Federico, 2016: “Los estereotipos normativos en la decisión judicial: Una exploración conceptual”, en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. 29, N° 1, pp. 51-75.
- ASTOLFI, Jean Pierry y PETERFALVI, Brigitte, 1997: “Estrategias para trabajar los obstáculos: dispositivos y resortes”, en Camilloni, Alicia (comp), *Los obstáculos epistemológicos en la enseñanza*, Gedisa, Barcelona, 224 páginas.
- ASTOLFI, Jean Pierry, 1994: “El trabajo didáctico de los obstáculos, en el corazón de los aprendizajes científicos”, en *Enseñanza de las Ciencias*, vol. 12, N° 2, pp. 206-216.
- ASTOLFI, Jean Pierry, 2011: *El error un medio para enseñar*, Díada, Sevilla, 100 páginas.
- BACHELARD, Gastón, *La formación del espíritu científico: contribución a un psicoanálisis del conocimiento objetivo*, Siglo XXI, Madrid,
- BROUSSEAU, G., 1998: *Théorie des situations didactiques*, La Pensée Sauvage, Grenoble.
- BURRIDGE, Roger, 2002: “Learning law and legal expertise by experience”, en Burridge, Roger *et al.*, *Effective learning & teaching*, The Institute for Learning and Teaching in Higher Education, Londres, pp. 25-51.
- CARLINO, P., 2013: “Alfabetización académica diez años después”, en *Revista Mexicana de Investigación Educativa*, vol. 18 (57).
- COLOMA, Rodrigo, 2017: “Bases conceptuales de un modelo para decidir hechos”, en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, N° 40, pp. 69-92.

- COLOMA, Rodrigo, 2009: "Estándares de prueba y juicios por violaciones a los derechos humanos", en *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, vol. XXII, Nº 2.
- COLOMA, Rodrigo, 2011: "Las buenas y las malas historias. Criterios de validación del discurso de los hechos en las sentencias judiciales", en Brunet, Pierre; Arena, Federico (dirs.), *Cuestiones contemporáneas de teoría analítica del derecho*, Marcial Pons, Madrid.
- COLOMA, Rodrigo, 2016: "Las disciplinas jurídicas y su reinención", en *Ius et Praxis*, año 22, Nº 2, pp. 253-298.
- DEL Valle, Carlos y AGÜERO, Claudio *et al.*, 2009: "Aproximación al análisis de la valoración de la prueba usando *modified wigmorean analysis* (MWA)", en *Ius et Praxis*, vol.15, Nº 1, pp. 15-53.
- FERRER, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba*, Marcial Pons, Madrid.
- FESTINGER, León, 1975: *Teoría de la disonancia cognoscitiva*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid.
- FIGUEROA, Gonzalo, 1988: *Curso de Derecho Civil: Materiales para clases activas. Teoría de la ley y los derechos subjetivos*. 2ª ed. Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA Petit, María Cecilia y AGÜERO San Juan, Claudio, 2014: "Bases para el estudio de la dinámica discursiva en la comunidad jurídica chilena". *Revista de Derecho* (Valdivia). vol. 27, n. 1, pp. 59-79.
- GONZÁLEZ Lagier, Daniel, 2018: "Distinciones, estipulaciones y sospechas sobre los criterios de valoración y los estándares de prueba", en Benfeld, Johann y Larroucau, Jorge (eds.), *La sana crítica bajo sospecha*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, pp. 23-24.
- HERNÁNDEZ, Juan, 2012: *Sociología de las profesiones sanitarias*, Escuela Nacional de Sanidad, Madrid.
- HUME, David, 2012: *Investigación sobre el conocimiento humano*, Alianza, Madrid.
- KAHNEMAN, Daniel, 2012: *Pensar rápido, pensar despacio*, 1ª edición, Debate, Buenos Aires.
- LAUDAN, Larry, 2005: "Por qué un estándar de prueba subjetivo y ambiguo no es un estándar", en *Doxa Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Nº 28.
- LUCARELLI, F., 1999: "Teoría y práctica como innovación en docencia, investigación y actualización pedagógica", en *Cuadernos de Investigación*, Nº 10, Instituto de Ciencias de la Educación, Buenos Aires, Facultad de Filosofía y Letras, UBA.
- MARZÁBAL, Ainoa; MERINO, Cristián; ROCHA, Alejandro, 2013: "El obstáculo epistemológico como objeto de reflexión para la activación del cambio didáctico en docentes de ciencias en ejercicio", en *Revista electrónica de investigación en educación en ciencias REIEC*, vol. 9. Nº 1, pp. 70-83.
- MORA, Arabela, "Obstáculos epistemológicos que afectan el proceso de construcción de conceptos del área de ciencias en niños de edad escolar", en *InterSedes, Revista de las Sedes regionales*, Universidad de Costa Rica, vol. 3, Nº 5, mayo 2002, pp. 75-89.
- PÁEZ, Andrés, 2013: "Una aproximación al testimonio como evidencia", en Vásquez, Carmen (ed.), *Estándares de prueba y prueba científica. Ensayos de epistemología jurídica*, Marcial Pons Madrid.
- PARK, R., SAKS, M., 2006: "Evidence Scholarship Reconsidered: Results of the Interdisciplinary Turn", en *47 Boston College Law Review*.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, 1974: "Judgment Under Uncertainty: Heuristics and Biases", en *Science*, vol. 185.
- TVERSKY, Amos y KAHNEMAN, Daniel, 2012: "El juicio bajo incertidumbre: heurísticas y sesgos", en Kahneman, Daniel, *Pensar rápido, pensar despacio*, Debate, Buenos Aires: Debate, pp. 545-567.
- WHITE, Aidan, "Información falsa: La opinión de los periodistas", en *Correo de la Unesco*. Disponible en "<https://es.unesco.org/courier/2017-julio-septiembre/informacion-falsa-opinion-periodistas>" [última visita: 16 de mayo 2018].
- WILLIAM, Leonard; GERACE, William y DUFRESNE, Robert, 2002: "Resolución de problemas basada en el análisis. Hacer del análisis y del razonamiento el foco de la enseñanza de la física", en *Enseñanza de las Ciencias*, Nº 20 (3), pp. 387-400.

Algunas observaciones críticas al concepto de aplicabilidad como explicación a la aplicación de normas jurídicas irregulares

*Marcela Chahuán Zedan**

RESUMEN

El presente trabajo tiene por objeto un análisis crítico del concepto de aplicabilidad como respuesta a la aplicación de normas jurídicas creadas de modo irregular. Se sostiene que, si bien es una herramienta conceptual útil para explicar ciertos elementos de los sistemas jurídicos, carece del rendimiento explicativo suficiente para dar cuenta de un modo completo del fenómeno al que se refiere. Lo anterior, debido a que omite vincular la producción de efectos jurídicos de normas que pueden ser interpretadas como irregulares con el diseño institucional de los sistemas jurídicos en relación con los mecanismos del control de la regularidad normativa, aspecto que parece decisivo para el análisis.

Aplicabilidad – validez – normas irregulares

On the concept of applicability as an explanation to the phenomenon of the application of irregular legal rules. Some critical observations

ABSTRACT

The object of this work is a critical analysis of the concept of applicability as an answer to the application of legal rules irregularly enacted. I will assert that, even it is a useful conceptual tool to explain some elements of legal systems, it lacks explanatory effectiveness enough to give a thorough account of the phenomenon I refer. The reason is that the concept of applicability overlooks the connection between legal effects arising out of rules that might be interpreted as irregulars and the institutional design of legal systems in relation to the mechanisms that control the regular enactment of legal rules. I consider this issue to be crucial to the analysis of this matter.

Applicability – validity – irregular norms

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Girona, España. Profesora de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: marcela.chahuan@uai.cl

Artículo recibido el 24 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

El positivismo jurídico ha destacado la importancia de mostrar el carácter dinámico del orden jurídico, en el sentido que regula su propia producción mediante normas que establecen condiciones para la creación normativa denominadas por los juristas “normas secundarias” o “normas sobre la producción jurídica”¹. La teoría jurídica ha ofrecido el concepto de “validez” para explicar este aspecto del derecho, esto es, la conformidad de una norma con las normas secundarias o acerca de producción normativa². En los sistemas jurídicos contemporáneos, las normas respecto de producción jurídica establecen requisitos formales relativos al órgano competente para crear normas jurídicas y el procedimiento que este debe seguir para ello y, además, contienen también algunos requisitos de carácter material, como son las normas que establecen límites al legislador respecto de los contenidos de las normas a producir. Si una norma ha sido producida conforme con todos y cada uno de los requisitos o condiciones (tanto de carácter formal como material) es una norma jurídica válida.

Las normas creadas de modo irregular son aquellas que no resultan conformes con todas y cada una de las condiciones establecidas por las normas de producción jurídica (entendidas en un sentido amplio³) de un sistema jurídico de referencia. Es decir, normas que (i) no se adecuan a los requisitos referidos a los sujetos u órganos competentes, (ii) resultan disconformes con una o más normas que establecen el procedimiento que aquellos deben seguir para la creación normativa, o (iii) resultan contradictorias con alguna norma que limita o impone un determinado contenido de las normas a producir.

Las normas cuya irregularidad consiste en no haber sido creadas por el órgano competente siguiendo un mínimo de reglas procedimentales que permitan distinguirlo como tal, difícilmente producen efectos jurídicos, porque los órganos aplicadores no las reconocen como normas jurídicas. En cambio, las normas irregulares que son formuladas por las autoridades competentes actuando como tal⁴, pero que al crearlas no se ajustan a alguna otra de las otras condiciones de validez, adquieren existencia jurídica, en el sentido

¹ KELSEN, 1960, pp. 201 y ss.; HART, 1961, pp. 99 y ss.; GUASTINI, 1996, pp. 307 y ss.; GUASTINI, 2016, pp. 107-109.

² Sobre los distintos sentidos del término validez, véase BULYGIN, 1990; 2005; 2006.

³ GUASTINI, 1996, p. 319; GUASTINI, 2016, pp. 221-222.

⁴ El concepto de órgano competente se concibe en sentido estricto, es decir, como aquellos sujetos a los que se atribuye poderes normativos, de modo que es una condición necesaria, pero no suficiente para la validez. El desarrollo de una concepción de este tipo puede verse en FERRER, 2000. Ahora bien, de acuerdo con el funcionamiento de la mayoría de los sistemas jurídicos actuales, para ser reconocido como un órgano competente actuando en su rol, los sujetos tendrán que contar con un poder normativo conferido por una norma del sistema jurídico y, además, ajustarse a un mínimo de reglas procedimentales que permiten distinguir los actos de un órgano competente actuando como tal, de los actos que los sujetos que componen a dicho órgano realizan como particulares. Establecer cuáles y cuántas reglas procedimentales son necesarias para identificar a una autoridad normativa actuando en su rol, es una cuestión que no admite una fórmula teórica *a priori*, pues depende de una serie de hechos sociales complejos, y de la estructura de cada sistema jurídico en concreto.

de que pueden producir consecuencias jurídicas⁵. Los órganos aplicadores del derecho deben utilizar como fundamento de sus decisiones las normas creadas por las autoridades competentes para la producción jurídica, sin poder cuestionar su validez, al menos, en los sistemas jurídicos que cuentan con un control concentrado de la regularidad de la normativa, o cuyo cuestionamiento no produce efectos jurídicos generales (sino solo para el caso del que conocen), en los sistemas jurídicos que cuentan con un control difuso.

El fenómeno problemático que se intenta explicar es precisamente este último, es decir, que normas creadas irregularmente por autoridades normativas puedan producir efectos jurídicos, mientras no sean expulsadas del orden jurídico mediante la decisión de invalidación de los órganos competentes.

Una buena parte de los teóricos del derecho explica la producción de efectos jurídicos de normas creadas de modo irregular mediante el concepto de aplicabilidad. A continuación me referiré a la propuesta de Bulygin, y luego expondré algunas observaciones críticas. Aunque es cierto que el concepto de aplicabilidad fue introducido para explicar no solo la producción de efectos jurídicos de normas creadas de modo irregular (sino también, por ejemplo, para explicar la aplicación de normas del derecho extranjero) me referiré exclusivamente a este fenómeno, con la finalidad de proponer algunos elementos de análisis que la propuesta de Bulygin no considera, y que me parecen centrales para dar cuenta de la aplicación de normas jurídicas irregulares.

II. EL CONCEPTO DE APLICABILIDAD COMO ALTERNATIVA TEÓRICA A LA NOCIÓN DE OBLIGATORIEDAD OFRECIDA POR HANS KELSEN

Eugenio Bulygin introduce el concepto de aplicabilidad⁶ sobre la base de las críticas que formula a la noción de validez de Hans Kelsen, especialmente dirigidas a la relación entre validez y obligatoriedad de las normas jurídicas. Previo a reconstruir la propuesta de Bulygin, me referiré a la noción de validez de Kelsen, y a las críticas que Bulygin formula al respecto, a efectos de explicar la incorporación y relevancia del concepto de aplicabilidad en la teoría jurídica.

Kelsen es uno de los autores que enfatiza el carácter dinámico del orden jurídico⁷. El criterio para determinar la validez de las normas es la conformidad con las normas superiores que regulan la producción normativa. Ello apunta a que el orden jurídico tiene una estructura escalonada o jerárquica, de acuerdo con ello, se encuentra conformado por

⁵ Respecto del concepto de existencia jurídica sigo a Guastini, quien la define como la formulación del órgano *prima facie* competente, y la concibe como una condición suficiente para la eficacia jurídica. GUASTINI, 1996, p. 321.

⁶ BULYGIN, 1982.

⁷ KELSEN, 1960, pp. 203-205. El carácter o principio dinámico se diferencia del carácter o principio estático. Siguiendo este último, el fundamento de validez de las normas jurídicas se deriva del contenido de las normas jurídicas superiores. Kelsen señala que los sistemas modernos son de carácter mixto, pero predomina el carácter dinámico. *Ibid.* pp. 83, 84.

normas de distinta jerarquía, en que las normas inferiores se encuentran subordinadas a las normas superiores que condicionan su producción⁸.

Kelsen insiste en que los criterios de validez son, principalmente, formales, es decir, prescindien del contenido de las normas, haciendo referencia exclusivamente a su forma de producción, especialmente al sujeto u órgano que las produce y, eventualmente, a los procedimientos. Sin embargo, reconoce que nada impide que en una Constitución estén regulados también criterios materiales de validez, así como ocurre en las Constituciones modernas, las que suelen contener un listado de derechos básicos que delimitan los contenidos de la producción normativa. En estos casos, las normas se encuentran también subordinadas a la jerarquía material de las normas superiores⁹.

Ahora bien, aun cuando Kelsen propone como criterio de validez de las normas jurídicas la conformidad con las normas respecto de la producción normativa, no define a la validez de la misma manera. Kelsen define validez indistintamente, algunas veces como la “existencia específica” de una norma, y otras veces como “fuerza obligatoria”. Según el autor de la *Teoría Pura del Derecho*, si una norma jurídica existe como tal, entonces, ha sido producida conforme con las normas acerca de producción jurídica, idea que lo conduce a no admitir la existencia jurídica de normas inválidas¹⁰. A su vez, según sostiene Kelsen, la validez entendida como conformidad con las normas superiores que condicionan la producción normativa, conlleva la obligatoriedad de cumplir con lo prescrito por las normas así producidas¹¹.

La pregunta concerniente a la validez en el sentido de la existencia específica de una norma responde a la pregunta de qué normas integran el sistema jurídico. Según Kelsen, solo las normas válidas existen o pertenecen al orden jurídico. La validez de toda norma depende de otra norma que regula su creación, la que debe también ser una norma válida y, por tanto, tiene que ajustarse, a su vez, a la norma de la que deriva, formándose así una cadena de validez. De este modo, si la validez es entendida como pertenencia, la validez de las normas superiores dependerá también de la pertenencia al sistema jurídico de las normas anteriores a estas y así sucesivamente, hasta llegar a la primera Constitución histórica, esto es, el conjunto de normas que se decide adoptar como base del orden jurídico. Al preguntarse por la validez de la primera Constitución, Kelsen responde con la tesis de la “norma fundamental básica”, la que se sitúa al final de la cadena de validez para dar sustento a todo el orden jurídico¹². Esta norma no es una norma de derecho positivo, una norma puesta, sino que es una norma pensada, un supuesto metodológico cuya función es dar unidad al orden jurídico¹³.

⁸ KELSEN, 1960, pp. 201, 232 y ss.

⁹ KELSEN, 1960, p. 234; KELSEN, 1988, p. 116.

¹⁰ “Una norma no válida es una no existente, es la nada jurídica. La expresión ‘ley inconstitucional’, aplicada a un precepto legal que se considera válido es una contradicción en los términos”, KELSEN, 1960, pp. 277. Esta misma idea está en KELSEN, 1945, pp. 115, 116, y 185.

¹¹ “Que una norma valga significa que obliga, que el hombre debe comportarse de la manera determinada por la norma”, KELSEN, 1960, p. 201.

¹² KELSEN, 1960, p. 139.

¹³ KELSEN, 1960, pp. 202-203.

La hipótesis de la norma fundamental ha sido criticada por varios autores positivistas¹⁴, quienes observan que carece de sentido preguntarse por el fundamento de validez (entendida como conformidad con las normas superiores) de la primera Constitución, pues en todo orden jurídico hay una primera norma que le da origen. Esta primera norma no es “supuesta” sino que es “puesta” por un poder constituyente, es decir, un poder *extra ordinem*¹⁵. La primera Constitución no puede ser válida ni inválida, porque no deriva de norma positiva alguna que pueda fundamentar su validez¹⁶. En esta línea, Bulygin destaca que la tesis de la norma fundamental de Kelsen es superflua a efectos de fundar la validez como pertenencia de la primera Constitución, en tanto esta última es la que define al sistema como una unidad independiente, de modo que no se requiere de ninguna norma supuesta para justificar su pertenencia al sistema¹⁷. Por su parte, y como se verá enseguida, argumenta que es una tesis insuficiente para justificar la validez como obligatoriedad de la primera Constitución.

La pregunta por la validez en sentido de fuerza obligatoria responde a la cuestión de por qué las normas son obligatorias, es decir, consiste en una justificación del deber de cumplir con lo que las normas jurídicas prescriben. Si la respuesta a esta última pregunta depende también de la conformidad con las normas superiores, como en la noción de validez como pertenencia, se forma una cadena de validez. Al final de la cadena surge la pregunta por la validez de la primera Constitución. Si el deber de cumplir con una norma solo puede ser impuesto por otra norma que debe, a su vez, ser obligatoria, y la primera Constitución es la primera norma del derecho positivo, la justificación del deber de cumplir con esta no puede derivar de una norma del derecho positivo. Ante esta cuestión, y con el objeto de completar la cadena de justificación, Kelsen acude nuevamente a la tesis de la norma fundamental, la que establecería la obligatoriedad de las normas originarias y, también, de todas las otras normas del orden jurídico.

A diferencia de la pregunta por la pertenencia de la primera Constitución, la pregunta por la justificación del deber de cumplir con esta y las otras normas de un sistema jurídico no resulta insensata. El problema principal de la noción de validez como fuerza obligatoria de Kelsen es confundir la pregunta por la justificación de un deber de cumplir con las normas jurídicas (incluso cuando pueda configurarse como un deber jurídico basado en la existencia de otra norma que así lo imponga) con la noción de validez en el sentido de conformidad con las normas superiores que condicionan la producción normativa¹⁸.

Bulygin, entre otros autores, detecta la ambigüedad con que Kelsen utiliza el término validez¹⁹, y advierte que la validez entendida como conformidad con las normas

¹⁴ Entre ellos: HART, 1958, ROSS, 1969; RAZ, 1974, BOBBIO, 1975, NINO, 1985; CARACCILO, 1994; CELANO, 1999; PAULSON, 1998; BULYGIN, 2005; MARMOR, 2011; GUASTINI, 2013.

¹⁵ GUASTINI, 2013: 63 y ss.

¹⁶ Es una norma soberana, independiente o no derivada. Al respecto VON WRIGHT, 1963, p. 192; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, pp. 73-74; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979, p. 74; CARACCILO, 1988, p. 31.

¹⁷ BULYGIN, 1990, pp. 512-514; GUASTINI, 1996, pp. 86.

¹⁸ En un sentido similar, CELANO, 2009, pp. 77-126; FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 54.

¹⁹ La literatura crítica sobre la confusión validez y obligatoriedad es extensa, cito a modo de ejemplo: HART, 1958; ROSS, 1969; RAZ, 1979; NINO, 1985; BULYGIN, 1990; 2005; 2006; GUASTINI, 1992; 2013; MORESO Y NAVARRO, 1993; CELANO, 1999.

superiores que condicionan la producción jurídica no conlleva la obligatoriedad de las normas jurídicas. Además, Bulygin objeta a Kelsen que su noción de obligatoriedad consiste en una justificación moral de obedecer el derecho, lo que resulta ajeno a su plan positivista de describir el derecho vigente²⁰. Al respecto, Bulygin sigue a Alf Ross, quien planteaba que la noción de obligatoriedad se traduce en un deber moral de obedecer el derecho propio de las doctrinas del derecho natural. Ross argumenta que, si la fuerza obligatoria consistiera en un deber jurídico, sería una cuestión superflua, atendido que se estaría sosteniendo que la validez de las normas consiste en reiterar lo que estas prescriben. Si la fuerza obligatoria consiste en un deber moral, entonces, sostiene Ross, esta tesis resultaría incompatible con el positivismo jurídico en tanto teoría que afirma la separación conceptual entre el derecho y la moral²¹. En la línea de Ross, Bulygin rechaza el nexo entre fuerza obligatoria y la validez jurídica, y afirma que la pregunta acerca de si existe una obligación moral de obedecer el derecho no puede ser contestada por la teoría jurídica mediante un mero análisis de la estructura del ordenamiento jurídico y de sus normas²².

Ahora bien, a diferencia de Ross, Bulygin sostiene que la obligatoriedad sí puede reconstruirse como un concepto que describa un deber jurídico, de modo que pueda ser compatible con una teoría positivista del derecho²³, y que no sea superfluo. De esta manera subraya la diferencia entre la pregunta por la validez en el sentido de conformidad con las normas respecto de producción jurídica, y la pregunta por la obligatoriedad de las normas jurídicas. Además, Bulygin propone reemplazar el concepto de obligatoriedad por un concepto descriptivo como el concepto de aplicabilidad. Este último no consiste en imponer un deber dirigido a los ciudadanos, sino en describir deberes jurídicos dirigidos a los jueces²⁴. Mediante el concepto de aplicabilidad, Bulygin constata que los sistemas jurídicos contienen normas que ordenan a los órganos aplicadores utilizar como fundamento de sus decisiones otras normas, aun cuando no pertenezcan a este.

A su vez, Bulygin observa que la confusión entre validez y obligatoriedad de las normas jurídicas condujo a Kelsen a sostener la tesis de la cláusula alternativa tácita (en adelante, CAT). Según esta polémica tesis de Kelsen, aun cuando las normas que disciplinan la producción y el contenido de las leyes o de las sentencias futuras obligan aparentemente al legislador o al juez a dictar una ley general o una sentencia, respectivamente, en conformidad con las primeras, en realidad contienen tácitamente una autorización que habilita al legislador y al juez a producir normas irregulares, si es que el control de la regularidad de las normas que producen no está a cargo de un órgano

²⁰ BULYGIN, 2006, pp. 96-98.

²¹ ROSS, 1969, pp. 17, 29, 39-43.

²² BULYGIN, 2006, pp. 96-98.

²³ BULYGIN, 2005, pp. 110; BULYGIN, 2006, p. 99.

²⁴ Jordi Ferrer y Jorge Rodríguez advierten que es posible articular una noción descriptiva de fuerza obligatoria (distinta a la aplicabilidad) siempre que se limite a afirmar la existencia de una norma que impone a los ciudadanos el deber de cumplir con otra norma, sin que ello implique un compromiso con el deber de cumplir con esta. FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 55.

diverso²⁵. En cambio, si es que el control de la regularidad normativa está a cargo de un órgano distinto, será este quien decida definitivamente las normas que pueden producir o continuar produciendo efectos jurídicos. Debido a que solo la decisión interpretativa de los órganos con competencias de control puede producir la expulsión del orden jurídico de las normas interpretadas por estos como inválidas, las normas irregulares deben ser utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores mientras no sean positivamente invalidadas por los órganos competentes.

Esta tesis de Kelsen ha causado un notorio impacto en la teoría jurídica, siendo rechazada y criticada por bastantes teóricos del derecho, entre ellos Eugenio Bulygin. A grandes rasgos, señala que la CAT es una tesis contradictoria con la idea base de la teoría del derecho de Kelsen de concebir a los sistemas jurídicos como dinámicos y jerárquicamente ordenados. De seguirse esta supuesta habilitación, según señala Bulygin, las normas inferiores no tendrían que ajustarse a las normas superiores, y las normas individuales de los jueces tampoco se encontrarían sujetas a las normas generales. Lo anterior conduciría a que los jueces gocen de una absoluta discrecionalidad, derrumbándose el proyecto kelseniano de situarse en una posición intermedia entre el formalismo y el decisionismo²⁶.

En esta oportunidad no ahondaré pertinente a las críticas a la CAT, ni tampoco expondré algunos argumentos que sirven para rescatar la tesis de Kelsen²⁷. Por el momento me interesa subrayar que sobre la base de las críticas formuladas a las nociones de obligatoriedad y de CAT propuestas por Kelsen, Bulygin introduce el concepto de aplicabilidad para explicar, entre otras cuestiones, la producción de efectos jurídicos de normas irregulares. En el esquema conceptual propuesto por Bulygin, las normas irregulares son normas inválidas, no pertenecientes al orden jurídico, pero que pueden resultar aplicables.

III. APLICABILIDAD DE NORMAS JURÍDICAS. LA PROPUESTA DE EUGENIO BULYGIN

El concepto de aplicabilidad permite explicar que los sistemas jurídicos pueden contener normas dirigidas a los órganos aplicadores que imponen el deber de aplicar otras normas jurídicas, aun cuando no pertenezcan al sistema jurídico de referencia²⁸. El deber impuesto por las normas de aplicación no se superpone al deber impuesto por las normas cuya aplicación se prescribe, pues las normas de aplicación imponen un deber distinto a lo prescrito por las normas cuya aplicabilidad es ordenada. Bulygin propone la siguiente definición de aplicabilidad:

²⁵ Véase KELSEN, 1960, pp. 277 y ss. Antes también en KELSEN, 1934, pp. 93-120; KELSEN, 1945, pp. 401-407.

²⁶ El desarrollo de estas críticas puede consultarse en: NINO, 1985, pp. 32-34; MORESO, 1993; GIANFORMAGGIO Y PAULSON, 1995; RUIZ MANERO, 1990, pp. 65-67; RUIZ MANERO, 1995; BULYGIN, 1995.

²⁷ En defensa de la CAT se han pronunciado COMANDUCCI, 1998; 2012; y RATTI, 2014. Al respecto, CHAHUAN, 2017; 2018.

²⁸ BULYGIN, 2006, p. 99.

“Una norma N_1 sería aplicable a un caso C , si y solo si otra norma N , perteneciente a un sistema S_j prescribe el deber de aplicar N_1 en C ”²⁹.

En consecuencia, una norma es aplicable solo si existe otra norma que obliga o autoriza a los jueces a aplicarla en determinados casos. Esto implica que, cuando no hay una norma de aplicación que ordene/autorice la aplicación correspondiente, la aplicabilidad no puede predicarse respecto de la norma en cuestión³⁰, pues la aplicabilidad responde a la pregunta acerca de qué normas son aplicables a un caso determinado³¹. Así, los criterios o normas últimas de aplicación no son en sí aplicables, como tampoco las normas soberanas o independientes³². De este modo, se evita el problema de una cadena infinita de aplicabilidad que se formaría si se exigiera que la norma N_2 que ordena aplicar la norma N_1 sea también aplicable, ya que luego debería haber otra norma N_3 que sea aplicable y así hasta el infinito. El estatus de los criterios últimos de aplicabilidad es análogo al de las normas soberanas o independientes respecto de su pertenencia. Así como las normas supremas pertenecen al sistema jurídico por definición, los criterios últimos de aplicabilidad son aplicables por definición³³.

La aplicabilidad y la pertenencia de las normas jurídicas son conceptos independientes entre sí. La validez indica la regularidad en la creación, lo que, según Bulygin, implica la pertenencia al sistema jurídico. El sistema de normas válidas de un sistema jurídico en un momento determinado no necesariamente coincide con el sistema de normas que resultan aplicables a un caso. Ahora bien, los criterios de aplicabilidad tienen que pertenecer al sistema vigente al momento en que el juez dicta la sentencia³⁴. Una norma perteneciente a un sistema jurídico puede no resultar aplicable, por ejemplo, si es que no regula el caso, o si es que se encuentra en periodo de *vacatio legis*. A su vez, puede haber normas que no pertenecen a un determinado sistema jurídico, pero que pueden ser utilizadas como fundamento de una decisión judicial siempre que otra norma que sí pertenece al sistema de referencia ordene su aplicación. Este sería el caso de las normas del derecho internacional privado que ordenan la aplicación de normas del derecho extranjero, las que resultan aplicables porque otra norma, que sí pertenece al sistema jurídico, ordena su aplicación. Bulygin explica que el concepto de aplicabilidad es útil para explicar instituciones como la del reenvío (que puede ser doble, o triple, etc.), mediante esto, una norma del sistema jurídico de un país determinado establece para ciertos casos la aplicabilidad de una norma de un sistema extranjero. A su vez, dicho sistema puede establecer una nueva remisión al sistema anterior o a otro³⁵.

²⁹ BULYGIN, 1982, p. 196.

³⁰ BULYGIN, 2005, pp. 114-115.

³¹ BULYGIN, 1982, p. 198; BULYGIN, 2006, p. 99.

³² BULYGIN, 1982, p. 115.

³³ En este sentido, FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, p. 60.

³⁴ BULYGIN, 1982, p. 202; BULYGIN, 1991, p. 267.

³⁵ BULYGIN, 2006, p. 100.

También, según presenta Bulygin, las normas irregulares son normas que no pertenecen al orden jurídico, pero que pueden resultar aplicables³⁶. Al respecto hay que considerar que Bulygin asimila la validez con la pertenencia de una norma a un sistema jurídico. Según el autor, pertenecen a un sistema jurídico las normas que han sido creadas conforme con todas las normas que condicionan la creación normativa y, también, todas las normas que sean consecuencias lógicas de estas³⁷. Según argumenta, las normas creadas de modo irregular son normas inválidas y, por tanto, no pertenecientes al sistema jurídico, pero que los jueces tienen el deber jurídico de aplicar, siempre que así lo prescriban otras normas que sí pertenecen al sistema³⁸.

IV. ALGUNAS CRÍTICAS AL CONCEPTO DE LA APLICABILIDAD COMO EXPLICACIÓN AL FENÓMENO DE LA APLICACIÓN DE NORMAS IRREGULARES

¿Cómo se determina la irregularidad de una norma jurídica? Para responder esta pregunta puede ser útil explicitar qué se entiende por norma, advirtiendo desde ya que hago alusión a normas expresas (salvo explícita indicación), como así que no abordo a las normas de fuente consuetudinaria.

Haciendo uso de la ya asentada distinción de la literatura jurídica entre normas y disposiciones, se entiende por normas a los contenidos significativos de las últimas. Las disposiciones son los enunciados normativos contenidos en una fuente del derecho, que una vez que son objeto de una operación de interpretación, traen como resultado o “expresan” una norma³⁹.

Si se considera la distinción entre disposiciones y normas, puede señalarse que la aplicación de una disposición significa su interpretación, un acto de atribución de significado del que se extrae una norma⁴⁰. La aplicación de una norma es, por su parte, utilizarla como fundamento o premisa de una decisión⁴¹.

La irregularidad de una norma es producto de una decisión interpretativa, que produce o no efectos jurídicos dependiendo de si el intérprete es un órgano al que se le atribuye competencias para ello. Mediante esta decisión de atribución de significado se determina que una norma resulta contradictoria con una o más disposiciones que han sido también interpretadas, esto es, las normas que establecen los requisitos o condiciones

³⁶ BULYGIN, 1991, p. 266.

³⁷ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, pp. 86-89; ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1979, pp. 73-76. Críticas a la propuesta de la deducibilidad como criterio de pertenencia a los sistemas jurídicos, pueden revisarse en CARACCIOLO, 1988, p. 66-67. RODRÍGUEZ, 2011, pp. 135-138.

³⁸ BULYGIN, 1982, p. 199.

³⁹ ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 1971, p. 37; GUASTINI, 1996, pp. 92 y ss.

⁴⁰ GUASTINI, 2011, pp. 399-405.

⁴¹ GUASTINI, 2010, p. 283; PINO, 2012, pp. 59-63.

para la creación normativa. Es decir, se establece que existe una antinomia entre normas de diversa jerarquía⁴².

La afirmación de que la irregularidad de las normas jurídicas es producto de una decisión interpretativa, nada dice acerca de si tal decisión pueda (en todos, algunos o ningún caso) estar sometida a ciertas pautas de corrección, en virtud de las cuales pueda afirmarse o no que los intérpretes pueden equivocarse. Esta es una discusión diversa que no incide en lo que se ha sostenido en este punto: enfatizar que hay ciertas decisiones interpretativas que producen consecuencias jurídicas y otras no, según el diseño de un sistema jurídico. Cuando los órganos competentes para ejercer el control de la regularidad de las normas resuelven sobre la misma, determinan si es que una norma puede continuar siendo aplicada por los demás órganos de ese sistema jurídico. Esta decisión puede considerarse correcta o incorrecta, según algún parámetro de corrección, o bien, no sujeta a estos.

La aplicación de una norma es diversa a lo que se describe mediante el concepto de aplicabilidad. La primera es una constatación fáctica acerca de la eficacia de una norma. La aplicabilidad, en cambio, es un concepto que describe la existencia de ciertos elementos de un sistema jurídico que pueden justificar normativamente que una norma pueda ser aplicada⁴³. No es lo mismo decir que una norma sea *aplicable* (hay una norma específica que impone el deber de aplicarla) y decir que una norma es *aplicada*, es decir, que funciona como premisa de la decisión.

En mi opinión, sin perjuicio de que la aplicabilidad es una herramienta útil para constatar que los sistemas jurídicos contienen normas de aplicación, es una respuesta insuficiente para explicar la aplicación de normas jurídicas irregulares. Por una parte, esta respuesta no aborda la aplicación de normas irregulares respecto de las cuales no existen normas de aplicación. Por otra parte, no toma en consideración ciertos elementos estructurales de los sistemas jurídicos que considero imprescindibles para dar cuenta de este fenómeno, estos son, los mecanismos de control de la regularidad.

La existencia de normas de aplicación es una cuestión contingente que depende de que en un sistema jurídico en concreto haya normas que impongan a los órganos aplicadores el deber de aplicar otra norma en específico. Por ello, el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin puede explicar solo aquellas situaciones en las que efectivamente existen dichas normas, pero no cubre la aplicación de hecho de normas

⁴² Las normas pertinentes a producción jurídica tienen una jerarquía estructural o formal respecto de las normas producidas, en tanto las primeras establecen los requisitos o condiciones para su creación. La jerarquía estructural de las normas de producción es también una jerarquía lógica respecto de las normas producidas, puesto que las primeras versan metalingüísticamente sobre las segundas. Además, cuando las normas de producción establecen limitaciones a los contenidos de las normas a producir, las primeras tienen una jerarquía material sobre las segundas. GUASTINI, 1996, pp. 376-387; 2011, pp. 165-172.

⁴³ Moreso y Navarro han introducido la distinción entre aplicabilidad interna y aplicabilidad externa. La primera coincide con el concepto de aplicabilidad presentado por Bulygin. En cambio, la aplicabilidad interna no requiere, necesariamente, de la pertenencia de otra norma al sistema jurídico que ordene su aplicación. De acuerdo con Moreso y Navarro, una norma sería internamente aplicable a los eventos o estados de cosas regulados en su propio "ámbito de validez". MORESO Y NAVARRO, 1996, pp. 125 y ss. Críticas a esta distinción pueden revisarse en FERRER Y RODRÍGUEZ, 2011, pp. 58 y ss.

que pueden resultar irregulares respecto de las cuales no existe una norma que ordene su aplicación. De esta manera, puede ocurrir, como de hecho ocurre, que en un sistema jurídico existan normas de aplicación respecto de algunas normas, pero que haya varias otras normas respecto de los cuales no las hay. Estas últimas serían inaplicables, pero pueden igualmente ser aplicadas, es decir, utilizada como premisa de las decisiones judiciales⁴⁴. Esto puede explicarse por el diseño institucional de los sistemas jurídicos: las autoridades normativas son las que deciden las normas que pueden ser utilizadas como fundamento de las decisiones judiciales.

Las normas de aplicación explicadas mediante el concepto de aplicabilidad aluden a normas positivas que establecen un deber específico de aplicar otra norma en concreto, y no a una norma que establezca un deber general dirigido a los jueces de aplicar las normas de ese sistema jurídico. Bulygin considera trivial el establecimiento de un deber de este tipo⁴⁵. Señala que, cuando no hay una norma que ordene la aplicación de otra norma para determinados casos no puede decirse que esta última sea aplicable⁴⁶, pues la aplicabilidad responde al interrogante de qué normas son aplicables a un caso determinado⁴⁷.

De este modo, pareciera que el concepto de aplicabilidad propuesto por Bulygin no alude a instituciones como la presunción de conformidad constitucional, entendida como un deber general dirigidos a los jueces de aplicar las normas creadas por el legislador, aun cuando duden acerca de su constitucionalidad. Mediante la presunción de constitucionalidad se dan por válidas todas las normas aprobadas y promulgadas por el legislador. Esto se traduce en que los órganos aplicadores deben aplicarlas como fundamento de sus decisiones, si es que regulan el caso, sin que estén autorizados para dejar de hacerlo porque cuestionan su constitucionalidad, caso en el que deben solicitar al órgano al que se le atribuye competencias de control para que se pronuncie al respecto. Dicha presunción solo puede ser derrotada por la decisión del órgano competente para controlar la regularidad constitucional.

Resulta interesante preguntarse si es que la presunción de constitucionalidad puede reconstruirse como una norma de aplicación. La situación con la que Bulygin ejemplifica la existencia de normas de aplicación respecto de normas irregulares es la siguiente: un tribunal constitucional crea una norma de aplicación cuando conoce de una cuestión de constitucionalidad, y en su sentencia ordena a los jueces que conocen de un caso aplicar una determinada norma que ha sido sometida a su examen que, según su interpretación, se ajusta a la Constitución.

“Puede suceder incluso que una norma sea aplicable a un determinado caso, a pesar de que esa norma no pertenezca a ningún sistema del orden jurídico en cuestión y

⁴⁴ En un sentido similar, NAVARRO, ORUNESU, RODRÍGUEZ Y SUCAR, 2000, p. 145.

⁴⁵ Véase BULYGIN, 1967.

⁴⁶ BULYGIN, 2005, pp. 114-115; BULYGIN, 2006, pp. 99-100.

⁴⁷ BULYGIN, 1982, p. 198.

tampoco a ningún sistema de ningún otro orden jurídico. Esto sucede, por ejemplo, con una ley inconstitucional, es decir, una ley promulgada por una autoridad incompetente. La autoridad puede ser incompetente por tres motivos distintos: a) por tratarse de un órgano distinto del autorizado, b) por no haberse seguido el procedimiento adecuado y c) por entrar la norma promulgada en conflicto con algún principio o garantía constitucional; este último es el caso más frecuente. Y, sin embargo, una ley de estas características puede ser aplicable, por ejemplo, si el Tribunal Constitucional la declaró constitucional. Ahora bien, la constitucionalidad de una ley no depende de lo que diga el Tribunal Constitucional y una ley que no fue dictada por una autoridad competente sigue siendo inconstitucional, aunque el Tribunal diga lo contrario. Pero es el pronunciamiento del Tribunal Constitucional el que determina la aplicabilidad de la ley. Si el Tribunal dice (erróneamente) que la ley es constitucional, la ley será aplicable, aunque no sea válida en el sistema”⁴⁸.

No problematizaré en este punto acerca de si las normas irregulares pertenecen a los sistemas jurídicos y los criterios de identificación que ello supone *versus* otros criterios, ni sobre la noción de competencia que asume Bulygin (que incluye a todas las condiciones de validez), como tampoco la cuestión acerca de si la decisión sobre la regularidad de una norma está sujeta o no a parámetros de corrección. En este punto me interesa abordar otras cuestiones. Pues bien, previo a que exista una sentencia de un órgano como un tribunal constitucional ¿son aplicables las normas creadas de modo irregular por el legislador?

Si bien es cierto que el propio Bulygin no considera esta cuestión, al menos expresamente, otros autores han conectado el concepto de aplicabilidad con la presunción de conformidad con la Constitución, pero para dar cuenta de situaciones respecto de las cuales no opera dicha presunción. En este sentido, José Juan Moreso en *Sobre las normas inconstitucionales* asume que la presunción de constitucionalidad es una norma de aplicación, y observa que el concepto de aplicabilidad funciona para explicar las situaciones en que los jueces están obligados a aplicar las normas de ese sistema jurídico, aun cuando sean consideradas inválidas. Sin embargo, no explica las situaciones en que los órganos aplicadores están obligados a aplicar solamente las normas conformes con la Constitución. Observa que en el ordenamiento jurídico español los jueces ordinarios no están autorizados para dejar de aplicar las normas de rango legal que consideren contrarias a la Constitución, caso en el que deben plantear una cuestión de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional. Ahora bien, respecto de los actos de la administración, hay en el derecho español una regla distinta: si bien es cierto que se establece también una presunción de legalidad de los actos administrativos a los efectos de su ejecución, los jueces controlan también la regularidad, pues solo deben aplicar los reglamentos que resulten válidos⁴⁹.

⁴⁸ BULYGIN, 1991, p. 267.

⁴⁹ MORESO, 1993, pp. 101-103.

Una situación similar es la del ordenamiento jurídico chileno en que la presunción de conformidad constitucional opera como una construcción doctrinal sobre la base del diseño de los mecanismos de control de la regularidad constitucional. A partir de la reforma constitucional del 2005, se establece que los jueces actuando de oficio o a petición de parte pueden solicitar al Tribunal Constitucional que los autorice a dejar de aplicar una norma por considerar su aplicación en un caso particular contraria a la Constitución⁵⁰. Respecto de los actos de la administración, a partir del 2003 se encuentra establecida legalmente la presunción de legalidad de los actos de la administración a efectos de su ejecución, pero como ocurre en el sistema jurídico español, tanto la administración como los jueces ordinarios controlan también la regularidad de estos⁵¹.

Lo que me interesa mostrar es que, tanto la existencia de una norma de aplicación proveniente de un tribunal constitucional, así como la presunción de conformidad con la Constitución están estrechamente vinculadas al diseño institucional relativo a los mecanismos de control de la regularidad normativa. En efecto, la falta de autorización de los jueces para dejar de aplicar una norma de fuente legislativa por considerarla irregular se explica porque el control de regularidad se concentra en otro órgano que tiene la competencia exclusiva para decidir al respecto. En el caso de los reglamentos provenientes de la administración, en cambio, estos pueden dejar de ser aplicados por los jueces ordinarios o por la propia administración, precisamente, porque a los órganos aplicadores se les atribuye también una cuota de competencia en el control de la regularidad.

En este punto creo que se puede advertir la crítica más relevante que, en mi opinión, puede formularse a la propuesta de Bulygin: no hacer referencia a los mecanismos de control de la regularidad. Entiendo por mecanismos de control de la regularidad el establecimiento de instituciones mediante normas jurídicas que confieren poderes a determinados órganos para pronunciarse acerca de la regularidad de las normas jurídicas. Es decir, órganos competentes para controlar que las normas jurídicas sean producidas de conformidad con las condiciones que el propio sistema jurídico establece. La configuración y funcionamiento de estos permiten explicar que una norma, aun interpretada como irregular, produzca efectos jurídicos al ser utilizada como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores, mientras no sea expulsada del orden jurídico por la decisión del intérprete privilegiado, es decir, el órgano al que se atribuye la competencia para decidir respecto de la validez.

En el contexto de constituciones rígidas⁵², hay ciertas variables que permiten distinguir entre diversos tipos de mecanismos de control⁵³. Una de estas variables dice

⁵⁰ Artículo 93 la Constitución Política de Chile.

⁵¹ Los artículos 3 y 53 y ss. de la Ley 19.880, 2003.

⁵² Constituciones rígidas son aquellas que gozan de un régimen jurídico especial, pues no pueden ser modificadas ni derogadas si no es mediante un procedimiento especial de reforma que tiene requisitos y quórum de aprobación que son calificados respecto de la legislación ordinaria. A su vez, la adecuación a las normas constitucionales es una condición de validez de las normas jurídicas, estableciéndose mecanismos de control de la constitucionalidad. GUASTINI, 2001, pp. 51, 55, 155, 186 y ss.

⁵³ La regularidad puede estar condicionada también en otros niveles del sistema jurídico. Así, en bastantes sistemas jurídicos los actos provenientes del ejecutivo no solo están subordinados a la Constitución,

relación con el momento en que se ejerce el control, pudiendo ser *a priori*, esto es, previo a la entrada en vigor de una norma, o *a posteriori*, es decir, una vez que ya ha podido ser aplicada. Los mecanismos de control se distinguen también dependiendo de quién sea el órgano competente para decidir de la regularidad, distinguiéndose entre el control centralizado en un solo órgano con competencia exclusiva para decidir al respecto, y el control difuso a cargo de varios órganos. Otro factor alude a los efectos de la decisión del órgano competente, esto es, si la decisión solo produce efectos para el caso concreto y entre las partes de un juicio, o si en cambio es una decisión en abstracto con efectos *erga omnes*. La fuente de la norma, es decir, si es de origen legislativo, administrativo, o si es una norma de creación judicial, puede también variar el tipo de control en el marco de un mismo sistema jurídico.

En gran parte de los órdenes jurídicos contemporáneos, las normas de fuente legislativa están sujetas a un control por parte de un órgano diverso al legislador, el que suele ser de tipo judicial⁵⁴. Es frecuente distinguir entre tres modelos de control de la regularidad constitucional que, a grandes rasgos, son los siguientes⁵⁵:

Un primer modelo es aquel que se basa en el sistema norteamericano, el que cuenta con un control de constitucionalidad *a posteriori*, de modo que no impide que una norma sea introducida al sistema jurídico y pueda ser aplicada por los órganos respectivos. Es ejercido por todos los jueces cuando conocen de casos en concreto por vía de una excepción. A este mecanismo se le denomina difuso, en tanto todos los jueces tienen competencias de control, lo que implica que cualquier juez está autorizado para desaplicar una norma que interprete como incompatible con la Constitución. Una característica importante de este tipo de control es que la decisión sobre la regularidad, por regla general, solo tiene efectos *interpartes*, esto es, circunscritos al caso respecto del que se decide, de modo que los otros jueces no quedan inhabilitados para aplicar la norma que ha sido sometida a control, salvo que se trate de una decisión de la Corte Suprema.

Un segundo modelo es conocido como el “modelo kelseniano” o europeo⁵⁶ que rige en países como España, Italia, Alemania. Es un control de constitucionalidad que también se ejerce *a posteriori*, pero está concentrado en un solo órgano, el que tiene la competencia exclusiva para pronunciarse con efectos jurídicos *erga omnes* respecto de la constitucionalidad de una norma. La decisión de inconstitucionalidad del órgano competente puede producir la expulsión de la norma en cuestión,

sino que, también, a los actos provenientes del poder legislativo (principio de legalidad o *rule of law* de la administración).

⁵⁴ Críticas al control judicial de las decisiones de un legislador democrático, pueden revisarse en ATRIA, 2000; BIECKEL, 1986; HABERMAS, 2008; WALDRON, 2005.

⁵⁵ A modo general puede verse, FAVOREU, 1994; RUIZ MIGUEL, 2000; FERRERES COMELLÀ, 1997; RUBIO LLORENTE, 1997; PEGORARO, 1998; PRIETO SANCHÍS, 2009.

⁵⁶ No todos los países europeos tienen un control concentrado de constitucionalidad. Así, por ejemplo, Grecia, Suecia, Dinamarca y Noruega cuentan con un mecanismo de control difuso.

impidiendo que los órganos aplicadores puedan continuar utilizándola como fundamento de sus decisiones. El órgano al que se le atribuye competencia de control suele ser de tipo judicial, sea un tribunal constitucional, o la suprema corte que, junto con otras funciones, asume el rol de control de la constitucionalidad de las normas.

Un tercer modelo es aquel de tipo concentrado y abstracto, pero que se ejerce *a priori*, es decir, previo a la entrada en vigor de una norma. El órgano encargado del control preventivo de constitucionalidad puede ser un tipo político, como ocurre en Francia (a cargo del Consejo Constitucional), o un órgano jurisdiccional, como ocurre en Chile (a cargo del Tribunal Constitucional). Habitualmente no todas las normas, sino solo las de determinadas fuentes, están sometidas a un control previo de carácter obligatorio⁵⁷.

No hay duda de que estos modelos han sido construidos sobre la base del diseño de los mecanismos de control de ciertos sistemas jurídicos, muchos de estos han incorporado rasgos de otros modelos. Así, por ejemplo, en el sistema norteamericano, las decisiones de la Corte Suprema constituyen un precedente obligatorio para los órganos aplicadores (*stare decisis*), teniendo en cuenta, además, que hay algunas situaciones para las que se contempla un control en abstracto⁵⁸.

A su vez, en los sistemas que contienen un control concentrado (*a priori* o *a posteriori*) y de efectos *erga omnes*, si bien los jueces comunes no tienen competencia para decidir acerca de la constitucionalidad de las normas, generalmente se contemplan figuras como la cuestión de constitucionalidad, en la que cumplen un rol de “filtro previo”. Tanto en el sistema jurídico español, italiano, alemán, francés, y chileno se establece que cuando un juez está conociendo de un caso concreto y cuestiona la constitucionalidad de una norma aplicable al caso, o se reclama por una de las partes, el juez debe elevar la cuestión al tribunal constitucional o a la suprema corte (según quién sea el órgano competente), para que se pronuncie respecto de constitucionalidad y autorice al juez a no aplicar la norma en cuestión⁵⁹. En todos estos casos, aun cuando el juez del caso

⁵⁷ En Chile el Tribunal Constitucional controla preventiva y obligatoriamente las leyes que interpretan la Constitución, las leyes orgánicas y los tratados internacionales que traten materias propias de estas últimas (artículo 93 N° 1 de la Constitución). A requerimiento de ciertos órganos controla preventivamente proyectos de ley, de reforma constitucional, y de los tratados sometidos a aprobación del Congreso (artículo 93 N° 3). Respecto de los decretos con fuerza de ley, estos pasan por un control previo ejercido por la Contraloría General de la República, denominado “toma de razón”. Del pronunciamiento sobre la constitucionalidad de los decretos de la Contraloría puede reclamarse ante el Tribunal Constitucional (artículo 93 N° 9).

⁵⁸ Así, se contempla un procedimiento para declarar la inconstitucionalidad de normas jurídicas por violación de la Primera Enmienda (vulneración de la libertad de expresión o de la libertad de prensa). De los matices del sistema norteamericano puede verse VÍRGALA FORURIA, 2001, pp. 77-124.

⁵⁹ En el sistema jurídico español, la cuestión de constitucionalidad está consagrada en el artículo 163 de la Constitución, y regulada en la LOTC (artículos 35 y ss.). En Italia, la ley constitucional de 1948 consagra el control concentrado y *a posteriori* por vía de la excepción, y la cuestión de constitucionalidad está regulada en el artículo 23 de la ley 87/1953. Respecto de Alemania, véase el artículo 100, párrafo 1°, número 2 de la Constitución, y los artículos 80 y ss. de la ley del Tribunal Constitucional Federal. A partir del 2008

no decide referente a la constitucionalidad, ejerce una cuota de control, debido a que es quien resuelve elevar la cuestión al órgano competente si es que considera que es plausible la inconstitucionalidad.

Además, como se señaló páginas atrás, en los sistemas jurídicos de control concentrado puede ocurrir que respecto de algunas normas se aplique también un control difuso, como ocurre en España respecto de las normas provenientes de la administración, pues los jueces pueden no aplicar una norma administrativa si consideran que fue creada de modo irregular.

Existen también mecanismos híbridos o mixtos, como ocurre en Brasil, en que se contempla tanto un control difuso a cargo de todos los jueces, quienes pueden inaplicar una norma al caso del que conocen por considerarla inconstitucional, y también, un control concentrado y abstracto, mediante este se puede reclamar directamente por vía de una acción la inconstitucionalidad de una norma ante el Supremo Tribunal Federal de Brasil, quien resuelven con efecto *erga omnes*⁶⁰.

Con lo recién expuesto pertinente a los diversos modelos me interesa poner de manifiesto que, según cuál sea el mecanismo de control de la regularidad de las normas jurídicas, y de cómo se encuentre estructurado y organizado, dependerá que estas puedan producir consecuencias jurídicas. Respecto de los efectos jurídicos de la decisión de inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*, se pueden hacer algunas precisiones.

Cuando por medio de una sentencia del órgano competente se decide que una norma es incompatible con la Constitución por no adecuarse a los requisitos formales de validez, generalmente traerá como consecuencia que se elimine todo el texto que la contiene, independientemente de la interpretación sustancial de sus disposiciones. Una sentencia de un tribunal constitucional o suprema corte en la que se decide que una norma es irregular por razones de invalidez material, en cambio, involucra necesariamente una actividad de interpretación sustancial de las disposiciones que la contienen, pero pueden darse distintas situaciones.

Una de estas situaciones es que, como consecuencia de la decisión de inconstitucionalidad de una norma, se elimine todo el texto que las contiene, porque se estima que expresa normas que son todas incompatibles con la Constitución. También puede ocurrir que se eliminen algunas, pero no todas las disposiciones de un texto. Incluso puede que se elimine solo una parte de una disposición que se considera incompatible con la Constitución, pero que se mantenga el resto de la disposición, así como el texto de que la contiene. Ahora bien, también puede ocurrir que se decida que una disposición puede

en Francia existe un control concreto en que los jueces pueden presentar cuestiones de inconstitucionalidad, previa aprobación del Tribunal de Casación o del Consejo de Estado (artículo 61-1(1) de la Constitución francesa). En Chile se establece que los jueces ordinarios están autorizados para solicitar al Tribunal Constitucional la inaplicabilidad de una norma de fuente legal (artículo 93 Nº 6 y 7 de la Constitución), o de los decretos (artículo 93 Nº 4), y también de las normas administrativas de los tribunales (93 Nº 2) y del Presidente de la República (artículo 93 Nº 9 y 16). Además, una vez que el Tribunal Constitucional autoriza a los jueces a inaplicar una norma por considerarla inconstitucional, podrá iniciarse una acción de inconstitucionalidad para anularla, incluso de oficio (artículo 93 Nº 7, y 93 inciso 11 de la Constitución).

⁶⁰ Artículos 102 y 103 de la Constitución brasileña.

interpretarse de diversas maneras, una de esas interpretaciones es incompatible con las normas constitucionales, pero no las demás. En estos casos, no se elimina la disposición, sino que se impide a los órganos aplicadores interpretar de una determinada manera a la disposición, es decir, de modo que exprese una norma irregular⁶¹.

Estas cuestiones interpretativas que giran en torno a la decisión de la regularidad constitucional de una norma muestran que el órgano al que se atribuye competencia de control de regularidad es el intérprete que decide finalmente que una norma pueda producir o continuar produciendo efectos jurídicos. Este aspecto hace falta en la propuesta de Bulygin, y en mi opinión, lo que se puede rescatar de la tesis de la CAT presentada por Kelsen. No hay duda de que fue formulada de modo paradójico producto de ciertas confusiones conceptuales, creo que Kelsen acierta en vincular la cuestión acerca de la inconstitucionalidad con los mecanismos de control. En esta línea Kelsen afirma:

“[...] la pregunta referente a si una norma producida por un órgano jurídico corresponde a la norma superior que determina la forma de su producción o también su contenido, no puede separarse de la pregunta sobre quién esté facultado por el orden jurídico para resolver la pregunta previa”⁶².

Una evaluación política atinente al diseño institucional de los mecanismos de control, es decir, la valoración de la decisión de depositar el control de las normas jurídicas en uno u otro tipo de órgano es una interesante discusión política que no he abordado en este trabajo. Me he limitado a intentar mostrar que la pregunta acerca de quién decide con efectos jurídicos sobre la regularidad, así como los alcances de dicha decisión son indispensable para un completo análisis sobre el fenómeno de la aplicación de las normas que puedan ser interpretadas como irregulares.

V. CONCLUSIÓN

Una norma puede resultar irregular por no adecuarse a alguno(s) requisito(s) establecidos en otras normas del mismo sistema jurídico que condicionan la producción normativa. La irregularidad es el resultado de una actividad interpretativa consistente en la atribución de significado de las disposiciones que expresan la norma en cuestión, como también de las disposiciones que expresan las normas sobre producción jurídica. Las normas irregulares pueden ser de hecho aplicadas, es decir, utilizadas como fundamento de las decisiones de los órganos aplicadores del derecho, pues solo la decisión de algunos intérpretes (a los que se atribuye la competencia para decidir sobre la regularidad de una norma) impide que estas puedan producir o continuar produciendo consecuencias jurídicas. El hecho de que las normas irregulares tengan efectos jurídicos es una cuestión

⁶¹ En se sentido véase GUASTINI, 2011, pp. 302 y ss.

⁶² KELSEN, 1960, p. 274.

que se encuentra estrechamente vinculada a un aspecto estructural de cada sistema jurídico: los mecanismos de control de la regularidad que el mismo dispone y de cómo se encuentren configurados. Los aspectos que han sido recién mencionados no son abordados por el concepto de aplicabilidad, y como puede observarse, son relevantes a la hora de analizar a las normas irregulares. En conclusión, puedo señalar que el problema del concepto de Bulygin para analizar a las normas irregulares no está en lo que Bulygin afirma, sino en lo que omite.

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1971: *Normative Systems*, tr. cast.: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea, 1987.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1979: *Sobre la existencia de las normas jurídicas*, Valencia (Venezuela): Universidad de Carabobo.
- ATRIA, Fernando, 2000: "Revisión judicial. El síndrome de la víctima insatisfecha", en *Estudios Público* Nº 79, invierno del 2000, pp. 347-402.
- BIECKEL, Alexander, 1986: *The least dangerous branch*, New Haven: Yale University Press.
- BOBBIO, Norberto, 1975: "Per un lessico di teoria generale del diritto", en *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova: Cedam, 1975, pp. 47-55.
- BULYGIN, Eugenio, 1967 "Sentenza giudiziaria e creazione di diritto", tr. cast.: "Sentencia judicial y creación del derecho", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 355-370.
- BULYGIN, Eugenio, 1982: "Time and Validity", tr. cast.: "Tiempo y Validez", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 195 y ss.
- BULYGIN, Eugenio, 1990: "An antinomy in Kelsen's Pure Theory of Law", tr. cast.: "Validez y positivismo", en Alchourrón, Carlos y Bulygin, Eugenio, *Análisis Lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, pp. 499-520.
- BULYGIN, Eugenio, 1991: "Algunas consideraciones sobre los sistemas jurídicos", en *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 9, 1991, pp. 257-270.
- BULYGIN, Eugenio, 1995: "Cognition and Interpretation of Law", en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giappichelli, 1995, pp. 11-35.
- BULYGIN, Eugenio, 2005: "El problema de la validez en Kelsen", en Kelsen, Hans, Bulygin, Eugenio., y Walter, Robert: *Validez y eficacia del derecho*, Buenos Aires: Astrea, 2005, pp. 99-124.
- BULYGIN, Eugenio, 2006: *El positivismo jurídico*, México D.F.: Fontamara.
- CARACCILO, Ricardo, 1988: *El sistema jurídico. Problemas actuales*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- CARACCILO, Ricardo, 1994: *La noción de sistema jurídico en la teoría del derecho*, México D.F.: Fontamara.
- CELANO, Bruno, 1999: *La Teoria del diritto di Hans Kelsen: una introduzione critica*, Bologna: Il Mulino.
- CELANO, Bruno, 2009: *Derecho, justicia, razones: ensayos 2000-2007*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- COMANDUCCI, Paolo, 1998: "Kelsen e la clausola alternativa tacita", en *Assagi di metaetica due*, Torino: Giappichelli, 1998, pp. 139-158.

- COMANDUCCI, Paolo, 2012: "Tomando a Kelsen en serio", en Ramírez Cleves, Gonzalo (ed.): *Ecos sobre Kelsen*, Bogotá: Universidad Externado, 2012, pp. 439-460.
- CHAHUÁN, Marcela, 2017: "Legislación de excepción. Una propuesta de análisis sobre la base de la teoría del derecho de Hans Kelsen", en *Diritto & Questioni Pubbliche*, vol. 17/2, 2017, pp. 57-78.
- CHAHUÁN, Marcela, 2018: "Sobre la tesis de la cláusula alternativa tácita. Aspectos realistas que rescatar", en *Análisi e Diritto 2017*, pp. 257-299, Barcelona, Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2000: *Las normas de competencia. Un aspecto de la dinámica jurídica*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales.
- FERRER BELTRÁN, Jordi y RODRÍGUEZ, Jorge Luis, 2011: *Jerarquías normativas y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- FERRERES COMELLÁ, Víctor, 1997: *Justicia constitucional y democracia*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- FISS, Owen, 2007: *El derecho como razón pública*. Madrid, Marcial Pons.
- GIANFORMAGGIO, Letizia y PAULSON, Stanley, 1995: *Cognition and interpretation of law*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo, 1992: *Dalle fonti alle norme*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo, 1996: *Distinguendo: studi di teoria e metateoria del diritto*, Torino: Giappichelli, trad. cast. Ferrer Beltrán, Jordi.: *Distinguendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, Riccardo, 2001: *Lezioni di teoria costituzionale*, Torino: Giappichelli.
- GUASTINI, Riccardo, 2010: *Le Fonti del Diritto. Fondamenti teorici*, Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo, 2011: *Interpretare e argumentare*, Milano: Giuffrè.
- GUASTINI, Riccardo, 2013: "The Basic Norm Revisited", en Duarte D'almeida, Luis, Gardner, John, y Green, Leslie (eds.): *Kelsen Revisited: New Essays on the Pure Theory of Law*, Oxford and Portland, Oregon Hart Publishing, 2013, pp. 63-76.
- GUASTINI, Riccardo, 2016: *La sintaxis del Derecho*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons.
- HABERMAS, Jürgen., 2008: *Facticidad y validez. Sobre el Derecho y el Estado democrático de derecho en términos de la teoría del discurso*, Madrid: Trotta.
- HART, Herbert, 1958: "Positivism and the Separation of Law and Morals", en *Harvard Law Review*, vol. 71, No. 4, Feb. 1958, pp. 593-629.
- HART, Herbert, 1961: *The concept of Law*, Oxford: Clarendon Press.
- KELSEN, Hans, 1934: *Reine Rechtslehre* (1ª Ed.), tr. cast.: *Teoría Pura del Derecho. Introducción a la Ciencia del Derecho*, Buenos Aires: Editorial Universitaria, 1960.
- KELSEN, Hans, 1945: *General Theory of Law and State*, tr. cast.: *Teoría General del Derecho y del Estado*, México D. F.: UNAM, 1989.
- KELSEN, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre* (2 ed.), tr. cast.: *Teoría Pura del Derecho*, México D. F.: UNAM, 1986.
- KELSEN, Hans, 1962: "Derogation", en Weinberg, O. (ed.): *Essays in Legal and Moral Philosophy*, Dordrecht-Boston: D. Reidel, 1973, pp. 261-275.
- KELSEN, Hans, 1965: *Law and Logic*, tr. cast.: *Derecho y Lógica*, México D. F.: UNAM, 1978.
- KELSEN, Hans, 1979: *Allgemeine Theorie der Normen*, tr. ing.: *General Theory of Norms*, Oxford: Clarendon Press, 1991.
- KELSEN, Hans, 1988: *La garantía jurisdiccional de la Constitucional (la justicia constitucional)*, en *Escritos sobre la Democracia y el Socialismo*, Madrid: Debate, 1988, pp. 109-156.
- MARMOR, Andrei, 2011: *Philosophy of Law*, Princeton: Princeton University Press.
- MORESO, José Juan, 1993: "Sobre las normas inconstitucionales", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 13, núm. 38, mayo-agosto de 1993, pp. 81-115.

- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, 1993: *Orden jurídico y sistema jurídico. Una investigación sobre la identidad y la dinámica de los sistemas jurídicos*, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- MORESO, José Juan y NAVARRO, Pablo, 1996: “Aplicabilidad y eficacia de las normas jurídicas”, en *Isonomía: Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 5 octubre de 1996, pp. 119-139.
- NAVARRO, Pablo, ORUNESU, Claudina, RODRÍGUEZ, Jorge Luis y SUCAR, Germán, 2000: “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en *Análisis e Derecho 2000*, pp. 113-152.
- NINO, Carlos, 1985: *La validez del derecho*, Buenos Aires: Astrea.
- PAULSON, Stanley, 1998: “Introduction”, en Paulson, Stanley y Litschewesky Paulson, Bonnie. (eds.), *Normativity and Norms. Critical perspectives on Kelsenian Themes*, Oxford: Oxford University Press, 1998, pp. xxiii-xxvii.
- PEGORARO, Lucio, 1998: *Lineamenti di giustizia costituzionale comparata*, Torino Giappichelli.
- PINO, Giorgio, 2012: “La aplicabilidad de las normas jurídicas”, en Moreso, José Juan y Martí, José Luis (eds.): *Contribuciones a la Filosofía del Derecho. Imperia en Barcelona*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2012, pp. 57-96.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, 2009: *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta.
- RATTI, Giovanni, 2014: “Un poco de realismo sobre inconstitucionalidad y derogación”, en *Discusiones*, 14, 2014, pp. 253:276.
- RAZ, Joseph, 1974: “Kelsen’s theory of the basic norm”, en Raz, Joseph, 1979, pp. 122-145.
- RAZ, Joseph, 1979: *The authority of Law. Essays on Law and Morality*, Oxford: Oxford University Press.
- RODRÍGUEZ, Jorge Luis, 2011: “Algunas dificultades en la reconstrucción de la dinámica jurídica”, en Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni: *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires: Marcial Pons, 2011, pp. 117-146.
- ROSS, Alf, 1958: *On the Law and Justice*, London: Stevens & Sons, tr. cast. Carrió, Genaro, *Sobre el Derecho y la Justicia* (2ª ed.), Buenos Aires, Eudeba, 1997.
- ROSS, Alf, 1969: *El concepto de validez y otros ensayos*, Buenos Aires. Centro Editor de América Latina.
- RUBIO LORENTE, Francisco, 1997: “Tendencias actuales de la jurisdicción constitucional en Europa”, en VVAA, *Manuel Fraga, Homenaje Académico*, Madrid: Fundación Cánovas del Castillo, 1997, pp. 1411 y ss.
- RUIZ MANERO, Juan, 1990: *Jurisdicción y normas*, Madrid: Centros de Estudios Políticos y Constitucionales.
- RUIZ MANERO, Juan, 1995: “On the tacit Alternative Clause”, en Gianformaggio, Letizia y Paulson, Stanley (eds.), 1995, pp. 247-256.
- VON WRIGHT, Georg Henrik, 1963: *Norm and Action. A logical Inquiry*, London: Routledge & Keagan Paul.
- VÍRGALA FORURIA, Eduardo, 2001: “Control abstracto y recurso directo de inconstitucionalidad en los Estados Unidos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 21, núm. 62, mayo-agosto, 2001, pp. 77-124.
- WALDRON, Jeremy, 2005: *Derecho y desacuerdos*, Madrid: Marcial Pons.

La aplicación del derecho como acción colectiva

*Josep María Vilajosana**

RESUMEN

Una manera de analizar el proceso de aplicación del derecho es entenderlo como una acción colectiva. En este trabajo el autor expone, en primer lugar, cinco concepciones de la acción colectiva (Bratman, Shapiro, Kutz, Gilbert y Sánchez-Brígido); en segundo lugar, critica estas concepciones por no haber realizado distinciones importantes entre niveles de análisis y de enfoque, lo que ha afectado a su tratamiento de la normatividad del derecho. Por último, el autor termina exponiendo su visión convencionalista del derecho, que supera las dificultades de las concepciones examinadas.

Acción colectiva – aplicación del derecho – normatividad

The process of adjudication as collective action

ABSTRACT

One way to analyze the process of adjudication the Law is to understand it as a collective action. In this work the author exposes, first, five conceptions of collective action (Bratman, Shapiro, Kutz, Gilbert and Sánchez-Brígido); Second, he criticizes these conceptions for not having made important distinctions between levels of analysis and focus, which has affected their treatment of the Law's normativity. Finally, the author ends by exposing his conventionalist vision of law, which overcomes the difficulties of the conceptions examined.

Collective Action – process of adjudication – normativity

* Licenciado en Derecho, Universidad de Barcelona. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Catedrático de Filosofía del Derecho. Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Correo electrónico: josep.vilajosana@upf.edu

Artículo recibido el 3 de enero de 2019 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, la expresión “aplicación del derecho” adolece de una típica ambigüedad proceso/producto. Con ella se puede hacer referencia al conjunto de actos que llevan a cabo determinados funcionarios, en especial jueces, consistente en resolver casos individuales mediante normas generales. Pero también puede referirse al resultado de este proceso, plasmado en una determinada resolución en la que se recogen la conclusión a la que se ha llegado, junto con las premisas que la justifican. En la teoría del derecho suele prevalecer el estudio de la aplicación del derecho entendida como producto. Sin embargo, el predominio de este enfoque no debería hacernos creer que el examen de las acciones de aplicación de las normas jurídicas carece de interés para la teoría del derecho. Por el contrario, una exploración de este tipo se revela provechosa para una teoría jurídica que pretenda ser *general*, desde el momento que se admite que, más allá de los matices e idiosincrasias del funcionamiento de los distintos sistemas jurídicos, todos ellos comparten elementos comunes que atañen a la estructura y al contenido de esa actividad de aplicación.

Una forma especialmente interesante de dar cuenta de los elementos comunes de la aplicación del derecho como proceso consiste en englobarlos en el esquema más general de una práctica social en la que se desarrolla una acción colectiva. Cobra interés, por tanto, repasar algunas de las concepciones que se han ofrecido de estas prácticas.

En nuestro quehacer cotidiano nos hallamos realizando acciones individuales, cuya descripción se agota aludiendo a nuestros movimientos físicos y a nuestra intención (un estado mental). Así, por ejemplo, puedo afirmar que estoy estudiando, describiendo la acción de sostener un libro, leer su contenido, pasar las páginas y, además, mencionando la intención de aprender lo que en él se dice.

Sin embargo, también estamos acostumbrados a realizar acciones colectivas, en el sentido de que la descripción de ciertas acciones que realizamos únicamente puede llevarse a cabo haciendo referencia a un actuar conjunto. Si juego al fútbol en un equipo y este vence en un partido al equipo adversario, no decimos que yo he vencido, sino que nuestro equipo ha ganado, o simplemente “*nosotros* hemos ganado”. Esta última expresión denota a las claras que la acción que realizamos no es individual, sino colectiva. Pone de relieve que se trata de un actuar conjunto, que presupone una concordancia en la intención (por ejemplo, la de contribuir cada uno de la mejor forma posible a la victoria del equipo). ¿Cómo entender, no obstante, esa intención colectiva si se trata de un estado mental? Aquí parece haber dos opciones. O bien se postula la existencia de una mente colectiva que tenga el referido estado mental, lo que no parece muy plausible (aunque tal vez Hegel y su idea del espíritu de las naciones podría servir como ejemplo de alguien que sostuvo algo parecido), o bien se entiende que los estados mentales únicamente se dan en cada individuo, pero entonces de alguna manera hay que relacionar esos estados mentales para dar cuenta del carácter *colectivo* de la intención¹.

¹ Ello se puede conseguir, básicamente, de dos maneras; una, por medio del contenido de los estados mentales: el contenido del estado mental de un individuo puede referirse a las intenciones de otro; dos,

En lo que sigue analizaré brevemente algunas (solo algunas, subrayo) de las concepciones de la acción colectiva, sostenidas normalmente, primero, por filósofos y, posteriormente, por teóricos del derecho que las han trasladado al análisis de la aplicación del derecho. Una vez hecho esto, expondré diversas críticas a estos planteamientos, no porque considere que la aplicación del derecho no pueda concebirse de esta manera, sino por la presencia de ciertas ambigüedades que observo en esa traslación del concepto de acción colectiva al ámbito jurídico².

II. ALGUNAS CONCEPCIONES DE LA ACCIÓN COLECTIVA

1. *Bratman y las intenciones compartidas*

Entre los estudios de la acción colectiva desarrollados por los filósofos contemporáneos destaca el elaborado por Michael Bratman mediante el concepto de actividades intencionales colectivas³. Veremos brevemente su planteamiento, para después referirnos al empleo que del mismo hace Shapiro en el ámbito de la teoría del derecho.

Para Bratman, una intención es un estado mental peculiar, distinto del deseo y de la creencia, y que incorpora un compromiso característico: si un sujeto *S* tiene la intención de realizar la acción *p*, entonces se ha comprometido a realizar *p*. Cuando se habla, pues, de actividades intencionales colectivas hay que tener en cuenta este compromiso y que se trata de acciones que tienen un cierto nivel de cooperación.

El ejemplo del que parte Bratman es el de viajar juntos. El hecho de que dos personas *A* y *B* viajen juntas, por ejemplo en el tren Barcelona-Madrid, no significa, entendido como actividad intencional colectiva, la mera coincidencia en ocupar asientos contiguos en el tren. Implica un estado mental peculiar tanto en *A* como en *B*, consistente en tener la intención de viajar juntos. Ahora bien, según este autor esta idea no debe ser entendida siempre como una intención de hacer algo de manera cooperativa, ya que entonces se tornaría circular, como cuando se expresa en términos de intenciones (conjuntas) de realizar algo intencionalmente (de manera conjunta). En cambio, habría que ser capaz de caracterizar este tipo de intenciones de manera neutral, en el sentido de que no necesitan ser cooperativas (aunque puedan serlo). Viajar juntos a Madrid no tiene por qué implicar una cooperación entre *A* y *B*.

Más interés puede revestir la segunda característica de las actividades intencionales colectivas como las entiende Bratman. La ilustra con el siguiente ejemplo: dos sujetos,

postulando que el estado mental de un individuo ya contiene la referencia al “nosotros” (esto es lo que se hace, por ejemplo, en SEARLE, 1995, cap. 1).

² Tuve la oportunidad de exponer una versión previa de este trabajo en el Seminario Austral organizado por la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Austral de Chile el 17 de agosto de 2018. Agradezco las observaciones realizadas por los participantes y, en especial, las que me hicieron Sebastián Agüero y Patricia Toledo. Este trabajo ha recibido la ayuda del Proyecto del Ministerio de Economía y Competitividad (DER 2016-80471-C2-1-R).

³ BRATMAN, 1999.

A y *B*, tienen la intención de pintar la casa en la que viven, pero se da la circunstancia de que *A* prefiere pintarla de rojo, mientras que *B* prefiere el azul; imaginemos, además, que no tienen la voluntad de alcanzar ningún compromiso acerca del color. En este caso, aunque llegaran a pintar la casa con una combinación de ambos colores, la actividad que habrían llevado a cabo no sería cooperativa.

Este supuesto permite darnos cuenta de que, junto con el plan general de pintar la casa, compartido por *A* y *B*, existirían subplanes (que incorporarían intenciones más específicas de *A* y de *B*) en los que no se daría el acuerdo. Puede haber dos tipos de desacuerdos en relación con los subplanes. Por un lado, el desacuerdo puede ser tal que no haya forma de conseguir cumplir con ambos (en el ejemplo que hemos dado, si se pinta la casa de rojo se cumple el subplan de *A*, pero no el de *B*; si se pinta de azul, se cumple el subplan de *B*, pero no el de *A*). En otros casos, en cambio, el desacuerdo puede ser de tal tipo que permita la ejecución conjunta de ambos subplanes. Por ejemplo, si *A* quiere comprar la pintura en la tienda de la esquina y *B* no le importa, mientras que *B* tiene una preferencia por comprar la pintura más cara y *A* tampoco le importa. En este caso, está claro que los subplanes pueden encajar (*mesh*): bastará con comprar la pintura más cara en la tienda de la esquina.

Pues bien, Bratman sostiene que cuando dos personas realizan una actividad intencional colectiva no solo realizan la acción conjunta, sino que cada una de ellas entiende que el grupo realiza la acción conjunta de acuerdo con subplanes que encajen. Además, se entiende que debe darse la intención de mantener ese encaje de subplanes, de tal modo que si uno cambia de subplan en el transcurso de la actividad debe estar dispuesto a persuadir al otro de que es mejor o a negociar con él, pero no a llevarlo a la práctica de manera unilateral. Por ejemplo, si *A* y *B* coinciden en el color con el que pintarán la casa, pero *A*, en un determinado momento, cambia de idea (porque se da cuenta que no queda tan bien como pensaba), el pintar la casa dejaría de ser una actividad cooperativa si se dedicara a escondidas a cambiar el color.

Otra característica del tipo de actividades que estamos analizando sería la de tomarse en serio el carácter de agente intencional de quienes participan en ellas. De ahí que se deba añadir a las demás condiciones el hecho de que forme parte de la intención del sujeto participante que la intención de los demás y sus subplanes sean efectivos. Cada uno de los participantes debe tener la intención de realizar la actividad conjunta de que se trate en parte debido a la intención de los demás de que realicen tal actividad y sus subplanes. Esta es la forma de tratar a todos los participantes como agentes intencionales. Si esto es así, se sigue también que cada uno desea que su propia intención (junto con la de los demás) se haga efectiva. Por todo ello, la condición que se exigiría sería la siguiente: cada participante tiene la intención de que el grupo realice la actividad conjunta de acuerdo con (y debido a) los subplanes que encajan según las intenciones de cada uno de los participantes.

Bratman añade a las anteriores condiciones el hecho de que se dé conocimiento común entre los participantes en la actividad. Es decir, que *A* sabe que *B* sabe que *A* sabe (hasta el infinito) que tienen esas intenciones. El conjunto de las intenciones más el conocimiento común es llamado por este autor "intención compartida". Los participantes en esa actividad intencional colectiva deberán tener una intención compartida, aunque

pueda ser por razones diversas (*A* puede querer pintar la casa por razones estéticas; *B* puede tener la misma intención, pero para agradar a su novia).

Por último, si estamos hablando de actividades con un mínimo de cooperación relativa a los subplanes parece lógico añadir una postrera condición. Porque, como se ha dicho, lo anterior implica que los participantes tengan subplanes que encajen, entonces también parece razonable suponer que será necesario que cada uno de los participantes construya sus propios subplanes, como dice Bratman, “con una mirada puesta en el encaje con los subplanes de los demás”⁴. Esto conduce a una responsabilidad mutua de intención y de acción. Los participantes en la actividad cooperativa serían también mutuamente responsables respecto de la actividad que llevan a cabo: *A* presta cuidadosamente atención a lo que hace *B* y eso le ayuda a hacer lo que hace, y viceversa.

Ahora ya estamos en condiciones de ofrecer y entender la definición que da Bratman de las actividades intencionales colectivas:

En relación con una determinada actividad cooperativamente neutral *J*, el hecho de que los participantes hagan *J* es una actividad intencional colectiva si y solo si:

1. Los participantes hacen *J*
- 2.a. Cada uno de ellos tiene la intención de hacer *J*
- 2.b. Cada uno de ellos tiene la intención de hacer *J* de acuerdo con, y debido a, los subplanes que encajan de todos ellos⁵
3. Existe un conocimiento común entre los participantes de que se da 2
4. 2 y 3 conducen a 1 como correspondencia mutua de intención y de acción.

2. *La adaptación de Shapiro*

El modelo de actividad colectiva propuesto por Bratman toma en cuenta siempre dos sujetos participantes. Shapiro lo ampliará, y en algún punto lo modificará, para dar cabida a actividades compartidas por grupos más extensos y entre los que se den relaciones de autoridad⁶. De este modo, postulará que ese modelo ya está listo para dar cuenta de la práctica de aplicación del derecho como actividad intencional colectiva.

El hecho de pasar de un análisis relativo a dos individuos a un análisis que tenga como objeto de estudio grupos muy numerosos, como sería el formado por quienes aplican el derecho, requiere alguna modificación en la definición ofrecida por Bratman.

En primer lugar, es más realista exigir únicamente que la mayoría de los participantes (pero no necesariamente la totalidad) tenga las actitudes apropiadas.

En segundo lugar, cuando nos fijamos en colectivos muy numerosos también parece poco realista postular que cada participante en la actividad conozca las intenciones del resto de los participantes. De ahí que Shapiro proponga sustituir el requisito del conocimiento común por el de la accesibilidad pública: el contenido de las intenciones

⁴ BRATMAN, 1999, p. 106.

⁵ Simplifico algo el enunciado de esta condición.

⁶ SHAPIRO, 2002, p. 387. También se usa la idea de Bratman en COLEMAN, 2001.

relevantes de los miembros del grupo no tiene por qué ser conocido por todos, pero sí que debe ser públicamente accesible de alguna manera a todos los participantes.

Por último, propone la sustitución de la condición 2.a de Bratman, según la cual cada participante tiene la intención de que el grupo realice la actividad, por la idea algo menos exigente de que exista la “intención de contribuir”. Según Shapiro, uno puede implicarse en una actividad intencional colectiva simplemente teniendo la intención de contribuir al esfuerzo del grupo, pero sin necesidad de comprometerse en el éxito de la empresa compartida. Es decir, se puede tener la intención de participar en la contribución de un proyecto colectivo pero no por ello tener la intención grupal de que tal proyecto tenga éxito⁷. Pone el ejemplo de un programador informático al que se le pague por contribuir en su parcela a lanzar una nueva versión de un sistema operativo (que requiere el concurso de más personas). Este programador puede tener la intención de participar en el proyecto, pero le puede traer sin cuidado si el sistema operativo al final tiene éxito o no.

Con estas modificaciones introducidas por Shapiro, la definición dada anteriormente quedaría así:

1. El grupo hace *J*
- 2.a. La mayoría de los participantes tiene la intención de contribuir a que el grupo haga *J*
- 2.b. Cada uno de ellos tiene la intención de contribuir a que el grupo haga *J* de acuerdo con, y debido a, los subplanes que encajan de aquellos participantes que similarmente tienen la intención de contribuir
3. Lo dicho en 2 es accesible públicamente a la mayoría de los participantes
4. Las actitudes en 2 llevan a la mayoría de los participantes a contribuir a hacer *J* como correspondencia mutua de intención y de acción.

¿Cómo se podría usar este esquema para dar cuenta de la práctica social de la aplicación del derecho? Shapiro dirá que tal práctica es una subclase de la clase de las actividades intencionales colectivas, así como acaba de ser caracterizada. Lo único que habría que añadir es que se trata de una actividad de este tipo, pero en la que los miembros se hallan unidos por relaciones de autoridad⁸.

3. *Kutz y las intenciones participativas superpuestas*

Por su parte, Kutz empieza reconociendo que existe una amplia variedad de acciones intencionales colectivas⁹. Las divergencias entre ellas pueden obedecer a distintas razones. Menciono exclusivamente dos. Por ejemplo, cabe que sean diferentes en cuanto

⁷ Esta idea la extrae SHAPIRO DE KUTZ, 2000, pp. 81-82.

⁸ Una crítica a la utilización del esquema de Bratman para dar cuenta del derecho como fenómeno social puede verse en SMITH, 2006.

⁹ KUTZ, 2000.

a su espíritu cooperativo, que puede abarcar desde viajar juntos en el tren hasta jugar al fútbol. También pueden divergir debido a la complejidad de las tareas que implican: de la simplicidad que supone la actividad de pasear juntos hasta la complejidad de los actos involucrados en la creación de un barrio o de una ciudad. A pesar de ello, este autor cree que es posible identificar una especie de mínimo común denominador en todas las actividades intencionales colectivas.

Es importante este punto, por cuanto el objetivo que se propone este autor, según sus propias palabras, constituye una estrategia “minimalista”. De ahí que considere que algunos de los elementos que hemos visto como condiciones necesarias de este tipo de actividades en Bratman y en Shapiro no lo son en absoluto. Del hecho de que normalmente se hallen presentes en los casos paradigmáticos de acciones colectivas no hay que deducir que sean condiciones necesarias de las mismas. Ello ocurriría, según este autor, con la condición 2 a. de Bratman, así como con las ideas de correspondencia mutua o conocimiento común. No quiere decirse con ello que no se den en muchas ocasiones, sino que pueden existir actividades colectivas intencionales que no las contengan. Por eso, es útil preguntarse si existe alguna condición que sea efectivamente necesaria, por su carácter fundamental. Kutz opina que sí y realiza un intento por delimitarla. Según él, se da un caso de actividad colectiva intencional cuando los miembros de un grupo están actuando con intenciones participativas superpuestas (*overlapping participatory intentions*)¹⁰. Esta idea la empleará posteriormente el mismo autor respecto del grupo de los jueces. En este sentido, los jueces, en el desempeño de su tarea de aplicación del derecho, llevarían a cabo acciones con intenciones participativas superpuestas¹¹.

El concepto de acción participativa ya lo adelantamos al analizar el esquema de Shapiro. Se trata de la intención que tiene una persona de contribuir con su parte en un acto colectivo. Tiene dos componentes representacionales. Por un lado, un papel individual, que consiste en el acto que un individuo realiza como una contribución al fin colectivo; por otro lado, el fin colectivo, que consiste en el objeto de una descripción que es el producto causal de actos de diferentes individuos (como transportar un objeto pesado) o es constituido por actos de diferentes individuos (como bailar un vals). Un fin colectivo es, por tanto, un estado de cosas cuya realización depende de que varias personas actúen juntas.

Esta sencilla idea de intención participativa implicaría otra: cuando los participantes en una actividad tienen este tipo de intenciones, existe una disposición favorable a que los demás conozcan esta participación. Ello es así, por cuanto parece imposible para un participante concebir su acto como una acción que contribuya a un fin colectivo y al mismo tiempo tener la intención de que su contribución nunca sea conocida. Al respecto, Kutz dice lo siguiente:

¹⁰ KUTZ, 2000, p. 89, p. 94 y pp. 103-104.

¹¹ KUTZ, 2001.

Si tengo la intención de que mi contribución a algún fin colectivo sea secreta, por ejemplo llenando a hurtadillas una urna con votos para ayudar a un candidato, entonces lo natural sería decir no que estoy llevando a cabo mi parte en el proceso de elección del candidato, sino más bien que estoy actuando como un bribón tratando de conseguir que mi candidato sea elegido¹².

Este argumento de Kutz y el ejemplo en que se apoya no son del todo convincentes. Este autor parece dar por supuesto que el hecho de actuar en secreto siempre es fruto de la “contribución” a una finalidad perversa y, por esta razón, inconfesable. Pensemos, sin embargo, en la cantidad de personas que pretenden participar en un fin loable como es el de intentar erradicar la pobreza del planeta y lo hacen mediante contribuciones que pueden llegar a ser importantes, pero que quieren mantener en secreto. El carácter secreto de esa contribución, ¿debe llevarnos a la conclusión de que esa labor filantrópica no constituye una acción colectiva?

Se puede ir más lejos aún. ¿Por qué el hecho de que la aportación de uno a un fin colectivo sea contraria a las reglas debe ser considerado como algo ajeno a la acción colectiva? Por seguir con el ejemplo de fraude electoral, como es sabido, el pucherazo era uno de los métodos de manipulación electoral usados principalmente durante el periodo de la restauración borbónica en España para permitir la alternancia pactada previamente entre el Partido Liberal y el Partido Conservador, dentro del modelo de dominación política local conocido como caciquismo. Para llevar a cabo la manipulación, se guardaban papeletas de votación (por ejemplo en puchereros, de ahí la denominación que se popularizó), y se añadían o se sustraían de la urna electoral a conveniencia para el resultado deseado. ¿No era después de todo una acción colectiva intencional esa práctica extendida, aunque sus participantes actuaran contra las reglas y no tuvieran interés en airear sus conductas?

A pesar de esta problemática, no voy a insistir más en este punto, por cuanto no me parece relevante a la hora de trasladar el esquema en cuestión a la práctica de la aplicación del derecho: en este caso sí que parece un ingrediente necesario el seguimiento de reglas. Aunque podría acabar teniendo cierta relevancia en algunos casos, si consideramos que el apartarse de las reglas seguidas hasta un determinado momento en el caso de las convenciones puede dar lugar en algún momento posterior y debido a su carácter constitutivo a reglas nuevas, si los demás las siguen¹³.

Volvamos, pues, a Kutz. Como vimos, las acciones participativas de las que habla este autor tienen la característica ulterior de ser “superpuestas”. Esta es una manera de dar cuenta del hecho de que las intenciones de los participantes deben ir referidas a la misma empresa. Existirá esta superposición cuando el fin colectivo componente de sus intenciones participativas se refiere a la misma actividad o resultado y cuando existe una intersección no vacía del conjunto de estados de cosas que satisfacen aquellos fines

¹² KUTZ, 2000, p. 93.

¹³ Sobre el carácter constitutivo de las convenciones, remito a lo que diré en el siguiente apartado.

colectivos. Hay que tener en cuenta, además, que la superposición siempre es una cuestión de grado. Por ejemplo, uno puede ir a casa de un amigo pensando que va a disfrutar de una cena tranquila, mientras otro puede asistir creyendo que se trata de una alocada fiesta sorpresa. La intersección del contenido de las respectivas intenciones en este caso sería, al menos (no sabemos si alguna coincidencia más podría añadirse), que ambos desean ir a casa de su amigo. Si esa intersección diera como resultado un conjunto vacío, entonces no existiría una intención participativa superpuesta y, por tanto, carecería de sentido hablar de acción intencional colectiva.

4. *Gilbert y la idea de compromiso común*

Para Margaret Gilbert, si dos o más personas están involucradas en una actividad colectiva, entonces forman lo que esta autora denomina “el sujeto plural de una meta”¹⁴. Por ejemplo, si dos personas pasean juntas, forman el sujeto plural de la meta consistente en pasear juntas. De una manera más técnica, es posible decir que dos o más “personas constituyen un sujeto plural de una meta si y solo si están comprometidas conjuntamente a aceptar la meta de hacer *J* como grupo (*as a body*)”¹⁵.

Por otro lado, Gilbert entiende que dos o más personas se hallan involucradas en una acción colectiva de realizar *J* si y solo si están comprometidas conjuntamente a aceptar la meta de hacer *J* como grupo y cada uno actúa de la forma apropiada para alcanzar esa meta a la luz del hecho de que cada uno está sujeto al compromiso común, conjunto o mutuo (*joint commitment*). Vayamos por partes.

Dos o más personas pueden estar comprometidas conjuntamente como grupo a muy distintas cosas: a tomar una decisión, a planificar algo, etc. En el caso de las acciones colectivas, los agentes están comprometidos conjuntamente a aceptar la meta de hacer *J*. Se trata de que los agentes unan sus fuerzas para alcanzar la meta mediante el compromiso de cada uno de ellos con los demás en una forma particular, lo que constituye el compromiso conjunto. Este tipo de compromiso estaría constituido por las siguientes propiedades:

- a) Implica la participación de más de una persona, aunque no necesariamente la de todos los miembros del grupo;
- b) Cada participante se hace responsable frente a los demás de cualquier violación del compromiso;
- c) Normalmente se trata de compromisos que no son rescindibles por cada participante de manera unilateral, sino exclusivamente por todos juntos;
- d) Cada participante adquiere el compromiso de promover de la mejor manera que pueda el objeto del compromiso común;

¹⁴ El no haber visto la presencia necesaria de este sujeto plural en las reglas sociales es algo que Gilbert le reprocha directamente a Hart. Cfr. GILBERT, 1999.

¹⁵ GILBERT, 1989, 1996 y 2002.

- e) Esos compromisos individuales son interdependientes. Con ello quiere decirse que no pueden existir con independencia de los demás;
- f) Los compromisos individuales dependientes surgen simultáneamente en el momento de la creación del compromiso conjunto;
- g) De ese compromiso conjunto nacen derechos y obligaciones entre los participantes y es admisible esperar que estos lo sepan.

Es importante destacar en esta caracterización de las acciones intencionales colectivas que hace Gilbert la introducción de un elemento normativo, del que darían cuenta las propiedades b) y g). Según estos rasgos, la participación en una actividad mediante un compromiso conjunto implica no solo expectativas respecto de lo que los demás van a hacer, sino derecho a que los demás lo hagan; además, cada uno se hace responsable frente a los demás del cumplimiento de lo exigido por esos deberes. Este elemento no aparecía en los modelos que hemos examinado hasta ahora y habrá que ver hasta dónde conduce.

Por de pronto, parece un poco extraño entender que en todos los supuestos en que nos hallamos frente a una acción intencional colectiva surja el elemento normativo. Aunque tal vez es verdad que algunos de esos casos puedan explicarse mejor por medio de la presencia de tal elemento. Por esa razón, se ha propuesto que el planteamiento de los autores anteriores podría servir, aunque con críticas, para dar cuenta de grupos sin “unidad normativa”, mientras que la tesis de Gilbert habría que circunscribirla a un modelo de explicación de actividades de grupos “con unidad normativa”¹⁶.

Pero aun aceptando ese proceder, podríamos preguntarnos si los rasgos que caracterizan el compromiso conjunto (necesario en el esquema de Gilbert para poder hablar de actividades intencionales colectivas) son aceptables para dar cuenta de la presencia del elemento normativo del que vengo hablando (sea que se dé en todos los casos, como propone Gilbert, o solo en algunos, como prefiere considerar Sánchez-Brígido).

Por eso, incluso habiendo realizado esta reubicación del esquema presentado por Margaret Gilbert los problemas no han terminado. Voy a referirme únicamente a dos de ellos relativos a la normatividad, por ser lo que aquí más interesa. En primer lugar, es esencial pensar que, aun admitiendo que la propuesta de esta autora diera cuenta de la normatividad incorporada en esas prácticas, llegaría a explicar tal vez solo alguna subclase de ellas. Este punto lo analizaré a continuación, al exponer la concepción de Sánchez-Brígido. En segundo lugar, la forma de plantear el surgimiento de la normatividad en esas actividades colectivas no resulta del todo convincente: sirve para explicar a lo sumo la aparición de expectativas recíprocas, pero no de derechos y deberes tal como pretende. Abordaré esta segunda cuestión en el apartado posterior dedicado a criticar estas concepciones de la acción colectiva, por cuanto me parece que lo que diré entonces puede reprochársele tanto a Gilbert como a Sánchez-Brígido.

¹⁶ Esta es la propuesta de SÁNCHEZ-BRÍGIDO, 2008.

5. *Sánchez-Brígido y la normatividad de las acciones colectivas*

Sánchez-Brígido ha puesto de relieve que pueden existir “unidades normativas” distintas asociadas a grupos que actúan con intencionalidad colectiva. Gilbert habría dado cuenta, según este autor, únicamente de un tipo de ellas (a la que llama “unidad normativa del tipo II”), pero no del otro (que sería la “unidad normativa de tipo I”).

Las actividades de grupos en los que se da una unidad normativa de tipo I se caracterizarían, además de por las notas ya presentes en cualquiera de los modelos vistos con anterioridad al de Gilbert, por estos dos rasgos nuevos:

1. Cada miembro del grupo cree que las condiciones anteriores se dan y que el estado de cosas que se pretende alcanzar es *valioso* en relación con individuos no participantes.
2. Cada miembro del grupo piensa que le es aplicable a todo miembro del grupo una consideración normativa que hace referencia al citado estado de cosas. Se trataría de una consideración normativa en donde para quien se halle, junto con otros, en posición de alcanzar ese estado de cosas *debe* realizar su parte.

Estas cláusulas se establecerían para captar el hecho de que cuando existe una actividad de un grupo con este tipo de unidad normativa, sus miembros se conciben a sí mismos de este modo: creen que tienen ciertos deberes *qua* miembros del grupo y que ello depende del hecho de creer que la actividad del grupo es valiosa en relación con otros individuos que no forman parte del mismo.

Para entender el funcionamiento de estas cláusulas habría que colocarse en la posición de los participantes en el grupo y centrarse en el contenido de las actitudes que se expresan por medio de la idea de que “creen” o “se conciben a sí mismos”. Según este autor, cada participante en un grupo que actúa con este tipo de normatividad vendría a decirse lo siguiente:

Hay varios individuos y yo mismo; se da un estado de cosas que para que se alcance requiere que tanto yo como los demás hagamos ciertas acciones y tengamos ciertas actitudes. Tengo la intención de realizar las acciones relevantes y los otros miembros del grupo también. Ese estado de cosas es valioso en relación con otras personas que no forman parte del grupo. Dicho brevemente, formamos un grupo que actúa y cuya actividad es valiosa por lo que he dicho y soy un miembro de ese grupo, lo que significa que satisfago una propiedad especial: estoy en una posición tal capaz de, junto con los demás miembros del grupo, alcanzar un estado de cosas valioso para otros y, puesto que existe una consideración normativa en donde cada uno que satisfaga esa propiedad debe hacer su parte, entonces debo hacer mi parte¹⁷.

¹⁷ SÁNCHEZ BRÍGIDO, 2008, pp. 173-174.

Para poder apreciar las diferencias que supone este modelo normativo respecto de un modelo de actividad grupal sin unidad normativa (del que darían cuenta los esquemas propuestos por Bratman, Shapiro y Kuntz), Sánchez-Brígido pone un ejemplo. Recordemos el caso de la pareja que decide pintar una casa. En el supuesto, tal como lo expliqué en su momento, los pintores no se ven a sí mismos actuando bajo ningún deber. ¿Pero qué sucedería si suponemos que los participantes están pintando la casa, y entienden que el hecho de que la casa acabe pintada es particularmente valioso en relación con otras personas? Por ejemplo, hay que pintar la casa porque va a convertirse en una residencia de ancianos. Si esto es así, se daría la primera cláusula que se ha añadido a los anteriores esquemas. Pero ello no sería suficiente para el nacimiento del deber. En efecto, podría darse el caso que, a pesar de que los miembros consideren que el estado de cosas a alcanzar es valioso para otros, ellos no se consideran bajo el deber como miembros del grupo de llevar a cabo su parte. De ahí que se requiera la segunda cláusula, según esta, ellos piensen que las consideraciones normativas relevantes les son aplicables.

Lo importante para nuestro objetivo, sin embargo, es preguntarnos si este esquema daría cuenta de ejemplos de actividad de aplicación del derecho poco desarrollados. Sánchez-Brígido sostiene que en la teoría del derecho alguien que habría propuesto un modelo que encajaría bastante bien aquí es Joseph Raz. Recordemos el planteamiento de Raz¹⁸.

Según Raz, existe un grupo de individuos, la mayor parte, que sigue alguna regla que requiere que ellos evalúen conductas mediante la aplicación de normas identificadas por medio de criterios contenidos en aquella, normas que forman un sistema abierto, comprensivo y supremo. Con ello, bastaría añadir estos rasgos recién citados al esquema anterior para que encaje en la propuesta de Raz. Así, el estado de cosas del que existiría una autoconciencia que hay que alcanzar como grupo en el caso de la actividad judicial entendida como práctica social sería aquel que se constituye cuando todos (o la mayoría) de los participantes realizan ciertas acciones. Estas acciones serían justamente las que se acaban de enumerar: intentan seguir y siguen una regla que requiere que la conducta de los miembros de la comunidad sea evaluada de acuerdo con normas que satisfagan ciertos criterios, normas que forman un sistema abierto, comprensivo y supremo. Pero en este caso, no se darían las dos cláusulas de las que he hablado anteriormente, por lo que el esquema de Raz serviría, según Sánchez-Brígido, para dar cuenta de sistemas más simples. En cambio, según este autor, Gilbert habría ofrecido un esquema que no serviría para los casos poco desarrollados, pero iría en la línea correcta a la hora de explicar sistemas institucionalizados más complejos. La razón de esta valoración positiva del análisis ofrecido por esta autora radicaría en el hecho de que habría dado con un recurso para explicar la normatividad, que es propia de estos sistemas. ¿Pero es esto así? Más adelante me referiré críticamente a esta posición.

¹⁸ RAZ, 1975, pp. 149-154.

III. LÍMITES DE ESTAS CONCEPCIONES

1. *Tres distintos niveles de análisis*

El breve recorrido que hemos realizado por algunos de los planteamientos de filosofía general y de teoría del derecho en relación con el análisis de las acciones colectivas bastará para poner de relieve su relevancia, pero también sus limitaciones. Por lo que hace a lo primero, parece innegable que de los planteamientos desarrollados por Bratman o Gilbert se pueden extraer conclusiones importantes transportables al estudio del derecho entendido como fenómeno social, así como han hecho Shapiro, Kutz y Sánchez-Brígido, por citar simplemente a los que he mencionado antes¹⁹.

Ahora bien, para comprobar hasta qué punto esta traslación de esquemas provenientes de la filosofía general (que no están pensados específicamente para tratar los problemas propios de la teoría del derecho) efectivamente es exitosa, es preciso introducir distintos niveles de análisis. Su examen arrojará luz sobre las salvedades que quepa hacer a estos diseños teóricos.

Propongo, pues, distinguir tres niveles en los que puede ser relevante hablar de acciones colectivas en relación con el derecho entendido como fenómeno social:

1. El nivel más general haría referencia al derecho como un todo y se revelaría mediante la indagación de los rasgos que hacen que el derecho sea un sistema normativo *institucionalizado*. En efecto, como es sabido, el carácter institucional es comúnmente aceptado entre los juristas como el rasgo que permitiría diferenciar al derecho del resto de los sistemas normativos (como la moral positiva o los usos sociales). Hart, por ejemplo, da cuenta del carácter institucional del derecho mediante la idea de reglas secundarias²⁰. La presencia de reglas de cambio, adjudicación y reconocimiento supone el tránsito de un sistema prejurídico (o cuanto menos poco evolucionado) a un sistema jurídico (o evolucionado), al permitir que sea el propio sistema de que se trate el que establezca las condiciones para que se den una creación y una aplicación de normas de acuerdo con el mismo sistema. Podría decirse que Kelsen también tiene una alusión a lo que serían reglas de cambio y de adjudicación por medio de su idea de que el derecho es un sistema normativo que, a diferencia de otros, regula su propia creación. Esto sugiere inmediatamente la presencia de instituciones que se ocupan precisamente de establecer tal regulación²¹.

Una teoría que pretenda dar cuenta del derecho como fenómeno social debería, en este nivel, ofrecer una explicación del mismo en términos de acción colectiva, que englobara las acciones relevantes de los particulares (en relación con la obediencia

¹⁹ Otras posiciones, por ejemplo, en TOUMELA, 2002.

²⁰ HART, 1961, cap. V.

²¹ KELSEN, 1960.

de las reglas primarias) y de los funcionarios, tanto de legisladores como de aplicadores de tales normas (relativas a *todas* las reglas secundarias)²².

Tal vez, una concepción minimalista de la acción colectiva como la propuesta por Kutz con su idea de intenciones participativas superpuestas sería, de las que hemos visto, la única aplicable con este amplio alcance. Aunque, para ser realistas, es difícil concebir las acciones de los particulares y de los funcionarios en el mismo plano. Pero si prescindimos de las acciones de los primeros, este esquema sería aplicable sin demasiados problemas a las prácticas presupuestas en el surgimiento de las tres reglas secundarias. Es concebible, en efecto, que tanto legisladores como aplicadores pertenecientes a un mismo sistema jurídico actúen con un fin colectivo, aunque este deba ser expresado en términos muy generales, como por ejemplo, el mantenimiento de un determinado Estado. Debido a que un fin colectivo es un estado de cosas cuya realización depende de que varias personas actúen juntas, es fácil concluir que sin un seguimiento generalizado de las normas de cambio de un determinado sistema por parte de los legisladores y un seguimiento generalizado de las normas de adjudicación de ese sistema por parte de los aplicadores, no se podría seguir manteniendo el *mismo* sistema jurídico. Recordemos, además, que la idea de superposición de la que habla Kutz exige no que todos los participantes en la acción colectiva tengan exactamente en mente los mismos medios para conseguir el fin colectivo, sino que basta con que exista una intersección no vacía del conjunto de estados de cosas que satisfacen el fin colectivo.

2. Otro nivel de análisis podría prescindir de la conducta de los particulares y de los legisladores para centrarse en los actos de aplicación normativa. En este caso, visto de nuevo desde la perspectiva de la presencia de las reglas secundarias, el citado análisis equivaldría a centrarse en el estudio de las prácticas involucradas en el surgimiento de las reglas de adjudicación y de la regla de reconocimiento. Este paso sería consecuente con la idea de Raz, según este, el componente verdaderamente imprescindible en un sistema jurídico sería la presencia de órganos de aplicación. Este *debería ser* en realidad el centro de la discusión de la traslación del concepto de acción colectiva al ámbito de la práctica de adjudicación, si uno atiende a lo que explícitamente dicen los teóricos del derecho que han utilizado esta estrategia. Pero digo que *debería ser*, por cuanto lo que sucede en verdad es que ello se mezcla, o bien con el primer nivel que acabo de mencionar, o bien con el tercer nivel de análisis al que me referiré a continuación.
3. Siguiendo con el proceso de concreción, nos encontramos con un tercer nivel de análisis, que consistiría en el examen de las prácticas sociales que dan lugar al nacimiento y mantenimiento de una determinada regla de reconocimiento. Se trata de un subtipo de práctica social relativa básicamente también al comportamiento

²² Un intento de aplicar la idea de acción colectiva a partir del concepto de creencia mutua de Lagerspetz (1995) a la actividad parlamentaria se puede hallar en AARNIO, 1998.

de los órganos aplicadores, pero que tiene unos rasgos específicos que la hacen merecedora de un tratamiento singular, que he ofrecido en distintos trabajos²³.

La razón que justificaría el deslindar la tarea de la identificación del propio derecho del resto de acciones que también llevan a cabo los jueces en su más amplia tarea de aplicación del derecho puede resumirse así: se trata de aislar el componente *constitutivo* que tiene esa práctica. La existencia de las reglas de adjudicación, cuyo examen debería ser relevante para el análisis del citado nivel 2, o con el añadido de las reglas de cambio en el nivel 1, requiere la existencia de una regla de reconocimiento, porque no pueden existir reglas de adjudicación ni de cambio *en el vacío*. Un conjunto concreto de reglas de adjudicación lo es de *un* concreto sistema jurídico, para cuya existencia se precisa la subsistencia de una regla de reconocimiento, es decir, una práctica de identificación normativa unitaria que se sirva de los mismos criterios.

2. *Diferencias de enfoque*

Se dan en las discusiones de filosofía, en general, y en las de filosofía del derecho, en particular, un tipo de problemas recurrentes, que tienen que ver con diferencias de enfoque. No es infrecuente, en efecto, que distintos autores traten en teoría el mismo problema, cuando en realidad lo que hacen es abordarlo con un enfoque más o menos cercano que hace variar por completo el alcance de sus tesis. Es un fenómeno parecido a lo que sucede a la hora de realizar una fotografía. Utilizar un *zoom* potente tiene como consecuencia que la instantánea se concentre en un punto muy concreto, con lo que pueden revelarse detalles muy importantes del mismo, pero a costa de perder el encaje de ese punto con los que le rodean. Por el contrario, si se utiliza un enfoque más panorámico se pueda dar cuenta cabal del entramado general del conjunto, pero sus componentes pierden nitidez.

Algo parecido a lo anterior sucede en el caso que nos ocupa. Estas diferencias de enfoque tienen lugar específicamente cuando los teóricos del derecho (como es el caso de Shapiro o Sánchez-Brígido, por ejemplo) se sirven de los esquemas planteados por filósofos como Bratman o Gilbert, que serían aplicables seguramente en el nivel de análisis 1 y, tal vez también, en nivel de análisis 2, para emplearlos en el nivel de análisis 3. En realidad, al no distinguir entre los niveles de análisis que he propuesto, se mezclan en la práctica, al menos, los correspondientes a los niveles 2 y 3. ¿Cuál es el resultado de este proceder?

Estos autores critican la idea de práctica social, básicamente de corte convencionalista, que fundamentaría la existencia de una regla de reconocimiento. Pero lo hacen, identificando dicha práctica con la de la aplicación del derecho. Si lo que se dijera con ello es que la práctica social de aplicación del derecho no puede consistir simplemente en una práctica de carácter convencional, seguramente tendrían razón. Y sin duda el

²³ Cfr. por todos, Vilajosana, 2003, 2007, 2010.

propio Hart dio pábulo a tal interpretación porque en alguna ocasión trata conjuntamente, dentro del concepto de regla de reconocimiento, los niveles de análisis que aquí he deslindado como 2 y 3. Emblemáticamente, ello sucede en el *Postscript a El Concepto de derecho*, cuando este autor responde a las críticas formuladas por Dworkin y en un momento dado sostiene que la regla de reconocimiento es “una regla consuetudinaria judicial que existe solo si es aceptada y practicada en las operaciones de *identificación y aplicación* del derecho”²⁴.

Ahora bien, lo anterior no es óbice para sostener que es más fructífero, a los efectos de determinar cuáles son los actos relevantes para la existencia de un sistema jurídico, proceder a la mencionada distinción. Así, no se pueden ofrecer como contrapunto a la visión convencionalista de la regla de reconocimiento (nivel 3) concepciones que se refieren a la práctica más general de aplicación del derecho (nivel 2). Esta última práctica no agota su contenido en las tareas de identificación de las normas del propio sistema, sino que incluye otras cuestiones relevantes en el proceso tendente a resolver casos concretos con el uso justificado de normas jurídicamente aplicables, como, por ejemplo, todos los actos conducentes a la atribución de un significado determinado a los enunciados normativos, conocido como proceso interpretativo.

3. *La normatividad de las acciones colectivas*

Antes vimos que la crítica que realizaba Sánchez-Brígido a otras concepciones de la acción colectiva es que no podían ser usadas para analizar convenientemente el fenómeno jurídico por cuanto este es esencialmente normativo y aquellas concepciones no dan cuenta de ello. Sí que iba en la buena dirección la teoría de Margaret Gilbert, que con las adaptaciones pertinentes es la que termina postulando este autor. Veamos, sin embargo, si este camino es tan esperanzador como se cree.

Para que exista el compromiso común del que habla Gilbert los participantes tienen que expresar mutuamente de algún modo que tienen ese compromiso. La función principal de este tipo de compromisos sería, justamente, la de establecer un conjunto de derechos y obligaciones entre los participantes en esas actividades compartidas que establezcan un vínculo especial entre ellos. Es importante destacar que los compromisos de los que habla Gilbert pueden ser implícitos y no necesitan ser totalmente voluntarios²⁵.

¿Cómo se aplicaría esta idea en contextos normativos? Veámoslo en un problema típicamente normativo que se plantean a menudo los juristas y los filósofos del derecho. Se trata del problema de la obediencia al derecho: ¿tienen los ciudadanos un deber de obediencia en relación con las normas jurídicas de su país? Gilbert postula la existencia de un deber de este tipo, mediante el concepto de compromiso común. La idea es como sigue.

²⁴ HART, 1994, p. 256 (cursivas añadidas).

²⁵ GILBERT, 1993.

En la mayoría de países, los gobernados se describen a sí mismos como una especie de sujeto plural; así, por ejemplo, hablan de “los españoles” o “los franceses”, y se refieren a su país como “nuestro país”. Este lenguaje expresaría, según Gilbert, el compromiso común de todos ellos en relación con “su” comunidad política y ayudaría a explicar su experiencia moral compartida de sentir obligaciones de obediencia y apoyo especiales respecto de su comunidad o gobierno.

Esta posición resulta atractiva, ya que apunta a una idea intuitiva, como es el hecho de que efectivamente de algún modo los ciudadanos de un mismo Estado pueden tener algún tipo de conciencia de que están embarcados en un proyecto común, como lo están, por ejemplo, los integrantes de una orquesta para que las piezas que interpretan suenen lo mejor posible. Sin embargo, también es una idea que se presta a ciertas críticas.

Para empezar, podría decirse que no hay que confundir que alguien sienta que tiene una obligación con el hecho de que realmente la tenga. El mero hecho de que los ciudadanos de un Estado hagan referencias continuas a “nuestro” país y tengan un vago sentimiento de deuda respecto de él, no debe llevar a la conclusión de que esos ciudadanos tienen de hecho obligaciones políticas, aunque realmente creen que las tienen. Esas creencias y sentimientos pueden estar tan mediatizados por confusiones, por ideas poco meditadas o por inducciones por parte de otros, que difícilmente podemos reconocerlos como fuentes de obligaciones.

Pero a pesar de lo anterior, un defensor de la posición que estamos analizando podría responder diciendo que es indudable que cuando alguien muestra una cierta disposición a continuar en esa empresa común, es que de hecho está consintiendo tácitamente. Pero esto no es así. El estar dispuesto a seguir en una actividad de este tipo, aun bajo condiciones de conocimiento de todas las circunstancias relevantes para que no pueda hablarse de engaño (algo que difícilmente se puede dar en nuestras sociedades), no es lo mismo que consentir y no puede tener las mismas implicaciones normativas.

Alguien podría decir todavía que la obligación proviene no solamente del hecho de que uno continúa dentro de la actividad, sino por la razón de que genera *expectativas* en los demás, que estos tienen derecho a ver cumplidas²⁶. Si con un grupo de amigos quedamos de juntarnos todos los sábados por la mañana para jugar al fútbol y es una actividad continuada, puede parecer razonable que, si en un determinado momento decido no ir, los demás compañeros se sientan defraudados y entiendan que yo tenía una cierta obligación, basada en lo que la propia Gilbert denomina “comprensión tácita” entre los amigos. En estos casos, efectivamente, parece razonable suponer que hay obligaciones de los participantes, pero porque se trata de actividades basadas en un contacto personal, directo y continuado entre amigos, en las que es de suponer que se han dado genuinas expresiones de compromiso común de seguir con el partido de fútbol semanal. Si en este ejemplo nos parece razonable que surjan obligaciones recíprocas, no es porque en

²⁶ No digo que Margaret Gilbert sostenga explícitamente que a través de las expectativas se generan los mencionados derechos y obligaciones. Sin embargo, su esquema en este punto no es nada claro y esta podría ser una posibilidad por cuanto ella misma hace referencia continua a las *expectativas* generadas entre los participantes.

él se generen simples expectativas, sino por el hecho de ser actividades con ciertas características, es decir, porque son actividades personales y directas.

Tomemos, en cambio, un ejemplo en el que, aunque se generen expectativas, las relaciones entre los implicados no sean personales y directas²⁷. Se cuenta que Kant era tan metódico y puntual en los paseos por su ciudad que sus habitantes ponían en hora los relojes al paso del ilustre filósofo. Al caminar cada día a la misma hora por los mismos lugares, podría decirse que efectivamente los paseos de Kant generaron una razonable expectativa entre los ciudadanos de Königsberg de que podrían seguir poniendo cada día sus relojes en hora. ¿Quiere decir esto que Kant, transcurrido un cierto tiempo de sus ininterrumpidos paseos, había adquirido la obligación de seguir paseando a la misma hora? ¿Se puede sostener que si un día Kant decidía no salir a pasear, además de la frustración de expectativas generadas, habría incumplido una obligación respecto de sus conciudadanas? No parece razonable. Y no lo es debido a que la relación de Kant con los ciudadanos de Königsberg no era la especie de relación directa y personal que, en cambio, aparecía en el anterior ejemplo.

Si esto es así, entonces puede afirmarse que los esfuerzos por extender un análisis que es apropiado únicamente para ciertas clases de actividades compartidas, las que son directas y personales, a otro que cubra las actividades compartidas que son muy impersonales e indirectas, como la de los residentes en la misma comunidad política, tienen serias dificultades para lograr su objetivo. Esto mismo sucedería si quisiéramos trasplantar el planteamiento dibujado para justificar el deber de obediencia al derecho para dar cuenta de la normatividad que regiría la práctica de aplicación del derecho.

IV. APLICACIÓN DEL DERECHO Y REGLA DE RECONOCIMIENTO

Retomemos ahora los niveles de análisis y los problemas de enfoque mencionados. Los errores de perspectiva, entonces, se podrían explicar también de otro modo equivalente. Al respecto, se dan dos problemas que hay que distinguir, pero cuya diferenciación no es fácil por estar estrechamente relacionados. Uno de ellos, en el que se concretaría el examen relativo al nivel 2, sería el de determinar qué clase de actividades conforman las prácticas sociales de aplicación del derecho. El segundo, propio del nivel 3 de análisis, en el que se indagaría acerca de las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento.

La tesis que defiende en este punto es que me parece igual de erróneo explicar el primero por referencia al segundo, como recorrer el camino inverso. En un caso, se toma la parte por el todo, ya que la utilización compartida de criterios para determinar cuáles son las fuentes del derecho de un determinado sistema jurídico es solo una parte de los actos que conforman el proceso de aplicación del derecho, mientras que en el otro supuesto las características que explican el todo (la práctica judicial) se utilizan para explicar la parte (la existencia de la regla de reconocimiento).

²⁷ El ejemplo y la crítica los tomo de SIMMONS, 1996, p. 258.

Es por ello que no tiene por qué ser incoherente sostener, por ejemplo, que una determinada concepción de la acción colectiva es idónea para explicar uno de los problemas, pero no lo es para dar cuenta del otro. En este sentido, cualquiera de las elaboraciones que hemos examinado a lo largo de este trabajo, con las matizaciones que he hecho en algún momento, podría servir para emprender con éxito el análisis del proceso de aplicación del derecho, pero en cambio no ser adecuada para abordar la concreta problemática relativa al nacimiento y continuidad de las prácticas de identificación normativa. Por otro lado, lo que cuenta como mejor explicación de las condiciones de existencia de una regla de reconocimiento no tiene por qué servir para explicar la totalidad de los actos que conforman el proceso de aplicación normativa.

En este sentido, es curioso constatar, que autores como Postema, que habían sido de los primeros en analizar la regla de reconocimiento de Hart en términos convencionales²⁸, se han refugiado más tarde en una visión convencionalista del conjunto de la práctica jurídica²⁹. Mi posición es que, lejos de abjurar del carácter convencionalista de la regla de reconocimiento, lo que procede es delimitar convenientemente las prácticas de identificación del derecho de una determinada comunidad y mostrar que, una vez se ha producido adecuadamente la focalización en este punto, entonces cobra pleno sentido decir que dichas prácticas de identificación son convencionales, pero que no tienen por qué serlo ni el conjunto de las prácticas de aplicación, ni mucho menos el de las prácticas jurídicas en general.

En otros lugares he emprendido el análisis más concreto de nivel 3 partiendo, con algunas adaptaciones, del entramado conceptual de autores como John Searle³⁰ o Andrei Marmor³¹. Hay dos razones básicas que justifican esta elección. La primera de ellas, es que Searle ha pensado directamente en acciones colectivas de carácter institucional, de ahí que su traslación al ámbito jurídico resulte menos forzada que otras. La segunda razón es que por medio de su idea de reglas constitutivas como mecanismo de creación de la realidad social es posible un ajuste fino respecto del concepto de regla de reconocimiento como convención con dimensión *constitutiva* que, en la línea de Marmor, he defendido en distintos textos³².

Hay que destacar de entrada la importancia de este elemento constitutivo (que emerge claramente en el nivel 3, como espero mostrar, pero que resulta oscurecido frente a la normatividad de la práctica que aparece en primer plano, cuando se atiende a los ámbitos más generales, relativos a los niveles 1 y 2). Pensemos en el ejemplo de

²⁸ POSTEMA, 1982.

²⁹ POSTEMA, 2004.

³⁰ Otros autores han tomado también como punto de partida las tesis de Searle para aplicarlas al ámbito iusfilosófico. Entre ellos, es importante destacar a los teóricos de la llamada "Teoría institucional del derecho", como MACCORMICK y WEINBERGER. Pero sus posiciones difieren notablemente de las que yo he sostenido, principalmente por cuanto su centro de atención prioritario es el problema de la normatividad, no el de la existencia de los sistemas jurídicos. Cfr., por todos sus trabajos, MACCORMICK y WEINBERGER, 1986.

³¹ Por ejemplo en MARMOR, 1996 y 2001.

³² Respecto de la creación de la realidad social, véase TOUMELA, 2003, en el que se usa también el esquema de Searle, pero con ciertos matices críticos.

acción colectiva varias veces mencionado, consistente en pintar una casa por parte de dos individuos. La cuestión que pretendo destacar es esta: cuando varios individuos pintan la misma casa, el hecho de que sea *la misma* no viene constituido por la acción conjunta de pintarla, sino por propiedades externas a esa práctica. En cambio, cuando tratamos de las acciones de *identificación* del derecho por parte de los jueces, esa práctica (junto con la eficacia general de las normas identificadas) contribuye a la creación del derecho, porque es constitutiva. Únicamente de este modo puede afirmarse con sentido que estas acciones se refieren al *mismo* objeto de la práctica.

Tampoco me parece ajeno a un cierto desenfoque el problema de la normatividad de las prácticas sociales. Ya lo he mencionado antes al hablar de las dificultades de fundar esa normatividad en las expectativas dentro de un grupo numeroso de personas y en el que no se dan relaciones directas. Pero, de nuevo, será preciso distinguir el citado problema en función, al menos, de los tres niveles que he diferenciado. Nos daremos cuenta, entonces, que en tan espinoso tema hay en realidad preguntas muy distintas, normalmente mezcladas entre sí.

Centrado el problema en sus justos términos, adecuado al análisis de nivel 3 que he mencionado, es posible ofrecer los fundamentos de una teoría convencionalista que permita ubicar adecuadamente la regla de reconocimiento, basada exclusivamente en una práctica de identificación de normas que tiene como resultado contribuir a la generación y mantenimiento de un determinado sistema jurídico en una determinada sociedad y con una normatividad que no vaya más allá de la propia de las convenciones. Por eso, he defendido en distintos lugares³³ que para todo sistema jurídico existe una convención con una dimensión constitutiva, cuya función es la de identificar de manera autónoma el derecho positivo de una determinada comunidad. Esa convención es la llamada regla de reconocimiento cuya existencia en una determinada sociedad S requiere que:

1. La mayoría de juristas de la sociedad S use los mismos criterios cada vez que tiene que identificar el derecho de S
2. La mayoría de los juristas de S crea que 1
3. La creencia de que se da 1 sea una razón para usar esos criterios
4. Haya un conocimiento común entre los juristas de S de las anteriores cláusulas.

Por último, después de lo que hemos visto, debe quedar claro que del hecho que la regla de reconocimiento sea convencional no se infiere ni que todos los actos que forman la aplicación del derecho como proceso lo sean, ni tampoco que lo sean todos los elementos que conforman la existencia de un sistema jurídico. No me parece que tenga sentido, por ejemplo, calificar la eficacia de las normas identificadas por medio de la regla de reconocimiento (que es una de las condiciones de existencia de un sistema jurídico según Hart) como un fenómeno convencional; es discutible, asimismo, que sean

³³ Valga por todos, el más antiguo (Vilajosana, 2003) y el más reciente (Vilajosana, 2019).

convencionales todos los actos relativos a la interpretación jurídica que conformarían buena parte de la aplicación del derecho.

Por otro lado, se ha puesto de relieve que la normatividad que quepa predicar tanto de la existencia de un sistema jurídico como de la aplicación del derecho no tiene por qué afectar a la existencia de la regla de reconocimiento, que no tiene más normatividad que la propia de las convenciones. Sería absurdo pretender que el derecho solo contiene normatividad convencional, es decir, que todos los comportamientos de los operadores jurídicos y de los particulares pueden ser reducidos al actuar convencional: hacer algo porque los demás lo hacen. En cambio, es poco realista no apreciar que, *en el caso de la regla de reconocimiento*, su existencia depende de que una de las razones justificativas del empleo de determinados criterios de identificación del derecho sea que los demás también lo hacen. Si no fuera así, sencillamente no identificaríamos el *mismo* sistema. De ahí que pueda afirmarse que, de las dos condiciones de existencia de un sistema jurídico (existencia de una regla de reconocimiento y la eficacia de las normas identificadas con ella), solo la primera necesariamente sea de carácter convencional³⁴.

BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, Aulis, 1998: "Derecho y acción. Reflexiones sobre las acciones jurídicas colectivas", *Isonomía*, N° 8: 103-124.
- BRATMAN, Michael E., 1999: *Faces of Intention: Selected Essays on Intention and Agency*, Cambridge: University Press.
- COLEMAN, Jules L., 2001: *The Practice of Principle: In Defence of a Pragmatism Approach to Legal Theory*, Oxford: Oxford University Press.
- GILBERT, Margaret, 1981: "Game Theory and Convention", *Synthese*, 46.
- GILBERT, Margaret 1989: *On Social Facts*, Princeton: Princeton University Press.
- GILBERT, Margaret, 1996: *Living Together: Rationality, Sociality and Obligation*, Lanham: Rowman & Littlefield Publishers.
- GILBERT, Margaret, 1999: "Social Rules: Some Problems for Hart's Account, and an Alternative Proposal", *Law and Philosophy*, 18: 141-171.
- GILBERT, Margaret, 2002: "Considerations on Joint Commitment: Responses to Various Comments", en G. Meggle (ed.): *Social Facts and Collective Intentionality*. Frankfurt: Dr. Hansel-Hohenhausen.
- HART, Herbert L.A., 1961: *The Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press. Traducción castellana de G. Carrió: *El concepto de derecho*, Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1963.
- HART, Herbert L.A., 1994: "Postscript to *The Concept of Law*", 2 ed. (P. Bulloch; J. Raz,(eds.)). Oxford: Oxford University Press.
- KELSEN, Hans, 1960: *Reine Rechtslehre* (2ª edición). Wien: Frans Deuticke. Traducción castellana de R. Vernengo: *Teoría pura del derecho*. México: UNAM, 1979.

³⁴ Lo que digo, por supuesto, es bajo la hipótesis, muy generalizada entre los juristas, de que el derecho de un determinado país es reconducible a la unidad. Cfr., al respecto, Vilajosana, 2010, p. 204.

- LAGERSPETZ, Erik, 1995: *The Opposite Mirrors. An Essay on the Conventionalist Theory of Institutions*. Dordrecht: Kluwer.
- MACCORMICK, Neil y WEINBERGER, Otta 1986: *An Institutional Theory of Law. New Approches to Legal Positivism*. Dordrecht: Reidel.
- MARMOR, Andrei, 1996: "On Convention", *Synthese*, 107: 349-371.
- MARMOR, Andrei, 2001: "Legal Conventionalism", en J. Coleman (ed.): *Hart's Postscript. Essays on the Postscript to the Concept of Law*. Oxford: Oxford University Press: 193-217.
- POSTEMA, George J., 1982: "Coordination and Convention at the Foundations of Law", *Journal of Legal Studies*, vol. XI: 165-203.
- POSTEMA, George J., 2004: "Melody and Law's Mindfulness of Time", *Ratio Juris*, vol. 17: 203-222.
- RAZ, Joseph, 1975: *Practical Reasons and Norms* (1er ed.). Londres: Hutchinson.
- SÁNCHEZ BRÍGIDO, Rodrigo, 2008: *Groups, Rules and Legal Practice*. Doctoral Thesis: Oxford University.
- SEARLE, John, 1995: *The Construction of Social Reality*. Traducción castellana de Domènech, Antoni: *La construcción de la realidad social*. Barcelona: Paidós, 1997.
- SHAPIRO, Scott, 2002: "Law, Plans and Practical Reason", *Legal Theory*, 8.
- SIMMONS, A.J., 1996: "Associative Political Obligations", *Ethics*, vol. 106, n.2: 247-273.
- SMITH, M.N., 2006: "The Law as a Social Practice. Are Shared Activities at the Foundations of Law?", *Legal Theory*, 12: 265-292.
- TOUMELA, Raimo, 2002: *The Philosophy of Social Practices: A Collective Acceptance*. Cambridge: Cambridge University Press.
- TOUMELA, Raimo, 2003: "Collective Acceptance, Social Institutions, and Social Reality", *American Journal of Economics and Sociology*, vol. 62, Nº 1: 123-165.
- VILAJOSANA, Josep M., 2003: "Hechos sociales y Derecho", en Diciotti, Enrico; Velluzzi, Vittorio (eds.). *Ordinamento giuridico, sovranità, diritti*. Torino: Giappichelli: 41-63.
- VILAJOSANA, Josep M., 2007: *Identificación y justificación del derecho*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- VILAJOSANA, Josep M., 2010: *El derecho en acción. La dimensión social de las normas jurídicas*. Madrid/Barcelona/Buenos Aires: Marcial Pons.
- VILAJOSANA, Josep M., 2019: "Social Facts and Law: Why the Rule of Recognition is a Convention", en Ramírez, Lorena y Vilajosana, Josep M. (eds.). *Legal Conventionalism*. Cham: Springer: 89-108.

El modelo biogénético y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida

Olga Carolina Cárdenas Gómez*

Juliana Arias Escobar**

Mariana Mendieta Montoya***

RESUMEN

Este artículo busca explicar, mediante los cambios generados por las TRHA, la resignificación del modelo biogénético y la bilateralidad parental en Colombia como elementos tradicionales de atribución de la filiación. La metodología comprendió una revisión bibliográfica en temas de familia, filiación y reproducción asistida. También se realizaron entrevistas y grupos focales en los que se abordaron tres categorías: parentesco, modelo biogénético y bilateralidad parental. Los resultados permitieron identificar cuatro cambios (i) las alternativas para la reproducción que permiten “decidir” cómo convertirse en padres o madres; (ii) la mercantilización de la reproducción como respuesta a las decisiones que se toman en ejercicio de la autonomía reproductiva; (iii) las alternativas para la filiación representadas en la posibilidad de elegir ser padre/madre o, no serlo y, (iv) la diversidad parental como reconocimiento a las diversas formas que se emplean actualmente para construir parentesco. La conclusión se centra en la necesidad de reconocer elementos diferentes a la sangre al momento de atribuir la filiación como respeto a la diferencia y a la dignidad humana de los protagonistas de cada proyecto parental.

Modelo biogénético – bilateralidad parental – reproducción asistida

The biogenetic attribution and the parental bilateralism in Colombia from changes generated by assisted reproduction technologies

ABSTRACT

This study examines the meaning of biogenetic parenthood attribution and parental bilateralism in Colombia as traditional elements that determine filiation, through the changes brought about

* Licenciada en Derecho, Universidad del Cauca, Colombia. Doctora en Derecho, Universidad de Laval, Quebec, Canadá. Docente investigadora, Departamento de Jurídicas, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas, Colombia. Correo electrónico: carolina.cardenas@ucaldas.edu.co

** Estudiante Programa de Derecho, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas, Colombia. Correo electrónico: juliana.511422524@ucaldas.edu.co

*** Estudiante Programa de Derecho, Facultad Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Caldas, Colombia. Correo electrónico: mariana.511421777@ucaldas.edu.co

Artículo recibido el 11 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

by the enactment of ART. The methodology involved a biographic review, assessing the concept of family, filiation, and assisted reproduction. Furthermore a number of interviews and focus groups were completed that examined 3 features associated with kinship, the biogenetic parenthood model, and parental bilateralism. The following attributes were identified: (i) available alternatives associated with the act of reproduction that forgo the exclusively biological process and allows one to "elect" to become a parent; (ii) the commercialization of the reproduction process as one's rightful decision and autonomy to procreate; (iii) the alternatives to kinship that allows for the possibility of choosing to be a parent with or without a genetic link; and (iv) parental diversity as an acknowledgement of the various forms employed nowadays to establish kinship. The results of the study suggest that a mechanism other than blood is required to establish kinship, while recognizing the differences and dignity of the protagonists involved in each parenthood project.

Biogenetic parenthood model – parental bilateralism –
assisted reproduction technology

I. INTRODUCCIÓN

El parentesco es un híbrido de dos hechos¹: uno natural o biológico y uno social. Según el hecho natural, el parentesco es la combinación de sustancia representada por los genes donde se unen sexualidad, procreación, vínculos parentales y filiación². Los miembros relacionados entre sí son representados mediante la concepción nuclear de familia, es decir, aquella conformada por padre, madre e hijos. A partir de la reproducción, el parentesco establece una relación indiscutible entre la naturaleza y la cultura, debido a la imposibilidad de separar el estado de la naturaleza del estado de la sociedad³. La cultura utiliza entonces la naturaleza para establecer un orden nuevo⁴ en donde se han construido las bases de la sociedad occidental⁵.

Desde el punto de vista social, el parentesco implica un código de conducta, ya que permite identificar la posición de un individuo en la sociedad. Este también hace referencia a las relaciones humanas, generalmente de pertenencia⁶, que se desarrollan entre los parientes, así como las relaciones que se establecen con los demás, las que pueden ser de generosidad, temor u hostilidad⁷. Además, el parentesco permite dar cuenta de diversas "ideas, instituciones y prácticas que [tienen] que ver con la asignación de derechos y su transmisión de una generación a otra"⁸.

La concepción tradicional de parentesco está siendo, actualmente, cuestionada a partir de la incertidumbre que las diferentes prácticas sociales introducen al hecho biológico de la reproducción. Ejemplo de ellas son la adopción, los hijos de crianza y las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA). Estas realidades sociales cuestionan

¹ SCHNEIDER, 1980.

² RIVAS, 2009.

³ LEVI-STRAUSS, 1985.

⁴ LEVI-STRAUSS, 1985.

⁵ LEVI-STRAUSS, 1985; BESTARD *et al.*, 2003.

⁶ BESTARD *et al.*, 2003.

⁷ LEVI-STRAUSS, 1985.

⁸ BESTARD, 1998, p. 54.

la bilateralidad parental y el modelo biogenético que hasta no hace mucho eran inamovibles⁹. Igualmente, la realidad social evidencia otras formas de organización familiar como las familias conformadas por parejas del mismo sexo, las familias reconstituidas y las familias monoparentales en donde la consanguinidad no resulta ser el hecho fundamental de las relaciones de parentesco.

II. METODOLOGÍA

El objetivo del artículo es determinar, por medio de los cambios generados por las TRHA, la resignificación del modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia. La metodología empleada durante la investigación fue plural. De una parte, se realizó una revisión de las leyes colombianas y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia desde 2013 respecto de familia, filiación y reproducción asistida. La revisión bibliográfica también comprendió el análisis de doctrina y artículos científicos. Esta revisión incluyó temas como el parentesco, las diversidades familiar y parental y las experiencias de las personas que han conformado sus familias por TRHA (con o sin intervención de terceros).

Este primer momento de la metodología permitió profundizar el concepto de familia y la designación acerca de quiénes son parientes. Los tipos de parentesco clásico (consanguíneo, por afinidad y civil o legal) revelan los elementos para determinar la maternidad y la paternidad. La familia se constituye entonces a partir del reconocimiento de dichos parentescos. No obstante, la realidad social evidencia que existen formas de organización familiar que no obedecen a dichos patrones.

De otra parte, se realizaron, durante el segundo semestre de 2017, dos grupos focales: un grupo focal de expertos conformado por tres profesionales en Desarrollo Familiar y un sociólogo cuyos intereses de investigación se concentran en enfoque de género, familia y género en dinámicas transnacionales y locales y teorías contemporáneas de la familia. El segundo grupo focal, conformado por cinco actores institucionales, permitió entablar un diálogo con un juez civil, un notario, dos defensores de familia del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar y la representante de la Red nacional de mujeres capítulo Caldas. También se realizaron seis entrevistas semiestructuradas donde participaron 8 personas: dos antropólogas expertas en temas de parentesco, dos médicos especialistas en reproducción asistida, dos procuradores delegados para temas de familia de la Procuraduría General de la Nación, un juez civil y un notario. Esta parte empírica del proyecto se concentró en tres categorías: parentesco, modelo biogenético y bilateralidad parental.

En este segundo momento de la metodología, los discursos de los expertos, los diferentes actores institucionales, funcionarios públicos y los médicos posibilitaron identificar las categorías centrales, subsidiarias y emergentes de las categorías principales del proyecto. Como ejemplo, en la tabla 1 se muestran algunas de las categorías identificadas.

⁹ KEMELMAJER *et al.*, 2014, p. 500.

Tabla 1. Categorías conceptuales de análisis.

Categorías principales	Parentesco	Modelo biogenético	Bilateralidad parental
Categorías centrales	Tipos de parentesco Atribución del parentesco Efectos del parentesco	Concepción genético-biológista Reproducción sexual Vínculo consanguíneo entre padres e hijos	Concepto de paternidad y maternidad Dualismo progenitor
Categorías subsidiarias	Derechos y obligaciones que surgen en virtud del parentesco: alimentos, patria potestad, herencia, prohibiciones	Formas de organización familiar: nuclear, monoparental, pluriparental, coparental Disociación entre vínculo filial y conyugal	Proyecto parental en solitario o con varios progenitores
Categorías emergentes	Parentesco de facto: surge a partir de la voluntad, el compromiso, el cuidado y el amor Situaciones que cuestionan el parentesco: gestación subrogada y la donación de gametos	Legitimación de otras formas de organización familiar Formas de emparentar Disociación entre vínculo jurídico y vínculo genético	Construcción del parentesco: los cambios culturales y las experiencias de los actores determinan cómo construir o establecer el parentesco Reconocimiento de nuevas categorías de madre (biológica, genética y socioafectiva) y padre (biológico-genético y socioafectivo)

Estas diversas categorías permitieron identificar los cambios generados por las TRHA en el modelo biogenético y la bilateralidad parental en Colombia (Tabla 2). Estos cambios al cuestionar la concepción clásica de estos elementos del parentesco exigen una resignificación de los mismos entendida como la construcción de un concepto que permita reconocer otras fuentes de determinación del parentesco además de la consanguinidad y la adopción.

Tabla 2. Cambios sociales generados a partir de las TRHA.

Cambios sociales	
Modelo biogenético	Bilateralidad parental
1. Alternativas para la reproducción	1. Alternativas para la filiación
2. Mercantilización de la reproducción	2. Diversidad parental

III. LA RESIGNIFICACIÓN DEL MODELO BIOGENÉTICO EN COLOMBIA A PARTIR DE LAS TRHA

La concepción tradicional de parentesco establece una conexión indisoluble entre sexualidad, procreación, alianza y filiación¹⁰ que garantiza la reproducción biológica, la continuidad del linaje y la garantía de la identidad¹¹. Esta forma hegemónica de vincular a los hijos con sus progenitores se conoce como modelo biogenético¹². Se entiende entonces que lo que determina la filiación es la sangre y que por medio de ella se legitiman “las relaciones sociales, filiales, conyugales y fraternales que se van extendiendo en forma ascendiente y descendiente”¹³. No obstante, en la actualidad, no todos los hijos son procreados biológicamente, es decir, mediante relaciones sexuales, ni sus padres son necesariamente los progenitores. Por ejemplo, en la adopción, la Ley 1098 de 2006 establece, mediante una ficción legal, la filiación entre personas que no guardan ningún vínculo genético entre sí¹⁴. En este caso, el parentesco surge a partir de la ley, no de la sangre, y lo que la ley hace es reconocer una decisión que se toma en ejercicio de la libertad¹⁵.

Actualmente el modelo biogenético y su utilidad para determinar quién es padre/madre y quién es hijo ha dejado de ser el único elemento para determinar el parentesco. En palabras de Bestard: “la biología reproductiva deja de proporcionar modelos de certidumbre [considerados anteriormente], referente unívoco de las relaciones de parentesco”¹⁶. Los cambios sociales así lo demuestran¹⁷. En efecto, hoy se hacen visibles diversas alternativas para la reproducción en las que la reproducción biológica es solo una alternativa más. Adicionalmente, y como respuesta a las alternativas para la reproducción, se evidencia una “mercantilización” de la reproducción, entendida como la oferta de servicios que incluyen protocolos y medicamentos para tratar la infertilidad, intervenciones con fines reproductivos, donantes de gametos y embriones, gestantes subrogadas y congelamiento de gametos con el fin de postergar la paternidad/maternidad.

1. *Alternativas para la reproducción*

Tradicionalmente los hijos y su concepción han tenido una explicación sacramental. El Salmo 127, por ejemplo, alude a los hijos como una recompensa y señala que “[q]uien tiene muchos hijos, puede decir que Dios lo ha bendecido”¹⁸. En el caso contra-

¹⁰ JOCILES Y RIVAS, 2014.

¹¹ BESTARD, 1998.

¹² BESTARD *et al.*, 2003; RIVAS, 2009.

¹³ RIVAS, 2009, p. 9.

¹⁴ Ley 1068 de 2006, art. 64.

¹⁵ BAPTISTA, 1979.

¹⁶ BESTARD, 1998, p. 201.

¹⁷ PICHARDO *et al.*, 2015.

¹⁸ Salmo 127.

rio, es decir, cuando las personas no pueden tener hijos, la infertilidad ha sido entendida como una prueba que se debe soportar porque “ninguna prueba os ha sobrevenido que no pueda considerarse humanamente soportable”¹⁹. Igualmente, la posibilidad de tener hijos en los casos de infertilidad era un milagro de Dios. En el libro del *Génesis* se relata que Isaac oró al Señor para que su mujer Rebecca, que era estéril, pudiera darle un hijo y el Señor lo escuchó²⁰.

Esta visión sacramental de la procreación empezó a desacramentalizarse en 1978 cuando nace Louise Brown gracias a un procedimiento de fecundación *in vitro*²¹. Desde ese momento, los avances científicos en este campo han permitido “decidir” cómo ser padre o madre a partir del reconocimiento del derecho fundamental a la autonomía en materia reproductiva. Las TRHA representan un cambio social importante porque disocian la procreación de la sexualidad. Ser madre o padre ya no puede seguir ineluctablemente conectado a la naturaleza, donde el nacimiento de una nueva vida era inmediatamente relacionado con el desempeño sexual anterior de un hombre²².

Esta concepción heteronormativa del parentesco no ha sido ni única ni universal. Debe recordarse que la representación de la familia como la familia nuclear solo tomó fuerza durante el siglo XVIII²³. No obstante, dicha forma de organización familiar ha sido fruto de diversas críticas en virtud de la desigual distribución del trabajo entre hombres y mujeres²⁴, la desigualdad interseccional entre raza, clase y género²⁵ y los cambios a nivel de convivencia y estructura familiar (parejas que conviven sin casarse, hijos extramatrimoniales, divorcios, madres/padres solteros)²⁶.

Igualmente, debe mencionarse que desde la Antropología también se ha cuestionado el principio binario imperante en las ciencias sociales en temas de género y sexualidad. En efecto, ello ha implicado, de una parte, que la única sexualidad válida sea la reproductiva, es decir, aquella mantenida entre personas heterosexuales, lo que estigmatiza las prácticas entre personas del mismo sexo²⁷. De otra parte, la identidad de género se asume desde ciertas características del cuerpo, es decir, que un cuerpo biológicamente femenino tendrá que desarrollar una identidad de género femenina. Sin embargo, la variabilidad de la morfología genital humana ha llevado a autores como Butler a cuestionar la concepción natural del sexo al afirmar que este está tan culturalmente construido como el género²⁸.

¹⁹ 1 Corintios 10:13.

²⁰ *Génesis* 25:21.

²¹ STEPTOE Y EDWARDS, 1978.

²² BAPTISTA, 1979.

²³ CASTILLO, 2015.

²⁴ BECK-GERNSHEIM, 1998.

²⁵ HARTMANN, 2000.

²⁶ MONTENCINO, 2007.

²⁷ MARISTANY, 2008.

²⁸ BUTTLER, 2007.

La disociación procreación/sexualidad y los cuestionamientos al principio binario en materia de género y sexualidad abren una variedad de opciones para personas que por condiciones de salud o plan de vida tendrían excluida la posibilidad de tener hijos. Las parejas heterosexuales infértiles, las parejas del mismo sexo y las mujeres u hombres que desean construir un proyecto familiar en solitario (padre e hijo(s) o madre e hijo(s))²⁹ ven en las TRHA una opción que les permite materializar el deseo de tener un hijo. En efecto, el cambio producido por las TRHA y, particularmente, por las TRHA con intervención de donante de gametos o de embriones permite ser madre o padre sin que exista necesariamente contacto sexual.

Adicionalmente, en las TRHA no resulta relevante el género como sucede en la reproducción sexual. En efecto, las parejas del mismo sexo, al igual que las parejas heterosexuales, construyen proyectos de vida que en ocasiones incluyen hijos. Pichardo *et al.* señalan al respecto que

[S]i ya se habían dado los cambios sociales que permitieron desvincular la sexualidad de la reproducción y la reproducción de la sexualidad, la mayoría de las personas no heterosexuales han profundizado esta ruptura al acceder a la parentalidad (maternidad y paternidad) por vías alternativas a la relación coital heterosexual. Se incide así en la idea de que ni la sexualidad ni la reproducción van a ser ni exclusivamente coitales ni heterosexuales”³⁰.

Ahora bien, debe reconocerse que si bien las TRHA permiten a las parejas homosexuales materializar su proyecto parental, esto no implica que la maternidad o la paternidad no sea construida en un contexto heteronormativo y, muchas veces, homofóbico³¹. La experiencia de parejas gays en Chile revela que ellos se ven forzados a construir su paternidad en un contexto que devalúa sus capacidades como padres y estigmatiza y discrimina su identidad sexual. En ese contexto, estas parejas deben superar importantes barreras culturales que impiden no solo el ejercicio sino el acceso a la paternidad³².

Ahora, si bien las TRHA ofrecen una alternativa para la reproducción, ellas refuerzan, en muchos casos, el peso simbólico de la sangre en virtud de los intereses que motivan a las personas a recurrir a los centros de reproducción asistida (CRA). Asimismo, las TRHA consolidan el proyecto de la familia completa, entendida como la familia nuclear, ya que ellas permiten responder al deseo de transmisión de la información genética a la descendencia y, en esa medida, aseguran la identidad del hijo.

Desde una perspectiva opuesta, la intervención de terceras personas (donantes o gestantes subrogadas) en la materialización de un proyecto parental amplían las opciones en materia de reproducción. En efecto, las personas pueden recurrir a los donantes

²⁹ IMAX, 2006.

³⁰ PICHARDO *et al.* (2015), p. 188.

³¹ HERRERA *et al.*, 2018a.

³² HERRERA *et al.*, 2018a.

en los casos de transmisión de enfermedades genéticas, de características indeseadas o de problemas con sus gametos. Igualmente, las parejas pueden recurrir a la gestación subrogada en los casos en los que es imposible llevar un embarazo a término por limitaciones fisiológicas (parejas gays) o por problemas de salud³³.

Los argumentos identificados en las fuentes secundarias coinciden con lo observado en los grupos focales y las entrevistas. En el grupo focal de expertos se insistió acerca de la visión sacramentalizada de la reproducción, ya que socialmente aún se considera que los hijos son un regalo de Dios³⁴. También se evidencia que los hijos deben estar vinculados a los padres genéticamente, lo que permite comprender que en la reproducción asistida circule también el discurso referido al “valor de la sangre, ya que esta es lo que más peso tiene en la conexión entre las personas”³⁵. Además, los expertos insisten en que las emociones juegan un papel trascendente dentro de las relaciones familiares y sociales junto con la carga genética, ya que “existe el deseo del hijo propio, lo que activa una dimensión simbólica de decir este hijo es mío”³⁶. Esta idea es compartida también por uno de los entrevistados que manifestaba al respecto que “el semen [y] el óvulo [tienen] una carga genética y en nuestra cultura [esta] representa una transmisión de rasgos fenotípicos que para nosotros forma parte de la construcción del parentesco. Que yo me parezca a mi padre forma parte de mi identidad, y no solamente para mí, sino para los demás”³⁷.

El necesitar vernos reflejados en nuestros parientes por medio de los rasgos fenotípicos explicaría, según uno de los participantes en el grupo focal de expertos, por qué “las parejas heterosexuales gastan una fortuna en la reproducción asistida para poder tener un hijo propio”³⁸. Igualmente, esta decisión responde a una “exigencia social acerca de cómo y de qué manera ese hijo responde al genotipo de la familia, es decir, qué tan parecido es a sus padres” o en palabras más coloquiales, cómo mediante el hijo se reconoce la “pinta” de sus padres³⁹. La importancia acordada a la sangre en las relaciones sociales y familiares hace que cualquier otra opción distinta a la sangre empiece a cuestionarse con afirmaciones como “es que es tan difícil cuando no es de la misma sangre”, haciendo referencia a las dificultades que se pueden presentar en el proceso de crianza y cuidado de los hijos adoptivos⁴⁰.

No obstante, en el grupo focal de expertos se reconoció, como se ha evidenciado en las fuentes secundarias, que las TRHA se han convertido en una alternativa que permite a las parejas del mismo sexo tener hijos. Uno de los participantes en el grupo focal de expertos manifestaba que “cuando se pregunta a las parejas del mismo sexo respecto de su deseo de ser padres, ellos dicen que sí les gustaría ser padres pero que no quieren

³³ DELAISI Y COLLARD, 2007.

³⁴ Grupo Focal 1.

³⁵ Grupo Focal 1.

³⁶ Grupo Focal 1.

³⁷ Entrevista 4.

³⁸ Grupo Focal 1.

³⁹ Grupo Focal 1.

⁴⁰ Grupo Focal 1.

tener una relación sexual con una mujer o con un hombre. Dicen que ellos desean una fecundación o un proceso de adopción⁴¹. Si bien en nuestras sociedades aún existen posiciones que discriminan y cuestionan la existencia de estas parejas y su decisión de ser padres, uno de los entrevistados señalaba que “no es contra natura que las parejas homosexuales deseen desarrollarse como pareja y como familia y quieran tener descendencia. Eso es un derecho”⁴².

Finalmente, dentro del grupo focal con los expertos también se abordó un tema de la reproducción asistida que poco se discute en la doctrina. Se trata de la “dimensión pública de la reproducción”, entendida como la intervención de terceros en la materialización de algunos proyectos parentales. En esa medida, la reproducción no puede seguir pensándose como algo íntimo y familiar⁴³. Además, las TRHA necesitan el apoyo de profesionales de salud con quienes se discuten abiertamente las intervenciones posibles, las tasas de éxito, así como las recomendaciones a tener en cuenta en la vida sexual de la pareja⁴⁴. Según Noel y Flores, en la reproducción asistida “la procreación pierde su dimensión sentimental, sexual e íntima porque [esta] se hace con cierta publicidad e intervención de varias personas que constituyen un equipo especializado”⁴⁵.

Las TRHA, como se observa, ofrecen diversas alternativas para la materialización de un proyecto parental. No obstante, dichas alternativas no pueden estar al alcance de las personas que desean hacer uso de ellas sin que se produzca un cambio concomitante entendido como la garantía de acceso a las TRHA. La mercantilización de la reproducción, al margen de toda connotación moral, es uno de los cambios que permite asegurar que las decisiones que se tomen en materia reproductiva se puedan concretar.

2. *Mercantilización de la reproducción*

En una dinámica de mercado, las TRHA responden a la demanda realizada por personas o parejas que desean ser padres y que no logran conseguirlo mediante la reproducción sexual. Para responder a esa demanda los profesionales en reproducción ofrecen diversas posibilidades que van desde protocolos para facilitar la procreación hasta intervenciones de alta complejidad. Estos servicios han dado lugar al término “bioeconomía reproductiva”⁴⁶.

Actualmente existe un “mercado globalizado de la reproducción”⁴⁷ conformado por CRA y bancos de gametos o embriones. Estos últimos ofrecen la venta de pajillas en línea y su entrega a domicilio a centros o a particulares de diferentes países. En el caso particular de la venta de pajillas con semen de donante, el valor de cada una de

⁴¹ Grupo Focal 1.

⁴² Entrevista 2.

⁴³ Grupo Focal 1.

⁴⁴ Entrevista 2.

⁴⁵ NOEL Y FLORES, 2012, p. 30.

⁴⁶ KROLØKKE *et al.*, 2012.

⁴⁷ DÉCHAUX Y DARIUS, 2017 p. 425.

ellas depende de factores como la calidad del semen, los procedimientos de preparación del mismo, el tipo de conservación, el volumen demandado y la información solicitada del donante⁴⁸.

Los CRA pueden optar por el anonimato o la revelación de la identidad del donante. Quienes aseguran el anonimato, es decir, la imposibilidad de revelar la identidad de quienes participan en la TRHA con gametos o embriones de donante buscan proteger la intimidad y la vida privada de los donantes. También se busca proteger los derechos a conformar una familia y al respeto de la vida privada de quienes acuden a la TRHA.

Los CRA pueden también revelar la identidad del donante. Sin embargo, esta opción, que ha sido acogida en muchas legislaciones (*v.g.* Inglaterra, Suecia y Alemania), es desaconsejada porque el número de donantes disminuye considerablemente. De hecho, según la BBC, en 2015, desde la inauguración del banco nacional de esperma de Reino Unido en octubre de 2014 solo 9 donantes se habían registrado en un año de funcionamiento⁴⁹. La baja tasa de donaciones fue atribuida a la eliminación del anonimato de los donantes en Inglaterra desde el 2005. Un año más tarde, la BBC Mundo publicó que el banco había dejado de funcionar debido a la baja tasa de donaciones (solo logró recepcionar 7 donantes efectivos) y a las dificultades financieras para mantenerlo en funcionamiento⁵⁰.

La donación de gametos también se moviliza políticamente y tiene impactos relacionados con el género, el aumento de la natalidad y la preservación de la raza⁵¹. Igualmente, ella tiene impactos económicos no solo porque permiten a la mujer aplazar la maternidad durante la edad fértil, sino también, como se mencionó, permite la mercantilización de gametos, células y tejidos⁵².

Los CRA también ofrecen servicios de congelamiento de gametos con el fin de hacer una reserva para el futuro. Gracias a esta opción, las mujeres son las más beneficiadas porque pueden elegir cuándo ser madres a pesar de que la etapa conocida como edad fértil se sobrepase⁵³. Las mujeres entonces no se ven en la obligación de ser madres entre los 25 y los 35 años, sino que pueden congelar sus óvulos y solicitar que sean fecundados y transferidos cuando lo estimen más conveniente sin preocuparse por la posibilidad de transmitir a sus hijos enfermedades genéticas cuya probabilidad de transmisión aumenta con la edad (*v.g.* síndrome de Down).

La mercantilización de la reproducción también permite ofrecer servicios de gestación subrogada. Las instituciones dedicadas a prestar este servicio poseen “catálogos en los que se muestran fotografías de las posibles madres disponibles con información específica de cada una de ellas: historial médico de la posible gestante, raza, origen, religión, estudios cursados y rasgos de la personalidad”⁵⁴.

⁴⁸ DÉCHAUX Y DARIUS, 2017 p. 426.

⁴⁹ BBC MUNDO, 1/09/2105.

⁵⁰ BBC MUNDO, 27/10/2106.

⁵¹ ALMELING, 2011.

⁵² SHARP, 2000.

⁵³ IMAX, 2006.

⁵⁴ VALLS-LLOBET, 2010, p. 50.

Esta práctica se revela compleja para los legisladores, debido a las opiniones contrarias que existen acerca de ella. En efecto, existen posiciones a favor de reconocerla como una práctica lícita siempre y cuando se realice sin fines de lucro⁵⁵. No obstante, la mayoría de las críticas son en contra porque se considera que ella permite la explotación de mujeres en condiciones de vulnerabilidad/pobreza, el aumento de las desigualdades y la cosificación de la maternidad, ya que la mujer se convierte en un medio para satisfacer intereses particulares de terceras personas. Igualmente, los opositores de la gestación subrogada consideran que ella posibilita la mercantilización de la filiación⁵⁶, el fraude a las normas de adopción y la supresión de la identidad⁵⁷.

Si bien la gestación subrogada no ha sido regulada en muchos países (*v.g.* Colombia) o ha sido prohibida (*v.g.* Francia y España), algunos países la permiten, y de entre ellos, un cierto número permite que los contratos celebrados entre la gestante y los comitentes tenga ánimo de lucro (*v.g.* Estados Unidos, México, India, Tailandia, Georgia). Rubio señala que permitir este tipo de contratos “supone un beneficio para todas las partes que intervienen este tipo de práctica [ya que] satisface los deseos de dos familias: una se llevará a casa el hijo largamente esperado [y] la otra, el dinero que no ganará ni en 15 años de trabajo”⁵⁸. Además, para ciertos autores “[l]a gestación por sustitución no viola el interés superior del niño debido a que el niño nace en una familia que lo deseó y [que él no existiría] de no haberse recurrido a [ella]”⁵⁹.

Finalmente, la mercantilización de la reproducción genera dos dilemas importantes: el acceso a las TRHA en condiciones de igualdad y el turismo reproductivo. Lastimosamente, el costo de las intervenciones y los límites de los planes de salud hacen que solo algunas personas puedan tener acceso a tratamientos de reproducción asistida de alta complejidad. Esta afirmación fue reiterativa entre diversos participantes⁶⁰. Sin embargo, los CRA proponen una solución. Los médicos entrevistados mencionaban que ciertos CRA ofrecen “planes” o “paquetes” de servicios que incluyen 3 o 4 ciclos. De esta forma se reduce el estrés a la paciente, quien, de lo contrario, tendría la preocupación de qué hacer en caso de que en el primer ciclo no logre embarazarse. De esta forma se asegura un segundo y un tercer intento⁶¹. Adicionalmente, cuando la oferta de servicios en un país entra en conflicto con los intereses particulares, las personas buscan evadir las limitaciones impuestas y, generalmente, se desplazan de un país a otro. Este fenómeno conocido como turismo reproductivo⁶² ha sido definido como el desplazamiento

⁵⁵ LÓPEZ Y APARISI, 2012.

⁵⁶ LÓPEZ Y APARISI, 2012.

⁵⁷ LAMM, 2012.

⁵⁸ RUBIO, 2012, p. 68.

⁵⁹ LAMM, 2012, p. 10.

⁶⁰ Grupos focales 1 y 2; Entrevistas 2 y 4.

⁶¹ Entrevista 2.

⁶² KNOPPERS Y LEBRIS, 1991.

de una persona de una institución o país donde no está disponible el tratamiento de reproducción asistida que necesita a otra institución o país donde puede obtenerlo⁶³.

Inhorn y Pasquale plantean que el término “turismo reproductivo” debe ser replanteado porque el turismo está relacionado con el descanso, el placer y las vacaciones⁶⁴. Para estos autores, cuando una pareja se ve obligada a viajar en busca de una solución que les permita materializar su proyecto parental debe hablarse más bien de “exilio reproductivo”. Esta terminología podría representar mejor la situación que viven los pacientes que se enfrentan a exigencias físicas, emocionales y, en ocasiones, económicas para recibir los servicios que necesitan.

En las entrevistas realizadas, los médicos señalaron que el mercado ofrece actualmente servicios como la inseminación artificial, la transferencia intratubárica de gametos, la fecundación *in vitro* (FIV), la transferencia intratubárica de cigotos y la inyección intracitoplasmática de espermatozoides (ICSI); el congelamiento de gametos y embriones y la donación de gametos y de embriones, entre otros. A esto se suma la posibilidad de suscribir contratos de gestación subrogada y la garantía del anonimato para asegurar el flujo de donantes⁶⁵.

Los médicos entrevistados explicaron que, en cada caso, se elabora un protocolo escalonado que se inicia con intervenciones sencillas para mejorar las probabilidades naturales. Dichas intervenciones se hacen complejas según las particularidades de los pacientes. Los entrevistados manifestaron que “del 20% de personas que consultan, el 80 o el 90% solucionan sus problemas con técnicas no avanzadas, entonces, esos pacientes pueden obtener medicamentos, tratamientos de ovulación, corregir problemas ováricos, es decir, que a muchas parejas se les trata de solucionar los problemas sin necesidad de llegar a las técnicas de alta complejidad”⁶⁶. Sin embargo, en esta etapa también se puede ofrecer de manera directa una técnica de alta complejidad para aumentar la tasa de embarazo. En estos casos, los médicos mencionaron que los pacientes son informados acerca de la posibilidad de lograr un embarazo más fácilmente, elemento clave en la decisión final que ellos van a tomar. No obstante, la recomendación, desde la ética médica, es tratar de restablecer la fertilidad natural, con el fin de que las parejas puedan lograr un embarazo de manera natural⁶⁷.

Cuando esta primera intervención no da resultado, es decir, no se logra el embarazo, se procede a ofrecer técnicas más complejas o específicas como la inseminación artificial, la FIV o la ICSI. Los entrevistados señalaron que en el caso de la ICSI, el CRA puede garantizar en 100% la fecundación, mientras que en el caso de la FIV, la tasa de fecundación es del 80%. Sin embargo, cuando la calidad del semen o del óvulo no es buena

⁶³ PENNING, 2002.

⁶⁴ INHORN Y PASQUALE, 2009.

⁶⁵ Entrevista 2.

⁶⁶ Entrevista 2.

⁶⁷ Entrevista 2.

o cuando la reserva ovárica es baja o nula, la recomendación es recurrir directamente a la donación de gametos⁶⁸.

Si bien la doctrina señala que la donación de gametos es altruista⁶⁹, en la práctica los donantes son compensados económicamente. El valor de la compensación varía para los donantes de semen y las donantes de óvulos⁷⁰. No obstante, esta compensación no se puede considerar como un pago, ya que ello contrariaría las normas que permiten la disposición del cuerpo de forma gratuita.

La donación de gametos, al menos en Colombia, es anónima, porque, como se explicó, esto permite asegurar el flujo de donantes por el temor de muchos de ellos de ser demandados en el futuro⁷¹. Asimismo, el anonimato impide el ejercicio abusivo de acciones de investigación de la paternidad de parte del donante o del hijo concebido con sus gametos. Esta es una preocupación importante si se tiene en cuenta que una prueba de ADN sería suficiente para establecer un vínculo filial desde una perspectiva netamente biológica, a causa de la ausencia de legislación en Colombia respecto de la filiación por TRHA.

Igualmente, en los grupos focales y las entrevistas se insistió en que la mercantilización de la reproducción obedece a una dinámica global que cubre no solo la oferta de servicios sino también la circulación internacional de gametos⁷², como se mencionó. Además, en el caso de la gestación subrogada, “la dispar regulación de los derechos nacionales motiva que estos acuerdos se celebren entre personas situadas en países distintos, abarcando en la práctica los lugares más distantes del mundo”⁷³.

La mercantilización de la reproducción no se podría considerar completa en ausencia de una orientación jurídica que permita evitar problemas en el futuro. Los CRA cuentan con asesores jurídicos que garantizan que las decisiones que se toman sean legales. Los médicos entrevistados destacaban que la función principal de estos profesionales es asegurar que quienes acceden a las TRHA sean reconocidos como padres y, en consecuencia, sean ellos quienes asumen los derechos y responsabilidades que implica la paternidad o la maternidad⁷⁴.

A pesar de los esfuerzos hechos por entrevistar abogados que trabajen en este campo, ninguno de los profesionales invitados a participar respondió afirmativamente a la invitación. Esta negativa podría ser explicada desde diferentes perspectivas: primero, la ausencia de legislación en Colombia, lo que permite ofrecer las TRHA sin límites o prohibiciones diferentes a las que se imponen los mismos CRA. Segundo, el peso de una cultura influenciada por valores religiosos cristianos, donde el concepto de familia nuclear sigue predominando. Finalmente, la necesidad de mantener la discreción y confidencialidad acerca de sus actividades con el fin de no atraer la atención social.

⁶⁸ Entrevista 2.

⁶⁹ JOCILES, 2016.

⁷⁰ Entrevista 2.

⁷¹ Entrevista 4.

⁷² Grupo focal 1.

⁷³ SCOTTI, 2012, p. 276.

⁷⁴ Entrevista 2.

Esto se explica, según Morgan, porque mientras los casos no sean públicos o numerosos no existirá presión para regularlos⁷⁵. En esa medida, cada abogado es libre de proponer soluciones a partir de su interpretación de las leyes existentes. Sin embargo, desde el momento en que se evidencia la necesidad de regular el tema, los abogados, los operadores jurídicos y los legisladores deberán reglamentar los límites aceptables según los objetivos particulares de cada sociedad⁷⁶.

El modelo biogénético como elemento del parentesco no es un único que se ve cuestionado por estos cambios. La bilateralidad parental se ve igualmente interrogada, ya que las TRHA crean nuevas formas de establecer la filiación y en esa medida los conceptos clásicos de padre, madre y filiación resultan insuficientes para abarcar la diversidad parental que se presenta.

IV. LA RESIGNIFICACIÓN DE LA BILATERALIDAD PARENTAL EN COLOMBIA DEBIDO A LAS TRHA

La bilateralidad parental ha sido entendida como el proceso de vinculación paterna y materna de carácter bilateral y bidireccional entre dos sujetos⁷⁷ caracterizada por la dualidad parental. Las TRHA, al igual que ocurrió con la adopción, están cuestionando la bilateralidad parental debido a la intervención de donantes o gestantes subrogadas en el proyecto parental. Actualmente existen diversas alternativas para la filiación en la medida en que los padres no siempre son biológicos o genéticos y que quienes aportan sus gametos no se convierten necesariamente en padres. Esta situación está dando origen a una diversidad parental que reconoce diversas formas de parentesco y de organización familiar.

1. *Alternativas para la filiación*

Los cuestionamientos al modelo hegemónico de parentesco evidencian que este no se establece solamente a partir del vínculo biológico. “Esta situación está creando una distinción entre parentesco y parentalidad”. Ciertamente, “la parentalidad es un hecho cultural que acaece en un proceso de construcción y de definición social acerca de lo que se considera qué es la paternidad y la maternidad. Ambas realidades, paternidad y maternidad, se construyen en el entramado de las relaciones sociales”⁷⁸.

Las TRHA, principalmente aquellas donde terceros intervienen en el proyecto parental, disocian no solamente la procreación de la filiación, sino también el parentesco de la parentalidad. Según Bestard, “las disputas en torno a las definiciones de la

⁷⁵ MORGAN Y LEE, 1998.

⁷⁶ MORGAN Y LEE, 1998.

⁷⁷ ROMERO, 2007.

⁷⁸ ROMERO, 2007, pp. 120-121.

paternidad y la maternidad que hoy se producen en el contexto de las tecnologías de procreación asistida no parecen poder solucionarse mediante referencias a la naturaleza de los hechos de la vida⁷⁹. Palacio y Cárdenas señalan al respecto que “[l]a monoparentalidad o la pluriparentalidad evidencian la insuficiencia del modelo biogenético para atribuir el parentesco. De un modelo basado en el reconocimiento de los lazos de sangre y la vinculación genética se pasa a la construcción social del parentesco”⁸⁰. En efecto, la realidad social deja en evidencia que la filiación no solo se debe determinar a partir de la genética, sino que también se debe reconocer la voluntad como elemento creador y de legitimación del vínculo social.

Para Baptista, “la paternidad no es en sí un hecho de la naturaleza sino un hecho cultural”⁸¹. En efecto, ante el nacimiento de una persona, el padre y la madre pueden comportarse de diversas formas que pueden ir desde la acogida hasta el rechazo⁸². La decisión, por tanto, de ser madre o padre se toma y la maternidad o la paternidad se construyen⁸³. El papel de padre puede entonces diferenciarse entre quién es verdaderamente padre y quién es progenitor. Para Lamm, “padre es aquel, que [...] asume dicha función social, aunque sanguíneamente el patrimonio genético del hijo no lleve su impronta, mientras que progenitor es aquel que simplemente aporta el material genético sin pretender ninguna relación jurídica con el ser que nazca”⁸⁴. El progenitor debe en consecuencia ser liberado de asumir un papel que no ha deseado para reconocérselo a quien lo deseó.

La disociación entre padre/madre y progenitor/progenitora ha dado lugar al reconocimiento de la paternidad y la maternidad socioafectiva en la que “[s]entirse y ser tratado como hijo implica el legítimo reconocimiento de una verdad que no puede ocultarse [y] de una paternidad [o maternidad] que se vive y se siente”⁸⁵. El fundamento de estas parentalidades no se encuentra entonces en lo biológico sino en la autonomía decisional, la voluntad y el afecto⁸⁶. De hecho, Kemelmajer *et al.* señalan que el elemento volutivo debe ocupar un espacio de mayor envergadura que el componente genético, porque el niño nace gracias a la manifestación de la voluntad, y es precisamente esa voluntad la que permite a esa persona acceder a la paternidad⁸⁷.

Según Bestard, si bien la filiación nos une con nuestros ascendientes y nuestros descendientes, la intencionalidad nos permite hablar de un deseo de descendencia⁸⁸. Donar un óvulo no establece entonces, automáticamente, un vínculo entre quien dona y

⁷⁹ BESTARD, 1998, p. 201.

⁸⁰ PALACIO Y CÁRDENAS, 2017, p. 59.

⁸¹ BAPTISTA, 1979, p. 401.

⁸² BAPTISTA, 1979.

⁸³ PUYANA, 2003.

⁸⁴ LAMM, 2013, p. 51.

⁸⁵ VARSI, 2010, p. 57.

⁸⁶ VARSI, 2017.

⁸⁷ KEMELMAJER *et al.*, 2010.

⁸⁸ BESTARD, 2009.

quien nace de ese gameto. El vínculo surge por medio de la intencionalidad o del deseo con el que se construye el proyecto parental. El elemento constitutivo de la filiación no es entonces la consanguinidad sino el deseo de parentalidad⁸⁹. Pesino comparte esta visión al señalar que “[n]o se puede afirmar [...] que para determinar la filiación, baste solo el criterio biológico. El hijo que está en gestación está ya inscripto en una cadena de deseos”⁹⁰.

La filiación no puede, entonces, seguirse pensando desde un determinismo biológico sino desde la “construcción afectiva permanente que se hace en la convivencia y en la responsabilidad”⁹¹. Por ello ante la pregunta: ¿Cómo establecer la conexión con un ser que no se procrea? La respuesta debe ser mediante la voluntad reproductiva que es “la causa eficiente última e infungible, porque los demás elementos, biológicos y/o genéticos, pueden ser sustituidos [es decir,] la aportación de todos los demás protagonistas es fungible y no es verdadera causa eficiente (en sentido vivencial y ontológico) del nacimiento”⁹².

La voluntad procreativa también tiene una cara opuesta. Esta está representada por la decisión del donante de gametos o de la gestante subrogada de no tener ningún vínculo con el niño que nace a partir de sus gametos o que gesta. En efecto, ellos no piensan en los niños como sus hijos. Además, en las legislaciones que permiten conocer la identidad del donante, la misma ley establece que los donantes o las gestantes y los niños no pueden establecer ninguna relación filial. En Colombia, la Corte Suprema de Justicia ha optado por la misma posición. En un caso fallado en el 2013, la Sala Civil se pronunció por la imposibilidad de establecer un vínculo filial con un donante anónimo⁹³.

A pesar de diferencia entre progenitor y padre/madre, la legislación colombiana aún determina la filiación a partir de la existencia de un vínculo biológico o legal (en el caso de la adopción). Desde esa perspectiva, la filiación por TRHA preocupa desde dos aspectos: primero, el reconocimiento de su determinación y, segundo, el ejercicio de derechos (*v.g.* alimentos, custodia, visitas, patria potestad y herencia) por los sujetos a quienes ella vincula. En el primer caso es necesario reconocer las TRHA como una fuente filial autónoma con reglas distintas a las de la filiación biológica o adoptiva⁹⁴. Para Herrera *et al.*, esto se explica por la ausencia en las TRHA de una concepción por medio de una relación sexual, lo que genera conflictos diferentes de los surgidos en el marco de la filiación biológica o adoptiva. La biotecnología permite la criopreservación de gametos y embriones por periodos prolongados, donde puede cambiar el deseo de ser padres y la situación de la pareja y las TRHA permiten disociar los elementos biológico, genético y volitivo dándole prevalencia a este último respecto de los dos primeros⁹⁵.

⁸⁹ BESTARD, 2009.

⁹⁰ PESINO, 2016, p. 4.

⁹¹ LAMM, 2013, p. 48.

⁹² RIVERO, 1988, p. 146.

⁹³ Corte Suprema de Justicia, 2013.

⁹⁴ HERRERA *et al.*, 2018b, p. 464-466.

⁹⁵ HERRERA *et al.*, 2018b, p. 465.

Las modificaciones en la legislación concernientes a determinación de la filiación por TRHA deben reconocer como factor de atribución la voluntad procreativa y el consentimiento libre e informado tal como ha ocurrido en Argentina⁹⁶. En esa medida, los resultados de la prueba de ADN, considerados fundamentales en los procesos de filiación⁹⁷, quedan relegados por ausencia de objeto, particularmente en las TRHA heterólogas. La Corte Suprema de Justicia colombiana tuvo la posibilidad de pronunciarse al respecto en un caso de impugnación de la paternidad de dos menores concebidas mediante inseminación artificial con semen de donante⁹⁸.

Ahora bien, si la igualdad entre los hijos debe mantenerse en virtud de lo dispuesto en el artículo 42 de la Constitución Política, dicha igualdad debe ser material, no formal. En otras palabras, debe existir un tratamiento diferente entre los hijos según su origen filial con miras a proteger su interés superior. Por ejemplo, debe limitarse el ejercicio de las acciones de impugnación o investigación de la paternidad como mecanismo para asegurar la estabilidad del estado civil como ocurre en España⁹⁹. Igualmente, debe revisarse el ejercicio de la acción de petición de herencia, principalmente en los casos de fecundación *post mortem*, ya que la Ley N° 75 de 1968 prevé efectos patrimoniales a las acciones de investigación notificadas a los herederos dentro de los dos años siguientes a la muerte del pretense padre. También se debe analizar el ejercicio del derecho a conocer los verdaderos orígenes biológicos reconocidos en el artículo 25 de la Ley N° 1098 de 2006, debido a que el origen biológico es tan solo una de las fuentes de la filiación. Dentro de este análisis es clave tener en cuenta que el ejercicio de este derecho, como todos los otros derechos, no es absoluto¹⁰⁰.

Los hallazgos encontrados en la doctrina coinciden con los discursos de los grupos focales y las entrevistas. Para empezar, resulta claro que parentesco y parentalidad no son términos sinónimos. Una de las expertas entrevistadas señalaba que por parentesco debe entenderse el vínculo biogenético sancionado por la ley, mientras que la parentalidad hace referencia al ejercicio de los roles atribuidos tradicionalmente al padre y la madre¹⁰¹. En esa medida, las TRHA permiten establecer el vínculo a partir del deseo del otro y de las emociones a pesar de que terceras personas hayan contribuido a su procreación¹⁰². Sin ese deseo, el niño nunca hubiese nacido. En consecuencia, el papel de padre o madre debe atribuirse a quien tiene la intención de cuidar al niño. De ahí que para algunos de los entrevistados cuando el donante y el niño tienen la posibilidad de conocerse, la relación que entablan no equivale a una relación con derechos y deberes como aquella que surge del parentesco, ya que los verdaderos padres son los padres de

⁹⁶ Código Civil y Comercial de la Nación, arts. 558 y ss.

⁹⁷ Art. 1° Ley 721 de 2001.

⁹⁸ Corte Suprema de Justicia, 2017.

⁹⁹ Ley N° 14 de 2006, art. 8.1.

¹⁰⁰ Sentencia T-512 de 1992.

¹⁰¹ Entrevista 4.

¹⁰² Grupo focal 1.

intención¹⁰³. Igual sucede con la gestación subrogada. En esos casos, una de las personas entrevistadas manifestaba que las gestantes se ven como “cuidadoras o portadoras de un niño que es para otra persona o para otra pareja”¹⁰⁴. De hecho, la experta insistía en que ellas se conciben “como aquellas que han hecho posible satisfacer el deseo de los hijos de otros ya que madre es la que va a criar, a educar, a cuidar”¹⁰⁵.

Las alternativas para la filiación tienen finalmente, como cambio, un efecto importante en la bilateralidad parental a causa de la dificultad que tenemos para pensar en términos plurales. Gracias a las TRHA con gametos de donantes o a la gestación subrogada, un niño puede tener varios padres/madres a partir de los elementos biológicos y de los elementos volutivos que no pueden ser desconocidos.

2. *Diversidad parental*

La disociación generada por las TRHA con donantes y gestantes subrogadas evidencian diversas parentalidades como la maternidad y la paternidad genética, la maternidad biológica y la maternidad y paternidad social¹⁰⁶. Así, la esposa o compañera no siempre es madre genética (quien aporta los óvulos) ni madre biológica (quien lleva el embarazo a término), a pesar de que ella va a ser la madre social o de intención (quien cuida y cría). En el caso del esposo o compañero, este no siempre es padre biológico o genético (quien aporta los gametos), si bien puede llegar a ser el padre social o de intención¹⁰⁷.

Esta diversidad de parentalidades hace que actualmente se hable de monoparentalidad en los casos en que mujeres u hombres desean, de forma individual, convertirse en madres o padres¹⁰⁸. Igualmente se habla de pluriparentalidad cuando uno o dos progenitores contribuyen a la materialización del proyecto parental pero el proceso de crianza y cuidado del niño es asumido por terceros o cuando los padres biológicos separados o divorciados desean involucrar a su nueva pareja en el proceso de cuidado y crianza de los hijos como sucede en el caso de las familias reconstituidas o ensambladas¹⁰⁹. En el caso de la gestación subrogada, Lamm señala que “[l]a aportación del gameto femenino, la gestación, el deseo, la voluntad de ser madre y la atribución de la función jurídico-social de madre pueden corresponder a diferentes mujeres o concurrir algunas de estas funciones en una mujer”¹¹⁰.

Esas múltiples parentalidades permiten, igualmente, hablar de diversas parejas. La pareja progenitora representada por los padres biológicos, la pareja conyugal que corresponde a la pareja de esposos o compañeros y la pareja parental que se desempeña

¹⁰³ Entrevistas 2 y 4.

¹⁰⁴ Entrevista 4.

¹⁰⁵ Entrevista 4.

¹⁰⁶ RIVAS, 2009.

¹⁰⁷ RIVAS, 2009.

¹⁰⁸ GRAU Y FERNÁNDEZ, 2015.

¹⁰⁹ RIVAS, 2012.

¹¹⁰ LAMM, 2013, p. 31.

socialmente como los padres sociales de los hijos, es decir, aquellos con quienes se construye maternidad y paternidad¹¹¹.

No obstante, a pesar de esta diversidad parental, la ley solo reconoce dos padres. En ese sentido, la bilateralidad parental se mantiene en Colombia porque el Código Civil continúa determinando la filiación a partir del modelo biogenético y la bilateralidad parental: es madre quien da a luz (artículo 335) y padre quien engendra (artículo 213).

En el caso de las parejas del mismo sexo, la Registraduría Nacional del Estado Civil modificó, en cumplimiento de la sentencia SU-696 de 2015, el registro civil de nacimiento permitiendo que dos padres o dos madres inscriban a sus hijos en ejercicio del principio *pro persona*, así como del reconocimiento y protección que el Estado debe acordar a las diversas formas de organización familiar¹¹².

Si bien la posibilidad de registrar un hijo por las parejas del mismo sexo constituye un avance, el hecho de que el formato del registro civil de nacimiento conserve todavía dos casillas permite deducir la voluntad del legislador y de los jueces de mantener la bilateralidad y de negarse a reconocer abiertamente la existencia de las pluriparentalidades. Si una pareja y el donante o la gestante subrogada desean figurar conjuntamente en el registro civil no hay forma de incluirlos, salvo que se excluya a uno de ellos para ingresar al otro. Este caso ya se presentó en Argentina, donde en abril de 2015 el Registro Provincial de las Personas con sede en Mar del Plata registró al primer niño con tres filiaciones: los dos apellidos de sus madres, unidas en matrimonio, y el apellido de su padre biológico¹¹³.

Los cambios sociales en materia de diversidad parental exigen una respuesta jurídica, no porque se pretenda que todos los hechos sociales deban ser reglamentados, sino porque la ley está en la obligación de establecer unos criterios orientadores que aseguren la protección y la igualdad de los miembros de cualquier forma de organización familiar.

Una de las entrevistas realizadas contribuyó a comprender cómo se está manejando, en Colombia, el registro en los casos de pluriparentalidades. Debido a que el notario no puede indagar acerca de la forma en la que se produjo la concepción, su función se limita entonces a constatar si la pareja tiene una unión marital de hecho declarada o ha contraído matrimonio. Esto permite aplicar la presunción de paternidad consagrada en el artículo 213 del Código Civil¹¹⁴. Si este requisito de forma se cumple, el notario registra como madres a la mujer que aportó el óvulo y a su compañera. De la misma forma se procede en el caso de una pareja de hombres. No obstante, el entrevistado advertía que, en los casos en los que la pareja del mismo sexo no ha contraído matrimonio o no tiene una unión marital declarada, la única opción para que el padre o madre de intención pueda ser reconocido como tal en el registro civil es la adopción del hijo biológico de su pareja¹¹⁵.

¹¹¹ RIVAS, 2009.

¹¹² Véase Circular 024 de 2016.

¹¹³ *El Clarín*, 23/04/2015.

¹¹⁴ Entrevista 3.

¹¹⁵ Entrevista 3.

V. CONCLUSIONES

Las TRHA han dado lugar a cambios que cuestionan el modelo biogenético y la bilateralidad parental como elementos tradicionales del parentesco en Colombia. Las alternativas para la reproducción, la mercantilización de la misma, las alternativas para la filiación y la diversidad parental reflejan profundas modificaciones en la forma en que se establece quién es padre, quién es madre y quién es hijo.

La voluntad y el consentimiento deben ser reconocidos como fuente filial, principalmente en los casos en los que las personas o las parejas recurren a las TRHA. Estas nuevas parentalidades deben abordarse dentro de un marco de respeto por la diferencia y la dignidad humana de las personas que construyen y materializan sus proyectos parentales en ejercicio de su autonomía reproductiva.

Ahora bien, el reconocimiento de estos cambios debe hacerse al margen de cualquier patrón o estereotipo respecto de la forma de establecer la filiación. Quienes aplican el Derecho tienen la función de ser justos y objetivos por difícil que parezca. Si bien las concepciones y los discursos no son neutros, cualquier intento por adoptar un marco normativo concerniente al tema debe caracterizarse por su apertura al cambio y una defensa de la diversidad parental.

Las instituciones políticas, jurídicas y sociales tienen el reto de evolucionar a un ritmo similar al que se producen los cambios sociales. El diálogo, la concertación y la escucha activa son elementos fundamentales para facilitar el reconocimiento de estos cambios. Si bien podría considerarse que el control, mediante la prohibición, permite mantener un *statu quo*, la realidad siempre demostrará que las personas encontrarán la forma de materializar sus decisiones en materia reproductiva. Es necesario entonces reconocer que estas decisiones no son caprichos sino proyectos de vida que merecen el respaldo y la protección del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMELING, Rene, 2011: *Sex Cells: The Medical Market for Eggs and Sperm*, Berkeley: University of California Press.
- BAPTISTA, João, 1979: "Desbiologização da paternidade", *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais*, Nº 21.
- BBC MUNDO (1 de septiembre de 2015): *UK national sperm bank has just nine donors*. Recuperado el 2.12.2017, de BBC: <http://www.bbc.co.uk/news/health-34113080>.
- BBC MUNDO (27 de octubre de 2016): *UK's national sperm bank stops recruiting donors*. Recuperado el 2.12.2017, de BBC: <http://www.bbc.com/news/uk-37786576>.
- BECK-GERNSHEIM, Elizabeth, 1998: "On the Way to a Post Familial Family", *Theory, Culture & Society*, volumen 15.
- BESTARD, Joan, 1998: *Parentesco y Modernidad*, Barcelona: Paidós.
- BESTARD, J., OROBITG, G., RIBOT., J y SALAZAR, C, 2003: *Parentesco y reproducción asistida: cuerpo, persona y relaciones*, Barcelona: Publicaciones Universidad de Barcelona.
- BESTARD, Joan, 2009: "Los hechos de la reproducción asistida: entre el esencialismo biológico y el constructivismo social", *Revista de Antropología Social*, vol. 18.

- BUTTLER, Judith, 2007: *El género en disputa*, Barcelona: Ediciones Paidós.
- CASTILLO, Carla, 2015: *Paternidad activa en sectores urbano-populares de la comuna de Peñalolén: Representaciones sociales sobre paternidades y experiencias de vida vinculadas al género en padres varones de sectores urbano-populares de Peñalolén Alto y Nuevo Peñalolén, activos en la crianza de sus hijos y/o hijas preescolares*, Santiago de Chile: Publicaciones Universidad Academia de Humanismo Cristiano.
- CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN, 2014.
- CÓDIGO CIVIL COLOMBIANO, 1887.
- DÉCHAUX, Jean-Hugues y DARIUS, Mérylis, 2017: "Les familles homoparentales féminines dans la bioéconomie reproductive", *Ethologie française*, N° 2017/3.
- DELAISI DE PARSEVAL, Geneviève y COLLARD, Chantal, 2007: "La gestation pour autrui: Un bricolage des représentations de la paternité et de la maternité euro-américaines", *L'Homme Revue française d'anthropologie*, N° 183.
- EL CLARÍN (23 de abril de 2015): *Entregan por primera vez una partida de nacimiento con tres padres*. Recuperado el 2.12.2017, de El Clarín: https://www.clarin.com/sociedad/filiacion-tres-padres_0_HybKEsFwXg.html.
- GRAU, Claudia y FERNÁNDEZ, María, 2015: "Relaciones de Parentesco en las nuevas familias. Disociación entre maternidad/paternidad biológica, genética y social", *Gazeta de Antropología*, volumen 31, N° 1. Disponible en http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/GA-31-1-02-ClaudiaGrau_MariaFernandez1.pdf [Fecha de consulta: 2.12.2017].
- HARTMANN, Heidi, 1981: "La familia como lugar de lucha política de género y de clase: el ejemplo del trabajo doméstico", en Marysa Navarro y Catherine Stimpson (compiladoras), *Cambios sociales, económicos y culturales*, México: Fondo de Cultura Económica.
- HERRERA, Florencia, MIRANDA, Constanza, PAVICEVIC, Yanco y SCIARAFFIA, Valentina, 2018a: "Soy un papá súper normal: Experiencias parentales de hombres gay en Chile", *Polis, Revista Latinoamericana*, N° 50.
- HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia y FERNÁNDEZ, Silvia, 2018b: *Derecho Filial. Perspectiva contemporánea de las tres fuentes filiales*, Buenos Aires: Thomson Reuters.
- IMAX, Elixabete, 2006: "La maternidad en el seno de las parejas lesbianas: cambios, continuidades y rupturas respecto a los modelos familiares y maternales", *Arxius de Sociología*, volumen 15.
- INHOTN, Marcia y PASQUALE, Patrizio, 2009: "Rethinking reproductive 'tourism' as reproductive 'exile'", *Fertility and Sterility*, volumen 92, N° 3.
- JOCILES, María Isabel y RIVAS, Ana María, 2014: "Monoparentalidad por elección y revelación de los orígenes a los hijos nacidos por donación de gametos. El caso de España", *Convergencia Revista de Ciencias Sociales*, volumen 21, N° 65.
- JOCILES, María Isabel 2016: *Revelaciones, Filiaciones y Biotecnologías. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*, Barcelona: Edicions Bellaterra.
- JONES, Christopher & KEITH, Louis, 2006: "Medical tourism and reproductive outsourcing: The dawning of a new paradigm for healthcare", *International Journal of Fertility*, volumen 51, N° 6.
- KEMELMAJER, A., HERRERA, M., y LAMM, E., 2010: "Filiación y homoparentalidad. Luces y sombras de un debate incómodo y actual", *Revista La Ley*.
- KEMELMAJER, A., HERRERA, M., y LLOVERAS, N., 2014: *Tratado de Derecho de Familia (Según el Código Civil y Comercial de 2014)*, Tomo 2, Santa Fe: Rubinzal-Culzoni.
- KROLØKKE, Charlotte, FOS, Karen y PANT, Saumya, 2012: "Fertility travel: The commodification of human reproduction", *Cultural Politics*, volumen VIII, 2.
- KNOPPERS, Bartha y LEBRIS, Sonia, 1991: "Recent advances in medically assisted conception: Legal, ethical and social issues", *American Journal of Law & Medicine*, volumen 17.

- LAMM, Eleonora, 2012: "Gestación por sustitución", *InDret*, Nº 3.
- LAMM, Eleonora, 2013: *Gestación por sustitución: Ni maternidad subrogada ni alquiler de vientres*, Barcelona: Publicacions i Edicions de la Universitat de Barcelona.
- LÉVI-STRAUSS, Claude, 1985: *Las estructuras elementales del parentesco*, Barcelona: Planeta-De Agostini.
- LÓPEZ, José y APARISI, Ángela, 2012: "Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada", *Cuadernos de Bioética*, Nº 2.
- MARISTANY, José, 2008: "¿Una teoría *queer* Latinoamericana?: Postestructuralismo y políticas de la identidad en Lemebel", *Lectures du genre*, volumen 4.
- MONTECINO, Sonia, 2007: *Madres y huachos. Alegorías del mestizaje chileno*, Santiago de Chile: Catalonia.
- MORGAN, Derek y LEE, Robert, 1998: "What Does Biomedical Diplomacy Mean? Law, Ethics, Risk and the Regulation of Modern Medicine", *Fourth World Congress on Bioethics*, Tokyo, Japan.
- NOEL, Martín y FLORES, Ana Luisa, 2012: *De la filiación inducida a la luz del Código de Familia y Legislación Nicaragüense*, Memoria de prueba para optar al grado de Licenciado en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional Autónoma de Nicaragua.
- PALACIO, María Cristina y CÁRDENAS, Olga Carolina, 2017: "La crisis de la familia: Tensión entre lo convencional y lo emergente", *Maguaré*, volumen 31, Nº 1.
- PENNINGS, Guido, 2002: "Reproductive tourism as moral pluralism in motion", *Journal of Medical Ethics*, volumen 28, Nº 6.
- PESINO, Carolina, 2016: *Reprogenética, parentalidad homosexual y nuevas familias: análisis de las nuevas estructuras familiares que se plantean a partir de las nuevas técnicas de reproducción humana* (VIII Congreso Internacional de Investigación y Práctica Profesional en Psicología, XXIII Jornadas de Investigación y XII Encuentro de Investigadores en Psicología del MERCOSUR, 23 al 26 de noviembre, Buenos Aires, Argentina).
- PICHARDO, José Ignacio, 2011: "Sex and the family: intersections between family, gender, reproduction and same-sex sexuality in Spain", en Judith Takács y Kuhar Roman (cordinadores), *Doing families. Gay and lesbian family practices*, Liubliana: Mirovni Institut, pp. 17-36.
- PICHARDO, J. I., DE STEFANO, M., y MARTÍN, L., 2015: "(Des)naturalización y elección: emergencias en la parentalidad y el parentesco de lesbianas, gays, bisexuales y transexuales", *Revista de Dialectología y Tradiciones Populares*, volumen 70, Nº 1.
- PUYANA, Yolanda, 2003: *Padres y madres en cinco ciudades colombianas. Cambios y permanencias*, Bogotá: Almudena.
- RIVAS, Ana María, 2009: "Pluriparentalidades y parentescos electivos", *Revista de Antropología Social*, volumen 18.
- RIVAS, Ana María, 2012: "El ejercicio de la parentalidad en las familias reconstituidas", *Portularia*, volumen 12, Nº 2.
- RIVERO, Francisco, 1988: "La investigación de la mera relación biológica en la filiación derivada de la fecundación artificial", en Vitoria-Gasteiz (editora), *La filiación a finales del siglo XX: problemática planteada por los avances científicos en materia de reproducción humana*, Madrid: Trivium, pp. 141-170.
- ROMERO, Fermín, 2007: "La construcción social de la parentalidad y los procesos de vinculación y desvinculación padre-hijo. El papel del mediador familiar", *Ciencias Psicológicas*, volumen 1, Nº 2.
- RUBIO, María José, 2012: *Gestación por sustitución. La situación de la mujer gestante*, Memoria de prueba para optar al grado de máster en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Salamanca.
- SHARP, Lesley, 2000: "The Commodification of the Body and Its Parts", *Annual Review o Anthropology*, volumen 29.

- SCHNEIDER, David, 1980: *American Kinship: A cultural Account*, Chicago: The University of Chicago Press.
- SCOTTI, Luciana, 2012: “El reconocimiento extraterritorial de la ‘maternidad subrogada’: una realidad colmada de interrogantes sin respuestas jurídicas”, *Pensar en Derecho*, volumen 1.
- STEPHENS, Patrick y EDWARDS, Robert, 1978: “Birth after the reimplantation of a human embryo”, *Lancet*, volumen 11.
- VALLS-LLOBET, Carmen, 2010: ¿Es necesaria la subrogación de úteros?, en *La subrogación uterina: análisis de la situación actual*, Barcelona: Fundació Víctor Grífols i Lucas.
- VARSÍ, Enrique y CHAVES Marianna, 2010: “Paternidad socioafectiva. La evolución de las relaciones paterno-filiales: Del imperio del biologismo a la consagración del afecto”, *Actualidad Jurídica*, N° 200.
- VARSÍ, Enrique, 2017: “Determinación de la filiación en la procreación asistida”, *Revista IUS*, volumen 11, N° 39: Disponible en http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472017000100006&lng=es&tlng=es. [Fecha de consulta: 2.12.2017].

Normas jurídicas citadas

- LEY 75, 1968: Congreso de la República de Colombia.
- LEY 721, 2001: Congreso de la República de Colombia.
- LEY 14, 2006: Juan Carlos I Rey de España.
- LEY 1098, 2006: Congreso de la República de Colombia.
- CIRCULAR 024, 2016: Registraduría Nacional del Estado Civil.
- CORTE Constitucional. Sentencia del 9 de septiembre de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo. Sentencia T-512/92.
- CORTE Constitucional. Sentencia del 12 de noviembre de 2015. Magistrada Ponente: Gloria Stella Ortiz Delgado. Sentencia SU-696/2015 b.
- CORTE Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2013. Magistrado Ponente: Arturo Solarte Rodríguez. Sentencia 110013110-002-2006-00537-01.
- CORTE Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de mayo de 2017. Magistrado Ponente: Ariel Salazar Ramírez. Sentencia 54001-31-10-009-2009-00585-01.

¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?

*Juan Luis Goldenberg Serrano**

RESUMEN

En este trabajo nos preguntamos acerca de la posición que debe tomar el deudor al tiempo de la contratación en lo que se refiere a la ponderación de su propia solvencia, y, en el caso de concluir la existencia de una situación de riesgo para el acreedor, si adicionalmente tiene el deber de alertarlo respecto de ella. Nuestra respuesta a ambas preguntas es negativa, debiendo propiciarse una lectura que active la autoprotección del acreedor, allí donde el ordenamiento escasamente concede herramientas que le resulten útiles para evitar, si no las ha previsto o negociado, la pérdida del crédito.

Insolvencia – protección del crédito – deberes de información – acción pauliana

Is there a duty of the debtor to know and inform its insolvency at the time of contracting?

ABSTRACT

In this paper we question the position that a debtor shall take at the time of contracting with regards to the valuation of its own solvency and, further, if he must alert his creditor in case he concludes that he is in a risky position. Our answer to both questions is negative. A proper understanding of the law must aim for the creditor's self-protection, where the legal system will scarcely grant him of any useful tool to avoid the loss of the credit, if such measures have not been foreseen and negotiated.

Insolvency – creditor protection – information duties – actio pauliana

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Salamanca, España. Profesor de Derecho Comercial, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jgoldenb@uc.cl

Este trabajo se enmarca dentro del proyecto Fondecyt Regular 1180329.

Artículo recibido el 16 de noviembre de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Por medio de este artículo nos interesa indagar concerniente a la existencia de un deber implícito de todo deudor de conocer y declarar su (in)solvencia al tiempo de la contratación. Esta formulación buscaría establecer una protección especial a favor del acreedor, quien, conociendo una situación de impotencia patrimonial de la contraparte, podría decidir no contratar si los resultados pudiesen serle perjudiciales: primero, si se atiende a que la insolvencia actual del sujeto puede implicar el desvanecimiento del crédito, y, en consecuencia, su insatisfacción¹; y, segundo, porque el conocimiento del mal estado de los negocios de la contraparte podría resguardarlo del riesgo de revocación del contrato en el marco de la acción pauliana (artículo 2468 CC) o de las acciones revocatorias concursales (Capítulo VI de la Ley Nº 20.720, o “LRLAEP”), sea mediante la decisión de no celebrar el contrato, sea tomando las precauciones para que este no acarree perjuicio a los acreedores.

El establecimiento de un deber como el señalado no aparece explicitado en la codificación civil, siendo nuestra hipótesis que este simplemente no existe, o, al menos, que su consagración no produce una tutela eficaz para el acreedor. Lo anterior supone advertir, a modo de hipótesis secundaria, que el riesgo de insolvencia actual pesa sobre el acreedor, al tiempo en que solo de modo muy excepcional el ordenamiento dispone de medidas correctoras, siempre y cuando pueda observar la existencia de un tercero a quien pueda dirigirse para la satisfacción del crédito. En este sentido, y dejando a salvo estos supuestos, será el acreedor quien deberá informarse y ponderar la situación patrimonial de aquel con quien contrata, porque a fin de cuentas es su crédito el que se encuentra en riesgo.

El plan por seguir es el siguiente: primero, debemos contextualizar la pregunta en los argumentos que podrían soportar su afirmación, como son aquellos que parten desde la lógica protectora del derecho de crédito y los que se han utilizado para sustentar deberes de información relativos a la solvencia del deudor, contruidos a partir de la buena fe (II). Luego se revisarán críticamente dichos argumentos, tanto desde la calificación de la real eficacia de las tutelas que el ordenamiento podría ofrecer con motivo de la falta de información otorgada al acreedor (nulidad, indemnización y adecuación del contrato), como desde la necesaria recalificación del elemento subjetivo de la acción pauliana. A partir de lo anterior, favoreciendo una reordenación del punto desde la perspectiva de la activación de un estándar de autoprotección (III). Todo ello, para terminar con las conclusiones de rigor.

¹ Como integrante del riesgo de inejecución, o, mejor dicho, de los eventuales perjuicios derivados de la misma, el riesgo de insolvencia permite dar cuenta de las consecuencias que resultarán para el acreedor del hecho de que el patrimonio del deudor no sea apto para el cumplimiento de sus obligaciones. *Vid.* PARAISO, 2011, p. 53.

II. LA BUENA FE COMO SOPORTE DE UN DEBER ATÍPICO DE INFORMACIÓN PRECONTRACTUAL RELATIVO A LA SITUACIÓN PATRIMONIAL DEL DEUDOR

Debemos empezar reiterando que nuestro ordenamiento civil no expresa un deber del deudor de conocer y de informar acerca de la situación de insolvencia previo a la contratación, especialmente si se atiende el escaso interés que posee nuestro Código respecto de la órbita precontractual. Así, las únicas referencias que encontramos de supuestos de “insolvencia actual”, esto es, la existente al tiempo de la contratación, se sitúan en sede de novación por cambio de deudor (artículo 1637 CC) y de cesión de créditos (artículo 1907 CC). No obstante, una lectura atenta a dichas disposiciones indica que ellas solo pretenden identificar a un tercero que pueda resultar obligado en virtud de la mentada insolvencia (el delegante o el cedente, según el caso), pero nada indican del comportamiento esperado por parte del propio deudor. Cuestión llamativa si se supone que es este quien se encontraría en mejor posición para conocer de su propia situación patrimonial y declararla al acreedor².

No encontrando una disposición que expresamente atienda ello, debemos preguntarnos si es posible identificar estos deberes como resultado de la aplicación del principio de buena fe (artículo 1546 CC). Si bien estos se desplegarían en las tratativas preliminares, su impacto se provocaría en virtud de la lesión del derecho del crédito que resulta de la imposibilidad, o, al menos, de la dificultad de pago que proviene de una insolvencia existente al tiempo de contratar. Así lo concluye, por ejemplo, López Santamaría, quien señala que “[l]a información de buena fe exige, por ejemplo, respecto a los sujetos, que no se incurra en inexactitudes sobre la solvencia de los negociadores”, incardinando el discurso en la idea de que los contratantes deben presentar las cosas conforme con la realidad, evitando informaciones falsas o inexactas, o, incluso, la reticencia, en la medida en la que ello puede impactar en los términos del contrato³.

Ahora bien, para comprender las raíces de esta formulación, debemos revisar la construcción del crédito (a plazo) a partir de la confianza en las fuerzas patrimoniales del deudor; de la configuración de un deber de informarse de la propia situación patrimonial, construido desde la idea de un comportamiento diligente, y un deber de información precontractual basado en estándares de cooperación orientados a la satisfacción de los intereses del acreedor. A estos aspectos nos dedicaremos a continuación.

² El punto no parece advertido por el ordenamiento, no solo en las reglas antes mencionadas, sino en todas las normas civiles que se refieren a la situación de insolvencia del deudor. Así, la búsqueda de elementos que justifiquen la extensión de responsabilidad a terceros, también se encuentra en la estructura de las garantías personales, como en el caso de los codeudores solidarios (art. 1522 CC) o de los cofiadores (art. 2367 CC).

³ LÓPEZ, 2010, p. 328.

1. *La lógica sistemática: la confianza en la solvencia del deudor como soporte del crédito en el modelo del Código Civil*

Toda norma jurídica es reflejo de sus tiempos. El Código Civil responde al movimiento iusfilosófico predominante en la época, la Escuela del Derecho Natural⁴, pero también a un planteamiento económico, en el que el liberalismo imperaba como una forma de promoción del comercio y de la industria. Como resume Ripert, la Revolución Francesa vio en la libertad de producir y de comerciar la mejor manera de asegurar a los hombres la satisfacción de sus necesidades⁵. Si bien lo anterior es advertible desde múltiples variables, nos interesa enfocarnos en la dinámica del crédito, y, en especial, en la tutela que el ordenamiento civil prodiga al acreedor en la eventualidad de su incumplimiento por razones de insolvencia.

Al tiempo del diseño de los contratos, utilizando como paradigma a la compraventa, parece establecerse un marco normal de inmediatez entre la entrega de la cosa y el pago del precio. Pero ello debe contrastarse con una dinámica social que, incluso en el siglo XIX, empezó a requerir del plazo para el cumplimiento de la finalidad de desarrollo antes indicada. Como señala Veniamin, la idea del intercambio inmediato, bajo fórmulas de permuta o de venta al contado, no responde a las necesidades de una sociedad diferenciada, sino que se establece más próxima a fórmulas primitivas de la vida en común. En ellas, las operaciones económicas se encontraban limitadas al tiempo presente, mientras que, en una economía en desarrollo, se observan desde la perspectiva del devenir futuro y, conforme con ello, puede apreciarse su cariz de incertidumbre⁶. Así, el aplazamiento de las obligaciones, especialmente aquellas de carácter dinerario, se verifica bajo la idea del “crédito”, más allá de la nomenclatura típica que lo hace sinónimo al derecho personal (art. 578 CC)⁷.

En este escenario, el favorecimiento del crédito supone su fundamentación desde la noción de la confianza del acreedor en su pago⁸. Dicha confianza se justifica en términos de la solvencia del deudor, esto es, la fortaleza de su patrimonio para permitir la solución de la deuda. Conforme con ella, se articulan mecanismos que hunden sus raíces en la responsabilidad patrimonial en la que reposan los diversos elementos del cobro de las obligaciones dinerarias. Como señala Díez-Picazo, los ordenamientos consagran facultades a favor de los acreedores “para la conservación de la solvencia del deudor, toda vez que la solvencia constituye el soporte económico de la efectividad del crédito”⁹, porque, en definitiva, “la verdadera y auténtica seguridad de los acreedores está en la capacidad económica de su deudor de hacer frente a sus obligaciones”¹⁰.

⁴ RIPERT, 1936, p. 91; LÉVY Y CASTALDO, 2002, p. 793.

⁵ RIPERT, 1936, p. 127.

⁶ LESTAPIS, 1941, p. 170, al insistir que hay un alea necesario en el crédito, no pudiendo ser erradicado, por mucho que legislativamente se intente.

⁷ GUZMÁN, 2014.

⁸ LESTAPIS, 1941, p. 168.

⁹ DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 128-129.

¹⁰ DÍEZ-PICAZO, 2008, p. 152.

Esta confianza se encuentra sujeta a reglas institucionales, y no a meros sentimientos del acreedor, de modo que el sistema se ofrece desde la idea de que la contratación constituye un mecanismo de cohesión social¹¹, en la que todas las partes contribuyen a la correcta circulación de la riqueza y al progreso de la colectividad. Si se sitúa el crédito en el centro de las relaciones económicas, se puede comprender que el ordenamiento pondrá atención en la protección del acreedor¹², especialmente en situaciones en que el cumplimiento efectivo de la obligación sea puesta en riesgo. Al contrario, la posición del deudor queda desmerecida en la codificación, por medio de tutelas más bien débiles al contrastarlas con las múltiples herramientas concedidas al acreedor para la recuperación de la deuda, en particular, ante supuestos de insolvencia¹³. Así visto, el ideal codificador queda sustentado desde una perspectiva idealista, en la que no se aprecia tal tutela desde la realidad efectiva del crédito, sino desde una ilusión de igualdad y falta de dependencia económica¹⁴. La visión estaba centrada en el ámbito mercantil, donde ya en nuestras tierras se había observado la necesidad de contar con una normativa más precisa que asegurase la posición de los acreedores, especialmente en el marco de las leyes de prelación de crédito de 1845 y 1854¹⁵, y, con algún retardo, en la configuración de un drástico sistema concursal en el que se invocaban razones de interés público para el correcto funcionamiento económico¹⁶. Por tanto, el modelo económico del Código se centraba en los préstamos concedidos a aquellos que contasen con riqueza de respaldo (especialmente, bienes raíces)¹⁷ o en los créditos para fines comerciales¹⁸, que terminaban cubiertos con una amenaza pública que destinaba al comerciante insolvente, salvo excepciones, a las más duras sanciones corporales y patrimoniales por medio de la figura de la quiebra.

Entonces, siendo la confianza el punto central en esta construcción, un primer acercamiento podría advertir que ella también necesitaría del intercambio informativo entre acreedor y deudor respecto de la situación patrimonial de este último. Y, con ello, podría sostenerse que el deudor vulneraría esa confianza al tiempo de omitir cualquier

¹¹ WARNOTTE, 1927, p. 108.

¹² LESTAPIS, 1941, p. 163. HAURIU, 1910, p. 191, subraya que estos propósitos, que requieren de la idea del crédito, consideran el avance efectuado, el riesgo asumido y el valor sacrificado, todo sobre la base del buen funcionamiento de la mecánica del intercambio. Ello necesita que el crédito sea reembolsado, que el perjuicio de la demora sea reparado y que sus sacrificios encuentren una contrapartida, si se quiere que continúe la colaboración de todos en vistas a la satisfacción de las necesidades humanas, porque ella reposa en la confianza y en la buena voluntad universal.

¹³ GOLDENBERG, 2017.

¹⁴ WARNOTTE, 1929, p. 107. De las fuerzas que alertaron acerca de la construcción social de este modelo, y su influencia en la noción misma de contrato, *vid.* SAVATIER, 1964, pp. 48-65.

¹⁵ BARRIENTOS, 2015, p. 74.

¹⁶ GOLDENBERG, 2015, pp. 21-31.

¹⁷ Así se desprende del Mensaje del Código Civil, en el que puede leerse, luego de dar cuenta de la formulación de la propiedad registral de los inmuebles, lo siguiente: "Son patentes los beneficios que se deberían a este orden de cosas (...) la hipoteca cimentada sobre base sólida; el crédito territorial vigorizado y susceptible de movilizarse".

¹⁸ De la incidencia comercial en la configuración del contrato, *vid.* HAURIU, 1910, p. 190.

indicación acerca de una situación patrimonial delicada, o, incluso, incurrir en ardidés para la obtención del crédito a pesar de su insolvencia. Más allá de las consecuencias penales que podría implicar tal vulneración¹⁹, nos interesa revisar la forma en la que, desde el punto de vista civil, se podría consagrar un deber de información y los efectos de su infracción, como supuestos medios de prevención que favorecerían la posición del acreedor.

2. *Las fases del deber de información respecto de la (in)solvencia del deudor*

a. El deber de informarse de la propia solvencia

En primer término, el deber de informarse concerniente a la propia solvencia reposaría en la identificación de un comportamiento leal que no solo involucraría el deber atípico de información al que haremos referencia más adelante, sino que también se configura en una etapa previa en la que el deudor debe desplegar conductas activas para conocer dicho estado. Lo anterior, porque solo puede informarse aquello que es conocido. En los casos en que exista un desconocimiento del contenido de aquello que se debe informar, solo es posible provocar un efecto jurídico en los casos en los que pueda sostenerse que el ordenamiento ha configurado un deber previo de informarse, y, sobre esta base, establecer un estándar de diligencia en el que podamos advertir si, en atención a las circunstancias del caso y a las capacidades técnicas del sujeto, es posible imputar los resultados lesivos de la ausencia de comunicación a quien efectivamente pudo conocer una determinada circunstancia. Ejemplo paradigmático de lo anterior se encuentra en el tratamiento de los vicios redhibitorios (artículo 1861 CC)²⁰.

Como soporte normativo de esta formulación en el ámbito que nos interesa podrá tenerse a la vista la configuración del elemento subjetivo de la acción pauliana (artículo 2468 CC), en lo relativo al conocimiento del mal estado de los negocios por parte del deudor al tiempo de la celebración del negocio jurídico cuestionado. La pregunta se formularía en torno a si es posible interpretar el cumplimiento de tal requisito no solo desde la alternativa del conocimiento efectivo, sino verlo asimismo satisfecho en caso de que el deudor no hubiese llevado a cabo una indagación diligente respecto de su solvencia al tiempo de la contratación, debiendo hacerlo. Lo anterior depende de la comprensión que demos al mentado elemento subjetivo en nuestro ordenamiento, en la medida que tal conclusión solo sería admisible en tanto esta se enfoque desde la noción del conocimiento, real o hipotético, del perjuicio que el acto puede causar a los acreedores.

Como muestra de este planteamiento, mediante sentencia de 10 de noviembre de 2016, la Corte Suprema resolvió lo siguiente: “[l]a conducta del deudor se considera fraudulenta cuando era o debía haber sido consciente del perjuicio que el acto podía causar en sus acreedores, pues entiende que es un deber del deudor, conforme a la buena

¹⁹ Por ejemplo, art. 160 de la Ley General de Bancos (DFL Nº 3 de 1997).

²⁰ DE LA MAZA, 2010a, pp. 82 y 83.

fe, conocer la situación de su patrimonio y conocer de su solvencia”²¹. Así, siguiendo un criterio bastante asentado en nuestra jurisprudencia (y en parte de la doctrina nacional)²², se insiste en la calificación del elemento subjetivo como “fraude”, situando en este el punto focal de la acción. Pero aun cuando el artículo 2468 CC advierte que tal elemento reposa en el mero conocimiento del mal estado de los negocios, la sentencia en comento refiere a una conciencia de perjuicio que deslinda, en el ámbito superior, con el dolo, y, en el inferior, con un nivel de culpa con representación que no queda precisado en su texto. De este modo, la sentencia reseñada añade que “en el fraude de acreedores hay que entender por mala fe/fraude, el mero conocimiento o la ignorancia culpable —el haber conocido o haber podido diligentemente conocer—, en el momento de ejecutar el acto de enajenación, del perjuicio causado al acreedor con el específico acto de enajenación, esto es, que dicho acto causaba o agravaba la insolvencia del deudor, no siendo necesario (aunque de darse también conlleva mala fe/fraude) la intención de dañar al acreedor”. Con ello, elevando el estándar previsto por el legislador, la sentencia ha pretendido un acercamiento a la *sciencia damni*²³. En consecuencia, no se exigiría un *animus nocendi* (esto es, la intención directa de perjudicar)²⁴, bastando la representación del resultado perjudicial y la aceptación del mismo al tiempo de realizar el acto impugnado²⁵.

La comprensión del denominado “fraude pauliano” como “el conocimiento por el deudor de que el acto que celebra provoca o agrava su insolvencia”²⁶, no es desconocida en el Derecho comparado, de donde Vargas toma los fundamentos de su posición²⁷. Así, por ejemplo, en el derecho francés, la lacónica expresión de la regla en el artículo 1167

²¹ Corte Suprema, 10.11.2016, rol 17.517-2016.

²² ROMÁN, 2011, p. 696; ABELIUK, 2014, p. 912.

²³ O conciencia del daño que se causa a los acreedores, en los términos expuestos por FUEYO, 1958, p. 381. Al efecto, agrega (p. 382), “[E]n este fraude está incluido, naturalmente, la intención de dañar a los acreedores. Pero no será lo más corriente encontrar esa intención específica. Basta lo que es más frecuente: basta la conciencia y estar causando un daño, pudiendo consistir la intención misma en un beneficio propio o en favor de un tercero, que puede ser incluso otro acreedor”.

²⁴ La configuración del elemento subjetivo por medio de un criterio más intenso, como el *animus nocendi*, también ha sido sostenido por nuestra jurisprudencia cuando elabora la idea del fraude pauliano bajo la idea del “ánimo de perjudicar a los acreedores”. En este sentido, Corte Suprema, 24.5.2016, rol 22.750-2015; Corte Suprema, 31.3.2015, rol 30.917-2014; Corte de Apelaciones de Santiago, 2.1.2015, rol 9392-2014; Corte de Apelaciones de Concepción, 31.3.2017, rol 1727-2016. De modo similar, encontramos referencias a la conducta maliciosa del deudor al ejecutar los actos o al empobrecimiento intencional, como, por ejemplo, en Corte Suprema, 19.10.2017, rol 19.111-2017. En el ámbito doctrinal, la fundamentación en el dolo, como *animus nocendi*, encontramos a FUEYO, 1958, p. 380; TRONCOSO, 2011, p. 231, y, parcialmente (como una especie de dolo o de mala fe), en ABELIUK, 2014, p. 912.

²⁵ Ello, aunque se haya sostenido que la comprobación de la mala fe “requiere una manifestación externa y que puede consistir en conductas directas o en circunstancias en las que el otorgante y adquirente estén involucrados de modo relevante” (Corte de Apelaciones de Concepción, 31.3.2017, rol 1727-2016).

²⁶ VARGAS, 1949, p. 112.

²⁷ VARGAS, 1949, pp. 113-114, la que se resume en la idea de que el conocimiento de la insolvencia constituye una prueba imperfecta del *animus nocendi*, que conformaría el núcleo del fraude pauliano. De tal suerte, siguiendo a PLANIOL y RIPERT, concluye que “la conciencia de estar causando un perjuicio importa la aceptación del mismo y, en cierto modo, la voluntad de causarlo”.

del *Code* original dio lugar a mayores dudas²⁸, situándose el problema en la significación del fraude. Soutonie-Laguionie advertía las vacilaciones jurisprudenciales para definir la intención fraudulenta al deudor, la que, en todo caso, no era puesta en duda en el contexto francés; el problema estaba en su sentido, situándose entre la intención de perjudicar al acreedor o la mera conciencia del perjuicio causado²⁹, incluso distinguiendo si el acto atacado tiene un carácter oneroso o gratuito³⁰. Si bien la tendencia parecía encaminarse a la segunda opción, el cuestionamiento no solo se refería a los mecanismos probatorios para reconocer tal conciencia, acaso lograda por medio de presunciones o deberes implícitos de diligencia, sino porque se requeriría constatar previamente el perjuicio causado por el acto, lo que siendo posterior en el tiempo, envolvería un ejercicio de proyección. De este modo, se podría argumentar que, en tal ejercicio, el deudor debería desplegar diligentemente acciones positivas para evitar el perjuicio que, en razón de la creación o agravación de la insolvencia, podría ocasionarse a sus acreedores.

Por otra parte, el artículo 2901 del *Codice Civile* italiano, expresando los requisitos de procedencia de la acción revocatoria, dispone que el deudor debe conocer el perjuicio que el acto implica para los acreedores (*sciencia damni*) o, tratándose de un acto anterior al nacimiento del crédito, fuese dolosamente preordenado con el fin de perjudicar su satisfacción (*animus nocendi*)³¹. Dejando de lado esta última posibilidad, que será aquella que implica mayor dificultad probatoria, la primera impone una valoración de culpabilidad, similar a la que podría deducirse de la regla francesa, en el sentido que el deudor no ha tenido la diligencia debida para la proyección de los resultados del acto realizado en la posibilidad de satisfacción de sus acreedores, suponiendo el conocimiento de su estado de insolvencia actual, o la que resultaría del perfeccionamiento del acto cuestionado³². Como tal, se trata de un requisito envuelto en un juicio de previsibilidad del daño, pero no se satisface en sí mismo, porque se añade la necesidad de comprobar el conocimiento del perjuicio previsto³³. Y, si este elemento no es factible de conocer, se ha agregado, por equiparación de la culpa grave al dolo, la ignorancia inexcusable de la valoración de

²⁸ MARCADÉ, 1850, p. 406, sostiene que los redactores se contentaron con consagrar el principio de la acción pauliana, sin efectuar desarrollo alguno respecto de su naturaleza y a sus efectos; a lo que ZACHARIÆ, 1842, p. 330, agregaba la necesidad de completar las lagunas dejadas por el *Code* mediante el recurso a sus antecedentes romanos. Las vacilaciones en la interpretación de la regla francesa dieron curso a su reformulación en el actual artículo 1341-2 (conforme con Ordenanza 2016-131, de 2016), que aclara su naturaleza (como acción de inoponibilidad), disponiendo que solo respecto de los actos a título oneroso es necesaria la comprobación del conocimiento del fraude por parte de terceros contratantes.

²⁹ SAUTONIE-LAGUIONIE, 2008, p. 320.

³⁰ SAUTONIE-LAGUIONIE, 2008, p. 321.

³¹ En los otros sistemas, nos indica PALUMBO, 1935, p. 106, la traslación del *concilium fraudis* a una especie de *fraus praeiudicii*, provendría de las conocidas ideas de Baldo (*decocto ergo fraudator*), que fundaron el trato infamante del derecho de la insolvencia. Vid. GOLDENBERG, 2015, p. 24.

³² STOLFI, 1932, p. 355. Esta posición es explicada por VARGAS, 1949, p. 113, sosteniendo que “no es siquiera necesario probar el conocimiento por el deudor de su propia insolvencia, sino que basta que tal hecho haya sido previsible. Así, podría revocarse un acto aunque el deudor ignorara por negligencia su estado de insolvencia, siempre que dicho acto dañara a los acreedores”.

³³ NICOLÒ, 1953, p. 212.

tal perjuicio³⁴. Con ello, fraude y daño se encuentran en directa relación³⁵, igualándose los resultados entre el conocimiento efectivo y la simple posibilidad de conocimiento.

Si esta construcción es posible en nuestro ordenamiento, lo que objetaremos más adelante, podría sostenerse que el deudor siempre debería llevar a cabo el examen de su solvencia al tiempo de la contratación, con el fin de evitar un daño a sus acreedores. Si no lo hiciese, podría configurarse un actuar negligente que ha conducido a la insatisfacción del crédito o, en similar línea de argumentación, no podrían alegar el desconocimiento de la precariedad de su situación patrimonial por ser este inexcusable.

b. El deber de informar la situación de (in)solvencia

Luego, y pensando que el deudor ya tiene conocimiento del estado de sus negocios, la buena fe impondría un deber especial de comunicación, de manera que el deudor debería alertar al acreedor respecto de su situación patrimonial, sea que se encuentre en insolvencia o muy próximo a ella. El fundamento de lo anterior se encontraría en que esa información resultará necesaria para el cumplimiento de las finalidades del contrato y para la satisfacción de los intereses de las partes sobre la base de una indispensable cooperación³⁶. Este deber de cooperación, entendido genéricamente como un “criterio de conducta que se basa en la fidelidad al vínculo contractual y en el empeño en cumplir la legítima expectativa de la otra parte”³⁷, en este caso supondría que la alerta de la situación patrimonial es indispensable para que el acreedor pondere de forma adecuada los riesgos a los que se expone si decide contratar. Así, debido a que a partir de tal información podrá colegir la fortaleza patrimonial del deudor³⁸, aquel podrá decidir romper las negociaciones preliminares, contando para ello con una razón objetiva –no arbitraria³⁹, ilegítima o abusiva⁴⁰–; o, alternativamente, fijar las condiciones particulares del contrato que le ofrezcan una mayor protección (por ejemplo, mediante la contratación de garantías reales o personales).

Siguiendo el diseño propuesto por De la Maza, el citado deber se configuraría de forma atípica en el sentido que no encuentra un reconocimiento expreso por parte del

³⁴ NICOLÒ, 1953, p. 213.

³⁵ PALUMBO, 1935, p. 119.

³⁶ La construcción de la obligación de información, en general, a partir del deber de colaboración existente entre las partes puede observarse en DEMOGUE, 1931, pp. 9 y 10. En nuestro entorno, este deber de cooperación es analizado por SAN MARTÍN, 2009, pp. 135-196, y retomado en SAN MARTÍN, 2012, pp. 553-554.

³⁷ SAN MARTÍN, 2012, p. 553.

³⁸ Como señala SAN MARTÍN, 2009, p. 139, “cuando hablamos de ‘deber de cooperación’ nos referimos a un conjunto de deberes secundarios de conducta que la buena fe impone a deudor y acreedor, a fin que la ejecución de la prestación resulte lo más ventajosa posible para ambos”, empeñándose “en satisfacer íntegramente el interés de la parte acreedora de la prestación” (p. 141), imponiendo, incluso “deberes de información” (p. 142).

³⁹ BARRIENTOS, 2010, p. 50.

⁴⁰ ZULOAGA, 2006, p. 237.

ordenamiento y, en consecuencia, solo podrá deducirse de los parámetros generales de la buena fe objetiva⁴¹. Pero incluso en este caso, si existiese un deber de informar respecto de la situación de insolvencia en la que se encuentra el deudor, ella revestiría particularmente la forma de un “deber de alerta”⁴². Lo anterior implica que dicha comunicación tendrá sentido en la medida en la que exista un verdadero peligro para el acreedor. Sostener lo contrario importaría que, en cada relación contractual, debería acreditarse la situación patrimonial por parte del deudor a efectos de conferir adecuado resguardo a las partes, cuando, en realidad, los fines a satisfacer por medio de un deber de información tenderían a configurar una tutela adecuada a la posibilidad de satisfacción del acreedor. Por ello, el deber de información no se referiría a la solvencia del sujeto, como aspecto positivo, sino a la comunicación de su situación de insolvencia, como elemento negativo, que amerita generar una advertencia.

III. LAS DEFICIENCIAS DE LA ARGUMENTACIÓN ANTERIOR Y SU REFORMULACIÓN A PARTIR DE LA AUTOPROTECCIÓN DEL ACREEDOR

1. *La ineficacia de los mecanismos de tutela derivados de la formulación de la infracción de los deberes de información relativos a la (in)solvencia del deudor*

En primer término, es del caso preguntarse si un comportamiento leal de los sujetos supone necesariamente una indagación previa de la propia solvencia al tiempo de la celebración de toda clase de contratos. Al efecto, un punto de partida consiste en determinar qué entendemos por solvencia para estos efectos, lo que supone una empresa de difíciles resultados en atención a todos los desvaríos que ello ha planteado para la doctrina, nacional y extranjera⁴³, y, especialmente para la jurisprudencia⁴⁴. Sin perjuicio de lo anterior, y para efectos de no entrar en las profundidades de tal debate, creemos que

⁴¹ DE LA MAZA, 2010a, pp. 84 ss.

⁴² Rastros del “deber de alerta” lo encontramos en DEMOGUE, 1931, p. 28. FABRE-MAGNAN. 2014, p. 381, lo reconoce como el deber de dar cuenta a la contraparte “sobre un aspecto negativo del contrato o de la cosa objeto del contrato. Es principalmente un peligro, un riesgo, que debe ser puesto en advertencia de alguien” (traducción propia). Se le designa también como “obligación de previsión”, “deber de guía” o “deber de advertencia”. En nuestro entorno, se han referido a este deber, entre otros, BARROS y RIOSECO, 2015, p. 633, para distinguirlo de la mera información, del consejo y de la recomendación; SAN MARTÍN, 2012, pp. 547-560, en materia de caso fortuito o fuerza mayor; GOLDENBERG, 2018, pp. 27 y 28, para diferenciarlo del deber de asesoramiento. En un trabajo aún no publicado, la profesora Patricia López Díaz se refirió a esta categoría en su ponencia presentada en las XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas en octubre del 2018 por la Universidad de Chile en la ciudad de Coquimbo.

⁴³ ALEMÁN, 2010.

⁴⁴ Por ejemplo, en Corte Suprema, 10.9.1984, se expresó que la insolvencia estaba dada por la incapacidad para el pago de las deudas, independientemente de que su activo pueda ser superior a su pasivo; criterio que se mantiene en Corte de Apelaciones de Concepción, 8.10.2010, rol 496-2010. Al contrario, en Corte Suprema, 17.8.2011, rol 828-2010, se sostuvo que la insolvencia es “el estado en que se encuentra el patrimonio de una persona cuando el pasivo es superior al activo, de suerte que ella queda imposibilitada

la articulación de un deber como el propuesto importaría utilizar un concepto funcional de insolvencia, verificando la tutela que realmente se desea conceder al acreedor. En este sentido, este deber se justificaría para evitar el perjuicio que al acreedor le puede significar la pérdida del crédito, y, con ello, sostener que la insolvencia dará cuenta de una situación patrimonial que pone en evidente riesgo la pretensión satisfactoria del acreedor.

Así, al tiempo de provocar un examen del deudor respecto de su situación patrimonial, este solo se encausa en la insolvencia actual, lo que supone un deber de conocer el buen o mal estado de los negocios al momento de contratar. Con ello, el ejercicio no envuelve una proyección del estado futuro del patrimonio, sino la constatación de una circunstancia de hecho que impone su fortaleza o debilidad para dar correcta cobertura a sus obligaciones. No obstante, el deber sí incorporaría un elemento de proyección, que no se conectaría con la situación patrimonial actual, ya cristalizada para efectos del análisis, sino que se desenvolvería en el eventual impacto que tendría en esta la celebración del contrato aún en fase de negociación. Visto de este modo, el planteamiento tan general de esta suerte de deberes desatiende las dificultades que impone este ejercicio. Salvo en los casos en los que una situación de debilidad sea evidente, suponer que todo sujeto está en posición de efectuar un análisis financiero de su propia situación patrimonial puede parecer desmedido, desconociendo incluso el carácter técnico que suele fijarse para ponderar la propia existencia del deber.

Adicionalmente, aun cuando la línea de argumentación presentada en la sección II precedente pueda aparecer seductora, el cuestionamiento se produce en torno a la eficacia de las consecuencias civiles derivadas de la infracción de esta suerte de deberes de información. Lo anterior, no para negar rotundamente su existencia, sino para observar la debilidad de la protección que ellas tendrían para el acreedor⁴⁵. Si, por una parte, su infracción importase un supuesto de reticencia, o, al menos, un error para el acreedor, la solución de la nulidad relativa implicaría la necesaria restitución de aquello que recibió en virtud del contrato, atendiendo a las reglas de las prestaciones mutuas (artículos 1682 y 1687 CC). Si, por la otra, la infracción activase la responsabilidad civil, se obtendría un crédito dinerario para efectos del resarcimiento de los perjuicios. Pero en uno y otro caso, no debemos olvidar que la acción se justificaría en la insolvencia del deudor, y que, para valorar su procedencia, ella debería permanecer al tiempo de su ejercicio. De ello se desprende una escasa posibilidad de recuperación del crédito, especialmente si se tiene a la vista su carácter valista, haciendo inciertas sus posibilidades de cobro en sede concursal⁴⁶. Es por esto por lo que hemos dicho que, ante estos eventos, el código

de pagar sus deudas”, conservándose dicha noción en Corte Suprema, 23.1.2014, rol 9010-2013, y en Corte Suprema, 7.04.2014, rol 9432-2013.

⁴⁵ Con ello se quiere indicar que es conceptualmente posible el ejercicio de la acción de nulidad, por ejemplo, en caso que el acreedor haya consultado acerca de la solvencia del deudor y este haya omitido información relevante o haya mentado en relación con su situación patrimonial. El problema, por tanto, no se refiere a la procedencia de la acción, sino a su utilidad como resguardo efectivo para el acreedor.

⁴⁶ En el contexto de la legislación vigente, menores esperanzas podrán advertirse, ahí donde la LRLAEP dispone que, al término de los procedimientos de liquidación, se producirá la extinción de los saldos insolutos (artículo 255 LRLAEP). Del particular, *vid.* CABALLERO, 2017.

no estructura soluciones que busquen una respuesta en el patrimonio insolvente, sino, de ser posible, atender a un uno diverso en el que sí pueda optar por la recuperación.

Por su parte, si la solución se enfoca desde la posibilidad de adaptación del contrato, fundado en el *favor contractus*⁴⁷, supondríamos que una información errada acerca de la situación patrimonial del deudor ha posibilitado una incorrecta organización de los intereses de las partes⁴⁸. No obstante, si es que fuese posible ampliar su aplicación a campos más allá de la lesión enorme⁴⁹, este también resultará ineficaz o impertinente para el caso que tratamos. Si se admitiese una fórmula que pretenda un reequilibrio contractual, en el escenario que proponemos, ella podría conseguirse de dos modos: por medio de un aumento en la tasa de interés en razón del mayor riesgo asumido y erradamente apreciado por el acreedor, caso en que el problema se encontrará en que nuevamente estaremos ante un crédito dinerario (los intereses), que, con motivo de la insolvencia del deudor, correrá similar suerte que el capital adeudado; o, mediante la constitución de garantías reales o personales para asegurar el cumplimiento de la obligación. En el primer caso, el problema se centrará en el riesgo de revocación de las cauciones otorgadas para asegurar obligaciones preexistentes (artículos 287.I.3 y 290.I.3 LRLAEP), mientras, en el segundo, el remedio requeriría de la concurrencia de la voluntad de un tercero garante, lo que en nuestro sistema solo parece exigible al deudor en la medida en la que se tratase de una insolvencia sobreviniente (artículo 2348.2 CC).

2. *La errónea formulación del elemento subjetivo de la acción pauliana*

Al tiempo en que la construcción de un deber de calificación de la propia solvencia descansaría en el comportamiento esperable del deudor, y que este podría deducirse de la comprensión del denominado “fraude pauliano”, nuestro interés es explicar, por una parte, que su interpretación tradicional ha supuesto su incardinación en un juicio de imputación que no parece propio de su estructura revocatoria; y, por la otra, destacar que el amplio ámbito de aplicación de la acción pauliana, no solo protectora de los créditos de fuente contractual, es indiciario de que su formulación no puede reposar en criterios de buena fe objetiva que sirvan como elemento integrador del contrato.

a. *La culpa como elemento ajeno al sistema revocatorio de la acción pauliana*

Es importante aclarar que el primer problema de la formulación habitual del elemento subjetivo de la acción pauliana es que el texto del artículo 2468 CC no utiliza explícitamente la noción de fraude⁵⁰, y si acaso fuere posible entender que la mala fe a la que se refieren sus primeros dos numerales pudiesen ser indiciarios de una intención

⁴⁷ LÓPEZ, 2017, pp. 11, 31.

⁴⁸ MORALES MORENO, 2011, p. 413; LÓPEZ, 2017, p. 35.

⁴⁹ LÓPEZ, 2017, pp. 23, 110.

⁵⁰ Como sí se advierte, en un contexto similar, en los artículos 803, 1568.3 3 y 1617.4 CC.

fraudulenta, lo cierto es que tal conclusión resulta imprecisa si se observa que el Código tuvo la precaución de evitar el debate, limitando el elemento subjetivo al simple conocimiento del mal estado de los negocios⁵¹. En este extremo, se advierte una toma de posición que no se aprecia en el *Code*, ni en otros ordenamientos que siguieron su modelo, observando el *consilium fraudis* desde su connotación clásica, como mera *sciencia de l'insolvencia*⁵², y no como *sciencia damni* ni menos como *animus nocendi*⁵³.

Adicionalmente, la construcción objeto de crítica contempla igual falla argumental que la anticipada en el contexto francés, al tratar de la *sciencia damni*. Aquí el problema es que el perjuicio, entendido como la lesión al derecho de crédito por el compromiso que el acto acarrea en su posibilidad de satisfacción, solo será conocido en un momento posterior a su realización, por lo que la fórmula no debe ser la conciencia del perjuicio *causado*, sino la conciencia del perjuicio que *se puede causar* a los acreedores a consecuencia de la celebración del acto impugnado. Y, con ello, el punto se dificulta al fundarse en el expediente de la negligencia, que parece más propio de un modelo de responsabilidad que de un mecanismo de revocación, ya que puede importar una doble objeción escalonada: el deudor sería culpable por haber desestimado el perjuicio que el acto pudo implicar en la posibilidad de cobro de los acreedores, pero también sería culpable por ignorar su situación patrimonial, y, por tanto, la posibilidad de anticipar dicho perjuicio.

Sin embargo, llama la atención la incorporación de la idea de una “ignorancia culpable” o la posibilidad de haber “podido diligentemente” conocer los resultados del acto por parte de quienes concurrieron al mismo, de ser oneroso, o, al menos, del deudor, de ser gratuito⁵⁴. El punto debe ser destacado porque este esboza un nivel de negligencia

⁵¹ En este sentido, SANDOVAL, 2014, p. 260, afirmando que “no se exige acreditar la mala fe o el dolo, en tanto la intención positiva de perjudicar, como se entiende en el derecho común”. De modo más difuso, PUGA, 2014, p. 452, al sostener que la “exigencia de saber de la situación patrimonial del deudor importa una presunción de negligencia o dolo (directo o eventual) de parte de los celebrantes, lo que representa una concepción novedosa de parte de Andrés Bello, un avance hacia su objetivación”; y ROMÁN, 2011, p. 697, al afirmar que el elemento subjetivo “reside en el conocimiento del mal estado de los negocios por el mismo deudor. De manera que la expresión “mala fe” se constituye en el núcleo del fraude y siendo un elemento subjetivo, la legislación ha creado una presunción respecto de dicha subjetividad de actuar de mala fe”.

⁵² PALUMBO, 1935, p. 120.

⁵³ No obstante, no se trataba este de un aspecto del todo novedoso en la época de la codificación. Por una parte, la noción de fraude como conocimiento del mal estado de los negocios ya había sido advertida como una forma interpretativa del “fraude” del artículo 1167 del *Code* (*vid.* TOULLIER, 1821, p. 318; MARCADÉ, 1850, p. 406; LAURENT, 1878, p. 507). Por otra, especial atención debe prestarse al Código Sardo (1837, en vigor desde 1838), al que Bello tuvo acceso mediante las Concordancias de Saint Joseph, por cuanto se trata del primer texto que, aunque tomara los antecedentes del *Code*, distinguió entre actos a título gratuito y a título oneroso (artículo 1258), como en el caso chileno. También debe observarse el Código de Comercio de Cerdeña (1842), no solo porque es el único que hace referencia a la anticresis (artículo 481), como la regla patria, sino también porque establece el requisito subjetivo en el conocimiento de la cesación de pagos del deudor (artículo 482), término que, para estos efectos, debe entenderse como coincidente a la insolvencia y, como tal, presupuesto objetivo del *fallimento* (artículo 468).

⁵⁴ Al efecto, en este punto es admisible traer a la mente las ideas de Alessandri, al sostener que la acción pauliana pretendería reaccionar ante un acto ilícito que constituye un verdadero delito civil (ALESSANDRI, 1939, p. 207). Lo anterior fue considerado por la Corte de Apelaciones de Concepción, 31.3.2017,

en la conducta del respectivo sujeto que, en el caso específico, no sopesa de forma adecuada las consecuencias económicas de sus actos. En similar sentido, pero sustentando ahora tal afirmación en la responsabilidad de todo quien contrae una obligación, nuestra Corte Suprema ha señalado que el deudor “también sabrá del efecto que traerá aparejado el debilitamiento en su posición económica por cada acto de disposición que realice”⁵⁵.

Dicha forma de razonar debería alertarnos que el ordenamiento jurídico tendría una expectativa razonable de que las partes se cercioren diligente y adecuadamente de todos los extremos relevantes al tiempo de llevar a cabo un cierto acto de contenido económico, en particular, en lo que pueda referirse al eventual desequilibrio que de él puede resultar. Aquí, y a causa de la estructura de la acción pauliana, el desequilibrio se encuentra reconducido al extremo de la insolvencia (aun cuando la norma no refiere a ella, sino al mal estado de los negocios)⁵⁶, bajo la necesidad de configurar las razones del perjuicio que ameritarían la revocación del acto con el objetivo de proteger el crédito de sus acreedores⁵⁷. De este modo, la reconducción asumiría que, para efectos de prosperar la acción, es necesario que el acto resulte efectivamente perjudicial (*eventus damni*) y que este daño haya podido ser anticipado por el deudor o por este y el tercero contratante, según sea el caso.

Para estos efectos, de nuevo debemos volver a la idea de que el comportamiento leal supone, en este extremo, conocer la propia situación patrimonial. Sin embargo, afirmamos que la reconducción a la buena fe objetiva como parámetro de conducta resulta insuficiente para la justificación de la acción pauliana. Tal argumentación daría cuenta de una confusión entre la buena fe objetiva y subjetiva, ya que aquella configuraría un deber de conducta que impactaría en la calificación del elemento subjetivo de la acción. Si ello fuese de este modo, la acreditación del conocimiento del mal estado de los negocios, al menos, por parte del deudor, sería innecesaria como presupuesto de la acción, en la medida en que, incluso de haber desconocido tal circunstancia, aquel hubiese infringido un deber de conducta que, impuesto por la buena fe, lo obligaba a declarar aquello que debió haber conocido. En otros términos, si el deudor ejecuta el acto sin conocer el estado de su patrimonio, debiendo conocerlo, de nada importa si ha proyectado o no los resultados del negocio en el ámbito de su responsabilidad patrimonial con sus acreedores, porque esa proyección derivaría del conocimiento que, negligentemente, le ha faltado. Así, bastaría el perjuicio a los acreedores para la revocación del acto⁵⁸.

rol 1727-2016, debe partir de la base que asigna a la acción pauliana la naturaleza de una acción especial de responsabilidad civil.

⁵⁵ Corte Suprema, 28.5.2015, rol 24.381-2014.

⁵⁶ Más allá de las dificultades históricas para la definición de la insolvencia, una reconducción que resulta alineada a los fines de la acción paulina es aquella en que se indica que ella pretende la revocación de los actos del deudor que “disminuya su patrimonio en términos tales que la posibilidad del acreedor para satisfacer su acreencia se torne prácticamente imposible” (Corte Suprema, 23.11.2012, rol 3397-2011).

⁵⁷ En este sentido, Corte Suprema, 30.3.2016, rol 9988-2015.

⁵⁸ Acerca de este particular, ver SEVERIN y CARVAJAL, 2016, pp. 807-809.

Constatado el hecho que parece incuestionado que el ejercicio de la acción pauliana requiere de un elemento subjetivo, cualquiera sea este, el mentado deber conduciría a su negación, y, por tanto, su formulación debe ser desestimada. Como ya indicaba Toullier, “el deudor puede tener deudas que no conoce, y estar insolvente sin saberlo. Los actos que son realizados en todos estos casos no pueden ser considerados como fraudulentos, y no pueden ser atacados, a pesar de que implicar su insolvencia y la pérdida de sus acreedores”⁵⁹.

b. El ámbito de aplicación de la acción pauliana

Un último punto destacable es que la referencia a la buena fe objetiva en este ámbito podría tener alguna cabida en el contexto de las relaciones contractuales, en las que ella se comporta un elemento de integración del contrato, desplegándose, incluso, en fase precontractual⁶⁰. Pero el ejercicio de la acción pauliana no circunscribe su legitimación activa a los titulares de créditos de origen contractual, siendo indistinta su fuente⁶¹, solo requiriendo que el nacimiento del crédito tenga una fecha anterior a la del acto impugnado⁶². Lo anterior importa, en lo que nos interesa, que el deber de calificar la propia solvencia al que antes hemos hecho referencia se desplegaría al tiempo en que el individuo (que posee la calidad de deudor de cualquier clase de obligaciones) lleva a cabo cualquier acto, especialmente de disposición, que pudiese conllevar una incidencia negativa en su patrimonio. Se trataría, en consecuencia, más que un deber de lealtad que emana del vínculo contractual, o de la fase preparatoria del mismo, de uno que debería formularse respecto de todo crédito, con independencia de su fuente.

En todo caso, la cuestión se ha analizado desde una perspectiva un tanto diversa, estableciendo un deber que emana de la imperatividad de la regla obligatoria, que provoca la sujeción de su patrimonio al cumplimiento de la obligación. Con ello, se quiere indicar que la responsabilidad patrimonial se observa como una relación en la que, desde su perspectiva pasiva, supone una sujeción, y, desde la activa, una situación subjetiva que permite al acreedor utilizar ciertas medidas, sustantivas y procesales, enfocadas en garantizar la satisfacción de su interés⁶³. De este modo, más allá de buscar el contexto de aplicación de la acción, como medio de tutela del crédito⁶⁴, o, como mecanismo auxiliar, se pretendería incardinarla en uno de los elementos en el que, al menos didácticamente, la obligación se divide: la deuda (*Schuld*) o la responsabilidad (*Haftung*)⁶⁵. Para estos efectos deberá indicarse que la responsabilidad patrimonial universal no despliega su utilidad solo desde el momento del incumplimiento de la obligación, como soporte de

⁵⁹ TOULLIER, 1821, p. 319 (traducción del autor). En similar sentido, DEMOLOMBE, 1868, p. 303.

⁶⁰ BOETSCH, 2011, p. 119.

⁶¹ RIPERT, 1949, p. 306.

⁶² En este sentido, Corte Suprema, 27.9.2017, rol 30374-2017, al permitir el ejercicio de la acción pauliana respecto de una obligación por responsabilidad extracontractual.

⁶³ MIGLIACCIO, 2012, p. 19.

⁶⁴ ROJAS, 2012, p. 3.

⁶⁵ FUEYO, 2004, pp. 34-40; DÍEZ-PICAZO, 2008, pp. 77-79.

la acción ejecutiva, sino que la solvencia del deudor debe ser tutelada desde su creación⁶⁶. Conforme con ella, el deber del deudor se instala también en la mantención de la estabilidad de dicho patrimonio, configurándose la acción pauliana desde la óptica de un deber de abstención⁶⁷, esto es, de no efectuar actos que terminen por socavar su solvencia, haciendo inoperante la regla de responsabilidad. Por ello, nos indicaba Ripert, el estudio de la acción pauliana se sitúa en el análisis de los deberes del deudor respecto de sus acreedores, de modo que su sola existencia comprueba que la obligación no solo comporta una vinculación de patrimonios, sino que tras ella siempre existen personas, donde el deudor tiene un deber, jurídico y moral, de cumplimiento⁶⁸.

De lo anterior es admisible deducir que el hecho de que la sola creación de la obligación no resta la capacidad de disposición del deudor, no puede significar el desconocimiento del vínculo obligatorio y de la legítima pretensión del acreedor de obtener su cumplimiento. De ello se puede deducir que la finalidad última de la acción pauliana consiste en evitar la realización de actos que puedan hacer imposible o, al menos, comprometan tal ejecución⁶⁹. Pero, a nuestro juicio, esta circunstancia no es resultado de un deber de lealtad, como expresión de la buena fe, sino de la propia construcción del sentido y finalidades del vínculo obligatorio. Por ello, no requiere de una resignificación a partir de la relación contractual, la que ciertamente puede faltar, ni es necesaria su configuración sobre las bases de un deber complementario o secundario que moldee ciertas conductas exigibles que permitan la correcta operatoria del contrato para la satisfacción de los intereses de las partes⁷⁰. Conforme con lo anterior, resultaría indistinta la causa de la obligación o, incluso, la finalidad típica del contrato, ya que cualquier obligación personal da curso a la operatoria del principio de responsabilidad personal y, en consecuencia, la solvencia terminará siendo el resguardo último en que reposa la confianza institucionalizada que pretende el amparo del crédito.

3. *Bases para una reordenación a partir de la idea de la autorresponsabilidad del acreedor*

En lo que respecto del estudio de los deberes precontractuales de información, siempre debe tenerse a la vista la circunstancia de que estos quedan sujetos a los límites que propone, por ejemplo, el principio de autorresponsabilidad⁷¹. Este significa, como explica De la Maza, que “cada persona debe negociar sus contratos con diligencia, protegiendo sus propios intereses y, por tanto, procurándose la información relevante para tomar la decisión de contratar”⁷². De lo anterior se deduce que, a pesar de los criterios cada vez más expansivos de la buena fe objetiva en la fijación de deberes secundarios

⁶⁶ ROJAS, 2012, p. 18.

⁶⁷ SAUTONIE-LAGUIONIE, 2008, p. 84.

⁶⁸ RIPERT, 1949, p. 306.

⁶⁹ SAUTONIE-LAGUIONIE, 2008, p. 85.

⁷⁰ BOETSCH, 2011, p. 116.

⁷¹ Para una idea de autorresponsabilidad, BETTI, pp. 124-126.

⁷² DE LA MAZA, 2010b, p. 26.

de conducta, siempre quedan espacios en los que podemos construir una carga para proveerse de la información necesaria para la satisfacción de los intereses contractuales. En el caso que nos interesa, la información concerniente a la solvencia del deudor podrá obtenerse de ciertos datos objetivos (por ejemplo, los que se desprenden del nivel de activos, pasivos e ingresos del deudor), o de aquellos que pueden obtenerse a partir de bases generales, como las que proporcionan los *bureau* de créditos (en Chile, especialmente, DICOM), lo que resulta especialmente cierto de parte de aquellos acreedores que hacen del crédito su negocio habitual (*v.gr.*, bancos, *retail*, etc.). Particularmente en estos supuestos, parece que la ignorancia respecto de la situación patrimonial del deudor resulta particularmente inexcusable, si se considera que, incluso, algunos de ellos gozan de un acceso más o menos consolidado de información crediticia⁷³, o, al menos, ante una situación de incertidumbre, se encuentran en posición para exigir el otorgamiento de garantías que limiten sus riesgos.

Por ello, bien podemos cuestionarnos si es correcto suponer que la ponderación y comunicación de la propia solvencia puede expresarse como deber del deudor, o si hay circunstancias, especialmente donde existe un desequilibrio técnico entre las partes, en que puede parecer más coherente formularlo como una carga informativa del acreedor⁷⁴. Por ejemplo, en el contexto internacional, los contornos del “préstamo responsable” suponen un comportamiento diligente de las entidades financieras, asegurándose que el deudor goza efectivamente de capacidad de pago. De tal suerte, el establecimiento de obligaciones de evaluación de la solvencia del deudor no se plantea ya solo como un modo de asegurar la estabilidad de la banca⁷⁵, sino como núcleo de protección del consumidor⁷⁶, lo que, a nuestro juicio, es igualmente sostenible respecto de cualquier deudor que, sin tener capacidades o conocimientos financieros suficientes, contrate con quien sí las posee: una correcta asignación del riesgo de insolvencia, al menos desde la perspectiva de la eficiencia, debe efectuarse a quien se encuentra en una mejor posición para ponderarlo.

Finalmente, no puede dejar de anotarse que, el contexto general de la insolvencia, la conducta esperable del acreedor parece configurarse preferentemente a partir de esta idea de diligencia, no solo en lo que refiere a la información necesaria, sino a la reacción frente a la posibilidad de pérdida del crédito. De este modo, como explica San Martín precisamente a partir de la idea de la “carga de diligencia”, la inacción frente a la eventual

⁷³ Decretos N° 950 (1928) y N° 1971 (1945) del Ministerio de Hacienda, artículo 14 de la Ley General de Bancos y Capítulos 18-5 y 20-6 de la Recopilación Actualizada de Normas de la SBIF.

⁷⁴ El punto, sin embargo, puede presentarse de manera inversa si el acreedor es quien se encuentra en una posición técnica desmejorada, como el caso de un inversionista menor que adquiere documentos representativos de deuda de una empresa, confiando en su aparente solvencia.

⁷⁵ En Chile, *vid.* Capítulo B-1 del Compendio de Normas Contables de la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras.

⁷⁶ ÁLVAREZ OLALLA, 2017, p. 732. En el contexto norteamericano, estos deberes se proyectan sobre la base de evitar el comportamiento abusivo del proveedor del crédito (*Dodd-Frank Wall Street Reform and Consumer Protection Act*). En el ámbito europeo tal obligación aparece establecida en la Directiva 2008/48/CE, bajo la idea de que “los prestamistas deben tener la responsabilidad de controlar individualmente la solvencia del consumidor”.

insolvencia del deudor termina por disminuir o eliminar la garantía del acreedor, como se refleja en nuestro sistema en la regulación de la excusión en el contrato de fianza (artículos 2356 y 2365 CC)⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES

La conformación del Derecho de crédito se articula sobre la base de la protección de este a fin de lograr con ello el impulso económico y el desarrollo nacional. De ahí que la lógica del Código Civil plantee un tratamiento favorable a la posición del acreedor, donde el deudor, si es que acaso resulta favorecido, obtiene ventajas para poder aliviar la liberación producto del pago de la deuda. Ahora bien, la intensidad de dicha protección se articula en torno a la necesaria confianza que debe sustentar el sistema, confianza de pago que no se basa en la mera expectativa del acreedor, sino en un diseño institucional que conceda correcta cobertura.

En dicho contexto, y debido a que la insolvencia actual del deudor puede provocar la pérdida del crédito, se ha entendido que, sobre la base de la buena fe, es posible dar cuenta de ciertos niveles de diligencia en el deudor, los que lo llevarían a ponderar su situación patrimonial al tiempo de contratar; como también deberes atípicos de información, en los que aquel debe poner en alerta al acreedor de los riesgos que importaría la generación de un crédito en tal circunstancia. Sin embargo, creemos que ello envuelve una incorrecta lectura del ordenamiento, porque la insolvencia importará la imposibilidad de lograr una correcta protección del deudor en el patrimonio del deudor insolvente, considerando especialmente que el mal estado de sus negocios provocará el desvanecimiento del crédito ante cualquier medio de cobro. Con ello, formulaciones que conllevan la configuración de vicios del consentimiento o de indemnizaciones de perjuicios, si bien podrían ser correctamente articuladas sobre las bases antes señaladas, resultan ineficaces, ante la evidencia de un patrimonio ya deteriorado.

Lo mismo se puede observar desde la lógica de la acción pauliana, toda vez que, a pesar de una línea jurisprudencial que evoca los deberes antes indicados a partir de la buena fe, yerra el punto al sostener un planteamiento equívoco de su requisito subjetivo. Basado en ideas foráneas que no resultan aplicables en nuestro contexto, se omite que, en lugar de una *sciencia damni* o un *animus nocendi*, el artículo 2468 CC se satisface con el solo conocimiento del mal estado de los negocios del deudor. Con ello, cabrá sostener que, si dicho extremo no logra ser acreditado, mal podría sostenerse un deber de diligencia del deudor en ponderar su propia situación patrimonial al tiempo de contratar. Si así fuese, el requisito quedaría completamente privado de efectividad.

De todo lo anterior es posible concluir que es el acreedor quien debe desplegar conductas de autoprotección al momento de contratar, al tiempo que el ordenamiento civil solo de manera muy excepcional arbitrará medidas de tutela ante la insolvencia

⁷⁷ SAN MARTÍN, 2012, pp. 329-342.

actual, ahí donde pueda encontrar a un tercero a quien hacer extensiva la obligación de pago. Fuera de ellos, deberá indagar el estado de los negocios del deudor para efectos de no enfrentarse, tarde o temprano, a la pérdida del crédito.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, 2014: *Las obligaciones*, Santiago: Thomson Reuters / Legal Publishing.
- ALEMÁN MONTERREAL, Ana, 2010: *La insolvencia. Una cuestión de terminología jurídica*, Santiago de Compostela: Tórculo Ediciones.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 1939: *Derecho Civil. Segundo año, Primera parte, Teoría de las Obligaciones*, tercera edición corregida, Santiago: Librería y Editorial Zamorano y Caperán.
- ÁLVAREZ OLALLA, Pilar, 2017: “La obligación de evaluar la solvencia y su incumplimiento”, en Matilde Cuenca (dir.), *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Cizur Menor: Thomson Reuters Aranzadi, pp. 725-810.
- BARRIENTOS GRANDÓN, Javier, 2015: *Historia del Código de Comercio de la República de Chile. Sobre la cultura a través de un libro*, Santiago: Producciones Gráficas Limitada.
- BARRIENTOS ZAMORANO, Marcelo, 2010: *Daños y deberes en las tratativas preliminares de un contrato*, Santiago: Legalpublishing.
- BARROS BOURIE, Enrique, RIOSECO LÓPEZ, Andrés, 2015: “Responsabilidad de quien da un mal consejo”, en Álvaro Vidal, Gonzalo Severín y Claudia Mejías (editores), *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago: Thomson Reuters La Ley, pp. 633-651.
- BETTI, Emilio, 1930: *Teoría general del negocio jurídico* (trad. A. Martín), Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- BOETSCH GILLET, Cristián, 2011: *La buena fe contractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- CABALLERO GERMAÍN, Guillermo, 2017: “La exclusión de un crédito del procedimiento concursal de una empresa deudora”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 29, pp. 347-361.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, 2010a: “Tipicidad y atipicidad de los deberes precontractuales de información”, *Revista de Derecho (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso)*, XXXIV, pp. 75-99.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, 2010b: *Los límites del deber precontractual de información*, Cizur Menor: Civitas Thomson Reuters.
- DEMOGUE, René, 1931: *Traité des obligations en général. II. Effets des Obligations*, Tomo VI, París: Librairie Arthur Rousseau.
- DEMOLOMBE, C., 1868: *Cours de Code Civil*, Tomo XII, Bruselas : J. Stienon, Éditeur.
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 2008: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, sexta edición, Cizur Menor: Thomson Civitas.
- FABRE-MAGNAN, Muriel, 2014: *De l'obligation d'information dans les contrats. Essai d'une théorie*, París: LGDJ.
- FUEYO LANERI, Fernando, 1958: *Derecho civil. De Las Obligaciones*. Tomo IV, Vol. I, Valparaíso / Santiago: Imp. y Lito. Universo S.A.
- FUEYO LANERI, Fernando, 2004: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, tercera edición actualizada por el profesor Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: *La visión privatista del Derecho concursal*, Santiago: Thomson Reuters.
- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2017: “La responsabilidad patrimonial universal y el sobreendeudamiento de la persona deudora”, en Hernán Corral y Pablo Manterola (editores), *Estudios de Derecho Civil XII*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 239-255.

- GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2018: "Los contornos del deber de consejo como expresión de la colaboración y como técnica de protección", *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, Nº 244, pp. 9-41.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro, 2014: "El concepto de crédito en el Derecho chileno", *Revista de Derecho (Universidad Católica del Norte)*, Año 21, Nº 2, pp. 439-452.
- HAURIOU, Maurice, 1910: *Principes de Droit publique*, París: Librairie de la Société du Recueil J.-B. Sirey & du Journal de Palais.
- LAURENT, F., 1878: *Principes de Droit français*, Tomo XVI, tercera edición, Bruselas / París: Bruylant-Christophe & Cie, Éditeurs / Librairie A, Marescq, Ainé.
- LESTAPIS, Pierre de, 1941: *La notion juridique de crédit. Etude de Droit civil français*, París, Librairie Générale de Droit & de Jurisprudence.
- LEVY, Jean-Philippe y CASTALDO, André, 2002: *Histoire du droit civil*, París: Dalloz.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia, 2017: "La tutela precontractual y contractual del acreedor en el Código Civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos, pero, ¿plenamente coherentes y convergentes?", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 29, pp. 9-98.
- LÓPEZ SANTA MARÍA, Jorge, 2010: *Los contratos. Parte general*, quinta edición actualizada por Fabián Elorriaga de Bonis, Santiago: Legal Publishing / Thomson Reuters.
- MARCADÉ, V., 1850: *Cours élémentaire de Droit Civil français*, cuarta edición, Tomo IV, París: Librairie de Jurisprudence de Cotillon.
- MIGLIACCIO, Emanuela, 2012: *La responsabilità patrimoniale. Profili di sistema*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- MORALES MORENO, Antonio Manuel, 2011: "¿Es posible construir un sistema precontractual de remedios? Reflexiones sobre la propuesta de modernización del derecho de obligaciones y contratos en el marco del Derecho europeo", en Klaus Jochen Albiez Dohrmann (dir.), *Derecho privado europeo y modernización del Derecho contractual en España*: Barcelona, Atelier, pp. 400-422.
- NICOLÒ, Rosario, 1953: "*Dei mezzi di conservazione della garanzia patrimoniale*", en *Comentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca, Libro sesto, Tutela dei Diritti (art. 2900-2969)*, Bologna / Roma: Nicola Zanichelli Editore / Soc. Ed. Del Foro Italiano, pp. 1-271.
- PARAISO, Fall, 2011: *Le risque d'inexécution de l'obligation contractuelle*, Aix-en-Provence: Presses Universitaires d'Aix-Marseille.
- PALUMBO, Filippo, 1935: *L'actio pauliana nel Diritto romano e nel Diritto vigente*, Nápoles: Alberto Morano Editore.
- PUGA VIAL, Juan Esteban, 2014: *Derecho concursal. Del procedimiento concursal de Liquidación*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RIPERT, Georges, 1936: *Le régime démocratique et le Droit civil moderne*, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- RIPERT, Georges, 1949: *La règle morale dans les obligations civiles*, quinta edición, París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence.
- ROJAS ELGUETA, Giacomo, 2012: *Autonomia privata e responsabilità patrimoniale del debitore*, Milán: Giuffrè Editore.
- ROMAN RODRÍGUEZ, Juan Pablo, 2011: *Instituciones de Derecho concursal*, Santiago: Abeledo Perrot / Thomson Reuters.
- SAUTONIE-LAGOUIONIE, Laura, 2008: *La fraude paulienne*, París: LGDJ.
- SANDOVAL LÓPEZ, Ricardo, 2014: *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, 2009: "Sobre la naturaleza jurídica de la 'cooperación' del acreedor el cumplimiento de la obligación: la posición dinámica del acreedor en la relación

- obligatoria, como sujeto no solo de derechos sino también de cargas y deberes”, *Revista de Derecho (Universidad de Concepción)*, N^{os} 225-226, pp. 135-196.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian, 2012: “El deber de aviso ante la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor: ¿tiene aplicación en Chile?”, en Fabián Elorriaga (coordinador), *Estudios de Derecho Civil VII*, Santiago: Abeledo Perrot LegalPublishing, pp. 547-560.
- SAVATIER, René, 1964: *Les métamorphoses économiques et sociales du droit civil d'aujourd'hui*, tercera edición, París: Dalloz.
- SEVERIN FUSTER, Gonzalo y CARVAJAL ARENAS, Lorena, 2016: “La acción pauliana civil en el procedimiento concursal. A propósito de la regulación de las acciones revocatorias en la Ley N° 20.720”, en *Estudios de Derecho Civil XI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Concepción 2015*, Santiago: Thomson Reuters La Ley, pp. 803-815.
- STOLFI, Nicola, 1932: *Diritto Civile, Vol. III. Le obbligazioni in generale*, Turín: Unione Tipografico-Editrice Torinese.
- TOULLIER, C.M.B., 1821: *Le droit civil français suivant l'ordre du Code*, Tomo IV, Bruselas: Stapleaux, Imprimeur-Libraire du Roi et de S.A.R. le Prince d'Orange.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán, 2011: *De las obligaciones*, séptima edición actualizada, Santiago: Legalpublishing / Thomson Reuters.
- VARGAS VARGAS, Manuel, 1949: *Tratado de la acción pauliana concursal*, Vol. I, Santiago: Ediar Editores Limitada.
- WARNOTTE, D., 1927: *Les origines sociologiques de l'obligation contractuelle*, Bruselas, Maurice Lamertin, Librairie-éditeur.
- ZACHARIÆ, C.-S., 1842: *Cours de Droit civil français*, Tomo I, segunda edición revisada y aumentada por Aubry y Rau, Bruselas, Société Belge de Librairie.
- ZULOAGA RÍOS, Isabel Margarita, 2006: *Teoría de la responsabilidad precontractual*, Santiago: LexisNexis.

Jurisprudencia citada

- CORTE Suprema, sentencia de 10 de septiembre de 1984, sin rol (pero, MJJ5425).
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 8 de octubre de 2010, rol 496-2010.
- CORTE Suprema, sentencia de 17 de agosto de 2011, rol 828-2010.
- CORTE Suprema, sentencia de 23 de noviembre de 2012, rol 3397-2011.
- CORTE Suprema, sentencia de 23 de enero de 2014, rol 9010-2013.
- CORTE Suprema, sentencia de 7 de abril de 2014, rol 9432-2013.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 2 de enero de 2015, rol 9392-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 31 de marzo de 2015, rol 30.917-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 28 de mayo de 2015, rol 24.381-2014.
- CORTE Suprema, sentencia de 30 de marzo de 2016, rol 9988-2015.
- CORTE Suprema, sentencia de 10 de noviembre de 2016, rol 17.517-2016.
- CORTE Suprema, sentencia de 24 de mayo de 2016, rol 22.750-2015.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia de 31 de marzo de 2017, rol 1727-2016.
- CORTE Suprema, sentencia de 27 de septiembre de 2017, rol 30374-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de 19 de octubre de 2017, rol 19.111-2017.

Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos

“...tiene este Chile florido algo de Sísifo, ya que como él, parece condenado a que se le venga abajo cien veces, lo que cien veces elevó”.
(Ortega y Gasset, discurso en el Parlamento chileno, 1928).

*Lilian San Martín Neira**

RESUMEN

Este trabajo presenta varias reflexiones necesarias para encuadrar correctamente a los desastres naturales al interior del sistema de responsabilidad civil chileno, como un paso previo e indispensable a la posible configuración de una subcategoría de la responsabilidad civil, llamada responsabilidad civil por desastres naturales. Con tal objetivo, se describen los aspectos que caracterizan a los desastres naturales como hipótesis de riesgos y hechos dañinos, poniendo en evidencia las dificultades que necesariamente deben sortearse si se quiere tener un sistema de responsabilidad civil coherente. En particular, se destacan los problemas asociados a la prueba del nexo causal y a la extensión de la indemnización, así como el posible ejercicio de la acción de daño contingente para prevenir la ocurrencia de desastres, identificando los problemas que deben resolverse para que esta acción prospere.

Responsabilidad civil por desastres naturales – causalidad – daño contingente

Natural disasters and civil liability. Detection of the challenges presented by this category of harmful facts

ABSTRACT

This paper presents a series of thoughts needed to fit properly natural disasters into the Chilean system of civil liability, as a prior and essential step to the possible configuration of a subcategory of the civil liability, called civil liability for natural disasters. To this goal, it describes

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción. Máster y Doctor en Sistema Jurídico Romanista, Universidad de Roma “Tor Vergata”, Italia. Profesora de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico lsanmar@uahurtado.cl.

Este artículo forma parte del proyecto Fondecyt N° 1170686.

Artículo recibido el 3 de enero de 2019 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

the aspects that characterize disasters as hypothesis of risks and harmful acts, highlighting the complications that must necessarily be removed if you want a coherent system of civil liability. In particular, it highlights the problems associated with the test of causation and the extent of the compensation, as well as the possible exercise of the action for contingent damages, to prevent the occurrence of disasters, identifying the problems that need to be resolved so that such an action is to prosper.

Civil liability for natural disaster – causation – contingent damages

I. INTRODUCCIÓN

Como es sabido, Chile es un país altamente expuesto a fenómenos naturales extremos, como terremotos, tsunamis, erupciones volcánicas, inundaciones, incendios forestales. Esta circunstancia ha determinado que a lo largo de su historia haya debido convivir con una variada gama de desastres naturales¹, que eran asumidos como “infortunios” o “fatalidad” por quienes los sufrían y, por consiguiente, en general no daban origen a demandas de responsabilidad civil. En los últimos años, especialmente a raíz del terremoto de 27 de febrero de 2010 (en adelante 27F), esta situación ha cambiado, las víctimas han ejercido demandas en contra de quienes consideran “responsables” del daño sufrido, más allá de que en los hechos el factor que lo generó haya sido un fenómeno natural².

Así, está surgiendo un nuevo nicho de responsabilidad civil, que requiere ser analizado, con el fin de encuadrarlo correctamente. Para cumplir esta finalidad, resulta necesario individualizar las particularidades de los desastres naturales como especiales categorías de hechos dañinos, identificando los desafíos que ellos generan en relación con los requisitos generales de la responsabilidad civil. Este es precisamente el objetivo de este texto, el que reflexiona en torno a la identificación de algunos aspectos problemáticos presentados por los desastres naturales como hechos dañinos. El análisis se realiza con miras al posible desarrollo de una teoría de la responsabilidad civil derivada de desastres naturales, como ya ha ocurrido con otras categorías de daños: *v. gr.* accidentes laborales, accidentes automovilísticos, negligencia médica, entre otros.

Salvo escasas referencias jurisprudenciales, el desarrollo de la exposición estará centrado en las características de los desastres naturales como categorías-riesgos y los problemas es necesario superar para su correcto encuadramiento en el sistema de responsabilidad

¹ Acerca del particular, *vid.* PALACIOS, 2016, pp. 41 ss.; ONETTO, 2017, pp. 37 ss.

² El hecho de que hasta el terremoto del 2010 la sociedad chilena considerara los desastres naturales, y en particular a los terremotos, como una “fatalidad”, se revela también en la literatura que describe el carácter del chileno en relación con la sismicidad del territorio nacional, utilizando expresiones como “estoicismo” y “resignación”. “De hecho, el adjetivo “estoico” se repetía con frecuencia, en alusión al destino de enfrentar una y otra vez la pérdida de posesiones materiales en el caso de Chile, por la acción imprevista de la naturaleza, y no alterarse mayormente por ello”. Cfr. SILVA y RIQUELME, 2018, p. 72. Una situación diametralmente opuesta se observa luego del 27F, en que el “evento natural” pasa a segundo plano, tomando primacía las supuestas “ausencia de políticas públicas y la negligencia de las autoridades”. Cfr. UGARTE *et al.*, 2014, p. 138.

civil chileno. De esta manera, se pretende establecer las bases teóricas para una futura discusión acerca del argumento, que tome partido respecto de las soluciones más idóneas y que, eventualmente, realice un análisis crítico de la copiosa jurisprudencia nacional actualmente existente en la materia.

II. LOS DESASTRES NATURALES FRENTE A LA NECESIDAD DE DISTRIBUIR EL COSTO DEL ACCIDENTE

Según la Cepal, los desastres naturales “son consecuencia de fenómenos naturales desencadenantes de procesos que provocan daños físicos y pérdidas de vidas humanas y de capital, al tiempo que alteran la vida de comunidades y personas, y la actividad económica de los territorios afectados”³. Como se desprende de esta definición, la ocurrencia de desastres naturales implica la pérdida de vidas humanas y de recursos económicos, en una relación directamente proporcional a la magnitud del desastre, esto determina que algunos desastres afecten de manera significativa el crecimiento y desarrollo del país, lo que ha significado una creciente preocupación por estos fenómenos desde una perspectiva económico-social, que involucra principalmente a la actividad estatal y, en consecuencia, suele ser mirada desde el Derecho público, pero al Derecho privado también corresponde un rol en la materia.

En efecto, si bien en el imaginario colectivo la prevención y gestión de desastres son tareas estatales, lo cierto es que ellas involucran también a los particulares. De lo anterior resulta que los estudiosos del Derecho privado –como rama del Derecho destinada fundamentalmente a regular las relaciones entre particulares– también estamos llamados a revisar las instituciones y herramientas con que esta disciplina puede aportar a la prevención y gestión de los desastres⁴.

Ahora bien, cuando se piensa en los desastres naturales desde la perspectiva del Derecho privado, inmediatamente se asocia al desastre con el daño que genera y con quién es el jurídicamente llamado a soportarlo. Siguiendo a Calabresi⁵, es admisible preguntarse ¿quién soporta el costo del accidente llamado desastre natural? En efecto, en la perspectiva iusprivatista, el principal problema que acarrea los desastres naturales son las pérdidas (daño emergente y lucro cesante) derivadas de la destrucción de los bienes, así como el daño moral derivado de la afectación de la vida, salud e integridad física y psíquica de las comunidades damnificadas, lo que lleva a preguntarse quién debe

³ CEPAL, 2014, p. 17. En Chile, aunque de manera más general y mirando exclusivamente al diseño de políticas públicas (lo que explica las altas exigencias que impone la definición), los desastres han sido definidos en el Anexo 2 del Decreto 1512 del Ministerio del Interior, como “una seria interrupción en el funcionamiento de una comunidad o sociedad que ocasiona una gran cantidad de muertes al igual que pérdidas e impactos materiales, económicos y ambientales que exceden la capacidad de la comunidad o la sociedad afectada para hacer frente a la situación mediante el uso de sus propios recursos”.

⁴ En algunos ordenamientos extranjeros ya es posible observar esfuerzos en este sentido, *v. gr. vid.* JORDANO, 2000; POSNER, 2004; FAURE Y HARTLIEF, 2006, BRUGGEMAN, 2010, LACROIX, 2012.

⁵ CALABRESI, 1970, pp. 3 ss.

pagar por ese daño⁶. En definitiva, se trata de una cuestión de distribución de riesgos y el Derecho privado posee desde antiguo herramientas creadas con ese propósito.

Al efecto, es valioso recordar que, en línea de máxima, frente la verificación de un accidente que ocasione daños, teóricamente, una sociedad puede adoptar diversas posiciones, dependiendo de qué tan liberal o colectivista sea. En general, puede establecer que el autor material del daño deba siempre repararlo, socializarlo mediante seguros obligatorios o un sistema de seguridad social, o establecer que la víctima debe siempre asumir sus costos. Según afirma el mismo Calabresi, ninguna sociedad ha adoptado una fórmula pura, todas tienen una fórmula mixta⁷, con el predominio de una regla general en donde lo usual será que sea la víctima quien soporte el daño (*casus sentit dominus*), a menos que tenga fundamentos para traspasarlo a un tercero. Esto es justamente lo que ocurre con los desastres naturales: el primer llamado a soportarlo es la víctima, en cuanto son consecuencia de fenómenos naturales, a menos que pueda traspasar su costo a un tercero, lo que puede hacer por medio del mecanismo de los seguros o bien de la responsabilidad civil.

Visto de esa manera, el Derecho privado aparece más bien reactivo: se ocupa del fenómeno una vez acaecido. Sin embargo, también posee herramientas que pueden emplearse *ex ante*. Especialmente relevante en este sentido es la función preventiva de la responsabilidad civil, que en Chile ha sido expresamente acogida en la acción por daño contingente contemplada en el artículo 2333 CC, y que a nuestro juicio resulta útil para prevenir la ocurrencia de desastres.

En síntesis, desde la perspectiva del Derecho privado, dos son las principales herramientas útiles para la gestión y prevención de desastres: los seguros y la responsabilidad civil, esta última tanto en su función compensatoria como preventiva.

En Chile no se cuenta con seguros obligatorios para catástrofes⁸, en consecuencia, al margen de la asistencia social que proporcionan el Estado y algunas organizaciones no gubernamentales, cobra gran importancia la responsabilidad civil, pues es el mecanismo con el que la población obtiene indemnización⁹.

⁶ Esta preocupación ha estado en la mente de los estudiosos de las catástrofes, no solo naturales, sino de toda índole, y se han generado diversas publicaciones en torno al argumento, *v. gr.* FAURE, Y HARTLIEF, 2006; BRUGGEMAN, 2010; FAURE Y JING, 2012.

⁷ CALABRESI, 1970, pp. 274 ss.; CALABRESI, 1978, pp. 519-534.

⁸ La única norma que podría considerarse una excepción en la materia la constituye el artículo 36 de la Ley 19.537, que establece el seguro de incendio en materia de copropiedad inmobiliaria. Con todo, se trata de una norma de alcance muy limitado y, por lo demás, el seguro que se contrate es de carácter exclusivamente privado, sin que haya intervención estatal de ningún tipo.

⁹ CORRAL, 2010, pp. 167-176; PIZARRO, 2010, pp. 161-176; *Revista del Abogado*, N° 48, abril 2010; LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO, 2014, pp. 163-194. Lo mismo ocurre en otros países de la región, *v. gr.* <https://xaflag.blogspot.cl/2016/07/caso-fortuito-el-terremoto-del-16-de.html>. Aunque pueda resultar criticable la instrumentalización de la responsabilidad civil para resolver problemas que son más bien de política pública, esta situación evidencia el rol público (y de justicia distributiva) que también cumple la responsabilidad, sobre el particular, *vid* CANE, 2014, p. 148.

III. LOS DESASTRES NATURALES COMO HIPÓTESIS ESPECIALES DE “HECHOS DAÑINOS”

En cada ordenamiento jurídico existen reglas de atribución de responsabilidad que responden (o debieran responder) a una lógica de sistema, de manera que resulten coherentes entre sí, pues eso contribuye a la preciada seguridad jurídica; sin embargo, como afirma Viney, tal necesaria coherencia no implica uniformidad de tratamiento a los daños derivados de las distintas actividades desarrolladas por los actores sociales. Al contrario, el sistema debe estar construido sobre la base de unos principios generales suficientemente firmes y coherentes, que permitan dar soluciones satisfactorias y armonizadas a los problemas que resultan de situaciones que exigen un estatuto particular¹⁰. A nuestro juicio, este es precisamente el caso de los desastres naturales. Ellos constituyen situaciones extraordinarias en el contexto de la responsabilidad civil, pues los fenómenos naturales que los desencadenan están fuera del control humano, no es posible identificar un sujeto a la base del fenómeno natural. De ahí que sea necesario identificar las particularidades de los desastres naturales como fuentes de responsabilidad civil y el tratamiento jurídico que estas requieren, reflexionando acerca de los desafíos que esto conlleva para su coherente encuadramiento en el sistema general de responsabilidad civil. A tal objetivo se abocará este texto, centrándose fundamentalmente en poner en evidencia estos desafíos, en la esperanza de que ello contribuya a encuadrar de mejor manera los casos en que se discute la responsabilidad civil derivada de desastres naturales y, en un futuro cercano, contar con reflexiones más acabadas pertinentes al argumento, que permitan construir una rama de la responsabilidad civil llamada “responsabilidad derivada de desastres naturales”, así como ha ocurrido con la “responsabilidad por accidentes del trabajo”, “la responsabilidad médica”, “la responsabilidad por productos defectuosos”, etc. Para ello el análisis será dividido en dos partes: (1) los desastres naturales y la responsabilidad civil en su faz compensatoria; y (2) los desastres naturales como hipótesis de daño contingente.

1. *Los desastres naturales y la responsabilidad civil en su faz compensatoria*

La llamada faz compensatoria de la responsabilidad civil supone que el daño ya ha acaecido y es necesario identificar al civilmente responsable del mismo. Al efecto, es importante recordar que, además de la culpa, que eventualmente puede faltar, los elementos esenciales de la responsabilidad son precisamente la existencia del daño y el nexo causal. Desde esta perspectiva, los desastres naturales proponen múltiples desafíos, comenzando por el hecho de que el detonante directo del daño será siempre un fenómeno natural, esto es, un suceso ajeno a la voluntad de cualquiera de los intervinientes, lo que, según se verá a continuación, representa una dificultad para el establecimiento del nexo causal, así como como para la determinación del *quantum* indemnizatorio.

¹⁰ VINEY, 2007, pp. 125 ss.

A. Los problemas de establecimiento del nexo causal: herramientas a considerar para su solución

Aunque en cierta medida predecibles, los fenómenos a la base de los desastres naturales generalmente escapan al control humano y, por lo mismo, suelen ser calificados de “fuerza mayor” o “caso fortuito”¹¹. Ellos constituyen un “acto de Dios” (*act of God*); sin embargo, frecuentemente, el despliegue de su potencialidad dañina se debe a un “acto del hombre”, así como la construcción de una represa, el desvío del cauce de un río, la cancelación de una alerta de tsunami, etc. En estos casos, debido a que el ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual está delimitado por la “culpa”¹², solo habrá lugar a ella en la medida en que se determine que la causa determinante del daño fue el hecho (culpable) del hombre y no el fenómeno natural. Si, por el contrario, se establece que la causa determinante fue el fenómeno natural, la víctima deberá soportar el daño: *casus sentit dominus*.

En consecuencia, para que haya responsabilidad, debe quedar acreditado en autos que el daño se ha producido “gracias a la intervención del demandado”¹³, lo que supone probar el vínculo de causalidad natural entre el hecho del demandado y el daño, por medio del test de la *conditio sine qua non*¹⁴. Ahora bien, ya que el respectivo fenómeno natural es sin duda una condición necesaria del daño, la prueba debe versar acerca de una de estas dos posibilidades: (i) que, a pesar del fenómeno natural, de no haber mediado la intervención del demandado, el daño no se habría producido; o (ii) que, a pesar del fenómeno natural, de haber mediado la oportuna intervención del demandado (anterior, concomitante o posterior al hecho), el daño no se habría producido. Esto supone grandes retos desde el punto de vista probatorio, por dos órdenes de razones: en primer lugar, porque implica acreditar un contrafáctico, es decir, reemplazar mentalmente una situación efectivamente acontecida con otra ideal, que no tuvo ni puede tener lugar¹⁵; en segundo lugar, porque los desastres naturales usualmente causan conmoción y crean un clima generalizado de confusión, sin que haya claridad de cómo acontecieron los hechos a probar¹⁶. Estas circunstancias dificultan la prueba de la causalidad al punto de hacerla prácticamente imposible, se produce así una “incertidumbre causal”, que deberá necesariamente ser resuelta mediante decisiones político-jurídicas¹⁷.

¹¹ LETELIER, 2001, pp. 1 ss.; LETELIER, 2012a, pp. 303 ss.; LETELIER, 2012b pp. 1 ss.; TAPIA, 2012, p. 57.

¹² SCHOPF, 2015, p. 923.

¹³ INFANTE, 2002, pp. 1 ss.; BARAONA, 2003, pp. 366 ss.; RAIKES y McBEAN, 2016, pp. 12-18.

¹⁴ Esta demostración es un requisito mínimo para la atribución de responsabilidad, no se trata de aplicar puramente la doctrina de la equivalencia de las condiciones. De este tema, BARROS, 2006, pp. 376 ss.

¹⁵ Respecto de los contrafácticos en relación con los juicios causales, *vid* RATTI 2014, pp. 95 ss.

¹⁶ Esto explica que una de las mayores dificultades que han debido enfrentar los tribunales, por ejemplo, a propósito de las demandas instauradas a raíz del 27F, haya sido precisamente el establecimiento (prueba) del nexo causal. *Vid* SAN MARTÍN, 2013, pp. 305 ss.; POBLETE, 2015, pp. 243-251; RÍOS, 2017, pp. 64 ss.

¹⁷ En este sentido se habla de una suerte de “juridización” de la causalidad natural, pues se establece mediante recursos que son más bien de carácter jurídico, como la substitución de la verificación (en el verdadero sentido de la palabra) causal por coeficientes de probabilidad medio-bajos; o bien por medio del

Ciertamente, la incertidumbre causal no es un problema exclusivo de los desastres naturales, pero en estos resulta de especial gravedad, atendido el número de afectados y la ya mencionada confusión que causan en la población. De ahí que la configuración de un régimen especial de responsabilidad civil para este tipo de daños deba necesariamente considerar los expedientes con el Derecho probatorio que cuenta para enfrentar este tipo de situaciones, máxime cuando alguna doctrina ha propuesto que ciertas tipologías de casos, por su especial complejidad, admitirían mecanismos especiales para enfrentar la incertidumbre causal¹⁸.

Aclarada la razón por la que resulta relevante analizar esta cuestión en esta sede, es importante señalar que doctrinariamente los problemas de incertidumbre causal han sido enfrentados con distintos mecanismos, algunos de estos corresponden a herramientas generales del derecho probatorio, válidos para cualquier hecho controvertido, este es el caso de las presunciones y los estándares probatorios. Mientras que otros han sido diseñados precisamente para resolver problemas de incertidumbre causal en la responsabilidad civil, como es el caso de las teorías acerca de responsabilidad proporcional, pérdida de chance y aumento del riesgo. A continuación, aludiremos brevemente a cada uno de ellos:

- a) Las presunciones. Este medio probatorio consiente al juez dar por acreditado el nexo causal¹⁹, aun cuando no exista prueba directa en torno a su configuración, pues justamente ese es su objetivo: suplir la deficiencia de prueba directa respecto de un determinado hecho²⁰. Esta ha sido precisamente la solución adoptada por la Corte Suprema en algunos casos en que no existe total claridad sobre si el fallecido escuchó el anuncio radial del Intendente descartando el peligro de tsunami. En estos casos, sobre la base de lo que normalmente hace una persona en esas circunstancias, la Corte tuvo como hecho de la causa que las víctimas sí escucharon la transmisión radial en cuestión²¹. Sin embargo, esta solución no es generalizable, pues la presunción requiere de “antecedentes o circunstancias conocidas”²² que le sirvan de base, que no siempre obran en el proceso.
- b) Los estándares probatorios. Estos mecanismos, cuyo punto de partida es asumir que la “verdad” es inalcanzable²³, indican al juez, en términos probabilísticos, el grado

recurso a presunciones; o bien mediante artificios –como la pérdida de chance– que permiten una repartición de los riesgos de una determinada actividad entre las partes involucradas. Cfr. NOCCO, 2006, p. 1243. En sentido similar, MÚRTULA, 2006, pp. 18-19.

¹⁸ En este sentido, específicamente a propósito de la responsabilidad proporcional, MARTÍN-CASALS, 2013, pp. 318 ss.

¹⁹ HUNTER, 2015, pp. 209 ss.

²⁰ CORDOPATRI, pp. 274 ss.

²¹ V. gr. Rol N° 1629-2013, un análisis de este caso puede verse en SAN MARTÍN, 2013, pp. 297-308 y en LARA Y GARCÍA-HUIDOBRO, 2014, pp. 163-194.

²² Según el artículo 47 C.C. “Se dice presumirse el hecho que se deduce de ciertos antecedentes o circunstancias conocidas”.

²³ Pues, “conceptualmente cabe la posibilidad de que un enunciado esté probado y que, contemporáneamente, sea falso”. FERRER, 2007, p. 20. Véase también FERRER, 2002, p. 1 ss.; TARUFFO, 2011, pp. 48 ss.; PAPAYANNIS, 2014, pp. 113 ss.

de convicción necesario para tener por probado un hecho²⁴. El grado de probabilidad suficiente no es pacífico ni unívoco en los distintos sistemas; sin embargo, tratándose de la responsabilidad civil, puede afirmarse que en los ordenamientos del *Common Law* la probabilidad se ha fijado en 50% más uno de probabilidades (*more likely than not* o *more probable than not*), mientras que en los de tradición continental es variable y va desde la probabilidad cercana a la certeza, al “más probable que no”²⁵. Ahora bien, ciertamente los problemas probatorios que enfrentan las víctimas de daños dependen del estándar vigente en su ordenamiento. Con todo, la regla de base es siempre la misma: existe nexo de causalidad entre el hecho del agente y el daño, toda vez que, removido mentalmente el primero, desaparece el segundo, pero no es necesaria la absoluta certeza en tal sentido, basta con que se alcance el estándar de convicción exigido. De esta manera, en lo que aquí respecta, es posible sostener que los estándares probatorios menos exigentes (50% más uno) funcionan *de facto* como una regla de facilitación de la prueba del nexo causal en contextos de elevada incertidumbre, como son los casos de desastres naturales. Con todo, los estándares probatorios vigentes en un ordenamiento responden a cuestiones de política jurídica, por tanto, resulta cuestionable que ellos puedan ser diferenciados para distintas tipologías de daños, al contrario, en virtud del principio de igualdad, parece que lo correcto es que sean uniformes para todas las víctimas. Con ello, en nuestro caso, la pregunta correcta sería cuál es el estándar probatorio que rige en Chile, cuestión que, por no existir claridad al respecto, excede con mucho los límites de este trabajo.

- c) La “responsabilidad proporcional”. Esta teoría propone que se obligue al demandado a indemnizar el daño en un porcentaje equivalente a la probabilidad de que él lo haya causado²⁶. Se trata de una doctrina particularmente popular a nivel doctrinario en el *Common Law*²⁷, pero también ha entrado en la órbita del sistema continental²⁸. En el contexto hispánico, una ferviente defensa de sus bondades ha sido planteada por Medina Alcoz, quien la destaca por sobre los sistemas de probabilidad preponderante, de la inversión legal de carga de la prueba, así como del estándar probabilístico especial (suave o riguroso)²⁹. En Chile, sin embargo, no encontramos por el momento estudiosos que hayan propuesto este sistema como una fórmula general, aunque sí es posible observar una de sus variantes: la pérdida de oportunidad.

²⁴ Por todos, LARROUCAU, 2012, pp. 783-808.

²⁵ Acerca del particular, *vid* LARROUCAU, 2012, pp. 783-808; BARROS, 2006, pp. 378 ss.; NOCCO, 2006, pp. 1238-1245; TARUFFO, 2008, pp. 251 ss.; COOKE y COWLING, 2005, pp. 251-256; COOKE, 2009, pp. 67-68; PAPAYANNIS, 2014, pp. 100 ss.

²⁶ Respecto del punto MARTÍN-CASALS, 2016, pp. 43-66; KOCH, 2016, pp. 67-86.

²⁷ *Vid* WEIR, 2004, pp. 511-552; GREEN (Michael) 2005 pp. 352-400; GREEN (Sarah), 2005, pp. 159-175; LESHEM y MILLER, 2009, pp. 345-382.

²⁸ *Vid* GILEAD, *et al.*, 2013; KOCH, 2016, pp. 67-86; MARTÍN-CASALS, 2016, pp. 43-66.

²⁹ *Cfr.* MEDINA, 2018, p. 84.

- d) La pérdida de oportunidad³⁰. Esta solución consiste en otorgar a la víctima que no logra satisfacer el estándar probatorio del nexo de causalidad una indemnización limitada, existiendo dos alternativas para la determinación del *quantum indemnizatorio*. En la primera, se valora la chance en sí misma, considerando su pérdida como un daño autónomo. En la segunda, se indemniza un porcentaje del daño real sufrido (esto es la frustración de la ventaja que esperaba obtener), conforme con las probabilidades de que efectivamente hubiese obtenido dicha ventaja. En todo caso, en ambas versiones la teoría constituye un paliativo a las dificultades probatorias que enfrenta la víctima, pues si ella pudiera satisfacer el estándar probatorio exigido tendría derecho a la indemnización integral del daño. Asimismo, aunque no siempre se diga expresamente, la pérdida de la oportunidad se presenta como una especie de responsabilidad proporcional³¹ en “favor de la víctima”³², quien, aunque no logre acreditar el nexo causal, obtendrá alguna indemnización. Es admisible señalar que la jurisprudencia chilena de los últimos años ha hecho copioso uso de esta teoría para resolver problemas de responsabilidad médica, pero también en casos relativos al 27F, identificando la pérdida de chance con la “pérdida de la posibilidad de luchar dignamente por su vida”³³. Aunque en estos fallos resulta altamente cuestionable el razonamiento subyacente, por diferentes motivos: en primer lugar, porque no es claro que los fallecidos hayan tenido una real oportunidad de ponerse a salvo del tsunami, en segundo lugar, porque no queda claro bajo cuál variante se realiza la determinación del *quantum indemnizatorio*³⁴ y, finalmente, porque hacen derivar de la pérdida de la oportunidad supuestamente padecida por los fallecidos un daño moral para los dolientes, configurando en la práctica un nexo de causalidad directo entre la “falta de servicio” y el daño moral sufrido por las víctimas por repercusión. Aunque de forma intuitiva, es posible aceptar que las soluciones contenidas en estas sentencias responden a la conmoción pública que ha generado el 27F y al hecho de que se demanda por muerte, por lo que no necesariamente constituyen jurisprudencia asentada en la materia, quedando así abierto el problema de cómo lidiar con la incertidumbre causal en casos de desastres naturales.
- e) La teoría del aumento del riesgo. Esta doctrina postula que, incluso cuando no sea del todo claro que efectivamente el daño ha sido producto del actuar del agente, a este se le oblige a indemnizar por el hecho de que él aumentó el riesgo de que la víctima sufriera un daño³⁵. Existiendo también dos variantes en cuanto al monto de la indem-

³⁰ Acerca de esta doctrina, por todos, *vid* RÍOS y SILVA, 2014, pp. 15 ss.

³¹ En este mismo sentido: TASSONE, 2007, p. 1108; MEDINA, 2018, *passim*. En sentido similar, a propósito de la situación en Francia, MORÉTEAU, 2013, pp. 143 y 144.

³² Acerca de esta materia, *vid* GILEAD *et alt.*, 2013, pp. 39 ss.

³³ *V. gr.* Corte Suprema, 17.04.2018, rol 18225-2017; 16.11.2017, rol 4658-2017; y 17.01.2018, rol 5094-2017.

³⁴ Esta mezcla se advierte en el hecho de que, por un lado, establecen que la pérdida de chance permite lidiar con la incerteza causal del caso y, por el otro, atribuyen una indemnización valorando el daño moral padecido por las víctimas por rebote, como si indemnizaran un daño autónomo.

³⁵ Respecto de este tema, *vid* GREEN (Sarah), 2005, pp. 161-162.

nización: resarcimiento integral o proporcional al incremento del riesgo. Esta segunda variante ha sido recogida de manera excepcional en Inglaterra, bajo dos requisitos: incertidumbre científica acerca de la causa del daño y que esté establecido que ese daño es el resultado del mismo (o al menos similar) riesgo al que fue expuesta la víctima³⁶. Sin embargo, se ha puesto en evidencia que esta forma de razonamiento es difícilmente distinguible de la pérdida de chance³⁷ y, por lo mismo, la doctrina más reciente las estudia conjuntamente como variantes de la “responsabilidad probabilística”³⁸.

B. Necesaria concurrencia entre condiciones humanas y naturales: problemas en relación con el principio de resarcimiento integral del daño

Hasta ahora hemos abordado el problema del nexo causal desde una perspectiva binaria: hay o no hay nexo de causalidad. Sin embargo, es posible configurar una tercera alternativa, esto es: si bien el fenómeno natural era apto para producir el daño, su magnitud se vio agravada por la concurrencia de la conducta humana. Más allá de los evidentes problemas probatorios, esta alternativa lleva a preguntarse acerca de la posibilidad de establecer un concurso causal entre el fenómeno natural y la conducta del demandado. A esto me referiré en seguida.

Para entender este punto lo primero que es posible señalar es que jurídicamente el desastre natural no constituye una defensa en sí mismo, sino el presupuesto fáctico de la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor, de ahí que la disciplina de los desastres esté regida por las conclusiones generales aplicables a esta institución clásica del derecho privado³⁹, cuya revisión se hace necesaria para el correcto encuadramiento de los desastres naturales en el sistema de responsabilidad civil⁴⁰. Esta necesidad deriva de la circunstancia ya explicitada de que los desastres naturales tienen como factor desencadenante un fenómeno natural totalmente independiente de la voluntad humana y, por esta razón, de suyo inevitable. La cuestión, entonces, es si esa circunstancia fáctica tiene alguna repercusión jurídica a efectos de establecer la cuantía indemnizatoria; en otras palabras, si es posible configurar un concurso entre condiciones humanas y naturales⁴¹. En Chile, en general, esta pregunta está ausente de la literatura especializada, pues parte de la base del efecto “liberador” del caso fortuito, en consecuencia, se plantea solo como una causal de exención total de responsabilidad⁴².

³⁶ OLIPHANT, 2013, p. 128.

³⁷ OLIPHANT, 2013, p. 133.

³⁸ STEEL, 2015, pp. 290 ss.

³⁹ De esta materia, *vid* TAPIA, 2012, pp. 57 ss.; VELOSO, 2012, pp. 63 ss.

⁴⁰ Desde luego, esta revisión puede tener consecuencias que vayan más allá de los desastres naturales, generalizándose para cualquier tipo de caso fortuito. Lo importante aquí es que ella se hace absolutamente necesaria cuando se trata de este tipo de hechos dañinos.

⁴¹ Exactamente en estos términos plantea la cuestión RODRÍGUEZ GREZ, quien se inclina por la respuesta negativa, *vid* RODRÍGUEZ, 2015, pp. 448 ss.

⁴² *Vid* ALESSANDRI, 1943, p. 602; COUSTASSE e ITURRA, 1958, pp. 129 ss.; FUEYO, 2004, p. 410; RAMOS, 2008, p. 267; TRONCOSO, 2011, p. 196; BRANTT, 2010, pp. 161 ss.; BRANTT, 2011, pp. 70 ss.; TAPIA, 2013, p. 119; ABELIUK, 2014, t. II, p. 975; MEZA, 2014, p. 122; BARRIENTOS, 2016, t. I, pp. 200 ss.

En efecto, la fuerza mayor ha sido entendida tradicionalmente como una defensa “todo o nada”, como causa de exoneración total de responsabilidad. En este sentido, afirma Barros: “la fuerza mayor comprende hechos ajenos al demandado (...) En virtud del principio de la causa necesaria, la responsabilidad no exige que el ilícito haya sido la única causa del daño resultante, sino que basta con que haya tenido una influencia significativa en su producción. Lo usual, por lo demás, es que los accidentes se produzcan por la concurrencia de la culpa y de innumerables circunstancias, de estas el derecho hace abstracción para efectos de establecer la responsabilidad”⁴³.

Sin embargo, la defensa “todo o nada” no ha sido absoluta en todos los tiempos ni en todos los ordenamientos jurídicos. Así, en Francia, a raíz del caso *Lamoricièrem*, decidido en los años cincuenta, tuvo lugar la llamada “causalidad parcial”, que daba lugar a la repartición de la responsabilidad entre las múltiples causas de un mismo daño, fueran estas humanas o naturales⁴⁴. Esta doctrina fue abandonada⁴⁵, pero en los últimos años está siendo revalorizada y es posible encontrar autores que abogan por su reposición⁴⁶. En Italia ha tomado fuerza la idea de *responsabilità parziaria*⁴⁷, y desde el 2009 se viene discutiendo acerca de la posible concurrencia entre causas humanas y naturales⁴⁸. El fundamento base de la responsabilidad parcial es que el agente no debe ser obligado a indemnizar más que aquella parte de daño que su hecho efectivamente contribuyó a producir. En Chile, aunque sin mayores profundizaciones, esta idea ha sido propuesta por Baraona, a propósito del incendio de un bosque al que contribuyeron varios “factores”, pero la Corte condenó íntegramente al dueño del predio vecino⁴⁹. También la sugiere Corral, para quien “si en algún supuesto cabe imaginar que caso fortuito y comportamiento negligente actúan como concausas en forma necesaria y simultáneamente, quizá lo más justo sería no absolver totalmente de responsabilidad al agente, pero sí reducir el monto de la indemnización de manera proporcional a la entidad del aporte causal del agente”⁵⁰. A su vez, Barros, luego de haber afirmado que la “fuerza mayor comprende hechos ajenos al demandado”, se cuestiona que la indemnización deba fijarse con un criterio todo o nada, pues, afirma, “puede ocurrir que la concurrencia de culpa y caso fortuito sean determinantes en la producción del primer daño, de modo que no parezca justo atribuir el total de los daños al hecho culpable o al revés”⁵¹. Si bien el autor es escéptico respecto de la solución, lo relevante es que pone de manifiesto precisamente lo que queremos destacar: los fenómenos naturales a la base de los desastres naturales pueden revestir caracteres tales que admite cuestionarse la aplicación de una regla que, o bien deje

⁴³ BARROS, 2006, p. 415.

⁴⁴ CHABAS, 1967, pp. 135 ss.

⁴⁵ CHABAS, 2009, pp. 73-74.

⁴⁶ *Vid* QUÉZEL-AMBRUNAZ, 2010, pp. 297 ss.

⁴⁷ VIOLANTE, 2004, pp. 7 ss.; TASSONE, 2007, pp. 1095-1109.

⁴⁸ CAPECCHI, 2010, pp. 372-387; NOCCO, 2012, pp. 149-164.

⁴⁹ Para el autor, “la concausa fue un elemento que debió considerarse para moderar los daños”. BARAONA, 2003, p. 366.

⁵⁰ CORRAL, 2013, p. 193. En el mismo sentido se pronuncia en CORRAL, 2010, p. 465.

⁵¹ BARROS, 2006, p. 415.

a la víctima sin indemnización alguna, o bien le imponga al demandado una obligación de indemnizar incluso el daño que la víctima habría sufrido aun sin su intervención.

La idea de que el agente no debe responder sino del daño que su hecho ha contribuido a causar aparece intuitivamente justa. Sin embargo, no es tan simple, pues podría llegarse al absurdo de tener que establecer tantas parcelas indemnizatorias como condiciones han concurrido al daño. En consecuencia, es necesario identificar un criterio jurídico que permita atribuir carácter de concausa al fenómeno natural que desencadena el desastre. En principio, podría decirse que tal criterio corresponde al “carácter extraordinario” del evento; en efecto, la doctrina especializada afirma que “la catástrofe es el efecto perturbador que provoca sobre un territorio un episodio natural de rango extraordinario y que a menudo supone la pérdida de vidas humanas”⁵². Asimismo, esto supone determinar qué se entiende por “extraordinario” y, sobre todo, en qué se diferenciaría la extraordinariedad, de la imprevisibilidad propia del caso fortuito, máxime cuando, como reconoce la doctrina, “los fenómenos de la naturaleza, en términos generales, son típicamente sucesos imprevisibles, ya que su ocurrencia no es posible razonablemente de prever”⁵³.

Como se aprecia, los desastres naturales, en cuanto especiales hipótesis de daños, obligan a repensar categorías que parecían establecidas, como la regla todo o nada en relación con los efectos del caso fortuito, y abrirse a la posibilidad de aceptar una responsabilidad parcial, que acepte la concurrencia entre causas humanas y naturales. Llegar a una conclusión respecto de esta materia constituye otro de los desafíos que presenta esta materia.

2. *Los desastres naturales como hipótesis de daño contingente*

A. Los desastres naturales como daños (en gran medida) evitables

Todas las naciones están expuestas, en mayor o menor medida, a eventos naturales extremos, potencialmente dañinos, y conocidos en este contexto como “amenazas”. Sin embargo, estos fenómenos no siempre provocan desastres. “El riesgo de desastres surge cuando las amenazas/peligros interactúan con factores de vulnerabilidad físicos, sociales, económicos y ambientales”⁵⁴. La “vulnerabilidad” es una condición previa –que se manifiesta durante el desastre– y al mismo tiempo es un indicador de la exposición del capital y de la capacidad de tolerancia y resiliencia al daño por parte de personas, hogares, comunidades y países⁵⁵.

Debido a que los fenómenos naturales no generan desastres, sino que estos dependen de la vulnerabilidad, se aprecia la necesidad de establecer políticas de prevención, mediante el manejo y gestión de las condiciones de vulnerabilidad⁵⁶. Al efecto, los expertos en gestión de riesgos de desastres la dividen en dos etapas, dependiendo del punto de referencia

⁵² OLCINA, 2006, p. 65.

⁵³ VELOSO, 2012, p. 65.

⁵⁴ Marco de Acción de Hyogo para 2005-2015, p. 2.

⁵⁵ CEAL, 2014. *Vid* también AAVV, 2015; THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT/THE WORLD BANK, 2011.

⁵⁶ NIVOLIANITOU, 2002, pp. 161-174; DOYLE *et al.* pp. 75-101, 2014; RÍOS, 2010, pp. 27-43.

temporal en relación con el desastre: la gestión correctiva o compensatoria y la prospectiva. La primera alude al manejo de la emergencia y a la recuperación⁵⁷, mientras que “la gestión prospectiva hace referencia a la gestión de riesgos futuros, los cuales buscan normar y/o controlar nuevos desarrollos mediante la planificación e inversión pública, específicamente con herramientas como el ordenamiento territorial, la planificación del desarrollo, la planificación sectorial y planificación financiera, las cuales se proyectan a futuro para la evitar la creación o recreación de nuevos riesgos”⁵⁸.

Se pone así en evidencia la necesidad de actuar no solo *ex post*, sino principalmente *ex ante*, minimizando el riesgo de ocurrencia de desastres, especialmente mediante la ordenación del territorio afectado por la amenaza⁵⁹, lo que exige tener en consideración la interacción público-privada que provoca el desastre⁶⁰. De esta manera, los particulares pueden y deben adoptar medidas para evitar ser víctimas o causantes de desastres.

En este punto, cobra importancia la responsabilidad civil como mecanismo de prevención de daños. Especialmente relevante será la acción por daño contingente consagrada en el artículo 2333 del Código Civil, aunque, como se dirá, las condiciones de procedencia de esta acción en relación con los desastres naturales revisten características particulares, que presentan desafíos a tener en cuenta por los estudiosos de la disciplina. La puesta en evidencia de estos desafíos es el objetivo de esta parte del texto.

B. La acción de daño contingente como herramienta de prevención de desastres naturales

En Chile existe una herramienta pionera en la función preventiva de la responsabilidad, que permite evitar efectivamente ciertos daños: la “acción de daño contingente” del artículo 2333 CC. Con algunas excepciones⁶¹, la doctrina no ha dedicado mayor atención a esta norma. No obstante, es posible destacar algunos aspectos relevantes que se deben considerar a la hora de intentar la aplicación de la regla a la prevención de desastres naturales.

El daño contingente puede ser conceptualizado como aquel que no se ha verificado, pero respecto del que existen razonables probabilidades de ocurrencia si no se remueve la fuente de peligro. Esto supone un problema para los daños derivados de desastres naturales, pues no es posible anticipar circunstanciadamente el fenómeno natural desencadenante, lo que conlleva la necesidad de identificar criterios que permitan concluir bajo qué condiciones existe una “razonable probabilidad” de ocurrencia de un desastre natural, habida cuenta de la escasa capacidad de predecir los fenómenos que los desencadenan. En efecto, tratándose de fenómenos naturales, la determinación de la probabilidad de ocurrencia supone tener en

⁵⁷ CAMUS *et al.*, 2016, p. 12.

⁵⁸ Cfr. CAMUS *et al.*, 2016, p. 12.

⁵⁹ Cfr. AYALA-CARCEDO *et al.*, 2006, p. 47.

⁶⁰ *Vid* RÍOS, 2010, p. 30.

⁶¹ Como excepciones *vid* MOLINARI, 2004, 201 ss.; DÍEZ Y DELGADO, 2005, pp. 144-150; DÍEZ, 2005, pp. 317-321; DÍEZ, 2016a, pp. 133-153; DÍEZ, 2016b, pp. 257-286.

cuenta la evidencia científica al respecto⁶², y, aunque en términos generales la predicción de los fenómenos naturales a largo plazo es posible, la comunidad científica reconoce que la predicción a corto y mediano plazo no siempre lo es, especialmente tratándose de tsunamis, terremotos y erupciones volcánicas, que son justamente las principales preocupaciones en Chile⁶³.

Asimismo, un desafío para los estudiosos de la disciplina consiste en identificar la evidencia científica relevante a efectos de adoptar medidas de prevención de los desastres y, sobre todo, establecer sobre qué base se van a calcular las “razonables probabilidades”: sobre una base estadística, que tenga en cuenta los anteriores desastres ocurridos en la zona, o bien sobre un cálculo meramente probabilístico, de acuerdo con las condiciones de la zona estudiada. Ambos aspectos resultan problemáticos, pues, por un lado, puede no haber registros de un determinado tipo de desastre en la zona analizada y, por el otro, pueden existir las condiciones de amenaza que indiquen la posibilidad de su ocurrencia. Un ejemplo de esta dicotomía es una falla geológica de la que no existen registros del último terremoto que se generó en ella.

Otro aspecto para destacar en esta sede es la legitimidad activa en relación con el daño contingente. En efecto, según el artículo 2333, cuando el daño amenace a “persona indeterminada” la acción es popular. Sin embargo, no queda claro si debe tratarse de una persona posiblemente afectada o puede ser, por ejemplo, una ONG internacional interesada en la prevención de un determinado desastre. La respuesta a esta pregunta pasa por establecer cómo se aplica la noción de acción popular desarrollada por la doctrina a los desastres naturales.

A su vez, también resulta discutible cómo se determina al legitimado pasivo de la acción. Según el texto de la norma, el legitimado pasivo es aquel por cuya imprudencia o negligencia se genera la amenaza de daño, sin distinguir entre privados e instituciones estatales, con lo que es perfectamente posible que la acción se ejerza en contra de una entidad estatal⁶⁴.

Así, resulta oportuno preguntarse si puede ser considerada negligencia la inactividad del Estado, que no adopta medidas para mitigar o eliminar las vulnerabilidades. Esta posibilidad se entronca directamente con el hecho de que, mientras más recursos se asigne a la eliminación de las vulnerabilidades, menor es el riesgo de desastre. Está demostrado que entre más económicamente desarrollado es el país (por tanto invierte mayor cantidad de recursos en prevención), menor potencial dañino tienen los fenómenos naturales, ya sea por su mayor tolerancia o bien su mayor índice de resiliencia⁶⁵. Sin embargo, no puede obviarse el hecho de que obligar a la administración a adoptar medidas preventivas de desastres, por vía judicial, atenta contra la discrecionalidad presupuestaria, pues, en la medida que los particulares demanden civilmente la realización de ese tipo de actividades, el Estado se verá constreñido a invertir en ellas, aunque no las haya presupuestado, atentando así contra la

⁶² WEISS, 2003, pp. 25-46; TARUFFO, 2005, pp. 1285-1312, TARUFFO, 2011, pp. 135-186.

⁶³ AYALA-CARCEDO y GONZÁLEZ, 2006, p. 34.

⁶⁴ En efecto, una de las pocas aplicaciones jurisprudenciales de la norma ha sido precisamente en contra de una entidad estatal, el Serviu. Los detalles del caso pueden verse en DÍEZ, 2005, pp. 317-321.

⁶⁵ CEPAL, 2014, p. 19.

llamada discrecionalidad presupuestaria⁶⁶. Por tanto, para establecer la legitimación pasiva del Estado en este tipo de casos es necesario determinar las condiciones de exigibilidad de las medidas que pueden impetrar los particulares, esto es, bajo qué condiciones el Estado estará obligado a actuar, sin que pueda invocar su discrecionalidad presupuestaria, asumiendo que este es un límite a la intervención judicial del Estado.

IV. OBSERVACIONES FINALES

Como observaciones conclusivas de este texto, es posible afirmar que la proliferación de demandas de responsabilidad civil por los daños sufridos a raíz de desastres naturales exige un esfuerzo sistematizador por parte de los cultores de la responsabilidad civil, en la medida que los fenómenos naturales constituyen especiales categorías de hechos lesivos y que, en ausencia de seguros, el mecanismo de la responsabilidad representa la forma en que las víctimas de los desastres obtienen indemnidad.

En esta sede, estos esfuerzos han ido dirigidos a poner de relieve los principales desafíos que conlleva el correcto entendimiento de la responsabilidad civil derivada de desastres naturales, comenzando por el hecho de que los desastres son el fruto de la convergencia entre amenazas y vulnerabilidades, lo que determina que el fenómeno natural que los produce no es en sí mismo constitutivo de desastre, sino que este se genera cuando existen condiciones de vulnerabilidad previas, que afloran con el desastre. A todo ello debe sumarse el hecho de que, para que haya lugar a responsabilidad civil, es necesario concluir que la vulnerabilidad es atribuible a un tercero, quien tenía el deber jurídico de removerla (culpa). A esto se añaden las dificultades asociadas a la prueba del nexo de causalidad natural, especialmente apremiantes en este tipo de casos. Esta incertidumbre causal generalmente estará determinada por las circunstancias que rodean al desastre, pero también puede deberse a la escasa evidencia respecto de la influencia que un comportamiento distinto hubiese tenido en la evitación del desastre, lo que conlleva los problemas propios de la prueba de un contrafáctico. En doctrina, especialmente extranjera, se han ensayado varios mecanismos aptos para enfrentar los problemas de incertidumbre causal y que eventualmente pueden aplicarse en este tipo de daños, pero queda pendiente establecer cuál de ellos se condice mejor con el sistema de responsabilidad civil chileno.

Siempre en relación con el nexo causal, es admisible preguntar si es posible la concurrencia causal entre el fenómeno natural y la culpa del tercero, abandonando así la llamada regla “todo o nada”, para dar paso a una responsabilidad parcial, que obligue al demandado a indemnizar solo aquella parte que le resulte causalmente atribuible. De aceptarse esta posibilidad, es necesario establecer los criterios que permitirán distinguir un desastre natural que genera responsabilidad parcial de aquel que queda en el terreno del caso fortuito. De esta manera, en lo que respecta a este punto, el desafío pendiente es doble: (i) se admite o no la causalidad parcial; y (ii) bajo qué criterios podría aplicarse.

⁶⁶ LETELIER, 2012b, pp. 11 ss.; YE *et al.*, 2016, pp. 123-137; HU *et al.*, 2016, pp. 138-150.

Finalmente, resulta legítimo elucubrar acerca de la posibilidad de recurrir a la herramienta del daño contingente como un mecanismo para prevenir la ocurrencia de desastres; sin embargo, la real potencialidad de esta herramienta dependerá de qué se entienda por razonables probabilidades de ocurrencia de desastre, lo que implica un ulterior desafío para el correcto encuadramiento de la responsabilidad civil derivada de desastres naturales.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK MANASEVICH, René, 2014: *Las obligaciones*, 6ª edición, Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters.
- ALESSANDRI RODRÍGUEZ, Arturo, 1943: *De la responsabilidad extracontractual en el derecho civil chileno*, Santiago: Imprenta Universitaria.
- AYALA-CARCEDO, F. J. y GONZÁLEZ JIMÉNEZ, Á., 2006: "Mitigación de desastres naturales en el mundo y desarrollo sostenible: una aproximación al análisis del riesgo, en F. J. Ayala-Carcedo, L. Olcina Cantos, L. Laín Huerta, y Á. González Jiménez, Á., *Riesgos naturales y desarrollo sostenible. Impacto predicción y mitigación*, Madrid: Instituto Geológico y Minero de España, pp. 19-46.
- AYALA-CARCEDO, F. J., OLCINA CANTOS y VILAPLANA, J. M., 2006: "Impacto socioeconómico y estrategias de mitigación de los riesgos naturales en España en el período 1990-2000", en F. J. Ayala-Carcedo, L. Olcina Cantos, L. Laín Huerta, y Á. González Jiménez, Á., *Riesgos naturales y desarrollo sostenible. Impacto predicción y mitigación*, Madrid: Instituto Geológico y Minero de España, pp. 47-62.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge 2003: "La causa del daño en la jurisprudencia reciente", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, Nº 2.
- BARROS BOURIE, Enrique, 2006: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, 2010: *El caso fortuito y su incidencia en el derecho de la responsabilidad civil contractual*, Santiago: AbeledoPerrot.
- CALABRESI, Guido, 1970: *The cost of accidents. A legal and economic analysis*, New Haven-Londres: Yale University Press.
- CALABRESI, Guido, 1978: "Torts-The Law of the Mixed Society", *Texas Law Review*, Nº 519.
- CAMUS, P., ARENAS, F., LAGOS, M. y ROMERO, A., 2016: "Visión histórica de la respuesta a las amenazas naturales en Chile y oportunidades de gestión del riesgo de desastre", *Revista de Geografía Norte Grande*, Nº 64.
- CANE, Peter, 2014: "Tort Law and Public Functions", en John Oberdiek, *Philosophical Foundations of the Law of Torts*, Oxford: Oxford University Press, pp. 148-168.
- CAPECCHI, Marco, 2010: "Il reveriment della Corte di Cassazione sulla interpretazione dell'art. 2055 C.C.", *Danno e Responsabilità*, Nº 4.
- CEPAL, 2014: *Manual para la evaluación de desastres*, disponible en: https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/35894/1/S2013806_es.pdf [Fecha de consulta: 15.12.2018]
- CHABAS, François, 1967: *L'influence de la pluralité des causes sur le droit a réparation*, Paris: L.G.D.J.
- CHABAS, François, 2009: *Cien años de responsabilidad civil en Francia*, Santiago: Flandes Indiano.
- COOKE, Peter 2009: "Clarification and corrections to 'On the attribution of probabilities to the causes of disease' by Peter Cooke and Arianna Cowling", *Law, Probability and Risk*, Nº 8.
- COOKE, Peter, COWLING, Arianna 2005: "On the attribution of probabilities to the causes of disease", *Law, Probability and Risk*, Nº 4.
- CORDOPATRI, Franco, 1986: Voz presunzione (dir. proc. civ), en *Enciclopedia del Diritto*, vol. XXXV, Milán: Giuffrè.

- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2010: "Responsabilidad civil en la construcción de viviendas. Reflexiones sobre los regímenes legales aplicables a los daños provocados por el terremoto del 27 de febrero de 2010", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 37 N° 3.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2013: *Lecciones de responsabilidad civil extracontractual*, 2ª edición, Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters.
- COUSTASSE DEL C., Alberto y ITURRA A., Fernando, 1958: *El caso fortuito ante el Derecho civil*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis y DELGADO SCHNEIDER, Verónica, 2005: "Algunas útiles herramientas olvidadas en nuestra práctica del Derecho de Daños", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 214 (2003).
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, 2005: "Notas sobre la acción preventiva de daños del artículo 2333 del Código Civil", *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, pp. 217-218.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, 2016a: "La acción de daño contingente del artículo 233 del Código Civil: sus elementos y ámbito de aplicación", *Revista de Derecho PUCV* (Valparaíso), N° 46.
- DÍEZ SCHWERTER, José Luis, 2016b: "La aplicación de la acción por daño contingente en Chile, Colombia y Ecuador: del modelo de Bello a nuestros días", *Revista de Derecho Privado*, Universidad del Externado (Bogotá), N° 30.
- DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, 1966: "El hecho de la víctima como causal de exoneración de la responsabilidad civil", *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, N° 136.
- DOYLE, Emma, MC CLUREB, John, PATONC, Douglas, JOHNSTONAD, David M., 2014: "Uncertainty and decision making: Volcanic crisis scenarios", *International Journal of Disaster Risk Reduction*, N° 10.
- FAURE, Michael y HARTLIEF, Ton, 2006: *Financial Compensation for Victims of Catastrophes: A Comparative Legal Approach*, Viena: Springer.
- FAURE, Michael y JING, Liu, 2012: "The Tsunami of March 2011 and the Subsequent Nuclear Incident at Fukushima: Who Compensates the Victims?", *William & Mary Environmental Law and Policy Review*, Vol. 37, N° 129.
- FERNÁNDEZ RICHARD, José, 2011: "Los eventos catastróficos y en especial el terremoto frente al derecho: la responsabilidad de los órganos administrativos", *Revista de Derecho Público*, N° 74.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2002: *Prueba y verdad en el Derecho*, (2ª edición), Madrid: Marcial Pons.
- FERRER BELTRÁN, Jordi, 2007: *La valoración racional de la prueba*, Madrid: Marcial Pons.
- GATTI, Stefano, 2015: "Concorso di cause e principio di proporzionalità", *Danno e Responsabilità*, N° 6.
- GILEAD, Israel, GREEN, Michael D. y KOCH, Bernhard A., 2013: *General Report*, en Israel GILEAD, Michael D. GREEN y Bernhard A KOCH (eds.). *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*. Berlín - Boston: De Gruyter.
- GILEAD, Israel, GREEN, Michel D., KOCH, Bernhard A. (editores), 2013: *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives, Tort and Insurance Law*, Vol. 33, Berlín: Boston De Gruyter.
- GNANI, Alessandro, 2013: "Causa umana e causa naturale in concorso: nuovi possibili scenari dopo le sentenze della Cassazione", *Danno e Responsabilità*, N° 11.
- GREEN, Michael D., 2005: "The Future of Proportional Liability", en Stuart, Madden (editor), *Exploring tort law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- GREEN, Sarah, 2005: "The risk pricing principle: a pragmatic approach to causation and apportionment of damages", *Law, Probability and Risk*, N° 4.
- HUNTER AMPUERO, Iván, 2015: "Las dificultades probatorias en el proceso civil. Tratamiento doctrinal y jurisprudencial, críticas y una propuesta". *Revista de Derecho, Universidad Católica del Norte*, Año 22, N° 1.
- INFANTE RUIZ, Francisco José, 2002: *La responsabilidad por daños. Nexos de causalidad y "casos hipotéticos"*, Valencia, Tirant.

- JARAMILLO CONTRERAS, Marcos, 2012: "La regulación jurídica en torno a los desastres en Japón", en *Derecho y catástrofe: lecciones del terremoto*, Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 11-24.
- JORDANO FRAGA, Jesús, 2000: *La reparación de los daños catastróficos*, Madrid: Marcial Pons.
- KOCH, Bernhard A., 2016: "Proportional liability for causal uncertainty. How to works on the basis of a 200-year-old code", en Miquel Martín-Casals, Diego M. Papayannis (editores), *Uncertain causation in tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 67-86.
- KOUSKY, Carolyn y COOKE, Roger, 2012: "Explaining the Failure to Insure Catastrophic Risks", *The Geneva Papers*, pp. 206-227.
- LACROIX, Caroline, 2008: *La réparation des dommages en cas de catastrophes*, Paris: L.G.D.J.
- LARA ARROYO, José Luis, GARCÍA-HUIDOBRO HERRERA, Luis Eugenio, 2014: "27F: ¿Terremoto en la responsabilidad del Estado?", *Anuario de Doctrina y Jurisprudencia. Sentencias destacadas 2013*, Santiago: Ediciones Libertad y Desarrollo, pp. 163-194.
- LARROUCAU, TORRES, Jorge, 2012: "Hacia un estándar de prueba civil", *Revista chilena de Derecho*, Vol. 39, Nº 3.
- LARROUCAU, TORRES, Jorge, 2014: "¿Cómo se prueba la responsabilidad civil médica en la justicia chilena?", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXVII, Nº 2.
- LESHEM SHMUEL, MILLER, Geoffrey P., 2009: "All-or-Nothing versus Proportionate Damages", *Journal of Legal Studies*, Universidad de Chicago, Vol. 38, pp. 345-382.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2001: *La fuerza mayor en la responsabilidad extracontractual de la administración del Estado*, Santiago: Jurídica Conosur.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2012a: "Falta de servicio en situación de catástrofes naturales", en Letelier, Raúl (coordinador), *La falta de servicio*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 303-321.
- LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2012b: "La falta de servicio. Aciertos y desafíos pendientes", en Letelier, Raúl (coordinador), *La falta de servicio*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 1-26.
- MARTÍN-CASALS, Miquel, 2013: "Causal uncertainty and Proportional Liability in Spain", en Israel Gilead, Michael D. Green y Bernhard A. Koch (editores). *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*. Berlín - Boston: De Gruyter.
- MARTÍN-CASALS, Miquel, 2016: "Proportional liability in Spain. A bridge too far?", en Miquel Martín-Casals y Diego M. Papayannis (editores), *Uncertain causation in tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press, pp. 43-66.
- MEDINA ALCOZ, Luis, 2018: *La responsabilidad proporcional como solución a la incertidumbre causal*, Madrid: Civitas-Thomson Reuters.
- MOLINARI VALDÉS, Aldo, 2004: *De la responsabilidad civil al derecho de daños y tutela preventiva civil*, Santiago: LexisNexis.
- MORÉTEAU, Olivier, 2013: "Causal Uncertainty and Proportional Liability in France", en Israel Gilead, Michael D. Green y Bernhard A. Koch (editores). *Proportional Liability: Analytical and Comparative Perspectives*. Berlín - Boston: De Gruyter.
- MÚRTULA LAFUENTE, Virginia, 2006: "Causalidad alternativa e indeterminación del causante del daño en la responsabilidad civil", en *InDret*, 2/2006. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/351_es.pdf [Fecha de consulta: 31.01.2019].
- NIVOLIANITOU, Zoe, 2002: "Risk analysis and risk management: a European insight", *Law, Probability and Risk*, Nº 1.
- NOCCO, Luca, 2006: "Causalità: dalla probabilità logica (nuovamente) alla probabilità statistica, la Cassazione civile fa retromarcia", *Danno e Responsabilità*, Nº 12.
- NOCCO, Luca, 2012: "Rilevanza delle concause naturali e responsabilità proporzionale: un discutibile revirement della Cassazione", *Danno e Responsabilità*, Nº 2.
- OLCINA CANTOS, J., 2006: "La ordenación del territorio en la mitigación de riesgos naturales en España: estudios de casos", en F. J. Ayala-Carcedo, L. Olcina Cantos, L. Laín Huerta, y

- Á. González Jiménez, Á., *Riesgos naturales y desarrollo sostenible. Impacto predicción y mitigación*, Madrid: Instituto Geológico y Minero de España, pp. 65-88.
- ONETTO, Mauricio, 2017: *Temblores de tierra en el jardín del edén. Desastres, memoria e identidad. Chile, siglos XVI-XVIII*, Santiago: Centro de Investigaciones Diego Barros Arana, Dibam.
- PALACIOS ROA, Alfredo, 2016: *Historia de los megaterremotos ocurridos en Chile entre 1647 y 1906*, Valparaíso: Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2010: "Daños en la construcción, fuerza mayor y terremotos", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° XXXIV.
- POBLETE ESPÍNDOLA, Gustavo, 2015: "La falta de servicio ante los daños generados por desastres naturales (Corte Suprema)", *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. 28, N° 1.
- POSNER, Richard A., 2004: *Catastrophe: Risk and Response*, Nueva York: Oxford University Press.
- QUÉZEL-AMBRUNAZ, Christophe, 2010: *Essai sur la causalité en droit de la responsabilité civile*, París: Dalloz.
- RAIKES, Jontathan y McBEAN, Gordon, 2016: "Responsibility and liability in emergency management to natural disasters: A Canadian example", *International Journal of Disaster Risk Reduction*, N° 16.
- RAMOS PAZOS, René, 2008: *De las obligaciones*, 3ª edición, Santiago: LegalPublishing.
- RATTI, Giovanni Battista, 2014: "Los contrafácticos en el Derecho. Un inventario de problemas", en PAPAYANNIS, Diego M. (editor), *Causalidad y atribución de responsabilidad*, Madrid: Marcial Pons, pp. 77-101.
- RÍOS ERAZO, Ignacio Javier, 2017: *Incerteza causal en la responsabilidad civil: Jurisprudencia terremoto del 27 de febrero de 2010*, Tesis para optar al Grado de Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Disponible en: <http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/150944/An%C3%A1lisis-jurisprudencial-sobre-la-responsabilidad-civil-extracontractual-del-Estado-por-falta-de-servicio-derivada-del-terremoto-y-posterior-tsunami-del-27F.pdf?sequence=1> [Fecha de consulta: 1.12.2018].
- RÍOS ERAZO, Ignacio Javier, SILVA GOÑI, Rodrigo Pascual, 2014: *Responsabilidad civil por pérdida de la oportunidad*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- RÍOS, Diego Martín, 2010: "Urbanización de áreas inundables, mediación técnica y riesgo de desastre: una mirada crítica sobre sus relaciones", *Revista de Geografía del Norte Grande*, N° 47.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, 2015: *Responsabilidad extracontractual*, 2ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SAN MARTÍN NEIRA, Lilian C., 2013: "Responsabilidad del Estado por falta de servicio "Valenzuela Flores y otros con Fisco de Chile" (Rol N° 1629-2013)", *Roma e América*, N° 34.
- SCHOPF OLEA, Adrián, 2015: "El ámbito de protección de la responsabilidad extracontractual y los daños puramente patrimoniales", *Estudios de Derecho Civil X*, Santiago: Thomson Reuters.
- SILVA AVARIA, Bárbara y RIQUELME SEGOVIA, Alfredo, 2018: *Una identidad terremotoada. Comunidad y territorio en el Chile de 1960*, Santiago: Ediciones Universidad Alberto Hurtado.
- STEEL, Sandy 2015: *Proof of Causation in Tort Law*, Cambridge: Cambridge University Press.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, 2012: "Catástrofe y fuerza mayor a propósito del terremoto y maremoto de 27 de febrero de 2010", en *Derecho y catástrofe: lecciones del terremoto*, Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 57-62.
- TAPIA RODRÍGUEZ, Mauricio, 2013: *Caso fortuito en el derecho chileno*, Santiago: LegalPublishing.
- TARUFFO, Michele, 2005: "Conocimiento científico y estándares de prueba judicial", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado* (nueva serie), año XXXVIII, N° 14, pp. 1285-1312.
- TARUFFO, Michele, 2008: "La prueba del nexo causal", en TARUFFO, Michele, *La prueba* (trad. Laura Manríquez y Jordi Ferrer), Madrid: Marcial Pons, pp. 251-276.
- TARUFFO, Michele, 2011: "La prueba científica en el proceso civil", en Ferrer, Jordi *et al. Estudios sobre prueba*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 135-186.
- TARUFFO, Michele, 2011: *La prueba de los hechos*, (4ta., edición) trad. Jordi Ferrer Beltrán, Madrid: Trotta.

- TASSONE, Bruno, 2007: "Solidarietà e parziarietà nell'ordinamento italiano, un'analisi operativa", *Danno e Responsabilità*, Nº 11, pp. 1095-1109.
- THE INTERNATIONAL BANK FOR RECONSTRUCTION AND DEVELOPMENT/THE WORLD BANK, 2011: *Peligros naturales, desastres evitables: La economía de la prevención efectiva*, Washington DC: Gondo. Disponible en: <https://www.gfdr.org/sites/default/files/publication/peligros-naturales-desastres-evitables-2010.pdf> [Fecha de consulta: 15.12.2018].
- UGARTE, A.M., SALGADO, M., y FUSTER, X., 2014: "Emergencia de sujeto político y experiencia de acción colectiva en desastres siconaturales: Análisis de casos en Santiago, Constitución y Chaitén, Chile", en Catalina Arteaga A., y Ricardo Tapia Z., (editores) *Vulnerabilidades y desastres siconaturales. Experiencias recientes en Chile* Santiago: Editorial Universitaria, pp. 117-130.
- UNISDR, 2015: *América del Sur. Enfoque para la gestión de riesgos de desastres*. Recuperado 20.07.2017, <https://www.unisdr.org/we/inform/publications/42140>.
- VELOSO VALENZUELA, Paulina, 2012: "Caso fortuito y catástrofes", en *Derecho y catástrofe: lecciones del terremoto*, Santiago: Facultad de Derecho Universidad de Chile, pp. 63-67.
- VINEY, Geneviève, 2007: *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad* (trad.) Fernando Montoy Mateus, Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- VIOLANTE, Umberto, 2004: *La responsabilità parziaria*, Nápoles: Edizioni Scientifiche Italiane.
- WEIR, Tony, 2004: "ALL or Nothing?", *Tulane Law Review*, 2003-2004, vol. 78.
- WEISS, Charles, 2003: "Expressing scientific uncertainty", *Law, Probability, and Risk*, Nº 2.
- ZORZIT, Daniela, 2012: "Il problema del concorso di fattori naturali e condotte umane. Il nuovo orientamento della Cassazione", *Danno e Responsabilità*, Nº 5.
- MEZA BARROS, Ramón, 2104: *Manuel de derecho civil: de las obligaciones*, 10ª edición, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- TRONCOSO LARRONDE, Hernán, 2011: *De las obligaciones*, 7ª edición: Santiago: LegalPublishing-Thomson Reuters.
- BRANTT ZUMARÁN, María Graciela, 2011: "El caso fortuito: concepto y función como límite de la responsabilidad contractual", en De la Maza Gazmuri, Íñigo (coordinador), *Cuadernos de Análisis Jurídico VII*, Santiago: Ediciones Universidad Diego Portales.
- FUEYO LANERI, Fernando, 2004: *Cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones*, 3ª edición, actualizada por Gonzalo Figueroa Yáñez, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BARRIENTOS GRANDON, Javier, 2016: *El código civil su jurisprudencia e historia*, Santiago: Thomson Reuters-La Ley.

Jurisprudencia Citada

- CORTE Suprema, sentencia de fecha 14 de abril de 2018, rol 18225-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 16 de noviembre de 2017, rol 4658-2017.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 17 de enero de 2018, rol 5094-2017.

Globalización y precarización laboral en Chile: una mirada desde el conflicto

Roberto Villavicencio Vega*

RESUMEN

La revolución industrial, con todas las formas de explotación del hombre por el hombre, y la resistencia nacida de la unión de trabajadores, dio nacimiento y forma inicial a nuestro derecho del trabajo, ello mediante la lucha colectiva y el conflicto producido por tal injusta situación. Lejos de superar dichos tiempos, vemos en la actualidad, con lícita preocupación, cómo el paradigma del trabajo ha cambiado producto de la globalización, enfrentándonos a un nuevo periodo de precarización. El conflicto a gran escala está, por tanto, a la vuelta de la esquina. Así, el objeto de este trabajo es preguntarnos cuál ha sido el rol del Estado frente a esta realidad, en que existe una “tensa calma”, un preludio al eventual conflicto y alteración de la paz social. Y también qué es lo que ha hecho el colectivo de trabajadores al respecto. El fin último de este ejercicio es contestar una simple pregunta: ¿Debemos preocuparnos?

Globalización – precarización – conflicto

Globalization and precarious labor in Chile: a view from the conflict

ABSTRACT

The industrial revolution, with all his forms of exploitation of man by man, and the resistance born of the union of workers, gave birth and initial form to our labour law, through collective struggle and the conflict produced by such unfair situation. Far from overcoming these times, we see today, with legitimate concern, how the paradigm of work has changed as a result of globalization, facing a new period of precarization. The large-scale conflict is, therefore, just around the corner. In this context, the object of this paper is to ask ourselves about the role of the State in this reality, characterized by a tense “tense calm”, a prelude to the eventual conflict and alteration of social peace. And also what the collective of workers has done about it. The ultimate goal of this exercise is to answer a simple question: Should we worry?

Globalization – precarization – conflict

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: rhbilla@hotmail.com.

Artículo recibido el 31 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. GLOBALIZACIÓN, PRECARIZACIÓN Y CONFLICTO

Producto de la revolución industrial, miles de trabajadores emigraron del campo hacia centros urbanos industrializados, con el objetivo de obtener mejoras en su calidad de vida. La sobreoferta de mano de obra, unida a la falta de una regulación protectora especializada, fue favorable para muchos abusos, con flagrantes atentados a sus derechos fundamentales. El descontento creció, la miseria para la clase proletaria aumentó, escalando los niveles de conflicto en forma exponencial. Surge el movimiento obrero, con conquistas lentas y muchos sacrificios. Bajo este contexto, y terminada la Primera Guerra Mundial, nace, dentro del tratado de Versalles de 1919, la Organización Internacional del Trabajo, enfocándose su declaración constitutiva en la necesidad de mejorar las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores del orbe, requisito indispensable, como en forma expresa se señala en su preámbulo, para mantener la paz social mundial y propiciar el desarrollo, aspectos que se verían reforzados con la declaración de Filadelfia, de 1944, en donde se efectuó una de las afirmaciones más importantes, precisas y directas: “el trabajo no es una mercancía”, en recta alusión al tradicional choque entre capital y trabajo.

Si bien es cierto que producto del capitalismo industrial, propio de la aludida revolución, creció la inseguridad y se mercantilizó el trabajo –y he ahí las declaraciones de la OIT reseñadas precedentemente–, esta situación de precarización fue morigerada progresivamente entrado el siglo XX, al otorgarse mayores niveles de seguridad en las economías desarrolladas. No obstante, dichas ganancias o mejoras en la protección del trabajo han sido progresivamente erosionadas por la globalización neoliberal¹, iniciada, según Standing, en 1975, periodo en que la economía se desligó de la sociedad y se buscó por parte de financistas y economistas neoliberales crear una economía global de mercado basada en la competitividad y el individualismo². Veremos a continuación, entonces, en qué consiste el fenómeno de la globalización, su estrecha relación con el neoliberalismo económico y su papel en el actual estado de precarización laboral.

1. *Globalización y neoliberalismo económico*

La mayoría de las personas utilizan cotidianamente el término globalización, aunque, es admisible decirlo, de una manera intuitiva derivada de lo descriptivo del término. En efecto, entienden que el mundo es un globo y, como tal, se encuentra conectado en todas sus partes. Sin embargo, no obstante esta aparente simpleza, dicha expresión da cuenta de un fenómeno de suyo complejo –como lo puede llegar a ser un proceso de alcance mundial–, y que ha sido en las últimas décadas objeto de una infinidad de estudios desde distintas áreas de las ciencias sociales. Varios lustros han pasado desde 1983, año que marca –según algunos–, el comienzo de la utilización pública de este concepto, a manos del académico de la Universidad de Harvard Theodore Levitt, quien

¹ HYMAN y GUMBRELL-McCORMICK, 2017, p. 2.

² STANDING, 2011, p. 27.

en su artículo titulado *The Globalization of Markets* (La Globalización de los Mercados), efectuó una declaración inicial que, no obstante la época, mantiene aún toda su vigencia:

“Una poderosa fuerza conduce el mundo hacia una comunidad convergente, y esta fuerza es la tecnología. Esta ha proletarizado las comunicaciones, el transporte y los viajes. Ha hecho de lugares aislados y pueblos empobrecidos ansiar los atractivos de la modernidad. Casi todos en cualquier lugar quieren todas las cosas de las cuales han oído, visto o experimentado a través de las nuevas tecnologías”³.

Sin perjuicio de la importancia del aspecto tecnológico, el proceso de globalización se ha caracterizado, en términos generales, por conllevar varios cambios económicos, políticos, sociales y culturales, entre otros, que han transformado el mundo de manera sostenida, lo que se ha hecho notorio en las últimas décadas debido a la cobertura global de los nuevos sistemas de comunicación. Dicho carácter multidimensional ha sido recalcado por la CEPAL, al entender la globalización como “la creciente gravitación de los procesos financieros, económicos, ambientales, políticos, sociales y culturales de alcance mundial en los de carácter regional, nacional y local”⁴. Lo interesante de esta definición, más allá de la aludida multidimensionalidad, es denotar su efecto intrínseco de alteración de las esferas nacionales merced de los procesos de magnitud mundial.

Ahora bien, no obstante la aludida dimensión múltiple de la globalización, es indudable la preponderancia del aspecto económico en su desarrollo, reconociéndose como uno de sus esenciales catalizadores la hegemonización del modelo económico neoliberal comenzada en los años 70, sistema que, como es sabido, pretende minimizar la participación del Estado como agente económico, sosteniéndose el papel del mercado como factor determinante de la vida social⁵. En este sentido, la ideología del neoliberalismo, detrás del impulso hacia la globalización, ha retratado su política de fuerzas libres del mercado como una en la que el capital ya no está restringido por el gobierno⁶, pudiendo afirmarse que su aplicación en un contexto global “ha creado “una extraña dictadura” en donde los poderes políticos de los Estados nacionales están supeditados a poderes supranacionales institucionales, “como el Fondo Monetario Internacional y la Organización Mundial de Comercio, y a los poderes fácticos, las transnacionales y las empresas financieras”⁷.

³ LEVITT, 1983, p. 307.

⁴ CEPAL, 2002, p. 17.

⁵ En este contexto, afirma Hugo Cardoso Vargas, en su artículo “El origen del neoliberalismo: tres perspectivas”, en un interesante análisis de los postulados de tres precursores del neoliberalismo actual (Herbert Spencer, Jacques Rueff y Friedrich A. Hayec), y a modo de conclusión, que ellos apuestan “a privilegiar al dios mercado en menoscabo de la política y la cultura en el ámbito nacional”.

⁶ MUNCK, 2002, p. 11.

⁷ VERGARA, 2015, p. 296.

Resulta interesante señalar que nuestro país fue, precisamente, el primer laboratorio en que se implementaron políticas neoliberales, mediante el régimen dictatorial de 1973 de Augusto Pinochet, que se sirvió, en materia económica, de las ideas de Milton Friedman mediante economistas liberales comúnmente conocidos como los Chicago Boys. Igual implantación ideológica se hizo en Argentina en 1976, durante su propia dictadura militar, instaurándose unos años más tarde en Gran Bretaña (1979) por Margaret Thatcher, haciendo lo propio Ronald Reagan en Estados Unidos en 1980, para luego propagarse esta neoliberalización por el resto de Europa y toda Latinoamérica desde finales de dicho decenio, esparciéndose, en fin, a los expaíses comunistas, en la década siguiente, adquiriendo desde ahí una hegemonía a nivel planetaria⁸, pudiéndose hablar desde entonces de una economía internacional de mercado.

2. *Globalización neoliberal y precarización laboral*

La referida implantación del modelo económico neoliberal ha tenido indudables efectos en el mundo del trabajo, siendo mayoritario el consenso en cuanto a ser uno de los principales motores de la actual precarización laboral. Y ello no solo por la indudable transformación de la estructura de las empresas y de los procesos productivos, sino que además, y por sobre todo, por la lógica necesidad, en una economía global de mercado, de hacer más competitivas a las empresas en un escenario sin fronteras, lo que se ha hecho “con cargo a las normativas de inseguridad en el empleo, al aumento de la intensidad del trabajo, a la disminución de los salarios y a la desregulación de las condiciones de protección de los trabajadores”⁹. Una prueba palpable de esto último fue la implementación en nuestro país, por parte del gobierno militar, en la década del 70, del denominado Plan Laboral –que será revisado en sus aspectos esenciales en este trabajo–, por el que se instauró una nueva institucionalidad laboral funcional al modelo económico neoliberal y que sirvió, de acuerdo con su artífice, para la recuperación y dinamismo económico, así como para la modernización de las empresas, “limpiando” la conexión que debe existir entre remuneraciones y productividad, punto neurálgico en donde “la antigua legislación había acumulado una impresionante cantidad de óxidos y adherencias estatales”¹⁰, los que no eran sino protecciones a la parte trabajadora, en su mayoría. De esta forma, la globalización, con los cambios en la estructura misma de las empresas, en que existe una concentración del capital e internacionalización de este, es un fenómeno que ha afectado a las relaciones laborales. Y este proceso, si bien concierne a las empresas, en no menor medida interesa a los trabajadores y a sus organizaciones, pues “la globalización prefigura una nueva ‘división internacional del trabajo’ y obliga al

⁸ Véase FAIR (2008), “El sistema global neoliberal”.

⁹ SOTELO, 1998, p. 92.

¹⁰ PIÑERA, 2000, p. 42.

sindicato a pensar en escala global y a internacionalizarse”¹¹. Bajo este contexto podemos hablar, entonces, de un estado de crisis, así como lo hace Antonio Baylos:

“Empleando esta noción de globalización en su versión económica, y en lo que a un jurista del trabajo interesa, este fenómeno finisecular implica una relación entre los mecanismos de circulación del capital, los sistemas financieros y la mundialización de los mercados con la regulación de los sistemas productivos y las formas de organización del trabajo, que desemboca en una crisis de las tradicionales formas de regulación de las relaciones laborales”¹².

E incluso ir más allá y sostener, como lo hace Gamonal, la existencia de una nueva Cuestión Social, debido al surgimiento de nuevos problemas sociales sobre la base de una inequidad similar a la de fines del siglo XIX, precarizándose el trabajo de millones de personas e imponiendo nuevos desafíos al derecho laboral¹³.

3. *Precarización laboral y conflicto*

El fenómeno de precarización se encuentra, entonces, íntimamente ligado con el de globalización neoliberal, siendo objeto de numerosos estudios desde diversos campos del saber, constituyendo aun un concepto polifacético por su complejidad. No obstante esto, para los fines del presente trabajo, y tomando en cuenta una definición general elaborada por la Oficina de Actividades para los Trabajadores (ACTRAV) de la Organización Internacional del Trabajo¹⁴, la entenderemos simplemente como un estado de incertidumbre e inseguridad de la parte trabajadora, producto de políticas progresivas de desprotección. Se trata esta de una definición que si bien es cierto se encuentra lejos de ser descriptiva del fenómeno, sitúa el foco en el efecto negativo que este tipo de políticas produce en los trabajadores, y que nos interesa sobremanera por su clara incidencia en la incubación de un estado relevante de conflicto.

Para el caso de Chile esta última afirmación no es osada, pues, “la tendencia a la precarización del trabajo en las últimas tres décadas constituye un problema para las

¹¹ PÉREZ DE LOS COBOS, 2010, p. 441.

¹² BAYLOS, 2001, p. 38.

¹³ GAMONAL, 2011, p. 11.

¹⁴ “En el sentido más general, el trabajo precario es un medio utilizado por los empleadores para trasladar los riesgos y las responsabilidades a los trabajadores. Es el trabajo que se realiza en la economía formal e informal y que se caracteriza por niveles variables y grados de particularidades objetivas (situación legal) y subjetivas (sensación) de incertidumbre e inseguridad. Si bien un trabajo precario puede tener diversas facetas, se lo suele definir por la incertidumbre que acarrea en cuanto a la duración del empleo, la presencia de varios posibles empleadores, una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, un salario bajo y obstáculos considerables tanto legales como prácticos para afiliarse a un sindicato y negociar colectivamente” (Políticas y regulaciones para luchar contra el empleo precario, Organización Internacional del Trabajo, Ginebra, 2011).

pretensiones políticas gubernamentales de integración y cohesión social”¹⁵. Y se advierte, por lo demás, del sentir de los trabajadores respecto de la desigualdad ocasionada por este proceso, que aparece claro de reflexiones emanadas, por ejemplo, de la Central Unitaria de Trabajadores, como la siguiente:

“La globalización entendida como el desarrollo omnipotente del capitalismo financiero y del paradigma ideológico neoliberal, al mismo tiempo concede todas las libertades a las fuerzas del mercado y limita el espacio para el accionar regulador del Estado. Deslegitima la acción de las organizaciones sociales y sindicales, provocando su dispersión y atomización, promoviendo el individualismo, la incertidumbre, la precariedad y el descrédito de la acción colectiva; generando el aumento constante del desempleo, del empleo informal, la precarización del trabajo, la desprotección social y flexibilidad laboral”¹⁶.

Debemos, de todas formas, poner las cosas en perspectiva, y entender que en una economía de mercado el conflicto laboral siempre existirá, debido a la lógica contraposición de intereses entre las partes de la relación laboral. Así, al dueño de los medios de producción le interesará maximizar la productividad para efectos de acrecentar el capital, en tanto que los trabajadores aspirarán a ampliar su participación en las ganancias generadas gracias a su trabajo (y ello no solamente en términos puramente económicos, sino que de estabilidad y protección). Y si bien esta constante tensión es poco deseable, no es por sí misma preocupante. Las alarmas se activarán, indudablemente, ante la exacerbación de dicha discordancia de intereses, por la generación de un entorno desfavorable para alguna de las partes. De esta forma, por ejemplo, “es probable que un cambio en el entorno político, de uno favorable a los derechos de los empleados y la protección laboral a otro con valores conservadores e impulsados por la flexibilización de las normas que regulan el mercado laboral, traiga como consecuencia intentos de atenuar el poder de los sindicatos y, por tanto, confrontaciones y conflictos entre empleados y empleadores”¹⁷. Y justamente esto es lo que sucede actualmente según lo reseñado en anteriores párrafos. En efecto, la progresiva precarización, unida al debilitamiento de la acción de los sindicatos –como tendremos oportunidad de ver–, constituye un entorno que profundiza la discordancia de intereses entre las partes de la relación laboral, catalizador indudable de eventuales conflictos.

Lo dicho cobra sentido si consideramos, desde el punto de vista del trabajador, el contexto general de esta precarización, constituida, entre otros, por la tendencia a reemplazar la contratación indefinida por la de plazo fijo o por obra o faena, esto por necesidades propias del funcionamiento de las empresas más que por la naturaleza misma de las labores contratadas, la utilización cada vez mayor de figuras triangulares

¹⁵ JULIÁN, 2018, p. 3.

¹⁶ ZAMBRANO, 2003, p. 2.

¹⁷ CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN DE LA OIT, 2013, p. 12.

de intermediación, como la subcontratación, la filialización, la externalización, la tercerización, el *outsourcing* y otros, así como la tendencia a la flexibilización de la terminación del contrato de trabajo mediante la utilización de fórmulas ligadas a las necesidades propias de la empresa¹⁸, situaciones de las que se derivan consecuencias como un lógico aumento de la sensación de desprotección e inseguridad de la parte trabajadora, percibidas como injustas atendidas las ganancias de la empresa –económicas y en derechos–¹⁹.

Si simplificamos la ecuación, quedaría de la siguiente forma: la globalización neoliberal ha provocado un aumento progresivo de la precarización laboral, creando un entorno de desprotección e inseguridad para la parte trabajadora, acentuándose así la tradicional contraposición de intereses con el empleador, dando como resultado la incubación de un potencial estado de conflicto. Veremos a continuación, entonces, qué rol ha tenido el Estado en esta dinámica y qué han hecho, por su lado, los trabajadores.

II. ¿QUÉ HA HECHO EL ESTADO AL RESPECTO?

1. *Estado y conflicto*

Los conflictos del trabajo son de esencial preocupación, lo que explica las importantes declaraciones contenidas en el preámbulo de la Constitución de la OIT, en cuanto a que “existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales”, existiendo en las Altas Partes Contratantes, entonces, “sentimientos de justicia y de humanidad” así como “el deseo de asegurar la paz permanente en el mundo”. La regulación del trabajo, por tanto, no es un tema que pase simplemente por mayores o menores niveles de bienestar individual, sino que, al verse involucrado el principal –y por lo general único– medio de sustento y provisión de las necesidades básicas del ser humano, logrado con la permanente y obligatoria entrega de las fuerzas físicas e intelectuales de la persona, es de simple lógica que todo atisbo de injusticia sea un conflicto en potencia que pueda, en última instancia, perturbar la paz social al compartir los diversos grupos de trabajadores las mismas miserias o privaciones.

¹⁸ MORGADO, 2002, p. 10.

¹⁹ La siguiente reflexión de un dirigente sindical de una empresa contratista es un ejemplo palmario de ello: “Primero es una cuestión súper complicada, porque uno parte en esto formando un sindicato, primero dentro de una empresa contratista, con la visión claramente como trabajador teniendo alguna noción del cómo funciona el sistema de subcontratación. Uno parte en esto con la visión de hacer valer los derechos laborales, pero al poco andar uno se da cuenta que la problemática no es netamente reivindicativa, sino que es una problemática mucho más de fondo, más de sistema, más de cómo funciona esto, y lógicamente, por ejemplo, desde la empresa contratista es una situación muy hostil, porque además es muy evidente las tremendas ganancias que tienen las empresas contratistas a costa de la mano de obra del trabajador, o la plusvalía del trabajador” (BALTERA y DUSSERT, 2010, p. 54).

De esta forma, dependiendo la paz social de las naciones de la existencia de condiciones laborales justas y equitativas, es claro que al Estado le compete un rol esencial, ya sea como órgano productor de normas sustantivas tendientes a regular los diversos aspectos del trabajo subordinado con el fin de evitar situaciones que puedan producir conflictos con las consecuentes perturbaciones a la paz social, o bien como promotor y garante de sistemas tendientes a su prevención o resolución. Y esta idea se advierte en nuestra legislación ya en el Decreto con Fuerza de Ley Nº 178, por el que se fijó el texto refundido del Código del Trabajo de 1931, en cuya parte considerativa se expuso que los objetivos buscados con esta codificación “deben estimarse de urgencia, puesto que atienden a llenar necesidades que atañen íntimamente al bienestar, a la paz y a la justicia social”.

Ahora bien, como anotan los profesores Novoa y Thayer, “El derecho del trabajo es cambiante, se encuentra siempre en estado de mutación. En una determinada época puede haber un gravísimo problema social que amerita la dictación de normas tendientes a resolverlo; con el tiempo ese problema social puede aminorarse, e incluso desaparecer, con lo que las normas que a su respecto se dictaron quedan obsoletas; pero los problemas sociales cambian, aparecen otras realidades sociales que exigen del Estado su nueva intervención normativa”²⁰. Y efectivamente, como aparece de lo expuesto en el anterior número, hemos sido testigos de profundos cambios en las relaciones del trabajo producto de la globalización, que han provocado nuevas realidades –dentro de estas se encuentra la tendencia a la precarización– que, sin lugar a dudas, contienen un germen de conflicto. La pregunta es pertinente entonces: ¿Qué rol ha cumplido el Estado en este contexto? ¿Qué respuesta ha otorgado?

2. *Evolución normativa. Breve reseña*

Mediante el Código del Trabajo de 1931, primera instancia codificadora de nuestro país en materia laboral, se estableció un sistema de relaciones laborales con un carácter protector del trabajador en sus relaciones individuales, consagrando un conjunto de derechos en favor de este que fue ampliado progresivamente, estableciendo, por su parte, en el aspecto colectivo, un modelo rígido, al reconocer el derecho de sindicación únicamente a los trabajadores del sector privado, reservando la negociación colectiva solo para algunas organizaciones, existiendo una baja cobertura de este procedimiento²¹. No obstante esto último, se puede decir, de todas formas, que este primer Código del Trabajo consagró “una fuerte intervención del Estado en la relación laboral, constituyendo un avance notable ya que reguló de forma orgánica y completa todo el derecho individual y colectivo, los procedimientos y los tribunales encargados de las causas laborales”²².

²⁰ THAYER y NOVOA, 2007, p. 131.

²¹ ROJAS MIÑO, 2007, pp. 197, 198 y 200.

²² GAMONAL, 2011, p. 83.

El Código del Trabajo de 1931 estuvo vigente aproximadamente cuatro décadas, durante estas se introdujeron diversas reformas “que tuvieron por objeto igualar el trato ofrecido a los trabajadores que tenían, en la ley o en los hechos, mayores privilegios, con aquellos dependientes que se encontraban en una posición más desventajada”²³, siendo las más importantes aquellas introducidas entre 1964 y 1973²⁴. Como es bien sabido, el fin de este Código se produjo con la dictadura militar, en que se dictaron varios decretos leyes en los que se expresó el denominado “Plan Laboral”, que no es más que la institucionalidad laboral creada e impuesta por dicho régimen y que fue recogida finalmente en el Código del Trabajo de 1987.

En concordancia con la visión económica de dicho gobierno, se impusieron reformas liberales, fundamentalmente mediante dos leyes tendientes a regular a las organizaciones sindicales y la negociación colectiva (Decreto Ley 2.756 y 2758, respectivamente), modificándose además otros cuerpos normativos para darle coherencia al modelo. En términos gruesos, en materias colectivas, se regularon aspectos orgánicos y de funcionamiento de las organizaciones sindicales, estableciendo varias categorías de sindicatos y entregando normas tendientes a legitimar el actuar sindical altamente politizado –en concepto de dicho régimen–; se sometió a los sindicatos a la fiscalización de la Dirección del Trabajo; se radicó la negociación colectiva en la empresa otorgándose la titularidad del proceso no solo al sindicato sino que también a grupos de trabajadores unidos para negociar colectivamente; se contempló en términos amplios y sin mayores requisitos el reemplazo de los trabajadores en huelga, etc. Y en el aspecto individual se derogó la Ley N° 16.757 por la que se prohibía la ejecución, mediante contratistas o concesionarios, de los trabajos inherentes a la producción principal y permanente de una industria, o de reparación o mantención habitual de sus equipos, abriendo paso, entonces, y en forma amplia, a la subcontratación y tercerización²⁵; se derogaron normas legales que incidían en los sistemas de remuneración; se derogó el permiso biministerial para despedir colectivamente a trabajadores; por lo demás, mediante el Decreto Ley N° 2200, de 1978, se volvió a un sistema de libre despido, estableciéndose la causal de desahucio escrito de una de las partes.

Ahora bien, así como indica la profesora Irene Rojas, mediante el modelo normativo del Plan Laboral se estableció un Derecho Individual del Trabajo de carácter flexibilizador (con disminución de beneficios y sanciones por su incumplimiento) así como desregulador (se dejó de regular diversos aspectos de las relaciones individuales de trabajo), rigidizándose al máximo el Derecho colectivo del trabajo, limitando el

²³ LIZAMA PORTAL, 2011, p. 119.

²⁴ Por ejemplo, la Ley N° 16.455, de 6 de abril de 1966, sobre terminación del contrato de trabajo, que consagró la estabilidad relativa en el empleo, con medidas tales como la regulación del despido colectivo o la posibilidad de reincorporación al trabajo o indemnización para el trabajador despedido improcedente o injustificadamente.

²⁵ Esta prohibición, según José Piñera, “introducía a todas luces una rigidez inaceptable en la economía y contrariaba no sólo los supuestos de la economía social de mercado sino también la tendencia mundial a la descentralización de las estructuras empresariales y productivas (PIÑERA, José, 1990, p. 27).

poder de la organización laboral ya sea como expresión de sus reivindicaciones directas o como expresión sociopolítica en representación de los sectores laborales²⁶, pudiendo decirse, en definitiva, que “no se trató de un accidente o incidente histórico, sino de la concepción de toda una legislación inspirada en la desarticulación de la acción colectiva y en la mayor desarticulación posible de las relaciones individuales del trabajo”²⁷, siendo claro que el criterio económico fue la guía esencial para las reformas impuestas, lo que queda patente de diversas declaraciones efectuadas por su propio artífice, José Piñera, ministro del Trabajo de la época, y que se leen en diversas partes de su libro, peculiarmente llamado *La Revolución Laboral*²⁸.

La consolidación del Plan Laboral se efectuó mediante la Ley Nº 19.620, publicada el 6 de julio de 1987, en esta se aprobó el texto del Código del Trabajo, instancia que recogió la normativa laboral vigente a dicha fecha, impuesta por el régimen militar, con algunas modificaciones concordantes con los principios económicos y políticos imperantes, texto cuya base ideológica se mantiene, siendo “retocado”, con mayor o menor extensión, en diversas oportunidades. Y así es como en la actualidad tenemos, desde el punto de vista individual, algunas disposiciones que en pos de la flexibilidad han precarizado la situación de miles de trabajadores de nuestro país, acrecentando los niveles de inseguridad, y que revisaremos a continuación en sus manifestaciones más ostensibles.

3. *Figuras temporales de contratación*

Nuestra legislación laboral contempla contratos temporales sujetos a muy pocas exigencias y cuya utilización se ha incrementado en el último tiempo. Dentro de estos encontramos, en primer lugar, al contrato de plazo fijo, regulado en el número 4 del artículo 159 del Código del Trabajo, norma que dispone que su duración no podrá exceder de un año, pudiendo ser incluso de dos años tratándose de gerentes o personas que tengan un título profesional o técnico otorgado por una institución de educación superior del Estado o reconocida por este. Aquí, la situación es sencilla: el contrato dura hasta la fecha pactada y se termina por ese simple hecho.

En la misma disposición citada, pero en el número 5, encontramos al otro contrato temporal, denominado comúnmente por obra o faena, cuya duración está supeditada a

²⁶ ROJAS MIÑO, Irene, 2007, p. 202.

²⁷ ERMIDA, O., 2000, *La flexibilidad*, FCU, Uruguay, citado por UGARTE, 2004, p. 32.

²⁸ Dentro de los mitos arraigados en el derecho laboral, afirma José Piñera, está la creencia de que “La normativa laboral chilena fue hija de ‘corazones sangrantes’ y de razonamientos débiles. Los textos de estudios parten invariablemente con inflamadas declaraciones de redención social. Pero nada dicen acerca de cómo mejorar en la realidad las condiciones de vida de la gente. No obstante que el mercado laboral es una realidad eminentemente económica –puesto que juegan un rol clave los conceptos de costo, productividad, competencia y demanda– el lenguaje que se usa es de fibra inconfundiblemente emocional. No hay político, no hay abogado ‘con sensibilidad social’, no hay agitador, no hay vicario ‘progresista’ ni hay comunicador social de ‘avanzada’, que no pueda dar en cualquier momento una encendida conferencia sobre el tema de la equidad en las relaciones laborales. Pero nunca estas proclamas contienen soluciones viables y coherentes a los problemas; son solo expresión de buenos deseos” (PIÑERA, José, 1990, p. 15).

la conclusión de la obra o servicio precisados por las partes en el contrato, no existiendo mayores restricciones temporales en su ejecución, toda vez que puede abarcar desde un simple subproceso hasta la totalidad de la obra. Por ejemplo, en la construcción de un puente podemos encontrar a dependientes contratados exclusivamente para el trabajo de pintura de las barandas, a cuyo término cesará la relación laboral con una duración sustancialmente menor a aquel trabajador que fue contratado para el total de la obra. De todas formas, ambos trabajadores saben que el contrato terminará, indefectiblemente, aunque en tiempos distintos que ignoran.

Si bien es cierto que la existencia de ambos contratos depende de la voluntad de las partes —pues el plazo del contrato es una estipulación esencial, de acuerdo con el artículo 10 N° 6, y como estipulación es, al final del día, un acuerdo de voluntades—, bien sabemos que la contratación laboral obedece a una lógica de adhesión, pues el trabajador, individualmente considerado, simplemente debe aceptar las condiciones determinadas por el empleador si pretende trabajar.

Se trata de formas de contratación demasiado atractivas para muchas empresas, que basan sus actividades en proyectos sucesivos transitorios —como las empresas constructoras—, pues logran sus objetivos comerciales con una flexibilidad de salida envidiable, al gozar de una causal de término del contrato objetiva y que no implica el pago de indemnizaciones para la mano de obra empleada —contrato a plazo fijo— o bien el pago de una indemnización menor (contrato por obra o faena) atendida su general corta duración²⁹, abaratándose el costo de este factor de la producción. No obstante, desde el punto de vista de la parte trabajadora la historia es otra. Se trata de contrataciones meramente transitorias, sabiendo de antemano el dependiente que su fuente de ingresos perecerá ineludiblemente verificadas las condiciones para ello, no pudiendo proyectarse económicamente más allá de estos límites temporales —ni siendo sujetos atractivos para el sistema financiero—, y teniendo la conciencia, además, de que al término de su contratación no se recibirá ningún tipo de indemnización o bien una de exiguo monto para sustentar sus necesidades personales y familiares hasta su próxima inserción laboral, no siendo suficiente el seguro de cesantía³⁰, circunstancias que naturalmente inciden en una creciente sensación de inseguridad y desprotección.

El problema se agudiza ante la eventual utilización de contrataciones temporales para casos cuestionables, extendiéndose este precario sistema de vinculación laboral a un número mayor de trabajadores. Así ha sucedido en el caso de contratos por obra o faena vinculados a contratos administrativos, en que se desarrollan labores que por su naturaleza son permanentes (aseo, ornato, seguridad, entre otros), trasladando el riesgo

²⁹ De acuerdo con el nuevo inciso tercero del artículo 163 del Código del Trabajo, incorporado mediante Ley N° 21.122, los contratos por obra o faena celebrados desde el 1 de enero de 2019 contemplan una indemnización especial de 2,5 días por cada 30 días de trabajo.

³⁰ El 50% de los trabajadores sujetos a contratos de duración determinada disponen de periodos no contributivos que duran más de 3 meses (datos de 2015), lo que impide su acceso al Fondo de Cesantía Solidario (OCDE, 2018).

comercial del término de la concesión desde la empresa a los trabajadores³¹. Y esto no es más que un efecto de la escasa regulación legal de esta figura.

Por último, si hablamos en términos estadísticos, podemos advertir un aumento de este tipo de contrataciones. En efecto, en 1998 la tasa de contratación por obra o faena fue de 10,1% en tanto que la de plazo fijo fue de 6,91%, sumando estas dos formas de vinculación temporal 17,10%³². Por su parte, en el 2014 el porcentaje de contratación por obra o faena fue de 11,6% y la de plazo fijo de 12,1%³³, sumando 23,7%, decreciendo la tasa de contratación indefinida, entre estos dos periodos, de 81,2% a 74,7%. Por tanto, el número de trabajadores afectados por esta situación ha aumentado, lo que explica la preocupación mostrada por el movimiento sindical, según veremos.

4. *El contrato indefinido tampoco es la panacea (flexibilización del término del contrato de trabajo)*

Aun cuando en términos generales la contratación indefinida es la que mayor seguridad y estabilidad otorga al trabajador, no puede obviarse el sistema de despido que existe en nuestro país, que si bien y en general es causado, tiene un elemento extremadamente flexibilizador en la causal de necesidades de la empresa, contemplada en el artículo 161 del Código del Trabajo. En efecto, si bien esta causal debe fundarse en las circunstancias objetivas contempladas en esta norma –generando el derecho del trabajador a percibir indemnización por años de servicio–, el no hacerlo implica para el empleador, únicamente, el recargo de dicha indemnización en 30%, debiendo recurrir el dependiente a un procedimiento judicial para su cobro. De esta forma, la decisión de despido puede pasar, muchas veces, por consideraciones meramente económicas, sirviendo en los hechos esta causal como un simple mecanismo de reemplazo de trabajadores.

Y el problema puede agudizarse si consideramos que en muchas ocasiones no existirá, ni siquiera, la obligación del empleador de pagar la aludida indemnización ni menos el aumento. Ello ocurrirá cada vez que un trabajador es despedido por esta causal no habiendo enterado un año en la empresa, simplemente por la forma en que se encuentran redactadas las normas en juego³⁴, siendo poco el incentivo para impugnar

³¹ El uso de contratos por obra o faena vinculados a contratos administrativos licitados fueron referendados inicialmente por la Corte Suprema en sentencias Rol 538-2018 y 3276-2010, tendencia que fue revertida por el mismo tribunal mediante Sentencia de Rechazo de Unificación de Jurisprudencia de 18 de noviembre de 2014. No obstante, es admisible tener en cuenta la posibilidad de variación de criterios como se ha observado en otras materias.

³² ENCLA, 1998.

³³ ENCLA, 2014.

³⁴ Se establece en el artículo 168, inciso primero, del Código del Trabajo, que “El trabajador cuyo contrato termine por aplicación de una o más de las causales establecidas en los artículos 159, 160 y 161, y que considere que dicha aplicación es injustificada, indebida o improcedente, o que no se haya invocado ninguna causal legal, podrá recurrir al juzgado competente, dentro del plazo de sesenta días hábiles, contado desde la separación, a fin de que éste así lo declare. En este caso, el juez ordenará el pago de la indemnización a que se refiere el inciso cuarto del artículo 162 y la de los incisos primero o segundo del artículo 163,

judicialmente el despido en estas condiciones (de ganar el litigio el trabajador solo obtendría la indemnización sustitutiva del aviso previo, es decir, una remuneración mensual, y sin el recargo del 30%).

De esta forma, no es errada la afirmación efectuada por el profesor Ugarte, en cuanto a que el término del contrato de trabajo por la causal de necesidades de la empresa corresponde, lisa y llanamente, a un libre despido encubierto³⁵.

5. *Descentralización y tercerización*

Una de las consecuencias de la globalización es la descentralización productiva, por la que se abandona el paradigma de la empresa unitaria, omnicompreensiva de todas las etapas del proceso productivo en que se basaba el modelo fordista, externalizándose muchos de estos subprocesos con el fin de ser desarrollados por otros sujetos, manteniendo la unidad principal, en muchas ocasiones, únicamente el control de las actividades centrales o nucleares.

Esta externalización ha supuesto el surgimiento de relaciones de naturaleza triangular, que se originan “cuando la actividad desplazada hacia fuera de la empresa, es asumida por una empresa, en principio, distinta y ajena, que asume la ejecución de dicha tarea desplazada con el uso de sus propios trabajadores, generando una suerte de triángulo laboral: la empresa que externaliza, la empresa que asume la actividad productiva externalizada y los trabajadores de esta última, que prestan servicios en los hechos para ambas”³⁶. Así, “la consecuencia laboral de estos procesos es que un número sorprendente de personas que trabajan para las empresas ya no son empleadas de ellas”³⁷, entrando al juego un tercer sujeto empresarial. Y esta tercerización:

“(…) precariza el empleo, ya que lo hace altamente inestable, reduce el nivel de remuneraciones y de la protección de la seguridad social y laboral. La subcontratación torna más frágiles las relaciones individuales y colectivas, tanto en la empresa principal como en la subcontratista. Y produce una división entre los trabajadores ‘internos y externos’. Se produce una dispersión del colectivo laboral (o conjunto de trabajadores) que trabajan para la misma empresa usuaria”³⁸.

En nuestro país, la externalización se efectúa mediante dos mecanismos legales, a saber, la subcontratación y el suministro de trabajadores, advirtiéndose altos grados de precariedad en ambos sistemas, constituyendo un factor importante de atomización

según correspondiere, aumentada esta última de acuerdo a las siguientes reglas” (subrayado agregado). El aumento, entonces, opera solo respecto de la indemnización regulada en el artículo 163 (años de servicio) y no respecto de la del inciso cuarto del artículo 162 (sustitutiva del aviso previo).

³⁵ UGARTE, José Luis, 2004, p. 40.

³⁶ UGARTE, 2006, p. 14.

³⁷ PALAVECINO, 2006, p. 20.

³⁸ HUGHES, 2013.

de la masa trabajadora. Esto, ya que el surgimiento de unidades productivas de menor tamaño —allí donde antes existía una sola gran empresa—, unido generalmente a la utilización de formas temporales de contratación, impacta de forma negativa en los niveles de sindicalización con la consecuente ineficacia de la negociación colectiva³⁹.

A modo de conclusión de este apartado, podemos afirmar que el Estado chileno ha propiciado un modelo de regulación de las relaciones individuales del trabajo eminentemente flexible, que ha dejado llano el camino hacia la precarización laboral, no siendo excepción nuestro país al fenómeno de globalización capitalista analizado en la primera parte y que se basa en aspectos eminentemente económicos a la hora de regular el trabajo.

III. ¿QUÉ HAN HECHO LOS SINDICATOS?

Hemos visto cómo la forma de organización del trabajo se ha modificado, producto de los cambios económicos observados a nivel global, realidad a la que no ha escapado Chile. También hemos advertido un fenómeno preocupante, cual es el supeditar —o al menos adecuar— el derecho del trabajo a la economía. Ello es así desde el Plan Laboral, no cambiando esta realidad de manera sustancial aún de vuelta a la democracia y gobiernos de centro izquierda mediante.

Sin embargo, creo que hay que separar las aguas. Si bien es cierto que hemos asistido a un proceso de flexibilización progresiva, ello no es sino una consecuencia de la transformación económica señalada y a cuyo respecto no hay mucho que hacer —algunos dirán que son los nuevos tiempos, yo simplemente digo que hay batallas que no se pueden ganar, sobre todo cuando se trata de ganarle al capital—. Lo preocupante es que más allá de las incidencias negativas de este fenómeno en aspectos sustanciales de las relaciones individuales del trabajo (contratos temporales, sistema flexible de despido, subcontratación, etc.), y que son las expresiones más ostensibles de la precarización laboral, no hay mucha esperanza de que las normas instrumentales llamadas a corregir —aunque sea en forma mínima e incluso simbólica— esta realidad, a saber, el derecho colectivo del trabajo (y que pueden considerarse, en mi concepto, como verdaderas válvulas reductoras de presión del sistema), sean objeto de las transformaciones necesarias para cumplir dicho fin.

Ya lo vimos con la última gran reforma materializada en la Ley N° 20.940. Los objetivos generales planteados al comienzo del proceso eran auspiciosos. No obstante, terminamos con una normativa que, si bien presentó algunos avances, sigue perpetuando situaciones negativas en aspectos de vital importancia. Al respecto, así como apunta el profesor Pablo Arellano en relación con esta reforma, “lamentablemente se aprecia que el contexto ideológico de la nueva redacción del libro IV, principal modificación al Código del Trabajo, mantiene los presupuestos ya establecidos en el Plan Laboral y

³⁹ En el caso de los trabajadores subcontratados o suministrados, el obstáculo objetivo para organizarse como sindicato de empresa, es su carácter o condición laboral eminentemente transitoria en la empresa en que prestan sus servicios (BALTERA, Pablo, 2015, p. 16).

en el Código del Trabajo de 1987⁴⁰, siendo incluso más aciaga la visión del profesor Gamonal, quien ha expresado que “Aunque sus autores se han esforzado por disfrazar la ley como un avance pro sindical, el retroceso y la consolidación del Plan Laboral resultan bastante claros con una lectura atenta”⁴¹.

En efecto, seguimos teniendo un procedimiento de negociación colectiva demasiado formalista, lleno de plazos y trámites, que dificultan lo verdaderamente importante, que es precisamente negociar; si bien es cierto que se derogó el reemplazo de trabajadores en huelga, se estableció la posibilidad de calificación de servicios mínimos, con hipótesis más amplias que los servicios esenciales regulados en otras legislaciones. Y relacionado con este punto, se contempla también la posibilidad de efectuar adecuaciones necesarias –que a lo mejor conceptualmente hablando se encuentran bien formuladas normativamente, pero que pueden producir problemas en los hechos, supuesta la posibilidad –no muy lejana– de extralimitar su aplicación, con el aumento de la conflictividad en el proceso (quizá, por una cuestión de política legislativa, no debió haberse considerado); no prosperó la titularidad sindical por disponerlo el Tribunal Constitucional. De esta forma, se sigue aceptando en nuestra legislación, como principio general en la materia⁴², la posibilidad de que coexistan en una misma empresa negociaciones de sindicatos con “negociaciones” promovidas por grupos transitorios de trabajadores, factor ostensible de atomización y desincentivo de la afiliación sindical; y, por cierto, la negociación colectiva sigue radicada preferentemente en el nivel de empresa, sistema cuestionable cuando nos enfrentamos con la realidad actual, constituida por la utilización cada vez mayor de la subcontratación y tercerización, en donde se subdivide el trabajo y se atomizan los procesos de negociación colectiva.

1. *El proceso de autorreforma sindical como acción colectiva de resistencia*

Ante la realidad anteriormente analizada se ha instaurado en la última década en América Latina el concepto de autorreforma sindical –aunque más desde las organizaciones de trabajadores que de la academia–, como una forma de respuesta ante la nueva forma de organización del capital. Así, como señaló en su momento Víctor Báez Mosqueira, Secretario General de la Confederación Sindical de Trabajadores y Trabajadoras de América, organización que ha impulsado esta causa en el Cono Sur, “el proceso de autorreforma pretende generar una mayor fortaleza organizacional, representación y representatividad, legitimidad e influencia en todos los niveles donde se definen y deciden aspectos que involucran derechos y condiciones de trabajo, empleo y vida, particularmente en los ámbitos de la contratación colectiva de los trabajadores y trabajadoras de cualquier condición y modalidad laboral”.

⁴⁰ ARELLANO ORTIZ, 2017, pp. 28 y 30.

⁴¹ GAMONAL, Sergio, 2016, p. 73.

⁴² La reforma laboral no dejó normas de procedimiento, pero la doctrina constitucional es la plena coexistencia de estas dos titularidades.

Se trata de una construcción fundada en la autonomía y libertad sindical reconocidas en los Convenios 87 y 98 de la Organización Internacional del Trabajo, como una forma de adecuarse a los cambios que han experimentado las relaciones de trabajo, mediante estrategias internas y externas dirigidas, en última instancia, a revertir las tendencias precarizadoras derivadas de la aplicación del modelo de economía global. El nombre de este proceso obedece a “la necesidad de autorreformular el tradicional paradigma organizativo existente en la mayoría de los países de América Latina y el Caribe”⁴³, necesidad que “se debe en gran medida al impacto de la revolución de las nuevas tecnologías en la interrelación/interdependencia de la economía y el trabajo a escala transnacional, a la implementación de estructuras innovadas de los sistemas y cadenas de producción de bienes y servicios, a conformaciones corporativas diferentes de las unidades productivas, las empresas”⁴⁴, etc. Se trata, así, de “autorreformular modelos sindicales basados en el sindicato de empresa que impuestos por las normativas legales ordinarias son en la actualidad una rémora, un obstáculo, al crecimiento y pleno desarrollo del sindicalismo libre y autónomo”⁴⁵.

Dentro de los ejes estratégicos de este proceso, en el contexto de reestructuración y reforma del movimiento sindical, se encuentran cambios en el funcionamiento de las organizaciones, cambios en los comportamientos de los dirigentes, cambios en las estructuras y cambios en la estrategia de organización/sindicalización y de alianzas, para una mayor representatividad, ejes de los que se extraen, como prioridades estratégicas, en primer lugar y en forma central, el lograr un modelo basado en la organización sectorial/territorial, y con ello la ampliación de los contenidos de la negociación colectiva y su extensión y cobertura a los ámbitos sectoriales, el incremento de las tasas de sindicalización tomando en cuenta a los trabajadores tercerizados, temporales, por cuenta propia, mujeres, jóvenes, etc., y construir unidad sindical para el éxito de los objetivos⁴⁶.

En nuestro país, el 11º Congreso Nacional de la Central Unitaria de Trabajadores, realizado el 27 y 28 de enero de 2017, versó, precisamente, acerca de esta materia, indicándose en el Resumen de Acuerdos que lo que se busca es, entre otras cosas, adecuar las estructuras sindicales actuales, fortalecer el funcionamiento democrático, innovar permanentemente la gestión sindical, mejorar y ampliar las propuestas estratégicas a base de un adecuado soporte tecnocientífico y fortalecer la acción sindical⁴⁷, quedando claro el sentir de los trabajadores en la siguiente declaración: “En un mundo donde el trabajo cambia de manera acelerada y donde la precarización del empleo y las funciones es la mayor amenaza a la que estamos enfrentados, es imprescindible que las organizaciones de trabajadores sean capaces de entender estos nuevos fenómenos y asumirlos como ejes de las estrategias de acción y organización”⁴⁸.

⁴³ CSA, CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS AMÉRICAS, 2013, p. 402.

⁴⁴ *Ibidem*.

⁴⁵ *Ibidem*.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 404 y 405.

⁴⁷ CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES, 2017a.

⁴⁸ CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES, 2017b.

2. ¿Qué proyección tiene este proceso de autorreforma?

2.1. El problema de la solidaridad

La autorreforma sindical es, sin duda, un proceso complejo, pues implica, en primer lugar, la rearticulación regional del movimiento sindical, con todos los problemas derivados de las diferencias sociales, políticas y culturales existentes entre los diversos países del Cono Sur, y que pueden influir, en última instancia, en el logro de la solidaridad necesaria para mantener un proyecto de esta naturaleza, trasladándose esta dificultad, por cierto, al orden nacional interno a causa de la heterogeneidad de la masa trabajadora producto del nuevo escenario productivo. Richard Hyman, por ejemplo, a propósito de la resistencia de los trabajadores a la globalización, afirma que no existe una crisis del sindicalismo, sino más bien una crisis de un particular modelo de sindicalismo, aquel basado en lo que él denomina como “solidaridad mecánica” (*mechanical solidarity*), aquella típica del sindicalismo del siglo XX y que se basa en la homogeneidad y similitud del colectivo de trabajadores (características propias del modelo fordista), lo que genera un sentido de unidad, debiendo reinventarse, en lo que Durkheim concibe como “solidaridad orgánica”, correspondiendo a un mejor orden de integración social basado en una coordinación flexible entre individuos diferentes e independientes. Hyman lo expresa de la siguiente forma:

“Cualquier proyecto que tenga como objetivo crear un modelo de este tipo debe reconocer y respetar las diferencias de circunstancias e intereses: dentro de los constituyentes de sindicatos individuales, entre sindicatos dentro de movimientos obreros nacionales, entre trabajadores de diferentes países. La alineación e integración de intereses diversos es una tarea compleja y difícil que requiere procesos continuos de negociación; la solidaridad real no puede imponerse por mandato administrativo, ni siquiera por mayoría de votos”⁴⁹.

De igual modo, la heterogeneidad presente en el actual mundo del trabajo, que se profundiza en las relaciones existentes entre trabajadores precarios y aquellos que aún no participan de esta realidad, constituye un desafío para la autorreforma a nivel internacional, siendo también un reto en el orden doméstico. Y los dirigentes sindicales comienzan a tener conciencia de ello, relevando “el rol de los movimientos sociales y de la solidaridad con otros sindicatos, ya que perciben allí una potencia para la generación de acciones colectivas centradas en dinámicas más ofensivas de contestación”⁵⁰.

⁴⁹ Any project aiming to create such a model must recognise and respect differentiations of circumstances and interests: within the constituencies of individual trade unions, between unions within national labour movements, between workers in different countries. The alignment and integration of diverse interests is a complex and difficult task which requires continuous processes of negotiation; real solidarity cannot be imposed by administrative fiat, or even by majority vote (HYMAN, 2001).

⁵⁰ JULIÁN, 2018, p. 10.

2.2. El problema de los frenos normativos internos

El proceso de autorreforma sindical, que es una carrera de largo aliento, y que aspira a cambios estructurales choca, en mi concepto, con una gran barrera de corto plazo, constituida por los frenos normativos presentes en nuestra legislación, que pueden, incluso, desembocar en el fracaso de dicha acción colectiva de gran escala. Efectivamente, aunque en forma progresiva se logren mayores niveles de sindicalización, se cambien las estructuras internas de las organizaciones y, en última instancia, se obtenga un entramado de colectivos cohesionados entre sí, todo ello choca, en el día a día, con las restricciones propias de los mecanismos nacionales legales de acción colectiva. Por ejemplo, el mantenimiento de la negociación colectiva radicada de manera preferente en el nivel de empresa, unido a la creciente subdivisión de las unidades empresariales, y todo ello en un marco procesal complejo, dificulta tener negociaciones robustas y, en última instancia, eficaces, pues, aun cuando dichos sindicatos de empresa formen parte de estructuras colectivas mayores, al final del día, la fuerza de la parte trabajadora llamada a equilibrar la posición negocial, reflejada eventualmente en una huelga, será única y exclusivamente la de dicha organización de empresa, que además puede resultar mermada, y en forma seria, por la mantención de los grupos de trabajadores unidos para negociar colectivamente. De esta forma, hacer frente a la tendencia normativa precarizadora, vía acción colectiva, en un sistema marcadamente heterónimo como el nuestro⁵¹, resulta, por decir lo menos, complejo.

Ello explica que los sindicatos hayan debido recurrir en los últimos tiempos a la judicialización de sus pretensiones, constituyéndose el ejercicio de la acción judicial en un mecanismo ofensivo de respuesta que si bien no es plenamente apto –por esencia– para producir cambios estructurales, al menos permite ampliar, en cierta forma, el horizonte normativo hacia mayores niveles de protección, tanto individual como colectiva, vía interpretación judicial. Así, se ha dicho que “la judicialización del conflicto colectivo no es tanto una amenaza como una realidad consolidada en Chile. Se ha incrementado desde los años 1990, por la ausencia de mecanismos institucionales que permitan a los trabajadores defender con éxito sus intereses mediante la confrontación directa con los empleadores”⁵². Y es posible agregar, que las acciones judiciales de las organizaciones sindicales han sido enderezadas no solo en contra de la parte empleadora, sino que en muchas oportunidades lo ha sido en contra de pronunciamientos o actuaciones de la autoridad administrativa, como por ejemplo Dirección del Trabajo, con el objeto de evitar doctrina contraria a sus intereses⁵³.

⁵¹ A decir del profesor Caamaño, “el desarrollo normativo de nuestro sistema de relaciones laborales colectivas ha tenido desde sus orígenes un marcado carácter heterónimo, habiendo sido la ley, más que la acción misma de los actores sindicales y empresariales, la que trazó originalmente el rumbo y el ámbito para su actuación” (CAAMAÑO ROJO, 2016, p. 383).

⁵² GUTIÉRREZ, 2015, p. 11.

⁵³ Un ejemplo reciente es el fallo de primera instancia dictado por la Corte de Apelaciones de Santiago, de 11 de octubre de 2018, causa Rol Nº 56.412-2018, dictado a propósito de una acción de protección

También se cuenta, al menos en el corto plazo, con una vía de acción legal, con el fin de hacer frente a los embates periódicos derivados de nuestro sistema normativo vigente, de tal forma de ir liberando la presión en determinadas áreas críticas, para resistir en esta carrera de largo plazo que importa el proceso de autorreforma sindical, para así lograr en el futuro los cambios estructurales sentidos por los trabajadores y necesarios para minimizar el riesgo de un estado mayor de conflicto. Por cierto que lo deseable en este escenario es que la labor interpretativa tenga como sostén principal el principio de libertad sindical⁵⁴.

IV. REFLEXIONES FINALES

La globalización neoliberal ha ocasionado un cambio trascendental en las relaciones del trabajo en las últimas décadas, aumentando alarmantemente los niveles de precariedad laboral de miles de trabajadores del orbe, no escapando nuestro país a esta realidad. Y hemos visto, además, que el Estado ha tenido una corresponsabilidad en ello, pues ha propiciado un modelo flexible de regulación de las relaciones individuales del trabajo sin entregar, como mínimo factor equilibrante, las herramientas instrumentales necesarias para que el colectivo de trabajadores enfrente esta situación de una forma medianamente efectiva, siendo un claro ejemplo de ello la reforma introducida por la Ley N° 20.940, llamada, paradójicamente, de Modernización del Sistema de Relaciones Laborales.

Por otra parte, el proceso de rearticulación del movimiento sindical, nacido de la conciencia de los trabajadores respecto del avance constante de la precarización laboral capitalista, y que apuesta por revertir esta tendencia, se encuentra en una etapa embrionaria, debiendo superar diversos escollos —como sucede en toda carrera de largo alcance—, no estando asegurado su éxito. Felizmente existen acciones de resistencia que pueden ser utilizadas por los sindicatos en el tiempo intermedio, como el ejercicio de acciones judiciales tendientes a ampliar las esferas de protección, y que sirven para liberar la presión mientras se logra el objetivo central, cual es el logro de cambios estructurales en las precarizadas relaciones del trabajo, siendo necesario el irrestricto apego al principio de la libertad sindical en aras de obtener la mayor ampliación en el espectro protector de la norma.

Pero ¿qué pasa si la acción colectiva no logra hacer frente a la tendencia precarizadora y la situación de inseguridad y desprotección se mantiene e incluso aumenta? La respuesta es simple: el conflicto será de proporciones mayores y de real preocupación.

Y ante dicha eventualidad, existen, a mi entender, a lo menos, dos escenarios posibles:

deducida por un grupo de sindicatos en contra de la Dirección del Trabajo, por el que se dejó sin efecto el Dictamen Ord. N° 3938/33, de 27 de julio de 2018, de dicho Servicio, en donde se estableció la obligación de registrar los acuerdos de grupos de trabajadores unidos para negociar colectivamente, pronunciamiento que, en todo caso, no se encuentra ejecutoriado a la fecha de redacción del presente trabajo.

⁵⁴ De hecho Gamonal expresa que ello es necesario debido al poco avance que significó la reforma de la Ley N° 20.940 (GAMONAL, 2016, p. 77).

1. El fin del derecho del trabajo en su concepción tradicional, es decir, como una normativa protectora de la parte más débil de la relación laboral, originándose un nuevo tipo de regulación jurídica del trabajo subordinado, visión, por supuesto, más adversa y poco deseable.
2. El retroceso de las políticas precarizadoras, pero como natural consecuencia de la función intrínseca del derecho del trabajo –resistida por los más románticos– de encausamiento y contención del conflicto como elementos necesarios para perpetuar el modelo de producción capitalista.

Y, por supuesto, me decanto por la última hipótesis, que exige, por cierto, que tanto la acción colectiva como la discusión y formulación de las políticas que inciden en la regulación del trabajo sean abordadas, preferentemente, desde el punto de vista del conflicto subyacente, pues, en primer lugar, y a fin de cuentas ¿no fue así como surgió nuestra disciplina jurídica?

BIBLIOGRAFÍA

- ARELLANO ORTIZ, Pablo, 2017: “Reforma laboral Ley N° 20.940 bajo el prisma de la teoría de las relaciones laborales”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, XLIX, 1er semestre de 2017.
- BALTERA, Pablo y DUSSERT, Juan Pablo, 2010: *Liderazgos sindicales emergentes*, Santiago: División de Estudios, Dirección del Trabajo.
- BALTERA, Pablo, 2015: *Las dinámicas del sindicalismo en la pequeña empresa. La mirada de los dirigentes sindicales*, Santiago: Departamento de Estudios, Dirección del Trabajo.
- BAYLOS, Antonio, 2001: “Globalización y derecho del trabajo, realidad y proyecto”, *Revista Derecho & Sociedad*, N° 17.
- CAAMAÑO ROJO, Eduardo, 2016: “Crítica a las ideas fundantes del actual modelo normativo de negociación colectiva en Chile y a su reforma”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, N° 46.
- CARDOSO, Hugo, 2006: “El origen del neoliberalismo: tres perspectivas”, *Revista Espacios Públicos*, Vol. 9, N° 18.
- CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES, 2017: Resumen de Acuerdos del 11° Congreso Nacional de la CUT sobre “Autoreforma Sindical”. Disponible en http://www.secretariageneralcut.cl/wp-content/uploads/2017/02/AUTOREFORMA_CONGRESO_2017.pdf
- CENTRAL UNITARIA DE TRABAJADORES, 2017: “11° Congreso Nacional Central Unitaria de Trabajadores de Chile”. Disponible en http://www.secretariageneralcut.cl/wp-content/uploads/2017/02/CONGRESO_CUT_2017.pdf
- CENTRO INTERNACIONAL DE FORMACIÓN DE LA OIT, 2013: *Sistemas de resolución de conflictos laborales. Directrices para la mejora del rendimiento*, Turín, Centro Internacional de Formación. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/--dialogue/documents/publication/wcms_337941.pdf
- CEPAL, 2002: *Globalización y Desarrollo*. Disponible en https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/2724/2/S2002024_es.pdf
- CSEA, CONFEDERACIÓN SINDICAL DE TRABAJADORES Y TRABAJADORAS DE LAS AMÉRICAS, 2013: *Procesos de autoreforma sindical en las Américas*,

- Ginebra, Organización Internacional del Trabajo. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---actrav/documents/publication/wcms_216326.pdf
- DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, 1998: Encuesta Laboral (ENCLA), Informe de Resultados, Santiago: Dirección del Trabajo.
- DEPARTAMENTO DE ESTUDIOS DE LA DIRECCIÓN DEL TRABAJO, 2014: Encuesta Laboral (ENCLA), Informe de Resultados, Santiago: Dirección del Trabajo.
- FAIR, Hernán, 2008: "El sistema global neoliberal", *Revista Polis*, Vol. 7, N° 21.
- GAMONAL, Sergio, 2002, *Derecho colectivo del trabajo*, Santiago: Lexis Nexis Chile.
- GAMONAL, Sergio, 2011: *Fundamentos del derecho laboral*, Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile.
- GAMONAL, Sergio, 2016: "La reforma laboral: interpretación, antinomias y vacíos", *Revista Laboral Chilena*, diciembre 2016, N° 252.
- GUTIÉRREZ, Francisca, 2015: "¿Amenaza o realidad? La judicialización del conflicto laboral en Chile", *Revista Gestión y Tendencias (GESTEN)*, Vol. I, N° 1.
- HUGHES, María Fernanda, 2013: "Re-estructuración capitalista: precariedad laboral y resistencia. La protesta de los mineros del cobre en Chile", *Horizontes Antropológicos*, Vol. 19, N° 39. Disponible en http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0104-71832013000100005
- HYMAN, Richard y GUMBRELL-McCORMICK, Rebecca, 2017: "Resisting labour market insecurity: old and new actors, rivals or allies?", *Journal of Industrial Relations*, 59 (4). Disponible en http://eprints.lse.ac.uk/84658/1/Hyman_Resisting%20labour%20market_2017.pdf
- HYMAN, Richard, 2001: "Imagined Solidarities: can trade unions resist globalization". Disponible en <http://globalsolidarity.antenna.nl/hyman2.html>
- JULIÁN, Dasten, 2018: "Precariedad laboral y estrategias sindicales en el neoliberalismo: cambios en la politización del trabajo en Chile", *Psicoperspectivas. Individuo y Sociedad*, Vol. 17, N° 1.
- LANATA, Gabriela, 2012: *Sindicatos y negociación colectiva*, Santiago: Abeledo Perrot, Legal Publishing Chile.
- LEVITT, Theodore, 1983: "The globalization of markets", *Harvard Business Review*, May-June.
- LIZAMA PORTAL, Luis, 2011: "El derecho del trabajo chileno durante el siglo XX", *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 2, N° 4.
- MORGADO, Emilio, 2002: *América: el diálogo social y los actuales procesos de cambios económicos y tecnológicos*, Lima: Oficina Internacional del Trabajo.
- MUNCK, Ronaldo, 2002: *Globalisation and Labour. The new "great transformation"*, New York: Zed Books.
- OCDE, 2018: Estudios Económicos de la OCDE, Chile. Disponible en <https://www.oecd.org/eco/surveys/Chile-2018-OECD-economic-survey-Spanish.pdf>
- OFICINA DE ACTIVIDADES PARA LOS TRABAJADORES (ACTRAV), 2011: Políticas y regulaciones para luchar contra el empleo precario, Ginebra, Organización Internacional del Trabajo. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_dialogue/@actrav/documents/meetingdocument/wcms_164288.pdf
- PALAVECINO, Claudio, 2006: *Subcontratación: régimen jurídico del trabajo subcontratado y del suministro de personal*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- PÉREZ DE LOS COBOS, Francisco, 2010: "El conflicto laboral en la actualidad: los nuevos conflictos", *Revista Ius et Praxis*, año 16, N° 1.
- PIÑERA, José, 1990: *La revolución laboral, versión resumida por el propio autor*, disponible en <http://www.josepinera.org/zrespaldo/REVOLUCION%20LABORAL%20RESUMIDO.pdf>
- ROJAS MIÑO, Irene, 2007: "Las reformas laborales al modelo normativo de negociación colectiva del Plan Laboral", *Revista Ius et Praxis*, año 13, N° 2.

- SOTELO, Adrián, 1998: "La precarización del trabajo ¿Premisa de la globalización?", *Papeles de Población*, Vol. 4, Nº 18.
- STANDING, Guy, 2011, *The precariat. The new dangerous class*, New York: Bloomsbury Academic.
- THAYER, William y NOVOA, Patricio, 2007: *Manual de Derecho del Trabajo, Derecho individual del Trabajo, Tomo III*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- UGARTE, José Luis, 2004: *Derecho del trabajo, flexibilidad laboral y análisis económico del derecho*, Santiago: Lexis Nexis Chile.
- UGARTE, José Luis, 2006: "Sobre relaciones laborales triangulares: La subcontratación y el suministro de trabajadores", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 12, Nº 1.
- VERGARA, Jorge, 2015: *Mercado y sociedad. La utopía política de Friedrich Hayek*, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile.
- ZAMBRANO, Juan Carlos, 2003: *Trabajo y sindicalismo en los nuevos tiempos*, Santiago: Oficina Internacional del Trabajo.

Principio de suficiencia y prestaciones mínimas de Seguridad Social: una revisión desde el derecho al mínimo de existencia alemán

*Alexandre de le Court**

RESUMEN

El Tribunal Constitucional federal alemán consagró en 2010 un derecho subjetivo exigible a una prestación de Seguridad Social garantizando el mínimo de existencia, fundado en el derecho a la dignidad establecido en el artículo 1 de la Ley Fundamental y la cláusula de Estado social. La determinación del nivel concreto de esta prestación se sitúa dentro del margen de apreciación del legislador, pero este tiene que justificar que esta determinación refleja correctamente las necesidades de los beneficiarios y no puede ser manifiestamente insuficiente. Aunque la Constitución chilena no contiene de manera explícita una cláusula de Estado social, la evolución de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema acerca de derechos sociales permite desarrollar una perspectiva similar a la alemana en el análisis de las prestaciones de Seguridad Social, para dar una definición jurídica más elaborada del principio de suficiencia como elemento del contenido esencial del derecho constitucional a la Seguridad Social. Desde esta perspectiva, las prestaciones mínimas analizadas (Pensión Básica Solidaria y Prestación a cargo del Fondo Solidario de Cesantía) vulneran el principio de suficiencia, tanto por su nivel bajo como por su método de determinación legislativa.

Seguridad Social – principio de suficiencia – obligaciones del legislador

Sufficiency principle and minimum Social Security benefits: an analysis from the perspective of the German right to a minimum of subsistence

ABSTRACT

The German Federal Constitutional Court recognized in 2010 a subjective, claimable right to a Social Security benefit guaranteeing the subsistence minimum, based on the right to dignity of art. 1 of the Basic Law and the social state clause. Determining the concrete level of the benefit remains within the margin of appreciation of the legislator, provided that the method of determination reflects the real needs of the beneficiary and the benefit is not manifestly insufficient. Although the Chilean Constitution does not contain an explicit social state clause,

* Licenciado en Derecho, Universidad Católica de Lovaina, Bélgica. Doctor en Derecho, con mención internacional, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Universidad Pompeu Fabra, España. Correo electrónico: Alexandre.delecourt@upf.edu.

Artículo recibido el 2 de enero de 2019 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

the evolution of the jurisprudence of the Constitutional Court and the Supreme Court on social rights allows the development of a similar perspective for the analysis of Social Security benefits, giving thus a more elaborate legal definition of the principle of sufficiency as part of the essential content of the constitutional right to Social Security. From that perspective, both the level of the minimum benefits assessed in this article (Basic Solidary Pension and Benefit from the Solidary Unemployment Fund) as their method of determination are not in line with the principle of sufficiency.

Social Security – sufficiency principle – obligation of the legislator

I. INTRODUCCIÓN

El principio de suficiencia es señalado tanto por la doctrina como por la jurisprudencia chilena como principio rector de la Seguridad Social, en el marco de la definición del contenido esencial de este derecho¹. A su vez, la doctrina española lo sitúa como elemento de “recognoscibilidad” de la garantía institucional que conforma la Seguridad Social en la Constitución de 1978². Implica, a grandes rasgos, que el sistema de Seguridad Social³ ha de cubrir las diferentes contingencias (o estados de necesidad provocados por el surgimiento de un riesgo social, como el desempleo y la vejez, entre otros) que accionan la protección⁴, y que las prestaciones destinadas a cubrir las contingencias “alcancen a cubrir los estados de necesidades por parte del Estado”⁵.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia de ambos ordenamientos han desarrollado de manera muy escasa su contenido. Una de las razones que podría explicar esta falta de substanciación es la visión tradicional, según esta, al tratarse de la Seguridad Social de un entramado complejo de sistemas destinados a cubrir contingencias muy diversas e implicar la destinación de una parte importante de los recursos a disposición del Estado, la definición constitucional del derecho a la Seguridad Social releva esencialmente de la responsabilidad del legislador, y de las mayorías políticas que se forman a lo largo del tiempo.

Teniendo ello en cuenta, y como contribución a los debates respecto del tema, este artículo intenta definir de manera más precisa el principio de suficiencia en cuanto se refiere a las prestaciones. Dentro de este concepto, se centra en la suficiencia como

¹ NOGUEIRA ALCALÁ, 2009, define el derecho a la Seguridad Social como el “derecho exigible constitucionalmente por todos a tener un sistema razonable y racional de prestaciones en caso de enfermedad, invalidez, maternidad, accidente laboral, vejez o muerte y a tener un acceso en condiciones de igualdad y sin discriminación a prestaciones uniformes básicas, de acuerdo con los procedimientos y límites jurídicamente establecidos, brindado por instituciones públicas o privadas”. Ver también SILVA GALLINATO, 2017.

² ALARCÓN, 1999; LÓPEZ LÓPEZ, 2003.

³ Que se podría definir como el conjunto de normas, instituciones y medios materiales para satisfacer el derecho a la Seguridad Social. Para otras definiciones, ver HUMERES NOGUER, 2009, 16.

⁴ En lo que se puede solapar con el principio de universalidad objetiva, o integralidad.

⁵ Definición dada por José Ramón Camiruaga, asesor jurídico de la Superintendencia de la Seguridad Social en la Sesión Nº 204 del 27 de abril de 1976 de la Comisión Ortúzar. Ver BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, año desconocido, p. 25.

concepto legal garantizando unas prestaciones mínimas. Para ello, y ya que los debates acerca del contenido del derecho a la Seguridad Social (y de los derechos sociales presenciales en general) tienen como eje central el margen de apreciación del legislador en su definición (y la correspondiente supuesta falta de idoneidad y legitimidad de los tribunales en esta tarea en caso de su judicialización), se quiere buscar cuáles son los criterios jurídicos que definen los límites de este margen de apreciación, y en qué medida el legislador tiene obligaciones positivas reclamables en cuanto a su definición.

En este contexto, la jurisprudencia constitucional alemana respecto del mínimo de existencia es un buen punto de partida en tanto consagra un derecho subjetivo exigible a una prestación mínima integrando el *Sozialrecht* y cubriendo las necesidades para una vida digna. A continuación se analiza si la misma perspectiva podría ser desarrollada en el ordenamiento jurídico chileno, antes de proceder a definir jurídicamente el principio de suficiencia como contenido esencial del derecho a la Seguridad Social. Finalmente se hace un análisis crítico de algunas prestaciones mínimas de Seguridad Social chilenas, desde la perspectiva desarrollada.

II. LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL ALEMANA SOBRE EL MÍNIMO DE EXISTENCIA COMO PUNTO DE PARTIDA

Las reformas *Hartz*⁶, desarrolladas a principios de este siglo en Alemania, supusieron la transformación efectiva del sistema de protección por desempleo, el que estaba orientado a proteger el estatus de los trabajadores, hacia un sistema universal, activador y dependiente de los ingresos centrado en la comunidad de convivencia. El sistema de seguro contributivo se hace llamar *Arbeitslosengeld I* (prestaciones de desempleo I) y el sistema no contributivo (en todos sus aspectos), transformado en un sistema de protección por desempleo universal y subsidiario con absorción de los antiguos sistemas de desempleo complementarios y diversas prestaciones de asistencia social, *Arbeitslosengeld II* o *ALGII*. La prestación *ALGII* consiste en un importe fijo, determinado por ley y gestionado por la Administración federal, y un importe cubriendo los costes de alojamiento, de calefacción y costes excepcionales, variables en función del lugar de residencia, y gestionado por las municipalidades.

La reforma *Hartz IV*, que creó el sistema de *ALG II*, tuvo un impacto relevante para la judicialización de los derechos sociales en general. En 2010, en una decisión que lleva el mismo nombre que la reforma, el Tribunal Constitucional Federal alemán aprovechó la ocasión de un recurso de inconstitucionalidad contra varios aspectos de la ley *Hartz IV* para declarar, por primera vez, que la Ley Fundamental alemana (artículo 1 sobre el derecho a la dignidad leído en conjunto con el artículo 20.1 conteniendo la cláusula de

⁶ Reformas del marco regulador de la política de empleo (y desempleo), llamadas así por referencia al industrial alemán que presidió la comisión tripartita encargada de hacer las propuestas.

Estado social)⁷ reconoce un derecho fundamental, individual y exigible a la garantía de un *menschenwürdige Existenzminimum*, un concepto que los servicios del Tribunal⁸ han traducido en inglés como *subsistence minimum that is in line with human dignity* o mínimo de existencia en línea con la dignidad humana. A la obligación del Estado de garantizar este mínimo de existencia corresponde un derecho inmediato y subjetivo de los individuos a una ayuda material en caso de necesidad, para que su dignidad no esté afectada cuando no pueden asegurar su subsistencia con su empleo, sus bienes o la contribución de terceros. Ello no solo implica la garantía de la existencia “física”, sino también la garantía de la participación en la vida social y cultural en igualdad de condiciones con otras personas (*soziokulturelle Existenzminimum*)⁹. El Tribunal funda esta concepción de la dignidad en el hecho de que la existencia del humano como persona se desarrolla necesariamente por medio de las relaciones personales¹⁰.

Sin embargo, el Tribunal indica que el derecho subjetivo solo se extiende al principio de la garantía, y no a su nivel concreto. La determinación de este (así como las modalidades de intervención) entra dentro del margen de apreciación del legislador. Ahora bien, este margen de apreciación se ve limitado por el principio constitucional de prohibición de acción insuficiente del Estado (*Untermaßverbot*). Por tanto, este tiene la obligación de ofrecer un nivel mínimo de protección, cualesquiera sean las circunstancias¹¹.

En otras palabras, el Tribunal no definió este nivel mínimo de manera concreta por no derivarse los tipos de necesidades y los medios necesarios para cubrirlos de manera inmediata de la Ley Fundamental. Esta definición “depende de las opiniones de la sociedad sobre lo que es necesario para una existencia en línea con la dignidad humana, de las circunstancias concretas de la persona que necesita asistencia, así como de las circunstancias económicas y técnicas pertinentes, [por lo cual] ha de ser determinado de manera específica por el legislador, en atención a ellas”¹².

Ahora bien, aunque la Ley Fundamental no permite cuantificar el derecho directamente, sí permite al Tribunal revisarla de dos maneras. La primera es la verificación de que la prestación, garantizando el mínimo de existencia, no es manifiestamente insuficiente.

⁷ El principio de Estado social, que según la doctrina alemana se ha de leer en contraposición al principio de Estado de Derecho –este último protegiendo a los individuos frente al Estado, sobre todo mediante derechos fundamentales negativos y la separación de Estado y sociedad como protección contra el Estado totalitario, implica que, sin embargo, el Estado tiene la obligación de intervenir en la sociedad para promover la redistribución social e instaurar la justicia social. Los objetivos más importantes del *Sozialstaatsprinzip* son la garantía de un mínimo de subsistencia en acuerdo con la dignidad humana, la promoción de la igualdad por medio de la reducción de la dependencia, garantizar seguridad frente a los riesgos sociales y aumentar y extender el bienestar (véase EICHENHOFER, 1995, p. 64).

⁸ *Bundesverfassungsgericht, Ersten Senat*, 9.2.2010, 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09, resumen en inglés: <http://www.bverfg.de/en/press/bvg10-005en.html>; versión integral en inglés: http://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/EN/2010/02/ls20100209_1bvl000109en.html

⁹ DAVILLA, 2011, 49.

¹⁰ *Bundesverfassungsgericht, Ersten Senat*, 9.2.2010, punto 135.

¹¹ DAVILLA, 2011, 50.

¹² *Bundesverfassungsgericht, Ersten Senat*, 9.2.2010, 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09, punto 139

La segunda es la verificación de que los métodos y las bases de datos utilizadas para su determinación “hacen justicia al derecho fundamental”, ya que estos se incluyen en la garantía constitucional del mínimo de existencia. Por tanto, el Tribunal condicionó la determinación del mínimo de existencia por el legislador al cumplimiento de requisitos formales, incluyendo la necesidad de determinarlo por medio de un proceso transparente, basado en hechos y apoyado en datos fiables y métodos de cálculo convincentes, para que se pueda garantizar su revisión judicial y permitir su adaptación en función del cambio de circunstancias en el seno de la sociedad¹³.

En el caso de autos, el legislador no había justificado que el método de cálculo de la prestación mensual básica del sistema *ALG II*, fijada a base de una extrapolación de datos relativos a necesidades básicas de 1998, se apoyara en una base fáctica reflejando suficientemente las necesidades de los beneficiarios¹⁴.

Finalmente, aunque declaró incompatibles con la Ley Fundamental los preceptos legislativos que determinaban el monto de la mayoría de las prestaciones, el Tribunal rechazó declarar la nulidad de los mismos. Visto la reserva de ley para la determinación de los importes, la declaración de nulidad hubiera imposibilitado la reclamación del derecho al no poder determinar el Tribunal los importes concretos por no ser manifiestamente insuficientes, y hubiera provocado que ninguna persona en necesidad de asistencia pudiera ver cubiertas sus necesidades, provocando una situación aún más alejada del orden constitucional que la creada por la Ley *Hartz IV*¹⁵. Por tanto, los preceptos declarados inconstitucionales seguirían aplicables y vinculantes hasta su substitución por el legislador.

Desde la perspectiva de este artículo, se podría contestar que el Tribunal Constitucional Federal no desarrolla un principio de carácter mínimo de las prestaciones de Seguridad Social en tanto como tal, sino un derecho (más general) a una prestación no contributiva indefinida de desempleo garantizando el mínimo de subsistencia. Se consagraría así únicamente un derecho social determinado, en el contexto de y desarrollado por el sistema de *ALGII*.

Sin embargo, el 18 de julio de 2012 el Tribunal declara contrarios a la Ley Fundamental ciertos preceptos de la Ley sobre las prestaciones para los demandantes de asilo (*Asylbewerberleistungsgesetz*) con base en los razonamientos desarrollados en la sentencia *Hartz IV*. Estima que el importe de las prestaciones mínimas es manifiestamente

¹³ *Ibidem*, puntos 142 y 143.

¹⁴ En primer lugar, el legislador había hecho deducciones del mínimo de subsistencia extrapolado de los datos de 1998, sacando ciertos bienes y servicios de la cesta sin comprobar que estos bienes y servicios eran o no adquiridos por los potenciales beneficiarios, reduciendo el valor de ciertos bienes y servicios sin estudios empíricos para justificar estas reducciones (ver puntos 173 a 182 de la sentencia). En segundo lugar, la actualización de los costes de subsistencia extraídos de los datos de 1998 se hizo basado en las reglas de revalorización de las pensiones de jubilación. Estas reglas, sin embargo, reflejan sobre todo la evolución de los salarios, de la tasa de contribución para las pensiones y, adicionalmente, la aplicación de un factor de sostenibilidad, cuando lo que tendría que verse reflejado era la evolución en los ingresos netos, el consumo y los costes de los bienes y servicios que conforman las necesidades básicas (ver puntos 183 a 187 de la sentencia).

¹⁵ *Bundesverfassungsgericht, Ersten Senat*, 9.2.2010, 1 BvL 1/09 - 1 BvL 3/09 - 1 BvL 4/09, punto 211.

insuficiente al no haber sido actualizado en función de la evolución de los costes de la vida desde 1993¹⁶. Por tanto, vulnera el derecho al mínimo de existencia consagrado por los artículos 1.1 y 20.1 de la Ley Fundamental¹⁷.

Como en la sentencia precedente, el Tribunal constata que una declaración de nulidad llevaría a una situación aún más alejada del orden constitucional que la situación regulada por la ley enjuiciada. Pero en este caso el Tribunal se declara obligado a crear una regulación de transición específica. Para ello opta por referirse a la ley sobre el cálculo de necesidades básicas (*Regelbedarfs-Ermittlungsgesetz*)¹⁸ y rechaza apoyarse en una mera actualización de los importes de 1993 al ser basados estos en meras estimaciones y, por ello, no focalizados en las necesidades reales de los beneficiarios¹⁹. Reconoce que la ley sobre el cálculo de necesidades básicas puede no tener en cuenta las necesidades específicas de los solicitantes de asilo, y que incluso la aplicación de los parámetros que contiene en el marco de otros regímenes de seguridad social podría vulnerar el derecho a un mínimo de existencia. Sin embargo, el Tribunal estima que, al tratarse de los únicos datos viables concernientes a la materia, y elaborados por el legislador dentro de su margen de apreciación, no le queda otra opción que dar por establecido que las necesidades esenciales de los beneficiarios pueden ser provisionalmente cubiertas por los montos determinados por esta ley. Tenemos aquí entonces una situación clara en la que un Tribunal se substituye al legislador en la determinación (aunque provisional) del contenido concreto de un derecho social prestacional.

¹⁶ Prestación total de 224 € por mes para una persona soltera, 60% inferior a la prestación establecida luego por el propio tribunal como medida transitoria.

¹⁷ *Bundesverfassungsgericht, Ersten Senat*, 18.7.2012, 1 BvL 10/10.

¹⁸ Aplicable para determinar la prestación del sistema (residual) de asistencia social, abierto a las personas no habilitadas para el trabajo (jubilados, incapacitados,...). Esta ley clasifica las necesidades mínimas en diferentes categorías y cifra el importe necesario para cubrir esta categoría de necesidad. A continuación unos extractos de la lista:

Categoría 1 y 2	Alimentos, Bebidas, Tabaco	139 €
Categoría 3	Vestimenta y Calzado	34,60 €
...
Categoría 8	Telecomunicaciones	35,31 €
...

¹⁹ Por ello, se puede interpretar que el Tribunal censura las prestaciones no solo por su insuficiencia manifiesta, sino también por el método inadecuado de su determinación, aunque de manera indirecta. También, es importante mencionar que el Tribunal declara que el derecho al mínimo de existencia no puede relativizarse por consideraciones de políticas migratorias, y rechaza la posibilidad de una limitación de las prestaciones por debajo del mínimo para evitar un "efecto llamada" creado por prestaciones ventajosas en una comparación internacional.

III. DERECHOS SOCIALES PRESTACIONALES Y OBLIGACIONES POSITIVAS EXIGIBLES DEL ESTADO CHILENO

Para que se pueda desarrollar una perspectiva similar a la aproximación alemana en el ordenamiento jurídico chileno, primero se ha de analizar si existe en el mismo un espacio a tal efecto. Como punto de partida, se ha de analizar si este ordenamiento admite una lectura de los derechos sociales como imponiendo obligaciones positivas exigibles al Estado.

Un elemento importante en el análisis comparado de esta cuestión es el concepto de Estado social, ya que permite responderla con la afirmativa (por lo menos en cuanto al principio).

Desde este punto de vista, un primer interrogante a efectos comparativos sería la ausencia de cláusula del Estado Social en la Constitución chilena. Por un lado, Solari sostiene que el principio de Estado social está presente de manera implícita en la Constitución²⁰, apoyándose en los incisos 4º y 5º de su artículo 1, otorgando a los poderes públicos una responsabilidad positiva de regulación de las consecuencias sociales derivadas de la dignidad humana, a la que van aparejados derechos de los ciudadanos a ver satisfechas sus necesidades. Sin embargo, parece que la mayoría de la literatura chilena no comparte estas conclusiones²¹. Hasta el propio Solari parece admitir que no hay sujetos que puedan exigir jurídicamente la realización de prestaciones en aras a garantizar la dignidad de la persona, por depender su satisfacción de las capacidades económicas que tiene el Estado en cada momento²².

Sin embargo, sin referirse a una cláusula de Estado social como tal, y sin querer entrar en discutir los diferentes argumentos esgrimidos por estos autores por una cuestión de extensión, se sostiene aquí que la Constitución chilena, como ha sido interpretada por la jurisprudencia de los últimos años, puede ser vista como conteniendo obligaciones de los poderes públicos de realizar ciertos derechos sociales a las que corresponden derechos exigibles de los ciudadanos. También se argumenta que, como mínimo, se ha de matizar la falta de posibilidad de concreción de los derechos sociales por los jueces, enraizada en la idea que la asignación correlativa de recursos es una competencia reservada a otros poderes públicos (básicamente, el legislador) como únicos legitimados para determinar las capacidades económicas del Estado.

La jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 38ter de la Ley N° 18.933, desarrollada en varias sentencias²³, permite afirmar que la Constitución deja un espacio para desarrollar contenidos de los derechos sociales exigiendo un cierto comportamiento al legislador y acotando la libertad del mismo en su determinación

²⁰ SOLARI, 1993.

²¹ Para una visión de conjunto: VIERA ÁLVAREZ, C., 2014, o POYANCO BUGUEÑO, 2017.

²² SOLARI, 1993.

²³ Tribunal Constitucional, 26.06.2008, rol N° 976; 07.07.2009, rol N° 1218; 08.09.2009, rol N° 1287; 20.04.2010, rol N° 1273 y 06.08.2010, rol N° 1710; ver, respecto de esta jurisprudencia, desde una perspectiva crítica, MARTÍNEZ ESTAY, 2010, en particular pp. 148-159; o, a favor, NOGUEIRA ALCALÁ, 2010.

específica. Así, el Tribunal afirma que los derechos sociales (en este caso el derecho a la salud y el derecho a la seguridad social) no son “simples declaraciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”²⁴. De una lectura, aunque literal, de este pronunciamiento se puede desprender que la realización de los derechos sociales no puede depender únicamente de las disponibilidades presupuestarias, es decir, de las decisiones del legislador en materia de asignación de recursos, si no que otros criterios se han de tener en cuenta en su desarrollo. Así, el Tribunal Constitucional estima que el legislador tiene la obligación de establecer de manera suficiente los criterios de establecimiento de los costes de los seguros de salud con el fin de evitar que algunas personas, por características personales involuntarias, no puedan tener acceso a prestaciones de salud (configuradas también como prestaciones de seguridad social) bajo el régimen de las ISAPRES²⁵. Comentando esta jurisprudencia, Nogueira Alcalá estima que entre las obligaciones de promoción y garantía o satisfacción de los derechos sociales (que se encuentran entre las exigencias jurídicas vinculantes determinadas por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas, cuya aplicación es implícitamente reconocida por el Tribunal, y, en cuanto a las primeras, en el artículo 5º inciso 2º de la Constitución) figuran las obligaciones de “adoptar [...] las medidas legislativas (o de otro carácter) que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades” y “asegurar el derecho a las prestaciones mínimas exigidas por la dignidad humana”²⁶.

Por su parte, en sus decisiones relativas a prestaciones sanitarias rechazadas por no estar cubiertas por las Garantías Explícitas de la Salud (GES) y el artículo 5 de la Ley Nº 20.850 (Ley Ricarte Soto)²⁷, la Corte Suprema estima que “si bien es cierto que las consideraciones de orden económico constituyen un factor a considerar por la autoridad pública al adoptar una decisión, no lo es menos que ellas no debieran invocarse cuando está comprometido el derecho a la vida y a la integridad física o psíquica de una persona, derecho consagrado en la norma de mayor rango en el ordenamiento jurídico, esto es, en la Constitución Política de la República, que prevalece respecto de los distintos

²⁴ Afirmación hecha por primera vez en la sentencia de 26 de junio de 2008, Rol Nº 976, en apoyo al carácter justiciable de los derechos sociales prestacionales, tesis defendida por NOGUEIRA ALCALÁ, 2009, citado por el propio Tribunal en su sentencia rol 1710.

²⁵ Ahora bien, más que definir un derecho a prestaciones mínimas de Seguridad Social, lo que hace el Tribunal es limitar el precio de las prestaciones de salud prestadas por las ISAPRES para algunas categorías de personas para garantizar la libertad de elección entre instituciones públicas y privadas, derecho que el Tribunal destila del inciso 4º del artículo 19-9 de la Constitución (el deber preferente del Estado de garantizar la ejecuciones de las acciones de salud, sea que se presten mediante instituciones públicas o privadas) como posible (pero no única) lectura del mismo, en lugar de optar por un sistema de asistencia sanitaria (como parte del sistema de Seguridad Social) con prestaciones mínimas garantizadas (por lo menos) por el sistema público. Sin embargo, lo hace mediante la imposición de unas obligaciones positivas del legislador en la definición del derecho a la Seguridad Social (que, según su lectura, incluye el derecho de elección referido).

²⁶ NOGUEIRA ALCALÁ, 2010.

²⁷ Ver Corte Suprema, 29.12.2017, rol Nº 43.250-2017; 27.02.2018, rol Nº 2494-2018; 19.06.2018, rol Nº 8.523-2018, 06.11.2018, rol Nº 17.403-2018 y 03.01.2019 rol Nº 25.009-2018.

cuerpos normativos²⁸ citados por los recurridos”. En estas sentencias, la Corte rechaza los argumentos de FONASA y del Ministerio de Salud relativos a la limitación de los recursos, siempre inferiores a las necesidades de los pacientes y definidas por el legislador en las leyes presupuestarias, y sus pronunciamientos implican que los límites fijados en la Ley y el Decreto en cuanto al coste de un tratamiento para su inclusión en el sistema de protección financiera para diagnósticos y tratamientos de alto costo se ven desplazados por el inciso cuarto del artículo 1²⁹ y el N° 1 del artículo 19 de la Constitución³⁰. Esta jurisprudencia supone una evolución de la posición de la Corte, que en la primera década de este siglo había rechazado varias veces considerar que el derecho constitucional a la vida y a la integridad física y síquica involucraban prestaciones justiciables³¹.

Esta jurisprudencia también ha de ser analizada a la luz de la Sentencia de 8 de marzo de 2018 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (caso *Poblete Vilches y otros vs. Chile*). En esta sentencia, la Corte reafirma que la obligación de realización progresiva de los derechos sociales “no debe interpretarse en el sentido de que durante su periodo de implementación, dichas obligaciones se priven de contenido específico, lo cual tampoco implica que los Estados puedan aplazar indefinidamente la adopción de medidas para hacer efectivos los derechos en cuestión”. Y después de afirmar, a partir de la interpretación integrada de la Convención Americana de Derechos Humanos, de la Carta de la Organización de los Estados Americanos y de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, que el derecho a la salud (que distingue del derecho a la vida del artículo 4, también vulnerado en el caso) es un derecho protegido por el artículo 26, establece también parte de su contenido específico en relación con el caso. Este contenido incluye el derecho a unas prestaciones médicas básicas de urgencia, respetando los criterios de calidad (infraestructura adecuada y necesaria para satisfacer las necesidades urgentes), accesibilidad, disponibilidad (suficiencia de los medios y

²⁸ Ley N° 20.850, 2015, art. 5 y Decreto Supremo N° 50 del Ministerio de Salud, 2016.

²⁹ Inciso citado por SOLARI, 1993 para argumentar la presencia implícita de una cláusula del Estado social en la Constitución chilena.

³⁰ Se podría considerar que la amenaza del derecho a la vida mediante la falta de tratamiento de una enfermedad grave reviste una entidad mayor que la amenaza del derecho a la Seguridad Social (y la garantía de la dignidad que lleva aparejada) por la falta de prestaciones suficientes, por lo menos por conllevar una relación más directa con un bien (la vida) al que se puede otorgar un rango de prioridad mayor en su preservación (que una vida material y social digna). Sin embargo, la Corte no enfatiza el mayor valor del bien que protege, pero solo se apoya en el rango de la norma en el ordenamiento jurídico, dejando la posibilidad de analizar otros derechos constitucionales bajo este esquema.

³¹ Véase MARTINEZ ESTAY, 2010, que concluye a la no justiciabilidad de los derechos sociales prestacionales en el ordenamiento chileno. Sin embargo, este análisis es previo a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional relativa al art. 38ter de la Ley N° 18.933. Además, la sentencia *Marcell Chacón con Servicio de Salud Metropolitano Occidente* (Corte Suprema, 16.12.2009, rol N° 8.513-09, sobre todo considerando 19-22), que cita, no afirma taxativamente que “no puede basarse la acción en una presunta lesión al derecho a la vida, cuando la verdad lo que se pretende es obtener una prestación de salud”, como concluye el autor, sino que se apoya principalmente en el carácter razonable del rechazo por el Ministerio de Salud de la prestación de salud reclamada por la paciente, introduciendo un criterio de razonabilidad en la posible limitación del margen de apreciación “económico” de las autoridades responsables de definir las prestaciones de salud.

de los programas) y aceptabilidad (respeto de ética médica y criterios culturalmente apropiados). Además, a este derecho a unas prestaciones básicas en caso de emergencia no corresponde una obligación de realización progresiva por parte del Estado, sino una obligación de adopción de medidas de carácter inmediato (dando, por tanto, nacimiento a una obligación positiva exigible de los diferentes órganos del Estado)³².

La limitación del margen del legislador en la definición del contenido de los derechos sociales y la posibilidad de derivar parte de sus contenidos específicos directamente de la Constitución chilena, implicando obligaciones positivas reclamables del Estado (en caso de inacción o incorrecta acción del legislador o de la administración), ya no debería ser cuestión controvertida. Además, el movimiento de “propietarización” de los derechos fundamentales que ha ido conociendo el ordenamiento jurídico chileno, ha permitido el acceso a los tribunales, mediante el recurso de protección a particulares alegando la vulneración de derechos sociales como el derecho a la salud o al trabajo³³. En cuanto a la “propietarización” del derecho a la seguridad social, este viene reconocido en sentencias de Cortes de Apelación, razonando que toda persona tiene un derecho de propiedad contemplado en el N° 24 del artículo 19 de la Constitución sobre el derecho de Seguridad Social³⁴.

IV. LA SUFICIENCIA COMO PRINCIPIO RECTOR DEL DERECHO A LA SEGURIDAD SOCIAL EN RELACIÓN CON LAS PRESTACIONES MÍNIMAS

Aunque la Constitución no define de manera explícita el derecho a la Seguridad Social, se considera que hacen parte de su contenido esencial diferentes principios rectores, entre estos se encuentra el principio de suficiencia. Según el Tribunal Constitucional:

“el contenido esencial de la seguridad social se revela en una interpretación sistemática del texto constitucional en el que se recogieron los principios de solidaridad, universalidad, igualdad y suficiencia y unidad o uniformidad [...] Así, en primer lugar, el principio de solidaridad se expresa en el deber que tiene el Estado, es decir, la comunidad políticamente organizada, de garantizar económicamente el goce de estos derechos”³⁵.

³² Debido también al carácter particularmente vulnerable del Sr. Poblete, por ser persona mayor, la omisión de trato médico aceptable del que fue víctima, por falta de medios adecuados, implicó una vulneración de la obligación del Estado de garantizar prestaciones médicas básicas de urgencia sin discriminación y, por tanto, del artículo 26 de la Carta.

³³ BASSA MERCADO Y ASTE LEIVA, 2015, particularmente 225-227. Según la teoría de la “propietarización”, los derechos ingresan al patrimonio de sus titulares y, como bienes incorpóreos, adquieren la protección por el derecho de propiedad del artículo 19 N° 24 de la Constitución.

³⁴ Corte de Apelación de Santiago, 26.04.2018, rol N° 21.432-2018; Corte de Apelación de San Miguel, 24.04.2017, rol N° 4648-2016.

³⁵ Tribunal Constitucional, 6.8.2010, rol N° 1710, considerando 113°.

En cuanto al principio mismo de suficiencia, el Tribunal lo define de la manera siguiente: “nuestra Constitución, a su vez, establece claramente que las prestaciones que envuelven los derechos en cuestión han de ser igualitarias y suficientes, sea que se otorguen por el Estado o por agentes privados”³⁶.

Sin embargo, no se han encontrado otras fuentes jurídicas que contengan indicaciones directas y más precisas respecto de qué se ha de entender por “prestaciones suficientes”. A su vez, el Tribunal Constitucional tampoco presenta elementos que limitarían esta definición, probablemente por falta de necesidad de ello para solucionar el litigio. Referirse aquí a la necesidad jurídica y política de que sea el legislador el órgano competente para determinar la capacidad económica del Estado y la distribución de sus recursos no debería considerarse como elemento de definición del contenido del principio de suficiencia, pero debería operar únicamente en el plano de las distribuciones de competencias entre poderes del Estado en la aplicación de los derechos sociales. Por ello, parece lógico tener que apelar a otros principios, como el de dignidad vinculado a un nivel mínimo de ingresos garantizado por el Estado, así como lo hace la OIT en la Recomendación de 2012 acerca de los pisos de protección social, “que proclama la necesidad de establecer una garantía de seguridad básica del ingreso para las personas de edad, por lo menos equivalente a un nivel mínimo definido en el plano nacional. Dicha seguridad básica debería permitir vivir con dignidad a partir de un nivel mínimo de ingresos [...]”³⁷, o como lo hace el Tribunal Constitucional Federal Alemán, aunque sin referirse este a la suficiencia como principio rector de la Seguridad Social. Tampoco es posible olvidar que el propio Tribunal Constitucional chileno afirma que la dignidad de la persona irradia en las disposiciones de la Constitución (en el caso de autos, el derecho a la Seguridad Social, entre otros) no solo como principio, sino también como norma positiva³⁸, por lo que sería lógico inferir de ello que las prestaciones de Seguridad Social han de garantizar la dignidad de la persona.

Además, en virtud, entre otros, del artículo 5 inciso 2° de la Constitución, el nivel de garantía del derecho a la Seguridad Social, como derecho humano garantizado en tratados internacionales, se ve “complementado, fortalecido y aumentado” por estos mismos acuerdos internacionales³⁹. En esta perspectiva, es importante mencionar el artículo 12 de la Declaración Universal de Derechos Humanos de la ONU, según este, “toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la Seguridad Social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales *indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad*”⁴⁰.

³⁶ Tribunal Constitucional, 6.8.2010, rol N° 1710, considerando 114°.

³⁷ MESA LAGO Y BERTRANOU, 2015. Sin embargo, los autores limitan su valoración de la aplicación del principio en la constatación de la mejora que supuso la introducción de la PBS y la APSV en comparación con el sistema previo de pensión no contributiva (PASIS).

³⁸ Tribunal Constitucional, 20.04.2010, rol N° 1273, considerandos 42° a 48°.

³⁹ HUMERES NOGUER, 2011, p. 38.

⁴⁰ Cursivas del autor.

En cuanto a los Convenios de la OIT, instrumentos vinculantes por excelencia en materia de derechos sociales, no son de mucha ayuda en el contexto chileno, debido al escaso número de convenios ratificados. Ahora bien, si se mira el Convenio 35 sobre pensión de vejez (desactualizado en cuanto que en materia de Seguridad Social, el Convenio de referencia es el Convenio 102), que Chile sí ha ratificado, se puede observar que su artículo 18 prescribe que: “Se reconocerá el derecho de pensión a todo solicitante cuyos recursos anuales no excedan del límite que fije la legislación nacional, teniendo debidamente en cuenta el coste mínimo de la vida”, y el artículo 19, “La cuantía de la pensión se fijará en una cantidad que, añadida a los recursos que no hayan sido exceptuados [es decir los recursos disponibles por debajo del límite fijado en aplicación del artículo 18], resulte suficiente para satisfacer, por lo menos, las necesidades esenciales del pensionado”. Del artículo 18 se puede inferir la obligación del legislador de “tener debidamente en cuenta el coste mínimo de la vida” en la fijación de una pensión mínima, que, añadida a los recursos existentes de la persona pensionista, le debe permitir tener cubiertos sus necesidades esenciales. Aquí se puede ver la fuente de una obligación “procedimental” del legislador en la definición de la pensión mínima parecida a la aproximación adoptada por la jurisprudencia constitucional alemana.

Esta misma aproximación se ve reflejada en la Recomendación 202 de la OIT, de 2012, sobre pisos nacionales de protección social, según esta, el nivel mínimo de ingresos para garantizar una vida digna de una prestación como garantía básica de Seguridad Social⁴¹ debe “corresponder al valor monetario de un conjunto de bienes y servicios necesarios, a los umbrales nacionales de pobreza, a los umbrales de ingresos que dan derecho a la asistencia social o a otros umbrales comparables establecidos por la legislación o la práctica nacionales”⁴².

En el estado actual de las fuentes citadas, se puede afirmar que existe claramente un vínculo, a efectos del contenido constitucional del derecho a la Seguridad Social, entre la suficiencia de la prestación, la garantía de un nivel de vida digna, una cuantía mínima de prestación que satisfaga las necesidades esenciales del beneficiario, y la obligación del Estado de tener debidamente en cuenta ciertos elementos (necesidades reales, umbrales de pobreza,...) en la definición de esta cuantía mínima.

Esta perspectiva también se encuentra en la doctrina chilena. Así, como ya se ha citado arriba, Nogueira afirma que, como parte de la obligación de garantía del derecho a la Seguridad Social, el Estado tiene la obligación de “asegurar el derecho a las prestaciones mínimas exigidas por la dignidad humana”⁴³. Según el mismo autor, los ámbitos de la dignidad humana que se deben asumir en aplicación del artículo 1º, inciso 1º de la Constitución incluyen la autodeterminación consciente y responsable por el ser

⁴¹ En aplicación del Punto 5 de la Recomendación 202 se incluyen entre las garantías básicas de Seguridad Social, prestaciones de atención a la salud, seguridad básica de ingreso para los niños, seguridad básica de ingresos en caso de no tener ingresos suficientes, en particular en caso de enfermedad, desempleo, maternidad e invalidez y seguridad básica del ingreso para las personas de edad.

⁴² Punto 8 b) de la Recomendación relativa a los pisos nacionales de protección social, 2012 (núm. 202).

⁴³ NOGUEIRA ALCALÁ, 2010

humano de su propia vida, permitiendo el libre desarrollo de la personalidad con “el despliegue de sus capacidades psíquicas, morales, sociales, culturales y económicas, la búsqueda de los ideales de ser humano y de protagonista de la sociedad en que vive en un momento histórico determinado”⁴⁴. Esta concepción, que coincide con la del Tribunal Constitucional Federal alemán, implica que las necesidades a garantizar no se pueden resumir a aquellas que permiten solo la supervivencia biológica, sino también un nivel mínimo de participación social, cultural y política⁴⁵.

Por su parte, Vásquez Fernández, hablando del carácter relativo del concepto de suficiencia, sostiene que se mueve entre un límite mínimo, para que el recipiente de la prestación pueda mantener un nivel normal de existencia y un límite máximo, que tiene como justificación que la prestación no desincentive la vuelta al trabajo (habla de prestaciones de desempleo y de enfermedad)⁴⁶. Este último elemento se podría traducir de manera más general (a efectos, entre otros, de su aplicación a prestaciones no contributivas mínimas) en la necesidad de evitar la desincentivación de la búsqueda por el recipiente de recursos propios que le permitan tener una vida digna, y, de manera indirecta, permitir el acceso a prestaciones contributivas para hacer frente a contingencias futuras, por medio del pago de las cotizaciones que van aparejadas a la obtención de estos recursos propios.

Teniendo en cuenta estos elementos, se puede concluir que el principio de suficiencia implica como mínimo que el Estado tiene la obligación de garantizar, para las contingencias que define (dentro del marco de los principios de integralidad y universalidad objetiva, y que tienen que contener como mínimo las garantías básicas de Seguridad Social), prestaciones que permitan garantizar recursos económicos suficientes para mantener un nivel de vida digna, y que en la definición de este nivel se ha de tener debidamente en cuenta las necesidades biológicas y socioculturales de los beneficiarios.

V. LA INSUFICIENCIA DE LAS PRESTACIONES MÍNIMAS DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL CHILENO

Elaborado un contenido mínimo del principio de suficiencia que puede incluir la necesidad de que las prestaciones mínimas garanticen un nivel digno de vida, y afirmada la existencia de un espacio en el constitucionalismo chileno para limitar el margen de apreciación del legislador en la asignación de los recursos del Estado para la realización de los derechos sociales prestacionales, mediante obligaciones exigibles, queda por analizar algunas prestaciones mínimas existentes desde esta perspectiva.

El carácter fragmentado de las prestaciones de Seguridad Social chilenas obliga a hacer una selección para su análisis. Se ha decidido dejar de lado el Sistema de Protección

⁴⁴ NOGUEIRA ALCALÁ, 2006, p. 70.

⁴⁵ La definición concreta de estas necesidades depende de las concepciones presentes en cada momento en la sociedad, y no se pueden inferir de manera directa de la Constitución, aunque sí se pueda reconocer de manera directa una insuficiencia manifiesta en la definición de estas necesidades.

⁴⁶ VÁSQUEZ FERNÁNDEZ, 1980, p. 36

Social Chile Solidario, aunque transfiriera a sus beneficiarios, además de otros beneficios, un bono mensual de ingreso. Su estructura compleja, su enfoque individualizado, interactivo y condicional y el hecho de que está enfocado en combatir la pobreza extrema, le hace poco adecuado para los efectos de este artículo. En su lugar, se ha decidido centrar el análisis en prestaciones más cercanas al desarrollo legislativo alemán del concepto de garantía de un mínimo de existencia. Desde este punto de vista, se analizarán las pensiones mínimas del llamado “pilar” solidario (la Pensión Básica Solidaria, más en adelante, PBS, y el Aporte Previsional Solidario de Vejez, APSV) y la prestación del Fondo Solidario de Cesantía.

No se olvida aquí que el problema de la suficiencia de las prestaciones de Seguridad Social en Chile desborda el espacio de las prestaciones mínimas o no contributivas, como la PBS. Por ejemplo, las tasas de reemplazo de los salarios en el sistema previsional de pensiones son extremadamente bajas: se constata una tasa mediana de 20% para personas que se pensionaron entre 2007 y 2014, tasa que se duplica cuando se tiene en cuenta la acción del pilar solidario). Existen problemas de heterogeneidad en cuanto a género (mujeres tienen tasas de reemplazo un tercio más bajas) y en cuanto a niveles de ingreso (las tasas de reemplazo son paradójicamente más altas en los quintiles más pobres⁴⁷ y la clase media no puede necesariamente complementar sus tasas más bajas con otras fuentes de ingresos, como sí pasa con el quintil más rico)⁴⁸. El principio de suficiencia no puede ser interpretado de tal manera que tenga como efecto la reducción de un sistema de Seguridad Social a un sistema de asistencia mínima. Sin embargo, no se ampliará el campo del análisis a estos otros aspectos del principio de suficiencia (relacionado con problemas de proporcionalidad entre contribuciones y prestaciones) por razones de extensión y también para acotar, en un primer tiempo, la cuestión al punto de partida, que es la jurisprudencia alemana en materia de prestaciones mínimas para garantizar un mínimo de existencia.

Para tener una pauta de lo que podría ser el mínimo de existencia, se utiliza la línea de pobreza como está definida por la encuesta CASEN del Observatorio Social del Ministerio de Desarrollo Social, que, para 2018, se eleva a \$ 161.957 mensuales. Ahora bien, quizás se tendría que poner en duda la línea de pobreza como elemento adecuado a la hora de evaluar las necesidades de las personas para que puedan tener una vida digna. No se ha de olvidar que se trata de un nivel de ingresos calculado a partir de una canasta de productos alimenticios, a la que se aplica un factor multiplicador, dejando de lado un análisis pormenorizado de las necesidades no nutricionales. Además, se ha de poner en cuestión la idea de que la línea de pobreza indica un nivel que garantice una vida digna⁴⁹. Sin embargo, en defecto de otro elemento de medición oficial, se utiliza este

⁴⁷ Ello por efecto del pilar solidario, lo que no garantiza que la prestación sea suficiente, debido a la probabilidad de que estos pensionistas hayan tenido salarios más bajos que los de los quintiles superiores.

⁴⁸ Véase por ejemplo, BENAVIDES Y VALDÉS, pp. 8-9.

⁴⁹ Desde esta perspectiva, no se ha de olvidar que, como lo observa LÓPEZ LÓPEZ, 2005, pp. 77-79, la suficiencia se sitúa en un nivel superior a la mera subsistencia. Desde este punto de vista, la autora argumenta que, para determinar un nivel de suficiencia en el contexto español, la referencia ha de ser el salario mínimo.

aquí para apoyar una demostración de mínimos, permitiendo la utilización válida del argumento *a fortiori*.

En cuanto a la Pensión Básica Solidaria, destinada a las personas pensionistas cuyo hogar se encuentra entre el 60% más pobre de la población, su importe, a partir de julio de 2018, se eleva a \$ 107.304 mensuales. Si se compara el monto de la PBS con la línea de pobreza (\$ 163.229 en noviembre de 2018 par un hogar unipersonal), se sitúa un tercio por debajo (66 %). Se podría considerar, por tanto, que el monto es (¿manifiestamente?) insuficiente para garantizar una vida digna a todos sus beneficiarios⁵⁰.

En cuanto al deber del legislador de justificar que la prestación mínima cubra las necesidades para garantizar este nivel de vida, una mirada (aunque benevolente) a la gestación de la Ley N° 20.255 que creó la PBS en 2008 podría llevar a afirmar que parece que este lo cumplió. Aunque los documentos dando cuenta de la tramitación parlamentaria de la ley (Proyecto de Ley, Mensaje Presidencial, discusiones en comisiones) no reflejan en ningún momento que se haya discutido el modo de cálculo del importe de \$ 75.000, este importe fue propuesto en el Informe del Consejo Asesor Presidencial para la Reforma Previsional, que indicaba que era superior al límite de pobreza del 2006⁵¹.

Ahora bien, tomando en cuenta este indicador por ser el instrumento aparentemente utilizado en la gestación de la reforma de 2008, se ha de subrayar que el importe de \$ 75.000 no ha sido actualizado en función de la evolución de la línea de pobreza. Si, por un lado, la ley preveía un sistema de actualización del monto en función de la evolución del índice de los precios del consumo, por otro lado, este mecanismo de reajuste ha sido insuficiente. Así, por ejemplo, el monto fue aumentado 10% en 2017⁵², pero sin hacer ninguna referencia a las necesidades reales de los beneficiarios, ni a la línea de pobreza, aunque sí al coste presupuestario de la reforma⁵³.

Es verdad que se han de tener en cuenta los otros recursos de las personas pensionistas en la evaluación de la cuestión si la PBS cubre un nivel de vida digna⁵⁴. Por tanto, no se puede concluir que el nivel de la PBS no permite, de manera general, que los beneficiarios mantengan un nivel de vida digna. Sin embargo, en 2017, el 9% de los adultos en edad de jubilación tenían las prestaciones del pilar solidario como única fuente de ingresos. Ello permite presumir que una parte significativa de ellos vive por debajo de la línea de pobreza. Además, incluso el tener otras fuentes de ingresos no garantizaría esta vida digna, por la influencia de otros factores como la composición del hogar, necesidades específicas relacionadas, por ejemplo, con la salud, etcétera.

⁵⁰ Se recuerda, a efectos de referencia, que el Tribunal Constitucional Federal alemán consideró manifiestamente insuficiente una prestación que se elevaba a 60% de la prestación que él mismo definió como régimen transitorio.

⁵¹ CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL, 2006.

⁵² Ley N° 20.970.

⁵³ El Consejo Asesor Presidencial proponía un reajuste del 20%, tampoco sin vinculación explícita a una cuantificación de las necesidades reales.

⁵⁴ Por ejemplo, el sistema alemán de *ALG II* complementa los recursos existentes del beneficiario hasta llegar al nivel máximo fijado para la prestación calculada en función de las necesidades para garantizar el mínimo de existencia.

Se podría matizar el carácter problemático del importe teniendo en cuenta la propuesta de reforma de pensiones de noviembre de 2018, que prevé un aumento inmediato de 10% de la PBS, y, de manera progresiva, de 42% al final de un periodo de cuatro años⁵⁵. Ahora bien, este aumento, que llevaría la PBS a \$ 152.000 mensuales alrededor del 2023, no permitiría subir la prestación encima del límite actual de pobreza (sin hablar de su nivel en 4 años, que probablemente habrá aumentado, como mínimo en línea con la evolución de los precios de los productos de la canasta que sirve de referencia para su cálculo). Además, de nuevo los porcentajes de incremento propuestos no parecen estar fundamentados en estudios empíricos reflejando las necesidades mínimas que puedan tener los titulares de estas pensiones. Se podría contestar a esto que otros factores entran en juego en la decisión respecto de estos porcentajes, como la necesidad de que el aumento de los montos de la PBS no desincentive el ahorro previsional (o, mejor dicho, el desarrollo o la aceptación del trabajo fuera de la economía informal). Sin embargo, en caso de ausencia de otras fuentes de ingresos, uno solo puede superar la pobreza en la vejez después de una carrera profesional de cierta duración y caracterizada por empleos formalizados estables y suficientemente remunerados. Por ello, el monto de la PBS vulneraría el principio de dignidad, ya que no toma en cuenta todas las vicisitudes independientes de la voluntad de las personas que les impiden desarrollar este tipo de carreras profesionales.

La APSV, por su parte, es un complemento a la pensión resultando de las contribuciones en la cuenta individual, accesible a los pensionistas perteneciendo al 60% de los hogares más pobres del país, cuando esta pensión se encuentra por debajo de la Pensión Máxima con Aporte Solidario (PMAS, de \$ 317.085 en 2018). Este complemento no funciona como un suplemento que permite llegar al nivel de la PMAS en todos los casos, sino que aumenta en función del monto de la pensión base que se percibe. Por ello, es solo a partir de una pensión base (financiada a partir de contribuciones) de \$ 82.607 mensuales que el Aporte Solidario permitirá recibir un monto total (pensión base + APSV) equivalente a la línea de pobreza.

Si se mira las prestaciones con cargo al Fondo de Cesantía Solidario⁵⁶, la problemática es la misma, a pesar de que el cálculo de las prestaciones sea diferente. Aunque se determina en función de un porcentaje regresivo del promedio de la remuneración de los últimos 12 meses (de 70% el primer mes a 35% el quinto), la ley prevé unos valores mínimos de las prestaciones (y también máximos). Actualizado al 2018, el valor mínimo para el primer mes es de \$ 180.416, lo que, teniendo en cuenta la línea de pobreza fijada en \$ 161.957, puede presumirse que garantiza un nivel de vida digna (a condición, eso sí, de asumir que la línea de pobreza CASEN refleja fehacientemente las necesidades reales de las personas para mantener este nivel). Ahora bien, desde el segundo mes, este

⁵⁵ Mensaje Presidencial N° 171-366, Boletín 12212-13.

⁵⁶ Ley N° 19.727, 2001, artículo 23 y siguientes. Tampoco se puede olvidar que el derecho a la prestación a cargo del Fondo Solidario no se puede considerar como derecho subjetivo en cuanto a su importe, ya que este se verá reducido en caso de que el valor total de los beneficios a pagar excede el 20% del valor acumulado en el Fondo al último día del mes anterior.

valor baja a \$ 141.756, lo que imposibilita esta presunción. El quinto mes, la prestación mínima se eleva a \$ 90.209, lo que se encuentra manifiestamente por debajo de un nivel adecuado. A título de ejemplo, 35% del Ingreso Mínimo Mensual (\$ 288.000) corresponderían a \$ 100.800. Una persona que hubiera cobrado el salario mínimo en los 12 meses anteriores a su situación de cesantía pasaría por debajo de la línea de pobreza ya en el segundo mes de cobrar la prestación (55%, o \$ 158.400) en caso de no tener otros recursos. Una persona que hubiera ganado el salario mediano (\$ 379.673 en 2017, según el INE) pasaría por debajo de la línea de pobreza en el cuarto mes (\$ 151.869)⁵⁷. El caso de los trabajadores a plazo fijo o por obra es aún más problemático (y no solo por tratarse de un colectivo más precario a nivel de remuneración y estabilidad en la contratación): el valor inferior del primer mes se establece en \$ 128.868.

En cuanto a los criterios fijados para establecer estos valores inferiores (así como las tasas de reemplazo), de nuevo los trabajos parlamentarios no revelan los criterios utilizados para fijarlos, pudiéndose considerar que lo fueron a base de criterios únicamente relacionados con el financiamiento del Fondo mediante cotizaciones pagadas por los empresarios y una aportación estatal⁵⁸. Si, en cuanto a la primera fuente de financiación, se podría considerar que su limitación puede responder de manera directa a cuestiones relacionadas con posibles repercusiones en la actividad económica de la imposición de las empresas, en cuanto a la segunda, el impacto de su modulación en la economía sería mucho más indirecto. Por ello, se podría considerar que esta decisión, sin ser totalmente arbitraria, viene tomada sin ninguna consideración de la observación por el Estado de sus obligaciones en aplicación del principio de suficiencia⁵⁹.

⁵⁷ Se podría argumentar que en la evaluación de la insuficiencia de recursos de los cesantes se habría de tener en cuenta la indemnización por años de servicio (artículo 163 del Código de Trabajo). Sin embargo, tal posición no tendría en cuenta las diferentes bases y funciones jurídicas de tal "ingreso", ni sobre todo el porcentaje poco elevado de trabajadores cesantes que cobran tal indemnización (por ejemplo, según cálculo propio a partir del informe estadístico "Número de solicitudes de prestaciones por cesantía aceptadas, según tipo de contrato, sexo del afiliado y causal de cese del contrato" de la Superintendencia de Pensiones, en 2017, solo 25% de los solicitantes del seguro de cesantía habían visto su contrato cesado al amparo del artículo 161 del Código del Trabajo, dando derecho a esta indemnización).

⁵⁸ Los montos limitados también se podrían justificar por la necesidad de no desincentivar la vuelta al mercado de trabajo. Sin embargo, al estar ya limitado la duración del acceso al Fondo (y de manera importante si uno mira otros sistemas de protección contra el desempleo), y estar sometido el beneficiario a un control administrativo de su búsqueda de trabajo, tal explicación de la limitación de los montos debería ser considerada como desproporcionada.

⁵⁹ El Mensaje presidencial con el que se inicia la tramitación del proyecto de ley (Mensaje N° 336-343, Boletín 2676-14) enumera los principios de Seguridad Social recogidas en la iniciativa, sin mencionar el principio de suficiencia.

VI. CONCLUSIONES: EL PRINCIPIO DE SUFICIENCIA COMO LÍMITE AL MARGEN DE APRECIACIÓN DEL LEGISLADOR EN LA DEFINICIÓN DE PRESTACIONES MÍNIMAS

Aunque la Constitución chilena no reconoce explícitamente el principio de Estado social, la evolución jurisprudencial analizada, tanto del Tribunal Constitucional como de la Corte Suprema, ya no permite afirmar que los derechos sociales (constitucionales) no imponen obligaciones exigibles al Estado para su realización. Por tanto, se puede afirmar que el principio de suficiencia, como contenido esencial del derecho a la Seguridad Social, puede ser leído como imponiendo obligaciones al Estado en la concreción de su contenido, obligaciones cuyo respeto puede ser controlado por el juez.

Y es en este espacio que una perspectiva jurídica similar a la perspectiva desarrollada por el Tribunal Constitucional federal alemán puede ser aplicada. En el marco del derecho a prestaciones mínimas, el principio de suficiencia implicaría, por tanto, que las prestaciones del sistema de Seguridad Social han de garantizar, como mínimo, un nivel de vida digno a sus beneficiarios y que aunque este nivel no pueda ser derivado directamente del principio de suficiencia, ha de ser definido de manera concreta por el legislador, que tiene la obligación, exigible, de justificar que ha tenido debidamente en cuenta las necesidades reales que se han de cubrir, sin poder fijar un nivel manifiestamente insuficiente. El análisis, aunque superficial, de prestaciones mínimas como la Pensión Básica Solidaria o la prestación de cesantía a cargo del Fondo de Cesantía Solidario, revela que estas no responden al principio de suficiencia. Ya no solo porque no garantizan los recursos necesarios para una vida digna, formalizados aquí de manera un tanto arbitraria por referencia a la línea de pobreza calculada por la encuesta CASEN, sino también porque el legislador no ha basado su determinación en métodos que reflejen los costes de la vida, con el fin de reconocer las necesidades reales de los beneficiarios de estas prestaciones mínimas. Estos dos aspectos del principio de suficiencia no solo se derivan de una lectura de los derechos sociales desde una perspectiva integrada⁶⁰. También se imponen a partir de una lectura más directa y formalista, por lo menos en el caso de las pensiones de vejez, por aplicación del Convenio 35 de la OIT sobre el seguro de vejez.

Ahora bien, es importante recordar que el principio de suficiencia va más allá de la garantía de unas prestaciones mínimas en línea con un nivel de vida digna. Implica también la existencia de otros criterios aplicables a los diferentes componentes de un sistema de Seguridad Social. Por tanto, se requiere una profundización de la investigación acerca de este tema, incluyendo perspectivas respecto de las interacciones entre diferentes prestaciones, la cuestión del acceso a los sistemas y su cobertura, la vinculación de los beneficios con los salarios y las carreras profesionales y la perspectiva de género.

⁶⁰ MANTOUVALOU, 2011, p. 146. GOLDSWORTHY, 2006, p. 322. Esta lectura encuentra su legitimación en el carácter normativo e interconectado de los derechos fundamentales e implica, para la definición del contenido de un derecho social, la consideración integrada de los diferentes instrumentos nacionales e internacionales que lo incorporan, teniendo en cuenta su interpretación por los órganos habilitados a este efecto y las normas "blandas" (*soft law*) relativas a su implementación.

Finalmente, se ha de remarcar la posibilidad de una intervención más activa (sin ser activista) del juez en la determinación del contenido de los derechos sociales. No se puede perder de vista que la definición judicial de derechos sociales prestacionales es un hecho empírico desde más de una década. La jurisprudencia alemana analizada es un ejemplo de una forma procedimental de judicialización de los derechos sociales⁶¹ y enseña que existe un margen de colaboración entre el juez y el legislador en la determinación de su contenido, resultando en la aplicación de criterios suplementarios a las consideraciones políticas contingentes en materia de asignación de los recursos del Estado, sin invasión por el juez de las competencias del legislador en la materia⁶². Desde la perspectiva de la realización del derecho a la Seguridad Social, esta intervención judicial de intensidad baja se justifica plenamente en caso de insuficiencia manifiesta de una prestación, o en caso de establecimiento del nivel concreto de la misma sin tener debidamente en cuenta las posibles necesidades de sus beneficiarios. Y sería un paso adelante para que los derechos de Seguridad Social no sean unas “simples declamaciones o meras expectativas, cuya materialización efectiva quede suspendida hasta que las disponibilidades presupuestarias del Estado puedan llevarlos a la práctica”.

BIBLIOGRAFÍA

- ALARCÓN, Manuel Ramón, 1999: *La seguridad social en España*, Pamplona: Aranzadi.
- BASSA MERCADO, Jaime y ASTE LEIVA, Bruno, 2015: “Mutación en los criterios jurisprudenciales de protección de los derechos a la salud y al trabajo en Chile”, *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, N° 1, pp. 215-244.
- BENAVIDES, Paula y VALDÉS, Rodrigo: 2018: “Pensiones en Chile: Antecedentes y Contornos para una Reforma Urgente”, *Temas de la Agenda Pública*, Año 13, N° 107. Disponible en https://politicaspUBLICAS.uc.cl/wp-content/uploads/2018/10/Paper-N%C2%BA107_Pensiones.pdf [Fecha de consulta: 21.12.2018].
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, año desconocido: *Historia de la ley. Constitución Política de la república de Chile de 1980. Artículo 19 N° 18. Derecho a la seguridad social*. Disponible en <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/25816/1/HLArt19Nro18CPR.pdf> [Fecha de consulta: 21.12.2018].
- CONSEJO ASESOR PRESIDENCIAL PARA LA REFORMA PREVISIONAL, 2006: *El derecho a una vida digna en la vejez. Hacia un Contrato con la Previsión Social en Chile. Volumen I. Diagnóstico y Propuestas de Reforma*. Disponible en <https://www.previsionsocial.gob.cl/sps/download/estudios-previsionales/comisionpensiones/documentos-interes-general/informe-consejo-asesor-presidencial-reforma-del-sistema-previsional-comision-marcel-2006.pdf> [Fecha de consulta: 21.12.2018].
- CONTIADES, Xenophon y FOTIADOU, Alkmene, 2012: “Social Rights in the Age of Proportionality. Global economic crisis and constitutional litigation”, *International Journal of Constitutional Law*, N° 3, pp. 660-686.

⁶¹ CONTIADES Y FOTIADOU, 2012; KING, 2012; TUSHNET, 2008.

⁶² Ahora bien, se puede observar que en el caso de la jurisprudencia constitucional respecto del artículo 38ter de la Ley de ISAPRES, los pronunciamientos del Tribunal no han recibido respuesta alguna del legislador.

- DAVILLA, Sofia, 2011: *Die Eigenverantwortung im SGB III und SGB II*, Frankfurt: Peter Lang.
- EICHENHOFER, Eberhard, 1995: *Sozialrecht*, Tübinge: J.B.C. Mohr.
- GOLDSWORTHY, Jeffrey, 2006: "Conclusions", en Jeffrey Goldsworthy (editor), *Interpreting Constitutions. A Comparative Study*, Oxford, OUP.
- HUMERES NOGUER, Héctor, 2009: *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Tomo I*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- HUMERES NOGUER, Héctor, 2011: "El derecho a la Seguridad Social en las constituciones políticas de Chile: una visión panóptica (1833-2012)", *Revista Chilena del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Nº 4, pp. 29-50.
- KING, Jeff, 2012: *Judging Social Rights*, Cambridge: CUP.
- LÓPEZ LÓPEZ, Julia, 2003: "El derecho a una Seguridad Social pública que garantice prestaciones sociales suficientes y su realidad en el sistema español", en Fernando Salinas y Gonzalo Moliner (dirs.), *La Protección de Derechos Fundamentales en el orden social*, Madrid, Consejo General del Poder Judicial, pp. 57-84.
- MANTOUVALOU, Virginia, 2010: "In Support of Legalisation", en Conor Gearty y Virginia Mantouvalou, *Debating Social Rights*, Oxford, Hart Publishing.
- MARTÍNEZ ESTAY, José Ignacio, 2010: "Los derechos sociales de prestación en la jurisprudencia chilena", *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 125-166.
- MESA LAGO, Carmelo y BERTRANOU, Fabio, 2015: "Principios de Seguridad Social y Re-Reforma de las Pensiones en Chile. Informe a la Comisión Asesora Presidencial sobre el Sistema de Pensiones, de 9 de junio 2015". Disponible en <http://www.comision-pensiones.cl/Estudios/> [Fecha de consulta: 21.12.2018].
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2006: "La dignidad de la persona y el bloque constitucional de derechos", *Revista de Derecho - Universidad Católica del Norte*, vol. 13, Nº 1, pp. 67-101.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2009: *Derechos Fundamentales y Garantías Constitucionales. Tomo 3*, Santiago de Chile: CECOCH.
- NOGUEIRA ALCALÁ, Humberto, 2010: "La protección de los derechos sociales como derechos fundamentales de eficacia inmediata y justiciables en jurisdicción constitucional: la sentencia del tribunal constitucional rol 1710-2010-inc., del 6 de agosto de 2010, sobre la constitucionalidad del artículo 38 ter de la ley de ISAPRES", *Estudios Constitucionales*, Año 8, Nº 2, pp. 763-798.
- POYANCO BUGUEÑO, Rodrigo Andrés, 2017: "El principio de Estado social en la Constitución chilena", en Ruben Miranda Gonçalves, Fábio da Silva Veiga, Irene Mª Portela (directores), *O Direito Atual e as Novas Fronteiras Jurídicas*, Barcelos, Instituto Politécnico de Cávado e do Ave, pp. 765-794.
- SILVA GALLINATO, 2017: "Constitución de 1980 y cotizaciones previsionales obligatorias", *Revista de Derecho Público*, Nº 86, pp. 11-125.
- SOLARI ALLENDE, Enzo, 1993: "Recepción en Chile del Estado social de derecho", *Revista Chilena de Derecho*, Nº 2, pp. 333-344.
- TUSHNET, Mark, 2008: *Weak Courts, Strong Rights. Judicial Review and social Welfare Rights in Comparative Constitutional Law*, Princeton: Woodstock.
- VÁSQUEZ FERNÁNDEZ, Magdalena, 1980: *Prestaciones por accidentes del trabajo y enfermedades profesionales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VIERA ÁLVAREZ, Christian, 2014: "Estado social como fórmula en la Constitución chilena", *Revista de Derecho* (Coquimbo), volumen 21, Nº 2. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-97532014000200014&lng=en&nrm=iso&tlng=en

El desafío de las concesiones de obra pública: ¿qué (y qué no) concesionar?

*Martín Loo Gutiérrez**

RESUMEN

El trabajo busca explicitar los criterios para determinar el tipo de obras que pueden ser entregadas en concesión y establecer las herramientas con que cuenta la Administración Pública para verificar que los fines de las concesiones de obras públicas puedan alcanzarse con las obras que se decida concesionar.

Concesiones de obras públicas – asociaciones público privadas – Consejo de Concesiones

The Challenge of Public Works Concessions: What (and What Not) to Concession?

ABSTRACT

The paper's aim is to put in evidence some criteria to decide which kind of projects can be the object of a public works concession contract. It shows legal mechanisms available to the public administration to verify whether or not a project can meet the aims of the public works concession contract.

Public works concessions – public private partnerships – Concessions Council

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Doctor en derecho público, Universidad de Roma II - Tor Vergata, Italia. Profesor de derecho administrativo, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: martin.loo@pucv.cl

Trabajo financiado por la Comisión Nacional de Investigación Científica y Tecnológica mediante el Proyecto Fondecyt de Iniciación en la Investigación N° 11160169/2016. Agradezco a la Prof. Dra. Blanca Rodríguez-Chaves Mímbrero la hospitalidad concedida por la Biblioteca de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, lugar donde se desarrolló gran parte de este escrito. Agradezco a Rodrigo Bermúdez, Eduardo Bustamante y a los pares revisores las interesantes observaciones a las versiones preliminares de este artículo.

Artículo recibido el 15 de octubre de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

El 3 de julio de 2018 el diario *La Tercera* titulaba: “Minsal evalúa construir entre 13 y 17 hospitales, todos concesionados”. La nota relataba que el ministro de Salud había señalado ante la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados que los recintos hospitalarios “serán levantados bajo el sistema de concesiones, en una modalidad denominada Asociación Público Privada (APP), que restringe la acción de los privados a la edificación y mantención, excluyéndolos de la operación clínica que hoy existe en los recintos de Maipú y La Florida”¹.

El contenido de la nota da cuenta de la confusión que existe en nuestro país acerca de los alcances, fines y modalidades que puede presentar el contrato de concesión de obra pública y qué implica que una obra pública se desarrolle bajo un sistema de “asociación público privada” (APP).

Como se ha intentado evidenciar en otro trabajo², en nuestro entorno existe un déficit de reflexión jurídica acerca del contrato de concesión de obra pública y de sus diferentes modalidades de concreción práctica. Este déficit tiene impacto en el alcance que se quiere dar al sistema de concesiones, ya ampliando, ya restringiendo el número y tipo de obras sometidas a esta modalidad de ejecución de infraestructura. Este vaivén sigue el ritmo de los ciclos político-electorales y lesiona la estabilidad de las políticas públicas en materia de infraestructuras.

De esta manera, de tiempo en tiempo (más precisamente, luego de cada elección presidencial), se es testigo de polémicas políticas acerca de las obras públicas que “conviene” concesionar y de cómo este sistema de ejecución de obras ayudaría a subsanar las deficiencias estructurales del sistema de prestación de servicios públicos.

Es importante señalar que el sistema de concesiones podrá o no alcanzar sus fines dependiendo del tipo de obra pública que se desarrolle. Puede advertirse que las discusiones políticas acerca de qué se concesionará parecen desdeñar las directrices desarrolladas por la experiencia comparada para establecer qué objetivos resultan razonables, o siquiera, posibles de satisfacer con una concesión de obra pública o APP. En buenas cuentas, la determinación de qué tipo de proyecto se realizará mediante una concesión debiera ser la expresión de una política pública sustentada en razones de orden técnico.

En el presente artículo pretendo explorar las razones que se han elaborado en el extranjero para justificar las concesiones y las APP y, con ello, aportar algunas reflexiones a esta discusión. Entonces, los objetivos centrales de esta contribución son dos: primero, poner en evidencia algunos criterios para determinar las características de las obras y servicios públicos que la experiencia comparada considera “aptos” para ser dados en concesión o realizados mediante APP y, segundo, intentar reconocer si la Administración del Estado chilena cuenta con mecanismos idóneos para implementar los criterios que se identifiquen.

¹ *La Tercera*, 2018.

² Loo, 2019.

Para alcanzar estos objetivos, en primer lugar, realizaré una breve recapitulación acerca de las principales características que deben tener las obras para ser consideradas aptas para ser dadas en concesión (II); luego revisaré los objetivos que la doctrina comparada ha identificado como propios de un sistema concesional (III) y, finalmente, analizaré algunas normas nacionales para establecer si la Administración del Estado cuenta con instrumentos suficientes para determinar si es posible alcanzar los objetivos antes individualizados (IV). Se ofrecerán unas breves conclusiones (V).

II. UNA BREVE, PERO NECESARIA RECAPITULACIÓN

Nuestra legislación no cuenta con una definición de las concesiones de obra pública ni de las APP.

Por de pronto, la expresión “asociación público privada” ha entrado en el lenguaje legislativo nacional solo recientemente, con motivo de la creación, por parte de la Ley N° 21.044³, de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas del MOP, a cuyo director se atribuyó la competencia para “fomentar (...) la *asociación público privada* en materia de infraestructura”⁴. La norma, como vemos, se refiere a las APP, pero no formula alguna noción de las mismas.

A este respecto, es posible recordar que la expresión “asociación público privada” es conceptualmente imprecisa. Ello se debe a que, pese a los esfuerzos de concreción normativa de algunos países (España, Italia, Colombia y, recientemente, Argentina, solo por nombrar algunos), que han configurado legislativamente contratos de “colaboración” o de “asociación” público-privada, pareciera ser cierto que la denominación se ha difundido gracias a su utilización política y comunicacional más que por su (impreciso) significado jurídico. En otros términos, la expresión APP es una etiqueta que ha terminado aplicándose a un conjunto heterogéneo de relaciones jurídicas entre la Administración y agentes del sector privado, que incluyen –según sea quién utiliza la expresión– desde un “simple” contrato de obras públicas a figuras más complejas desde el punto de vista económico-financiero como el “*leasing* público”⁵.

La concesión de obra pública, en cambio, encuentra un mayor grado de determinación legislativa en los artículos 87 de la ley orgánica del MOP (D.F.L. MOP N° 850 de 1997) y 1° de la ley de concesiones de obras públicas (D.S. MOP N° 900 de 1996, en adelante LCOP). La primera de estas normas dispone que la ejecución, reparación o mantenimiento de las obras públicas fiscales de competencia del Ministerio de Obras Públicas puede ser realizada a cambio de la *concesión* temporal de su explotación. La segunda disposición, por su parte, fija el marco normativo del contrato de concesión de obras públicas.

³ D. Of. 15.11.2017.

⁴ Art. 22 ter letra f) de la ley orgánica del MOP.

⁵ MAGIDE, 2016, p. 127. Sobre el “*leasing* público”, MAIRAL, 2013, p. 203.

A diferencia de cuanto ocurre en algunas legislaciones extranjeras⁶, ninguna de estas disposiciones contiene una noción del contrato de concesión de obra pública. En virtud de ellas, el legislador se limitó a autorizar al MOP para que la ejecución de las obras de su competencia pueda realizarse, también, en virtud de un contrato de construcción caracterizado por el especial modo de remuneración del contratista, esto es, por la concesión de la explotación de la obra realizada.

A pesar de lo anterior, de la legislación pertinente puede concluirse que el contrato de concesión de obra pública es aquel contrato administrativo que tiene por objeto la construcción, o bien, la reparación y, en ambos casos, el mantenimiento de una *obra pública fiscal* a cambio de la *concesión temporal de su explotación*.

Puede advertirse que los elementos centrales del contrato son dos: la *obra pública fiscal* y el *derecho de explotación* que compete al concesionario. La “obra pública fiscal” puede ser tanto construida como reparada por el contratista y, en todo caso, mantenida por el mismo con el objeto de hacer posible el ejercicio de su “derecho de explotación”; actividad que constituye la contraprestación por la realización o reparación de aquella⁷. En otras palabras, la obra pública construida o reparada por el concesionario constituye el sustento material del derecho de explotación⁸.

Las variaciones y modulaciones que tengan la “obra pública fiscal” y el “derecho de explotación” en cada específico contrato de concesión permiten afirmar la existencia de distintas especies del mismo, algunas de estas corresponden, en términos generales, a aquello que la doctrina extranjera denomina “asociaciones público privadas”.

Por ello es que resulta necesario indagar, en primer lugar, el significado que nuestra legislación atribuye a la “obra pública fiscal”, o sea, aquello que será construido o reparado y conservado por el concesionario.

El art. 39 LCOP (antiguo art. 38 LCOP, modificado por la Ley Nº 20.410), no limita el objeto del contrato de concesión a la sola construcción, reparación y conservación de un bien inmueble, sino que amplía la noción de obra pública fiscal para abarcar actividades no constructivas, como son “la provisión de equipamiento o a la prestación de servicios asociados”. Así, nuestra ley considera “obra pública fiscal” lo que la doctrina extranjera ha calificado como “infraestructura” por incorporar elementos no tangibles, así como la prestación de servicios⁹.

A partir de esta noción amplia del objeto material del contrato de concesión es posible que la Administración celebre contratos cuya finalidad no sea, únicamente, la construcción y explotación de un inmueble (la “obra pública fiscal” del viejo artículo 38 LCOP), sino que la concesión comprenda también la provisión de equipamiento y la prestación de servicios asociados a la naturaleza del inmueble que se ha construido o reparado.

⁶ Por ejemplo, artículo 14, ley 9/2017 española; art. 3, apartado 1, letra ll) del Decreto legislativo Nº 50 de 2016 italiano; art. 32, ley 80/1993, colombiana, por citar solo algunas normas extranjeras.

⁷ GUASCH, 2004, p. 26.

⁸ PUERTA SEGUIDO, 2008, pp. 106-107.

⁹ VILLAR EZCURRA, 2004, p. 682.

Este cambio resulta clave para comprender en qué consiste el contrato de concesión de obra pública en nuestra actual legislación y por qué razón ciertas modalidades del mismo son llamadas “asociaciones público privadas”. Hace posible, por tanto, que en nuestra legislación se pueda hablar de concesiones y de APP como dos nociones interdependientes, pero distinguibles.

Como ya puede advertirse, la naturaleza de la obra pública condiciona la modalidad de su explotación. Por tanto, corresponde que se haga referencia al segundo aspecto central del contrato de concesión: el “derecho de explotación” del concesionario.

En las concesiones, el contratista obtiene su remuneración de la gestión económica-comercial de la infraestructura. Esto es llamado “explotación de la concesión”. La forma de esta explotación y, con ello, el receptor de los servicios que se presten con la infraestructura se encuentra indisolublemente ligada al tipo de inmueble que se construya. Por otro lado, el receptor de los servicios, por lo general –aunque no siempre–, determinará el sujeto obligado a pagar por el uso de la infraestructura. De este modo, se tienen dos posibilidades: la obra pública construida podrá ser destinada al uso de la población o al uso de la misma Administración Pública.

En el primer caso, la comunidad podrá acceder libremente a la utilización de la obra pública, pagando por ello. Este tipo de explotación es conocido como “pago por uso” y corresponde a la forma original y paradigmática del contrato de concesión de obras. Se trata de la modalidad utilizada generalmente en las infraestructuras de transporte, como las autopistas y los aeropuertos, las que son explotadas mediante la prestación de servicios a terceros ajenos a la relación contractual entre el Estado y el concesionario quienes, por su parte, pagan por dicho uso.

En el segundo caso, el concesionario desarrolla infraestructura que solo puede ser destinada a la Administración, quien, a su vez, utilizará la obra para prestar un servicio público o para servirse directamente de ella. En esta situación ya no será posible que la explotación consista en el cobro que se realice a los destinatarios del servicio (i.e. la comunidad), porque su única usuaria será la Administración, la que pagará un subsidio o canon destinado a remunerar tanto la realización de la infraestructura como la prestación de servicios del concesionario¹⁰.

En este tipo de infraestructuras el concesionario presta un tipo de servicio cuyo único (posible) usuario es el órgano del Estado que requiere de la obra pública. Así, el único demandante del servicio de alimentación (o de lavandería o de actividades de reinserción social, etc.) de internos en un centro penitenciario concesionado es, precisamente, el órgano encargado de prestar estos servicios, esto es, Gendarmería de Chile, la

¹⁰ Conviene dejar establecido que este tipo de contrato de concesión de obra pública se distingue del contrato de obra pública precisamente por prever como obligación del concesionario la prestación de servicios a favor de la Administración y, a su vez, se diferencia del contrato de prestación de servicios por llevar envuelta la obligación de construcción de una obra pública.

que pagará una remuneración por los servicios, así como subsidios por la construcción, realizándose con ello la “explotación” de la obra pública¹¹.

Esta última modalidad de concesión es la que, en el extranjero, se denomina “asociación público privada”. Así, según la doctrina española, estas APP se caracterizan por tres notas fundamentales: primero, la activa participación del contratista privado en la definición del proyecto; segundo, la gestión de la obra pública o del equipamiento público, no directamente para los particulares, sino para la propia Administración, que utiliza la infraestructura como base física de la prestación de servicios públicos a los ciudadanos y, tercero, la retribución del contratista no es abonada directamente por los usuarios, sino por la propia Administración¹².

Este tipo de contratos es utilizado para la realización de infraestructuras destinadas a la provisión de servicios caracterizados por su elevada complejidad¹³, cuestión que se traduce en una mayor dificultad de fiscalización de su calidad por parte del órgano concedente.

Por ello es que he afirmado, siguiendo la doctrina económica, que la clave para determinar cuándo resulta apropiada una concesión se encuentra en establecer el tipo de proyecto o infraestructura que se desarrollará, debiendo privilegiarse, como veremos, las obras que presten un servicio cuya calidad sea fácil de medir y fiscalizar y en las que el aumento de eficiencia del concesionario no impacte en la calidad de los mismos¹⁴.

Corresponde preguntarse, por esta razón, qué hace que una infraestructura con unas ciertas características sea más propicia para ser llevada a cabo por medio de una concesión que mediante provisión estatal (esto es, por medio de un contrato de obras) y, por el contrario, qué hace que una obra destinada a prestar servicios de una determinada mayor complejidad sea poco adecuada para ser desarrollada por medio de APP.

En el siguiente apartado se intentará sistematizar los objetivos que la literatura comparada sostiene que es posible satisfacer por medio de las concesiones. Ello dará paso a analizar qué tipo de infraestructura puede satisfacer dichos objetivos.

III. LOS OBJETIVOS DE UN SISTEMA CONCESIONAL

La determinación de los objetivos de las concesiones de obra pública es un aspecto clave para establecer qué tipo de infraestructura será concesionada y, con ello, el tipo de servicios que dichas obras públicas prestarán. En la literatura se encuentran algunos criterios para discernir qué clase de infraestructura logrará satisfacer los objetivos de las concesiones.

¹¹ Una muy fundada crítica al sistema de concesiones de recintos penitenciarios, puede encontrarse en RAMÍREZ BARRÍA, 2018.

¹² MAGIDE, 2016, p. 130.

¹³ DAVIES, 2001, p. 3.

¹⁴ ENGEL *et al.*, 2014, p. 209.

Hay que advertir que la valoración de estas directrices es una actividad política¹⁵. No es posible enunciar criterios estrictamente legales que permitan determinar cuándo una cierta obra puede, o no, ser dada en concesión. En otras palabras, no existen en la legislación pautas prescriptivas que permitan a la Administración discernir qué puede ser concesionado y qué no. Por ello, la Administración se verá limitada a llevar a la práctica las decisiones de las autoridades políticas.

No obstante lo anterior, creo que resulta imprescindible estudiar los criterios desarrollados por la experiencia comparada, ya que ellos admiten ser replicados en nuestra realidad resultando útiles para orientar las decisiones políticas, las que pueden echar mano a insumos relevantes de la experiencia internacional respecto del éxito o fracaso de los proyectos concesionados.

En efecto, en el extranjero parece haberse formado un consenso relativamente amplio acerca de las “bondades” que justificarían la realización de obras públicas por medio de APP, siendo posible identificar algunos objetivos que se pueden alcanzar mediante ellas. Así, se sostiene que las APP serían capaces de entregar mediante beneficios que las harían “mejores” que la opción tradicional del contrato de obra pública en una serie de dimensiones.

Las dimensiones que se tomarán en consideración en este trabajo son tres: primero, la posibilidad de financiar obras públicas con recursos privados y el efecto de adicionalidad que ello supondría¹⁶; segundo, la aparente mayor eficacia del sector privado en estas tareas¹⁷ y tercero, los beneficios que comporta la integración de tareas en un solo contratista, cuestión que haría que las APP entreguen un mejor *value for money*¹⁸.

En lo sucesivo, se someterán a revisión crítica estas asunciones con el fin de establecer cuáles son las razones que justificarían proceder a una concesión o a una APP.

1. *Financiación privada de infraestructura y el efecto de “adicionalidad”*

La ejecución de infraestructura mediante concesiones (o de APP) importa, en primer término, que la obra pública será financiada por el sector privado, ya que el financiamiento de las obras es una de las obligaciones que surgen para la sociedad concesionaria¹⁹.

En la experiencia extranjera es posible advertir que la captación de financiamiento privado es el objetivo primordial de las APP²⁰. Es el caso de la política inglesa conocida

¹⁵ P.e., para GRIMSEY Y LEWIS, 2004, p. 128.

¹⁶ ENGEL *et al.*, 2014, p. 29; YESCOMBE, 2007, p. 17.

¹⁷ YESCOMBE, 2007, 21; GRIMSEY Y LEWIS, 2004, 32; ENGEL *et al.*, 2001, 203 cuestión que evitaría la construcción de ‘elefantes blancos’, o sea, obras inútiles: ENGEL *et al.*, 2014, p. 34; SADKA, 2006, p. 8; YESCOMBE, 2007, p. 21.

¹⁸ HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, 2010, p. 21; YESCOMBE, 2007, p. 18.

¹⁹ MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, 2016, p. 21.

²⁰ También puede identificarse un objetivo de disciplina fiscal, especialmente, en la Unión Europea. Vid. LOO GUTIÉRREZ, 2015.

como *Private Finance Initiative* (PFI), en la que el sector privado aporta la financiación de infraestructura pública por medio de endeudamiento de la sociedad concesionaria.

Esta política, cuando surgió, “admitió la realización de todo proyecto financiado privadamente que pudiera ser operado rentablemente”²¹. La literatura comparada es explícita al reconocer que el fin primordial de la PFI fue, precisamente, la movilización de recursos privados para el desarrollo de infraestructura pública²².

La inversión privada en infraestructura pública no solo permite que recursos no estatales sean destinados a fines públicos, sino que, además, consiente el incremento de la inversión total o acumulada en infraestructuras. En consecuencia, se sostiene que la inversión privada no sustituye a la inversión pública, sino que se suma a ella. Este es el efecto denominado “adicionalidad” del financiamiento privado²³.

Sin embargo, es importante preguntarse, junto con Engel y otros²⁴, si acaso el financiamiento privado no podría ser obtenido directamente por el sector público mediante el mismo mecanismo utilizado por los concesionarios, esto es, endeudamiento. La cuestión es relevante porque el costo del endeudamiento del sector privado es, usualmente, mayor que el costo del endeudamiento del sector público. En efecto, es común que se critique a las APP porque su financiamiento es más costoso que la deuda pública. Esta objeción llega al punto de permitir que se afirme que podría recurrirse al financiamiento público incluso de obras cuya inversión será pagada por los usuarios y no por la Administración (como las autopistas de peaje)²⁵.

Naturalmente, es posible encontrar literatura que cuestiona esta conclusión. Así, De Bettignies y Ross advirtiendo que la financiación privada puede ser el único camino disponible para los Estados que tienen cerradas las puertas del financiamiento a causa del excesivo endeudamiento de su sector público, sostienen que no puede compararse el costo del endeudamiento privado con el costo del endeudamiento público (y afirman que ello no es igual que comparar “manzanas con manzanas”). Concluyen que la tasa de endeudamiento del sector privado puede ser extremadamente baja si el mercado financiero considera el buen crédito del Estado donde operará la infraestructura. O sea, en la medida que el Estado receptor de las inversiones sea percibido como un “cliente” serio del concesionario, la financiación privada puede ser casi tan conveniente –en términos de tasa de interés– como la financiación pública²⁶.

No obstante, la cuestión sigue abierta. ¿Qué justifica que la Administración decida recurrir a fórmulas concesionales si ellas son financieramente más costosas que la provisión pública de infraestructuras? Hay que recordar que este problema se presenta tanto en las concesiones tradicionales como aquellas en que la Administración es la única

²¹ HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, 2010, marginal 16.

²² FRITZSCHE, 2009, p. 77; CHINYIO Y GAMESON, 2009, p. 8; DAVIES, 2001, p. 4. Para España, VILLAR ROJAS, 2007, p. 157.

²³ HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, 2010, p. 9; YESCOMBE, 2007, p. 18.

²⁴ ENGEL *et al.*, 2014, cap. 5.

²⁵ ENGEL *et al.*, 2014, p. 145; ESTEBAN GALARZA, 2006, p. 58; MAIRAL, 2013, p. 208.

²⁶ DE BETTIGNIES Y ROSS, 2004, pp. 146-147.

demandante de los servicios. En este último caso, la problemática es solo más acuciante, toda vez que ese mayor costo será absorbido directamente por el presupuesto público y no por los usuarios de la obra.

La respuesta se puede encontrar en las indagatorias del Parlamento inglés que concluye que el costo de financiar un proyecto por medio de provisión tradicional será inevitablemente más bajo que el costo de financiamiento privado, ya que el Estado puede endeudarse a una menor tasa. Sin embargo, el argumento económico a favor del financiamiento privado no debe asentarse en ello, sino en su potencialidad para alcanzar un mejor *value for money*, sea por medio de ahorros en los costos de administración del proyecto, sea mediante la entrega de una infraestructura cualitativamente superior²⁷.

Esto lleva a señalar que la condición necesaria para emprender una APP no es tanto la falta de recursos de parte del sector público (la que puede subsanarse recurriendo al endeudamiento, el que además tiene la ventaja de ser menos costoso que el endeudamiento privado), sino la mejor capacidad del concesionario de realizar las obras y prestar los servicios alcanzando una mejor relación de precio-calidad (un mejor *value for money*) de la que sería capaz de entregar un proyecto ejecutado por medio de provisión tradicional.

Esto cobra especial importancia, ya que ha habido casos en Inglaterra en los que la PFI ha sido usada inapropiadamente en proyectos que no han entregado un buen *value for money*²⁸.

¿Cuál es la razón por la que las APP son capaces de mejorar la relación costo-calidad, el *value for money*, de los proyectos de infraestructura pública? La respuesta debe, aparentemente, buscarse en el rol que se asigna en estos proyectos al contratista privado.

2. Participación privada ¿mayor eficiencia?

Como sostienen Engel y otros, cuando se inició el ciclo del renovado entusiasmo político por las concesiones, junto con los argumentos de política fiscal (captación de recursos privados y adicionalidad de la inversión), se sostuvo que la sola participación del sector privado sería capaz de subsanar las deficiencias de la provisión pública de infraestructuras, manifestadas en la realización de obras fuera de plazo y presupuesto y en el pobre mantenimiento rutinario de las mismas, que se traducían en un servicio público de deficiente calidad²⁹.

En otras palabras, se creyó que la sola circunstancia de dar espacio a la participación privada en el desarrollo y explotación de las infraestructuras de servicio público haría que estas se realizaran y se mantuvieran en mejores condiciones que si ello era ejecutado “directamente” por el sector público. Así, y en lo que dice relación con la PFI en el Reino Unido, el discurso político sostuvo que dicho mecanismo permitiría aprovechar las habilidades del sector privado en el desarrollo de proyectos complejos

²⁷ HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, 2010, p. 12.

²⁸ HM TREASURY, 2012, p. 21.

²⁹ ENGEL *et al.*, 2014, p. 118.

de infraestructura³⁰. Esta actitud favorable hacia la participación del sector privado, en Estados Unidos, llegó a establecer una verdadera predilección a su favor en materia de ejecución de obras públicas³¹.

Las razones que explicarían este fenómeno se encuentran enunciadas en el trabajo de Yescombe³². El argumento más recurrente dice relación con la intrínseca mayor eficiencia de la empresa privada que, buscando rentabilizar sus inversiones, se encuentra incentivada para culminar la infraestructura dentro de los plazos y dentro de los presupuestos que ella misma ha financiado para, de este modo, comenzar cuanto antes la explotación de la concesión. Merece la pena detenerse en este punto.

Es necesario preguntarse si es efectivo que el sector privado es *intrínsecamente* más eficiente que el sector público en la ejecución de infraestructuras. Para analizar este argumento, como ponen de relieve Engel y otros, no deben olvidarse dos cuestiones relevantes.

En primer lugar, las ganancias de eficiencia que se atribuyen al sector privado se traducen en su capacidad de rebajar los costos de realización y operación de la infraestructura, esto es, en un abatimiento de los costes de construcción, mantenimiento y explotación. El nudo gordiano de la cuestión es que la reducción de costos de explotación por parte de la industria privada podría verse traducida en la prestación de servicios de menor calidad, cuestión crucial en aquellas infraestructuras que se construyen, precisamente, para que el operador privado provea servicios al Estado (como es el caso de cárceles y hospitales)³³.

En segundo término, se debe recordar que la construcción de obras públicas y el mantenimiento de las mismas, cuando se realiza por medio de contratos de obra o de prestación de servicios, también se hace recurriendo a empresas privadas. En otras palabras, el sector privado estará involucrado en la realización y mantenimiento de obras incluso cuando se hace por medio de provisión pública, porque la Administración del Estado ha dejado de contar con los equipamientos y el personal necesarios para la realización de obras de construcción³⁴.

Debido a que hay opiniones doctrinales que cuestionan que el sector privado sea *per se* más eficiente que el sector público³⁵, es admisible preguntarse cuál es la razón

³⁰ DAVIES, 2001, p. 5.

³¹ GRIMSEY Y LEWIS, 2004, p. 15.

³² YESCOMBE, 2007, pp. 21-24.

³³ No hay que olvidar, tampoco, que el abatimiento de costos de explotación se puede traducir en condiciones laborales menos ventajosas para quienes trabajan en las actividades de prestación de servicios. Este argumento, que escapa a las finalidades de este artículo, ha sido abordado por HM TREASURY, 2003, pp. 69-77.

³⁴ DE BETTIGNIES Y ROSS, 2004, pp. 138. ENGEL *et al.*, 2014, p. 31, extreman el argumento destacando que las empresas privadas concesionarias o contratistas de obras públicas usualmente son las mismas empresas y que, por ello, "cualquier argumento que vincule las APP con ganancias de eficiencia debe ser más sutil" que la sola participación del sector privado.

³⁵ ESTEBAN GALARZA, 2006, p. 48; VILLAR ROJAS, 2007, p. 157. También ENGEL *et al.*, 2014, p. 196, quienes califican de "ingenua" la idea de que la sola participación privada corrija las deficiencias del sector público.

que hace o haría que la participación privada en la realización de infraestructura como concesionario sea más eficiente que esa misma participación privada (según Engel y otros, *de las mismas* empresas privadas) como contratistas de un contrato de obras públicas.

El argumento prácticamente unánime en la literatura nacional y comparada, como se verá en el siguiente apartado, no se relaciona estrictamente con la sola participación de la industria privada, sino con el modo en que se organiza su involucramiento en la ejecución de las obras, la prestación de los servicios y, a veces, en el diseño de las infraestructuras, esto es, encargando todas dichas prestaciones a un mismo sujeto (privado). Esto es conocido como *bundling* o integración de responsabilidades en el concesionario y, como se analizará, parece ser la causa de las ganancias de eficiencia que se atribuyen a la ejecución por vía concesional de las obras públicas.

3. *El bundling y el value for money: integración y eficiencia*

Si hay un punto en el que la abundante literatura extranjera se encuentra sustancialmente de acuerdo es que las ganancias de eficiencia que se generan con las APP no pueden atribuirse exclusivamente a la participación del sector privado, sino que son consecuencia del modo en el que se organiza su involucramiento en estas tareas públicas, esto es, confiando a un mismo contratista tanto el diseño como la construcción y explotación (o, al menos, la construcción y explotación) de la obra pública. Esta integración o *bundling* de tareas en manos de un mismo sujeto (normalmente, un consorcio de empresas especializadas en distintas áreas relacionadas con la obra y servicio público de que se trate) es la causa de un mayor *value for money*, es decir, de una mejora en la prestación de los servicios por un costo razonable.

En este apartado se analizarán los argumentos que buscan explicar este efecto y que, según la doctrina, sería suficiente justificación para emprender la ejecución de obras públicas por medio de APP.

En primer lugar, se debe considerar que la realización de una infraestructura pública tiene por finalidad la prestación de un servicio público de alta calidad y que se ajuste a un determinado presupuesto. En segundo lugar, la realización de dicha infraestructura supone la ejecución de varias actividades que pueden resumirse esquemáticamente en el diseño de la obra, su financiación, construcción y, finalmente, su explotación en la prestación del servicio.

La decisión que debe adoptar la autoridad encargada de la realización de estas obras dice relación con cuáles de dichas actividades se encomendarán al sector privado y cómo se organizará su prestación mediante un contrato. Debe determinar, además, en qué modo el contrato permitirá fiscalizar eficazmente el nivel de calidad de los servicios, así como cuáles mecanismos de incentivo y sanción se establecerán en el mismo para garantizar la observancia de dichos estándares de servicio.

De esta manera, por ejemplo, la Administración puede decidir encargar solo la construcción de la infraestructura al sector privado y su diseño, financiamiento y explotación a órganos públicos; en este caso estaremos frente a un esquema tradicional de provisión pública. Como se puede apreciar, el desarrollo de cada una de las fases de realización

del proyecto se encuentra a cargo de sujetos distintos, de suerte que no se producirá integración en su ejecución. La misma situación se presentará si la Administración encomienda a distintos sujetos privados la realización de dichas tareas: a una empresa el diseño, a una segunda la construcción, y a una tercera la operación y mantenimiento de las obras. Acá, a pesar de la participación del sector privado en cada fase de desarrollo de la infraestructura tampoco se obtiene una integración de dicha participación, ya que se desagrega la realización de cada actividad en sujetos diversos.

Por otro lado, si se decide recurrir a un esquema de provisión concesional, la Administración encargará la financiación, construcción y operación de la infraestructura a un mismo sujeto (que el artículo 9º, letra a), LCOP denomina “sociedad concesionaria”). De hecho, esta es la comprensión que nuestra legislación adopta del contrato de concesión, según este, la sociedad concesionaria debe financiar, construir –o reparar– y explotar la infraestructura. En este caso se verificará una de las principales características de las APP, esto es, la *integración* de responsabilidades por medio de la asignación de varias tareas a una única empresa³⁶.

Entonces, el *bundling* no es sino la integración en la parte privada de todas (o casi todas) las etapas de diseño, construcción, financiamiento, mantenimiento y operación de una instalación, frecuentemente bajo la forma jurídica de una sociedad especialmente creada al efecto³⁷. En virtud de un mismo contrato se encomienda a *una* contraparte privada la gestión global de una obra pública, desde su diseño (o desde su construcción) hasta la prestación de los servicios, en la etapa de explotación.

¿Qué hace que esta integración de tareas en un único contratista aumente la eficiencia de la prestación de los servicios? El argumento corriente señala que esta integración permitiría que los distintos procesos de ejecución de la infraestructura, sean concebidos uno en función del otro y, con ello, se realicen innovaciones e inversiones que permitirán un menor costo de mantenimiento y operación de la infraestructura, ya que “el empaquetamiento (...) propicia un comportamiento eficiente del agente privado”³⁸.

Este comportamiento eficiente se traducirá, por ejemplo, en que la inversión en la construcción de la obra que realice el concesionario sea más elevada para que, durante la fase de explotación, se requiera un menor gasto de mantenimiento y operación. La misma situación se presentará cuando la concesión prevea el diseño, construcción y operación: en este caso el concesionario estará incentivado a introducir, ya en la etapa de diseño, innovaciones que permitan ejecutar una obra cuyo costo de mantenimiento sea más bajo.

Como se ve, la integración de responsabilidades permite que el concesionario adopte una perspectiva que tiene en consideración todos los costos del *ciclo de vida* de la infraestructura, esto es, los desembolsos que deberá realizar desde su concepción hasta el fin del período de explotación.

³⁶ DE BETTIGNIES Y ROSS, 2004, p. 138.

³⁷ GRIMSEY Y LEWIS, 2004, p. 129.

³⁸ ENGEL *et al.*, 2014, p. 130.

La literatura da amplia razón de esto. La cámara alta del Parlamento inglés pone de manifiesto que el *bundling* estimula que el contratista realice una construcción más durable, que requiera menos mantenimiento en su ciclo de vida, lo que le permitirá recabar mayores rentabilidades y al Estado recibir mejores servicios por un precio adecuado (*value for money*)³⁹.

¿Por qué se verificaría este efecto? La causa se encontraría en la complementariedad existente entre el diseño y la construcción y entre la construcción y la prestación de servicios: debido a que el concesionario deberá (diseñar), construir y mantener operativa la infraestructura tendrá incentivos para minimizar sus costos globales y no los de cada una de las fases de la ejecución contractual por separado. Por el contrario, si los procesos de decisión acerca de la realización de la infraestructura se escinden en distintos sujetos, estos incentivos desaparecen e, incluso, se crean incentivos contradictorios: por ejemplo, la reducción de los costos de construcción que el contratista buscará para verse adjudicado el contrato de construcción al menor precio, se encuentra en conflicto con la necesidad de minimizar los futuros costos de mantenimiento⁴⁰.

Entonces, la opinión de la doctrina extranjera y de los cuerpos gubernativos que han analizado el resultado de las APP en distintas experiencias comparadas, indican que la condición más importante para alcanzar una mejor relación de costo y calidad es la integración de tareas y responsabilidades. En síntesis, la explicación de este efecto se encuentra en las ganancias de eficiencia que se producen al reunir los procesos de decisión y de ejecución de dichas decisiones en un mismo sujeto, permitiéndole tomar en consideración todos los costos del ciclo de vida de la infraestructura.

A la luz de lo anterior, se presenta la pregunta que es necesario formular e intentar responder para alcanzar los objetivos de este trabajo: ¿toda mayor eficiencia alcanzada por el concesionario es virtuosa para la prestación del servicio público y la satisfacción de los fines de interés general de la Administración? A causa de que los aumentos de eficiencia que pueda realizar el concesionario se traducirán en un abatimiento de los costos de explotación, ¿en qué casos dicho abatimiento de costos no afectará la calidad de la prestación de los servicios? ¿Qué infraestructuras admiten estas ganancias de eficiencia sin sufrir un correlativo detrimento en la calidad de los servicios que se prestan o gracias a ellas?

Nuevamente es la teoría económica la que ayuda a esbozar una respuesta a esta inquietud que es fundamental para adoptar la decisión de dar en concesión, o no, la realización de una infraestructura.

Es en este punto donde cobra relevancia la calidad del contrato de concesión, esto es, la capacidad de las partes de diseñar un contrato que prevea con la mayor complejidad posible sus obligaciones y derechos. Sin embargo, que el contrato prevea todas las situaciones que se presentarán a lo largo del extenso período de vigencia de una concesión es altamente improbable. De esta suerte, la teoría económica trabaja bajo

³⁹ HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, 2010, p. 24; YESCOMBE, 2007, p. 21.

⁴⁰ BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 208; DE BETTIGNIES Y ROSS, 2004, p. 144.

el supuesto contrario, esto es, que los contratos de concesión son, indefectiblemente, “contratos incompletos”⁴¹.

Por ejemplo, Crocker y Masten⁴² sostienen que para determinar el mejor modo de establecer una relación entre proveedor y cliente (en nuestro caso, entre el Estado y el concesionario), cuando se encuentran involucradas inversiones en activos fijos utilizables para fines específicos (como son, precisamente, las obras que desarrolla el concesionario) se debe atender al nivel de complejidad que puede alcanzar la relación contractual en el futuro lejano, que es el horizonte al que miran las concesiones. Si hay incertidumbre, lo mejor es proceder a la integración vertical, esto es, que el cliente controle al prestador del servicio (en el caso de las concesiones, que el Estado controle a quien desarrolla los servicios públicos). La razón se encuentra en que, en estos casos de relaciones inciertas y complejas, los costos de transacción (en el caso de las concesiones, los costos de adaptación del contrato a las circunstancias imprevistas al tiempo de su celebración y, por ello, no reguladas en el contrato) son muy elevados y permiten que el prestador del servicio adopte conductas oportunistas que se ven exacerbadas por su posición monopólica respecto de la prestación del servicio (justificada por su control sobre la infraestructura que ha construido y destina a la prestación del servicio). Aplicando este argumento, se puede afirmar que en aquellas concesiones que prestan servicios que pueden variar sustancialmente en el tiempo (piénsese en un hospital: ¿quién sabe cuántas personas demandarán el servicio en 20 o 25 años más y qué tipos de equipamientos existirán en ese entonces?), son poco propicias para asegurar una prestación económicamente eficiente del servicio y, por ello, en esta situación resulta más conveniente la integración vertical entre cliente y proveedor del servicio, esto es, la prestación pública del mismo, encomendando solo el diseño y realización de la edificación al sector privado, mas no su explotación.

A una conclusión fundamentalmente similar llega Hart⁴³ quien, partiendo del supuesto que los contratos de concesión son todos incompletos y que, por tanto, durante la fase de explotación, inevitablemente, se presentarán conflictos entre las partes acerca de la calidad de los servicios que el concesionario preste en la infraestructura, concluye que la provisión tradicional (esto es, no integrada) es la opción adecuada si la calidad de la construcción puede ser bien especificada y el estándar de calidad de los servicios, por el contrario, no puede serlo. En cambio, una concesión será la vía propicia si la calidad del servicio que se pretende del concesionario puede ser bien especificada en el contrato inicial (o, más en general, cuando es posible acordar mecanismos eficientes para controlar la calidad del servicio y sancionar al concesionario cuando dicha calidad no se alcance o premiarlo cuando sí suceda), mientras que las características de la infraestructura son difíciles de establecer.

⁴¹ BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 195; ENGEL *et al.*, 2014, p. 182.

⁴² CROCKER Y MASTEN, 1996.

⁴³ HART, 2003, p. 74.

En su trabajo, Hart da algunos ejemplos: en el caso de cárceles y escuelas, determinar las características del edificio es sencillo, no así establecer contractualmente el tipo y estándar de los servicios; por tanto, en este caso, una concesión sería ineficiente debiendo privilegiarse la prestación del servicio por parte del Estado. En cambio, según Hart, sí sería posible establecer estándares de servicio para hospitales aun cuando sea difícil determinar las características físicas de la infraestructura: en este caso, las concesiones sí permitirían una ganancia de eficiencia. Esta conclusión, sin embargo, es debatible, como veremos en el párrafo sucesivo.

¿Cómo se enfrenta esta disyuntiva en nuestro derecho? ¿Cuenta la Administración chilena con instrumentos para discernir si las ganancias de eficiencia que se buscan con una concesión no impactarán en la calidad de los servicios prestados haciendo poco conveniente una concesión?

IV. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA CUESTIÓN DE QUÉ CONCESIONAR

En este apartado pretendo analizar algunas normas de la legislación respecto de concesiones de obra pública que me permitirán concluir que la Administración Pública chilena cuenta con algunos instrumentos que le permiten discernir qué obras realizar bajo el sistema de concesiones (y cuáles no).

Antes, sin embargo, es posible reiterar una advertencia: la decisión última de proceder a la concesión de una infraestructura, o bien, a su realización mediante mecanismos tradicionales del contrato de obras públicas es una decisión de índole política. La prueba de ello se encuentra en la extensa polémica acerca de las concesiones de un cierto número de hospitales. Al efecto es importante recordar que, al concluirse el primer gobierno de Sebastián Piñera (marzo de 2014), fueron ingresados a trámite de toma de razón ante la Contraloría General de la República diversos decretos supremos de adjudicación de concesiones de infraestructura hospitalaria que fueron retirados de dicho trámite durante los primeros días del segundo mandato de Michelle Bachelet (2014-2018). Hoy, como vimos al inicio de este artículo, durante el segundo gobierno de Sebastián Piñera (2018-2022), el ministro de Salud ha anunciado la realización mediante concesiones de un elevado número de recintos hospitalarios. Como se puede advertir, acerca de qué concesionar no hay *una* respuesta, pues dicha respuesta viene de la política y ella entregará la que estime más adecuada a sus sensibilidades ideológicas.

Cuanto dicho no significa, sin embargo, que la Administración se encuentre desprovista de instrumentos para hacer que las obras concesionadas alcancen sus finalidades, esto es, procurar infraestructura de servicio público en el modo más acorde al interés general. Por tanto, a la Administración, en cuanto ejecutora de las decisiones del gobierno, le corresponderá emplear las herramientas que el ordenamiento jurídico le entrega para conseguir que la decisión política de concesionar una determinada infraestructura alcance los fines antes indicados.

La pregunta que debemos atender para concluir este trabajo es, pues, la siguiente: ¿cuenta nuestra Administración Pública con instrumentos jurídicos adecuados para

implementar los criterios que la experiencia comparada reconoce como determinantes para alcanzar concesiones eficaces?

Prima facie, la respuesta es afirmativa. En primer lugar, por una razón de diseño institucional, es decir, gracias a la existencia de un órgano colegiado que presta asesoría al gobierno en materia de concesiones, el Consejo de Concesiones; en segundo lugar, por la relevancia que concede nuestra legislación a las bases de la licitación como la fuente primordial de la regulación de los contratos de concesión.

1. *El Consejo de Concesiones*

La reforma introducida a la LCOP por la Ley N° 20.410 instituyó un Consejo de Concesiones. Dicho órgano asesor cuenta con una composición y unas competencias que le permiten realizar una evaluación de las iniciativas de concesión que respondan a las directrices que, tanto la técnica como la experiencia comparada, han identificado como objetivos de estos contratos. La doctrina nacional, particularmente parca acerca de este organismo, ha celebrado el carácter primordialmente técnico de la instancia, cuestión que permitiría una mayor objetividad en las decisiones que debe adoptar⁴⁴.

La institución de un consejo asesor en materia de concesiones había sido promovida por académicos nacionales como un mecanismo necesario para evaluar correctamente las concesiones antes de su implementación⁴⁵. En efecto, Bitrán y Villena señalaban que una de las principales fallas del sistema de concesiones nacional se encontraba en que “la institucionalidad que se ha estructurado no genera la disciplina, transparencia e incentivos adecuados para asegurar la eficiencia y eficacia” de las concesiones. En cuanto dice relación con la finalidad del Consejo, estos autores indican que su objetivo será, gracias a la presencia de expertos independientes, “reducir el riesgo de captura y el sesgo de la autoridad a favor de la infraestructura *per se*”⁴⁶.

La composición del órgano⁴⁷, en efecto, permite predecir o, al menos, intuir un cierto grado de desapego o distancia de las directrices estrictamente políticas que guían las decisiones en materia de desarrollo infraestructural. La presencia de académicos (dos designados por el ministro de Hacienda y dos por el ministro de Obras Públicas) debiera introducir en las deliberaciones del Consejo sensibilidades a los argumentos y consideraciones de orden técnico que permitan adoptar decisiones apropiadas a los fines de la concesión y que balanceen los criterios propiamente políticos que expresarán los demás consejeros (uno, el presidente del Consejo, designado en conjunto por el ministro de Obras Públicas y el ministro de Hacienda y, el segundo, el propio ministro de Obras Públicas).

⁴⁴ CAMACHO CEPEDA, 2014.

⁴⁵ BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 210.

⁴⁶ BITRÁN Y VILLENA, 2010, pp. 209-210.

⁴⁷ Art. 1° bis D.S. MOP N° 900/1996, cuyo inciso 1°, relativo a la composición del Consejo, fue modificado por la Ley N° 21.044 que creó la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas que, además, alteró su composición.

Entre las competencias consultivas de este Consejo se cuentan algunas relevantes para los fines de este trabajo. En efecto, de acuerdo con el art. 1° bis LCOP, el Consejo está encargado de informar “acerca del tipo de infraestructura que se desarrollará al amparo de [la] ley, de los proyectos y de las modalidades de régimen concesional”. En este mismo sentido, las letras c) y f) del mismo artículo establecen que el Ministro de Obras Públicas requerirá del informe previo del consejo cuando se deban analizar “proyectos de iniciativa pública que se considerará ejecutar mediante el sistema de concesión regulado en esta ley”, así como de “las modalidades del régimen concesional de los proyectos que se someterán a licitación pública”.

Estas normas admiten ser leídas como una unidad, de suerte que el ministro de Obras Públicas debe consultar al Consejo de Concesiones respecto de las obras que se pretenda llevar a cabo mediante el sistema regulado por la Ley de Concesiones.

Así, en virtud de estas competencias, el Consejo podrá emitir su parecer acerca de la naturaleza (el “tipo”) de infraestructura que se entregará en concesión, esto es, acerca de la clase de proyecto que se pretende licitar y concesionar. En este punto cobra relevancia cuanto señalado acerca de la integración entre las obras y los servicios que se prestarán gracias a la nueva infraestructura. En efecto, si el Consejo debe pronunciarse por el tipo de obra que será entregada en concesión podrá considerar que aquellas infraestructuras de servicios hospitalarios, penitenciarios y educacionales—, no son apropiadas para este tipo de explotación, precisamente, porque las mejoras de eficiencia que puede alcanzar el concesionario en la etapa de explotación de la infraestructura pueden traducirse en rebajas de la calidad de los servicios que se prestan a los pacientes, a los reclusos o a los educandos.

Por ello, es valioso recordar que la doctrina nacional afirma que “la provisión pública es la forma organizacional preferida cuando la calidad es la principal preocupación y no es contratable. El problema es básico en muchos servicios públicos. Para definir estándares ‘objetivos’ se deben traducir las metas a una escala mensurable [...] y ello...] puede ser muy difícil e incluso imposible cuando los servicios son complejos y las metas ambiguas, como el caso de educación, salud, cárceles y servicios de tecnología de la información”⁴⁸.

En consecuencia, la exigencia legal de obtener el parecer del Consejo de Concesiones antes de iniciar un proceso de licitación de un contrato de concesión, en relación con el tipo de infraestructura y las modalidades que adoptará el régimen concesional específico, permite que, en el proceso de decisión, se consideren suficientes aspectos técnicos, económicos y jurídicos como para reducir la probabilidad de que se sometan a licitación obras que no se adapten a las características identificadas por la experiencia internacional y reseñadas en este trabajo.

La necesidad de este tipo de análisis *ex ante* fue puesta en evidencia por Bitrán y Villena poco antes de la dictación de la Ley N° 20.410, de 2010. En su trabajo destacan que el sistema de concesiones chileno, cuyos actores se encontraban más concentrados

⁴⁸ ENGEL *et al.*, 2014, p. 209.

en realizar infraestructuras que en definir o controlar el estándar de prestación de los servicios que dichas infraestructuras prestan, tenía un déficit relevante a la hora de decidir qué tipo de obras entregar en concesión: no se realizaba una evaluación económica de los proyectos con financiamiento privado, esto es, “no se comparan sistemáticamente los costos y beneficios de esta alternativa con la opción tradicional de inversión pública”⁴⁹.

2. *Las bases de licitación y la Dirección General de Concesiones*

El principal mecanismo con que cuenta la Administración del Estado para asegurar la satisfacción del interés general comprometido en el contrato de concesión son las amplias facultades que le entrega el ordenamiento jurídico para regular la relación jurídica por medio de las bases de licitación.

La normativa esencial en este aspecto es el art. 1° LCOP, el que concede un rol central en la regulación de cada específico contrato a las bases de la licitación, las que deben establecer, además, los niveles de servicio y estándares técnicos que deberá cumplir el concesionario.

No es esta la oportunidad para recordar el rol que cumplen las bases de licitación en un contrato administrativo, como el contrato de concesión. Al efecto, bastará recordar que las bases de licitación o pliegos de condiciones son los documentos que contienen el conjunto de requisitos, condiciones y especificaciones que describen el objeto contractual así como los derechos y obligaciones que adquirirán las partes del mismo⁵⁰.

Las normas de la ley y el reglamento entregan a las bases de licitación un rol central en la regulación del contrato de concesión, razón por la que este instrumento normativo es crucial para fijar los criterios y mecanismos de fiscalización de los niveles de servicios y estándares técnicos que se deben observar por el concesionario.

Es fundamental destacar en este punto el reforzamiento de la institucionalidad que significó la creación, por parte de la Ley N° 21.044, de la Dirección General de Concesiones de Obras Públicas.

A esta unidad del Ministerio de Obras Públicas ha sido encomendada, entre otras funciones, “velar por el adecuado y correcto cumplimiento de los contratos de concesión en sus diferentes etapas” teniendo en cuenta, para ello, entre otros aspectos, las bases de licitación (art. 22 ter, letra e), DFL MOP N° 850/1997). En virtud de esta competencia se concentra en una nueva Dirección del MOP la fiscalización del cumplimiento de las obligaciones adquiridas por parte de los concesionarios.

Si bien la creación de esta Dirección General resulta adecuada desde el punto de vista de la fortaleza orgánica en materia de concesiones, su condición de organismo dependiente del Ministerio de Obras Públicas no satisface las exigencias de independencia política que autores nacionales vienen sugiriendo para reforzar la gobernanza en

⁴⁹ BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 189.

⁵⁰ Véase, en general, MORAGA KLENNER, 2007, p. 155 y la definición del art. 3° N° 4 del D.S. MOP N° 956/1997, Reglamento de la LCOP.

esta materia. Así, tanto Bitrán y Villena como Engel y otros⁵¹ abogan por la creación de una Superintendencia de Obras Públicas encargada de supervigilar las prestaciones de los contratistas de obras públicas en modo independiente de la agencia que diseña y adjudica los contratos de concesión. La separación de estas funciones (adjudicación y fiscalización del cumplimiento de los contratos) es, según estos autores, una necesidad para efectos de garantizar adecuadamente la satisfacción de los fines de los contratos de concesión: el cumplimiento de los estándares y niveles de servicio es un aspecto clave para establecer la eficacia de la política concesional.

De esta manera, la importancia de los aspectos recién señalados es indudable en todas las concesiones, incluso en aquellas que adoptan el tradicional modelo de pago del usuario por uso de la infraestructura, pero adquieren una relevancia aun mayor cuando se trata de aquellas concesiones en las que el único “cliente” del concesionario es la Administración Pública. Ya se ha identificado este tipo de concesiones como aquellos acuerdos en donde la remuneración del concesionario proviene únicamente de pagos realizados por la Administración concedente. En este tipo de concesiones, por la complejidad del tipo de servicios que presta el concesionario, la fiscalización del cumplimiento de los estándares técnicos y de los niveles de servicio adquiere una importancia singular.

Por una parte, como evidencian Bitrán y Villena, el sector público tiene un sesgo a favor de las infraestructuras, es decir, una inclinación a preocuparse por construir antes que por efectuar mantenimiento, lo que se traduce en la “inexistencia de monitoreo de los servicios comprometidos en los contratos [ya que] la autoridad no tiene incentivos para invertir en fiscalización, pues está concentrada en el desarrollo de nuevas inversiones” en obras⁵².

Esta es la razón por la que las condiciones contractuales establecidas en las bases de licitación son tan relevantes: porque en la medida que se establezcan medidas eficaces de control y verificación de los servicios se podrá subsanar este sesgo favorable respecto de la creación de nueva infraestructura y correlativo desinterés por el monitoreo de la calidad de los servicios.

Sin embargo, resulta interesante constatar de la lectura de las bases de licitación que las medidas de control de calidad son escuetamente reguladas y los mecanismos de fiscalización son de eficacia limitada, dejando entregada a los informes y reportes elaborados por el mismo concesionario el control de varios aspectos de la calidad de los servicios prestados⁵³.

El control de la calidad de los servicios es necesario no solo por la obvia razón de que el Estado es quien paga por ellos, sino también porque si no se verifica que ellos alcancen el estándar establecido en el contrato se atenta contra la finalidad misma de la

⁵¹ BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 207 y ss.; ENGEL *et al.*, 2014, p. 200 y ss.

⁵² BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 201.

⁵³ Véanse, por ejemplo, el artículo 1.10.5 de las bases de la licitación de la concesión de los Hospitales de Maipú y La Florida, así como el artículo 1.10.2.11 de las bases de licitación de la concesión de infraestructura penitenciaria grupo 3 (cárceles de Santiago 1, Valdivia y Puerto Montt), donde la fiscalización es confiada exclusivamente a la elaboración de informes de resultados de las prestaciones convenidas.

concesión, esto es, una prestación de servicios de calidad en modo eficiente. En efecto, “pese a que el empaquetamiento implícito en las APP debería llevar a un mejor mantenimiento y a minimizar los costos del ciclo de vida de la obra, *se requiere de una agencia pública que monitoree y haga cumplir los estándares de servicio*”⁵⁴.

Y es en este punto donde surge la tesis central que se quiere afirmar en este artículo: que, a pesar de existir los mecanismos institucionales y contractuales para hacer posible una APP eficiente y capaz de satisfacer los intereses públicos, hay concesiones en que la intrínseca complejidad de los servicios que debe desarrollar el concesionario, la ausencia de una agencia pública encargada de fiscalizar y monitorear su calidad (una superintendencia), así como el diseño de mecanismos contractuales ineficaces para el control de la calidad de las prestaciones del concesionario, hacen improbable que la autoridad logre controlar adecuadamente su nivel de calidad. Como dicen Engel y otros: “si la calidad del servicio no es contratable, la parte privada podría bajar sus costos reduciendo la calidad del servicio”, por este motivo, “si la calidad no es contratable, y es la principal preocupación de la política pública, entonces la provisión pública probablemente sea la forma organizacional apropiada”.⁵⁵

En este punto no queda más que recordar cuánto concluía Hart acerca de la relevancia de determinar y fiscalizar la calidad de los servicios que preste la infraestructura: la provisión tradicional es la opción adecuada si el estándar de calidad de los servicios no puede ser especificada⁵⁶. Ello ocurre, como sostienen Engel y otros y Bitrán y Villena, en las infraestructuras de tipo social, esto es, las obras destinadas a la prestación de servicios de naturaleza sanitaria, carcelaria y educacional⁵⁷.

V. CONCLUSIONES

1. El presente artículo ha intentado sostener que la política de desarrollo de infraestructura por medio de contratos de concesión no admite que cualquier obra pueda ser concesionada. Para determinar la pertinencia de una concesión es imprescindible atender al tipo de servicios que prestará la infraestructura.
2. El tipo de servicios que prestará la obra determina la modalidad de remuneración del concesionario. Ello hace surgir dos grandes modelos de remuneración: el “pago por uso”, propio de las autopistas y, en general, de las infraestructuras de transporte; y el pago por medio de subsidios, modelo en el que es la Administración quien remunera directamente al concesionario por los servicios que recibe gracias

⁵⁴ ENGEL *et al.*, 2014, p. 197.

⁵⁵ ENGEL *et al.*, 2014, p. 197 y 124. En el mismo sentido, VILLAR ROJAS, 2007, p. 170 quien sostiene que “en cuanto a los contratos de concesión de obra pública sanitaria, la delimitación de los derechos y deberes resulta de más difícil calificación por su complejidad”.

⁵⁶ HART, 2003, p. 74.

⁵⁷ BITRÁN Y VILLENA, 2010, p. 195; ENGEL *et al.*, 2014, p. 209.

- a la infraestructura desarrollada. Es a esta modalidad del contrato de concesión a la que se ha denominado “asociación público-privada” en este artículo.
3. La concesión de este tipo de obras se encuentra rigurosamente condicionada por la posibilidad de que, gracias a la concesión, se alcance una prestación de servicios públicos más eficiente, esto es, económicamente ventajosa para el Estado, quien, además, recibirá servicios que redundarán en la mejor satisfacción del interés general.
 4. Para que se produzca este efecto es imprescindible que se presente una integración en las etapas de diseño, construcción y explotación de la obra con el objeto de reducir el costo del ciclo de vida de la infraestructura y que se establezcan estándares de calidad de servicio objetivos y mensurables. Además, es necesario que la Administración cuente con instancias de fiscalización eficaces de la calidad de dichos servicios.
 5. Dicha situación no se presenta en el caso de las infraestructuras de tipo social (penitenciario, sanitario, educacional) donde las ganancias de eficiencia del concesionario, que se traducen en una reducción de los costos de explotación, pueden tener un impacto negativo en la calidad de los servicios desarrollados por el concesionario.
 6. En consecuencia, el modelo de provisión de infraestructura por medio de APP está sujeto a severos cuestionamientos cuando se trata de servicios cuya calidad resulta difícil de medir objetivamente y fiscalizar de manera adecuada.
 7. En suma, puedo concluir que las concesiones de cárceles, hospitales, escuelas y otras infraestructuras destinadas a la prestación de servicios en extremo sofisticados y de difícil fiscalización por parte del Estado debieran ser desarrolladas mediante provisión pública, en especial frente a la ausencia de una autoridad o agencia independiente (Superintendencia de Obras Públicas) encargada de fiscalizar el cumplimiento de los estándares de servicio por parte de los concesionarios y a la baja calidad de los mecanismos contractuales de control de dichos estándares.

BIBLIOGRAFÍA

- BITRÁN, E.; VILLENA, M., 2010: “El nuevo desafío de las concesiones de obras públicas en Chile”, *Revista Estudios Públicos* 117.
- CAMACHO CEPEDA, G., 2014: “Las novedades de la Ley N° 20.410 en la regulación de las concesiones de obra pública en Chile”, *Revista iberoamericana de derecho administrativo y regulación económica* 9.
- CHINYIO, E.; GAMESON, R., 2009: “Private Finance Initiative in Use”, en Akintoye, A., Beck, M. (Eds.), *Policy, Finance & Management for Public-Private Partnerships*. Wiley-Blackwell, Oxford.
- CROCKER, K.J.; MASTEN, S.E., 1996: “Regulation and Administered Contracts Revisited: Lessons from Transaction-Cost Economics for Public Utility Regulation”, *Journal of Regulatory Economics* 9.
- DAVIES, A., 2001: *Accountability. A Public Law Analysis of Government by Contract*, Oxford University Press, Oxford.
- DE BETTIGNIES, J.-E.; ROSS, T.W., 2004: “The economics of public-private partnerships”, *Canadian public policy - Analyse de politiques* 30.

- ENGEL, E.; FISCHER, R.; GALETOVIC, A., 2014: *Economía de las asociaciones público-privadas. Una guía básica*, Fondo de Cultura Económica, México.
- ENGEL, E.; FISCHER, R.; GALETOVIC, A., 2001: "El programa chileno de concesiones de infraestructura: evaluación, experiencias y perspectivas", en Larraín, F.; Vergara, R. (Eds.), *La transformación económica de Chile*. Centro de Estudios Públicos, Santiago.
- ESTEBAN GALARZA, M., 2006: "La colaboración público privada en la provisión de infraestructuras: una valoración de la experiencia internacional", *Ekonomiaz, Revista Vasca de Economía* 63.
- FRITZSCHE, M., 2009: "Does PPP Need Financing? Considerations for Integrating and Structuring Financing into PPP Projects", *European Public Private Partnership Law Review* 4.
- GRIMSEY, D.; LEWIS, K.M., 2004: *Public-Private Partnerships. The worldwide revolution in infrastructure provision and project finance*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham-Northampton (Mass).
- GUASCH, J.L., 2004: *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right*, The World Bank, Washington (DC).
- HART, O., 2003: "Incomplete contracts and public ownership: remarks, and an application to public-private partnerships", *The Economic Journal* 113.
- HM TREASURY, 2012: *A new approach to public private partnerships*. H M Stationary Office, London.
- HM TREASURY, 2003: *PFI: meeting the investment challenge*. H. M. Stationary Office, London.
- HOUSE OF LORDS, SELECT COMMITTEE ON ECONOMIC AFFAIRS, 2010: *Private finance projects and off-balance sheet debt*, H. M. Stationary Office, London.
- LA TERCERA, 2018: "Minsal evalúa construir entre 13 y 17 hospitales, todos concesionados".
- AUTOR, 2019: "Las concesiones de obra pública: ¿qué son y por qué se utilizan en Chile?", *Revista Derecho del Estado* [aceptado].
- LOO GUTIÉRREZ, M., 2015: "Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 45, 313-337.
- MAGIDE, M., 2016: "Instrumentos contractuales de Colaboración Público-Privada para la Provisión de Infraestructuras Públicas en el Derecho Español", *Revista de derecho administrativo (PUCP)* 16.
- MAIRAL, H.A., 2013: "Los riesgos en la financiación privada de proyectos públicos", *Revista de derecho administrativo (PUCP)* 13.
- MINISTERIO DE OBRAS PÚBLICAS, 2016: *Concesiones de obras públicas en Chile: 20 años*, MOP, Santiago.
- MORAGA KLENNER, C., 2007: *Contratación administrativa*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- PUERTA SEGUIDO, F., 2008: "El contrato de concesión de obra pública. La génesis de su regulación, definición legal y objeto", en Puerta Seguido, F. (Ed.), *El contrato de concesión de obras públicas en la Ley de contratos del sector público*. La Ley, Madrid.
- RAMÍREZ BARRÍA, N., 2018: *Análisis crítico del programa de concesiones de infraestructura carcelaria*, Memoria de licenciatura, Facultad de Derecho PUCV, Valparaíso.
- SADKA, E., 2006: *Public-Private Partnerships: A Public Economics Perspective*, International Monetary Fund, New York.
- VILLAR EZCURRA, J.L., 2004: "Las infraestructuras públicas", en Ariño Ortiz, G. (Ed.), *Principios de derecho público económico*. Comares, Granada.
- VILLAR ROJAS, F.J., 2007: "La concesión como modalidad de colaboración privada en los servicios sanitarios y sociales", *Revista de Administración Pública* 172.
- YESCOMBE, E.R., 2007: *Public-private partnerships: principles of policy and finance*, Butterworth - Heinemann, Oxford.

El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva

*John Charney Berdichevsky**

RESUMEN

Este artículo analiza la capacidad del derecho a la verdad para contribuir al esclarecimiento de la verdad histórica y a la construcción de la memoria colectiva tras períodos de violencia excepcional. Para hacerlo distingue dos dimensiones de este derecho. La primera es aquella que busca reconstruir el pasado mediante el proceso penal, identificando responsables y resarcido el daño ocasionado a las víctimas. La segunda se refiere a un conjunto de prácticas y normas que buscan consolidar el respeto a la memoria colectiva por medio de la producción y circulación de discursos acerca del pasado en la esfera pública. El propósito es demostrar que mientras la primera dimensión privatiza una práctica (la construcción de la memoria colectiva) que es esencialmente política, la segunda hace que dicha práctica sea posible.

Derecho a la verdad – memoria colectiva – justicia transicional – libertad de expresión

The Contribution of the Right to Truth to collective memory

ABSTRACT

This paper examines the right to truth's capacity to contribute to the discovery of historical truth and to the construction of collective memory after periods of exceptional violence. In order to do this, it distinguishes two dimensions of this right. The first one aims at reconstructing the past through criminal justice, identifying perpetrators and providing remedies to victims. The second

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Doctor en Derecho, King's College London, Inglaterra. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Correo electrónico: john.charney@pucv.cl

Las ideas contenidas en este artículo fueron presentadas por primera vez en un conversatorio referido al derecho a la memoria, organizado por el Centro de Estudios Aurora de la Escuela de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Agradezco a Benjamín Valladares por su invitación y por todos los comentarios y sugerencias que en esa oportunidad recibí. En una versión más elaborada, el artículo fue presentado en el programa de magíster de Derecho de la Universidad de Valparaíso. Agradezco a Jaime Bassa por invitarme y a todos quienes generosamente criticaron algunas de sus propuestas. Agradezco finalmente las valiosísimas y constructivas sugerencias de dos evaluadores anónimos. Esta investigación se enmarca en el Proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11181088.

Artículo recibido el 2 de enero de 2019 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

consists on a number of practices and norms that aim to consolidate respect to collective memory through the production and circulation of discourses about the past in the public sphere. The purpose is to demonstrate that while the first dimension privatizes an essential political practice (the construction of collective memory) the second one make this practice possible.

Right to truth – collective memory – transitional justice – freedom of expression

I. INTRODUCCIÓN

El modo en el que una comunidad política codifica su memoria, es decir, el soporte que utiliza para reproducirla en el tiempo, define en una medida importante la forma en que esa comunidad va a procesar y se va a relacionar con su pasado. El derecho a la memoria –que ha jugado un rol determinante en la construcción de la memoria colectiva a partir de la segunda mitad del siglo XX– surge y se proyecta en el mundo occidental como consecuencia del intento del nazismo de exterminar al pueblo judío durante la Segunda Guerra Mundial¹. La Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 afirma en su Preámbulo que “el desconocimiento y menosprecio de los derechos humanos ha originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad”. Por esta razón llama a todos los pueblos y naciones a esforzarse por promover “mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades y asegura[r], por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos”. Quienes ven en estas palabras un reconocimiento de la importancia que la memoria histórica tiene en la protección de los derechos humanos creen también en la necesidad de dotarla de resguardos jurídicos que la proyecten en el tiempo y que prevengan el resurgimiento del terror desatado por los sistemas totalitarios o autocráticos².

Las “leyes de la memoria” buscan hacerse cargo del legado dejado por la represión, la violencia y las violaciones sistemáticas a los derechos humanos planeadas, administradas y ejecutadas por el aparato estatal en los períodos más oscuros de la historia. Estas leyes son la consecuencia de la reflexión colectiva acerca de un pasado violento y buscan conciliar los términos de la convivencia, restaurar una identidad política fracturada y restablecer su normal funcionamiento³. Aunque el objeto del recuerdo, tratándose de la

¹ Quien articula por primera vez el concepto de memoria colectiva es Maurice Halbwachs. La tesis central de Halbwachs es que a los agentes colectivos es posible atribuirles memoria, por cuanto el recuerdo requiere, necesariamente, de los otros. La memoria no sería así el producto de la intuición sensible del individuo que conserva *ad eternum* la identidad del objeto recordado. Por el contrario, la memoria sería el producto del contexto social, HALBWACHS, 1992. Surge y se nutre “de corrientes que poseen una realidad objetiva fuera de nosotros” y que definen el contenido del objeto del recuerdo. El contexto social no solo permite o hace posible que un individuo recuerde. Desde la perspectiva de Halbwachs, la comunidad misma está dotada de una memoria colectiva que le permite desarrollar un profundo sentido de su propia identidad. RICŒUR 2008, p. 159.

² LUTHER, 2010, p. 57.

³ MILLARD, 2014, p. 147

construcción de la memoria colectiva, está íntimamente asociado con los hechos históricos que le sirven de base, es que las leyes de la memoria tienen una estrecha relación con la búsqueda de la verdad. En el sistema internacional de los derechos humanos esta relación ha dado origen al denominado derecho a la verdad⁴. En este artículo se distinguirán y abordarán separadamente dos aspectos de este derecho. El primero consiste en aquel que busca establecer la verdad respecto de las circunstancias en que ocurrieron los hechos de violencia y esclarecer su significado ético y político, busca determinar la responsabilidad de los perpetradores y procura obtener el resarcimiento de los daños sufridos por las víctimas y sus familiares. El segundo es lo que la literatura ha denominado el deber de recordar y consiste en un conjunto de normas y prácticas que buscan consolidar la memoria colectiva mediante la rememoración de fechas históricas, la creación de museos de la memoria y la criminalización de la negación o justificación (primero) de la *shoah* y (luego) de otros genocidios y violaciones sistemáticas a los derechos humanos. El primer aspecto de este derecho ha sido abordado fundamentalmente por la justicia penal, pero también ha tenido un importante desarrollo en la jurisprudencia de las Cortes internacionales de derechos humanos en la determinación de responsabilidades estatales. El segundo aspecto se ha materializado con hitos rememorativos y prácticas discursivas que buscan regular la producción de discursos en la esfera pública. A pesar de sus diferencias, ambos han sido defendidos como mecanismos que contribuyen al esclarecimiento de la verdad histórica y que facilitan el proceso de construcción de la memoria colectiva.

El punto de partida de este artículo es que el derecho a la verdad en su primera dimensión —el esclarecimiento de los hechos históricos y su comprensión por medio de la justicia penal— no cuenta con herramientas suficientes para abordar y procesar el legado de la violencia excepcional. La justicia penal, como se analizará en la primera sección, no solo tiene problemas para atribuir responsabilidad cuando se ha producido una inversión radical de las condiciones morales mínimas de punibilidad. Además, la justicia penal reduce el terror del pasado a una relación entre las partes y a la resolución de un aspecto puntual del pasado. Al privatizar la definición de una cuestión que es esencialmente política, tiende a normalizar el carácter fundacional de la violencia y con ello afecta la comprensión sobre el significado ético y político del terror. A pesar de lo anterior, el proceso penal puede contribuir a la determinación de ciertos hechos elementales de la historia, determinación que es fundamental para toda discusión posterior pertinente al significado de la violencia excepcional. La tesis con la que este artículo trabaja es que la comprensión del fenómeno del terror debe quedar entregada a lógicas deliberativas que caracterizan a la libertad de expresión, porque ellas permiten aglutinar la experiencia del sufrimiento, acumular los relatos y las vivencias que dan forma a la historia compartida y con esto es posible reconstruir una identidad política fracturada. Es con base en esta tesis que el artículo justifica —en la segunda y en la tercera sección— el derecho

⁴ Este derecho surge fundamentalmente de las iniciativas de justicia transicional desarrolladas en Latinoamérica a fines del siglo XX y comienzos del siglo XXI y ha tenido en la Corte Interamericana de Derechos Humanos a uno de sus principales promotores, NAFTALI, 2017, p. 70. Para un análisis en detalle, véase DULITZKY, 2017; FERRER, 2016; CAMPISI, 2014; GARIBIAN, 2014.

a la verdad en su segunda dimensión. El propósito es demostrar que esta dimensión del derecho —a diferencia de lo que sostiene parte de la literatura— contribuye a reforzar las prácticas deliberativas que son fundamentales para el proceso de construcción de la memoria colectiva en períodos transicionales.

II. EL ESCLARECIMIENTO DE LA VERDAD HISTÓRICA Y SU SIGNIFICADO

Los órganos del sistema interamericano de derechos humanos han reconocido y desarrollado sistemáticamente el derecho a la verdad⁵. La jurisprudencia de la Corte Interamericana (en adelante la Corte) ha sido especialmente relevante en su delimitación conceptual y en la identificación de sus límites y funciones. En este contexto, el derecho a la verdad surge como una respuesta a la falta de esclarecimiento, investigación, juzgamiento y sanción de desapariciones forzadas y al consecuente esfuerzo de la Corte y de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (en adelante la Comisión) para que los Estados cumplan con su obligación de enjuiciar y sancionar a los perpetradores, de asegurar la debida reparación a los familiares de las víctimas y de establecer la verdad de lo ocurrido, identificando el destino y paradero de las víctimas e informándolo a sus familiares⁶.

Desde un punto de vista conceptual, la Corte ha vinculado el derecho a la verdad a la lucha contra la impunidad, al reconocimiento de las garantías judiciales y a la protección judicial. Así, ha sostenido que el derecho a la verdad se encuentra “subsumido en el derecho de la víctima o sus familiares a obtener de los órganos competentes del Estado el esclarecimiento de los hechos violatorios y las responsabilidades correspondientes, a través de la investigación y el juzgamiento que previenen los artículos 8 y 25 de la Convención”⁷. En un primer momento la Corte circunscribió este derecho a las víctimas y a sus familiares. Sin embargo, con el correr del tiempo, ha identificado que su ejercicio involucra una dimensión colectiva que atañe a la comunidad política en su conjunto. Ha señalado así que “el derecho a conocer la verdad tiene como efecto necesario que en una sociedad democrática se conozca la verdad sobre los hechos”. Dicho conocimiento “es una justa expectativa que el Estado debe satisfacer, por un lado, mediante la obligación de investigar las violaciones de derechos humanos y, por el otro, con la divulgación pública de los resultados de los procesos penales e investigativos”⁸. La

⁵ A nivel internacional, el derecho a la verdad se encuentra reconocido en la Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 2006. En su artículo 24(2) la Convención establece el derecho de las víctimas a “conocer la verdad sobre las circunstancias de la desaparición forzada, la evolución y resultados de la investigación y la suerte de la persona desaparecida”. Para un estudio sobre el tratamiento del derecho a la verdad por la Corte Europea de Derechos Humanos véase BELAVUSAU, 2015; NAFTALI, 2017 y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos FERRER, 2016; DULITZKY, 2017, CIDH, 2014.

⁶ Corte IDH Caso *Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, párr. 181.

⁷ Corte IDH, *Bámaca Velásquez*, párr. 201.

⁸ Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, párr. 119.

dimensión colectiva del derecho a la verdad no solo busca preservar la memoria histórica sobre el pasado violento. Además (y relevante para el análisis que sigue más adelante) cumpliría una función preventiva, ya que, de acuerdo con la Corte, el esclarecimiento judicial de lo ocurrido contribuiría a evitar que hechos similares se repitan en el futuro⁹.

A pesar de la importancia que la Corte atribuye al derecho a la verdad, es consciente de sus límites y en especial de las dificultades que pueden surgir en tiempos de transición para conciliar la lucha contra la impunidad con la necesidad de esclarecer la verdad respecto de las circunstancias en que ocurrieron los crímenes. Collins sugiere que en Chile una perversa ventana de oportunidad para el esclarecimiento de la verdad se abrió entre 1998 y 2004 cuando los perpetradores, sujetos a la ley de amnistía, podían confesar sus crímenes para evitar cargos por secuestro permanente¹⁰. En ese sentido, la Corte ha entendido que muchas veces la verdad requiere de la implementación de medidas estatales que faciliten la obtención de información acerca del paradero y destino de las víctimas, como por ejemplo la aplicación de sanciones atenuadas a los perpetradores. Sin embargo, lo anterior no puede significar, de acuerdo con la propia Corte, que la obligación de investigar quede condicionada por actos o disposiciones normativas internas, cualquiera sea su naturaleza¹¹. La significancia que la Corte atribuye a la investigación judicial la ha llevado a ser especialmente categórica al señalar que las leyes de amnistía, cuando se trata de graves violaciones a los derechos humanos, son contrarias a la Convención. No solo porque ellas promueven la impunidad y la indefensión de las víctimas, sino porque además impiden el acceso (de las víctimas, de sus familiares y de la sociedad en su conjunto) a la verdad en las circunstancias en que ocurrieron estas violaciones¹².

Por otro lado, si bien la Corte ha reconocido que medidas extrajudiciales, en especial las Comisiones de Verdad, contribuyen al esclarecimiento de la verdad histórica, a la preservación de la memoria y a la determinación de las responsabilidades institucionales, políticas y sociales, en ningún caso considera que estas medidas puedan sustituir la investigación penal¹³. La primacía que el proceso penal ocupa en el esclarecimiento de la verdad histórica se basa en la relevancia que la Corte le atribuye en tres aspectos que si bien pueden separarse analíticamente, están íntimamente ligados en su jurisprudencia. El primero de ellos se refiere a la capacidad de la sentencia de reconstruir fácticamente un episodio de la historia y de determinar responsabilidades criminales. El segundo es de carácter ético y político y consiste en la valoración de los hechos en el marco conceptual de los derechos humanos. La sentencia judicial funcionaría como un reproche colectivo

⁹ Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, párr. 51; Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, parr. 66; Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, párr. 66; Corte IDH; Corte IDH, *Padillo Pacheco vs. México*, párr. 144.

¹⁰ Al respecto véase COLLINS, 2016, p. 133.

¹¹ Corte IDH, *Masacres de Río Negro vs. Guatemala*, párr. 190.

¹² Corte IDH, *Barrios Altos vs. Perú*, párrs. 41-44; *Gelman vs. Uruguay*, párr. 229; Almonacid Arellano y otros vs. Chile, párrs. 105-114.

¹³ Corte IDH *Almonacid Arellano et al. v. Chile*, parr 150; véase además Corte IDH *Zambrano Vélez v. Ecuador*, párr. 128.

a quienes utilizaron el aparato estatal para perpetrar violaciones sistemáticas a los derechos humanos y también a quienes permitieron o dejaron pasar las atrocidades frente a sus ojos. Finalmente y como consecuencia de una verdad articulada por la investigación judicial y valorada en el marco conceptual de los derechos humanos, la Corte anuncia en su jurisprudencia una función preventiva general que reduciría exponencialmente el espacio para que los hechos investigados se repitan en el futuro¹⁴.

No cabe duda que los juicios producen un registro autorizado de las circunstancias en las que ocurrieron las violaciones a los derechos humanos. Sin embargo, la capacidad del derecho penal para lidiar con la violencia excepcional en contextos transicionales ha sido objeto de una crítica muy articulada. Su aspecto más débil es, quizás, el de la función preventiva. Fernando Atria aborda este problema a propósito de su análisis de la promesa del presidente Aylwin de que “nunca más” se repetirán en Chile las atrocidades de la dictadura. Su conclusión, a mi juicio correcta, es que el derecho simplemente no puede servir de garantía para esta promesa. El derecho no puede impedir el surgimiento de la violencia excepcional porque cuando eso sucede, el derecho mismo se ha suspendido, y ha perdido en consecuencia toda capacidad para contenerla¹⁵.

En un artículo reciente, Daniela Accatino presenta una defensa a la respuesta penal en contextos de transición que elude la crítica a la función preventiva del derecho penal. Siguiendo la teoría comunicativa de la pena de Anthony Duff, su defensa se enfoca en justificaciones de carácter ético-político que apuntan a la reconstrucción de una comunidad fracturada como consecuencia del pasado violento. De acuerdo con Accatino, la sentencia judicial constituye un agravio público de un acto “que ofende los valores básicos que definen a la comunidad política que por eso los juzga y condena”¹⁶. El agravio público no solo reafirmaría la condición de la víctima como perteneciente a una comunidad que busca reforzar su compromiso con aquellos valores compartidos y que fueron quebrantados durante el período de violencia excepcional. Además, por medio del llamado a responder de sus actos, esta comunicación también pretende tratar a los perpetradores como miembros pertenecientes a esa misma comunidad que se define “por los valores expresados en las normas quebrantadas”¹⁷. Es importante advertir que esta comunicación no se reduce a los perpetradores y a las víctimas. El carácter público del agravio hace del juicio un instrumento de reproche colectivo que reafirmaría valores compartidos por la comunidad y que al hacerlo posibilitaría la reconstrucción de su identidad política fragmentada por la violencia excepcional. La defensa comunicativa de la estrategia judicial, al tratarse de una teoría cuya justificación reside en el merecimiento del reproche dirigido al perpetrador, en cuanto agente moral responsable, es inmune, como ya se dijo, a las críticas y a la función preventiva del derecho penal. Sin

¹⁴ Corte IDH, *Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña vs. Bolivia*, parr. 66; Corte IDH, *Anzualdo Castro vs. Perú*, párr. 66; Corte IDH, *Gudiel Álvarez y otros (Diario Militar) vs. Guatemala*, párr. 51; Corte IDH, *Padillo Pacheco vs. México*, párr. 144. Véase además DULITZKY, 2017, p. 153.

¹⁵ ATRIA, 2003, p. 52.

¹⁶ ACCATINO, 2019, p. 8.

¹⁷ ACCATINO, 2019, p. 11.

embargo es menos resistente a aquellas críticas que ponen en duda la capacidad del derecho penal para lidiar con situaciones en las que se ha producido una inversión radical de las condiciones morales mínimas de juzgamiento.

En *Eichmann in Jerusalem*, Arendt señala que cuando la normalidad política e institucional es remplazada por un Estado que se construye sobre la base de principios criminales, como el Tercer Reich, las categorías jurídicas dejan de funcionar. Dejan de hacerlo porque en esas circunstancias es el acto delictual el que se transforma en la regla legal y el acto no delictual en la excepción. En el *postscript* de *Eichmann*, Arendt se detiene en la figura de la obediencia debida, utilizada por la defensa de Eichmann, para demostrar los problemas de la aplicación de los conceptos jurídicos a circunstancias de terror excepcional. Esta figura, en circunstancias de normalidad política, exime de (o atenúa la) responsabilidad penal de un subordinado que comete un delito bajo la orden impartida por un superior. La Corte de Jerusalén, impugnando la aplicación de esta figura al caso de Eichmann, concluye que tratándose de órdenes manifiestamente criminales los subordinados no tienen la obligación de obedecer y deben representar la ilegalidad de la orden a su superior. El problema, en este caso concreto, es que las órdenes que Eichmann recibía de sus superiores se ajustaban perfectamente al marco normativo y administrativo que regía al Tercer Reich. No se trataban entonces de órdenes “manifiestamente ilegales” y, por tanto, de órdenes que Eichmann hubiese podido o debido representar. Para condenarlo en estos términos, lo que la Corte debió haber requerido de él no era que revisara si las órdenes de sus superiores se ajustaban a la legalidad existente, sino que si ellas se ajustaban a una buena conciencia y esto no es algo que un tribunal de justicia pueda exigir¹⁸. Vista así, la condena de Eichmann no responde a estándares ni precedentes legales, sino solo a la monstruosidad de sus actos¹⁹.

El problema de la atribución de responsabilidad penal por los crímenes cometidos durante períodos de terror excepcional es solo una manifestación de un problema más general que se refiere a la disparidad que existe entre la descripción del fenómeno jurídicamente delictivo y el fenómeno del terror. Así como señala Mañalich, “la circunstancia de que la descripción de los hechos constitutivos del terror como hechos delictivos sea verdadera no implica que esa sea la descripción verdadera del terror”²⁰. Es este “déficit descriptivo” del derecho penal el que lleva a Agamben, a propósito de su reflexión acerca de Auschwitz, a sostener que:

es posible que sean los procesos (los doce procesos celebrados en Nuremberg, más otros que se desarrollaron dentro y fuera de las fronteras alemanas, hasta el de 1961 en Jerusalén, que concluyó con la muerte en la horca de Eichmann y abrió

¹⁸ Esta exigencia se hace aún más exigua cuando el mal se mecaniza por medio del aparato burocrático del Estado. Arendt ve en Eichmann un eslabón más en una cadena de *masacres administrativas*, un eslabón que desprovisto de toda agencia pierde la capacidad de contradecir una estructura social que había sucumbido ante el poder de Hitler, ARENDT, 2006a, p. 295.

¹⁹ ARENDT, 2006a, p. 294. Para una crítica al argumento de Arendt, véase NORRIE, 2017, pp. 124 y ss.

²⁰ MAÑALICH, 2010, p. 10.

el camino a una nueva serie de procesos en la República Federal) los responsables de la confusión intelectual que ha impedido pensar Auschwitz durante decenios²¹.

El proceso judicial, según Agamben, no solo ha impedido aclarar el significado ético y político de lo ocurrido sino que además ha impedido la “simple comprensión humana de lo acontecido”²². Buena parte de su explicación se encuentra en la dificultad de trasladar al lenguaje –y más específicamente al lenguaje jurídico– una experiencia que parece no admitir verbalización. Agamben se concentra en la figura del testigo y en su imposibilidad de comunicar hechos que son “irreducibles a los elementos reales que lo constituyen”²³. La magnitud del horror de Auschwitz pone al testigo frente a la imposibilidad de verbalizar, frente a la indecibilidad de un fenómeno que desmonta todas las categorías jurídicas y éticas existentes. Un fenómeno cuya materia “es refractaria a cualquier intento de determinar la responsabilidad... una alquimia en la que el bien y el mal y, junto a ellos todos los metales de la ética tradicional alcanzan su punto de fusión”²⁴. Es por ello que los juicios de Nuremberg dejaron la impresión de que habían resuelto algo que no podían resolver, de que el problema se había superado, de que la verdad se había saldado. Sin embargo –advierte Agamben– el problema sigue siendo tan enorme que este pone en tela de juicio al propio derecho que intenta contenerlo²⁵.

Un juicio similar es el que han sostenido Fernando Atria y Juan Pablo Mañalich a propósito del terror desatado durante la dictadura militar en Chile. De acuerdo con Mañalich, los juicios en contra de los militares no solo no han permitido comprender el fenómeno del terror en su real magnitud, sino que además naturalizaron la violencia fundacional sobre la que se construyó nuestra identidad política y, en ese sentido, distorsionaron la comprensión que tenemos de nosotros mismos²⁶. De acuerdo con Atria, esto se debe a que el lenguaje de los derechos humanos, utilizado para juzgar a los perpetradores, no permite reproducir la radicalidad de la violencia excepcional y por eso cuando intenta hacerlo no solo termina banalizando el mal sino que además vulgariza al derecho²⁷. Ambos coinciden en que uno de los principales problemas es que el derecho privatiza un asunto –el de la violencia excepcional– que es esencialmente colectivo y del que depende la identidad política que se forja tras el período del terror. Mediante

²¹ AGAMBEN, 2005, p. 18.

²² AGAMBEN, 2005, p. 7.

²³ AGAMBEN, 2005, p. 9.

²⁴ AGAMBEN, 2005, p. 20. Es necesario tener presente que si bien el terror se distancia del lenguaje y lo convierte en un fenómeno irreducible a las categorías jurídicas, Agamben es enfático al señalar que Auschwitz no es una realidad “absolutamente” separada del lenguaje. De ser así, se estaría comulgando, sin quererlo, con el nacionalsocialismo y con su propósito de borrar toda evidencia de los campos de exterminio. El punto es que el terror no puede ser reducido a categorías jurídicas. AGAMBEN, 2005, p. 164. Para una propuesta acerca de cómo lidiar en contextos de justicia transicional con las dificultades del testimonio, véase OTTO, 2016.

²⁵ AGAMBEN, 2005, p. 18.

²⁶ MAÑALICH, 2010, p. 10.

²⁷ ATRIA, 2003, p. 76.

el juicio, el fenómeno del terror termina por reducirse a una “relación procesal”, a un problema entre las partes en la que lo que interesa es determinar la “culpabilidad aislada que se expresa en el hecho punible respectivo”²⁸ y en el resarcimiento de los daños de las víctimas y sus familiares.

Privatizar la violencia excepcional significa, por un lado, que el terror de Estado queda diluido, en términos explicativos, al registrarse como un cúmulo de responsabilidades individuales por la desviación de estándares normativos.²⁹ Vista así, la violencia excepcional se reduce a un catálogo de atrocidades que si bien puede mostrar la envergadura y sistematicidad de los crímenes, restringe el fenómeno del terror a un problema de agencia individual que impide ver con claridad su dimensión burocrática: la organización y utilización del aparato estatal para eliminar la disidencia política e imponer por la fuerza un nuevo orden de cosas. Esto tiene graves consecuencias políticas, ya que al reducir el conflicto a un cúmulo de responsabilidades individuales se normaliza la violencia fundacional que dio origen al pacto político surgido tras ella. Como previene Mañalich, cuando los crímenes son tratados como desviaciones individuales y excepcionales del ordenamiento jurídico –y no como el producto del uso sistemático del aparato estatal para la organización, administración y ejecución del terror con fines políticos– se purga de vicios el orden constituido y se consolida, paradójicamente, el triunfo definitivo del orden impuesto³⁰.

La tesis de Accatino es que la dimensión comunicativa de la pena descarta el problema anterior. Lo haría porque a pesar de que la sentencia reduce el terror a responsabilidades por acciones de individuos, cada una de esas responsabilidades expresadas en la sentencia como “agravios públicos”, constituye un llamado a responder por y a reprochar el quebrantamiento de valores colectivos³¹. Si la sentencia efectivamente produce tal efecto comunicativo, o si por el contrario, lo que queda es la sensación de un desplazamiento del terror a la esfera de las partes enfrentadas en juicio, no es algo que pueda resolver este artículo. Lo que sí es cierto es que el fenómeno de la privatización de la responsabilidad se agrava, así como ha sucedido en Chile, cuando no es el propio Estado, sino que las víctimas, sus familiares y las organizaciones de derechos humanos las que asumen el protagonismo en el impulso de la persecución penal por los crímenes cometidos durante la dictadura³². En estas circunstancias, la violencia excepcional se reduce a una disputa privada entre perpetradores y víctimas, una disputa en la que el resto de la comunidad se asoma como un espectador que a la distancia observa cómo los tribunales intentan reconstruir el pasado por medio de un pleito judicial, soslayando la significancia colectiva que la experiencia del terror tiene en la reconstrucción de la identidad de la comunidad política.

²⁸ MAÑALICH, 2010, p. 10.

²⁹ MAÑALICH, 2010, p. 10.

³⁰ MAÑALICH, 2010, p. 11.

³¹ ACCATINO, 2019, p. 19.

³² COLLINS *et al.*, 2013, p. 65.

Las críticas a la estrategia judicial en contextos de transición vistas aquí comparten un mismo diagnóstico respecto de la dificultad de traducir el fenómeno del terror al lenguaje del derecho. Que el lenguaje de los derechos humanos sea insuficiente para dar cuenta de la violencia excepcional, o que el derecho trivialice –al privatizar– un conflicto que es esencialmente colectivo o que las condiciones mínimas de punibilidad se inviertan radicalmente durante el terror –son razones que se han dado para explicar que el derecho carece de herramientas suficientes para permitir la comprensión de la violencia excepcional–. Por ello es que cuando intenta hacerlo, genera un déficit explicativo del terror que impacta en el proceso de reconstrucción de una identidad política fragmentada.

Al presentar estas críticas no quiero insinuar que el proceso judicial no tenga incidencia alguna en la búsqueda de la verdad en contextos de justicia transicional. La discusión acerca de las dificultades del proceso penal para aclarar el significado de los hechos históricos no niega la existencia de estos hechos y la posibilidad de que el proceso penal sea capaz de contribuir a su esclarecimiento aun cuando tenga dificultades para hacer lo mismo respecto de su significado. Incluso Agamben hace una distinción entre las “circunstancias históricas” del exterminio y su “significado ético y político” y reconoce que las primeras han sido suficientemente aclaradas por la literatura especializada³³. Aunque el proceso penal tiene dificultades para aclarar el significado del terror, puede contribuir –idealmente con el apoyo de otros instrumentos como las Comisiones de Verdad– a la determinación de los hechos –y muy especialmente– de aquellos a los que Arendt se refiere como hechos “brutalmente elementales de la historia”³⁴ y que serán objeto de atención en la próxima sección. Estos se refieren a cuestiones que tienden a darse por establecidas de manera transversal en una comunidad política, como por ejemplo, que La Moneda fue bombardeada el 11 de septiembre de 1973 en una acción conjunta de las Fuerzas Armadas. No solo la sentencia judicial contribuye a reunir y resguardar las pruebas que acreditan la ocurrencia de estos hechos. Además, el derecho, como se argumentará en la próxima sección, debe proteger estos hechos de intentos de tergiversación o negación para reforzar las prácticas deliberativas en torno al significado de la verdad histórica y a la construcción de la memoria colectiva.

III. EL DEBER DE RECORDAR

El segundo aspecto del derecho a la verdad, así como se indicó más arriba, busca consolidar el respeto a la memoria colectiva. De acuerdo con Millard, se refiere a “un conjunto de normas y políticas públicas destinadas, especialmente en sociedades que establecen una forma democrática de gobierno, [...] a dar cuenta de las violaciones a los derechos humanos que han precedido”³⁵. Su contribución a la memoria colectiva no

³³ AGAMBEN, 2005, p. 7.

³⁴ ARENDT, 2006b, p. 234.

³⁵ MILLARD, 2014, p. 145.

consiste en recabar información acerca de hechos históricos mediante la investigación judicial. Por el contrario, por medio de un conjunto de instituciones, normas y prácticas que incluyen la rememoración de fechas históricas; la creación de museos de la memoria; y la criminalización del negacionismo histórico, entre otros, regula la producción y circulación de discursos respecto del pasado en la esfera pública.

El negacionismo histórico ha sido el fenómeno que más discusión ha generado en la literatura a propósito de la segunda dimensión del derecho a la verdad. Este se refiere a la negación sistemática e ideológica de la verdad y de la realidad y el término se empleó por primera vez para designar aquellas teorías que niegan la existencia de cámaras de gas en los campos de concentración nazis³⁶. El negacionismo de la *shoah* rechaza, además, el número de personas asesinadas por los nazis, niega que la solución final al problema judío consistiera en su exterminio y agrega que la evidencia que da cuenta de lo anterior no es otra cosa que la historia contada por los vencedores. Acompañado del desarrollo de las tecnologías, el fenómeno del negacionismo se ha expandido por las redes sociales y sitios de internet y múltiples países han reaccionado haciendo de él un ofensa criminal.³⁷ Francia fue el primer país en tipificarlo como un delito criminal en 1990, seguido por Austria, Alemania, Bélgica y España. Hoy el delito de negacionismo no solo ha sido incorporado a nivel internacional sino que se ha expandido para cubrir hechos distintos a la *shoah*³⁸. Actualmente en Chile se encuentra en tramitación en el Congreso un proyecto de ley de memoria histórica que, entre otras cosas, sanciona criminalmente el negacionismo y la justificación del golpe de Estado del 11 de septiembre de 1973³⁹.

Así como la primera, la segunda dimensión del derecho a la verdad también ha sido criticada por las dificultades que el derecho tendría para procesar la violencia excepcional. En esta sección presentaré una de tales críticas. Ella ve en las leyes de la memoria la imposición de una versión hegemónica de la historia que restringe indebidamente la libertad de expresión. Escéptica acerca de la posibilidad de encontrar una verdad intersubjetiva del pasado, esta crítica prefiere dejar la discusión histórica absolutamente abierta y sujeta a las reglas de lo que llama “la ética de la libertad de expresión”. Tras mostrar los problemas de esta teoría —fundamentalmente el hecho de que pone en riesgo la integridad de hechos históricos elementales para la comprensión política del pasado— y apoyado en *La verdad y lo político* de Fernando Atria, desarrollaré una defensa a la deliberación política como instrumento necesario para el desarrollo de la memoria colectiva. Esta defensa, a diferencia de la crítica anterior, refuerza la idea de que la verdad tiene un rol constitutivo en la identidad de una comunidad política y

³⁶ ROUSSO, 1994.

³⁷ FRONZA, 2018, p. 10.

³⁸ En la Unión Europea, la Decisión marco de 2008 relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el derecho penal, establece el deber de los Estados miembros de garantizar que se castiguen, entre otras conductas, la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y ciertos crímenes de guerra.

³⁹ Véase Boletín N° 9746-17.

a base de tal verdad justifica la existencia de un marco institucional que promueva el respeto de la memoria colectiva.

Posición 1: el escepticismo histórico

Hay quienes ven en la progresiva expansión que las leyes de la memoria han tenido desde la segunda mitad del siglo XX, un intento por parte del Estado —o de entes supraestatales— de controlar el pasado para articular un imaginario colectivo que refuerce su hegemonía⁴⁰. Así es vista por Uladzislau Belavusau la conmemoración de fechas históricas, la construcción de museos de la memoria y, muy especialmente, los delitos de negacionismo y justificación de la *sboab* —que con el tiempo se han expandido para sancionar los genocidios y las violaciones sistemáticas de los derechos humanos⁴¹—. Desde la perspectiva de Belavusau, estas leyes no solo no logran esclarecer nuestra comprensión del pasado sino que imponen un punto de vista que distorsiona y transforma la realidad social en distintos niveles. En primer lugar, reforzarían la versión judía del arrepentimiento —que supone que solo las víctimas pueden perdonar a los perpetradores— frente a los rituales cristianos del olvido. Además, crearían una versión dicotómica de la Segunda Guerra Mundial que atribuye toda responsabilidad a los nazis y a sus colaboradores y venera plenamente a los vencedores. Esto último reforzaría las dicotomías de buenos/malos y de víctimas/perpetradores que caracterizan los relatos de la Segunda Guerra Mundial. Además, estas leyes reforzarían la idea de la democracia militante que niega protección constitucional a los discursos que incitan al odio. Todo esto —que Belavusau define como la “monumental prescripción legal de la verdad histórica”— habría contribuido a la articulación de la integración europea en torno a un relato que se basa en el temor a repetir las atrocidades del pasado⁴².

El argumento de Belavusau se nutre de una concepción particular acerca de la verdad y de la historia. En *Truth and Truthfulness*, Bernard Williams observa la existencia de dos grandes corrientes de ideas que predominan en el pensamiento y en la cultura moderna. Ambas tienen algo relevante que decir acerca de la verdad. Williams asocia la primera al sentido común, pero también a la comprensión científica o positivista del mundo. Desde esta perspectiva la verdad es la correspondencia entre un juicio o una afirmación determinada y el objeto al que esta o aquella se refiere. Afirmaciones o juicios formulados bajo esta concepción de la verdad pueden ser generalmente aprobados o rechazados⁴³. Desde una perspectiva histórica esta concepción se vincula a la idea de objetividad, la que alude a una creencia sobre la realidad del pasado y ve en la verdad

⁴⁰ Al respecto véase GARIBIAN, 2008; MÄLKSOO, 2009; BARAHONA, 2011; LÖYTÖMÄKI, 2014.

⁴¹ Literatura jurídica acerca de la criminalización del negacionismo, véase, entre otros HARE *et al.*, 2011; BEHRENS, 2017; FRONZA, 2018.

⁴² BELAVUSAU, 2015, pp. 539-541.

⁴³ WILLIAMS, 2002, p. 1.

una correspondencia con esa realidad⁴⁴. La segunda corriente expresa un compromiso intenso con la veracidad o, como señala Williams, un intenso afán por no ser engañado y por identificar los motivos reales que se esconden tras las apariencias. La sospecha generalizada de los motivos que mueven las acciones de las personas, especialmente en el plano político, se proyecta hacia un descreimiento o escepticismo de la idea misma de la verdad, la que muchas veces se toma como una cuestión relativa o subjetiva. Desde una perspectiva histórica esta corriente proyecta su escepticismo hacia afirmaciones del pasado generalmente concebidas como verdaderas, las que tiende a identificar –en cambio– como posiciones ideológicas o autointeresadas⁴⁵.

Es con esta segunda corriente escéptica con la que es posible identificar el argumento de Belavusau. Su argumento apunta a un interés político relevante que consiste en evitar que el Estado manipule el pasado mediante una verdad “oficialmente consagrada” con el propósito de acrecentar su poder hegemónico. La libertad de expresión contribuye, en efecto, a evitar ese riesgo. Sin embargo, cuando ella se construye sobre fundamentos que se escinden de la búsqueda de la verdad, puede producir efectos tan graves como aquellos que intenta evitar. Belavusau establece conexiones relevantes entre los discursos que intentan articular el pasado, el presente y el futuro, por una parte, y los intereses políticos que tras esos discursos se esconden, por la otra. Lo que se pretende es dilucidar “cómo, quiénes, a través de qué medios, con qué intensidad y con qué fin transforman [algunas de] las experiencias del pasado en asuntos políticamente relevantes”⁴⁶. La premisa central de esta perspectiva es que la historia y la historiografía no son más que instrumentos puestos al servicio de quienes intentan satisfacer sus propios intereses políticos y que la esfera pública es el espacio en el que esos intereses se enfrentan con el propósito de alcanzar la hegemonía sobre el discurso del pasado. En esta lucha compiten las “versiones oficiales” de la historia con versiones alternativas. Mientras que las primeras intentan conservar la legitimidad de los proyectos políticos vigentes, las segundas intentan subvertirlos.

Desde este punto de vista, las leyes de la memoria no hacen otra cosa que clausurar la deliberación política, codificando la versión hegemónica de la historia que da legitimidad al sistema político imperante. No es de extrañar entonces que quienes se aproximan al fenómeno de la memoria colectiva desde esta perspectiva prefieran dejar la discusión concerniente al pasado plenamente abierta y se opongan a cualquier intento de fijar la verdad por medio de museos de la memoria, delitos de negacionismo y conmemoración de fechas históricas, entre otros. Según Belavusau, “la historiografía usualmente funciona como un agente de poder que delimita la ‘verdad oficial’ y se hace cargo del trauma colectivo”. La única solución disponible es la de dejar la deliberación entregada a lo que él llama “la ética de la libertad de expresión”. De lo contrario, advierte, la represión de

⁴⁴ EVANS, 1999, p. 252. Para un análisis de los conceptos de la verdad en el campo de la memoria colectiva véase EAGLESTONE, 2004, pp. 137 y ss.

⁴⁵ WILLIAMS, 2002, p. 1.

⁴⁶ MEYER, 2008, p. 176.

versiones alternativas de la historia podría generar sentimientos de inferioridad y concitar la violencia del pasado que la propia “historia oficial” pretende aplacar⁴⁷.

La libertad de expresión aparece así como la alternativa ideal para hacerse cargo del trauma y para reconstruir una identidad política fragmentada por la violencia del pasado. Sin embargo, para alcanzar estos fines la libertad de expresión no puede escindirse de la búsqueda de la verdad, como parece desprenderse del argumento de Belavusau⁴⁸. Si lo hace no solo arriesga la posibilidad de construir un significado intersubjetivamente validado del pasado violento, sino que además arriesga, como se verá más adelante, la integridad de los hechos que constituyen ese pasado y que son fundamentales para hacer posible cualquier discusión pertinente al sentido de la violencia excepcional en una comunidad política. Afirmar que la verdad juega un rol fundamental en el proceso de construcción de la identidad política de una comunidad en contextos transicionales equivale a decir que hay una respuesta de la interpretación del pasado que, desde una perspectiva política, es correcta. Por lo mismo, su renuncia es equivalente a vivir en el engaño. Lo que Mañalich sostiene respecto de cualquier argumento que defiende el olvido es aplicable a cualquier argumento que renuncia a la verdad: “equivale a un alegato a favor de una forma de comunidad que renuncia a registrar el hecho de su fractura y de la contingencia de su eventual reconstitución, es decir, a favor de una comunidad estructurada sobre una falsa conciencia”⁴⁹.

El modo en el que Belavusau aborda la relación entre el presente y el pasado y las premisas en las que construye su argumento no parecen dejar espacio para una deliberación que se articule en torno a una verdad que pueda ser validada intersubjetivamente. Si la verdad no es otra cosa que la imposición de una versión del pasado para la satisfacción de los intereses políticos de quienes la imponen, todos los discursos políticamente articulados en torno a ella deben ser descartados. Es por ello que la ética de la libertad de expresión que Belavusau defiende parece incapaz de hacer distinciones relevantes entre las posiciones que se enfrentan en la esfera pública. No solo no permite distinguir entre los discursos que condenan las violaciones sistemáticas a los derechos humanos de aquellos que las justifican –e incluso de aquellos que las niegan–. Tampoco puede hacer distinciones relevantes entre la más burda de las falacias del pasado y las más rigurosa de las investigaciones históricas. Y estas distinciones, como se sostendrá, son fundamentales para la reconstrucción de la identidad política tras períodos del terror.

En lo que sigue se darán dos pasos adicionales para demostrar la importancia que la verdad ocupa en la discusión pública respecto de la violencia excepcional. En el primero, se verá que la verdad funciona como un ideal regulativo que permite orientar la discusión en torno al *significado* de la violencia excepcional en la construcción de la identidad de la comunidad política. El segundo, analizará la importancia de resguardar

⁴⁷ BELAVUSAU, 2015, p. 556.

⁴⁸ Para la relación entre la verdad y la libertad de expresión en el pensamiento político moderno véase HAWORTH, 1998; CHARNEY, 2018.

⁴⁹ MAÑALICH, 2010, p. 45.

ciertos “datos brutalmente elementales de la historia” como condición necesaria para que la discusión sobre el *significado* de la violencia excepcional sea posible.

Posición 2: la verdad como constitutiva de las prácticas políticas

A diferencia de Belavusau, Atria cree firmemente en la existencia de una verdad intersubjetivamente válida y además cree que esa verdad es constitutiva de las prácticas políticas de una comunidad. Es precisamente la existencia de esa verdad lo que permitiría, según él, distinguir por medio de razones deliberativamente articuladas, aquellas decisiones que en política pueden ser consideradas objetivamente correctas de aquellas que no⁵⁰.

Atria pisa un terreno minado. La relación entre la verdad y la política no es pacífica y la creencia generalizada es que ella es antitética. Mientras que invocar la verdad en la discusión política suele entenderse como el intento por imponer un punto de vista en desmedro del diálogo; invocar la deliberación política para decidir cuestiones cuya demostración ya ha pasado por la prueba de la razón (verdades racionales) o de la facticidad (verdades fácticas) es poner a la verdad en serio peligro. Una de las razones que explica la aparente desavenencia entre verdad y política, según Arendt, es que los modos por los que se comprueba o se verifica la verdad contienen cierto grado de compulsión, compulsión que estaría en contradicción con los modos de comunicación que caracterizan a la política. Enunciados como “El 11 de septiembre ocurrió un golpe militar en Chile”; “Dos más dos son cuatro”; “La tierra gira alrededor del sol”; o “El ser humano es un fin en sí mismo”, requieren distintos modos de verificación, pero una vez que eso ocurre y que se pronuncian como verdades, ellas no admiten discusión, persuasión, acuerdo u opinión⁵¹. Es por eso que si el lenguaje de la verdad se traslada al de la política, la política se transformaría en otra cosa. A la inversa, y como se verá más adelante, si el debate, la opinión y la persuasión se llevan al terreno de las verdades, ellas también se ven seriamente amenazadas.

Si bien los modos de comunicación que caracterizan la búsqueda de la verdad están en tensión con aquellos que caracterizan a la política, lo cierto es que la verdad juega una función fundamental en la política y en especial –lo que aquí nos preocupa– en la construcción de la memoria colectiva. De acuerdo con Atria, “la verdad cumple una función constitutiva de prácticas deliberativas, en el sentido de que sin referencia a ella esas prácticas no pueden sino degenerar en prácticas opresivas”⁵². A primera vista, el argumento de Atria parece una inversión radical de los términos del argumento de Arendt. Mientras que para el primero, la verdad es la que explica la existencia de prácticas deliberativas en la política, para la segunda, la verdad tiende a destruir esas prácticas. Lo cierto es que las diferencias que separan a Atria de Arendt se disuelven

⁵⁰ ATRIA, 2009.

⁵¹ ARENDT, 2006b, p. 235.

⁵² ATRIA, 2009, p. 27.

cuando observamos que al hablar de la relación entre la verdad y la política, no solo están utilizando conceptos distintos de verdad, sino que además están hablando de dimensiones distintas de la política. Por ese motivo, y como se analizará más adelante, ambos argumentos son compatibles y por ello aplicables en conjunto con la construcción de la memoria colectiva.

Lo primero que es necesario destacar en el argumento de Atria es que la función de la verdad en la política está relacionada con los aspectos más elevados de la vida en común. Ella permite dilucidar el modo en el que hemos de entendernos como ciudadanos y en el que hemos de entender la comunidad política a la que pertenecemos. Parte importante del esfuerzo intelectual desarrollado por la filosofía política desde la Antigüedad ha sido el de responder estas preguntas. Y si bien se trata de preguntas filosóficas, son antes que nada preguntas políticas. Lo son porque la política, desde la perspectiva de Atria, no es otra cosa “que el espacio donde se encuentran ciudadanos a deliberar y decidir sobre lo que es bueno para todos”⁵³. Es el espacio en el que se decide cómo debe ser vivida la vida en común. El punto central de Atria –y de ahí la conexión entre la verdad y la política– es que hay una respuesta correcta a estas preguntas y esas respuestas, esa *verdad*, desempeña un rol constitutivo de las prácticas políticas y deliberativas de esa comunidad. Asignarle a la verdad un rol constitutivo de nuestras prácticas políticas tiene como consecuencia que solo de este modo podemos entenderlas como prácticas que reconocen la agencia del otro. Según Atria, “[l]a razón por la que la verdad en sentido constitutivo tiene esta dimensión es que solo cuando ella es asumida podemos entender que al encontrarnos y deliberar sobre cómo hemos de vivir estamos apelando a algo *común a todos*”⁵⁴. La existencia de una verdad intersubjetiva exige, en otras palabras, que quien la defiende debe ofrecer razones que sean comunes a todos para demostrar su existencia. A su vez, esta verdad exige aceptar las razones que el resto tenga que ofrecer. En ese sentido, la verdad es constitutiva de prácticas políticas que reconocen la dignidad del otro y que, a pesar de asumir la existencia de una posición correcta, excluye la opresión.

Llevado al terreno de la memoria, el argumento de Atria exigiría que la reconstrucción de la identidad colectiva tras la época del terror, se haga mediante prácticas políticas que reconozcan la agencia y dignidad de todos⁵⁵. Como la deliberación es constitutiva de estas prácticas, podríamos decir que ellas deben sujetarse a lo que aquí se ha llamado la “ética de la libertad de expresión”. Sin embargo, es necesario ser muy cuidadosos en este punto. El propósito de la deliberación no sería, desde la perspectiva de Atria, el de reconstituir una identidad política de modo tal que ella sea el equivalente a la suma de visiones y posiciones que cada miembro de la comunidad exprese libremente y a la que se llegue mediante una negociación que satisfaga los intereses de todas las “partes”. El reconocimiento de la agencia del otro por medio de la deliberación propiamente política

⁵³ ATRIA, 2009, p. 31.

⁵⁴ ATRIA, 2009, p. 37.

⁵⁵ Atria rechaza categóricamente la judicialización como solución a la violencia excepcional ATRIA, 2004, pp. 70 y ss.

a la que Atria se refiere, no permite tratar de manera equivalente cuestiones que no los son: este tipo de deliberación no podría condenar las violaciones sistemáticas a los derechos humanos en Chile y, a su vez, justificarlas por la espiral de violencia que se habría desatado a partir de los años 60, como lo hizo la “Mesa de Diálogo”⁵⁶. Reconocer la dignidad de todos, en las circunstancias del terror, consiste, por el contrario, en:

ver a los victimarios como víctimas en algún sentido, i.e., como reducidos a objetos deshumanizados (aunque en otra forma) por su propia ilusión de controlar la fuerza excepcional. Y entonces aparece la dimensión refundacional de la reconciliación. La violencia excepcional es la violencia de esa hora que no es la del derecho, la violencia que surge cuando el poder desaparece... La reconciliación supone redescubrir el valor de lo político. Esto es particularmente importante hoy, cuando lo político cada vez más se concibe como un espacio de gerencia, de pura racionalidad de medios. Lo político a la luz de la reconciliación es lo que nos permite relacionarnos unos con otros como humanos, y de ese modo nos permite vivir como humanos, nos *hace* humanos⁵⁷.

Nótese que la verdad aquí apela al significado ético y político de la violencia excepcional. Así como lo hace Agamben⁵⁸, Atria identifica una zona gris, una zona en la que las concepciones éticas tradicionales dejan de funcionar, ya que el terror ejerce una influencia deshumanizadora que afecta tanto a víctimas como a victimarios y que remece a la comunidad política en su conjunto. Determinar el sentido de esto no puede quedar entregado al derecho, como se analizó en la primera sección de este artículo. Al igual que Belavusau, Atria defiende la importancia de entregar a las prácticas deliberativas la función de determinar el significado que la violencia excepcional tiene en la construcción de la identidad de la comunidad política que se forja tras ella. El mérito de su argumento, sin embargo, es que lo hace sin desprenderse de un concepto de verdad validada intersubjetivamente. Su argumento es productivo porque a diferencia de Belavusau, que reduce el enfrentamiento político al afán por imponer los intereses de unos por sobre los intereses de otros, Atria ve en tal enfrentamiento un esfuerzo por encontrar aquello que nos es común, aquello que nos identifica como comunidad política.

Eso que Atria llama verdad constitutiva no solo hace posible la deliberación política sino que además permite —a diferencia del clásico argumento liberal— hacer distinciones relevantes entre las expresiones que se ventilan en la esfera pública. En efecto, el propósito del debate no es que las partes se encuentren en sus diferencias, renunciando parcialmente a sus aspiraciones para que todas queden medianamente satisfechas por medio de un acuerdo que las identifique por igual. El punto tampoco es, como lo sugirió J.S. Mill en su clásico ensayo *Sobre la libertad*, que la verdad tiene múltiples caras y que

⁵⁶ ATRIA, 2004, p. 69.

⁵⁷ ATRIA, 2004, p. 74.

⁵⁸ AGAMBEN va más lejos al señalar que en Auschwitz incluso la víctima aparece como opresor en la figura del *Sonderkommando*, AGAMBEN, 2005, p. 20.

su integridad depende de que todas ellas sean debidamente expuestas⁵⁹. El punto de Atria es que tratándose de la construcción de la identidad política de un pueblo, hay contenidos que apuntan a consolidar esa verdad mientras que hay otros que se distancian de ella. La deliberación permite identificar unos de otros, permite distinguir aquello que es correcto, de aquello que es incorrecto desde una perspectiva política y lo hace sin desmerecer la agencia moral de cada uno de los que participa en el debate.

El argumento de Atria reconoce que la tarea de reconstituir una identidad política fragmentada tras la violencia excepcional es una tarea eminentemente política. Es quizás la tarea más noble de la política. Su argumento reconoce, sin embargo, que las condiciones en las que vivimos hoy, las condiciones del mercado, no son propicias para el desarrollo de lo político, es decir, para que los miembros de una comunidad se reconozcan recíprocamente en el diálogo como iguales. En un eco en el que resuenan algunas intuiciones de Belavusau, Atria señala que la política se ha fragmentado porque ella es hoy el espacio que replica los modos de interacción del mercado donde los agentes negocian entre sí para maximizar sus intereses y preferencias. En estas condiciones, no hay referencia a aquello que nos es común, no hay referencia a la verdad, o esas referencias se hacen difusas o secundarias y se actúa políticamente solo (o principalmente) a base del autointerés. Y así la pregunta que surge es ¿cómo debemos entender la relación entre la verdad y la política, cuando las condiciones en las que ella se desarrolla no son aquellas que permiten que los miembros de una comunidad se traten como iguales mediante la deliberación en la esfera pública? De esta pregunta surge una adicional que se refiere a ¿cuáles serían las implicancias de esas condiciones en el ejercicio de la construcción de la memoria colectiva y en la función que la ética de la libertad de expresión ocupa en ella? En lo que queda de este artículo se abordarán estas preguntas y se concluirá que la deliberación en torno al significado de la violencia excepcional requiere que se resguarden ciertos “hechos brutalmente elementales” de esa historia violenta, hechos sin los que el tipo de discusión que Atria propone, no sería posible.

IV. VERDAD Y POLÍTICA EN H. ARENDT: EL RETORNO AL DERECHO

Las preguntas formuladas encuentran en Arendt a una interlocutora ideal, porque su análisis acerca de la relación entre la verdad y la política no es abordado desde las más altas esferas de la política sino que desde sus rincones más oscuros. A diferencia de Atria que en *La verdad y lo político* analiza la verdad desde el punto de vista de la política y encuentra en la primera una función constitutiva de la segunda; Arendt en *Truth and Politics* analiza la política desde el punto de vista de la verdad y desde ese lugar no ve otra cosa que aquello que Atria critica⁶⁰. En efecto, en este ensayo Arendt describe a

⁵⁹ MILL, 2005, pp. 63-64.

⁶⁰ Sabido es por todos que la política ocupa en el pensamiento de Arendt un lugar fundamental y que ella es una esfera llena de grandeza y dignidad. La política es mirada desde esta otra perspectiva en *Truth and Politics*, porque como ella misma reconoce, la está mirando desde el punto de vista de la *verdad*, es decir, desde una perspectiva que le es externa (Arendt, 2006(b): 258).

la política no como el espacio de encuentro en torno a aquello que nos es común, sino como un campo de batalla en el que se enfrentan intereses parciales y donde solo cuenta y abunda el placer, la codicia, el partidismo y las ansias de poder y de dominación⁶¹. La razón de por qué Arendt pone el foco en este aspecto de la política y no en su grandeza y dignidad, la razón de por qué ella decide “deformarla” de acuerdo con su propia concepción de la política se debe a que es precisamente en su punto más bajo donde se produce la colisión con la verdad. Lo interesante de su argumento, y que lo conecta con el argumento de este artículo, es que la verdad debe ser protegida de los aspectos más bajos de la política porque la verdad —y en este punto coincide con Atria— es constitutiva de la política. Si lo que buscamos, en definitiva, es resguardar aquello que le da grandeza y dignidad es necesario proteger a la política de sí misma⁶².

En principio podría resultar paradójico que si bien el punto de partida de las tesis de Atria y de Arendt sean idénticos (la verdad es constitutiva de la política) ambos lleguen a conclusiones tan radicalmente opuestas. En efecto, mientras que Atria ve una relación de necesidad entre la verdad y la política, Arendt rechaza esa conexión y sostiene que la verdad es una amenaza para la política. Estas diferencias no solo se deben, como ya se explicó, a que mientras Atria se refiere a la política desde su función más elevada, Arendt se refiere a ella desde su dimensión más miserable. Las diferencias se explican, además, por el concepto de verdad que uno y otro utilizan. Lo que Atria llama la verdad constitutiva no es otra cosa que la coherencia entre el fundamento de la política (el espacio donde los ciudadanos se encuentran a decidir cómo debe vivirse la vida en común) y los medios necesarios para alcanzarla (prácticas deliberativas). Por otro lado, el argumento de Arendt se enfoca en una manifestación muy concreta de la verdad: lo que ella llama la verdad factual. Así, su análisis acerca de la relación entre verdad y política es un análisis de la relación entre hechos y eventos históricos que son constitutivos de la identidad política de una comunidad, por un lado, y el terreno en el que se enfrentan las pasiones y los intereses más bajos que mueven la lucha por la conquista del poder y su permanencia en él. Mientras que desde la perspectiva de la memoria el concepto de verdad en Atria permite apelar a razones comunes para esclarecer el significado político del terror; el concepto de verdad en Arendt sirve de fundamento para resguardar verdades fácticas. Ambos se complementan, como se verá, porque la protección de las verdades fácticas hacen posible, en último término, la deliberación concerniente al sentido ético y político del terror y de su significado en la construcción de la identidad política de la comunidad.

El punto central de Arendt es que si la verdad factual es constitutiva de la política, es necesario resguardar la primera de los impulsos más bajos de la segunda, es decir, de su afán por alterar, tergiversar o suprimir hechos o eventos históricos de primera relevancia. Debe hacerlo, ya que son esas verdades las que hacen posible la existencia de una esfera compartida en la que los miembros de una comunidad puedan encontrarse como iguales a decidir cuestiones relevantes respecto de la vida en común. Aquellos hechos

⁶¹ ARENDT, 2006b, p. 258.

⁶² ARENDT, 2006b, p. 259.

históricos que no pueden quedar entregados a la deliberación política y que deben ser excluidos de la discusión se refieren, indica Arendt, a “datos brutalmente elementales cuya indestructibilidad se ha dado por sentada incluso por los más extremos y sofisticados creyentes del historicismo”⁶³. Para ilustrar el tipo de hechos que cabrían dentro de esta categoría, Arendt se refiere a una conversación que Clemenceau habría tenido hacia el final de su vida con un representante de la república de Weimar. En ella le preguntan su opinión respecto de quién será considerado por los historiadores como el responsable del inicio de la Primera Guerra Mundial. La respuesta de Clemenceau es que no lo sabe, sin embargo, lo que sí sabe de seguro es que no dirán que Bélgica invadió Alemania⁶⁴.

¿Por qué sería necesario proteger ese tipo de verdades si ellas parecen en principio indestructibles? Deben protegerse, ya que a pesar de su apariencia, ellas son enormemente frágiles. Lo son, en primer lugar, porque a diferencia de las verdades racionales o de las verdades científicas que pueden ser demostradas, ya sea por medio de la argumentación o de la experimentación, las verdades fácticas no pueden ser reproducidas. Con la desaparición de las pruebas que acreditan su ocurrencia, desaparece también la posibilidad de reconstituirlas. Por lo mismo es que el paso del tiempo es un factor crítico para el resguardo de la evidencia histórica y, por tanto, de la memoria colectiva. Existe un umbral que separa la memoria formada por la experiencia biográfica de la generación que vivió el terror de las generaciones que la siguen. La única forma de preservar la memoria en el tiempo y de evitar que ella se pierda con la muerte de sus testigos, es darle una forma institucional⁶⁵.

La verdad fáctica, por otro lado, es esencialmente contingente. Los hechos siempre pudieron haber ocurrido de un modo radicalmente distinto a como ocurrieron. Por eso es que un relato histórico puede ganar en coherencia cuando se distancia de la realidad y la ficción puede sonar, en ocasiones, más coherente que la realidad misma. Así, la verdad en toda su fragilidad se ve amenazada cuando se enfrenta a quienes utilizan la política como un instrumento para satisfacer su propia codicia, ansias de poder y de dominación. Si el fenómeno de las noticias falsas ha cobrado notoriedad en el último tiempo, no ha sido porque este sea un fenómeno nuevo⁶⁶. La tergiversación de la realidad y la difusión de información falsa han sido herramientas largamente utilizadas por políticos inescrupulosos. Lo que estos políticos pretenden hacer creer es que su versión referente a determinados hechos es equivalente a una opinión. De ese modo mienten descaradamente y pretenden que esas mentiras queden amparadas por el derecho constitucional a la libertad de expresión. Un caso ilustrativo de lo anterior fue la declaración dada por Kellyanne Conway, Consejera del presidente Trump, cuando defendiendo una declaración falsa del Secretario de Prensa de la Casa Blanca, Sean Spicer, relativo al número de asistentes al acto de inauguración del Presidente de Estados Unidos, acuñó la expresión

⁶³ ARENDT, 2006b, pp. 234-35.

⁶⁴ ARENDT, 2006b, p. 234.

⁶⁵ ASSMANN, 2008, p. 113.

⁶⁶ VINNER, 2016.

hechos alternativos para insinuar que, tal como sucede con la opinión, todos tienen el derecho (incluidas en este caso las autoridades) a expresar su propia versión de la realidad, aun cuando esa versión no tenga sustento alguno en la realidad que simulan describir.

La protección de la verdad frente al uso malicioso de la información es fundamental para garantizar la estabilidad de la propia esfera política. La circulación de información falsa en redes sociales y en medios de comunicación masivos no produce necesariamente, como lo señala Arendt, la sustitución de la verdad por la mentira⁶⁷. Produce un efecto aún más dañino para la política: el cinismo. Cuando se pierde la confianza en el modo en que la esfera pública representa la realidad social comenzamos, poco a poco, a descreer de aquello que aparece ante los ojos de todos. Esta es la razón, dice Arendt, del porqué “la mentira permanente remueve el piso de nuestros pies y no proporciona nada en remplazo sobre lo que podemos pararnos”⁶⁸. La esfera de la política, entendida ahora en su dimensión más noble y digna, no puede pretender incluir todo asunto relativo a la existencia humana. Ella encuentra su límite “en todas aquellas cosas que no pueden ser modificadas por la voluntad del hombre y solo respetando esos límites es que esta dimensión, donde somos libres para actuar y para producir cambios, puede permanecer intacta, preservando su integridad y manteniendo sus promesas”⁶⁹.

Especialmente relevante es el cuidado de aquellos hechos históricos —aquellos brutalmente elementales— en los que se construye la memoria colectiva en períodos de transición. Estos hechos son inescindibles de la identidad de un pueblo que ha sido víctima del terror. Es por ello que cuando su configuración queda entregada al libre debate de ideas o a la negociación política, se está jugando con la propia identidad de ese pueblo. Su institucionalización por medio del derecho encuentra una justificación en el argumento de Arendt. Se trata de proteger, como ella lo afirma, datos de cuya certeza depende la propia estabilidad de una comunidad política. Es respecto de esos datos —y bajo el supuesto de su inalterabilidad— que toda otra discusión es posible, tanto en la esfera política como en la esfera social. Es en este punto donde el argumento de Arendt se encuentran con el de Atria. Si la verdad es constitutiva de las prácticas políticas lo es porque existe algo que es común a “nosotros” y que nos distingue de otros que no son miembros de nuestra comunidad. Sin la debida protección de esos datos brutalmente elementales de la historia, que son constitutivos de la identidad política de un pueblo, no es posible el tipo de deliberación política que Atria propone.

A modo de conclusión, es posible señalar las dificultades del derecho —y en particular las del proceso penal— para articular el significado ético y político de la violencia excepcional. El derecho tiene problemas para traducir a su lenguaje el fenómeno del terror, puesto que este desconfigura radicalmente las categorías éticas y jurídicas tradicionales. La investigación judicial puede, sin embargo, contribuir a proporcionar un registro oficial que de cuenta de ciertos datos brutalmente elementales de la historia. El

⁶⁷ ARENDT, 2006b, p. 252.

⁶⁸ ARENDT, 2006b, p. 253.

⁶⁹ ARENDT, 2006b, p. 259.

derecho debe, además, resguardar esos datos porque de ellos depende la posibilidad de cualquier discusión que se dé acerca del significado que la violencia excepcional tiene en la construcción de la identidad política de una comunidad tras el período del terror. Aunque no ha sido el propósito de este artículo identificar mecanismos en particular para resguardar la verdad factual de la que habla Arendt, sí ha sido el de justificar, en general, leyes que rememoran fechas históricas, que crean museos de la memoria y que desincentivan expresiones que niegan la ocurrencia de estos hechos. Estas medidas refuerzan el proceso político, ya que orientan las prácticas discursivas de una sociedad hacia el esclarecimiento de aquella verdad que le es constitutiva.

BIBLIOGRAFÍA

- ACCATINO, Daniela, 2019: “¿Por qué no a la impunidad? Una mirada desde las teorías comunicativas al papel de la persecución penal en la justicia de transición”, *Política Criminal* 14 (27).
- AGAMBEN, Giorgio, 2005: *Lo que queda de Auschwitz*, Valencia: Pre-Textos.
- ALDANA-PINDELL, Raquel, 2004: “An Emerging Universality of ‘Justiciable Victims’ Rights in the Criminal Process to Curtail Impunity for State-Sponsored Crimes”, *Human Rights Quarterly* 26 (3): 605-686.
- ARENDRT, Hannah, 1970: *On Violence*, New York: Harcourt.
- ARENDRT, Hannah, 2006a: *Eichmann in Jerusalem: A Report on the Banality of Evil*, London: Penguin.
- ARENDRT, Hannah, 2006b: *Between Past and Future*, London: Penguin.
- ASSMANN, Jan. 2008: “Communicative and Cultural Memory”, en Astrid Erll y Ansgar Nünning (editores), *Cultural Memory Studies*, Berlin/New York: de Gruyter, 109-118.
- ATRIA, Fernando, 2003: “La hora del derecho: los ‘derechos humanos’ entre la política y el derecho”, *Estudios Públicos* 91.
- ATRIA, Fernando, 2004: “Violencia excepcional a través de ojos normales”, en Roberto Saba (editor), *Violencia y Derecho, Sela 2003*, Buenos Aires: Editores del Puerto, 39-78.
- ATRIA, Fernando, 2009: “La verdad y lo político (I): La verdad en su dimensión constitutiva”, *Persona y Sociedad* 23 (1): 21-50.
- BARAHONA, Alexandra; GONZÁLEZ-ENRÍQUEZ, Carmen y AGUILAR, Paloma, 2001: *The Politics of Memory and Democratization*, Oxford: Oxford University Press.
- BEHRENS, Paul; TERRY, Nicholas y JENSEN, Olaf (editores), 2017: *Holocaust and Genocide Denial: A Contextual Perspective*, Oxon: Routledge.
- BELAVUSAU, Uladzislau, 2015: “Memory laws and freedom of speech: Governance of history in European law”, en András Koltay, *Comparative Perspectives on the Fundamental Freedom of Expression* (editor), Budapest: Wolters Kluwer, 535-556.
- BERNALES, Gerardo, 2016: “El derecho a la verdad”, *Estudios Constitucionales* 14 (2): 263-304.
- CAMPISI, María, 2014: “From a Duty to Remember to an Obligation to Memory? Memory as Reparation in the Jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights”, *International Journal of Conflict and Violence* 8 (1): 62-74.
- COLLINS, Cath, et al., 2013: “Verdad, justicia y memoria por violaciones de derechos humanos en tiempos de dictadura, a 40 años del golpe militar”, en *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile*, Santiago: Universidad Diego Portales.
- COLLINS, Cath, 2016: “Human Rights Defense in and through the Courts in (Post) Pinochet Chile”, *Radical History Review*, Issue 124.

- COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 2014: "Derecho a la verdad en América", Documentos oficiales, disponible en www.cidh.org.
- CHARNEY, John, 2018: *The Illusion of the Free Press*, Oxford/Portland: Hart Publishing.
- DULITZKY, Ariel, 2017: *Derechos humanos en Latinoamérica y el sistema interamericano: Modelos para (des)armar*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- EAGLESTONE, Robert, 2004: *The Holocaust and the Postmodern*, Oxford: Oxford University Press.
- ENGLÉ, Karen *et al.*, 2016: *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge: Cambridge University Press.
- EVANS, Richard, 1997: *In Defense of History*, London: Granta Books.
- FERRER, Eduardo, 2016: "The Right to the Truth as an Autonomous Right Under the Inter-American Human Rights System", *Mexican Law Review* 9 (1): 121-139.
- FRONZA, Emanuela, 2018: *Memory and Punishment: Historical Denialism, Free Speech and the Limits of Criminal Law*, La Haya: Asser Press.
- GARIBIAN, Sévane, 2008: "Taking Denial Seriously: Genocide Denial and Freedom of Speech in the French Law", *Cardozo Journal of Conflict Resolution* 9 (2): 479-88.
- GARIBIAN, Sévane, 2014: "Ghosts Also Die: Resisting Disappearance through the 'Right to Truth' and the *Juicios por la Verdad* in Argentina", *Journal of International Criminal Justice* 12 (3), 1-24.
- GONZÁLEZ, Eduardo y VARNEY, Howard (editores), 2013: *Truth Seeking: Elements of Creating an Effective Truth Commission*, New York: International Center for Transitional Justice.
- HAWORTH, Alan, 1998: *Free Speech*, Oxon: Routledge.
- HALBWACHS, Maurice, 1992: *On Collective Memory*, Chicago: The University of Chicago Press.
- HARE, Ivan y WEINSTEIN, James (editores), 2009: *Extreme Speech and Democracy*, Oxford: Oxford University Press.
- LÖYTÖMÄKI, Stiina, 2014: *Law and the Politics of Memory: Confronting the Past*, Oxon: Routledge.
- LUTHER, Jörg, 2010: "El derecho a la memoria como derecho cultural del hombre en democracia", *Revista Española de Derecho Constitucional* 89 (mayo-agosto), 45-76.
- MÄLKSOO, María, 2009: "The Memory Politics of Becoming European: The East Europeans Subalterns and the Collective Memory of Europe". *European Journal of International Relations* 15 (4), 653-80.
- MAÑALICH, Juan Pablo, 2010: *Terror, pena y amnistía*, Santiago: Flandes indiano.
- MEYER, Erik, 2008: "Memory and Politics", en Astrid Erll y Ansgar Nünning (editores), *Cultural Memory Studies*, Berlin/New York: de Gruyter.
- MILL, J.S., 2005: *On Liberty*, New York: Cosimo Classics.
- MILLARD, Eric, 2014: "¿Por qué un derecho a la memoria?", *Revista Derecho del Estado* 32 (enero-junio): 145-156.
- NAFTALI, Patricia, 2017: "The 'Right to Truth' in International Law: The 'Last Utopia'?", en Uladzislau Belavusau y Aleksandra Gliszczynska-Grabias (editores), *Law and Memory: Towards Legal Governance of History*, Cambridge: Cambridge University Press, 70-88.
- NORRIE, Alan, 2017: *Justice and the Slaughter Bench: Essays on Law's Broken Dialectic*, Oxon: Routledge.
- OTTO, Diane, 2016: "Impunity in a Different Register: People's Tribunals and Questions of Judgement, Law and Responsibility", en Karen Engle, Zinaida Miller y D.M. Davis (editores), *Anti-Impunity and the Human Rights Agenda*, Cambridge: Cambridge University Press.
- PARK, Gloria, 2010: "Truth as Justice: Legal and Extralegal Development of the Right to Truth", *Harvard International Review* 31 (4), 24-7.
- RICŒUR, Paul, 2008: *La memoria, la historia, el olvido*, Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica.
- ROUSSO, Henry, 1994: *The Vichy Syndrome*, Cambridge MA: Harvard University Press.

- VINNER, Katherine, 2016: "How Technology Disrupted the Truth". Recuperado el 7 de diciembre de 2018 de <https://www.theguardian.com/media/2016/jul/12/how-technology-disrupted-the-truth>.
- WILLIAMS, Bernard, 2002: *Truth and Truthfulness: An Essay in Genealogy*, Princeton/Oxford: Princeton University Press.

La sanción en los supuestos de abuso o simulación como un caso de *compliance* regulado en materia administrativa*

*María Pilar Navarro Schiappacasse***

RESUMEN

La Ley N° 20.780, siguiendo los postulados de la OCDE, introdujo en la legislación tributaria un ilícito de carácter administrativo que sanciona al asesor tributario que ha diseñado o planificado actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación. Su estructura dogmática recoge las normas del compliance penal, pues en el caso de infracciones atribuibles a las personas jurídicas, la sanción se aplicará si los directores o representantes legales han incumplido sus deberes de dirección o supervisión.

Elusión tributaria – sanción administrativa – *compliance* penal

*A case of compliance regulated in administrative matter:
the Chilean sanction to the tax advisor in cases of abuse or sham*

ABSTRACT

The 20.780 Act, following the OECD's requirements, introduced into the tax's law an administrative illicit that fines to the tax advisor who has designed or planned acts, contracts or arrangements which are constitutive of abuse or sham. Its dogmatic structure references to the criminal compliance. Thus, in the case of the infringements attributable to legal entities, the sanction will apply to the directors and legal representatives who have failed to comply its direction and supervision obligations.

Tax avoidance – administrative sanction – criminal compliance

* Este trabajo corresponde, con ciertos cambios, a una parte de la tesis doctoral “Normas generales antielusión: naturaleza jurídica y sanción”, dirigida por el Dr. Luis M. Alonso González.

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Abogada. Doctora en Derecho, Universidad de Barcelona, España. Investigadora postdoctoral, Instituto de Ciencias Sociales de la Universidad de O'Higgins, Chile.

I. INTRODUCCIÓN

La Ley Nº 20.780, de 2014, estableció por primera vez en el ordenamiento tributario chileno una norma general antielusión que permite perseguir la correcta tributación de actos y contratos que dan lugar a una planificación tributaria que verifica los presupuestos aplicativos del abuso de las formas jurídicas regulado en el artículo 4º ter del Código Tributario. Asimismo, de manera expresa se regula la figura de la simulación para los efectos de la correcta determinación de la obligación tributaria en el artículo 4º quater del mismo Código.

Sin embargo, el estatuto aplicable a ambas figuras no se agota con su mera consagración legal, pues el legislador ha contemplado un conjunto de normas que las complementan, entre estas se encuentra el artículo 100 bis del referido Código, que contempla un ilícito administrativo aplicable al asesor tributario que diseñe o planifique actos o contratos que sean posteriormente declarados abusivos o simulados por un tribunal.

La reforma tributaria impulsada por el gobierno, presentada al Parlamento el 23 de agosto de 2018, Boletín Nº 12.043-05, que se encuentra en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados, en primer trámite constitucional, no efectúa grandes modificaciones a la configuración dogmática del referido ilícito administrativo. De ahí que sea oportunidad para realizar un estudio a este injusto.

Para estos efectos, el examen se dividirá en tres partes: en la primera se revisarán los antecedentes de la incorporación de este ilícito administrativo en la legislación chilena; en la segunda, se analizará la configuración legal del abuso y la simulación, precisando los alcances de cada una y, en tercer lugar, se identificarán sus principales aspectos dogmáticos y las consecuencias que se derivan de la estructura de *compliance* que presenta. Finalmente, se hará mención de las principales conclusiones a las que se arribó.

II. ANTECEDENTES

La Ley Nº 20.780, al incorporar al Código Tributario el abuso de las formas jurídicas y la simulación, consideró la necesidad de incluir una sanción —establecida en el artículo 100 bis del Código Tributario— aplicable a quien hubiera diseñado o planificado las conductas que finalmente sean calificadas por un tribunal como abusivas o simuladas, esto es, como constitutivas de elusión en los (criticables) términos establecidos por el ordenamiento tributario chileno¹. Para el legislador chileno no era suficiente con privar de los efectos tributarios a la planificación desarrollada por el contribuyente, sino que además se debía endurecer la reacción con el fin de disuadir este tipo de conductas elusivas.

¹ Véanse los artículos 4º bis y 4º quater del Código Tributario que hacen mención expresa a que la simulación es un caso de elusión.

Este ilícito constituye una novedad y una innovación respecto de la regulación española que sirvió de base para la regulación chilena², ya que al momento de ingresar el proyecto de ley al Parlamento chileno, la legislación hispana expresamente excluía la posibilidad de sancionar en los casos de conflicto en la aplicación de la norma tributaria³.

Pese a que la doctrina nacional ha criticado esta infracción, al considerar que no es un ilícito que tenga parangón en el mundo⁴, si se examinan las legislaciones comparadas es posible constatar que esa afirmación no es correcta, ya que actualmente la sanción al asesor fiscal se encuentra presente en más de un ordenamiento jurídico⁵.

En este contexto, la legislación chilena positiviza, mediante el ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario, los postulados de la OCDE contenidos en su Plan *Base Erosion and Profit Shifting* (BEPS).

En efecto, si bien es cierto las acciones adoptadas en el marco de las BEPS no se refieren directamente a la inclusión en los ordenamientos jurídicos de cláusulas generales antielusión, ni a una sanción asociada a las mismas, estas directrices recogen ciertas estrategias de lucha contra la elusión fiscal consagradas en los ordenamientos jurídicos de Derecho comparado, que tienen el carácter de respuesta, disuasivo, y de detección. Así, las estrategias de respuesta no solo reprimen la elusión, sino que además influyen en comportamientos futuros del contribuyente, para disuadir aquellos que se consideran inaceptables. De las más pertinentes, las BEPS mencionan a “las normas o doctrinas generales de lucha contra la elusión fiscal, que limitan o rechazan la aplicabilidad de ventajas tributarias indebidas, por ejemplo, en situaciones en las que las operaciones carecen de contenido económico o de cualquier otra finalidad que no sea la meramente tributaria”⁶. De otra parte, las estrategias disuasivas buscan que los contribuyentes se desistan de implementar planificaciones fiscales agresivas, y entre ellas está la sanción

² El abuso de las formas jurídicas tiene su fuente en el conflicto en la aplicación de la norma tributaria consagrada en el artículo 15 de la Ley General Tributaria española; en el caso de la simulación, su similitud con la figura española del artículo 16 de la Ley General Tributaria es evidente. Véanse UGALDE PRIETO, Rodrigo, 2018, p. 29 y MAGASICH, 2016, pp. 40, 490. En contra, SAFFIE, quien ve en estas normas una inspiración en la legislación de Australia y Reino Unido. Historia de la Ley N° 20.899, p. 105.

³ De igual modo, la Ley 34/2015, de 21 de septiembre, modificó la Ley General Tributaria, eliminando la prohibición expresa de aplicar una sanción administrativa que rezaba el artículo 15.3 e incluyó un injusto administrativo en el artículo 206 bis del mismo cuerpo legal, que sanciona al contribuyente cuya planificación tributaria verifica los presupuestos aplicativos de la cláusula general antielusión.

⁴ GARCÍA Y ÁLVAREZ, 2014, pp. 64, 66 y UGALDE, 2018, pp. 355 y ss.

⁵ Entre otras, la sanción al promotor fiscal de *tax exploitation schemes* en Australia, regulada en la Sección 290-60 de la *Tax Administration Act*; la sanción de la Sección 141EB de la *Tax Administration Act* en Nueva Zelanda, y la sanción a los *enablers* que faciliten el uso de acuerdos elusivos de la *Schedule 16 de la Finance (N° 2) Act 2017*. Todos los ordenamientos jurídicos mencionados contemplan además una sanción fiscal al contribuyente.

⁶ OCDE, 2013, p. 45.

de los promotores de estas planificaciones⁷, con las que se ataca la elusión desde lo que considera su origen⁸.

Basta con examinar la historia de la Ley Nº 20.780, para concluir que la influencia de las BEPS es patente, pues se alude a ellas ya en el mensaje presidencial, que señala que Chile, con la introducción de la normativa general antielusión, se adaptaría a los estándares de lucha contra la evasión y elusión del proyecto BEPS, al rechazar las ventajas fiscales obtenidas por medio de “planificaciones elusivas y sancionar a los contribuyentes y asesores tributarios que hayan participado en su diseño”⁹. Avanzada la tramitación de este proyecto de ley, el entonces Ministro de Hacienda expresó la necesidad de incluir este tipo de normas, lo que en el plano internacional era impulsado por las BEPS y el G8, a lo que debía sumarse la Recomendación de la Comisión Europea a sus países miembros. Por lo demás, se señaló que comparativamente Alemania, Australia, Brasil, Canadá, Corea del Sur, España, Estados Unidos, Francia, Holanda y Reino Unido incluían este tipo de disposiciones en su legislación¹⁰.

Esta idea fue reiterada durante la tramitación de la Ley Nº 20.899, de 2016, pues el Director del Servicio de Impuestos Internos¹¹ expresó que la incorporación de la norma general antielusión en el ordenamiento tributario chileno obedeció a la ejecución del compromiso adoptado por el país de “cumplir el estándar internacional sobre Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios (BEPS), que incluye precisamente medidas y normas antielusivas para enfrentar el comportamiento tributario agresivo y desleal”¹².

Desde que Chile es parte de la OCDE ha alineado su normativa a los postulados de este organismo internacional. Por tanto, no es de extrañar la inclusión de esta sanción en el ordenamiento jurídico, pues su complejidad obliga al contribuyente a recurrir a asesoría experta para minorar la obligación tributaria o evitar realizar el hecho imponible u ocultarlo¹³. Asimismo, el asesor puede lograr tal efecto tributario respetando el ordenamiento jurídico o vulnerándolo¹⁴. De esta forma, si se regula un régimen sancionador aplicable al asesor fiscal, se consigue que mediante el temor al castigo si se

⁷ OCDE, 2013, p. 44. De hecho, el tema ya había sido abordado en la Tercera Reunión del Foro OCDE sobre Administración Tributaria. En la declaración final acordada se propuso iniciar nuevas acciones, dentro de las que estaban analizar el papel de estos intermediarios fiscales en relación con el incumplimiento y promoción de planes de mitigación tributaria inaceptables. Declaración Final de Seúl, 2006, p. 6.

⁸ Comparten esta apreciación en orden a que la infracción pretende atacar y acabar con la elusión tributaria desde lo que consideran es su origen, GARCÍA Y ÁLVAREZ, 2014, pp. 65 y s.

⁹ Historia de la Ley Nº 20.780, p. 18.

¹⁰ Historia de la Ley Nº 20.780, pp. 1390 y s.

¹¹ En adelante SII.

¹² Historia de la Ley Nº 20.899, p. 191.

¹³ Véanse PONT, 2003, p. 87 y VAN WEEZEL, 2007, pp. 63 y s.

¹⁴ En España, respecto de la simulación y del fraude a la ley (primera norma general antielusión de la legislación), se ha señalado que la intervención del asesor fiscal es casi obligatoria, pues lo normal será que el contribuyente carezca de la capacidad y conocimientos necesarios para adecuar la operación económica que pretende realizar a la alternativa fiscalmente menos gravosa. SÁNCHEZ, 2007, p. 292. En Chile es contrario a esta postura, BOETSCH, 2016, p. 101.

contraviene la normativa, esta se cumpla, con lo que los costos del control se desplazan del Estado a los asesores fiscales¹⁵.

III. EL ABUSO DE LAS FORMAS JURÍDICAS Y LA SIMULACIÓN EN EL DERECHO TRIBUTARIO CHILENO

El contribuyente es libre de planificar su tributación de la forma que estime más pertinente. Sin embargo, según el grado de respeto del ordenamiento jurídico dicha planificación podrá ser catalogada como economía de opción, abuso o simulación¹⁶.

Tras la entrada en vigor del artículo 4º ter del Código Tributario, que regula el abuso de las formas jurídicas, la legislación chilena cuenta por primera vez con una norma general antielusión¹⁷, que permite con carácter general señalar que las planificaciones que verifiquen sus presupuestos son elusivas y, consecuentemente, no resultan aceptadas por el Derecho tributario¹⁸. Esto es, permite desconocer los efectos tributarios de actos jurídicos válidos desde la perspectiva del Derecho común¹⁹.

El abuso presenta un presupuesto genérico de procedencia, consistente en que “se evite total o parcialmente la realización del hecho gravado, o se disminuya la base imponible o la obligación tributaria, o se postergue o difiera el nacimiento de dicha obligación”. Por tanto, para el legislador, no solo es elusión la no verificación del hecho gravado, sino también otras conductas en donde la actuación del contribuyente sí realizó el presupuesto del hecho imponible. De esta forma, el abuso se aleja de la concepción clásica de elusión²⁰. Si concurre el presupuesto genérico, para aplicar la figura del abuso es necesario que este se alcance “mediante actos o negocios jurídicos que, individualmente considerados o en su conjunto, no produzcan resultados o efectos jurídicos o económicos relevantes para el contribuyente o un tercero, que sean distintos de los meramente tributarios”, lo que en la doctrina nacional ha sido interpretado como una exigencia de *business purpose test*. Si concurren ambas exigencias, el efecto jurídico será que “se exigirá la obligación tributaria que emana de los hechos imposables establecidos en la ley”.

Pese a que la legislación no exige que se verifique un test de artificialidad de los actos jurídicos, y por tanto, podría parecer que se aleja de la figura española, lo cierto es que este se encuentra implícito en las exigencias legales, pues de otro modo no se podría identificar nítidamente el deslinde con la economía de opción, regulada en el inciso 2º de la norma y que corresponde a una planificación cuyos efectos son aceptados

¹⁵ BLÁZQUEZ, 2003, p. 38.

¹⁶ Véase ALONSO, 2006, p. 3038.

¹⁷ Con anterioridad se contemplaban normas de carácter especial.

¹⁸ Véase GARCÍA, 2004, p. 259.

¹⁹ NAVARRO, 2018, p. 188.

²⁰ Que, en concepto de HENSEL, 2005, p. 230, nota 164, evita que surja el crédito fiscal, bordeando el hecho gravado.

tributariamente. Por tanto, el juez al determinar la aplicación del abuso ponderará, implícitamente, que existe artificialidad en las formas utilizadas²¹.

Por su parte, la simulación, regulada en el artículo 4º quater del Código Tributario, tiene una naturaleza jurídica evasiva²², pese a que el legislador la equipara a elusión. Lo propio de la evasión es que se esté ante un “incumplimiento (culpable) de un crédito nacido y válido, en virtud de la realización del presupuesto de hecho”²³. La simulación, ya se contemplaba en la legislación tributaria, a propósito de los delitos tributarios²⁴, pero, en la actualidad, se especifican sus presupuestos y su efecto en sede de cobro de impuestos. La norma dispone que cuando los actos jurídicos “disimulen la configuración del hecho gravado del impuesto o la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria, o su verdadero monto o data de nacimiento”, el efecto será que “los impuestos se aplicarán a los hechos efectivamente realizados por las partes”.

En el abuso existe una violación indirecta del ordenamiento jurídico, pues mediante formas jurídicas artificiales se respeta la letra de la ley, pero se vulnera su espíritu. En la simulación, se vulnera el ordenamiento, pues el hecho gravado se verifica, pero el contribuyente oculta al SII el hecho gravado, sus elementos, su monto o fecha. En este contexto normativo se inserta el ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario.

IV. EL COMPLIANCE EN SEDE ADMINISTRATIVA SANCIONADORA: A PROPÓSITO DE LA SANCIÓN AL ASESOR EN SUPUESTOS DE ABUSO O SIMULACIÓN

El sujeto activo del injusto regulado en el artículo 100 bis del Código Tributario es la persona natural o jurídica que ha diseñado o planificado uno o más actos jurídicos relacionados entre sí, que luego son declarados abusivos o simulados por un tribunal. Su sanción corresponde a una multa que asciende hasta el 100% de los impuestos eludidos, con un tope²⁵, ya que su importe no puede sobrepasar las 100 unidades tributarias anuales.

²¹ Esto explica que las Directivas Europeas 2015/121, de 27 de enero de 2015 y 2016/1164, de 12 de julio de 2016, ambas del Consejo, no contemplen la artificialidad dentro de los presupuestos de la cláusula general antielusión.

²² YÁÑEZ, 2014, p. 245.

²³ HENSEL, 2005, p. 230, nota 164.

²⁴ VERGARA, 2016b, p. 356.

²⁵ El proyecto de ley de modernización de la legislación tributaria pretende incluir un segundo tope a la multa si existe reiteración. La disposición propone que “la multa no podrá superar las 250 unidades tributarias anuales, considerando el número de casos, cuantía de todos los impuestos eludidos y las circunstancias modificatorias de responsabilidad descritas en los artículos 110, 111 y 112”. Véase el número 38, letra b del artículo 1º del proyecto. El texto propuesto no establece un límite temporal para considerar la reiteración, ni asegura que se aplique solo en caso de una misma planificación tributaria da origen a más de un juicio y, por tanto, a más de una sanción. Ello, en atención a que la conducta típica a diseñar implica la confección de un modelo de ingeniería tributaria que, con pequeños ajustes, puede ser implementada por un sinnúmero de contribuyentes.

El texto del artículo 100 bis contemplado en el proyecto de la Ley N° 20.780 enviado por el gobierno al Congreso que no establecía este tope. Ello generó enérgicas críticas durante la tramitación, por lo que se incluyó esta limitación mediante la indicación presidencial de 14 de abril de 2014²⁶. La doctrina ve este límite máximo a la cuantía de la multa como un avance; de igual modo, expresa que puede crear una diferencia de compleja solución, pues los montos de ahorro impositivo que generan este tipo de operaciones son muy elevados, como también lo son los honorarios de los asesores, de forma tal que la amenaza de una sanción acotada puede hacer perder todo el efecto disuasorio pretendido²⁷.

En materia de responsabilidad de la persona jurídica, la norma pareciera remitir directamente a la estructura del *compliance* penal contemplada en la Ley N° 20.393, de 2009²⁸. Lo anterior, no es sino la concretización de lo que se ha señalado debiera ser el modelo de responsabilidad administrativa de la persona jurídica: un sistema en el que esta se pueda eximir de responsabilidad si demuestra “haber desarrollado seria y consistentemente un sistema adecuado de prevención de actuaciones ilícitas en el seno de la organización empresarial, sistema que si bien pudo haber fracasado en el caso en cuestión [...], permite ver dicho fracaso como un evento excepcional que no pone en duda la seriedad de los esfuerzos de prevención de la empresa”²⁹.

A continuación se efectuará un análisis dogmático de la infracción establecida en el artículo 100 bis del Código Tributario, resaltando aquellos elementos que resultan propios del *compliance* penal, regulado en la Ley N° 20.393.

1. *El sujeto activo del ilícito y el responsable de la sanción*

Es fundamental señalar que la persona que puede cometer esta infracción no es otra que el asesor tributario, pues entre las funciones que desarrolla se encuentra el diseño o planificación de un esquema que permita el ahorro tributario de su cliente. En efecto, se ha señalado que el asesor tributario corresponde a “un profesional que desarrolla una labor de asistencia técnica y de orientación a su cliente —con o sin su representación—, en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de sus deberes materiales y formales de contenido tributario ante la Hacienda Pública, planificando, normalmente, la fiscalidad del obligado tributario”³⁰. Esta asesoría puede ser prestada directamente por una persona natural, o bien por una persona jurídica que encargará la labor a profesionales específicos.

²⁶ Historia de la Ley N° 20.780, p. 520.

²⁷ AVILÉS, 2014, p. 250.

²⁸ El término *compliance* deriva de la expresión anglosajona *to comply with*, que a su turno significa “cumplir” o “cumplir con”. En sentido amplio, apunta a la observancia de parámetros legales, de carácter ético e incluso de política empresarial; en sentido restringido, se refiere a la actuación en consonancia con la normativa vigente. GARCÍA, 2017, p. 5. En el ámbito penal, con esta expresión se hace referencia a la normativa que permite atribuir responsabilidad a la persona jurídica.

²⁹ HERNÁNDEZ, 2018, p. 429.

³⁰ PONT, 2003, p. 73. Véase también UGALDE, 2018, p. 361.

El SII, sin embargo, parece interpretar más ampliamente el sujeto activo de este injusto e incluye al contribuyente, pues instruye que el “sujeto sancionado puede ser tanto el contribuyente como cualquier otra persona, natural o jurídica, que haya diseñado o planificado los actos de que se trata”³¹. No se comparte la apreciación del SII, por distintas consideraciones que siguen.

Si se examina la historia de la ley es posible constatar que lo que busca esta norma es ser fiel reflejo de los postulados BEPS, los que a su vez pretenden erradicar la elusión fiscal desde lo que se considera su origen, por medio de la intervención de un asesor tributario; asimismo, es importante precisar que el mero origen de la disposición no sería un argumento valedero si luego la norma que contiene el ilícito se escapa de las directrices BEPS. Si se revisa el ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario y el estatuto general chileno del abuso de las formas jurídicas y de la simulación, es claro que la disposición parte de la base de que el sujeto activo es un tercero distinto del contribuyente³², de ahí que se explique que el artículo 4° quinquies del Código Tributario establezca la necesidad de citar al asesor en el proceso administrativo previo al requerimiento ante los Tribunales Tributarios y Aduaneros que lleva a cabo el SII³³. Finalmente, si se examina la experiencia de las legislaciones que sancionan la elusión fiscal —muchas de estas fueron citadas expresamente durante la tramitación de las Leyes N°s 20.780 y 20.899— es posible encontrar sanciones que se aplican a dos sujetos distintos: una directamente al contribuyente y otra al asesor tributario. De ello se sigue que el legislador, de haber querido sancionar al contribuyente, lo habría dejado expresamente establecido. Sin embargo, ello no aconteció, pues los verbos rectores de la conducta ilícita dan cuenta de una acción que tiene lugar respecto de otro, como se verá más adelante³⁴.

En definitiva, debido a que el contribuyente no es el sujeto activo de la infracción en comentario, se considera que si el SII persiguiese su responsabilidad administrativa y el tribunal acogiese tal pretensión, se estaría vulnerando el principio de tipicidad que rige en materia sancionadora. También, la problemática se daría a nivel interpretativo, por lo que se estima sería improcedente el requerimiento de inaplicabilidad por inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional.

Por otra parte, es primordial expresar que de manera clara el artículo 100 bis en comentario introduce la estructura del *compliance* penal en materia tributaria, pues vincula la sanción de la persona jurídica al incumplimiento de deberes de dirección y supervisión que recaen en los directores o representantes legales, tal vez introduciendo una primera norma que puede ser la antesala de la sanción penal de la persona jurídica en caso de delitos tributarios. Ello es relevante, pues pese a las continuas modificaciones

³¹ Circular N° 65, de 2015, p. 28. También UGALDE, 2018, p. 359.

³² En este sentido el ministro de Hacienda, quien señaló que la disposición en comento sanciona a los asesores de una planificación elusiva. Historia de la Ley N° 20.780, p. 529.

³³ VERGARA, 2016b, p. 385.

³⁴ Quizás la interpretación del ente fiscalizador explique que el proyecto de modernización de legislación tributaria expresamente exceptúe al contribuyente como sujeto activo de la infracción. Véase el numeral 38, letra a) de artículo 1° del proyecto de ley.

que ha sufrido el catálogo de delitos que pueden dar lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica de la Ley N° 20.393, aún no contempla dentro de su listado a los delitos tributarios, con lo que en materia penal tributaria solo es posible atribuir responsabilidad a las personas naturales³⁵.

Ahora bien, más que regular la forma de hacer efectiva la responsabilidad penal de la persona jurídica, la disposición pareciera reenfocar la responsabilidad en las personas naturales que incumplieron su deber de dirección y supervisión, pues ellos responderán pecuniariamente de la comisión de la infracción³⁶.

En efecto, si el director o representante legal cumplió con sus deberes y de todos modos se diseñó o planificó un esquema abusivo o simulado, pareciera ser que pese a que se cometió una infracción, nadie responderá pecuniariamente, pues no existe base legal para hacer responder a la persona natural (trabajador) que materialmente diseñó o planificó los actos jurídicos³⁷. Tal interpretación cobra mayor vigor si se examina la regulación de la responsabilidad de la persona jurídica en el texto original inciso 2° del artículo 100 bis del Código Tributario, que prescribía que “[p]ara estos efectos, en caso que la infracción haya sido cometida por una persona jurídica, la sanción señalada podrá, además, ser aplicada a sus directores, o representantes legales”.

De la lectura de la disposición resulta palmario que la norma distinguía entre el sujeto activo de la infracción, que en este caso era la persona jurídica, y quienes eran responsables de solventar la sanción, pues la misma podía ser aplicada además de la persona jurídica a los directores o representantes legales. A mayor abundamiento, si se la compara con la actual redacción es evidente que se precisó en qué casos serían responsables los directores o representantes legales, porque se exige que hayan infringido sus deberes de dirección y supervisión y se eliminó toda referencia a que la sanción podrá aplicarse a estas personas además de la persona jurídica. En definitiva, el inciso 2° del artículo 100 bis del Código Tributario no atribuye responsabilidad a la persona jurídica, de lo que se sigue que sin perjuicio de que la norma considere en el inciso 1° como sujeto activo de la infracción tanto a la persona jurídica como a la persona natural, en los hechos, ello no deja de ser una declaración de principios³⁸ y será siempre una persona natural la que responda, con la salvedad de que probablemente existirá una importante

³⁵ De este modo, por vía indirecta pueden resultar aplicables las normas del *compliance* penal a la persona jurídica en sede tributaria, a propósito del delito de lavado de activos de la Ley N° 19.913. Tal normativa, en su artículo 27, sanciona al que de cualquier forma oculte o disimule el origen ilícito de determinados bienes, a sabiendas de que provienen, directa o indirectamente, de la perpetración de hechos constitutivos de ciertos delitos, dentro de estos se encuentra el ilícito del artículo 97 número 4 inciso 3° del Código Tributario.

³⁶ Así, por lo demás, parece entenderlo el SII en la Circular N° 65, de 2015, p. 28, agregando que si se acredita fehacientemente que el respectivo director o representante legal se opuso a la propuesta, no responderá de la sanción.

³⁷ En el mismo sentido, VERGARA, 2016a, p. 253.

³⁸ Se elimina así el esquema de doble punición propuesto en el proyecto de ley, cuya característica radica en que se sanciona a las personas jurídicas juntamente con los órganos o personas naturales que por ellas actúan. Para mayores detalles de este tipo de responsabilidad, véase al respecto LÓPEZ, 2009, pp. 105 y ss.

diferencia entre la solvencia patrimonial que tendrá la persona natural en comparación con la que detenta la persona jurídica³⁹.

El proyecto de modernización de la legislación tributaria incorpora un agregado al artículo 98 del Código Tributario, según este, en el caso de las personas jurídicas, habrá ciertas personas que serán solidariamente responsables⁴⁰, la que debe ser interpretada en el sentido de que el obligado es el contribuyente y que las personas que el proyecto enumera son solidariamente responsables. De aprobarse esta norma, pudiera interpretarse la sanción establecida en el artículo 100 bis del Código Tributario en el sentido de que cuando la persona jurídica es el sujeto activo, la sanción recae sobre su patrimonio, pero con la particularidad de que los directores o representantes legales son solidariamente responsables cuando hayan incumplido sus deberes.

No es esta, sin embargo, la interpretación que se sigue. En primer lugar, debido a que la mentada enmienda legal no contempla al representante legal dentro de las personas que pueden responder solidariamente en caso de infracción de la persona jurídica, con lo que sería difícil sostener una interpretación como la señalada previamente, pues implicaría una aplicación analógica *in malam partem* de una norma sancionadora. Y, en segundo lugar, ya que con esta modificación la persona jurídica perdería cualquier tipo de incentivo a organizarse de una forma que le permitiera controlar la labor de la asesoría tributaria que presta, pues siempre que se cometiera la infracción ella sería responsable⁴¹.

2. *Las conductas sancionadas por el ilícito contemplado en el artículo 100 bis del Código Tributario*

La infracción aplicable al asesor fiscal cobra sentido desde el momento en que el legislador considera que este facilita al contribuyente un bien escaso⁴², ya que este tiene un conocimiento acabado de la legislación, en particular de la tributaria, de contabilidad, de los criterios interpretativos del SII y del estado de la jurisprudencia. Tal *expertise*, en algunos casos, lo habilita para que su cliente obtenga un ahorro tributario, mediante vías no admitidas por el Derecho tributario chileno: mediante abuso o simulación, de ahí que se le sancione.

Lo que no debe perderse de vista es que el asesor mostrará las distintas opciones a las que puede adoptar su cliente, indicando los riesgos asociados y el ahorro impositivo

³⁹ Véase LÓPEZ, 2009, pp. 99 y s.

⁴⁰ El número 36 del artículo 1° del proyecto de ley agrega la siguiente frase al artículo 98 del Código Tributario: “[e]l gerente general, administrador o quienes cumplan las tareas de estos, y los socios a quienes corresponda dicho cumplimiento, pero solo en el caso que los mencionados anteriormente hayan incurrido personalmente en las infracciones”.

⁴¹ Véase HERNÁNDEZ, 2018, pp. 432 y s.

⁴² En la nomenclatura de GIMBERNAT, 1966, pp. 151 y ss. Si bien es cierto el citado autor rebautizó su teoría años después por la de actos no neutrales. El Mismo, 2013, pp. 70 y ss., el núcleo de lo que afirmó en su primitivo trabajo es perfectamente aplicable a la infracción que se examina.

derivado de cada una de ellas. Pero, en definitiva, está en manos del contribuyente el hecho de que se ejecuten planificaciones fiscales agresivas⁴³.

2.a) La conducta genérica: “diseñar” o “planificar”

El artículo 100 bis del Código Tributario sanciona la comisión por parte del asesor tributario de dos conductas típicas, de carácter alternativo, consistentes en diseñar y planificar actos, contratos o negocios constitutivos de abuso o simulación. Si bien diseñar y planificar pudieran considerarse como sinónimos⁴⁴, es necesario establecer la diferenciación, ya que el legislador en este punto no ha querido ser redundante. Es así como el diseño⁴⁵ está pensado como una planificación en masa que el asesor fiscal solo adapta a las necesidades particulares del contribuyente; en cambio, la planificación⁴⁶ supone la elaboración de un entramado negocial, hecho a la medida del contribuyente.

Es pertinente apuntar que no se contempla como conducta típica el aprovechamiento o las ventajas derivadas de la planificación o diseño⁴⁷. Ello refuerza la hipótesis de que el contribuyente no es el sujeto activo de esta infracción, ya que sería quien podría aprovecharse del abuso y la simulación, y demuestra que las conductas sancionadas en el artículo 97 número 4 del Código Tributario difieren de la tipificada en el injusto en análisis⁴⁸.

El ilícito administrativo en comentario sanciona expresamente a un partícipe, porque el asesor fiscal –si bien realiza la conducta típica descrita en el artículo 100 bis del Código Tributario–, es un colaborador y, por tanto, un tercero en la actuación desplegada por el contribuyente. La disposición no exige que el asesor fiscal, además de planificar o diseñar, implemente la planificación fiscal⁴⁹. Pese a ello, es necesario que

⁴³ Véase OCDE, 2008, p. 5.

⁴⁴ Como hace el SII, en la Circular N° 65, de 2015, p. 28.

⁴⁵ Según la RAE, diseñar es hacer un diseño. A su turno, diseño, dentro de sus múltiples acepciones alude a una “concepción original de un objeto u obra destinado a la producción en serie”. Esta expresión recuerda lo que para la OCDE son los productos fiscales normalizados, cuya característica es la facilidad de réplica, por lo que las describe como estructuras empaquetadas o de enchufar y usar, ya que el cliente compra un producto fiscal que requiere poca o ninguna modificación para adaptarlas a sus circunstancias. OCDE, 2016, p. 43.

⁴⁶ Recurriendo nuevamente a la RAE, planificar es someter a planificación, y por planificación se alude a un “plan general, metódicamente organizado y frecuentemente de gran amplitud, para obtener un objetivo determinado, tal como el desarrollo armónico de una ciudad, el desarrollo económico, la investigación científica, el funcionamiento de una industria, etc.”. En el caso de la planificación desarrollada por el asesor tributario, el objetivo buscado será eliminar o reducir la tributación del cliente, pero alejándose de la legítima economía de opción, cayendo en los presupuestos de hecho del abuso o de la simulación.

⁴⁷ MASSONE, 2016, p. 685, a pesar de que el autor estima que ello puede ser incluso más grave.

⁴⁸ No se abordará esta problemática, pues ella excede con creces las pretensiones de este trabajo.

⁴⁹ El texto original del artículo 100 bis del Código Tributario contemplado en el proyecto de la Ley N° 20.780 incluía una tercera conducta sancionada consistente en implementar estos actos, contratos o negocios. Las críticas no se hicieron esperar, y la referencia se eliminó. Lo objetado fue que era común que una persona, generalmente una auditora, realizara el diseño y otra efectuase la implementación, la que podía corresponder a “abogados o contadores que o no son especialistas y por lo tanto desconocen los alcances o efectos

exista una declaración judicial que califique los actos como abusivos o simulados, por lo que la planificación tributaria ha de ser implementada, siendo indiferente para los efectos de la verificación de la infracción quien efectúe esa conducta.

2.b) El *compliance* y las conductas exigidas a los directores o representantes legales

La ley expresamente consigna como sujeto activo del ilícito del artículo 100 bis del Código Tributario a la persona jurídica, haciendo responsables de la sanción, en definitiva, a los directores o representantes legales que hayan incumplido ciertos deberes. Las sanciones administrativas atribuibles a las personas jurídicas persiguen, por definición, propósitos exclusivamente instrumentales, tendientes a servir como incentivo a cierto tipo de conductas⁵⁰. En este caso concreto, lo que se persigue es evitar que el asesoramiento dado por los asesores tributarios permita al contribuyente vulnerar el ordenamiento jurídico, sea de manera directa o indirecta, según se esté ante un supuesto de simulación o de abuso.

En este contexto, se estima que el representante legal al que alude la norma no se refiere a aquel que consta en los registros del SII, de conformidad con el artículo 9º del Código Tributario, sino que este debe identificarse conforme con los criterios propios de la legislación mercantil o civil⁵¹, porque interesa determinar quién efectivamente omitió el cumplimiento de los deberes de dirección y supervisión. De otra parte, tampoco es sostenible afirmar que todos los directores o representantes legales de una persona jurídica deban siempre responder, pues solo serán responsables aquellas personas que tengan atribuidos poderes de dirección o supervisión, y ello dependerá de la concreta división de funciones asignada⁵². Para establecer la responsabilidad infraccional no basta la calidad jurídica que detente una persona, sino que, además, es relevante que esta tenga asignada la función de dirigir y supervisar la actividad de asesoramiento tributario a los contribuyentes⁵³ y que haya incumplido estos deberes.

Si se revisa la Historia de la Ley Nº 20.780, no surgen mayores luces acerca de qué ha de entenderse por los deberes de dirección y supervisión, referencia que fue incluida por medio de la indicación presidencial de 14 de abril de 2014⁵⁴. El único antecedente que existe da cuenta de que en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados el Ministro de Hacienda explicó que la incorporación de esta referencia se efectuó para

de lo que están implementando, o siendo especialistas, no tienen un conocimiento global y pormenorizado del conjunto de la operación”. ASTE, 2015, p. 11. También AVILÉS, 2014, p. 250.

⁵⁰ HERNÁNDEZ, 2018, p. 433.

⁵¹ En el mismo sentido VERGARA, 2016a, p. 253.

⁵² Véanse ZORNOZA, 1992, pp. 197 y s. y MORALES, 2013, p. 96.

⁵³ La doctrina ha señalado la necesidad de que los directores o representantes legales “hayan tenido conocimiento efectivo de la operación que sus dependientes, respecto de quienes tenían poder de dirección, estaban planificando o diseñando”. BOETSCH, 2016, p. 150. No se comparte esta opinión, toda vez que lo relevante no es el conocimiento de la operación, sino la infracción del deber de dirección y supervisión.

⁵⁴ Historia de la Ley Nº 20.780, p. 520.

cumplir con los requerimientos de la Nueva Mayoría, con el fin de precisar que la sanción se aplicaría a estas personas solo si hubiesen infringido los deberes de dirección y supervisión⁵⁵. Por lo demás, estos deberes tampoco aparecen definidos en la legislación tributaria y la interpretación de esta normativa efectuada por el SII los ha vinculado con deberes que emanan de los estatutos o de obligaciones y responsabilidades que se les han conferido a estas personas por el respectivo ente moral⁵⁶.

Sin embargo, se estima que para dilucidar este punto, no se debe perder de vista la normativa que contempla la Ley N° 20.393, que regula la responsabilidad penal de la persona jurídica, normativa que terminó con el aforismo *societas delinquere non potest* en el Derecho penal chileno, en el caso de los delitos expresamente señalados⁵⁷, estableciendo un sistema de atribución de responsabilidad a la persona jurídica⁵⁸.

El modelo regulado por la Ley N° 20.393 establece un sistema mixto de imputación que combina el defecto de organización –que es el que permite que se cometa el ilícito en el interior de la persona jurídica–, desvinculado parcialmente del delito de la persona natural⁵⁹. Esto es, la persona jurídica ha contribuido a la comisión del hecho al haberse organizado de un modo que favorece, o que no impide ni dificulta, la realización de este tipo de hechos. Lo que precisa es que se controle la comisión de ilícitos vía autorregulación forzada, es decir, imponiendo a las empresas el deber de organizarse y regularse de modo que se prevenga y detecte la comisión del injusto.

El modelo de atribución de responsabilidad penal de la Ley N° 20.393 se basa en la existencia de un hecho punible cometido por alguna de las personas que realicen actividades de administración en esta, o por personas naturales que estén bajo la dirección o supervisión de alguno de estos sujetos. Se requiere que la comisión de delito haya sido en interés o para el provecho de la persona jurídica y que haya habido incumplimiento por parte de la persona jurídica de su deber de dirección y supervisión, hecho que desencadena que se cometan delitos en su interior⁶⁰.

⁵⁵ Historia de la Ley N° 20.780, p. 529.

⁵⁶ Circular N° 65, de 2015, pp. 28 y s., que cita como ejemplos los deberes de los artículos 551 del Código Civil, que prescribe que la dirección y administración de una asociación recaerá en un directorio; y 31 de la Ley N° 18.046, de 1981, que determina que la administración de la sociedad anónima la ejerce el directorio, y que parece ir en línea con lo manifestado por MORALES, 2013, p. 95, nota 7.

⁵⁷ De conformidad con el artículo 1° de la Ley N° 20.393, los delitos a los que se aplican estas disposiciones son: el financiamiento del terrorismo (artículo 8° de la Ley N° 18.314, de 1984); el soborno o cohecho activo de empleado público nacional o funcionario público extranjero (artículos 250 y 251 bis del Código Penal); el lavado de activos (artículo 27 de la Ley N° 19.913, de 2003); la receptación (artículo 456 bis A del Código Penal); los tipos penales de negociaciones incompatibles, de corrupción entre particulares, de apropiación indebida y de administración desleal (artículos 240, artículos 287 bis y ter, 470 número 1 y 470 número 11, respectivamente, todos del Código Penal). Y, finalmente, la contaminación y otras conductas relacionadas con ella (artículos 136, 139, 139 bis y 139 ter de la Ley N° 18.892, de 1989).

⁵⁸ La persona jurídica responde por el ilícito cometido por una persona natural, no por el ente moral. De lo contrario, sería necesario dar respuesta a la pregunta acerca de cómo podría la persona jurídica cometer delito. CORCOY Y GÓMEZ, 2014, p. XIX.

⁵⁹ BOFILL, 2011, p. 184.

⁶⁰ Véase el artículo 3° de la Ley N° 20.393.

Se debe reconocer que existen importantes diferencias entre la forma de atribuir responsabilidad a la persona jurídica y la regulación de la responsabilidad en la sanción de los directores o representantes legales en el artículo 100 bis del Código Tributario. El estatuto regulado por la Ley N° 20.393 exige, por regla general, que una persona natural realice una conducta ilícita, esto es, que cometa un delito de aquellos establecidos en el artículo 1° de la citada ley; además, requiere que la conducta ilícita haya redundado en un beneficio para la persona jurídica; las sanciones resultan aplicables a la persona jurídica, pues es ella la que soporta la imposición de la pena; es necesario que se hayan incumplido los deberes de dirección o supervisión, lo que tendrá lugar cuando, con anterioridad a la comisión del delito, la persona jurídica no hubiere adoptado e implementado modelos de organización, administración y supervisión para prevenir delitos y, finalmente, la pena aplicable no es solo una multa.

Pese a las diferencias anotadas, se estima que la referencia que efectúa el artículo 100 bis del Código Tributario al incumplimiento por parte de los directores o representantes legales de los deberes de dirección y supervisión, puede ser interpretada a la luz de las exigencias del inciso 3° del artículo 3° de la Ley N° 20.393. Se llega a la conclusión anterior por una razón de texto, y es que en ambas normativas se sanciona por la infracción de deberes de dirección y supervisión que tienen sentido dentro de un sistema de atribución de responsabilidad sancionatoria en sentido amplio a la persona jurídica. De otra parte, no se puede desconocer que el legislador ha sido más garantista con el sujeto activo en estos casos que en los restantes: exige que la comisión de la infracción y la responsabilidad que en ella le cabe a una persona determinada sea decretada por un tribunal (y no por el SII), y la sanción se anuda al incumplimiento de controles internos. Asimismo, la normativa en este punto se aleja de la regla establecida en el artículo 98 del Código Tributario, relativo a la responsabilidad en las sanciones pecuniarias por la comisión de ilícitos administrativos, en virtud de ello, la persona jurídica puede ser responsable de la comisión de infracciones tributarias sin que se establezcan mayores exigencias⁶¹. Finalmente, esta normativa pretende desincentivar la conducta sancionada, persiguiendo que se tomen los resguardos necesarios dentro de la organización para evitar que se incurra en la conducta sancionada: diseñada o planificada a consecuencia de un ineficiente control de la persona jurídica en la forma de prestar asesoría tributaria al cliente.

Todo ello hace pensar, desde un punto de vista sistemático, que el ilícito regulado en el artículo 100 bis del Código Tributario es sometido por el legislador a un estatuto particular que se aleja de las restantes infracciones tributarias. Y se estima que a esta conducta ilícita se le aplica un estatuto jurídico que queda a medio camino entre el propio de las infracciones y el correspondiente a los delitos tributarios, aunque estos no estén incluidos en el catálogo de delitos a los que se aplican las disposiciones de la Ley N° 20.393.

⁶¹ MASSONE, 2010, p. 96.

Es cierto que la Ley N° 20.393 no precisa en qué consisten estos deberes, pero sí señala cuándo se entiende que se cumple con los deberes de dirección y supervisión. Ello acontecerá cuando se hayan implementado *compliance programs* o programas de cumplimiento, esto es, un “conjunto de medidas adoptadas por la empresa para controlar dentro de lo exigible los peligros de infracción al ordenamiento jurídico que pueden derivar de su misma actividad”⁶². De ahí que se afirme que lo que se busca no es sancionar a la persona jurídica, sino promover una cultura ética empresarial⁶³.

En relación con este asunto, podría caerse en la tentación no solo de interpretar los deberes de dirección y supervisión a la luz de la Ley N° 20.393, sino que incluso hacerle aplicable a las personas jurídicas la implementación de un programa de cumplimiento más allá de los casos de responsabilidad penal que regula la referida ley. Se considera, sin embargo, que los términos del artículo 100 bis del Código Tributario no permiten llegar tan lejos, y proceder en tal sentido implicaría hacer una aplicación analógica *in malam partem* de la legislación penal al ámbito administrativo sancionador. No obstante, contar con un protocolo de actuación que permita efectuar comprobaciones y revisiones a la asesoría jurídica prestada, puede servir como medio de control de la calidad de los servicios prestados, pero también del ajuste de estos a la legalidad vigente, con lo que puede atenuar o derechamente excluir la responsabilidad administrativa regulada en el artículo 100 bis en comento.

Desde un punto de vista semántico y, por tanto, aplicable no solo a la sociedad anónima⁶⁴, dirección es la acción y efecto de dirigir, y en el contexto que se examina resulta aplicable la acepción de dirigir de la RAE, que indica que corresponde a “[g]obernar, regir, dar reglas para el manejo de una dependencia, empresa o pretensión”, por tanto, corresponde a las directrices que se dan en el desarrollo del negocio. Por su parte, supervisión es la acción y efecto de supervisar, la que a su vez alude a “[e]jercer la inspección superior en trabajos realizados por otros”, en el fondo, es el examen de alguien con autoridad de la forma cómo se desarrolla el trabajo propio de la persona jurídica⁶⁵.

⁶² ARTAZA, 2013, p. 545.

⁶³ Ello es expresamente reconocido en España por la Circular N° 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, pp. 39, 52, que pone el énfasis en que la empresa debe contar con un modelo para cumplir con la legalidad en general y, evidentemente, con la legalidad penal.

⁶⁴ Según dispone el artículo 41 de la Ley de Sociedades Anónimas, los directores deberán “emplear en el ejercicio de sus funciones el cuidado y diligencia que los hombres emplean ordinariamente en sus propios negocios y responderán solidariamente de los perjuicios causados a la sociedad y a los accionistas por sus actuaciones dolosas o culpables”.

⁶⁵ En España, la legislación contempla una regulación similar para atribuir responsabilidad a la persona jurídica y la Fiscalía General ha entendido que supervisión y vigilancia –este último término no utilizado en la norma penal chilena– enfatizan que ese control o fiscalización es externo y superior respecto de las tareas encomendadas o a cargo de otros. El sistema penal, en estos casos, considera que la infracción de estos deberes es lo que transfiere responsabilidad a la persona jurídica, pues, sin ella, la conducta del subordinado es irrelevante. Véase Circular N° 1/2016, de la Fiscalía General del Estado, pp. 22, 24. De todos modos, a diferencia de la exigencia chilena, en España el incumplimiento de estos deberes ha de ser grave y debe valorarse atendidas las concretas circunstancias del caso.

Como apunta Silva Sánchez, la supervisión supone la vigencia del principio de desconfianza en el actuar del otro, en virtud de ello, es necesario procurarse de información acerca de la forma en que el tercero gestiona su esfera de competencia. La dificultad está en la manera de fundamentar la vigencia de este principio de desconfianza, que conlleva un deber previo de obtener conocimiento de la forma cómo el subordinado gestiona su esfera de competencia, y uno posterior, de instar a que este corrija su actuación defectuosa en el seno de su competencia, evitando las consecuencias lesivas derivadas de aquella⁶⁶. La hipótesis del autor es que dicho deber se fundaría en la “tendencia de quienes integran estas organizaciones a la desorganización progresiva, a orientarse únicamente al lucro, a generar pautas informales de conducta [...], a minusvalorar determinados riesgos”⁶⁷.

La regulación de esta infracción pretende que las personas jurídicas que prestan asesoría en materia tributaria establezcan sistemas de control internos de la calidad de ese producto que se entrega al contribuyente, de forma que si no se puede eliminar de raíz el diseño o planificación de actos, contratos o negocios abusivos o simulados, al menos ellos se vean considerablemente reducidos. Lo relevante es que la persona jurídica alcance una cultura organizacional, al interior de la empresa que presta asesorías tributarias, según estos, en el cumplimiento de los encargos hechos por su cliente respete la letra y espíritu de la legislación tributaria, introduciendo los controles necesarios para velar por ello.

3. *El principio de culpabilidad y la estructura del compliance*

La solución legislativa tendiente a aplicar la estructura del *compliance* a la infracción del artículo 100 bis del Código Tributario puede servir para solucionar el problema apuntado por Hernández respecto de la imposibilidad de aplicar las exigencias de culpabilidad a la persona jurídica, tanto en sede penal como administrativa, por razones estructurales derivadas de la naturaleza de estas personas, que impiden imputarles algo que ellas hayan hecho. De ahí que atribuir responsabilidad a las personas jurídicas por medio de un sistema de *compliance* pueda resultar útil para evitar caer en un modelo de responsabilidad automática frente a la comisión de un ilícito⁶⁸. En la infracción que se comenta las exigencias derivadas del principio de culpabilidad debieran tener aplicación respecto de la persona natural⁶⁹, sea que ella haya cometido la infracción, sea que se trate del director o representante legal que ha incumplido sus deberes de dirección y supervisión.

Igualmente se considera necesario aclarar un punto vinculado directamente con el respeto al principio de culpabilidad, pues se podría sostener que no es admisible la sanción en los supuestos en que ha tenido aplicación el abuso o la simulación, pues

⁶⁶ SILVA SÁNCHEZ, 2013, pp. 167 y ss.

⁶⁷ SILVA SÁNCHEZ, 2013, p. 170.

⁶⁸ HERNÁNDEZ, 2018, pp. 428 y ss.

⁶⁹ Quien primero lo sostuvo fue CURY, 1979-1980, p. 91.

estas figuras, según disponen los artículo 4° ter y 4° quater del Código Tributario, se conciben en términos objetivos.

Al respecto, se estima que no es relevante la ausencia de ponderación del elemento subjetivo para aplicar tanto el abuso cuanto la simulación, pues lo esencial consiste en que el tipo administrativo respete las exigencias de culpabilidad aplicables según la doctrina clásica (y últimamente criticada)⁷⁰ del Tribunal Constitucional que estima que en materia de sanción administrativa resultan aplicables los principios penales aplicados con matices⁷¹.

Si se examina el artículo 100 bis del Código Tributario no existe ningún elemento que permita afirmar que la sanción prescinde de la acreditación del elemento subjetivo. Es más, se requiere que el SII –que insta a la determinación de la comisión del hecho y de la participación en el mismo del presunto responsable– pruebe todos los elementos del injusto, pues la norma dispone que debe ser demostrado que el asesor fiscal efectuó el diseño o planificación de actos jurídicos declarados abusivos o simulados. Con lo que el ente fiscalizador deberá acreditar la culpabilidad del sujeto activo en los casos en que la comisión de la infracción sea realizada por una persona natural, y de los directores o representantes legales, cuando hayan incumplido los deberes de dirección y supervisión, y se esté ante un supuesto en el que la persona jurídica es el sujeto activo.

V. CONCLUSIONES

La legislación tributaria chilena, siguiendo los postulados de la OCDE recogidos en el *Study into the Role of the Tax Intermediaries* y en el Plan BEPS, se ha puesto a la vanguardia de los sistemas jurídicos que sancionan administrativamente al asesor fiscal en los supuestos en que ha tenido aplicación una norma general antielusión, incorporando la infracción regulada en el artículo 100 bis del Código Tributario. La particularidad es que el injusto no solo sanciona el diseño o planificación de actos jurídicos declarados luego por un tribunal como abusivos, y por tanto elusivos, sino que también aquellos sindicados como simulados, y por tanto evasivos.

Al respecto, es claro que para el legislador chileno era necesario introducir una norma que inhibiera la implementación de planificaciones tributarias abusivas o simuladas, que redundan en un incumplimiento de las obligaciones tributarias por parte del contribuyente, desde lo que consideró su origen: la intervención del asesor fiscal y su aportación del bien escaso consistente en el conocimiento técnico para vulnerar la legislación impositiva, sea de manera directa, en el caso de la simulación, sea de manera indirecta, en los supuestos de abuso de las formas jurídicas.

⁷⁰ Por todos, LETELIER, 2016, pp. 627 y ss.

⁷¹ Por todas, sentencia del Tribunal Constitucional, Rol N° 244, considerando 9°.

En este contexto, el injusto del artículo 100 bis del Código Tributario sanciona a la persona natural o jurídica que haya diseñado o planificado uno o más actos jurídicos que hayan sido implementados y que, con posterioridad, sean declarados abusivos o simulados.

Las conductas típicas, de carácter alternativo, no son sinónimas, sino que apuntan a sancionar dos formas distintas de asesorar al contribuyente en la minoración de la obligación tributaria o en la evitación u ocultación de la realización del hecho gravado. En efecto, diseñar está pensado para una planificación tributaria en masa, en la que el asesor fiscal solo adapta a las necesidades particulares del contribuyente; en cambio, la planificación supone la elaboración de un entramado negocial, hecho a la medida del contribuyente.

La particularidad de la infracción analizada radica en el hecho de que introduce la estructura del *compliance* penal para hacer efectiva la responsabilidad administrativa de la persona jurídica, pese a que los delitos tributarios no son de aquellos contemplados dentro del catálogo de la Ley Nº 20.393, que permite imputar responsabilidad penal al ente moral.

En efecto, cuando el sujeto activo de la infracción es la persona jurídica, el artículo 100 bis del Código Tributario señala que responderán de la sanción los directores o representantes legales que hayan incumplido sus deberes de dirección y supervisión.

De esta forma, la legislación chilena quiere impactar en la manera cómo se presta la asesoría tributaria, pues ha establecido un sistema que permite eximir de responsabilidad infraccional al asesor fiscal, cuando este es una persona jurídica, si se estructura de una forma tal que permita establecer los controles necesarios para evitar que el producto de su asesoría consista en un diseño o planificación de actos jurídicos abusivos o simulados. El sistema funcionará en la medida en que las sucesivas reformas que modifiquen el estatuto aplicable al abuso, a la simulación y a la sanción administrativa aplicable –con el fin de respetar en mejor medida la legalidad y la seguridad jurídica–, mantengan la estructura esencial de estas de forma tal que les permita cumplir con su finalidad: resguardar la correcta determinación de la obligación tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

Doctrina

- ALONSO GONZÁLEZ, Luis Manuel, 2006: "Planificación fiscal y economía de opción", *Jurisprudencia Tributaria Aranzadi*, volumen I, tomo XV.
- ARTAZA VARELA, Osvaldo, 2013: "Sistemas de prevención de delitos o programas de cumplimiento. Breve descripción de las reglas técnicas de gestión del riesgo empresarial y su utilidad en sede jurídico penal", *Política Criminal*, volumen 8, Nº 16.
- ASTE MEJÍAS, Christian, 2015: *Reforma tributaria. Comentada y explicada*, Santiago: Legal Publishing.
- AVILÉS HERNÁNDEZ, Víctor Manuel, 2014: *Legalidad tributaria y mecanismos anti elusión* (2ª edición), Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- BLÁZQUEZ LIDOY, Alejandro, 2003: "El régimen jurídico de la asesoría fiscal en Estados Unidos", *Crónica Tributaria*, Nº 109.

- BOETSCH GILLET, Cristián, 2016: *La norma general anti elusión. Análisis desde la perspectiva del Derecho privado*, Santiago: Ediciones UC.
- BOFILL GENZSCH, Jorge, 2011: "Estructuras de imputación y prevención de delitos al interior de la persona jurídica", en Javier Wilenmann Von Bernath, *Gobiernos corporativos. Aspectos esenciales de las reformas a su regulación*, Santiago: Legal Publishing, pp. 175-195.
- CORCOY BIDASOLO, Mirentxu y GÓMEZ MARTÍN, Víctor, 2014: "Prólogo" de la obra Santiago Mir Puig, Mirentxu Corcoy Bidasolo y Víctor Gómez Martín (directores), *Responsabilidad de la Empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Madrid: EDISOFER S.L. Libros jurídicos, pp. XIX-XXVI.
- CURY URZÚA, Enrique, 1979-1980: "Algunas reflexiones sobre la relación entre penas penales y administrativas", *Boletín de Investigaciones (Pontificia Universidad Católica de Chile)*, año VI-VII, N^{os} 44-45.
- DECLARACIÓN Final de Seúl, 2006: Tercera Reunión del Foro OCDE sobre Administración Tributaria. Seúl: 14-15 septiembre.
- GARCÍA ESCOBAR, Jaime y ÁLVAREZ MAYA, Carolina, 2014: "Análisis de algunos aspectos de una rabiosa reforma stalinista: la cláusula general antielusiva y la sanción que supone el artículo 100 bis del Código Tributario", *Revista Actualidad Jurídica (Universidad del Desarrollo)*, N^o 30.
- GARCÍA CAVERO, Percy, 2017: *Criminal compliance*, Lima: Instituto Pacífico.
- GARCÍA NOVOA, César, 2004: *La cláusula antielusiva en la nueva Ley General Tributaria*, Madrid: Marcial Pons.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 1966: *Autor y cómplice en el derecho penal*, Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección de publicaciones e intercambio.
- GIMBERNAT ORDEIG, Enrique, 2013: "A vueltas con la imputación objetiva, la participación delictiva, la omisión impropia y el Derecho penal de la culpabilidad", *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, volumen LXVI.
- HENSEL, Albert, 2005: *Derecho tributario* (trad. A. Báez, M. González-Cuellar y E. Ortiz), Madrid: Marcial Pons.
- HERNÁNDEZ BASUALTO, Héctor, 2018: "Procedencia de una 'eximente o defensa de cumplimiento' de las personas jurídicas en el derecho administrativo sancionador chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, volumen 45, N^o 2.
- HISTORIA de la Ley N^o 20.780. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/>. [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2018].
- HISTORIA de la Ley N^o 20.899. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4829/>. [Fecha de consulta: 5 de diciembre de 2018].
- LÓPEZ LÓPEZ, Hugo, 2009: *El principio de culpabilidad en materia de infracciones tributarias*, Cizur Menor: Aranzadi.
- NAVARRO SCHIAPPACASSE, María Pilar, 2018: "La evolución en la jurisprudencia de la Excma. Corte Suprema en la concepción de la elusión fiscal", *Revista de Estudios Tributarios*, N^o 20.
- MAGASICH AIROLA, Álvaro Pablo, 2016: *La derrotabilidad, fraude de ley y cláusula general antielusiva. Análisis desde el Derecho tributario español y chileno*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Universidad de Barcelona.
- MASSONE PARODI, Pedro, 2010: *Infracciones tributarias* (2^a edición), Santiago: Legal Publishing.
- MASSONE PARODI, Pedro, 2016: *Principios de derecho tributario* (4^a edición), Tomo I, Santiago: Legal Publishing.
- MORALES PEÑA, Roberto, 2013: "La imputación de responsabilidad penal a los órganos de las empresas, en relación con los presupuestos para que las acciones realizadas por personas individuales les puedan ser imputadas, cuando estas exceden en el ámbito propio del giro de la empresa", *Revista Jurídica del Ministerio Público*, N^o 55.

- LETELIER WARTENBERG, Raúl, 2016: “Garantías penales y sanciones administrativas”, *Política Criminal*, volumen 12, Nº 24.
- OCDE, 2008: *Study into the Role of Tax Intermediaries*, Paris: Éditions OCDE.
- OCDE, 2013: *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, Paris: Éditions OCDE.
- OCDE, 2016: *Exigir a los contribuyentes que revelen sus mecanismos de planificación fiscal agresiva. Acción 12 - Informe final 2015. Proyecto de la OCDE y del G-20 sobre la Erosión de la Base Imponible y el Traslado de Beneficios*, Paris: Éditions OCDE.
- PONT CLEMENTE, Joan-Francesc, 2003: “Responsabilidad penal del asesor fiscal”, *Revista Técnica Tributaria*, Nº 63.
- SÁNCHEZ PEDROCHE, José Andrés, 2007: *Responsabilidad penal, civil y administrativa del asesor fiscal*, Madrid: Ediciones CEF.
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María, 2013: *Fundamentos del Derecho penal de la Empresa*, Madrid: BdeF.
- UGALDE PRIETO, Rodrigo, 2018: *La elusión tributaria. El abuso de las formas jurídicas y la simulación*, Santiago: Editorial Jurídica.
- VAN WEEZEL, Alex, 2007: *Delitos tributarios*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo, 2016a: “La despenalización de la simulación por la Ley Nº 20.780”, *Revista de Estudios Tributarios*, Nº 16.
- VERGARA QUEZADA, Gonzalo, 2016b: *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias*, Santiago: Editorial Libromar.
- YÁÑEZ VILLANUEVA, Felipe, 2014: “Análisis de la nueva cláusula general antielusiva”, *Revista de Estudios Tributarios*, Nº 11.
- ZORNOZA PÉREZ, Juan, 1992: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias (Los principios constitucionales del derecho sancionador)*, Madrid: Civitas.

Jurisprudencia judicial

TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 26 de agosto de 1996, Rol Nº 244-1996.

Jurisprudencia administrativa

FISCALÍA General del Estado, Circular Nº 1/2016, de 22 de enero.

SERVICIO de Impuestos Internos, Circular Nº 65, de 23 de julio de 2015.

El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia

Luisa María Brito Nieto*

RESUMEN

Las cláusulas escalonadas son cada vez de mayor utilización en la contratación actual, tanto a nivel nacional como internacional, gracias a las facilidades que aportan a la hora de buscar soluciones satisfactorias y eficientes a conflictos de gran envergadura. Sin embargo, la admisibilidad, validez y obligatoriedad de las mismas ha sido controvertida, principalmente por la dificultad a la hora de dilucidar las consecuencias jurídicas que conlleva el no agotamiento de las etapas menos adversariales, previas al arbitraje. La problemática a la luz del ordenamiento jurídico colombiano sube de punto, sobre todo a raíz de la entrada en vigencia de la actual legislación procesal, que consagra una prohibición expresa de pactar requisitos de procedibilidad de carácter extralegal. En razón de ello, en el presente escrito se analiza: i) la admisibilidad o no de las cláusulas escalonadas, sus respectivas consecuencias jurídicas y la conveniencia práctica o no de pactarlas en el plano internacional; ii) la prohibición expresa de pactar requisitos de procedibilidad extralegales, consagrada en la actual normatividad procesal colombiana y las dificultades que la misma genera; y iii) las repercusiones que conlleva la nulidad de la cláusula escalonada en la validez del pacto arbitral inserto en ella.

Cláusulas escalonadas o multinivel – pacto arbitral – validez

The dilemma of the multi-tiered clauses in Colombia

ABSTRACT

The multi-tiered clauses are increasingly used in current contracting both at national and international levels due to the facilities they provide in seeking satisfactory and efficient solutions to conflicts of great significance. However, the admissibility, validity and enforceability of such clauses have been controversial, mainly because of the difficulty in elucidating the legal consequences of not going through the less adversarial stages prior to arbitration. The issue in the Colombian legal system entails a greater controversy especially as a result of the entry into force of recent procedural legislation that enshrines an explicit prohibition regarding the agreement of procedural requirements not contemplated in the law. Given said circumstances, the present paper analyses: (i) the admissibility or non-eligibility of the multi-tiered clauses, their

* Abogada, Universidad Externado de Colombia. Magíster en derecho, Universidad de Valencia, España. Investigadora del Departamento de Derecho Procesal, Universidad Externado de Colombia. Correo electrónico: luisa.brito@uexternado.edu.co

Artículo recibido el 24 de abril de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

legal consequences and the practical convenience of having them agreed at international level; ii) the unequivocal prohibition contained in Colombian current procedural regulation regarding parties agreeing procedural requirements not contemplated in the law and the difficulties that it causes; and iii) the consequences of the nullity of the multi-tiered clause in the validity of the arbitration agreement inserted in it.

Multi-tiered clauses – arbitration agreement – validity

I. GENERALIDADES ACERCA DE LAS CLÁUSULAS ESCALONADAS

En el presente acápite se delimitará lo que se considera como cláusula escalonada, su utilidad, los posibles inconvenientes prácticos a la hora de pactarlas y su admisibilidad en el plano internacional.

1. ¿Qué son las cláusulas escalonadas?

Las cláusulas escalonadas¹ son requisitos de resolución de conflictos –normalmente insertas en un contrato o con referencia a él– que consagran etapas diferentes y escalonadas para resolver ciertas controversias derivadas del contrato, previendo fases menos adversariales antes de la utilización de mecanismos heterocompositivos.

De manera preliminar, se debe tener presente que las cláusulas multinivel son variables, no estáticas, y su redacción, así como la previsión de cada una de las etapas de resolución de conflictos, dependerá de cada caso concreto. No obstante, todas tienen en común que no es posible seguir las etapas de forma paralela, sino que será necesario agotar previamente un escalón o etapa antes de continuar con la siguiente².

En ese sentido, es muy común en la práctica contractual la consagración de un deber de negociación, por un período determinado, antes de iniciar un arbitraje. En ese sentido, la operancia de la cláusula consiste en que³ se tiene un término específico para agotar la etapa prearbitral contemplada en la cláusula de resolución de controversias⁴. En ese orden de ideas, de no existir acuerdo alguno, se continuará sucesivamente con la siguiente fase que prevea la cláusula, hasta llegar, si así esta lo dispone, a la posibilidad de comenzar un arbitraje⁵.

¹ Estas cláusulas también se conocen como multinivel, *multi tiered clauses* o *multi step clauses*. Adicionalmente se conocieron inicialmente como *Scott Avery clauses*, gracias a que el caso *Scott vs. Avery* (1856) fue su primer antecedente (TALAMÁS, 2015, pp. 41-45).

² Cfr. GONZÁLEZ, 2007, pp. 200-124.

³ Claro está, teniendo en cuenta las particularidades que la cada cláusula disponga.

⁴ Cfr. ENTRENA *et al.*, 2014, pp. 761-775.

⁵ Cfr. SALCEDO, 2015, pp. 89-112.

Es decir, las partes, por medio de la cláusula escalonada establecen de manera contractual⁶ fases para la solución del conflicto, las que adoptan variadas formas⁷, pero que generalmente prevén una fase prearbitral y una fase arbitral⁸. Lo anterior, sin perjuicio de que sea posible establecer una cláusula escalonada con fases para la resolución del conflicto de manera distinta al arbitraje, por ejemplo, una cláusula en la que se prevea intentar la negociación, en primera medida, y después, llevar a cabo una mediación, fracasada esta, a las partes no les quedará alternativa distinta –a menos que celebren un pacto arbitral, más específicamente, un compromiso– a la vía judicial. En todo caso, la regla general es que la cláusula escalonada contemple solamente dos fases, con el fin de evitar que se utilice con fines dilatorios⁹.

Normalmente, la fase prearbitral conllevará a un escenario autocompositivo, ya sea por medio de negociación, conciliación, mediación, minitrial, entre otras. Fracasada esta etapa, se pasará a la fase arbitral, que como resultará obvio, consistirá en iniciar un proceso arbitral de acuerdo con lo pactado en la cláusula de resolución de conflictos. Ahora bien, con el fin de evitar que estas cláusulas se utilicen para dilatar y entorpecer la solución de los conflictos y por las razones que se expondrán a lo largo de este escrito, la fase prearbitral debe necesariamente limitarse a un tiempo, de manera que las partes no se estanquen de forma indefinida en la misma¹⁰.

En consecuencia, la clave del funcionamiento de las cláusulas escalonadas radica en la obligación que adquieren las partes de cumplir con las fases establecidas en ellas, con el fin de intentar llegar a una solución lo más satisfactoria para ambas o de acordar en la mayor cantidad de puntos en conflicto posibles antes de iniciar un proceso arbitral¹¹. Asimismo, debe tenerse en cuenta que las particularidades de cada cláusula y el éxito de las mismas para resolver el conflicto dependerá de lo que se ajuste en mejor medida a la relación jurídica existente entre las partes¹².

2. *Utilidad de la incorporación de cláusulas escalonadas como cláusulas de resolución de conflictos*

Es fundamental tener presente que la utilización de cláusulas escalonadas es cada vez más común en los contratos mercantiles de gran envergadura. Así pues, la inclusión de las mismas para regular de manera más adecuada la relación contractual habida entre las partes, reconoce el dinamismo de las relaciones comerciales y del tráfico jurídico actual¹³.

⁶ Cfr. TALAMÁS. *Op. cit.*

⁷ Cfr. GONZÁLEZ. *Op. cit.*, pp. 200-124.

⁸ TALAMÁS, *Op. cit.*

⁹ Cfr. TALAMÁS. *Op. cit.*

¹⁰ Cfr. SALCEDO. *Op. cit.*

¹¹ *Ibíd.*

¹² Cfr. TALAMÁS. *Op. cit.*

¹³ Cfr. BERLINGUER, 2013, p. 2.

Toda vez que las cláusulas multinivel prevén una etapa prearbitral, caracterizada por la utilización de Mecanismos Alternativos de Resolución de Conflictos (MASC) con mayor carga autocompositiva, presenta importantes bondades¹⁴ particularmente en los casos en los que las partes han tenido una relación jurídico-contractual estable y duradera y pretenden mantenerla para beneficio mutuo. Lo anterior, ya que permite: i) intentar dar una solución a la controversia de carácter amistoso que no deteriore su relación comercial¹⁵, antes de instaurar un litigio; y ii) resolver de manera más expedita e incluso con mayor experticia las disputas que por sus particularidades son de más fácil solución, dejando que solo los conflictos en los que no pueda llegarse a un acuerdo y que implican mayor complejidad lleguen a un procedimiento más largo y adversarial¹⁶.

Sin embargo, como resulta obvio, se debe tener especial cuidado a la hora de incluir y redactar este tipo de cláusulas en un contrato, ya que es necesario tener clara la intención de llegar a una solución amistosa antes de ir directamente a un litigio, de lo contrario, podrá resultar más bien un obstáculo para las partes que deseen iniciar de manera directa un proceso arbitral. El inconveniente surgiría también en el caso en que a pesar de haberse convenido una cláusula escalonada, al momento de surgir el conflicto una de las partes no desee llegar a una solución amistosa, caso en el que deberá evaluarse si el pacto tiene carácter coercitivo o no, como veremos en acápite posteriores.

Adicionalmente, la utilización de este tipo de cláusulas conlleva además a que las partes obtengan una solución al conflicto –muy seguramente– en menor tiempo, lo que generará, en la mayoría de los casos, una reducción de los costos de un litigio¹⁷. Además, se tendrá la garantía de que el conflicto se mantenga confidencial, lo que es supremamente relevante en el caso de controversias y empresas de gran envergadura¹⁸. Aunado a ello, y si se logra un consenso parcial o total en la fase prearbitral, el conflicto se habrá solucionado de manera menos traumática, logrando un acuerdo satisfactorio y conveniente para ambas partes¹⁹. Sin embargo, y como ya fue mencionado, la otra cara de la moneda de estas claras ventajas radica en que, si no se redacta de manera restringida en el tiempo, puede utilizarse como maniobra torticera para entorpecer la solución de la controversia²⁰.

¹⁴ Cfr. ENTRENA *et al.* *Op. cit.*

¹⁵ Cfr. SALCEDO. *Op. cit.*

¹⁶ Cfr. BERNAL *et al.*, 2012.

¹⁷ De acuerdo con el estudio anual elaborado en el 2017, por Fullbright & Jaworski LLP, el 55% de los casos en los que se intentaron implementar medidas preventivas de litigios se utilizaron los MASC.

¹⁸ Cfr. TALAMÁS. *Op. cit.*

¹⁹ Cfr. ENTRENA *et al.* *Op. cit.*

²⁰ *Ibid.*

3. *Dificultad práctica de las cláusulas multinivel*

Ahora bien, pactar cláusulas escalonadas y dotarlas de obligatoriedad, a nuestro juicio, genera un innegable efecto en la práctica: se estaría yendo en total contravía de la esencia de los MASC autocompositivos, es decir, de la voluntad actual.

Como se ha mencionado someramente, los MASC –en mayor medida aquellos que son autocompositivos– buscan brindar figuras menos adversariales a los sujetos inmersos –o que pueden estarlo– en un conflicto para la búsqueda de soluciones más amistosas, sin la necesidad de deferir la solución de un conflicto a un tercero que, muchas veces, no encontrará una solución que resulte más o menos satisfactoria para ambas partes. Además, el sometimiento a cualquier MASC autocompositivo tiene un requisito elemental: la voluntad de las partes de someterse a él, sin estar obligados los contratantes a recurrir al mismo²¹.

En el caso de las cláusulas escalonadas, si una de las partes al momento de enfrentarse a un conflicto no desea agotar la fase prearbitral, si bien no puede pasarse por alto que tuvo una voluntad previa de llevar a cabo una fase prearbitral, no tiene una voluntad actual de hacerlo, lo que iría en contra del principio más elemental para el éxito de un MASC autocompositivo, que es la voluntad actual de las partes. La consecuencia obvia de obligar a la parte contractual que no tiene voluntad actual de someterse a la fase prearbitral sería el muy probable fracaso de la misma.

Como es sabido, los MASC de manera forzosa no surten buenos resultados. Este es el caso de Colombia, donde es requisito de procedibilidad previo a interponer la demanda ante la jurisdicción ordinaria²² el agotamiento de la conciliación prejudicial²³, la que no tiene actualmente mucho éxito²⁴. Esta es la misma razón por la que en ordenamientos jurídicos extranjeros se ha eliminado el requisito de procedibilidad establecido en la ley relativo a agotar una mediación o conciliación previa a interponer una demanda²⁵.

No obstante lo anterior, debe precisarse desde ya que el solo hecho que genere dificultades el forzar a las partes que no poseen voluntad actual a agotar la etapa previa al arbitraje –toda vez que podría afectar los futuros resultados satisfactorios de la misma– no es óbice para que el ordenamiento jurídico les reste total validez y coercibilidad, como veremos que sucede en el ordenamiento jurídico colombiano.

²¹ Cfr. LEÓN, *Op. cit.*

²² Este requisito no aplica al arbitraje, toda vez que se entendió que sería un contrasentido imponer requisitos de procedibilidad a un mecanismo que ya es alternativo de solución de controversias.

²³ Artículo 90 del CGP.

²⁴ Cfr. BERNAL. *Op. cit.*

²⁵ Por ejemplo, por medio de la Ley 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, se eliminó la mediación obligatoria en España como requisito de procedibilidad.

4. Admisibilidad de las cláusulas escalonadas en el contexto internacional

Como podrá dilucidarse de lo ya expuesto, las cláusulas escalonadas gozan cada vez de mayor aceptación. Al respecto, por ejemplo, de conformidad con el Reglamento de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), se recomienda a las partes a someterse a arbitraje o a mediación, o a ambas, para esto será necesario la incorporación de cláusulas adecuadas de resolución de controversias²⁶. Para ello expresamente dispone el mencionado reglamento que lo más adecuado es incluir cláusulas multinivel que proporcionen una combinación de ambas técnicas, dentro de las que se podrá incluir el recurso a un peritaje o a los *dispute boards*²⁷, para lo que el mismo Reglamento prevé cláusulas modelo²⁸. Aunado a lo anterior, dentro de las cláusulas modelo se consagra la posibilidad de pactarse realizar la mediación y el arbitraje de manera paralela²⁹, es decir, no deberá esperarse a concluir con la mediación para poder instaurar el arbitraje, así como la opción de pactar una cláusula escalonada³⁰ de arbitraje y mediación ante la CCI.

Adicionalmente, el artículo 13 de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Conciliación Comercial Internacional³¹ (en adelante LM) dispone que cuando las partes acuerden intentar una conciliación y se haya pactado de manera expresa un plazo para ello, mientras no se cumpla dicha etapa, ninguna de las partes podrá iniciar válidamente ningún proceso judicial o arbitral con relación a la misma controversia.

También se destaca que la Ley 5/2012, de 5 de marzo, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, señala en su artículo 6.2. la validez del pacto escrito que exprese el compromiso de intentar una mediación de manera previa a la vía judicial o a cualquier otro MASC. No obstante, el numeral 6.3. dispone que no se estará obligado a mantenerse en el procedimiento de mediación ni tampoco a concluir en acuerdo, de manera que debe agotarse de manera obligatoria –si así se pactó– antes de iniciar un arbitraje, pero una vez instaurado el procedimiento de mediación, ninguna de las partes se encontrará obligada a permanecer en él³².

No obstante lo anterior, uno de los temas más discutidos actualmente acerca de las cláusulas escalonadas es su validez y consecuente obligatoriedad, que derivan, incluso, de su naturaleza híbrida³³. En todo caso, debe afirmarse que las decisiones al respecto no han sido del todo unánimes y dependerán, incluso, del país del que se trate y de la ley del arbitraje aplicable al caso concreto³⁴.

²⁶ Página 3 del Reglamento.

²⁷ Página 79 del Reglamento.

²⁸ Páginas 98 a 102 del Reglamento.

²⁹ Cláusula C. Página 99 del Reglamento.

³⁰ Cláusula D. Página 100 del Reglamento.

³¹ El artículo 1.3. de la LM regula también supuestos de mediación.

³² Cfr. ENTRENA *et al.* *Op. cit.*

³³ *Ibid.*

³⁴ Cfr. CREMADES, 2016, pp. 57-70.

En lo que respecta a Estados Unidos, en el caso *Kemiron Atlantic vs. Aguakem International*³⁵, la Corte de Apelaciones del undécimo circuito afirmó que, debido a que existía una cláusula escalonada con una clara obligación de realizar una mediación durante un tiempo determinado, era necesario concluir que la misma era válida y se trataba de una condición previa de intentar la mediación para así poder instaurar un arbitraje. En ese sentido, se ha indicado que cuando la cláusula escalonada se encuentre claramente redactada³⁶, existe la obligación de las partes de agotar los escalones pactados, en virtud de que ellas mismas han acordado iniciar un arbitraje como una última opción³⁷.

Por su parte, en Inglaterra ha habido mayor reticencia respecto de estas cláusulas y se ha considerado que negociar de buena fe no es una obligación de carácter válido y menos ejecutable, a menos que se delimite con absoluta claridad y de manera previa el proceso a seguir, la forma de seleccionar al tercero mediador y su forma de pago³⁸.

A su vez, en Francia se ha dado validez a este tipo de cláusulas y, como consecuencia de ello, se han inadmitido demandas argumentando que las causales de inadmisión no son taxativas y que, sin inconveniente alguno, las partes podrían pactar condiciones que impidieran la admisión de la demanda³⁹. En ese sentido, se aclaró que la existencia de una cláusula escalonada y el no seguimiento de la fase prearbitral no era causal de incompetencia del tribunal arbitral ni tampoco de anulación del laudo⁴⁰. Adicionalmente, se ha considerado que en los casos en los que se pruebe que una de las partes ha realizado todos los esfuerzos posibles para intentar resolver la controversia por medio de lo dispuesto en la fase prearbitral, así se fracase en ello, podrá iniciarse válidamente un arbitraje⁴¹.

De cualquier forma, las consecuencias derivadas del incumplimiento de la cláusula escalonada dependerán de la naturaleza jurídica de la cláusula misma. En ese sentido, si se considera de naturaleza contractual, el no cumplimiento de lo dispuesto en ella conllevaría a un incumplimiento del contrato, lo que generaría daños y una correlativa indemnización de perjuicios⁴². No obstante, a nuestro juicio la misma debe considerarse de naturaleza híbrida, al tener un origen contractual y desplegar efectos en la esfera

³⁵ United States Court of Appeals, eleventh circuit, *Kemiron Atlantic vs. Aguakem International* 8.05.2002, N° 01-16400.

³⁶ En el caso *United States District Court, Cumberland and York Distribution vs. Coors Brewing Co.* 07.02.2002, N° 01-244-P-H, se consideró que la cláusula era ambigua toda vez que no se había delimitado temporalmente la mediación.

³⁷ En ese sentido se falló en el caso *Court of Chancery of Delaware, Dave Greytak vs. Mazda Motors of America* 28.01.1992, N° 11997; y el caso *United States Court of Appeals, Devalk Lincoln Mercury Inc. vs. Ford Motor Co* 23.02.1987, N° 86-1638.

³⁸ House of Lords, *Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Construction Ltd.* 17.02.1993, Adj.L.R. 01/21; England and Wales High Court, *Cable & Wireless vs. IBM*, [2002] EWHC 2059; House of Lords, *Walford vs. Miles*, [1992] 2 AC 128.

³⁹ No obstante, la mencionada causal de inadmisión es saneable Corte de Casación francesa, 2ème civ., 16.12.2010, RTD civ, 2011, p. 170; Corte de Casación, com., 03.05. 2011, RDC, 2011, p. 884.

⁴⁰ Cfr. BARBET, 2016.

⁴¹ Caso N° 8462, CCI, 2003 y Caso N° 9977, CCI, 2003.

⁴² Cfr. TALAMÁS. *Op. cit.*

procesal, por lo que sería más acertado, a la hora de resolver acerca de las consecuencias de su incumplimiento, inclinarse por la inadmisión de la demanda –pudiendo sanearse– por la falta del agotamiento de un requisito de procedibilidad pactado de manera previa por las partes.

Adicionalmente, puede verse también cómo la redacción de la cláusula ha influido en la valoración de los tribunales a la hora de analizar su obligatoriedad, ya que, como se evidenció, su validez y obligatoriedad dependerán de la interpretación que a esta se le dé⁴³. Lo anterior, toda vez que, de encontrarse una cláusula de carácter ambiguo, será dudosa también la voluntad de las partes y en qué condiciones deberán llevarse a cabo los escalones pactados para la solución de la controversia. En ese sentido, la eficacia de la cláusula escalonada se vería mermada y afectada por la falta de determinación y claridad⁴⁴, deviniendo la misma en patológica⁴⁵. En estos casos, la cláusula podría resultar inaplicable, y generaría las consecuencias previstas en el artículo II.3.⁴⁶ de la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias y Arbitrajes Extranjeras, Nueva York, 1958 (en adelante, CNY). Sin embargo, es elemental tener presente que cada vez más son los pronunciamientos en favor de la aplicación del principio *favor arbitri* en el caso de cláusulas patológicas, lo que no excluiría el caso en el que una cláusula escalonada lo fuera⁴⁷.

Para evitar lo anterior, las directrices de la International Bar Association (en adelante IBA) para Cláusulas Arbitrales⁴⁸, aprobadas por la Resolución del Consejo de la IBA del 7 de octubre de 2010, pretenden ayudar a lograr cláusulas arbitrales más efectivas. En ese sentido, prevé⁴⁹ directrices para la redacción de cláusulas escalonadas de resolución de controversias, a causa de su común incorporación en contratos internacionales y los retos específicos que presentan en su redacción. Para ello recomienda la observancia de las siguientes reglas:

- Señalamiento de un período corto de tiempo específico para la negociación o mediación, luego de ello, cualquiera de las partes podrá instaurar un arbitraje, indicando el hecho que desencadenará el conteo del mismo. Esta regla tiene como finalidad evitar que la cláusula escalonada se utilice con fines dilatorios. En este punto deberá tenerse en cuenta que no en todos los casos el inicio de la negociación o de la mediación generará la suspensión de términos de prescripción.

⁴³ Cfr. ENTRENA *et al.* *Op. cit.*

⁴⁴ Tribunal Supremo de Justicia Español. 20.06.2002. RJ 2002/5256, se le restó validez a la cláusula por considerarse ambigua.

⁴⁵ Cfr. ARTUCH, 1997, pp. 176 y ss.; Cfr. DERAIS, 2005, pp. 192 y ss.; Cfr. ENTRENA *et al.* *Op. cit.*; Cfr. FERNÁNDEZ, 2016, pp. 697-725; Cfr. LEÓN. *Op. cit.*; Cfr. VERDERA Y ESPLUGUES. 2004, pp. 389 y 390.

⁴⁶ “El tribunal de uno de los Estados Contratantes al que se someta un litigio en el que las partes hayan concluido un acuerdo en el sentido del presente artículo, remitirá a las partes al arbitraje, a instancia de una de ellas, a menos que compruebe que dicho acuerdo es nulo, ineficaz o inaplicable”.

⁴⁷ Cfr. FERNÁNDEZ. *Op. cit.*, pp. 697-725.

⁴⁸ Disponibles en: www.ibanet.org.

⁴⁹ Directriz IV.

- Evitar consagrar en la cláusula al arbitraje como facultativo y no como obligatorio⁵⁰. De esta manera se impedirá que la cláusula devenga en patológica por ser ambigua la intención de someter las controversias a arbitraje que no puedan resolverse por el o los escalones anteriores. Acerca de este punto en particular, haremos algunas precisiones más adelante.
- Definir claramente las controversias que quieren someterse a negociación o mediación y arbitraje en términos iguales. De lo contrario, si se determinan para la etapa prearbitral y para la arbitral no, habrá supuestos en los que ciertas controversias podrán someterse directamente a arbitraje.

De cualquier modo, para admitir la validez de estas cláusulas y su consecuente obligatoriedad debe prestarse especial atención en los siguientes aspectos: i) redacción clara y precisa de la cláusula en el sentido de indicar que el agotamiento de la fase prearbitral es un requisito para continuar con la fase arbitral; y ii) prever detalladamente las condiciones de cada una de las fases, de manera que pueda valorarse que cada fase ha sido agotada⁵¹.

Ahora bien, ¿cuál es la consecuencia de admitirse la validez y obligatoriedad de la cláusula escalonada? En el caso en el que se haya presentado la demanda o la solicitud de arbitraje sin agotar los escalones previos, en aras de garantizar la economía procesal, a nuestro criterio, sería conveniente inadmitir la demanda y que se ordene a las partes al agotamiento de la o las fases prearbitrales⁵². En ese sentido, de acuerdo con el principio kompetenz-kompetenz⁵³ el competente para dirimir esta cuestión es el tribunal arbitral. No obstante, si se da inicio a un proceso judicial y ambas partes guarden silencio, se considerará una renuncia⁵⁴ a lo dispuesto en la cláusula escalonada en su totalidad, tanto de la fase prearbitral como arbitral.

En suma, y como se señaló en este acápite del escrito, el tratamiento que se le dé a este tipo de cláusulas en cuanto a su validez y obligatoriedad va a depender⁵⁵ de lo que disponga la *lex arbitri*⁵⁶.

⁵⁰ Normalmente consagradas como que las partes “podrán” (*may* o *shall*) someterse a arbitraje.

⁵¹ Cfr. ENTRENA *et al. Op. cit.*

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Cfr. COOK, 2014.

⁵⁴ Cfr. ENTRENA *et al. Op. cit.*

⁵⁵ Cfr. BERNAL. *Op. cit.*

⁵⁶ La *lex arbitri* hace referencia al conjunto de normas que rigen el arbitraje, que corresponde a la ley de la sede del mismo. Cfr. REDFERN *et al.*, 2006, pp. 155-156.

II. CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA PROHIBICIÓN DE PACTAR CLÁUSULAS ESCALONADAS A LA LUZ DE LA NORMATIVIDAD COLOMBIANA

Si bien en el panorama internacional hemos visto que, de un modo u otro, se ha aceptado la validez y en ciertos casos la obligatoriedad de las cláusulas multinivel, a la luz del ordenamiento jurídico colombiano la consecuencia de pactar estas cláusulas no es la misma. Por ello, en el presente epígrafe se estudiará la prohibición expresa que realiza el artículo 13 de la Ley N° 1564 de 2012, por medio de esta se expide el Código General del Proceso (CGP) de pactar requisitos de procedibilidad extralegales, así como las consecuencias jurídicas que genera y las repercusiones que su nulidad pueda conllevar respecto de la validez del pacto arbitral.

1. *La prohibición consagrada en el CGP*

El artículo 13 del CGP consagra la prohibición de pactar cláusulas que establezcan el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a la administración de justicia.

Ahora bien, al disponerse constitucionalmente que los árbitros están investidos transitoriamente de la función pública de administrar justicia —lo que es clara muestra de la inclinación hacia una teoría jurisdiccional del arbitraje⁵⁷— y ya que la Ley N° 1563 de 2012, Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional, guardó silencio al respecto, el arbitraje doméstico se encuentra cobijado con esta prohibición⁵⁸. Sin embargo, consideramos que lo mismo no sucedería ante un arbitraje internacional con sede en Colombia⁵⁹, en virtud de que rige, en mayor medida, lo pactado por las partes (*pacta sunt servanda*). Adicionalmente, esta es una norma meramente de carácter local, por lo que no haría parte del orden público internacional de la sede.

En primera medida es menester señalar que la legislación predecesora del CGP⁶⁰, si bien consagraba el carácter de orden público de las normas procesales, no contenía la mencionada prohibición, por lo que no cortaba de plano la posibilidad de pactar el agotamiento de requisitos previos para instaurar una demanda sin violar la normatividad procesal. Sin embargo, la coercibilidad de estas cláusulas no era clara.

Existieron pronunciamientos del Consejo de Estado previos a la entrada en vigencia del CGP⁶¹ y solo en materia de arbitraje nacional, afirmándose que el acceso a la administración de justicia no podía quedarse condicionado al agotamiento de requisitos previos en virtud de cláusulas escalonadas, por tanto estas no eran válidas ni de

⁵⁷ Cfr. BERNAL. *Op. cit.*

⁵⁸ Consejo de Estado, 10.06. 2009, Rad. 11001-03-26-000-2009-00001-00 (36252).

⁵⁹ No obstante, a la fecha no se cuentan con pronunciamientos acerca de la materia en Colombia.

⁶⁰ Artículo 6 del Decreto 1400 del 6 de agosto de 1970, por el que se expidió el Código de Procedimiento Civil, actualmente derogado por el CGP.

⁶¹ La norma que nos atañe entró en vigencia el 1 de enero de 2016, de conformidad con el Consejo Superior de la Judicatura, Acuerdo 11.10.2015, N° PSAA15-10392.

obligatorio cumplimiento⁶². Sin embargo, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá le dio completa validez a estas cláusulas, en virtud de la autonomía privada de las partes, por lo que, si no se agotaban los escalones previos, el tribunal arbitral carecería de jurisdicción y el laudo sería nulo⁶³. Por su parte, la Corte Constitucional en sede de tutela, en aras de preservar la voluntad de las partes al pactar una cláusula escalonada, previó que su obligatoriedad no constituía una violación al efectivo acceso a la administración de justicia⁶⁴.

Ahora bien, el Proyecto del CGP preparado por la Comisión Redactora tampoco contemplaba esta prohibición⁶⁵. Incluso, durante las sesiones llevadas a cabo por la Comisión Redactora no se puso sobre la mesa la problemática que nos atañe⁶⁶. En ese entendido, el Proyecto de Código General del Proceso se sometió a los respectivos debates en el Congreso de la República⁶⁷ y en el pliego de modificaciones contenido en el Informe para Segundo Debate en el Senado⁶⁸ fue incluido el inciso que consagra la prohibición expresa de acordar el agotamiento de requisitos de procedibilidad distintos a los contemplados en la ley, así como se encuentra contemplado actualmente en el CGP⁶⁹.

La incorporación del mencionado inciso fue realizada única y exclusivamente para prohibir la inclusión de cláusulas escalonadas como cláusulas de resolución de controversias, ya que se consideró que las mismas contrariaban el carácter imperativo de las normas procesales y tenían como fin cercenar el derecho al libre acceso a la administración de justicia con la imposición de requisitos de procedibilidad distintos a los previstos por la ley⁷⁰.

⁶² Consejo de Estado, 29.11. 2012, Rad. 39.332; Consejo de Estado, 04.12.2006, Rad. 32.871.

⁶³ Tribunal Superior de Bogotá, 26.02.2008, Rad. 2006 - 00887; Corte Suprema de Justicia, 28.03.2008, Exp. T-11001-02-03-000-2008-00384-00.

⁶⁴ Corte Constitucional, T-058-09.

⁶⁵ Acta N° 68 de la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso.

⁶⁶ Acta N° 72 de la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso.

⁶⁷ En los mencionados debates se mantuvo el texto de manera intacta. Cámara de Representantes. Gaceta Año XX-N° 116 del 29 de marzo de 2011. Cámara de Representantes. Gaceta Año XX-N° 250 de 2011. Cámara de Representantes. Gaceta Año XX-N° 745 de 2011. Cámara de Representantes. Gaceta Año XX-N° 822 de 2011.

⁶⁸ Senado de la República. Gaceta Año XXI-N° 261 de 2012.

⁶⁹ Senado de la República. Gaceta Año XXI-N° 316 del 6 de junio de 2012.

⁷⁰ Se mencionó en el Pliego de Modificaciones: "Se incluye un inciso 2° en el que se determinan de manera expresa algunas de las estipulaciones que contrarían el carácter imperativo de las normas procesales, conocidas como 'cláusulas escalonadas'. Tales pactos tienen como propósito o como efecto impedir o restringir el derecho al libre acceso a la administración de justicia a través de la imposición de trámites extralegales previos, en ocasiones sumamente costosos en términos de tiempo y dinero. La disposición adicionada dispone una ineficacia de pleno derecho para este tipo de acuerdos, que como consecuencia de ello no vinculan a las partes del contrato, ni pueden ser invocados por ellas para alegar el incumplimiento del contrato en caso de que se acuda directamente a la jurisdicción sin haber cumplido con el trámite allí dispuesto. En el inciso 3° se precisa además que las estipulaciones a las que allí se hace referencia son aquellas que han sido pactadas por las partes, para evitar equívocos de interpretación con otras fuentes de derecho". Senado de la República. Gaceta Año XXI-N° 261 de 2012.

Actualmente, la norma que rige la materia es el artículo 13 del CGP que dispone –en lo que nos atañe– de manera clara y expresa lo siguiente:

- Los acuerdos relativos al agotamiento de requisitos de procedibilidad extralegales no se consideran de obligatoria observancia. En ese sentido, el artículo 13 del CGP le resta total eficacia a este tipo de cláusulas, que, en todo caso, no obligarán de ningún modo a las partes. Tan es así, que el último inciso del mencionado artículo dispone que este tipo de estipulaciones se tendrán por no escritas.
- En consecuencia clara de la regla anterior, instaurar una demanda sin agotarse los requisitos pactados no se podrá considerar incumplimiento de lo acordado, por lo que, de acuerdo con la normatividad, no podrá condenarse a la indemnización de perjuicios por incumplimiento de la cláusula escalonada.
- Presentar una demanda sin agotarse los requisitos pactados no será un obstáculo para que el juez o el árbitro tramiten la demanda⁷¹.

En suma, resulta más que evidente que del tenor literal de la norma se elimina la posibilidad de pactar cláusulas multinivel, lo que, sin duda alguna, no se encuentra en consonancia con las tendencias del comercio y, más aun, de los contratos internacionales⁷². De cualquier modo, es innegable que en la práctica no es extraño encontrarnos ante cláusulas de este tipo⁷³, toda vez que las partes, al momento de la celebración del contrato, tienen la intención de prever una fase previa al arbitraje con el fin de llegar a un acuerdo acerca de la mayor parte de los puntos en controversia, antes de llegar a un arbitraje. Esta preocupación ha generado, incluso, que se haya presentado un Proyecto de Ley con el fin de modificar el artículo 13 del CGP, con el propósito de garantizar la efectividad de las cláusulas escalonadas, en el sentido de limitar la nulidad de estas cláusulas solamente al caso en el que el agotamiento de requisitos de procedibilidad para acceder a cualquier operador de justicia tenga como finalidad obstruir el acceso a la administración de justicia, es decir, cuando sea abusiva⁷⁴.

En conclusión, la prohibición expresa que se encuentra en el artículo 13 del CGP –que como vimos se incorporó con la única intención de prohibir las cláusulas escalonadas– le resta validez a las mismas si estas llegan a pactarse como requisito previo y como condición *sine qua non* a la vía arbitral o judicial⁷⁵. No obstante, esto no impediría que

⁷¹ En aplicación de este precepto, se ha dispuesto de manera jurisprudencial que, en efecto, dichas cláusulas no son obligatorias y no impiden el acceso directo al arbitraje o a los jueces estatales. Ver: Consejo de Estado, 18.04.2017, Rad. 50001-23-33-000-2015-00667 01 (58461).

⁷² Cfr. SALCEDO. *Op. cit.*

⁷³ Ejemplo de ello es la cláusula escalonada incorporada en el contrato de concesión N° 053 celebrado entre la Unidad Ejecutiva Especial de Servicios Públicos –UESP– y el Consorcio Aseo Capital S.A. E.S.P. (Consejo de Estado, 31.10.2016, Rad. 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422)), y en el contrato UEL-SED-04-131/00/03 de diseño y ejecución de obras entre la Secretaría de Educación de Bogotá y la Unión Temporal (cláusula 24) (Corte Constitucional, Auto 097-2013).

⁷⁴ Proyecto de ley 96/2017, para la modificación del artículo 13 del Código General del Proceso.

⁷⁵ Cfr. ROBLEDO, 2013, pp. 333.

las partes prevean de manera anticipada la manera en la que desean resolver sus conflictos en una fase previa al arbitraje si en el momento de surgir el conflicto ambas continúan con el deseo de resolverlo amistosamente, aunque sea de manera parcial⁷⁶. Esto no quiere decir que la mencionada fase sea obligatoria y constituya un requisito de procedibilidad, pero sí configuraría una ayuda a las partes que, a la hora de verse inmersas en un conflicto, quieren hacer uso de mecanismos autocompositivos de solución de conflictos.

2. *Dificultades que genera la prohibición del artículo 13 del CGP*

Si bien del tenor literal del artículo en comento, la prohibición de pactar cláusulas escalonadas de carácter obligatorio es clara, dicha disposición normativa resulta radicalmente garantista⁷⁷ al no tener en cuenta dos aspectos fundamentales en la contratación privada: la autonomía privada⁷⁸ y la teoría del *venire contra factum proprium non valet*.

a) Respeto de la autonomía privada

La autonomía privada consiste en la facultad que reconoce el ordenamiento jurídico a los sujetos de disponer de sus intereses con efecto vinculante, respetando el orden público, las buenas costumbres y los derechos fundamentales. En ese sentido, la autonomía privada conlleva a que las partes puedan válidamente: i) celebrar contratos o abstenerse de hacerlo, creando en el primer caso vínculos obligacionales; y ii) determinar el contenido de las obligaciones que se contraen, teniendo en cuenta los límites mencionados⁷⁹.

Ahora bien, la Ley 57 de 1887, por el que se expide el Código Civil colombiano (CC), consagra este principio en sus artículos 16 y 1602, en el sentido de preceptuar que no podrán derogarse las leyes que involucren el orden público y las buenas costumbres por convenios entre particulares y de consagrar que el contrato es ley para las partes. En ese orden de ideas, si bien la autonomía privada no es un derecho absoluto, es un derecho íntimamente ligado con la dignidad de la persona, derivado de la imposibilidad del Estado de prever todas las necesidades de los administrados⁸⁰.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta también que la libre configuración legislativa en materia procesal también tiene límites⁸¹. Si bien el legislador está llamado a preservar los principios constitucionales, esto debe ser cumpliendo con principios de proporcionalidad y razonabilidad frente al fin para el que fueron concebidas⁸². No

⁷⁶ Consejo de Estado, 18.04.2017, Rad. 50001-23-33-000-2015-00667 01 (58461).

⁷⁷ Por lo que el Proyecto de Ley 96 de 2017 nos resulta afortunado.

⁷⁸ Postura similar tiene MAYORCA, 2013, pp. 8 y ss.

⁷⁹ Corte Constitucional, C-934, M.P. Nilson Pinilla.

⁸⁰ Corte Constitucional, C-341/2003. Ver también Corte Constitucional, T-338/1993; Corte Constitucional, C-660/1996; Corte Constitucional, C-738/2002.

⁸¹ Corte Constitucional, C-227/2009.

⁸² Corte Constitucional, C-203/2011.

entendemos por qué considerar, en todos los casos y bajo cualquier supuesto, que las cláusulas escalonadas vulneran el libre acceso a la administración de justicia.

De esta manera, a nuestro parecer se estaría hilando demasiado delgado al considerar que un límite válido a la autonomía privada es catalogar de nulas las cláusulas multinivel en todos los casos y bajo cualquier supuesto, con el pretexto de que estas vulneran el libre acceso a la administración de justicia. No se entiende cómo en materia arbitral se le da una importancia suprema a la voluntad de las partes, incluso en aspectos relacionados con el procedimiento –por ejemplo, previéndose la posibilidad de que en arbitraje internacional se pueda renunciar al recurso extraordinario de anulación⁸³–, sin considerarse que esto cercena el libre acceso a la administración de justicia ni el debido proceso.

En este punto, olvida el legislador que, a menos que nos encontremos ante circunstancias particulares de una cláusula abusiva, como puede concluirse también de cualquier cláusula arbitral⁸⁴, son las mismas partes las que regulan de manera previa la forma en la que resolverán sus conflictos futuros, en aras de preservar su relación contractual y comercial y de depurar a menos puntos en controversia el objeto del futuro litigio, de ser posible.

b) Respecto de la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*

Partiendo de la prohibición consagrada en el artículo en comento ¿qué pasaría si las partes incluyen una cláusula escalonada en un conflicto y una de ellas se rehúsa a cumplirla? En virtud del artículo 13 del CGP la respuesta es obvia, esta devendría en nula y se podría iniciar directamente la fase arbitral o judicial. No obstante, también se estaría fomentando ir en contra de los actos propios y vulnerando la confianza legítima⁸⁵.

La máxima *venire contra factum proprium non valet* hace referencia a la prohibición de ir en contra de sus actos propios. En ese sentido, ninguna persona puede, válidamente, ir en contra de sus actos como fundamento de su derecho de contradicción⁸⁶, en virtud de la relevancia jurídica que se les da a sus actos⁸⁷. En ese orden de ideas, en virtud del principio de buena fe se prohíbe ir en contra de los propios actos, toda vez que las conductas realizadas deben respetarse por las partes contratantes⁸⁸.

De conformidad con esta teoría, no sería válido ni admisible que un individuo ejercite un derecho de forma claramente incompatible con su conducta precedente⁸⁹ ¿no

⁸³ Artículo 107 de la Ley Nº 1563 de 2012.

⁸⁴ Por ejemplo, en ciertos casos en los que una de las partes es un consumidor. Artículos 42 y siguientes de la Ley Nº 1480 de 2010, por medio de este se expide el Estatuto de Protección al Consumidor.

⁸⁵ Al respecto se pronuncia Cfr. SALCEDO. *Op. cit.*

⁸⁶ Esta deriva del principio de buena fe, consagrado en el artículo 83 de la Constitución Política. Consejo de Estado, 18.02.2010, Rad. 85001-23-31-000-1997-00403-01 (15596).

⁸⁷ Cfr. BERNAL *et al.*, 2012.

⁸⁸ Corte Constitucional, T-923/2010.

⁸⁹ *Ibid.*

sucedería esto en el supuesto que nos planteamos? La respuesta es afirmativa, las partes deberían observar un comportamiento coherente en cualquier fase del contrato, y no aprovecharse de su comportamiento contradictorio⁹⁰. Ahora, ¿no estaría vulnerándose también el principio de confianza legítima, derivado de la buena fe? Creemos que sí, ya que que las partes no pueden súbitamente alterar las reglas que regían su relación jurídica, debiéndose mantener una coherencia en sus actuaciones⁹¹.

3. *¿La invalidez de la cláusula escalonada viciaría de algún modo el pacto arbitral en Colombia?*

Vistas las consecuencias jurídicas que el CGP les asigna a las cláusulas multinivel, es menester ahora analizar si la invalidez de la cláusula escalonada implicaría, necesariamente y bajo qué supuestos, la nulidad del pacto arbitral. En las siguientes líneas se expondrán las razones por las que puede predicarse la validez del acuerdo de arbitraje así se declare nula la cláusula escalonada. Para ello se tratarán los principios rectores del pacto arbitral, así como la interpretación del artículo 13 del CGP.

a) Principios rectores del pacto arbitral

Con el fin de sostener la validez del pacto arbitral a pesar de la invalidez de la cláusula escalonada, se hará referencia a la separabilidad y la autonomía de la voluntad predicables del pacto, para finalmente realizar las respectivas conclusiones.

– Separabilidad del pacto arbitral

Con la expedición de la Ley N° 1563 de 2012 –y en consonancia con lo dispuesto en el artículo 16.1. de la LM–, los artículos 5 y 79 expresamente⁹² señalan que las causas de inexistencia, ineficacia o invalidez del contrato en el que se encuentra inserta una cláusula compromisoria generarían la inexistencia, ineficacia o invalidez del acuerdo de arbitraje.

En ese orden de ideas, no puede predicarse una accesoriedad de la cláusula compromisoria en sentido estricto respecto del contrato en el que esta se inserta, lo que es consecuencia misma de su naturaleza híbrida⁹³. Como resulta obvio de lo dicho, las causas de invalidez, inexistencia e ineficacia del pacto arbitral son independientes de

⁹⁰ Cfr. BERNAL, 2010, pp. 253-269.

⁹¹ Corte Constitucional, T-1094/2005.

⁹² Jurisprudencialmente, ya se había predicado la separabilidad del pacto arbitral: Corte Constitucional, C-249/1999; Corte Constitucional, C-035/2008.

⁹³ Este principio comenzó a aparecer en la práctica arbitral internacional con el fallo United States Court of Appeals, Robert Lawrence Company, Inc., Plaintiffappellee, v. Devonshire Fabrics, Inc. 28.10.1959, 271 F.2d 402 (2d Cir. 1959).

las del contrato en las que se encuentra incorporado⁹⁴. Lo anterior permite que pueda pretenderse la nulidad, inexistencia o invalidez del contrato en un proceso arbitral sin afectar la competencia de los árbitros⁹⁵.

Como se puede deducir, el principio de separabilidad es la causa de la verdadera eficacia práctica del arbitraje, ya que es el único modo de que este opere como un mecanismo alternativo de solución de controversias que no dependa de la controversia misma, es decir, del contrato⁹⁶. De esta manera, el tribunal arbitral puede decidir acerca de la validez y eficacia del contrato que contiene una cláusula compromisoria sin despojarse de su propia competencia⁹⁷.

– Autonomía de la voluntad

El artículo 116 de la Constitución Política permite que las partes acuerden deferir la solución de sus controversias a la decisión de árbitros investidos de la función de administrar justicia. No obstante, un asunto litigioso no es sometido a arbitraje sino por la voluntad de las partes plasmada en un pacto arbitral⁹⁸. De otro modo, no podría iniciarse un proceso arbitral válidamente. En efecto, es gracias a ese acuerdo de voluntades que las partes someten ciertas disputas a la decisión de los árbitros⁹⁹.

Así las cosas, la autonomía de la voluntad, plasmada en un acuerdo de arbitraje, es el pilar del arbitraje¹⁰⁰. De esta manera, solo mediante el consentimiento de deferir una controversia a la decisión de los árbitros el proceso arbitral puede existir, de lo contrario, la controversia solamente podría ser dirimida acudiendo a un proceso judicial¹⁰¹. En consecuencia, y como se podrá anticipar, el consentimiento es un requisito de validez del contrato de arbitraje¹⁰².

Ahora bien, el artículo 3 de la Ley N° 1563 de 2012 no dispone de manera expresa que las partes deberán expresar su voluntad en el acuerdo de arbitraje¹⁰³, este requisito se sobreentiende al consagrar que este es un negocio jurídico, el que necesariamente se

⁹⁴ Cfr. CHILLÓN Y MERINO, 1991, pp. 1382 y 1383.

⁹⁵ Supreme Court of the United States, National Iranian Oil Co v. Crescent Petroleum Co International Ltd & Anor 9.11.1987, N° 87-459.

⁹⁶ Cfr. ARTUCH, 1997, pp. 108 y ss.

⁹⁷ Cfr. VIRGÓS, 2006, pp. 316 y ss.

⁹⁸ Es necesario tener presente que, si bien la voluntad es un pilar fundamental para que el arbitraje pueda llevarse a cabo, también debe tenerse en cuenta que el mismo encuentra su fundamento también, por lo menos en Colombia y varios países latinoamericanos, en el reconocimiento que se realiza del mismo en la Constitución o en la ley, inclinándonos más por una teoría jurisdiccional del arbitraje. Al respecto, ver BENETTI, 2009, pp. 59 y ss.

⁹⁹ Corte Constitucional, C-163/1999; Corte Constitucional, SU-174/2007; Corte Constitucional, C-330/2000.

¹⁰⁰ Cfr. SUESCÚN, 2010, pp. 4-23.

¹⁰¹ Cfr. VERDERA, 2009. *Op. cit.*, pp. 17-19.

¹⁰² Cfr. ÁLVAREZ, 1996, pp. 144 y ss.; Cfr. ARMENTA, 2017, p. 537.

¹⁰³ Como sí lo hace, por ejemplo, el artículo 9.1. de la Ley 60/2003, de arbitraje español.

caracteriza por el acuerdo de voluntades. Lo mismo establece el artículo 69 del mismo estatuto normativo en su sección relativa al arbitraje internacional¹⁰⁴. Aunado a ello, en sentido similar indica el artículo II.1. de la CNY y el artículo 1 de la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, Panamá, 1975, al consagrar la exigencia de la voluntad de las partes para la validez del acuerdo.

– Validez del pacto arbitral a pesar de la nulidad de la cláusula multinivel

En ese sentido y vistos estos dos principios rectores del acuerdo de arbitraje, debe responderse la pregunta de si, en los casos en los que se declare nula la fase prearbitral, afectaría en algo el consentimiento de someter las controversias a arbitraje, toda vez que las partes celebraron una cláusula de resolución de conflictos en su integridad.

Al respecto, la Corte Constitucional ha declarado la inexistencia de este tipo de convenios¹⁰⁵ al no existir una clara e inequívoca decisión de someter ciertas controversias a arbitraje al estar la voluntad de las partes condicionada al agotamiento de negociaciones previas, por lo que se consideró que faltaba uno de los elementos esenciales requeridos para la celebración de un pacto arbitral y, por tanto, no existía habilitación a los árbitros.

No obstante, a nuestro parecer, en virtud de la separabilidad del pacto arbitral del contrato en el que se encuentra inmerso –lo que podría predicarse también de la cláusula escalonada– y de la autonomía de las partes consagrada en la fase arbitral prevista, no existiría inconveniente en predicar la validez del contrato de arbitraje. Ahora bien, distinto sería que la cláusula escalonada en sí resulte patológica y no sea posible dilucidar la voluntad de las partes de solucionar sus controversias mediante arbitraje.

b) El artículo 13 del CGP solamente sanciona el agotamiento de requisitos previos al arbitraje

De un análisis literal del artículo 13 del CGP, podría concluirse que, al declararse la nulidad de la cláusula escalonada, sería nula consigo la fase arbitral –es decir, el pacto arbitral– consagrada en la misma. Adicionalmente, a lo anterior podría sumársele que el artículo 1535 del CC consagra como nulas las obligaciones sometidas a condiciones meramente potestativas, es decir, aquellas cuyo acaecimiento dependa, única y exclusivamente, de la voluntad de quien se obliga. En ese sentido, si se considera la fase prearbitral como una condición para poder instaurar el arbitraje, se consideraría como nula la obligación en su totalidad.

Sin embargo, a nuestro criterio, la anterior no es la interpretación correcta, toda vez que va en contra del espíritu y finalidad que la norma pretende cumplir. De conformidad con el artículo 11 del CGP, la ley procesal debe interpretarse teniendo en

¹⁰⁴ En los dos artículos mencionados salta a la vista la importancia de la voluntad real de las partes, al reconocerse el pacto arbitral tácito y por referencia.

¹⁰⁵ Corte Constitucional, auto 097/2013.

cuenta que el objetivo de los procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la ley sustancial. De manera adicional, el artículo 27 del CC preceptúa que podrá recurrirse a la intención o espíritu de la norma, manifestados en la misma o en su historia fidedigna.

Como quedó bastante claro en el epígrafe anterior, la única finalidad de la prohibición consagrada en el artículo 13 del CGP era evitar la incorporación contractual del agotamiento de requisitos de procedibilidad extraprocesales, toda vez que se consideró que lo anterior viola y entorpece el libre acceso a la administración de justicia. En ese entendido, lo que la norma castiga no es el pacto arbitral en sí mismo considerado, sino el agotamiento de los requisitos previos a la fase arbitral, por lo que lo que estaría viciado de nulidad sería solamente la fase prearbitral de la cláusula escalonada, dejando intacta la fase arbitral, pudiendo las partes instaurar una demanda arbitral válidamente con fundamento en este pacto.

III. CONCLUSIONES

Se esbozan las siguientes conclusiones de lo analizado a lo largo de este trabajo:

1. La tendencia en el ámbito internacional ha sido la de aceptar la validez de las cláusulas escalonadas, siempre y cuando estas se encuentren correctamente definidas en cuanto al límite de tiempo y condiciones específicas bajo las cuales se llevará a cabo la fase prearbitral. No obstante lo anterior, las consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de las etapas previstas en la cláusula varían dependiendo de la ley aplicable al arbitraje. Ahora bien, y pese a las claras ventajas prácticas que las cláusulas multinivel aportan a la hora de que las partes se enfrenten a un conflicto de gran envergadura, la obligatoriedad de las mismas en el caso en el que una de las partes se rehúse a su cumplimiento, afecta en la práctica el éxito de la misma, en virtud de la carencia de voluntad actual. En todo caso, esto no es óbice para que se les reste validez vía legal.
2. La prohibición expresa de pactar requisitos de procedibilidad extralegales, consagrada en el artículo 13 del CGP tuvo como única finalidad evitar y castigar de nulas las cláusulas multinivel. En ese sentido, y dada la tendencia hacia una teoría jurisdiccional del arbitraje nacional en Colombia, la nulidad de estas cláusulas será predicable en el arbitraje doméstico, más no en el internacional con sede en Colombia, donde prima el *pacta sunt servanda*. Sin embargo, esta tajante prohibición resulta excesivamente garantista, ya que no en todos los casos las cláusulas multinivel generan limitaciones al libre acceso a la administración de justicia. Aunado a ello, la invalidez de estas cláusulas –bajo cualquier supuesto– vulnera el principio de autonomía privada y la doctrina del *venire contra factum proprium non valet*.
3. Si bien el artículo 13 del CGP es claro en castigar de nulas las cláusulas escalonadas, la nulidad de las mismas no afectaría la validez del pacto arbitral inserto en

ellas, en virtud de los principios de separabilidad y autonomía de la voluntad de las partes que rigen el pacto arbitral. Adicionalmente, ya que la tan mencionada prohibición tiene como finalidad castigar únicamente los requisitos de procedibilidad extralegales, no el acuerdo de deferir ciertas controversias a arbitraje.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Pedro, 1996: *La anulación del laudo arbitral: el proceso arbitral y su impugnación*, Granada: Comares.
- ARMENTA, Teresa, 2017: *Lecciones de Derecho Procesal Civil. Proceso de Declaración, Proceso de Ejecución y Procesos Especiales. Procedimiento Concursal, Arbitraje y Mediación*, Madrid: Marcial Pons.
- ARTUCH, Elena, 1997: *El convenio Arbitral en el Arbitraje Comercial Internacional*. Madrid: Eurolex.
- BARBET, Jérôme, 2016: "La clause de conciliation obligatoire préalable est sans incidence sur la compétence de l'arbitre ; la fraude procédurale suppose un grief, note sous Paris". Disponible en Base de Datos Wolters Kluwer: <http://basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2108/document/kli-ka-ra-2016-4-016?q=%22Poir%C3%A9%A9%20c.%20Tripier%22>.
- BENETTI, Julio, 2009: *El arbitraje en el derecho colombiano*, Bogotá: Cámara de Comercio de Bogotá.
- BERLINGUER, Aldo, 2013: "Hacia un modelo europeo de mediación", *Aranzadi doctrinal*, N° 5.
- BERNAL, Rafael *et al.*, 2012: "Las Cláusulas Escalonadas o Multinivel: Su Aproximación en Colombia", *Revista de Arbitraje Comercial y de Inversiones*, vol. 5.
- CHILLÓN, José y MERINO, José, 1991: *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*, Madrid, Thomson Civitas.
- COOK, Ashley, 2014: "Kompetenz-kompetenz: varying approaches and a proposal for a limited form of negative kompetenz-kompetenz". Disponible en Base de Datos Westlaw International: [https://1.next.westlaw.com/Document/Ibd2a05c096cc11e498db8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)](https://1.next.westlaw.com/Document/Ibd2a05c096cc11e498db8b09b4f043e0/View/FullText.html?originationContext=typeAhead&transitionType=Default&contextData=(sc.Default))
- CREMADES, Anne, 2016: "¿Qué sanción en caso de incumplimiento de una cláusula escalonada de resolución de controversias?", *Spain Arbitration Review*, N° 16.
- DERAINS, Yves, 2005: "Cláusulas escalonadas patológicas y combinadas", en Eduardo Silva y Fabricio Mantilla (editores), *El contrato de arbitraje*, Bogotá, Legis, pp. 191-202.
- ENTRENA, Antonio *et al.*, 2014: "Las cláusulas escalonadas de resolución de conflictos: reflexiones sobre su aplicación práctica", en Xavier Abel Lluch (editor), *Las medidas preventivas de conflictos jurídicos en contextos económicos inestables*, Barcelona, pp. 761-775.
- FERNÁNDEZ, José, 2016: "El convenio arbitral: entre la estabilidad y el desatino", en Eduardo Picand (editor), *Estudios de arbitraje*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, pp. 697-725.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, Francisco, 2007: "La naturaleza jurídica del arbitraje: Un ejercicio de balanceo químico", *Lima arbitration*, N° 2.
- LEÓN, Amaro, 2013: "El convenio arbitral I". Disponible en *vLex International {serial online}*, disponible en: EBSCOhost, basesbiblioteca.uexternado.edu.co:2048/login?url=http://search.ebscohost.com/login.aspx?direct=true&db=edsplx&AN=vlex.452287817&lang=en&site=eds-live
- MAYORCA, Carlos, 2013: "Clases de arbitraje en la nueva ley de arbitraje", en *Estatuto Arbitral Colombiano*. Bogotá, Legis.
- ROBLEDO, Pablo, 2013: "El Estatuto de Arbitraje y el Código General del Proceso", en *Estatuto Arbitral Colombiano*. Bogotá, Legis.
- REDFERN, Alan *et al.*, 2006: *Teoría y práctica del arbitraje comercial internacional*, Navarra, Aranzadi.

- SALCEDO, Cristhian, 2015: "Hacia una protección merecida: La eficacia de las cláusulas escalonadas en el marco de un pacto arbitral en Colombia", *Universitas Studiantes*, Nº 12: 89-112.
- SUESCÚN, Felipe, 2010: "Orden público internacional: excepción a la limitación que imponen los actos administrativos a la competencia de los tribunales de arbitramento", *Revista de Derecho Privado*, Nº 44.
- TALAMÁS, Ernesto, 2015: "Las cláusulas escalonadas en el arbitraje", *El mundo del abogado*, volumen 41.
- VERDERA, Rafael, 2009: *El convenio arbitral*, España: Aranzadi.
- VERDERA, Rafael y ESPLUGUES, Carlos, 2004: "Del convenio arbitral y sus efectos", en Silvia Barona (editora), *Comentarios a la Ley de Arbitraje (Ley 60/2013, de 23 de diciembre)*, Madrid, Thomson Civitas, pp. 315-444.
- VIRGÓS, Miguel, 2016: "El convenio arbitral en el arbitraje internacional", *Actualidad Jurídica*, núm. 14.

Normas jurídicas citadas

- DECRETO 1400/1970, por el que se expidió el Código de Procedimiento Civil colombiano, publicado el 6 de agosto de 1970.
- CONVENCIÓN sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrajes Extranjeras, adoptada el 10 de junio de 1958. Ratificada por Colombia el 25 de septiembre de 1979.
- LEY Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, adoptada el 11 de diciembre de 1985.
- LEY Nº 57 de 1887, por medio de la cual se expide el Código Civil colombiano, publicada el 20 de abril de 1887.
- LEY Nº 60/2003, de arbitraje español, publicada el 23 de diciembre de 2003.
- LEY Nº 1480/2010, por medio de la cual se expide el Estatuto de Protección al Consumidor, publicada el 12 de octubre de 2010.
- LEY Nº 5/2012, de mediación en asuntos civiles y mercantiles en España, publicada con fecha 6 de julio de 2012.
- LEY Nº 1563/2012, por la que se expidió el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional colombiano, publicada el 12 de julio de 2012.
- LEY Nº 1564/2012, por medio de la cual se expide el Código General del Proceso colombiano, publicada el 12 de julio de 2012.
- PROYECTO de ley 96/2017, para la modificación del artículo 13 del Código General del Proceso.

Actas de Comisión Redactora y Gacetas del Congreso de la República de Colombia:

- ACTA Nº 68 de la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso. Sesión del 18 de mayo de 2005.
- ACTA Nº 72 de la Comisión Redactora del Proyecto de Código General del Proceso. Sesión de 20 de julio de 2005.
- CÁMARA de Representantes. Gaceta Año XX-Nº 116 del 29 de marzo de 2011.
- CÁMARA de Representantes. Gaceta Año XX-Nº 250 del 11 de mayo de 2011.
- CÁMARA de Representantes. Gaceta Año XX-Nº 745 del 4 de octubre de 2011.
- CÁMARA de Representantes. Gaceta Año XX-Nº 822 del 3 de noviembre de 2011.
- SENADO de la República. Gaceta Año XXI-Nº 261 del 23 de mayo de 2012.
- SENADO de la República. Gaceta Año XXI-Nº 316 del 6 de junio de 2012.

SENADO de la República. Gaceta Año XXI-Nº 261 del 23 de mayo de 2012.

Jurisprudencia citada

Colombia:

- CORTE Constitucional, sentencia de 24 de agosto de 1993, T-338/1993.
CORTE Constitucional, sentencia de 28 de noviembre de 1996, C-660/1996.
CORTE Constitucional, sentencia de 17 de marzo de 1999, C-163/1999.
CORTE Constitucional, sentencia de 21 de abril de 1999, C-249/1999.
CORTE Constitucional, sentencia de 22 de marzo de 2000, C-330/2000.
CORTE Constitucional, sentencia de 11 de septiembre de 2002, C-738/2002.
CORTE Constitucional, sentencia de 3 de mayo de 2003, C-341/2003.
CORTE Constitucional, sentencia de 27 de octubre de 2005, T-1094/2005.
CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, Rad. 32.871.
CORTE Constitucional, sentencia de 14 de marzo de 2007, SU-174/2007.
CORTE Constitucional, sentencia del 23 de enero de 2008, C-035/2008.
TRIBUNAL Superior de Bogotá, sentencia del 26 de febrero de 2008, Rad. 2006 - 00887.
CORTE Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 28 de marzo de 2008, Exp. Nº T-11001-02-03-000-2008-00384-00.
CORTE Constitucional, sentencia de 2 de febrero de 2009, T-058/09.
CORTE Constitucional, sentencia de 30 de marzo de 2009, C-227/2009.
CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia de 10 de junio de 2009, Rad. 11001-03-26-000-2009-00001-00 (36252).
CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de febrero de 2010, Rad. 85001-23-31-000-1997-00403-01 (15596).
CORTE Constitucional, sentencia de 17 de noviembre de 2010, T-923/2010.
CORTE Constitucional, sentencia de 24 de marzo de 2011, C-203/2011.
CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia del 29 de noviembre de 2012, Rad. 39.332.
CORTE Constitucional, auto de 16 de mayo de 2013, 097/2013.
CORTE Constitucional, sentencia de 11 de diciembre de 2013, C-934/2013.
CONSEJO Superior de la Judicatura, Sala Administrativa, Acuerdo de 1 de octubre de 2015, Nº PSAA15-10392.
CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia de 31 de octubre de 2016, Rad. 11001-03-26-000-2016-00099-00 (57.422).
CONSEJO de Estado, Sección Tercera, sentencia de 18 de abril de 2017, Rad. 50001-23-33-000-2015-00667 01 (58461).

España:

TRIBUNAL Supremo de Justicia Español, sentencia de 20 de junio de 2002, RJ 2002,5256.

Francia:

- CORTE de Casación Francesa, Poiré c. Tripier, Revue, sentencia de 14 de febrero de 2003.
CORTE de Apelación de París, Société Nihon Plast co. c. Société Takata-Petri, sentencia de 4 de marzo de 2004.
CORTE de Casación Francesa, sentencia de fecha 12 de diciembre de 2004.

CORTE de Casación Francesa, sentencia de fecha 16 de diciembre de 2010.

Estados Unidos:

UNITED States Court of Appeals, Robert Lawrence Company, Inc., Plaintiffappellee, v. Devonshire Fabrics, Inc. 28 de octubre de 1959, 271 F.2d 402 (2d Cir. 1959).

UNITED States Court of Appeals, Devalk Lincoln Mercury Inc. vs. Ford Motor Co de fecha 23 de febrero de 1987, Nº 86-1638.

SUPREME Court of the United States, National Iranian Oil Co v. Crescent Petroleum Co International Ltd & Anor 9 de noviembre de 1987, Nº 87-459.

COURT of Chancery of Delaware, Dave Greytak vs. Mazda Motors of America de fecha de 28 de enero de 1992, Nº 11997.

UNITED States District Court, Cumberland and York Distribution vs. Coors Brewing Co. de fecha de 7 de febrero de 2002, Nº 01-244-P-H.

UNITED States Court of Appeals, Kemiron Atlantic vs. Aguakem International de fecha 8 de mayo de 2002, Nº 01-16400.

Inglaterra:

HOUSE of Lords, Walford vs. Miles, [1992] 2 AC 128.

HOUSE of Lords, Channel Tunnel Group vs. Balfour Beatty Construction Ltd., 17 de febrero de 1993, Adj.L.R. 01/21.

ENGLAND and Wales High Court, Cable & Wireless vs. IBM, [2002] EWHC 2059.

Laudos Arbitrales:

CASO Nº 8462 de la Cámara de Comercio Internacional, disponible en: <http://library.iccwbo.org/dr-searchresult.htm?AUTH=&Timeframe=&txtSearchText=8462&rdSb=FullText&sort2=&chkPubAll=on&chkPub1=Bulletin&chkPub2=Supplements&chkPub3=Dossiers&chkPub4=Other+Publications&chkPub5=Rules&chkSecAll=&chkSubsec1=Procedural+Decisions&chkSubsec2=Country+Answers&chkSubsec3=Awards&chkSubsec4=Articles&chkSubsec5=Commission+Reports&chkSubsec6=Statistical+Reports&dtFrom=09%2F01%2F1998&dtTo=10%2F31%2F2018>

CASO Nº 9977 de la Cámara de Comercio Internacional, disponible en: <http://library.iccwbo.org/dr-searchresult.htm?AUTH=&Timeframe=&txtSearchText=9977&rdSb=FullText&sort2=&chkSubsec3=Awards&dtFrom=09%2F01%2F1998&dtTo=10%2F31%2F2018>

Otros:

DIRECTRICES de la IBA para la Redacción de Cláusulas de Arbitraje Internacional, 7 de octubre de 2010, International Bar Association, Reino Unido.

REGLAMENTO de Arbitraje y Mediación, diciembre de 2017, Cámara de Comercio Internacional, París.

FULLBRIGHT & Jaworski LLP, estudio anual 2017. Disponible en: <http://www.nortonrosefulbright.com/files/20171025-2017-litigation-trends-annual-survey-pdf-157870.pdf>.

Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno

*Cristián Riego Ramírez**

RESUMEN

El trabajo presenta críticamente la regulación de la declaración del imputado frente a la policía en el Código Procesal Penal. Además, describe cuál es el modo en que en la práctica se ha venido reinstalando la interrogación policial después de algún tiempo en que tendió a evitarse. También se revisa la jurisprudencia de la Corte Suprema en cuanto a las condiciones de admisibilidad de las confesiones obtenidas por la policía. Finalmente se plantea la necesidad de una reforma legal con el fin de clarificar el modo en que debe obtenerse la declaración, el control de su admisibilidad y su presentación en el juicio oral, todo con el fin de favorecer un mejor trabajo policial y un mejor control judicial de la confiabilidad de las confesiones.

Confesión – declaración del imputado – derecho a guardar silencio

Confessions to the police in the Chilean Criminal Procedure

ABSTRACT

The article is a description and a critic of the legal regulation on police interrogation in the Chilean Criminal Procedural Code. In addition, it describes the practices developed to reinstate the use of confessions in criminal procedure after a period in which the police avoided the interrogations. There is also a review of the decisions of the Chilean Supreme Court about the admissibility of confession in criminal trials. Finally, the article discusses the need for a legal reform oriented to clarify the rules about police interrogation, the control of confession admissibility and its presentation on trial, all with the aim to contribute to a better police work and to a better judicial control over confession's reliability.

Confession – right to remain silent – police interrogation

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Derecho, Universidad de Wisconsin, Estados Unidos. Profesor de derecho, Universidad Diego Portales, Chile. Correo electrónico: cristian.riego@udp.cl

Artículo recibido el 20 de agosto de 2018 y aceptado para su publicación en este número el 1 de agosto de 2019.

I. INTRODUCCIÓN

Uno de los momentos más críticos del proceso penal suele ser la interacción del imputado con la policía, especialmente cuando esta se da en el contexto de la detención. En ella se expresa de manera muy explícita el conflicto entre el poder del Estado y los derechos del individuo. En esa interacción se produce a menudo una declaración del imputado, la que suele tener una enorme importancia probatoria cuando es autoinculpatoria, ya que el sentido común nos indica que nadie se atribuye voluntariamente conductas graves cuyas consecuencias resultan negativas para su propia vida¹.

Uno de los cambios más característicos que introdujo el Código Procesal Penal del 2000 consistió en la creación de un conjunto de nuevas reglas y estructuras destinadas a garantizar la autonomía del imputado en las diversas etapas de un proceso penal, incluida su declaración ante la policía.

Después de un período inicial de vigencia del Código en que la policía tendió inhibirse respecto de la posibilidad de interrogar al imputado, parece ser que esta actividad ha tendido a recobrar importancia, lo que ha puesto en evidencia los problemas de su regulación específica. Pero, además, han surgido nuevos problemas derivados del uso de la norma del testimonio de oídas como forma de introducción de la confesión en el juicio oral.

El presente trabajo pretende describir críticamente la evolución de la regulación de la declaración del imputado frente a la policía y mostrar los graves problemas que la regulación y la práctica de esta actividad presentan actualmente, planteando la necesidad de una reforma legal que clarifique la situación, que incentive un buen trabajo policial y que permita a los jueces contar con la información necesaria para evaluar la confiabilidad de las declaraciones que se obtengan.

Para lograr su objetivo el trabajo resume la evolución de la legislación del interrogatorio policial desde antes de la aprobación del Código Procesal Penal hasta el momento actual. También resume la evolución reciente de alguna legislación comparada en la materia con el propósito de ilustrar algunas opciones de cambios que se presentan para una eventual reforma.

En su parte central el trabajo describe la forma práctica en que el interrogatorio policial es incorporado al proceso penal y el modo en que la Corte Suprema ha resuelto algunos de los problemas de los que le ha correspondido conocer.

¹ En este trabajo utilizaremos la expresión confesión en el sentido de una declaración del imputado que tiene un contenido autoinculpatorio, aunque en realidad lo que plantearíamos podría extenderse a prácticamente toda declaración del imputado, o a lo menos a las que contengan cualquier elemento que pueda llegar a perjudicarlo. Las declaraciones que no son autoinculpatorias pueden perjudicar al imputado en varios sentidos, por ejemplo, cuando afirman un hecho que resulta ser falso, cuando se alejan de lo que será la versión definitiva del acusado o cuando afirman un hecho que es fundamental para la versión de la acusación, aunque nieguen otros componentes de la misma.

La descripción de las prácticas que el trabajo plantea tiene un carácter exploratorio debido a la carencia de estudios empíricos al respecto y el hecho de que no se ha desarrollado para este texto un estudio de ese tipo ni se ha realizado tampoco un análisis del conjunto de los fallos judiciales que se dictan en los diversos niveles del sistema. En consecuencia, se trata solo de una primera aproximación realizada a partir de fuentes de información limitada y que debiera ser validada y ver su complejidad en investigaciones futuras.

Finalmente, se resumen las conclusiones del trabajo y se realizan algunas propuestas de reforma legal necesarias tanto para mejorar el respeto por los derechos de los imputados como la eficacia policial al desarrollar sus interrogatorios.

II. LA CONFESIÓN POLICIAL ANTES DEL CÓDIGO DEL 2000

Antes del Código Procesal Penal del 2000, el interrogatorio del imputado por la policía era una actividad que no se encontraba sometida a mayores regulaciones. El antiguo Código de Procedimiento Penal solo se refería a ella de un modo bastante superficial en el número 5 del artículo 120 bis, estableciendo que en los casos en que la policía actuare en virtud de una orden judicial de investigar emitida por el juez de instrucción, debía consignar sumariamente las declaraciones que el imputado se allanare a prestar. Respecto de la situación más habitual que era la detención en flagrancia, sin orden previa del juez, el Código nada decía.

Esta falta de regulación del interrogatorio policial de los imputados ocultaba una práctica de orígenes muy antiguos que daba lugar a interrogatorios policiales en los que se solía maltratar a los imputados² con el objetivo de obtener de ellos declaraciones autoinculpatorias³.

Las confesiones resultantes de estos interrogatorios policiales eran incorporadas por la vía documental al expediente judicial y con posterioridad, idealmente, el imputado debía ratificar su confesión en una declaración formal prestada en el tribunal según lo exigía el artículo 481 N° 1 del Código de Procedimiento Penal.

² Un estudio empírico del año 1994 consistente en un conjunto de entrevistas realizadas a una muestra de la personas encarceladas por diversos delitos comunes mostró que un 74% de ellas dijo haber recibido malos tratos de parte de la policía, un 49% dijo haber sido objeto de aplicaciones de corriente eléctrica en diversas partes del cuerpo, un 20% dijo haber sido desnudado, un 6% dijo haber sido colgado de los pies o manos y un 5% dijo haber sido fracturado como producto de golpes recibidos de parte de los agentes policiales. JIMÉNEZ, M. A., *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*, vol. 2, Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales, Santiago, 1994, p. 29.

³ Si bien esta práctica no estaba reconocida oficialmente, tampoco era completamente secreta, por ejemplo, el prestigioso detective y escritor René Vergara, fundador de la Brigada de Homicidios, habría reconocido que en uno de sus casos más conocidos torturó al asesino conocido como el "Tucho Caldera". Ver SALAZAR, C., "El Legendario Policía-Escritor Rene Vergara", disponible en <https://urbatorium.blogspot.com/2008/07/el-leyendario-polica-escritor-ren.html>

El juez de instrucción, por su parte, también contaba con medios para obtener confesiones ejerciendo presión sobre el imputado, la principal de estas era la incomunicación⁴, que en la práctica funcionaba como un apremio consistente en un encierro en una pequeña celda, que solía ser utilizado con el fin de presionar al imputado a colaborar por medio de su declaración. El juez o sus funcionarios delegados interrogaban a un imputado sin defensor, que no contaba con acceso a la información del caso. Además, podía ser detenido hasta por cinco días sin cargos y puesto en prisión preventiva. Ambas situaciones ponían al imputado en una posición muy vulnerable frente al juez que estaba interesado en obtener su colaboración debido al rol persecutorio que concentraba junto con el de resolutor del caso.

Si bien el imputado teóricamente no era sancionado por negarse a declarar, esto no solo no se le informaba sino que frente a su negativa debía indicársele que el proceso continuaría de igual forma y que su actitud podía significarle la pérdida de posibilidades de defensa⁵. El conjunto de los mecanismos descritos hacían que en la práctica los imputados siempre declararan en una o más ocasiones durante el proceso.

El interrogatorio policial con uso de apremios no era algo de lo que se hablara oficialmente, pero era una cuestión conocida y aceptada en el ámbito de la justicia penal, sin perjuicio de algunas críticas que se formulaban⁶. No obstante, el proceso de transición a la democracia que tuvo lugar en los años 90 derivó en la deslegitimación de la práctica de la tortura como producto de la enorme importancia que se atribuyó a la vigencia de los derechos humanos en ese período y al hecho de que la dictadura la utilizó como mecanismo de represión respecto de sus enemigos políticos. El informe de la comisión Rettig, que documentó oficialmente los casos más graves, identificó al interrogatorio policial como uno de los problemas principales de Proceso Penal común para la plena vigencia de los derechos humanos y recomendó algunas reformas⁷.

III. LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO PROCESAL PENAL

El Código Procesal Penal de 2000 tuvo como uno de sus ejes principales el reconocimiento por los derechos básicos del imputado reconocidos tanto en los Tratados Internacionales de Derechos Humanos como en la cultura jurídica de los principales países

⁴ En el último período de vigencia del Código de Procedimiento Penal la incomunicación estaba limitada a cinco días renovables por una sola vez después de varias leyes que la habían venido restringiendo progresivamente. Artículos 298 y 299 Código de Procedimiento Penal.

⁵ Artículo 327 Código de Procedimiento Penal.

⁶ En el libro más importante de derecho Procesal Penal chileno del período anterior al Código Procesal Penal, el profesor y presidente de la Corte Suprema, Rafael Fontecilla, constata la vigencia de la tortura por parte de la policía, la crítica y da cuenta de la persistencia de su práctica frente a su proscripción formal y a algunos intentos legislativos por evitarla. FONTECILLA, R., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (segunda edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, p. 374.

⁷ INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Volumen I Tomo 2, p. 1279, disponible en <http://www.gob.cl/informe-rettig/>

de Occidente. La orientación de la recepción de esos derechos estuvo estructurada por la noción de reconocer un importante grado de autonomía al imputado en el desempeño de cada una de las actividades en que tiene oportunidad de participar en el proceso penal. En el discurso que justificó la reforma se decía que el imputado pasaría de ser objeto del proceso penal, forma en que se solía caracterizar al sometimiento del imputado al poder del juez de instrucción, a ser un sujeto del mismo. Esta última expresión referida a que en el nuevo sistema procesal el imputado podría o no participar de acuerdo con sus propias definiciones e intereses, es decir, sin estar sometido a la lógica estatal, sin estar obligado a colaborar con su propia persecución mediante la entrega de información⁸.

El principio de autonomía del imputado en el proceso penal se expresó en diversas instituciones del nuevo sistema, especialmente todas aquellas que favorecieron el ejercicio de la defensa durante las diversas etapas del proceso. Se reconoció así el derecho a estar presente y a participar en todas las audiencias, a intervenir en ellas con argumentos o pruebas, a contar con un abogado en todas las etapas del proceso y a la provisión de un defensor financiado por el Estado cuando el imputado no pueda procurárselo por sí mismo, el reconocimiento del derecho a declarar o a guardar silencio en todo momento y la obligación de policías, fiscales y jueces de informar al imputado de ese derecho entre los más importantes.

Pero además del reconocimiento de los derechos mencionados, el nuevo Código significó un cambio de las estructuras básicas del sistema, las que también favorecieron la autonomía del imputado y un mayor control sobre la posibilidad de que los órganos de persecución pudieran afectarla. Probablemente la más importante de ellas fue la separación de la función persecutoria de la de control sobre esa persecución, quedando la primera en manos del fiscal y la segunda en las del juez de garantía.

La norma que expresa de manera general la noción de autonomía del imputado y de su declaración como manifestación autónoma del derecho a defensa es la del artículo 98 del Código Procesal Penal, ella indica que el imputado podrá declarar en su defensa en cualquier momento del procedimiento, lo que incluye evidentemente la actuación policial. No obstante, el nuevo Código mantuvo en parte la lógica tradicional de mantener a la actuación de la policía bajo una regulación poco precisa y con diversos elementos de ambigüedad⁹. La regla general, establecida en el artículo 91, es la de que la policía solo puede interrogar autónomamente al imputado cuando esté presente su defensor. En la

⁸ Acerca de esta cuestión un desarrollo más completo en DUCE, M. y RIEGO, C., *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, pp. 461-484.

⁹ No existe demasiada literatura que se haga cargo de esta cuestión. CASTILLO VAL, I., "Enjuiciando Al Proceso Penal Chileno Desde el Inocentrismo (Algunos Apuntes Sobre la Necesidad de Tomarse en serio a los Inocentes)", en *Polít. crim.* [online], vol. 8, N° 15, 2013, disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007> (visitado el 17.01.2018), pp. 249-313. También POBLETE, O., "El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación", *Sentencias Destacadas 2004*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2004.

práctica esta hipótesis es de muy escasa aplicación debido a que la defensa pública solo interviene obligatoriamente desde la primera audiencia judicial¹⁰.

En el inciso segundo del mismo artículo 91 se regula el caso de que no estuviera presente el defensor, que es lo habitual. En esa situación la posibilidad de que la policía tome una declaración se reduce en varios sentidos. En primer lugar, esta se limita a la posibilidad de que sea el imputado el que manifieste su voluntad de declarar¹¹, cuestión que es bien difícil de controlar. En segundo lugar, se requiere una autorización del fiscal. Además se plantea una regla que establece que esa declaración se hará “bajo responsabilidad del fiscal” que autoriza. Veremos más adelante que esa norma puede resultar importante. Por último, se establece que el defensor podrá siempre incorporarse al desarrollo de la declaración.

Por otra parte, en la letra g) del artículo 93 se reguló específicamente el derecho del imputado a guardar silencio y la obligación de policías y fiscales de informarle acerca de ese derecho, obligación que se reitera en el artículo 135 tanto para el policía que practica una detención como para el que estuviere a cargo del recinto a que el detenido fuere conducido. Además se establece una regulación específica acerca del modo en que deben darse a conocer los derechos al detenido y del registro de haberse practicado esa información.

También es necesario referirse a las reglas de los artículos 195 y 196 acerca de métodos prohibidos de interrogación porque aunque ellas solo están establecidas para la declaración ante el ministerio público parece indudable que ellos son también aplicables a la declaración prestada ante la policía. En primer lugar, porque por la forma en que está regulado el interrogatorio policial, bajo autorización y responsabilidad del fiscal, este debe someterse a las mismas exigencias. Pero además porque estas prohibiciones protegen el principio general de la autonomía del imputado y la voluntariedad de su declaración reconocido en el conjunto de la regulación, el que es evidente que resulta también aplicable a la declaración del imputado frente a la policía.

El artículo 195 prohíbe todo método de interrogación que menoscabe o coarte la libertad del imputado para declarar. Explícitamente se prohíbe el uso de cualquier coacción, amenazas o promesas de ventajas no previstas en la ley. Se prohíbe también todo método que afecte la memoria o la capacidad de comprensión o de dirección de los actos del imputado, en especial cualquier forma de maltrato, amenaza, violencia corporal o psíquica, tortura, engaño, o la administración de psicofármacos o hipnosis. Todas estas prohibiciones no pueden ser superadas por el consentimiento del imputado.

El artículo 196 limita la duración del interrogatorio aunque con criterios poco precisos como son el haberse prolongado por “mucho tiempo” o el habersele dirigido

¹⁰ La ley reconoce el derecho del imputado a contar con un defensor desde los primeros actos de la investigación, artículo 93 letra b) y del detenido a conferenciar privadamente con el suyo, artículo 94 letra f), pero solo se exige la designación de un defensor público desde la primera audiencia, artículo 2102, todos del Código Procesal Penal.

¹¹ La Corte Suprema en causa Rol 6219-2012 ha reconocido la distinción entre el interrogatorio desarrollado a iniciativa de la policía, regulada en el inciso primero, y la declaración espontánea a iniciativa del imputado, regulada en el inciso segundo.

tantas preguntas que “provocaren su agotamiento”. En ambos casos deberá otorgarse un descanso al imputado antes de continuar. También se obliga a registrar la duración del interrogatorio.

Las reglas descritas no resultan claras en varios aspectos importantes para una regulación razonable de la declaración obtenida por la policía. Probablemente el más importante es el que dice relación con el registro de lo que el imputado declare. Pero además resulta bastante ambigua la disposición que exige la autorización del fiscal ¿debe ser esta específica o puede ser general para un caso o un conjunto de casos? si la exigencia es que sea específica ¿debe producirse en el momento en que se va a tomar estando el imputado detenido o a lo menos frente a los agentes policiales, o puede autorizarse por anticipado?

Pero además de esas ambigüedades relativas a cómo se regula la declaración misma surgen muchas dudas respecto de una vez que esta haya sido obtenida como se procede a su incorporación como prueba al juicio, y aquí es donde se plantean las cuestiones más polémicas: ¿cuáles son los requisitos de admisibilidad de la declaración y cómo se resuelve en la práctica esta admisibilidad por parte del juez de garantía? Y la segunda cuestión, que es, ¿cómo se incorpora la declaración al juicio y en qué hipótesis puede ser utilizada?

Ante la carencia de normas que resuelvan cuestiones tan básicas como las anteriores ha sido la práctica de los tribunales la que ha debido ir haciéndose cargo de algunas de ellas a partir de los casos que se han ido presentando.

En lo sucesivo de este trabajo mostraremos cuáles han sido los problemas principales que se han planteado y cómo la jurisprudencia de la Corte Suprema ha ido resolviéndolos. No obstante, dicha jurisprudencia solo se ha hecho cargo de algunos de los problemas. Hay otros también muy importantes que no han llegado a los tribunales superiores, pero que generan grandes problemas operativos a las propias policías, a los fiscales, defensores y jueces y que requerirían de definiciones normativas precisas.

IV. PANORAMA COMPARADO

El tema de la confesión del imputado frente a la policía en el proceso penal ha sido objeto de mucha preocupación y regulaciones desde hace bastante tiempo en diversas jurisdicciones, pero donde el debate ha sido más activo y más influyente para el resto del mundo es en Estados Unidos. Nos ha parecido importante dar cuenta brevemente de los desarrollos comparados porque si bien ellos parecen todavía lejanos de lo que ocurre en nuestro país, en muy probable que la mayor profesionalización de nuestra policía dé lugar a problemas similares a los que se enfrentan en los países más desarrollados y es necesario tener en cuenta esa perspectiva al analizar la situación de nuestras normas y al proponer cambios a las mismas.

La mayor diferencia que existe entre nuestro país y aquellos que han avanzado más intensamente en las discusiones y en la regulación del interrogatorio policial reside en el nivel de profesionalismo desarrollado por la policía en esas tareas. En el caso de Chile ya se han hecho presentes a nivel de entrenamiento algunos de los métodos de trabajo

policial a los que nos referiremos y es de esperar que en los próximos años la policía en general y esta cuestión en particular sea objeto de crecientes esfuerzos de profesionalización por medio de la réplica de métodos utilizados en países de mayor desarrollo¹². En consecuencia, resulta fundamental conocer los problemas y las soluciones que esos mismos métodos han provocado con miras a contar con una regulación que sea capaz de anticipar los problemas que tenderán a presentarse en el futuro.

Probablemente el hito más importante de la evolución de la regulación del interrogatorio policial a nivel comparado fue la conocida sentencia *Miranda vs. Arizona* dictada por la Corte Suprema de Estados Unidos en 1966. La decisión de este caso estableció un conjunto de mecanismos destinados a resguardar la autonomía del imputado en su interacción con la policía en el momento de ser interrogado¹³ y constituyó un hito que marca un período de cambios que tendieron a expandirse internacionalmente, que dio lugar a innumerables debates¹⁴.

En las últimas décadas el tema de la confesión ante la policía se ha vuelto a instalar con mucha fuerza en los debates legales de Estados Unidos y esa discusión se ha expandido también hacia otras jurisdicciones. La motivación principal de esta revitalización del tema ha tenido su origen en el movimiento surgido de la constatación del hecho de que muchas personas son condenadas injustamente por el sistema de justicia penal. Dentro de las causas principales de dichas condenas erróneas se encuentra la de la existencia de confesiones realizadas frente a la policía por parte de personas inocentes¹⁵.

En la discusión norteamericana actual el tema central es el de los métodos de interrogatorio policial. A partir del análisis de las confesiones de personas condenadas que luego han sido acreditadas como inocentes, la atención se ha centrado en procedimientos de interrogatorio policial que sin recurrir a la tortura se concentran en quebrar la voluntad del imputado y obtener de su parte una declaración autoinculpatoria. Con posterioridad a los procesos de cambios vinculados a la jurisprudencia de *Miranda vs. Arizona* que se orientaron a suprimir la práctica de la tortura y otras formas de coacción semejantes mediante el aseguramiento de elementos formales que garantizaran la voluntariedad de la renuncia de los derechos del imputado en caso de que este fuera interrogado, la policía se orientó a desarrollar otros métodos de interrogación del imputado que si bien

¹² Ver por ejemplo: MUÑOZ, Raúl y PÉREZ, Raúl, "Descripción y fundamentos para el diseño del modelo método de entrevista PCR", *Estudios Policiales*, Edición Nº 12, abril de 2017, pp. 30-44.

¹³ La Corte estableció en este caso que la declaración del imputado solo será admisible en juicio si es que el fiscal puede demostrar que el imputado fue informado de su derecho a no declarar y a contar con un abogado durante su interrogatorio, que el imputado comprendió sus derechos y que renunció voluntariamente a ellos. *Miranda vs. Arizona*, 384 U.S. 436 (1966).

¹⁴ Sobre el caso de *Miranda vs. Arizona*, sus consecuencias, y los debates a que dio lugar ver: BAYTELMAN, Andrés, "Tiene derecho a guardar silencio". *La Jurisprudencia Norteamericana sobre declaración policial*, Colección informes de Investigación, Nº 13; Año 4, mayo de 2002, 31 pp.

¹⁵ En Estados Unidos las confesiones falsas explican 25% de las condenas erróneas revocadas por ADN y 13% del total de las condenas erróneas revocadas en ese país, las primeras incluyen fundamentalmente homicidios y violaciones en tanto que el segundo corresponde a un grupo más amplio de delitos. KASSIN, S., "False confessions", *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, p. 1.

respetan formalmente las restricciones impuestas y no incurrían en las formas tradicionales de abuso, mantienen la orientación hacia buscar “quebrar” la resistencia del imputado pero ahora por medio de mecanismos más bien psicológicos. Estos métodos han sido elaborados por especialistas y se han difundido por medio la capacitación en diversas jurisdicciones¹⁶.

El problema es que si bien los nuevos y más sofisticados métodos de interrogatorio policial cumplen con las exigencias generadas a partir de *Miranda vs. Arizona*, no son por ello plenamente confiables. Se trata de declaraciones en que el imputado renuncia voluntariamente a sus derechos, pero luego entra en una dinámica de interacciones controladas por la policía y en las que existe el riesgo de ser condicionado a confesar falsamente.

Los métodos en cuestión incluyen primero estrategias destinadas a persuadir al sujeto a renunciar a sus derechos y a someterse al interrogatorio¹⁷. Una vez conseguida la renuncia, el interrogatorio tiene generalmente una primera etapa en que el policía conversa con el sospechoso tratando de identificar comportamientos verbales o no verbales que den cuenta de si está mintiendo o diciendo la verdad¹⁸. Determinado que el sujeto tiene una actitud de engaño, se procede al interrogatorio propiamente tal, el que consiste en el despliegue de métodos de presión psicológica destinados a obtener la confesión. Ellos incluyen actividades como generar climas que lo hagan sentir aislado y vulnerable, minimizar la gravedad del delito o exagerar la evidencia en su contra, incluyendo la posibilidad de mentir acerca de ella¹⁹.

La evidencia muestra que métodos como los descritos tienen graves problemas. En primer lugar, el juicio inicial en el sentido que el sospechoso está mintiendo no tiene ningún rigor, ya que no existe un método confiable para determinar tal cosa²⁰. En segundo lugar, los métodos psicológicos destinados a obtener la confesión pueden hacer que una persona inocente reconozca un hecho que no cometió producto de diversos factores psicológicos como la sumisión a la autoridad o la implantación de una falsa memoria. Los métodos en cuestión suelen incluir tácticas como el aislamiento, la desinformación o incluso la invocación de pruebas inexistentes, las que pueden alterar la percepción, las creencias, la memoria o incluso el comportamiento del interrogado²¹.

¹⁶ LEO, R. A., “Miranda and the Problem of False Confessions”, en LEO, R. A. y THOMAS, G. C. (editores), *The Miranda Debate: Law, Justice, and Policing*, Northeastern Univ. Press (Univ. of San Francisco Law Research Paper), 1998, pp. 271-282.

¹⁷ Leo describe algunos métodos utilizados por la policía para conseguir en la práctica la renuncia de los derechos de Miranda, los que van desde operar fuera del marco de la detención que los genera, construir renunciaciones implícitas, presentar los derechos como un elemento burocrático sin importancia, hasta plantear que está en su mejor interés renunciar a ellos. LEO, R. A., *Police Interrogations and American Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 125-132.

¹⁸ KASSIN, S., “False confessions”, *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, p. 2.

¹⁹ KASSIN, S., “False confessions”, *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, p. 3.

²⁰ KASSIN, S., “False confessions”, *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, p. 3.

²¹ KASSIN, S., “False confessions, causes, consequences and implications for reform”, *Current Directions y Psychological Science*, Vol. 17, Issue 4, 2008 p. 250.

Finalmente, estos métodos han probado ser más riesgosos respecto de las personas más vulnerables, como los jóvenes o quienes sufren de afecciones mentales permanentes o transitorias²². A partir de planteamientos como los descritos se ha generado una importante tendencia de reformas que tiene dos orientaciones principales. Por una parte se busca que los jueces puedan ejercer una función crítica de la confiabilidad de las confesiones. Esto supone desechar la noción tradicional que asume que una persona que no es torturada no tiene razones para autoinculparse y que en consecuencia una confesión libre de formas extremas de coerción es una prueba prácticamente definitiva. La experiencia de las décadas recientes a propósito de las condenas de inocentes muestra que bajo ciertas circunstancias personas inocentes sí pueden confesar y en consecuencia los jueces deben poder valorar detalladamente las circunstancias específicas de la confesión. El análisis de los casos de personas inocentes condenadas ha mostrado que hay factores como los que se han descrito que pueden contribuir a que una persona inocente confiese. En consecuencia, es necesario que los jueces puedan conocer con detalle el modo en que la declaración se produjo para determinar su confiabilidad.

Una función judicial crítica debe ejercitarse tanto sobre la base de algunos criterios mínimos de admisibilidad de la prueba así como en el proceso de producción y valoración de la misma. Para conseguir el efecto planteado resulta indispensable contar con un registro completo y confiable de la declaración que incluya el conjunto de interacciones con la policía, lo que actualmente se puede conseguir mediante la tecnología de videgrabación de modo muy sencillo y a muy bajo costo²³.

La segunda línea de reforma está orientada hacia la modificación de los métodos policiales de interrogación. Los métodos policiales descritos antes de manera muy general suelen ser conocidos como acusatorios por cuanto pretenden que el imputado acepte los cargos que se le formulan de modo reiterativo, con diversos énfasis y con diversos niveles de detalle, mientras se desarrollan ciertas estrategias destinadas a superar, desacreditar

²² KASSIN, S., "False confessions", *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, p. 4.

²³ La tendencia predominante en diversas jurisdicciones de EE.UU. es la de grabar las declaraciones que el imputado presta ante la policía. Los estados de Colorado, Connecticut, Illinois, Kansas, Maine, Maryland, Michigan, Missouri, Montana, Nebraska, New Mexico, New York, North Carolina, Ohio, Oregon, Texas, Vermont, Wisconsin, y el distrito de Columbia han establecido este método por la vía legislativa, pero además otras jurisdicciones han avanzado en ese sentido por la vía de la jurisprudencia o por normas administrativas de los respectivos cuerpos policiales. <https://www.innocenceproject.org/false-confessions-recording-interrogations/> En Canadá, la práctica general es la grabación de las interrogaciones policiales SMITH, S., STINSON, V. y PATRY, M., "Confession evidence in Canada: psychological issues and legal landscapes", en *Psychology, Crime & Law*, Vol. 18, N° 3, abril 2012, p. 332. En el Reino Unido, la ley ha regulado detalladamente la videgrabación de los interrogatorios policiales, Police and Criminal Evidence Act (PACE) Code F. Además del Inocent Project ya citado, otras organizaciones especializadas promueven la grabación de los interrogatorios, como Reforma Penal Internacional y la Asociación Para la Prevención de la Tortura https://www.apt.ch/content/files_res/factsheet-2_using-cctv-en.pdf Esta práctica también ha sido recomendada por organismos internacionales: "The findings during the 2006 visit suggest that audio-video recording in the interrogation rooms of Garda stations may have been a significant contributing factor to reducing the amount of ill-treatment alleged by persons detained". COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Report of the visit of the European Committee for the Prevention of Torture to Ireland*, 2006.

y desincentivar su rechazo por parte del interrogado²⁴. La reforma de los métodos de interrogación se orienta en el sentido de cambiar su propósito y estructura. En cuanto a lo primero se pretende que los policías busquen recolectar información que debe ser analizada críticamente y confrontada con el resto de la evidencia en vez de buscar la confesión del imputado²⁵. En cuanto a lo segundo, se estructura el interrogatorio de un modo más complejo incluyéndose diversas etapas que suponen conocer bien la evidencia disponible, recibir la versión del imputado, confrontarlo con las discrepancias que pudieran existir y realizar un análisis de la información recibida como parte de un proceso de investigación que no concluye con la confesión sino que incluso cuando esta se produce continúa con el análisis crítico de la misma en relación con el resto de la evidencia²⁶.

V. LA PRÁCTICA Y SUS PROBLEMAS

La situación en Chile²⁷ no ha sido paralela a la de Estados Unidos, porque si bien es cierto el Código Procesal Penal y sus regulaciones recogieron en buena parte la influencia de Miranda, el nivel de profesionalismo de nuestra policía aún no alcanza al desarrollo de métodos sofisticados de interrogatorio. El nivel en el que nos encontramos es todavía uno muy básico en que la policía está comenzando a retomar la tarea del interrogatorio en un marco legal que presenta ambigüedades.

El nuevo Código Procesal Penal produjo al inicio de su vigencia un cambio muy sustantivo en cuanto a la práctica de la declaración del imputado. Nos parece que es posible afirmar que el enorme poder que los jueces de instrucción y los policías ejercían en orden a conseguir declaraciones autoinculpatorias no se reprodujo en los fiscales y policías regidos por la nueva legislación. De hecho, la práctica de la interrogación del imputado por la policía, la confesión de estos y en especial el uso de la tortura disminuyó de manera muy clara en los primeros años del proceso de reforma²⁸.

²⁴ Una explicación detallada de diversas estrategias para la formulación de las acusaciones y el vencimiento de su rechazo en: LEO, R. A., *Police Interrogations and American Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, pp. 134-162.

²⁵ KASSIN, S., "False confessions", *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, pp. 7-8.

²⁶ Un buen ejemplo en la ley inglesa Police and Criminal Evidence Act (PACE). Code E. De acuerdo con esa ley, la entrevista tiene diversas etapas, como: planificación, preparación, explicación e involucramiento, recuento, aclaración, cierre y evaluación.

²⁷ En el caso de Chile los estudios pertinentes a condenas erróneas son todavía iniciales y los casos acreditados no permiten identificar a las confesiones falsas como una causa, lo que se puede explicar debido a la muy baja cantidad de casos de condenas a inocentes acreditadas formalmente, las que en su mayoría se deben a problemas que podríamos identificar como administrativos. Ver por ejemplo DUCÉ, Mauricio, "¿Debiéramos preocuparnos por las condenas de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate", *Revista Ius et Practica*, año 19, N° 1, 2013, pp. 77-138.

²⁸ Un informe de derechos humanos del 2003, por ejemplo, da cuenta de varias entrevistas a jueces, fiscales y defensores del nuevo sistema de justicia penal, los que coinciden en casi la completa desaparición de los interrogatorios policiales bajo apremios o amenazas y la baja importancia de estas confesiones como medio de prueba en el nuevo sistema. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos*

No obstante con el paso del tiempo policías y fiscales han comenzado a volver a utilizar la declaración autoinculpatoria del imputado como un medio de prueba importante. Como veremos en algunos de los casos que analizaremos más adelante, no se trata como en el sistema antiguo de confesiones obtenidas rutinariamente para los casos comunes que normalmente se originan en una detención flagrante. Se trata más bien de situaciones vinculadas a delitos graves, donde en medio de investigaciones de cierta duración surge la oportunidad y necesidad de obtener alguna declaración del imputado.

Una evidencia muy clara del resurgimiento del interrogatorio policial como práctica y de las confesiones que de él derivan como pruebas en el proceso penal está en la reforma que se hizo del artículo 93 del Código Procesal Penal en el 2012²⁹. La nueva norma fue necesaria para clarificar dos puntos cruciales para determinar el valor probatorio de las declaraciones prestadas por el imputado con anterioridad al juicio. El primero consiste en precisar que lo que el imputado exprese voluntariamente puede utilizarse como prueba en su contra, y, el segundo es que su silencio no le traerá consecuencias legales adversas³⁰.

Por otra parte, ya desde el 2009 empezaron a llegar a la Corte Suprema casos, que analizaremos más adelante, en que la controversia probatoria recaía considerablemente en la cuestión de la validez y la valoración de confesiones obtenidas por parte de agentes policiales.

En lo que sigue plantearemos cómo funciona y cuáles son los problemas que en nuestra opinión presenta el sistema chileno en su operación concreta, a partir tanto de las estructuras legales como de la jurisprudencia que ha ido emanando de la Corte Suprema.

VI. INCORPORACIÓN DE LA CONFESIÓN AL JUICIO

La declaración que el imputado presta ante la policía y que reúne las condiciones exigidas por la ley para ser considerada legítima, puede ser incorporada al juicio sea

en Chile de 2003, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago, p. 41. Una conclusión semejante arroja otro estudio realizado a base de entrevistas también en 2003, aunque advierte la aparición de algunos casos de abusos policiales y problemas importantes en el entrenamiento de la policía en las nuevas reglas. BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Evaluación de la Reforma Procesal Penal, estado de una reforma en marcha*, CEJA-UDP, Santiago, 2003, pp. 151 a 156.

²⁹ La Ley N° 20.592 agregó a la letra G del artículo 93 el siguiente texto “Tiene derecho a guardar silencio. El ejercicio de este derecho no le ocasionará ninguna consecuencia legal adversa; sin embargo, si renuncia a él, todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra”. El propósito general de la ley fue el de clarificar desde qué momento debe el Estado proveer un defensor al imputado que no se lo provee por sí mismo, de allí se derivó la necesidad de clarificar las situaciones en que el Estado no provee dicho servicio como son las que ocurren fuera de las audiencias judiciales, específicamente ante la policía y el Ministerio Público. Ver Moción de los señores senadores Hernán Larraín Fernández, María Soledad Alvear Valenzuela, José Antonio Gómez Urrutia, Patricio Walker Prieto y Alberto Espina Otero. 9 de agosto de 2011. Moción Parlamentaria en Sesión 41. Legislatura 359.

³⁰ La interpretación del significado probatorio de esta segunda regla nos parece dudoso y no lo abordaremos en este trabajo.

que el imputado declare o no en la audiencia. En nuestra opinión esta noción es clara y está fundada tanto en aspectos de la lógica básica del sistema de garantías como en disposiciones específicas de la ley. Desde el punto de vista general de las garantías, el principio que rige la declaración del imputado es el de la defensa autónoma que como ya mencionamos está contenido el artículo 98 del CPP. El reconocimiento de esta autonomía supone que el imputado declara si quiere, lo que quiera y cuando quiera. Pero la contracara de este reconocimiento es que las consecuencias de las manifestaciones que se hagan en virtud de la autonomía deben ser asumidas por quien las realiza. El reconocimiento de una facultad autónoma supone que quien la ejercita se hace cargo de sus consecuencias. Pero además esto es así debido a una cuestión elemental de credibilidad, cuando el imputado habla para defenderse, por ejemplo ante la policía, es porque pretende ser creído, o dicho de otro modo, tomado en serio, si sus dichos no tuvieran consecuencias, o ellas pudieran ser suprimidas por el emisor a voluntad, entonces las posibilidades de ser creído se verían muy limitadas.

Pero además la cuestión está resuelta con claridad en la ley. La regulación de las advertencias que la policía y el fiscal deben hacer al imputado antes de declarar, que aparecen en el artículo 94 letra f), se tomó del modelo norteamericano de *Miranda vs. Arizona*, en el que es claro que si el imputado renuncia a su derecho a guardar silencio carga con las consecuencias de lo que diga. En el Código original de 2000 la referencia tradicional consistente en la expresión “y lo que diga puede ser usado en su contra” no se incluyó, lo que dio lugar a alguna confusión. No obstante, con posterioridad y por medio de la Ley N° 20.592 de 2012, se agregó la expresión “... si renuncia a él (derecho al silencio) todo lo que manifieste podrá ser usado en su contra”, lo que deja muy claro que la ley entiende que si el imputado habla voluntariamente debe soportar el uso de sus dichos como prueba en su contra, la que no puede suprimir por su mera voluntad o por un posterior uso de su derecho a guardar silencio.

En la práctica, las declaraciones de imputados que los policías obtienen han pasado a ser incorporadas al juicio por medio del uso de un conjunto de normas que no fue previsto con ese fin específico. El Código Procesal Penal contenía una contradicción básica. Por una parte estableció la regulación antes descrita, que permitía la obtención de la declaración del imputado bajo ciertas condiciones, pero por la otra impedía su incorporación como prueba traducida en un registro escrito de la actuación policial. Es decir, desde el punto de vista del diseño original del Código podríamos haber sostenido que en caso de que la policía obtuviese una declaración de parte del imputado, esta no podría ingresar al juicio en su formato escrito tradicional, por aplicación de la norma del artículo 334, que prohíbe de modo general la incorporación de registros policiales o del ministerio público. Con este régimen, el uso del acta de la declaración quedaba limitada a la posibilidad de servir para evidenciar contradicciones, en el caso de que el imputado tomara el estrado para declarar en el juicio, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 332.

No obstante, en la medida en que la policía comenzó a tomar declaraciones de los imputados en las investigaciones, y que estas se mostraron como información relevante para los juicios, los fiscales comenzaron a invocar otra norma con el fin de evitar la restricción del artículo 304. Esta norma fue la del artículo 309 inc. 2°, que autoriza

de manera amplia a los testigos a declarar no solo respecto de lo que les consta, sino también respecto de aquello que has escuchado decir de otras personas.

En consecuencia, en la práctica de nuestros tribunales lo que actualmente rige es una situación bastante paradójica, por una parte los registros escritos de lo que el imputado haya declarado ante la policía o el fiscal no se pueden leer en el juicio, salvo la limitada hipótesis del artículo 332 en el caso de que el imputado declare en el juicio y se contradiga con su declaración previa. No obstante, los policías que tomaron la declaración pueden en su testimonio dar cuenta detallada de lo que el imputado les dijo³¹.

Esta fórmula, a la que hemos arribado en la práctica, consistente en la incorporación de las declaraciones del imputado al juicio por medio del testimonio de los policías que la presenciaron es bastante problemática por varias razones.

En virtud de la enorme importancia de la confesión y su potencial impacto probatorio la fórmula del testimonio policial de oídas tiene muchos problemas debido a la necesidad de los jueces de conocer el detalle no solo de lo declarado sino del conjunto de las interacciones entre los policías y el imputado con el fin de valorar la confiabilidad de la confesión.

Teóricamente, ya que los policías comparecen personalmente al juicio y son sometidos a contraexamen por la defensa, su credibilidad puede ser razonablemente evaluada en cuanto al hecho de haber recibido una confesión y a los contenidos principales de ella. Pero los jueces suelen requerir más información para poder valorarla. Es decir, si los jueces se convencen de que los policías dicen la verdad en cuanto al hecho de que el imputado confesó, eso es solo el principio del camino hacia la valoración. Para atribuirle o no credibilidad a la confesión los jueces necesitan saber cuestiones como el estado mental y anímico del declarante, la forma en que se realizaron las preguntas, la forma en que se lo convenció para contar la historia, la duración de la declaración, el hecho de si la fuente original de la información es el declarante o son los policías que de algún modo pueden habérsela transmitido, y en general, todo el detalle de las interacciones entre policías e imputado. El problema es que respecto de todos estos detalles los policías y su memoria no resultan fuentes demasiado confiables tanto por la posibilidad de error u olvido como por la natural tendencia de cualquier persona a defender su trabajo cuando cree que el resultado final del mismo, en este caso la confesión, es correcto. Es decir, un policía honesto, que cree sinceramente haber recibido una confesión válida tenderá naturalmente a defender su trabajo y a rodearla de detalles que afiancen su confiabilidad así como a olvidar o no mencionar los detalles que puedan cuestionarla.

Los problemas mencionados hacen que en la práctica las confesiones que se presentan en juicio aparezcan bastante debilitadas como fuente confiable de información, porque los jueces perciben que su acceso a la confesión es muy lejano y el registro de sus detalles es poco confiable.

³¹ Para una crítica del uso del testimonio de oídas de los policías como fórmula para la incorporación de la investigación al juicio ver HERNÁNDEZ, H., "Contra los Testimonios de Oídas Preconstituidos". BLANCO SUÁREZ, R. e IRURETA URIARTE, P. (editores), *Justicia, Derecho y Sociedad* (libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso), Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2016.

Un buen ejemplo de lo anterior es el llamado caso “bombas”, donde el tribunal oral absolvió a un supuesto grupo terrorista de ideología anarquista, en un caso de gran notoriedad pública. La prueba más importante de cargo fue la confesión de uno de los supuestos autores, que delató a los demás implicados. Antes del juicio el autor de la confesión se retractó de la misma y en el juicio hizo uso de su derecho a no declarar. La confesión fue ingresada al juicio mediante el testimonio de los policías que la tomaron. El fallo de dicho caso da cuenta detallada de la distancia que los jueces tomaron de la confesión debido a problemas de memoria de los policías, a contradicciones entre ellos, a la imposibilidad de clarificar cuántas declaraciones prestó realmente el imputado y las condiciones exactas de cada una de ellas, a la imposibilidad de determinar con precisión la hora de inicio y término de la declaración y en general a la poca confiabilidad de diversos elementos específicos de la declaración del imputado que los jueces habrían necesitado para su valoración³².

Otro ejemplo semejante es el de un caso en que el testimonio del policía plantea dudas acerca del hecho de haber tomado la declaración o siquiera haber estado presente en el lugar en que se habría producido³³.

VII. PROBLEMAS DE ADMISIBILIDAD

En nuestro sistema el problema específico de admisibilidad que se plantea en esta materia es el de la posibilidad de que la declaración del imputado que pretende ser introducida al juicio pueda haber sido obtenida con vulneración de las garantías del imputado. Desde el punto de vista del contenido de esas garantías el panorama está relativamente claro en el sentido que, como ya hemos visto, existen varias normas que establecen salvaguardas de la autonomía del imputado en la declaración que este pudiera prestar. En consecuencia, parece claro que una declaración del imputado prestada ante la policía que no cumple con esas normas de protección de la autonomía debe ser excluida. Así por ejemplo, si no se ha informado al imputado de sus derechos o si se han utilizado métodos de interrogación prohibidos, el juez de garantía deberá excluir la declaración que se pretenda incorporar al juicio, cualquiera sea el formato en que ella se presente, sea por medio de alguna forma de registro o por medio del testimonio de oídas de los policías que presenciaron la declaración.

Mucho más problemática resulta la cuestión de la prueba de las circunstancias alegadas como constitutivas de la infracción de garantías que justificarían la exclusión. En esta materia nuestro sistema procesal penal exhibe una debilidad muy importante que impacta diversas cuestiones pero que se manifiesta muy claramente en este caso. Ese problema es el de la carencia de una regulación o una práctica que hayan definido una metodología para que el juez de garantía pueda acceder a la información necesaria

³² Fallo 3° TJO Penal de Santiago. R.I.T. N° 138-2011, R.U.C. N° 0700277303-6. Nulidad rechazada por la Corte Suprema Rol 5654-2012.

³³ Corte Suprema nulidad Rol 17107 de 3 de enero de 2014.

para resolver cuestiones que requieren una información detallada de lo ocurrido durante las actividades de la investigación³⁴. Como es sabido, en las audiencias ante el juez de garantía, este se entera de los hechos de la investigación por medio del relato que le hace de ellos el fiscal, a partir de las actas que constan en sus registros. El defensor, por su parte, puede cuestionar la veracidad de las afirmaciones del fiscal o del propio registro a partir de la lectura del mismo o de lo que le informa su cliente. No obstante, esta fórmula es claramente insuficiente cuando se requiere determinar con claridad situaciones específicas ocurridas en las actividades de investigación que en general no constan de manera detallada en los registros o en que la credibilidad de los propios registros pudiese ser cuestionada. Parece claro que para poder resolver si la declaración policial del imputado se obtuvo con vulneración de los resguardos exigidos por la ley se requeriría que el juez tuviese acceso a información adicional, la que podría consistir en la comparecencia y declaración del o los policías que la tomaron en la audiencia, o la exhibición de un video de la declaración siempre que este contenga toda la información.

Por otra parte, es necesario hacerse cargo de la cuestión de la carga de la prueba para cuando se plantea la exclusión de una declaración del imputado. En nuestra opinión es claro que cuando el defensor plantea una petición de exclusión de una declaración prestada por el imputado frente a la policía no está obligado a probar los hechos que alega, su deber consiste solo en plantear una versión del hecho, que de ser cierta constituiría una vulneración de garantías que generaría la exclusión de la declaración. Hecho esto, el juez de garantía debe volcar la carga de la prueba sobre las condiciones en que se prestó la declaración ante el fiscal. Dicho de otro modo, el deber de despejar la imputación de abusos cometidos por la policía recae en el fiscal, el que podrá recurrir a los medios de prueba que hemos planteado antes si es que cuenta con ellos. En nuestra opinión, el fundamento legal de este planteamiento se encuentra contenido en la norma del inciso 2º del artículo 91 que autoriza la declaración del imputado ante la policía previa autorización del fiscal, esta norma plantea que esta autorización se hace “bajo responsabilidad del fiscal”. El único significado de esa disposición que tiene sentido es entender que la responsabilidad del fiscal a que se refiere es la de probar posteriormente ante el juez las condiciones en que se prestó la declaración. Parece evidente que la norma no se refiere a la responsabilidad penal o administrativa, porque si el policía comete actos ilícitos responderá personalmente y no puede culparse al fiscal por una autorización anterior a esos hechos. Por lo demás resulta lógico que la carga de la prueba recaiga en los agentes del Estado, porque este tiene el pleno control de la situación en que se encuentra el imputado y puede preconstituir prueba acerca de las condiciones en que declara, especialmente en la actualidad con la amplia disponibilidad de medios para videograbar

³⁴ Acerca de la cuestión de la debilidad del sistema chileno para conocer las cuestiones de admisibilidad ver DUCE, Mauricio. “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema”. *Polít. crim.*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018), Art. 2, p. 73. También DUCE, Mauricio. “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”. *Polít. crim.* Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Art. 9, p. 347.

la declaración. Además este criterio es el exigido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos³⁵.

La metodología planteada permitiría la resolución en la sede apropiada, la audiencia de preparación del juicio oral frente al juez de garantía, de la cuestión de la voluntariedad de la declaración del imputado y el respeto por los mecanismos de protección de la misma establecidos en la ley, y generaría un incentivo tanto para fiscales como para los policías en el sentido de tomar las declaraciones de modo legal y grabarlas fílmicamente con el doble fin de despejar cualquier imputación de abuso en su obtención y de, eventualmente, reproducirlas en el juicio oral.

Los problemas vigentes en la estructura de la audiencia de preparación del juicio oral han contribuido a la instalación de la exclusión por prueba ilícita, incluidas las confesiones, en el juicio oral. En la práctica, existe un doble sistema de control, es decir, esta prueba no solo puede ser excluida por el juez de garantía sino que también por el Tribunal Oral en su valoración³⁶ cuando este descubre durante el juicio que una prueba fue obtenida con infracción de garantías³⁷. A pesar de que esta fórmula puede tener alguna justificación en las debilidades del sistema de exclusión ante el juez de garantía que ya hemos planteado, creemos que ella presenta enormes problemas³⁸, en especial cuando se trata de la confesión. El principal de esos problemas reside en el hecho de que la exclusión de la confesión realizada por el Tribunal Oral en su valoración no impide el conocimiento de la misma por parte de los jueces que han de decidir respecto de la cuestión principal acerca de la participación del acusado en los hechos³⁹. Es decir, el

³⁵ La Corte Interamericana de Derechos Humanos, siguiendo a otros organismos internacionales, estableció con mucha claridad este criterio en el caso *García y otro contra México*. IACtHR, *Teodoro Cabrera García and Rodolfo Montiel Flores v. México* (Caso N° 12, 449), 26 noviembre 2010, párrafos 136 y 177. El mismo criterio estableció la Observación General N° 32 del Comité de Derechos Humanos de la ONU del 2007 en su número 41, documento que sistematiza anteriores decisiones del mismo comité acerca de casos específicos.

³⁶ Una versión de esta práctica, que aparentemente se ha desarrollado para eludir el reconocimiento de la exclusión por parte del Tribunal Oral es el de la llamada "valoración negativa", que es una exclusión probatoria y debe en ser rechazada como posibilidad. CORTEZ-MONRROY, Jorge, "La valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral", *Revista Ius et Practice*, Año 24, N° 1 2008, p. 682.

³⁷ Defiende esta noción Hernández sobre la base de que existiría una prohibición de valoración general que el TOP no puede desconocer a pesar de que el juez de garantía no hubiese excluido la prueba en la oportunidad procesal prevista por la ley. HERNÁNDEZ, H., "La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno", *Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado*, Santiago, 2005, p. 90. En contra de esta postura Horvitz y López se oponen a la no valoración de una prueba por ilicitud por ser contrario a la forma en que el sistema está estructurado y a las facultades específicas que la ley entrega a cada tribunal. También plantean que no puede resolver el Tribunal Oral la exclusión de la presentación de una prueba que no se planteó o que se resolvió frente a o por el juez de garantía. HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, pp. 197-204.

³⁸ Recientemente la Corte Suprema ha acogido este planteamiento en una versión extrema, según estos, es motivo de nulidad la omisión de la exclusión por parte del Tribunal Oral, en el caso en cuestión se trataba de un arma y municiones obtenidas incautadas al imputado en el marco de una detención. Corte Suprema Rol 44.457-2017 de 30 de enero de 2018, considerando undécimo.

³⁹ Hernández reconoce el problema, pero en alguna medida lo profundiza al sostener que el tribunal oral debe excluir la valoración de la prueba ilícita en la sentencia, pero no su presentación en el juicio, ya que está obligado a recibirla. Su solución al problema de la "contaminación" del tribunal con esta prueba

objetivo de la excusión, que es la no utilización de ciertas pruebas y su no exhibición frente al órgano que ha de decidir el fondo del caso no se cumple. Esto es especialmente problemático tratándose de la confesión, por su enorme fuerza persuasiva. Es decir, si el tribunal del juicio decide, conociendo una confesión excluida, resultará imposible saber la influencia que dicha confesión ha tenido en los jueces más allá de la declaración formal de su no utilización como prueba. Existen en la jurisprudencia de la Corte Suprema varios ejemplos de condenas que han sido sostenidas a pesar de haber los jueces escuchado confesiones que han sido declaradas como obtenidas por medio de violación de garantías por la propia Corte⁴⁰.

Por otra parte, al excluir la confesión por ilicitud el Tribunal Oral queda exento de la obligación de evaluar su confiabilidad y capacidad de persuasión como prueba en el fallo, con lo que el posible efecto que la confesión excluida pudiese haber tenido en los jueces no podrá ser objeto de ningún control, sino que quedará completamente silenciado. Esto es muy problemático en casos como los planteados en que, a pesar de la exclusión de la confesión, el tribunal procede igualmente a condenar. Pensemos por ejemplo en situaciones en que la valoración del conjunto de la prueba deja a los jueces en una situación muy al límite respecto de la existencia o no de una duda razonable, y agreguemos que en el caso ha existido una confesión que, si bien ha sido considerada ilícita por la vulneración de alguna de las salvaguardas legales, resulta no obstante creíble por el hecho de que el imputado dio detalles que resultaron corroborados con posterioridad. En un caso como el planteado es muy probable que en el caso de que los jueces se inclinen a favor de la condena, lo hayan hecho teniendo en cuenta la confesión excluida, aunque solo sea como un elemento adicional que les permite quedarse más tranquilos respecto de la posibilidad de haber cometido un error.

Pero más allá de la cuestión de cuál es el escenario de la discusión de exclusión, la cuestión de cuáles son los estándares de voluntariedad exigibles para considerar que una confesión cumple o no con las exigencias legales se han mantenido entre nosotros en un terreno más bien formal. El criterio más elemental exigido por la Corte ha sido el de la lectura de los derechos prevista en la ley. Sin información de derechos la declaración no es válida⁴¹.

Además, la Corte Suprema ha sido consistente en exigir la autorización del fiscal para la práctica de interrogatorios policiales en ausencia del defensor y en la consiguiente invalidez de las declaraciones que no se realizan bajo esa modalidad⁴². Un criterio

conocida pero no valorada está en la posibilidad de que se acoja el recurso de nulidad cuando se considere que la prueba ilícita ha tenido influencia en la condena. HERNÁNDEZ, H., "La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno", *Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado*, Santiago, 2005, pp. 93-95.

⁴⁰ Corte Suprema Rol 12494-2013 de 1 de julio de 2014, Rol 12494-2013 de 1 de julio de 2014, Rol 14.781-2015 del 3 de noviembre de 2015, y Rol 6219-2012 del 29 de octubre de 2012.

⁴¹ Corte Suprema, fallo de nulidad Rol 4363-2013 de 14 de agosto de 2013. También Rol 12494-2013 de 1 de julio de 2014.

⁴² Corte Suprema, fallos de nulidad Rol 9.521-2009 de 12 de abril de 2010 y Rol 6.934-2009 de 23 de diciembre de 2010. También Rol 12494-2013 de 1 de julio de 2014 que además exige lectura de derechos.

parecido ha seguido la Corte en los casos donde los imputados son menores de edad, en que la ley no autoriza la delegación del fiscal en la policía⁴³ y exige siempre la presencia del defensor, en consecuencia han sido invalidadas numerosas declaraciones realizadas sin presencia del defensor o el fiscal⁴⁴.

También ha abordado la Corte en varias ocasiones la cuestión del inicio de la declaración para efectos de determinar la admisibilidad de confesiones ocurridas en momentos anteriores a la existencia de una imputación. Una cuestión que se ha planteado en varias ocasiones es la del imputado que declara inicialmente como testigo sin ninguno de los resguardos legales. En un fallo del 2009 la Corte Suprema⁴⁵ anuló una condena por abuso sexual debido a que el tribunal oral valoró una declaración prestada como testigo por el condenado. Según la Corte resultaba claro que la policía sabía desde el inicio que se trataba de un posible imputado, cosa que fue reconocida en juicio por la detective que relató la declaración, además de evidenciarse por el hecho de que le sacaron fotos que fueron exhibidas a la víctima. Con posterioridad la Corte ha dictado fallos que han aceptado este tipo de declaraciones pero sosteniendo el mismo criterio de discriminación, que es la buena o mala fe de la policía en el sentido de saber o no que estaba tratando con un imputado. Así por ejemplo en el conocido caso que afectó a Nabila Rifo⁴⁶ la Corte Suprema confirmó el fallo que otorgó valor a la declaración del condenado prestada ante la policía, en una etapa muy temprana antes de su imputación. La declaración se realizó sin cumplir con ninguna de las exigencias de la ley respecto del imputado, por cuanto en ese momento la policía no tenía motivo alguno para sospechar de él. Según la Corte resultaba razonable entrevistarle como testigo y la declaración no era directamente autoincriminatoria. En el mismo sentido, en otro fallo⁴⁷, la Corte rechaza la exclusión de declaración del acusado tomada como testigo por la policía por cuanto se trataba de un ardid para desviar la imputación en contra de alguien más. Se trata de una condena por el homicidio de una pareja de ancianos en la que el Tribunal valoró dos declaraciones del imputado que no fueron autoincriminatorias. En la primera, el condenado se acercó a un policía en la vía pública y le indica que su hermano asesinó a las víctimas, en la segunda, prestada en calidad de testigo protegido, les indica a la policía que ese mismo hermano le habrá confesado el doble homicidio. La Corte valida las declaraciones como

⁴³ El artículo 31 de la Ley N° 20.018 solo autoriza la declaración del menor imputado en presencia del fiscal y del defensor.

⁴⁴ Corte Suprema ha acogido varias nulidades por valoración de declaraciones de imputados menores sin presencia de defensor ni fiscal, fallos de nulidad Rol 2.304-2015 de 1 de enero de 2015, Rol 6.298-2015 del 5 de junio de 2015 y Rol 23683-2014 del 22 de octubre de 2014. El mismo criterio de fondo se siguió en la causa Rol 14.781-2015 del 3 de noviembre de 2015 solo que no se anuló la condena por existir otras pruebas además de la confesión del imputado prestada sin defensor ni fiscal presentes. Un caso anterior y más extremo donde además de no haber defensor ni fiscal tampoco hubo información de derechos del menor de edad, Corte Suprema Rol 6.305-2010 del 19 de octubre del 2010.

⁴⁵ Corte Suprema nulidad Rol 9758-2009 de 13 de abril de 2010.

⁴⁶ Corte Suprema nulidad Rol 19008-17 de 11 de julio de 2017.

⁴⁷ Corte Suprema nulidad Rol 266-2017 de 17 de marzo de 2017.

medios de prueba en cuanto descartan actuaciones engañosas de parte de la policía para obtener en forma ilícita una declaración inculpatoria.

En otra ocasión la Corte Suprema rechazó la impugnación de una declaración informal del condenado tomada por la policía por su baja significación y la ratificación de los dichos en la declaración en el juicio. Se trató de un cuasidelito de homicidio ocurrido en el tránsito vehicular en que la policía llegó al sitio del suceso y conversó informalmente con el condenado, quien se limitó a identificarse y a reconocerse como el chofer del vehículo involucrado, hechos que luego ratificó en su declaración durante el juicio⁴⁸. También en varias ocasiones la Corte ha acogido la validez de declaraciones tomadas con todos los requisitos legales que son posteriores a otras tomadas informalmente y sin los resguardos legales y que a su vez han sido excluidas por ilicitud⁴⁹.

VIII. CONCLUSIONES

La declaración del imputado frente a la policía es una cuestión central en cualquier sistema procesal penal. En Chile, el sistema inquisitivo anterior al Código Procesal Penal basaba gran parte de su eficacia en la tolerancia de la práctica no regulada de la tortura por parte de la policía en las etapas iniciales del proceso.

El Código Procesal Penal del 2000 estableció una nueva regulación que pretendió garantizar la autonomía del imputado en todas las etapas del proceso. En lo que dice relación con el interrogatorio policial avanzó en el establecimiento de algunos resguardos destinados a evitar las prácticas del sistema antiguo. No obstante, se trató de una regulación incompleta.

En una primera etapa de funcionamiento del nuevo Código, la policía se mostró inhibida frente a las nuevas reglas y durante varios años evitó interrogar a los imputados de manera autónoma. No obstante, en la última década, la policía ha tendido a retomar su actividad de tomar declaraciones a los imputados en el marco de las investigaciones y la Corte Suprema ha tenido la oportunidad de fijar algunos criterios básicos para su admisibilidad como pruebas a ser presentadas en juicio.

En general, los casos que han sido analizados por la Corte Suprema dan cuenta de un desarrollo aún tímido por parte de la policía de sus facultades para interrogar a los imputados y de la existencia de grandes dificultades por parte de los agentes policiales para registrar y reproducir de manera confiable el contenido de las confesiones obtenidas. Por otra parte, esta práctica aún inicial ha mostrado los problemas de la regulación

⁴⁸ Corte Suprema nulidad Rol 9079-2011 de 14 de noviembre de 2011

⁴⁹ Corte Suprema nulidad Rol 6296-2010 de 19 de octubre de 2010 y Rol 6219-2012 de 29 de octubre de 2012. En el mismo sentido en la causa nulidad Rol 11482-2013 de 31 de diciembre de 2013 se niega valor a primera declaración, pero se le reconoce a una segunda obtenida con todos los resguardos con presencia de fiscal y defensor y se utiliza el argumento de vínculo atenuado para rechazar la relación causal entre ambas declaraciones.

vigente sobre todo en el sentido de no exigir un sistema de registro de la declaración que permita analizar su voluntariedad y el cumplimiento de los resguardos formales exigidos por la ley, y por otra, que permita valorar la confiabilidad de la declaración por medio del conocimiento detallado de las condiciones en que la declaración fue prestada.

Es de prever que en el futuro se producirá un proceso de modernización y profesionalización de la función policial en Chile. Parte de ese proceso debiera significar un aumento de la práctica del interrogatorio de los imputados y la producción de más declaraciones que pueden ser usadas como prueba en los juicios. Asimismo, el proceso de profesionalización probablemente conducirá al desarrollo por parte de la policía de métodos de interrogación más elaborados y sistemáticos que serán difundidos y darán lugar a procesos de capacitación para los agentes que trabajan en relación con los Fiscales del Ministerio Público.

Sería problemático que el previsible aumento de la toma de declaraciones de los imputados por parte de los policías por la vía de métodos más sofisticados se hiciera sobre la base del actual marco normativo. Lo anterior significaría correr un doble riesgo. Por una parte, podría ocurrir que producto de las insuficiencias de la legislación se produjera un aumento de las confesiones bajo un formato que no permite un análisis crítico de las mismas y que en consecuencia se introdujeran a juicio y se pudiesen sustentar condenas en declaraciones poco confiables. El segundo riesgo es que como producto del mismo marco legal inadecuado declaraciones que pueden llegar a ser confiables y útiles no se reciban de modo apropiado y no puedan ser valoradas adecuadamente, generándose una pérdida de información injustificada.

En consecuencia, nos parece que es muy importante legislar sobre esta materia estableciendo una regulación razonable que obligue a la policía a registrar las declaraciones de un modo completo y confiable que permita luego a los jueces juzgar tanto los criterios de admisibilidad de las mismas como proceder a la valoración de su confiabilidad en el juicio y la sentencia. Al mismo tiempo sería necesario entrenar a los diversos actores del sistema en una comprensión cabal de sus respectivas facultades para aplicar de manera apropiada una nueva legislación.

Los puntos centrales de una reforma legal necesaria son en nuestra opinión los siguientes: en primer lugar la exigencia de una grabación de video de la confesión como requisito de admisibilidad de la misma, la ley debe además determinar requerimientos básicos de dicho registro con el fin de garantizar su integridad y que contenga toda la información necesaria para que los jueces valoren la confesión. En segundo lugar se requiere establecer con claridad que la carga de la prueba de las condiciones en las que fue obtenida la declaración corresponde al fiscal y que, en consecuencia, de formularse alguna imputación que constituya alguna forma de violación de las reglas legales que protegen la voluntariedad de la misma, este cuestionamiento debe ser despejado por el fiscal bajo la sanción de no ser admitida la declaración por el juez de garantía, este requerimiento debiera en general satisfacerse con la grabación y la certificación de su integridad. Tercero, debe reservarse la exclusión de la confesión a la audiencia de preparación del juicio oral. Para el caso en que la declaración del imputado no sea excluida,

los argumentos que sustentaron la solicitud de exclusión podrán plantearse siempre en el juicio para cuestionar su confiabilidad y el Tribunal deberá hacerse cargo de ellos en la valoración de la declaración.

BIBLIOGRAFÍA

- BAYTELMAN, A. y DUCE, M., *Evaluación de la Reforma Procesal Penal, estado de una reforma en marcha*, CEJA-UDP, Santiago, 2003, 290 pp.
- BAYTELMAN, Andrés, “Tiene derecho a guardar silencio”. *La Jusrisprudencia Norteamericana sobre declaración policial*, Colección informes de Investigación, Nº 13; Año 4, mayo de 2002, 31 pp.
- CASTILLO VAL, I., “Enjuiciando Al Proceso Penal Chileno Desde el Inocentrismo (Algunos Apuntes Sobre la Necesidad de Tomarse en serio a los Inocentes)”, en *Polít. crim.* [online], vol. 8, Nº 15, 2013, disponible en <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992013000100007> (visitado el 17.01.2018).
- COMITÉ EUROPEO PARA LA PREVENCIÓN DE LA TORTURA, *Report of the visit of the European Committee for the Prevention of Torture to Ireland*, 2006.
- CORTEZ-MONRROY, J., “La valoración negativa como exclusión de la prueba ilícita en el juicio oral”, *Revista Ius et Practice*, Año 24, Nº 1 2008, pp. 661-692.
- DUCE, M. y RIEGO, C., *Proceso Penal*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2007, 583 pp.
- DUCE, M., “Una aproximación empírica al uso y prácticas de la prueba pericial en el proceso penal chileno a la luz de su impacto en los errores del sistema”, *Polít. crim.*, Vol. 13, Nº 25 (Julio 2018) Art. 2, pp. 42-103.
- DUCE, M., “¿Debiéramos preocuparnos por las condenas de inocentes en Chile? Antecedentes comparados y locales para el debate”, *Revista Ius et Practice*, año 19, Nº 1, 2013, pp. 77-138.
- DUCE, M., “Reconocimientos oculares: una aproximación empírica a su funcionamiento y algunas recomendaciones para su mejora”, *Polít. crim.*, Vol. 12, Nº 23 (Julio 2017), Art. 9, pp. 291-379.
- FONTECILLA, R., *Tratado de Derecho Procesal Penal* (segunda edición), Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 527 pp.
- HERNÁNDEZ, H., “La exclusión de la Prueba Ilícita en el Nuevo Proceso Penal Chileno”, *Colección de Investigaciones Jurídicas Universidad Alberto Hurtado*, Santiago, 2005.
- HERNÁNDEZ, H., “Contra los Testimonios de Oídas Preconstituidos”, Blanco Suárez, R. e Irureta Uriarte, P. (editores), *Justicia, Derecho y Sociedad* (libro en memoria de Maximiliano Prado Donoso), Ediciones Universidad Alberto Hurtado, Santiago, 2016.
- HORVITZ, M. I. y LÓPEZ, J., *Derecho Procesal Penal Chileno*, Tomo II, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 2004, 659 pp.
- INFORME DE LA COMISIÓN NACIONAL DE VERDAD Y RECONCILIACIÓN, Volumen I, Tomo 2, p. 1279, disponible en <http://www.gob.cl/informe-rettig/>
- JIMÉNEZ, M. A., *El Proceso Penal Chileno y los Derechos Humanos*, vol. 2, Cuadernos de Análisis Jurídico Universidad Diego Portales, Santiago, 1994, 276 pp.
- KASSIN, S., “False confessions”, *WIREs Cognitive Science*, vol. 8, issue 6, 2017, pp. 1-11.
- KASSIN, S., “False confessions, causes, consequences and implications for reform”, *Current Directions y Psychological Science*, Vol. 17, Issue 4, 2008, pp. 249-253.
- LEO, R. A., “Miranda and the Problem of False Confessions”, en Leo, R. A. y Thomas, G. C. (editores), *The Miranda Debate: Law, Justice, and Policing*, Northeastern Univ. Press (Univ. of San Francisco Law Research Paper), 1998, pp. 271-282.

- LEO, R. A., *Police Interrogations and American Justice*, Harvard University Press, Cambridge, 2009, 374 pp.
- MUÑOZ, R. y PÉREZ, R., “Descripción y fundamentos para el diseño del modelo método de entrevista PCR”, *Estudios Policiales*, Edición N° 12, abril de 2017 pp. 30-44.
- POBLETE, O., “El interrogatorio policial autónomo y el derecho al silencio y a la no autoincriminación”, *Sentencias Destacadas 2004*, Instituto Libertad y Desarrollo, 2004.
- SALAZAR, C., “*El Legendario Policia-Escritor Rene Vergara*”, disponible en <https://urbatorium.blogspot.com/2008/07/el-leyendario-polica-escritor-ren.html>
- SMITH, S.; STINSON, V. y PATRY, M., “Confession evidence in Canada: psychological issues and legal landscapes”, en *Psychology, Crime & Law*, Vol. 18, N° 3, abril 2012, pp. 317-333.
- THOMAS, G. y LEO, R., *Confessions of Guilt*, Oxford University Press, Oxford, 2012, 317 pp.
- UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, *Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile de 2003*, Centro de Derechos Humanos Universidad Diego Portales, Santiago, 455 pp.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Tomándonos en serio los principios del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: el caso de la Central Hidroeléctrica Doña Alicia (Corte Suprema)

*Comentario de Felipe Guerra Schleeff*¹*

Santiago veintiocho de junio de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En estos autos Rol N° 3.971-2017, caratulados “Luis Araneda Necumán y otros con Director Ejecutivo del Servicio De Evaluación Ambiental”, el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental y la empresa Hidroeléctrica doña Alicia S.A., esta última en su calidad de titular del Proyecto “Central Hidroeléctrica doña Alicia”, dedujeron recursos de casación en la forma y en el fondo en contra de la sentencia de veintiocho de diciembre de dos mil dieciséis, dictada por el Tercer Tribunal Ambiental que acogió las reclamaciones deducidas por don Luis Araneda Necumán en representación de la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán, y por don Ignacio Donoso de La Noi y otros, en contra de la Resolución Exenta del Director Ejecutivo N° 0322, de 28 de marzo de 2016 que ejecutó el acuerdo del Comité de Ministros N° 17/2015, de sesión ordinaria de fecha 14 de diciembre de 2015, a través de la cual se resolvió el recurso de reclamación interpuesto por el titular del proyecto antes mencionado, calificándolo, ahora, favorablemente. En virtud de la sentencia que se impugna, el Tribunal Ambiental dispuso anular totalmente la Resolución Exenta ya aludida.

Para un cabal entendimiento del asunto que debe resolver esta Corte, cabe dejar consignados en forma previa los siguientes antecedentes:

I.– El proyecto “Central Hidroeléctrica Doña Alicia” fue ingresado a evaluación ambiental ante la Dirección Regional del Servicio de Evaluación Ambiental de la Araucanía, mediante un Estudio de Impacto Ambiental. El mismo consiste en una central hidroeléctrica de paso en el río Cautín, con una potencia de generación neta de

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Abogado. Magíster en Derecho, Universidad Austral de Chile. Correo electrónico: felipe.guerra.schleeff@gmail.com.

6,3 MW bajo un caudal de diseño de 18,56 m³/s. El objetivo del proyecto es generar energía eléctrica para el Sistema Interconectado Central.

II.– El Estudio de Impacto Ambiental ingresó a evaluación con fecha 9 de octubre de 2013, encontrándose tal tramitación regulada por el Decreto Supremo N° 95 de 2001, que contiene el Reglamento del Sistema de Impacto Ambiental vigente a esa fecha.

III.– En el marco de la evaluación ambiental ya aludida se obtuvo un Informe Consolidado de Evaluación favorable, recomendando la aprobación del proyecto.

IV.– No obstante lo anterior, la Comisión de Evaluación de La Araucanía calificó desfavorablemente el proyecto a través de la Resolución Exenta N° 79, de fecha 6 de abril de 2015.

V.– El titular del proyecto, presentó recurso de reclamación, previsto en el artículo 20 de la Ley N° 19.300 para ante el Comité de Ministros, con fecha 22 de mayo de 2015, solicitando la calificación favorable del proyecto en cuestión.

VI.– El Comité de Ministros a través del Acuerdo 17/2015 resolvió acoger el recurso en referencia, por los argumentos expuestos en la Resolución Exenta N° 322 de 28 de marzo de 2016, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

VII.– Con fecha 9 de mayo de 2016, don Luis Araneda Necumán, actuando en representación de la Comunidad Indígena, Benancio Huenchupan, presentó reclamación del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, ingresada al Tercer Tribunal Ambiental con fecha 11 de mayo de 2016. A su turno, el 18 de mayo de 2016 don Ignacio Donoso de La Noi y otros, presentaron también la misma acción de reclamación del texto legal citado, no obstante que por argumentaciones diferentes. Ambas se enderezaron en contra de la resolución recurrida, esto es, la Resolución Exenta N° 322, de 28 de marzo de 2016, del Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental.

VIII.– El Tribunal Ambiental de Valdivia, mediante sentencia de fecha 28 de diciembre de 2016 determinó acoger las reclamaciones de fojas 2 y siguientes y de fojas 118 y siguientes y declaró que la Resolución Exenta N° 0322, de 28 de marzo de 2016 del Director Ejecutivo –que hizo lugar al recurso de reclamación del titular, calificando favorablemente el Proyecto “Central Hidroeléctrica doña Alicia”–, no se ajusta a las normas vigentes. Dispuso además el fallo, expresamente, anular totalmente la resolución ya indicada sin imponer condena en costas.

Es en contra de esta decisión que el Servicio de Evaluación Ambiental –reclamado en autos–, e Hidroeléctrica Aysén S.A. titular del proyecto y tercero coadyuvante de la entidad reclamada, presentan recursos de casación en la forma y en el fondo.

Se trajeron los autos en relación.

CONSIDERANDO:

I.— EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN LA FORMA

PRIMERO: Que el recurso de nulidad formal interpuesto *por el SEA*, en un primer capítulo esgrime que la sentencia recurrida fue pronunciada vulnerando el artículo 25 de la Ley N° 20.600 en relación con el numeral 4 del artículo 170 del Código de Procedimiento Civil, ello, en tanto evidencia falta de fundamentación, particularmente en cuanto ha omitido valorar toda la prueba producida. Así, indica, el fallo recurrido no examinó ni analizó correctamente el Informe de Inspección Antropológica, mismo que, no solo consideró una entrevista a los habitantes de la única vivienda presente en el área de influencia, sino que a su vez, el trámite consistió en un reconocimiento pedestre y bibliográfico del sector, lo que fue complementado además con el estudio de planos de las comunidades indígenas localizadas en la comuna de Curacautín, del Servicio Documental de la Dirección Nacional Sur de la CONADI.

Argumenta que, en lo relativo al pronunciamiento conforme de la CONADI en su Informe contenido en el Oficio N° 634 de 5 de noviembre de 2013, a cuyo respecto el fallo se limita a calificarlo como carente de fundamento, era necesario ponderar que mediante ese mismo instrumento la autoridad en referencia se manifestó conforme con la información aportada por el titular del proyecto en su Estudio de Impacto Ambiental, por estimar que con los antecedentes allegados era posible descartar la afectación significativa de las comunidades indígenas, misma aseveración vertida por los demás organismos con competencia ambiental. Adicionalmente agrega el recurso que el Tribunal Ambiental de Valdivia tampoco consideró en su análisis las más de 24 actas de trabajo y terreno (sic) realizadas por el Servicio de Evaluación Ambiental de la Araucanía, que contribuyeron a que la autoridad administrativa adquiriera la convicción relativa a que dentro del área de influencia del proyecto, no existen comunidades indígenas que pudieran verse afectadas por el mismo.

Explica que estos antecedentes, no obstante haber formado parte de la evaluación ambiental del proyecto “Central Hidroeléctrica Doña Alicia”, no fueron mencionados en la sentencia atacada, aun cuando se encuentran directamente vinculados con los hechos en base a los cuales fue dejada sin efecto la Resolución impugnada en autos por la vía de determinar que no logró descartarse la susceptibilidad de afectación a las comunidades indígenas del sector. De esta forma, el recurrente concluye que, de haber sido aquéllos debidamente considerados, ponderados o analizados, se hubiese concluido que los reclamantes no aportaron antecedentes suficientes para desvirtuar la presunción de legalidad, de imperio y de exigibilidad de que está investido un acto administrativo, conforme lo dispone el inciso final del artículo 3° de la Ley N° 19.880. El solo hecho de atribuir una deficiencia metodológica al Informe de Inspección Antropológica, así como la supuesta falta de fundamentación del Oficio N° 634, de Conadi, no satisface la adecuada fundamentación que la Ley N° 20.600 exige de la sentencia conforme lo previene el artículo 25 de ese cuerpo normativo. Una acabada ponderación hubiera dado

cuenta del debido cumplimiento al Convenio 169 de la OIT, descartando cualquier vicio de carácter invalidante en el procedimiento administrativo de evaluación.

SEGUNDO: Que, como segunda causal de casación en la forma del recurso en análisis se esgrime la infracción al artículo 26 de la Ley Nº 20.600 inciso 5º, que establece el deber de apreciar en la sentencia las probanzas aportadas conforme a las reglas de la sana crítica. Expone el recurrente que el Tribunal dejó sin efecto la resolución del Comité de Ministros y la RCA en atención a lo que consideró las falencias metodológicas del Informe de Inspección Antropológica y a la falta de fundamentación del pronunciamiento conforme emitido por la CONADI. Tales yerros en la ponderación de las pruebas condujeron a los jueces –a su juicio– a conclusiones equivocadas.

Señala además que se vulneró el sistema de valoración de la sana crítica al soslayar los jueces el principio de la lógica relativo a la razón suficiente. La falta de consideración a este principio se hace evidente al constatar que –contrariamente a lo indicado en el fallo– no es efectivo que en la RCA no se haya hecho referencia a los efectos que se describen en las letras c) y d) del artículo 11 de la Ley Nº 19.300, toda vez que tal análisis sí estuvo contenido en los antecedentes generales del Informe de Inspección Antropológica. Por otra parte, si bien es efectivo que en el referido informe se da cuenta de una entrevista única a una persona que no es indígena, el reproche de la sentencia no aborda la realidad consistente en que no había personas de esa etnia en el área de influencia del Proyecto. Finalmente y siendo también efectivo que la persona entrevistada –de que hace mención el aludido Informe– respondió que ni ella ni su cónyuge tenían conocimiento de la existencia de un cementerio indígena, arguye el recurso que no resulta ser en modo alguno cuestionable que, de una constatación empírica se deduzca la consecuencia que resultó plasmada en los autos administrativos atinentes en orden a concluir que esos cementerios antiguos o modernos, y/o demás sitios patrimoniales mapuches, no existen.

Explica que se vulneró el principio de razón suficiente ya que las deficiencias detectadas, tanto en el Informe de Inspección Antropológica como la aludida falta de fundamentación del Informe de CONADI contenido en el oficio Ord. Nº 634, no tienen el mérito suficiente para estimar que no se descartó un impacto adverso en comunidades indígenas.

Puntualiza que no siendo efectiva la falta de fundamentación del Informe contenido en el Oficio antes citado de Conadi, y aún cuando existieran algunas deficiencias metodológicas en el Informe de Inspección Antropológico, de ello no se deriva necesariamente la conclusión asentada en el fallo en orden a que no existen elementos para descartar un impacto adverso directo y significativo en comunidades indígenas. Es así como no se aprecia la multiplicidad, gravedad, precisión, concordancia y conexión necesarias en los antecedentes, que permitan coincidir con lo determinado por el Tercer Tribunal Ambiental.

TERCERO: Que, como tercera causal del recurso, el Director Ejecutivo explica que la sentencia fue pronunciada por un tribunal absolutamente incompetente en cuanto a la

materia, vulnerando así el artículo 26 inciso 4° de la Ley N° 20.600, en relación con el artículo 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil.

Señala que la competencia de los Tribunales Ambientales para conocer de una reclamación —en el caso, del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600— se delimita por los requisitos copulativos contenidos por el propio texto de esa norma, en relación con lo estatuido en los artículos 29 y 20 de la Ley N° 19.300, esto es, que se hayan realizado observaciones en el proceso de participación ciudadana durante la evaluación ambiental del proyecto sometido a Declaración o Estudio de Impacto Ambiental; que hechas las observaciones, éstas no hayan sido consideradas por la autoridad ambiental en la Resolución de Calificación Ambiental; que la falta de ponderación haya dado lugar a un recurso de reclamación para ante el Director Ejecutivo, o ante el Comité de Ministros, según corresponda; que resuelto ese recurso por la autoridad ambiental, se haya agotado la vía administrativa, y, que de esta última resolución, dentro del plazo de 30 días, se presente reclamación ante el Tribunal Ambiental que corresponda. Es solo del modo recién indicado que las reclamaciones, como la que ocupa este análisis, puede ser conocida por los Tribunales Ambientales. En la especie, por tratarse de un proyecto sometido a Estudio de Impacto Ambiental la reclamación interpuesta por algún observante ciudadano debió ser conocida y resuelta por el Comité de Ministros.

Continúa explicando que las reclamaciones contenidas en los numerales 5° y 6° del artículo 17° de la Ley N° 20.600 requieren para su ejercicio del agotamiento de la vía administrativa, lo que configura una excepción “a la regla general utilizada por nuestro legislador dispuesta por el artículo 54 de la Ley N° 19.880”. En concordancia con lo anterior, el artículo 29 de la Ley N° 19.300 señala que el Comité de Ministros conocerá de aquellos reclamos presentados por observantes ciudadanos que estimen que sus observaciones formuladas en el procedimiento de evaluación ambiental, en el contexto de la participación ciudadana, no han sido debidamente consideradas en la RCA respectiva.

Expresa que, en tal caso, y en serie con el principio de congruencia consagrado en el inciso tercero del artículo 41 de la Ley N° 19.880, el Comité de Ministros solo pudo pronunciarse en lo que atañe al artículo 29 de la Ley N° 19.300 respecto de aquellos reclamos presentados por observantes ciudadanos que estimaren que existió una indebida consideración de sus observaciones en el procedimiento de evaluación ambiental.

Es en las condiciones antes descritas que se impone el deber de agotar la vía administrativa, quedando acotada a esas eventuales reclamaciones, la decisión del Comité de Ministros, y en tales condiciones una resolución final administrativa desfavorable resulta ser reclamable en los términos del N° 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600.

Añade que, como consecuencia de lo anterior, surge que los reclamantes —que en el hecho no agotaron la vía administrativa—, carecen de legitimación activa para ejercer la reclamación recién aludida. Expresa también que una situación como la producida en autos, en que el tribunal se declara competente para conocer de una materia que no fue objeto de reclamo para ante el Comité de Ministros —toda vez que el procedimiento de reclamación fue iniciado e impulsado por el titular del proyecto—, genera una real indefensión para este último, vulnerando su derecho a defensa respecto de materias que no fueron discutidas en sede administrativa y que, por ende, no fueron puestas en su conocimiento.

Asevera que los reclamantes solo estuvieron en condiciones de ejercer la acción residual prevista por el artículo 17 Nº 8 de la Ley Nº 20.600, para cuyo conocimiento el Tribunal de Valdivia sí resultaba ser competente. Expone que una adecuada interpretación de la Ley Nº 19.300, conjuntamente con las Leyes Nº 20.417 y Nº 20.600, permitiría concluir que el legislador buscó garantizar la tutela judicial efectiva a través del establecimiento de una acción de impugnación general contra actos administrativos ambientales, cometido que cumple la norma ya citada del Nº 8 del artículo 17 de la Ley Nº 20.600. La acción en comento puede ser ejercida tanto por terceros interesados, como en general por aquellos sujetos que no satisfagan los presupuestos de impugnación que exigen las acciones del artículo 17 Nº 5 y 6 de la Ley Nº 20.600.

Finaliza su argumentación indicando que el Tribunal Ambiental tiene límites en el control judicial que realiza del contencioso administrativo, encontrándose en el caso de autos circunscrito a analizar si las observaciones formuladas por los reclamantes fueron o no debidamente consideradas durante la evaluación ambiental del proyecto, pero todo ello en concordancia con el agotamiento previo de la vía administrativa. De esta manera, arguye que al conocer el Tribunal de las reclamaciones formuladas en autos en virtud del Nº 6 del artículo 17 de la Ley Nº 20.600, sin llenar el presupuesto recién enunciado, sobrepasó los límites de su competencia, incurriendo en la causal prevista por el artículo 768 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil.

A todo lo anterior, añade que, sin perjuicio de lo ya dicho, precisa hacer constar que, en todo caso, en las observaciones de la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán no se objetó la metodología utilizada por el Titular del proyecto, evento en el que no podía ser este punto una materia de estudio y desarrollo por el Tribunal Ambiental, y sin embargo sí la abordó y decidió el conflicto en base a este análisis.

CUARTO: Que respecto de la primera causal de nulidad formal alegada en relación al artículo 25 de la Ley Nº 20.600 –referida a la falta de fundamentación y consideraciones respecto a la valoración de todas las pruebas aportadas– y para entrar a decidir este capítulo, es necesario precisar que en el marco del procedimiento de reclamación ante el Tribunal Ambiental los argumentos de la Comunidad Benancio Huenchupán sí se refirieron a la prueba aportada por el titular del Proyecto y particularmente, al Informe de Inspección Antropológica, aludiendo a diversas deficiencias y desconocimiento de la situación en la realidad, todo lo cual habría generado una vulneración al Convenio 169 de la OIT. Junto con ello, se indicó por la Comunidad que sus observaciones ciudadanas, formuladas en el proceso de evaluación ambiental, no fueron consideradas por el Comité de Ministros.

Ahora bien, a este respecto cabe consignar que el tribunal se hizo cargo de toda la prueba producida, dando preminencia a los elementos que estimó de mayor relevancia para la decisión. Es así como consideró que la resolución impugnada en la sede jurisdiccional, esto es la Nº 0322, de fecha 28 de marzo de 2016 del Director Ejecutivo del SEA, tuvo como pilares sustentatorios básicos el Informe de Conadi de que da cuenta el Oficio Nº 634 de 2013 y el Informe de Inspección Antropológica aportado por el titular del Proyecto como Anexo 12 del Estudio de Impacto Ambiental.

Discurre el fallo que fue medularmente sobre la base de estos elementos que en sede administrativa se determinó que no se producían —con el Proyecto en cuestión— impactos directos y significativos que afectaran a los pueblos originarios, misma conclusión que se alcanzó al considerar las observaciones ciudadanas de la Comunidad en comento, en el texto de la RCA. Añade que el Informe de Inspección Antropológica hace referencia más bien a los efectos de la letra f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, soslayando hacer mención de las letras c) y d) de la citada norma.

Es del caso que, además de haber razonado el tribunal en relación a las falencias de ambos elementos de prueba recién aludidos, abordó también la actividad probatoria de la Comunidad expresando que esta parte no aportó prueba en contrario que diga relación con la afectación directa y de significación a las comunidades indígenas del sector, lo que no obsta a que en definitiva haya concluido que *“al no existir evidencia suficiente e idónea para descartar la afectación a la Comunidad, estos sentenciadores no pueden pronunciarse fundadamente al respecto”*.

QUINTO: Que conforme a lo expresado es posible apreciar que el tribunal no omitió el análisis de las pruebas y antecedentes aportados, toda vez que se hizo cargo de los mismos abordando circunstanciadamente sus deficiencias, así como los motivos o fundamentos de hecho y de derecho que le llevaron a adoptar la decisión en definitiva asentada, de modo que no se ha infraccionado el artículo 25 de la Ley N° 20.600. Por otra parte, los términos en que se formula esta causal al indicar que el fallo no pondera “correctamente” determinados antecedentes y/o, la falta de una cabal ponderación, traduce más bien la disconformidad de la recurrente con la ponderación de las probanzas por parte de los jueces, actividad que resulta estar fuera de los márgenes de la causal de nulidad formal hecha valer, la que por consiguiente, deberá ser desestimada.

SEXTO: Que la segunda causal de nulidad formal se funda en la acusada infracción al artículo 26 inciso quinto de la Ley N° 20.600, por no haber sido pronunciado el fallo previa valoración de las pruebas conforme las reglas de la sana crítica. Como ya se indicó, esgrime el recurso que se vulneraron las reglas de la lógica y, en particular, el principio de razón suficiente.

Señala preliminarmente la recurrente que el tribunal, sobre la base de lo que consideró falencias metodológicas del Informe de Inspección Antropológica y falta de fundamentación del Informe de Conadi, concluyó y decidió que en la especie no es posible descartar un impacto adverso y significativo en las comunidades indígenas, motivo por el que acogió la reclamación de la Comunidad Indígena Benancio Huenchunpán. Ahora bien, todas las razones de que se sirve el recurso para fundar la vulneración del principio de razón suficiente constituyen más bien una nueva valoración de las probanzas ya aludidas. En un primer aspecto —como se vio—, se limita a aseverar que la RCA sí contiene referencias a las afectaciones contenidas en las letras c) y d) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, en tanto que las argumentaciones que esgrime a continuación —reconociendo los reproches que el fallo formula a los medios probatorios tantas veces citados—, pretende derechamente una ponderación distinta a la vertida por los sentenciadores. En tales condiciones,

no cabe sino concluir que los fundamentos en que se hace descansar la causal en análisis no configura la pretendida vulneración del sistema de valoración de la sana crítica en la ponderación de las pruebas de que cuenta la sentencia atacada, motivo por el que deberá también desecharse este capítulo de nulidad.

SÉPTIMO: Que en cuanto a la tercera causal de casación de forma, esto es, la infracción al artículo 26 inciso 4° de la Ley Nº 20.600 en relación al artículo 768 Nº 1 del Código de Procedimiento Civil la recurrente argumenta que el Tribunal Ambiental ha carecido de competencia para conocer del presente conflicto, en razón de la materia, al tiempo que esgrime la falta de legitimación activa de los reclamantes.

Expone –como se indicó–, que la reclamación del artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600 requiere, de acuerdo a su texto, de los requisitos copulativos que allí se expresa, y en particular, conforme a lo reseñado en el motivo tercero, y para lo que interesa a este estudio, que quien acciona haya agotado la vía administrativa, ya que de otro modo los reclamantes carecen de legitimación activa y solo pueden disponer de la acción residual prevista por el Nº 8 del artículo 17 de la citada Ley, todo ello, al margen de considerar que una situación como la que aquí se presenta genera indefensión para el titular del proyecto, único interesado que agotó la vía administrativa al reclamar de la RCA, desfavorable del proyecto.

OCTAVO: Que cabe, de partida, considerar que no procede interpretar las normas atinentes a la cuestión en debate de tal modo restrictivo que signifique no solo soslayar el principio básico de tutela judicial efectiva, sino que además el sentido general de la garantía consagrada por la Constitución Política de la República al establecer en el artículo 38 inciso segundo que: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño”.

La creación de los Tribunales Ambientales ha sido la respuesta concreta a la garantía de tutela judicial efectiva en materia ambiental, postulado que inclina al interprete al reconocimiento del derecho a la acción también en esta rama del ordenamiento jurídico.

NOVENO: Que como se observa, en un mismo capítulo de nulidad formal por incompetencia del tribunal, se alega la falta de legitimación activa de los actores de sendos reclamos formulados en estas causas acumuladas, alegaciones que se hacen derivar del mismo hecho de no haber agotado los demandantes la vía administrativa, en tanto no presentaron formalmente reclamaciones para ante el Comité de Ministros.

DÉCIMO: Que previo a otra consideración corresponde precisar que la vertiente de incompetencia del Tribunal Ambiental no se configura en la especie, pues lo llevado a esa sede es de aquellas materias que precisamente por disposición de la ley caen en la esfera de su competencia. Distinto es que, en concepto de la recurrente, la acción ejercida no corresponda a las circunstancias de hecho de que da cuenta el procedimiento de

evaluación ambiental y a las particularidades del procedimiento de reclamación en sede administrativa, y/o, que por tales razones los reclamantes no sean titulares de la acción prevista en el N° 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600.

UNDÉCIMO: Que en efecto, el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600 prescribe, en lo que interesa, lo siguiente: “Competencia. Los Tribunales Ambientales serán competentes para: 6) Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”.

DUODÉCIMO: Que de los términos del texto, en parte reproducido, surge de modo inequívoco que, cualquiera sea la apreciación que se tenga del mérito de la acción entablada y de la eventual decisión que en ella deba recaer, es claro que el conocimiento y resolución de la misma corresponde a los Tribunales Ambientales, razón suficiente para desestimar la alegación de incompetencia, así como también la incorporación de la argumentación relativa a la titularidad de la acción, misma que escapa a los márgenes de este recurso extraordinario formal, sin perjuicio de lo que se dirá a propósito de las impugnaciones vertidas en sede de nulidad sustancial.

DECIMOTERCERO: Que atento lo razonado precedentemente el presente recurso de casación formal deberá ser desestimado.

DECIMOCUARTO: Que, por su parte, la entidad titular del proyecto, *Hidroeléctrica doña Alicia S.A.*, esgrimió como primera causal de nulidad formal el haber sido dictada la sentencia por tribunal incompetente, incurriendo de este modo en la situación prevista por el artículo 768 N° 1 del Código de Procedimiento Civil, en relación con lo preceptuado por el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600.

Explica que es esta última norma la que fija la competencia de los tribunales ambientales, y es así como en su N° 6 indica que tales unidades jurisdiccionales conocerán de las reclamaciones de cualquier persona natural o jurídica cuyas observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley. Reproduciendo en parte los textos atinentes de las disposiciones recién aludidas, el recurso se sitúa en el ámbito del artículo 29 de la Ley N° 19.300 por tratarse en la especie de un Estudio de Impacto Ambiental. De esta normativa deduce que la competencia del tribunal, en esta materia, está acotada a determinar si las observaciones de los reclamantes formuladas en el período de participación ciudadana, fueron o no debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA pertinente. Lo anterior

imponía como primer deber el identificar las observaciones hechas por los reclamantes para luego determinar si fueron o no consideradas.

Explica que, no obstante el tenor de la norma en comento, el tribunal ambiental desbordó su competencia y analizó y decidió en base a los contenidos y mérito de los antecedentes evaluados en la RCA, y luego, por el Comité de Ministros. Añade que la sentencia impugnada en lugar de determinar si se consideró o no en la RCA respectiva y posteriormente en la Resolución que se impugna, las observaciones hechas valer por la Comunidad Benancio Huenchupán, y por don Ignacio de la Noi y otros, fue más allá de esa constatación y acogió sendas reclamaciones sustituyendo el criterio de la autoridad ambiental en la evaluación de los medios aportados para la decisión, y yendo aún más lejos, acogió la reclamación de la comunidad mencionada sobre la base de una supuesta deficiencia metodológica del Informe de Inspección Antropológica, cuestión ésta que no formó parte de las observaciones ciudadanas formuladas por esa entidad. Reitera, que al decidir de ese modo el tribunal obró fuera de la órbita de su competencia, incurriendo en la causal de nulidad formal ya descrita.

DECIMOQUINTO: Que, como segunda causal, el Titular señala que la sentencia ha sido dictada “*ultra petita*”, en su variante de “*extra petita*”, lo que funda en el Nº 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil en relación con el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600. Esgrime que el Tribunal Ambiental no se pronunció sobre el único aspecto que estaba llamado a abordar, atendida la acción intentada en sendos reclamos, esto es, la prevista en el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600. Este texto solo habilita para impugnar la falta de consideraciones del acto administrativo –la RCA o la Resolución del Comité de Ministros– en relación a las observaciones formuladas por tales reclamantes en el proceso de evaluación ambiental.

Explica que habiéndose fundado ambas reclamaciones jurisdiccionales en la falta de consideraciones en relación a sus observaciones, el tribunal soslayó esta arista del conflicto, y, en lugar de eso, confundiendo la motivación de un acto administrativo con los motivos del mismo, y faltando al principio de congruencia –en tanto modificó la causa de pedir–, analizó y decidió en base a la falta de idoneidad de los elementos y medios considerados en la resolución que se impugna, esto es, el Informe de Conadi y el Informe de Inspección Antropológica. Hace constar el recurso que la ley ha establecido una acción genérica y residual para impugnar un acto por otras razones distintas de la falta de motivación, esto es, la prevista por el Nº 8 del artículo 26 de la Ley Nº 20.600.

Puntualiza que al abordar el conflicto del modo que lo ha hecho, esto es, no solo más allá de lo que permite la acción incoada, sino que más allá y fuera del ámbito fijado por las partes, se ha incurrido en la sentencia en la causal de *ultra petita* ya aludida, lo que autoriza su anulación.

DECIMOSEXTO: Que como es posible de apreciar, ambas causales de nulidad formal, de los numerales 1 y 4 del artículo 768 del Código de Procedimiento Civil, la de incompetencia del tribunal cuanto la alegación de *ultra petita*, han sido planteadas en relación con lo dispuesto por el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600. En las dos situaciones

se ha esgrimido que el tribunal soslayando el texto de la misma, no analizó el único tópico a que estaba compelido, tanto por el texto de la norma como por los planteamientos de las reclamaciones incoadas en autos, esto es, si las observaciones de los actores fueron o no consideradas en la RCA y en la resolución que en esta causa se impugna, la N° 0322 del Director Ejecutivo del SEA, que contiene la decisión del Comité de Ministros que acogió la reclamación del titular del Proyecto. Respecto de ambas causales se aduce que el tribunal, apartándose del contenido del artículo 17 N° 6 ya citado, evaluó y decidió el conflicto en base al mérito de los elementos y antecedentes allegados en sede administrativa para los efectos de adoptar las decisiones concernientes al proyecto en mención, particularmente el Informe de Conadi contenido en el Oficio N° 634 de 5 de noviembre de 2013, y el Informe de Inspección Antropológica que el tribunal ponderó como deficitarios. A los efectos de la primera causal hecha valer la situación recién descrita habría configurado la incompetencia del tribunal, en tanto que, respecto de la segunda el efecto se habría traducido en la extensión del fallo en *ultra petita* por *extra petita*.

DECIMOSÉPTIMO: Que tal como se ha razonado a propósito de la incompetencia del tribunal alegada por el SEA, tal incompetencia en la especie no se ha configurado, siendo del caso reiterar las razones y conceptos vertidos a este respecto en los fundamentos décimo y undécimo.

DECIMOCTAVO: Que tampoco se configura la causal del artículo 768 N° 4 (en la versión de *extra petita*), toda vez que como ya se enunció en el motivo cuarto, la reclamación jurisdiccional interpuesta por la Comunidad Benancio Hunchupán –a cuyo respecto resultan atingentes los elementos y medios técnicos a los que se hace mención por el recurrente, consistente en el Informe de Conadi y en especial el Informe de Inspección Antropológica aportado por el titular, –la evidencia y reproche al contenido de estos elementos sí formaron parte la reclamación respectiva, por un lado dando cuenta de una versión distinta– en cuanto a la afectación a población indígena– de lo consignado en el Informe de Conadi, y por otra parte, controvirtiendo derechamente el mérito del Informe de Inspección Antropológica, tantas veces referido.

En estas condiciones, los análisis y conclusiones asentados por el tribunal, sobre la base de estos antecedentes, no han excedido el marco del conflicto en los términos de lo pretendido por las partes.

DECIMONOVENO: Que lo precedentemente concluido conducirá también al rechazo del recurso de nulidad formal recién estudiado.

II.– EN CUANTO A LOS RECURSOS DE CASACIÓN EN EL FONDO

VIGÉSIMO: Que, como primera causal de casación en el fondo, *el recurrente SEA*, esgrime la vulneración del inciso final del artículo 3° de la Ley N° 19.880. Explica que el

Tribunal Ambiental pasó por alto la presunción de legalidad de que están investidos los actos administrativos en virtud de la norma citada, yerro que se hizo evidente al trasladar a la autoridad administrativa la carga de probar la legalidad de sus propios actos.

Señala que el acto impugnado en sede ambiental hizo suyos los fundamentos contenidos en la RCA, en tanto desestimó las observaciones planteadas en el procedimiento de evaluación, particularmente, por la Comunidad Indígena Banancio Huenchupán.

Es así como en la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) se concluyó que el proyecto no generaba alteración en los sistemas de vida y costumbres indígenas, así como tampoco se encontraba próximo a población protegida y, por ende, no era procedente realizar un proceso de consulta indígena en los términos del Convenio 169 de la OIT. De este modo, a juicio del recurrente, correspondía presumir la legalidad de tal acto administrativo que determinó la inexistencia de un impacto adverso, significativo, en comunidades indígenas y, es precisamente esto, lo que debía ser desvirtuado por los reclamantes “con antecedentes probatorios suficientes”, lo que no aconteció.

VIGÉSIMO PRIMERO: Que, como segunda causal del recurso, se denuncia la infracción de los incisos 2º y 3º del artículo 13 y lo dispuesto en los incisos 1º y 2º del artículo 53, ambos de la Ley Nº 19.880. En relación al primer texto en mención señala que el vicio de procedimiento, o de forma, solo afecta la validez del acto administrativo cuando recae en algún requisito esencial del mismo, sea por su naturaleza, o por mandato del ordenamiento jurídico siendo necesario que genere perjuicio al interesado. El fallo impugnado —dice— deja de aplicar aquella norma, que precisamente estaba llamada a dirimir la presente controversia.

En su concepto, el Tribunal concluyó que las deficiencias metodológicas del Informe de Inspección Antropológica le impidieron tener por acreditada la inexistencia de impactos adversos significativos sobre comunidades indígenas, pero sin realizar ningún análisis respecto a la existencia o no de algún perjuicio irrogado eventualmente a la Comunidad reclamante, requisito que era indispensable al momento de declarar la nulidad del acto administrativo impugnado.

De esta forma, considera el recurrente que el Tribunal Ambiental ha desconocido el principio relativo a la permanencia y conservación de los actos administrativos, en cuya virtud no se permite la extinción de un acto de esta clase por cualquier vicio, sino que se exige la concurrencia de ciertos requisitos para afectar su validez.

Arguye que el principio de conservación en referencia, afirma la existencia de un valor jurídico en la mantención de todo acto administrativo que sea capaz de cumplir válidamente la finalidad que tiene encomendada. Esto significa que, si no obstante observarse un vicio formal el resultado no varía, y si además no se deriva de ello un perjuicio, ha de aplicarse el principio de conservación. En tales circunstancias la anulación viene a corresponder a una sanción de último arbitrio. En otras palabras, solo procederá la anulación del acto cuando el vicio incida en elementos o requisitos esenciales y además genere perjuicio. Ello es así por cuanto los defectos de forma deben tener menor significación que el elemento de fondo, razón por la que solo ameritan la anulación si por su carácter de esencial impiden que el acto logre su finalidad. De no ser así, el acto debe

continuar surtiendo sus efectos, sin perjuicio de otras consecuencias, o de las sanciones, o responsabilidades disciplinarias correspondientes.

Tal principio argumenta, reconocido y sancionado por la doctrina y la jurisprudencia, propugna la conservación o mantención de los actos administrativos en tanto sirvan a las finalidades u objetivos que les ha fijado el ordenamiento jurídico. Añade que, por otra parte, el ejercicio de la potestad invalidatoria admite diversas limitaciones relacionadas con los efectos que el acto respectivo ya ha producido, verbigracia, en situaciones jurídicas consolidadas, de buena fe, generadas sobre la base de la confianza de los particulares en la Administración, mismas que requieren ser amparadas por razones de seguridad jurídica con miras a evitar que, por la vía de la invalidación, se ocasionen consecuencias más perniciosas que las que produciría la convalidación de los correspondientes actos.

Señala que en la especie el vicio en análisis se ha concretado y hecho evidente en el tratamiento y relevancia que el tribunal otorgó a lo que consideró deficiencias de metodología en el Informe de Inspección Antropológica y falta de ponderación o fundamentación en el Informe Conadi, sin explicitar la forma en que tales eventuales debilidades incidían en la evaluación ambiental del proyecto en su globalidad, o, de qué forma se impedía el cumplimiento de los fines del sistema de evaluación y/o, la modalidad específica en que aquellas falencias generaban perjuicios irremontables que justificaran dejar sin efecto todo el procedimiento administrativo de evaluación del proyecto.

Específicamente, el Director Ejecutivo declara que el vicio a que alude el tribunal, de existir, no genera perjuicio alguno pues se procedió a una correcta evaluación y no se atentó contra el objeto o finalidad del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental.

Realza la necesidad de haber considerado que existen – además de los parámetros contenidos en el Informe de Inspección Antropológica, en relación a la distancia o proximidad del proyecto con las comunidades– otros antecedentes que sirven para descartar la necesidad de consulta indígena en este caso, habiéndose evaluado adecuadamente todas las variables ambientales, de lo que dio cuenta en su oportunidad el respectivo Informe Consolidado, contenidos éstos, no evaluados ni ponderados en el fallo que se impugna.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Que, como tercera causal de casación en el fondo, el recurrente denuncia la vulneración del artículo 30 de la Ley N° 20.600, que se refiere al contenido de las sentencias de los Tribunales Ambientales.

Plantea el Director Ejecutivo que la función de revisión de la legalidad del contenido administrativo por parte de los Tribunales Ambientales tiene ciertas limitaciones que afectan su competencia, a efectos de proteger ciertos rasgos de la discrecionalidad de la Administración del Estado.

Continúa explicando que el Tribunal Ambiental, al conocer sobre las reclamaciones del artículo 17 de la Ley N° 20.600 debe limitarse a determinar la legalidad o ilegalidad del acto, pero no puede discurrir acerca del mérito del mismo y, una vez justificada y decretada la anulación de aquél, tampoco puede determinar el contenido del acto. En la especie, el legislador otorga potestades discrecionales a la administración –SEA, Director Ejecutivo, Comité de Ministros– para cumplir con el fin último que es la evaluación ambiental del proyecto, considerando todos los elementos propios de esta actividad.

Indica el recurso que en la situación en análisis el Tribunal Ambiental, enfrentado a que el acto impugnado da cuenta de haber hecho suyos el Comité de Ministros las razones de la RCA para desestimar las observaciones de la Comunidad Indígena Benancio Huenchupán, centró su atención en un presunto error en los supuestos de hecho de la RCA, relacionados con deficiencias metodológicas del Informe de Inspección Antropológica, proporcionado por el titular del proyecto. En tales condiciones, el citado tribunal ponderó la bondad de las metodologías utilizadas, materia que claramente quedaba comprendida en el ámbito de la discrecionalidad técnica reconocida a la autoridad administrativa, lo que resultó vulneratorio del texto del artículo 30 antes aludido.

VIGÉSIMO TERCERO: Que como último capítulo del recurso de casación en el fondo, el recurrente esgrime la vulneración de los artículos 17 letra f) y 41 inciso tercero de la Ley Nº 19.880. Al respecto, comienza señalando que la evaluación ambiental y la etapa recursiva ante el Comité de Ministros, son procedimientos administrativos a los que supletoriamente se aplica la Ley Nº 19.880, por disposición del artículo 1º de este cuerpo normativo.

Explica en síntesis, que el artículo 17 recién citado establece los derechos de que gozan las personas ante la administración y, específicamente en su letra f) consagra, para lo que aquí interesa, el derecho a: “Formular alegaciones y aportar documentos en cualquier fase del procedimiento anterior al trámite de audiencia, que deberán ser tenidos en cuenta por el órgano competente al redactar la propuesta de resolución”.

Añade que, a su turno, y también para lo que importa a este análisis, el artículo 41 inciso tercero de la citada Ley Nº 19.880 preceptúa que: “En los procedimientos tramitados a solicitud del interesado, la resolución deberá ajustarse a las peticiones formuladas por éste, sin que en ningún caso pueda agravar su situación inicial y sin perjuicio de la potestad de la administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si fuere procedente”.

Acusa que el tribunal, obviando las normas antes citadas, aseveró que el Comité de Ministros recogió las inquietudes de la Comunidad reclamante en autos y las tuvo a la vista para resolver la reclamación administrativa del titular del proyecto. Ha sido en este contexto que la sentencia recurrida por esta vía incorporó y estimó como parte de la materia reclamada en sede administrativa, las pretensiones de la Comunidad Benancio Huenchupán, conclusión del todo errada. En efecto, señala que el recurso de reclamación administrativa, tal como lo reconoció el Comité de Ministros, fue interpuesto por el titular del proyecto y, en concordancia con lo preceptuado por el artículo 41 de la Ley Nº 19.880 el indicado Comité acotó el marco de análisis de la reclamación a las materias especificadas en el fundamento duodécimo de la resolución administrativa impugnada, sin mención a las observaciones de la comunidad, y, en armonía con este marco, resolvió la reclamación del titular.

Explica que, solo a título de dar cumplimiento a lo previsto por el artículo 17 letra f) de la Ley Nº 19.880, en su fundamento décimo tercero la resolución atacada hizo constar expresamente que los antecedentes y observaciones planteadas por determinadas personas jurídicas y naturales “no cumplen con las formalidades y requisitos para

ser incorporados a la presente instancia recursiva como nuevas materias reclamadas”, agregando que tales inquietudes han sido recogidas y tenidas a la vista por el Comité de Ministros para los efectos de la resolución de los recursos de reclamación interpuestos. Añade la resolución citada que, en cuanto a la supuesta aplicación del Convenio 169, por la proximidad de comunidades mapuches y posible afectación del proyecto en los aspectos allí referidos, tales inquietudes ya fueron planteadas en las observaciones ciudadanas y debidamente consideradas y respondidas en la RCA 79/2015 página 274 a 278. Con lo anterior, la entidad administrativa concluye que las afectaciones hechas valer no se presentaron.

El recurso de nulidad sustancial asevera que las referencias antes citadas no significan en modo alguno que las observaciones de la Comunidad reclamante hayan sido consideradas como parte integrante de la reclamación a resolver por el Comité de Ministros. Es por ello que, al estimar el Tribunal Ambiental que el contenido ya singularizado de la resolución reclamada deja en evidencia que se incorporó como parte del reclamo administrativo las observaciones de la Comunidad –lo que le habilitaría para pronunciarse en la sentencia, como de hecho lo hizo–, ha incurrido en los yerros jurídicos antes anotados, lo que amerita la anulación del fallo impugnado.

Indica finalmente el recurso que, si el tribunal no hubiere incurrido en el error indicado, habría comprendido que el objeto de los reclamos en sede jurisdiccional no formaron parte de la materia reclamada por la vía administrativa, lo que le habría llevado a concluir que no resulta legítimo que los demandantes ocurrieran en sede jurisdiccional ejerciendo la acción prevista por el artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600.

VIGÉSIMO CUARTO: Que en relación a los dos primeros capítulos de nulidad sustancial esgrimidos por el SEA, esto es, de haberse vulnerado por los jueces los artículos 3, 13 incisos segundo y tercero, y 53 inciso segundo, todos de la Ley N° 19.880, cabe advertir en primer término que se trata de disposiciones supletorias y genéricas aplicables a los actos administrativos en general, en tanto que el conflicto que nos ocupa, esto es, una materia concerniente a la evaluación ambiental de un Proyecto, tiene su propia normativa particular y de aplicación preferente inspirada en principios como el precautorio, que impone la adopción de las medidas anticipadas y necesarias frente a un eventual riesgo en esta materia; el mismo resulta ser de la mayor importancia y ha sido considerado por la doctrina como un elemento de razonabilidad (Rebolledo, página 411 Actas de las VII Jornadas de Derecho Ambiental. Universidad de Chile, Centro de Derecho Ambiental). En tal contexto se vierte el argumento del fallo atacado en cuanto a que, frente a la incertidumbre de afectación de Comunidades Indígenas, no es posible adoptar una decisión que signifique descartar la afectación a esa parte reclamante, ello, por falta de una eficiente prueba técnica ambiental. Tal falencia, es calificada por el Tribunal Ambiental como un vicio de la evaluación ambiental, motivo por el que decidió acoger la reclamación.

En efecto, el tribunal determinó como circunstancias no desvirtuadas en autos la falencia metodológica del Informe de Inspección Antropológica aportado a la evaluación por el titular, así como la falta de fundamentación del Informe de Conadi, contenido en

el Oficio 634 de 5 de noviembre de 2013. Expresó además que sobre la base de estos elementos, la autoridad administrativa estableció que el Proyecto antes mencionado no generaba efectos adversos a la Comunidad Benancio Hunechupán. Bajo estos supuestos, en la sentencia atacada se concluyó que las observaciones ciudadanas de los reclamantes no habían sido debidamente observadas, ajustando siempre los jueces el mérito de lo obrado en autos y antecedentes aparejados al proceso, con los presupuestos de la acción intentada, esto es, la reclamación prevista por el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600.

El recién citado artículo 17 contiene las diversas acciones de impugnación—denominadas reclamaciones— en cuya virtud la jurisdicción puede ejercer el control de legalidad de actos administrativos y/o de normas regulatorias de tipo ambiental.

Si, en un caso como el de la especie, se determina por el tribunal que concurren los supuestos previstos por el numeral 6º del texto en referencia tendrá lugar lo previsto por el artículo 30 de la citada Ley Nº 20.600, que preceptúa: “La sentencia que acoja la acción deberá declarar que el acto no es conforme a la normativa vigente y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o el acto recurrido y dispondrá que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada”. Añade el texto en su inciso final que: “En el ejercicio de esta atribución el Tribunal no podrá determinar el contenido específico de un precepto de alcance general en sustitución de los que anulare en el caso de los actos de los números 1) y 7) del artículo 17, así como tampoco podrá determinar el contenido discrecional de los actos anulados”.

VIGÉSIMO QUINTO: Que, como es posible de comprender, los textos citados en lo que precede como vulnerados, integran la Ley Nº 19.880 que regula lo concerniente a los actos administrativos en general, el artículo 3 en lo relativo a la presunción de legalidad del acto administrativo; el artículo 13 en sus incisos segundo y tercero, en cuya virtud el vicio de procedimiento o formal solo afecta la validez del acto si ha sido esencial y ha provocado perjuicio, y otorga a la administración la facultad de subsanar los vicios de sus propios actos; y el artículo 53 que se refiere a la potestad de la administración para invalidar de oficio o a petición de parte el acto administrativo, previa audiencia del interesado, invalidación que puede ser total o parcial.

VIGÉSIMO SEXTO: Que estando especialmente normada en la Ley Nº 19.300 sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y en la Ley Nº 20.600 la situación materia del presente conflicto, el Tribunal Ambiental hizo precisamente aplicación de las disposiciones que regulan la materia, esto es —en cuanto a la procedencia y eficacia de la acción— de los artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600 en relación con los artículos 20 y 29 de la Ley Nº 19.300, ello además, en relación con el artículo 53 del D.S. Nº 95 del año 2004.

De esta forma, y existiendo normativa especial aplicable a la contienda que ocupa esta causa, no han incurrido los jueces en los yerros jurídicos que se les atribuye por falta de aplicación de las disposiciones supletorias antes referidas, razones por las que procederá desestimar los capítulos, primero y segundo de nulidad sustancial, hechos valer por el SEA.

VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que en lo que respecta al tercer rubro de nulidad sustancial, por vulneración del artículo 30 de la Ley N° 20.600, texto ya en parte reproducido en lo que precede, cabe advertir que el yerro acusado no se configura en la especie si se le analiza en relación con el tenor del texto en mención. En primer lugar, la denuncia de haber sobrepasado el tribunal los límites del control de legalidad que le está permitido –al discurrir acerca del mérito de los elementos que sirvieron de base a la decisión administrativa agraviante–, no significa ni traduce necesariamente la infracción del texto en referencia, ello por cuanto en un nivel estrictamente acotado y restrictivo, como lo pretende este arbitrio, resultaría fácilmente soslayada la garantía de tutela judicial efectiva para los ciudadanos observantes, efecto que se aleja de los fines perseguidos por el legislador, lo dicho, sin dejar de considerar que ciertamente se buscó también poner límites al control jurisdiccional. En relación a este ejercicio de equilibrio, el profesor Jorge Bermúdez Soto en su obra “Fundamentos de Derecho Ambiental”, página 545 ha señalado que: “Lo que impide la norma es que el juez pueda determinar el contenido de un acto administrativo discrecional, pero no impide que puedan ser controlados todos los elementos formulados para el control de la discrecionalidad”.

En lo que toca al argumento del recurso en orden a que el tribunal ambiental no puede determinar el contenido del acto anulado, cabe puntualizar que tal circunstancia no ha acontecido en la especie toda vez que el fallo impugnado se limitó a declarar que acoge las reclamaciones de fojas 2 y de fojas 118; que la Resolución N° 0322 del Director Ejecutivo del SEA objeto de las reclamaciones, no se ajusta a las normas vigentes, y que anula totalmente ese acto administrativo.

En modo alguno el fallo en examen consigna una decisión de reemplazo.

Las razones precedentemente anotadas resultan ser suficientes para desestimar también este capítulo de casación en el fondo.

VIGÉSIMO OCTAVO: Que finalmente el recurso en examen funda las infracciones de los artículos 17 letra f) y 41 inciso tercero de la Ley N° 19.880 sosteniendo como yerro jurídico del fallo el haber estimado que el Comité de Ministros sí recogió y tuvo en vista –para dictar la resolución administrativa reclamada en autos– las inquietudes hechas valer por los reclamantes en la sede de reclamación administrativa, conclusión que le sirvió de base para integrar esas inquietudes como parte de la materia reclamada, todo lo cual considera erróneo y no ajustado a la realidad de los hechos. Aun cuando la recurrente insiste en su postura de haber versado la decisión del Comité de Ministros solo sobre la reclamación del titular del Proyecto, lo cierto es que del tenor de esa Resolución N° 0322, aparece claro que la autoridad sí evaluó y tuvo en vista para resolver, las inquietudes allegadas en relación a los reclamantes de autos, antecedente que los ha legitimado precisamente para formular sus reclamaciones en sede jurisdiccional, toda vez que el pronunciamiento a su respecto del Comité de Ministros fue desfavorable a sus pretensiones, particularmente, a las de la Comunidad Benancio Huenchupán. Por estas razones, cabe concluir que tampoco puede prosperar este capítulo de nulidad.

VIGÉSIMO NOVENO: Que por su parte *el titular del Proyecto, Hidroeléctrica doña Alicia S.A.*, esgrimió como primer capítulo de nulidad de fondo del fallo que se impugna, la infracción del artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600, en relación con los artículos 20 y 29 de la Ley Nº 19.300 y 19 del Código Civil. Luego de reproducir los citados textos en lo atinente, explica que la acción ejercida en autos, esto es, la reclamación prevista por el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600 tiene como titulares a quienes –personas naturales o jurídicas– han hecho observaciones en el período de participación ciudadana en el marco de un proceso de evaluación ambiental –en la especie, del Estudio del Proyecto en cuestión– y esas observaciones no han sido consideradas en el respectivo procedimiento. Específicamente, el artículo 29 de la Ley Nº 19.300, en referencia al Estudio de Impacto Ambiental dispone que tales observaciones debe ser “debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA”. Luego recuerda el recurso que, tratándose de un Estudio, y para el evento de incumplirse la norma recién citada procede el reclamo administrativo para ante el Comité de Ministros, ello, con arreglo a los plazos y modalidades de sustanciación previstos por el artículo 20 de la Ley Nº 19.300 para la reclamación del titular del proyecto.

Como primera línea argumentativa el recurso en análisis plantea que el yerro de la norma del artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600 se produce en tanto la sentencia del Tribunal Ambiental acoge la reclamación de la Comunidad Benancio Huenchupán pasando por alto la exigencia medular del texto; es decir, que aquellas observaciones de los ciudadanos en la etapa de evaluación no hayan sido realmente consideradas, y es del caso que las alegaciones de la Comunidad en mención, formuladas en la reclamación de autos, constituyen alegaciones nuevas que no se corresponden con las contenidas en las observaciones hechas en el proceso de participación ciudadana.

Esgrime que el tenor de las observaciones planteadas por la Comunidad en el proceso ya aludido, que en gran parte reproduce, estuvieron más bien referidas a un rechazo genérico a cualquier tipo de intervención de los ríos, tierra y elementos de la naturaleza, que entiende, significan perturbación a la etnia mapuche, pero en modo alguno se esgrimió que el Proyecto estuviera emplazado en tierras de la etnia y/o que hubiere mediado errores y falencias en los medios aportados al proceso de evaluación por el titular del Proyecto, y/o que determinados documentos emanados de organismos públicos adolecieran de falta de fundamentación. No obstante lo anterior, la Comunidad Benancio Huenchupán considera estos últimos aspectos en su reclamación jurisdiccional y la sentencia atacada acoge estos planteamientos, precisamente sobre la base de las falencias metodológicas del Informe de Inspección Antropológica, aportado por el titular del Proyecto, y por estimar que el Informe de la Conadi, contenido en el Oficio Nº 634, de 5 de noviembre de 2013, adolece de manifiesta falta de fundamentación.

Expresa además el recurso que las observaciones formuladas en su oportunidad por los reclamantes de autos, fueron claramente recogidas y analizadas en la RCA Nº 79 de fecha 6 de abril de 2015, que calificó desfavorablemente el Proyecto. Allí las referidas observaciones, en particular, las de la Comunidad Benancio Huenchupán, fueron circunstanciadamente consideradas, en especial, en lo que concierne a la eventual afectación del Proyecto en relación a las materias referidas en las letras c), d) y f) del artículo 11 de la

Ley N° 19.300, concluyéndose que esos efectos no se generaban en relación a ese grupo humano, por las razones que en detalle se expresan en la citada RCA N° 79, misma que no fue objeto de reclamación por quienes ahora accionan en autos.

Añade el recurso que el fallo ha obviado que, aun cuando no medió reclamación formal de los reclamantes ante el Comité de Ministros, esta unidad administrativa sí consideró y se hizo cargo de las cartas que en el proceso de reclamación administrativa se hizo llegar a esa sede, habiendo coincidido el Comité de Ministros con las razones y decisión adoptada –respecto de las inquietudes de la mencionada Comunidad–, en la RCA N° 79.

Expone que lo anterior –que fluye del tenor de las observaciones formuladas; de lo expresado en la RCA N° 79 y en la Resolución impugnada en estos antecedentes, la N° 0322 de fecha 28 de marzo de 2016–, significa y traduce el cabal cumplimiento a lo dispuesto por los artículos 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en relación a lo que prescribe el artículo 29 de la Ley N° 19.300 en cuanto la autoridad administrativa consideró debidamente las observaciones ya aludidas. Sostiene que la parte reclamante parece confundir “considerar” y hacerse cargo, con tener que aceptar y acoger los planteamientos contenidos en las observaciones, cuya no es la exigencia de la norma que concede la acción de que trata esta causa.

TRIGÉSIMO: Que en segundo lugar, el recurso denuncia la infracción de los artículos 11 y 41 inciso cuarto de la Ley N° 19.880, en relación con el artículo 9 bis de la Ley N° 19.300.

De los textos que reproduce, los dos primeros se refieren a la necesidad de fundar las decisiones de la autoridad administrativa, especialmente cuando se afectan derechos de los particulares. A su turno, el artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 preceptúa que tanto la Comisión Regional de Calificación Ambiental, como el Director Ejecutivo, en su caso, debería aprobar o rechazar un proyecto o actividad sometido al SEA solo en virtud del Informe Consolidado de Evaluación. Añade la norma que tal Informe deberá contener los pronunciamientos ambientales fundados de los órganos competentes; la evaluación técnica de las observaciones planteadas por la comunidad y los interesados, cuando corresponda, así como la recomendación de aprobación o rechazo del proyecto.

Finalmente la disposición expresa que “El incumplimiento a lo señalado en el inciso anterior se considerará vicio esencial del procedimiento de calificación ambiental”.

Explica el recurso que el acto administrativo anulado por el fallo recurrido, ha cumplido con todos y cada uno de los presupuestos requeridos para una adecuada fundamentación. El citado artículo 9 bis da cuenta de una serie de presupuestos que debe cumplir el Informe Consolidado antes aludido, y de modo expreso indica que el incumplimiento de ese conjunto de supuestos constituye vicio esencial del procedimiento. Señala que, en tal contexto, no es posible concebir que la consideración del tribunal de ser defectuoso o mal fundado uno, o dos de los elementos allegados al proceso de evaluación signifique que el acto terminal que contiene la Resolución N° 0322 –atacada en esta sede jurisdiccional– adolezca o traduzca la ausencia de la debida consideración

que requiere el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600 en relación a las observaciones hechas en la sede de participación ciudadana. Esas falencias son las que el fallo atribuye al Informe de Inspección Antropológica y al Informe de Conadi, antes referidos.

Hace presente, en consecuencia, que al asentar tales conclusiones y sobre esa base acoger la reclamación de la Comunidad, el fallo en examen ha vulnerado gravemente las normas citadas en este apartado.

TRIGÉSIMO PRIMERO: Que finalmente el recurso en estudio denuncia la vulneración del artículo 3 de la Ley Nº 19.880, en relación al artículo 16 en su inciso final, de la Ley Nº 19.300.

Vincula el arbitrio la presunción de legalidad que emana de todo acto administrativo como lo prevé el artículo 3 recién citado, con el texto del artículo 16 inciso final de la Ley Nº 19.300 que dispone: “El Estudio de Impacto Ambiental será aprobado si cumple la normativa de carácter ambiental y, haciéndose cargo de los efectos, características o circunstancias establecidas en el artículo 11, propone medidas de mitigación, compensación o reparación apropiadas. En caso contrario, será rechazado”. Aduce luego que no obstante que la alegación contenida en la reclamación de la Comunidad Benancio Huencupán, en orden a que debió proceder consulta indígena, no formó parte de sus observaciones en el proceso pertinente, razona el recurso que la resolución administrativa final que recogió e hizo suyos los razonamientos de la RCA Nº 79, determinó su improcedencia por falta del presupuesto de afectación directa a una comunidad indígena –como lo requiere el Convenio 169 de la OIT– particularmente considerando que la comunidad más próxima al proyecto que es la mencionada, se ubica a 13 kilómetros de distancia del mismo. Arguye que tal decisión administrativa final, que se presume legal, correspondía que fuera desvirtuada, en sus supuestos de hecho, por quienes disientan del Proyecto, lo que no ocurrió. Explica que, soslayando el mandato de los textos citados, el fallo, aún reconociendo que la Comunidad en referencia no aportó antecedentes tendientes a demostrar la afectación exigida, acogió la reclamación alterando el peso de la prueba al sostener que, no obstante lo anterior no existe en el proceso evidencia suficiente que permita descartar tal afectación, y sobre esas bases, decidió la anulación de la Resolución Administrativa reclamada.

TRIGÉSIMO SEGUNDO: Que en lo que concierne al primer capítulo de nulidad, y, particularmente en lo que toca a la argumentación de hacer referencia la reclamación jurisdiccional de la Comunidad Benancio Huenchupán a observaciones que no formaron parte de aquellas formuladas en la sede administrativa pertinente, cabe consignar que, si bien el tenor de las observaciones allí expresadas no contienen una mención directa a los medios, o elementos que sirvieron de base al Tribunal Ambiental para acoger el reclamo, es lo cierto que, tanto la RCA, como la Resolución 0322, atacada por el reclamo de estos autos, procedieron a desestimar tales observaciones sobre la base de los datos aportados por la inspección en terreno y entrevistas llevadas a cabo en el período de evaluación (de lo que da cuenta el Informe de Inspección Antropológica), y particularmente, con el mérito del Informe emitido por la Conadi, antecedentes que

resultaron ser determinantes para concluir que no existe afectación directa y significativa en lo que concierne a las comunidades indígenas. Es en estas circunstancias que los reclamantes consideran que la resolución administrativa impugnada no contiene la debida consideración de las observaciones formuladas en su oportunidad. En tal contexto queda en evidencia que, no obstante que tanto la RCA N° 79, cuanto la Resolución 0322 contienen un despliegue de argumentos que descartan la afectación, en particular, a la Comunidad reclamante, es lo cierto que la decisión administrativa que se impugna requería fundar adecuadamente y explicitar de qué manera las falencias, tantas veces mencionadas, de sus dos elementos decisorios sobre este punto, no resultaban ser relevantes para arribar a una conclusión certera. Si tales consideraciones no han sido vertidas, no yerra el tribunal al concluir como lo hizo en orden a estimar que las observaciones en cuestión, no fueron debidamente consideradas.

TRIGÉSIMO TERCERO: Que en lo que toca al segundo capítulo de nulidad, el recurrente asienta la idea de que solo el incumplimiento de un cúmulo de supuestos —como los que contiene la norma del artículo 9 bis de la Ley N° 19.300 y a cuyo respecto el legislador determina que existe vicio esencial del procedimiento de evaluación—, constituiría el parámetro para determinar la procedencia de anulación o no de un acto administrativo. Para tal sustento recurre a las normas ya citadas sobre fundamentación de las decisiones administrativas de la Ley N° 19.880. Para desestimar esta alegación basta consignar que la sola concurrencia formal de los presupuestos de un acto administrativo —particularmente en materia ambiental— no satisface el cometido propuesto por el legislador. Precisamente en este capítulo de casación se asevera que la Resolución administrativa evidencia haberse cumplido a cabalidad con todos los supuestos que la normativa exige para la aprobación del Proyecto materia de autos. Sin embargo, ha soslayado el recurso que en el punto relativo a la debida consideración de las observaciones de la Comunidad Benancio Huenchupán, la desestimación del rubro esencial referido a la afectación, particularmente de los aspectos relativos a las letras c), d) y f) del artículo 11 de la Ley N° 19.300, el material de apoyo a la decisión fue extraído en gran medida de los elementos ya aludidos, con las falencias hechas valer, esto es, los defectos metodológicos del Informe de Inspección Antropológica y la falta de fundamentación del Informe de la Conadi, contenido en el Oficio N° 634, de 5 de noviembre de 2013.

TRIGÉSIMO CUARTO: Que finalmente, en lo que respecta a la acusada infracción del artículo 3 de la Ley N° 19.880, en relación al artículo 16 inciso final de la Ley N° 19.300, que se centra en la alegación de haber alterado el Tribunal Ambiental la carga de la prueba haciendo abstracción de la presunción de legalidad de que está investido el acto administrativo atacado, cabe reiterar lo dicho en el motivo vigésimo cuarto, en cuanto a la preminencia del principio precautorio, cuya significación y relevancia excede el marco puramente formal en que apoya su alegación el recurso. Aquél se estructura y rige el desarrollo y ponderación de los elementos que juegan en el proceso de evaluación ambiental buscando la relación existente entre el conocimiento científico disponible y la complejidad de los sistemas ecológicos. Esto significa que,

frente a una situación que pudiera generar daño ambiental pero mediando incertidumbre científica en cuanto a sus efectos, deben adoptarse las medidas necesarias para evitar ese riesgo. Tal como ya se indicó, la observancia del principio enunciado impone una actuación anticipada, incluidas las situaciones en que no se cuente con la certeza absoluta de la afectación temida y sus efectos.

En este contexto, las falencias de los informes que alimentaron la decisión de desestimar las observaciones de la Comunidad en la forma que se hizo, llevan a concluir que no se han configurado los yerros jurídicos que ocupan este rubro de casación, el que en consecuencia tampoco puede prosperar.

TRIGÉSIMO QUINTO: Que en razón de todo lo precedentemente razonado y concluido, los recursos de casación en la forma y en el fondo intentados en autos, deberán ser desestimados.

Por estos fundamentos y de conformidad además con lo dispuesto por los artículos 764, 765, 766, 767, 768 y 805 del Código de Procedimiento Civil, *se rechazan* los recursos de casación en la forma y en el fondo deducidos en lo principal y en el primer otrosí de fojas 1569 y 1647, en contra de la sentencia de veintiocho de diciembre de 2016, escrita a fojas 1529 y siguientes.

Acordada la decisión de desestimar el recurso de casación en el fondo interpuesto por la titular del proyecto, Hidroeléctrica doña Alicia S.A., con el *voto en contra* de la Ministra señora Egnem quien fue de parecer de acoger el primer capítulo de nulidad hecho valer por la recurrente mencionada, esto es, la denuncia de haberse infraccionado el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600, en relación con los artículos 20 y 29 de la Ley Nº 19.300, y artículo 19 del Código Civil, por errada interpretación y aplicación de normativa de fondo aludida, y ello por las siguientes razones:

1º) Porque la acción intentada en estos autos corresponde a la reclamación prevista por el artículo 17 Nº 6 de la Ley Nº 20.600, regulada en los siguientes y precisos términos de este texto, como parte de la competencia que se otorga a los Tribunales Ambientales:

Nº 6: “*Conocer de las reclamaciones que interponga cualquier persona natural o jurídica en contra de la determinación del Comité de Ministros o Director Ejecutivo que resuelva el recurso administrativo cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental, en conformidad con lo dispuesto en los artículos 29 y 30 bis de la Ley Nº 19.300, en relación con el artículo 20 de la misma ley.*”

Será competente para conocer de esta reclamación el Tribunal Ambiental del lugar en que haya sido evaluado el proyecto por la correspondiente Comisión de Evaluación o el Director Ejecutivo del Servicio de Evaluación Ambiental, en su caso”.

2º) Que, como se aprecia del texto reproducido, la acción de que se trata, al contrario de otras que consigna el artículo 17 de la Ley Nº 20.600, verbigracia la del Nº 2, relativa a la reparación del daño ambiental que está eminentemente destinada a discutir y alcanzar una decisión de mérito, la que ocupa este análisis en cambio, es propiamente una acción de legalidad que persigue asegurar y garantizar el derecho a ser oído y a obtener una respuesta fundada o motivada. Es así como, según se expresa en el texto, corresponde a la persona natural o jurídica contra la entidad que corresponda de las

allí mencionadas “cuando sus observaciones no hubieren sido consideradas en el procedimiento de evaluación ambiental”, y no, para el evento que la respuesta sea estimada como errónea, o no coincida con la postura del reclamante.

3º) Que la remisión que el citado texto hace a los artículos 29 y 20 de la Ley N° 20.600 –para los efectos que interesa a esta causa en tanto se trata de un Estudio de Impacto Ambiental– contribuye a precisar los términos en que ha debido tener lugar la ponderación o consideración antes citadas, y el instrumento en el que debe haberse manifestado.

Es así que, el artículo 29 recién citado utiliza la expresión “debidamente consideradas”, aludiendo a que deben ser ponderadas todas y cada una de las observaciones, entregando las razones y argumentos por los que se deniegan o acogen, preservando de este modo el derecho ya mencionado, pero sin dejar de lado otros principios rectores del acto administrativo tales como la presunción de legalidad, y/o el principio de preservación del acto.

La misma disposición añade que tales consideraciones deben estar contenidas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental.

4º) Que sobre el particular, el profesor Jorge Bermúdez Soto en su obra *Fundamentos de Derecho Ambiental*, página 536, recuerda que en su versión original el objeto de este recurso o reclamación no abarcaba la nulidad de la Resolución de Calificación Ambiental, sino solo su enmienda, pero hoy con la modificación a la Ley Bases Generales del Medio Ambiente y el nuevo RSEIA “es posible afirmar que la falta de consideración de las observaciones ciudadanas en los fundamentos de la Resolución de Calificación Ambiental puede traer como consecuencia que la decisión se hubiere dictado sin motivación suficiente, por lo que podría ser anulada por abuso o exceso de poder”.

Como se observa, esta acción –a diferencia de la que por el numeral 5º del artículo 17 se reconoce al titular del Proyecto para impugnar derechamente la RCA, o las condiciones impuestas–, tiene por objeto asegurar la consideración y análisis de las observaciones formuladas por terceros, lo que no significa que necesariamente deban ser acogidas.

5º) Que, en la especie, la resolución que se ha impugnado en estos autos N° 0322, de fecha 28 de marzo de 2016, del Director Ejecutivo del SEA da cuenta que el Comité de Ministros, habiendo tenido indiscutidamente en vista para resolver, las inquietudes allegadas a esa sede de reclamación administrativa por los reclamantes de estos autos, particularmente en lo que respecta a la Comunidad Benancio Huenchupán, hizo suyos todos y cada uno de los razonamientos y consideraciones vertidos en la RCA N° 79 de fecha 6 de abril de 2015 para desestimar tales observaciones, habiéndose hecho cargo aquel instrumento, circunstanciadamente, de todos los aspectos que pudieren significar afectación para los pueblos originarios.

6º) Que en consecuencia, si la Resolución impugnada N° 0322 asumió las consideraciones y detalladas razones de la RCA N° 79 para descartar la afectación del Proyecto sub lite a la Comunidad Benancio Huenchupán y sobre esa base concluyó que los eventuales efectos adversos y/o, afectación directa y significativa a la Comunidad Benancio Huenchupán no se presentan en la especie con ocasión del proyecto en mención, tal contenido del Acto Administrativo reclamado constituye la debida y suficiente

fundamentación que requiere la citada norma del artículo 17 N° 6 de la Ley N° 20.600, en concordancia con los artículos 29 y 20 de la Ley N° 19.300. En estas condiciones, al no entenderlo de este modo, y evaluar en cambio el mérito de la Resolución en examen por la vía de una nueva ponderación de los elementos sustentatorios de tal decisión, los jueces del fondo, en concepto de quien disiente, han incurrido en los yerros jurídicos que se les atribuye en este rubro del recurso, lo que ha influido definitivamente en lo dispositivo del fallo, razón que amerita la anulación solicitada.

Redacción a cargo de la Ministra Sr. Egnem.
Rol N° 3971-2017.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Rosa Egnem S., Sra. María Eugenia Sandoval G., y Sr. Carlos Aránguiz Z., y la Abogado Integrante Sra. Leonor Etcheberry C. Santiago, 28 de junio de 2018.

En Santiago, a veintiocho de junio de dos mil dieciocho, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

COMENTARIO

Por medio del fallo que se comenta, por cuatro votos a favor y uno en contra, la Tercera Sala de la Corte Suprema decidió rechazar los recursos de casación de forma y fondo presentados por el Servicio de Evaluación Ambiental y la empresa Hidroeléctrica doña Alicia S.A., en contra de la sentencia del Tercer Tribunal Ambiental, que anuló la Resolución de Calificación Ambiental (RCA) del proyecto “Central Hidroeléctrica Doña Alicia”, por ilegalidades producidas durante la evaluación ambiental del proyecto¹. El presente comentario se centra en dos aspectos fundamentales de este importante precedente para el desarrollo del Derecho Administrativo Ambiental chileno. En primer lugar, se analizan los criterios empleados en este caso para entender agotada la vía administrativa de impugnación exigida para que puedan acceder a la justicia ambiental los sujetos que tomaron parte en la evaluación ambiental del proyecto, esto es, el titular y terceros que participan realizando observaciones. En segundo lugar, se examina cómo se utilizó en este caso el principio precautorio, articulador del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental (SEIA), para el control de los actos administrativos que califican proyectos de inversión.

En relación con la primera cuestión, el fallo del máximo Tribunal reafirma una tendencia jurisprudencial que ya se venía dando en casos anteriores, consistente en entender agotada la vía administrativa de impugnación requerida para que los intervinientes en el proceso de evaluación ambiental (el titular y los terceros que participan realizando

¹ Tercer Tribunal Ambiental, 28.12.2016, rol R-38-2016.

observaciones) puedan acceder a la justicia ambiental, independiente de quién haya interpuesto alguno de los recursos administrativos regulados en la Ley N° 19.300². En efecto, los sujetos que toman parte en la evaluación ambiental de un proyecto tienen a su disposición recursos administrativos específicos regulados en la Ley N° 19.300³, que, una vez agotados, los habilitan para poder acceder a la justicia ambiental. En el caso del titular del proyecto, este recurso se encuentra regulado en el artículo 20 de la Ley N° 19.300⁴. Mientras que para los observantes ciudadanos, los remedios administrativos disponibles cuando sus observaciones no han sido debidamente consideradas en los fundamentos de la RCA, se encuentran recogidos en los artículos 29 y 30 bis de la misma ley, dependiendo de si el proyecto fue sometido a evaluación ambiental por medio de un Estudio o una Declaración de Impacto Ambiental, respectivamente⁵.

Sin embargo, el problema se presenta cuando el interviniente que obtuvo una decisión favorable en una primera instancia ve cambiada la calificación ambiental del proyecto luego del segundo examen efectuado como consecuencia de la interposición de alguna de las referidas vías de impugnación administrativas de la Ley N° 19.300⁶. En este caso, el máximo Tribunal desecha las alegaciones de los recurrentes, quienes sostenían que sería igualmente necesario que los intervinientes que obtuvieron un resultado favorable en un primer momento durante la evaluación ambiental de un proyecto, deban agotar la vía administrativa previa de impugnación, cuando el recurso administrativo fue presentado por aquel que obtuvo un resultado contrario a sus intereses, pero que luego del segundo examen promovido por aquel obtiene un cambio en la calificación ambiental del proyecto. De esta forma, si al conocer de alguno de los recursos administrativos consagrados en la legislación ambiental, la autoridad ambiental decide acogerlo, se entiende que quienes resultaron gananciosos en un primer momento se encuentran legitimados para interponer los reclamos judiciales regulados en los numerales 5 y 6 del artículo 17 de la Ley

² Ley N° 19.300, 1994. En este punto, el Tercer Tribunal Ambiental sigue el criterio empleado por el Segundo Tribunal Ambiental, 01.12.2015, rol R 54-2014, lo que había sido confirmado por la Corte Suprema, 09.05. 2016, rol 817-2016. En este caso, tanto el Segundo Tribunal Ambiental como la Corte Suprema, aplicando una interpretación sistemática de los numerales 5 y 6 del artículo 17 de la Ley N° 20.600, 2012, consideraron agotada la vía administrativa de impugnación previa regulada en el artículo 29 de la Ley N° 19.300, 1994, en un caso en el que los observantes ciudadanos habían obtenido un resultado que se ajustaba a sus intereses en la instancia de calificación ambiental regional, decisión que fue impugnada administrativamente por el titular del proyecto, conforme con el artículo 20 del mismo texto legal, lo que produjo un cambio en la calificación inicial del proyecto.

³ Ley N° 19.300, 1994.

⁴ Ley N° 19.300, 1994.

⁵ Ley N° 19.300, 1994. Distinta es la situación de los denominados terceros absolutos, que son afectados por el proyecto evaluado ambientalmente, pero que no participaron en el proceso de evaluación ambiental, razón por la que no pueden hacer uso de los recursos y reclamaciones especiales previstos en los numerales 5° y 6° del artículo 17 de la Ley N° 20.600, 2012, en relación con los artículos 20, 29 y 30 bis de la Ley N° 19.300, 1994. Para estos últimos interesados, la Ley N° 20.600, 2012, consagra un reclamo judicial especial, regulado en el artículo 17 N° 8, previo agotamiento de la vía administrativa de impugnación, consistente en realizar una solicitud de invalidación.

⁶ Ley N° 19.300, 1994.

N° 20.600⁷, dependiendo de si se trata del proponente del proyecto o de los observantes ciudadanos, respectivamente. En otras palabras, lo relevante para efectos de cumplir con el agotamiento de la vía administrativa para el caso de los sujetos intervinientes durante la evaluación ambiental, es que los recursos administrativos que procedan hayan sido interpuestos y se encuentren resueltos, independientemente de quién los interpuso. De lo contrario, quedarían en la indefensión todos aquellos que, habiendo intervenido en un proceso de participación ciudadana o promovido como titulares el procedimiento de evaluación ambiental, no reclaman administrativamente por haber concluido la evaluación ambiental de acuerdo con sus pretensiones, lo que da como resultado una interpretación restrictiva de las normas de acceso a la justicia ambiental y supone soslayar el principio básico de tutela judicial efectiva en materia administrativa, consagrado en el artículo 38 de la Constitución Política de la República⁸.

Un segundo aspecto que resulta interesante relevar del fallo en comento dice relación con las consideraciones vertidas por el máximo Tribunal respecto del fondo del debate. Al analizar los argumentos expresados por la autoridad ambiental para desestimar las observaciones de la Comunidad Mapuche Benancio Huenchupán durante el proceso de participación ciudadana, el Tercer Tribunal Ambiental observó que estos se habrían sustentado en el Informe de Inspección Antropológica aportado por el proponente y en el pronunciamiento conforme emitido por la Corporación Nacional de Desarrollo Indígena (CONADI) en el proceso de evaluación ambiental. En relación con la información antropológica de la línea de base, el Tribunal Ambiental advirtió que esta presentaba deficiencias metodológicas graves, al basarse solo en una visita al área de emplazamiento del proyecto y en una única entrevista a una persona no indígena. Asimismo, respecto del pronunciamiento de la CONADI, el Tribunal concluye que este es infundado, al no explicitar las razones que le permitieron alcanzar su conclusión y no aportar antecedentes que complementaran o suplieran la precaria información de base aportada por el titular⁹. Esto se traduce en que, durante el proceso de evaluación, el proponente no habría demostrado en forma expresa y suficiente la no generación de efectos adversos significativos acerca de las comunidades indígenas presentes en el sector, lo que no fue corregido por los pronunciamientos hechos por los organismos técnicos participantes de la evaluación ambiental del proyecto, no siendo posible descartar el deber de implementar un proceso de consulta previa con las comunidades próximas al proyecto o con aquellas para las cuales el río Cautín tiene una importante significación

⁷ Ley N° 20.600, 2012.

⁸ Decreto 100, 2005. Ver Corte Suprema de Chile, 28.6.2018, rol 3971- 2017, considerando 8°.

⁹ Tercer Tribunal Ambiental, 28.12.2016, rol R-38-2016, considerando 32°. Un análisis de las implicancias de esta sentencia del Tercer Tribunal Ambiental para la implementación del derecho de los pueblos indígenas a ser consultados previamente en el contexto de la evaluación ambiental de proyectos de inversión, puede ser revisada en GUERRA SCHLEEF, F., 2017: "Los Tribunales Ambientales en la implementación de los derechos indígenas durante la evaluación ambiental de proyectos de inversión en Chile", *Revista Justicia Ambiental*, N° 9. Disponible en: <http://www.fima.cl/revista/wp-content/uploads/2018/05/1-JUSTICIA-AMBIENTAL-N-9-19-38.pdf>.

cultural¹⁰. Por consiguiente, el Tribunal Ambiental determinó que estas deficiencias se transmitieron a las decisiones que daban respuesta a las observaciones, generándose una falta de motivación en la consideración que la autoridad ambiental hizo a las observaciones ciudadanas de la Comunidad, lo que resulta suficiente para anular la RCA del proyecto, ya que se configura una ilegalidad sustancial que afecta de forma total dicho acto administrativo¹¹. Finalmente, debido a que durante el procedimiento de evaluación ambiental, y posteriormente durante el curso de la reclamación judicial, la Comunidad no proporcionó antecedentes concretos que acreditaran que el proyecto era susceptible de afectarles directamente, el Tribunal Ambiental concluyó que no existía evidencia suficiente e idónea para descartar o dar por acreditada la afectación a las comunidades mapuches próximas al proyecto, no pudiendo pronunciarse fundadamente al respecto¹².

Al rechazar los recursos de casación interpuestos por el SEA y el titular, la Corte Suprema confirmó y reforzó las conclusiones vertidas por el Tercer Tribunal Ambiental en su sentencia, al reconocer la aplicación preferente del principio precautorio, articulador del SEIA, por sobre aquellos que rigen el Derecho Administrativo general. Dicho principio, en palabras de la Corte, “[...] impone la adopción de las medidas anticipadas y necesarias frente a un eventual riesgo en esta materia”¹³. De esta manera, “[...] frente a la incertidumbre de afectación de Comunidades Indígenas, no es posible adoptar una decisión que signifique descartar la afectación a esa parte reclamante, ello, por falta de una eficiente prueba técnica ambiental”¹⁴.

Asimismo, para el máximo Tribunal, el principio precautorio representa “un elemento de razonabilidad” de los actos administrativos que califican ambientalmente proyectos¹⁵, toda vez que este:

“[...] estructura y rige el desarrollo y ponderación de los elementos que juegan en el proceso de evaluación ambiental buscando la relación existente entre el conocimiento científico disponible y la complejidad de los sistemas ecológicos. Esto significa que, frente a una situación que pudiera generar daño ambiental pero mediando incertidumbre científica en cuanto a sus efectos, deben adoptarse las medidas necesarias para evitar ese riesgo”¹⁶.

Como es posible apreciar, el fallo en análisis resulta ser un precedente fundamental para el desarrollo de nuestro Derecho Administrativo Ambiental, al clarificar los criterios de acceso a la justicia ambiental para quienes intervienen en el proceso de evaluación ambiental, evitando una exigencia redundante e innecesaria de agotamiento previo de la

¹⁰ Tercer Tribunal Ambiental, 28.12.2016, rol R-38-2016, considerando 33°.

¹¹ Tercer Tribunal Ambiental, 28.12.2016, rol R-38-2016, considerando 38°.

¹² Tercer Tribunal Ambiental, 28.12.2016, rol R-38-2016, considerandos 36° y 37°.

¹³ Corte Suprema de Chile, 28.6.2018, rol 3971-2017, considerando 24°.

¹⁴ Corte Suprema de Chile, 28.6.2018, rol 3971-2017, considerando 24°.

¹⁵ Corte Suprema de Chile, 28.6.2018, rol 3971-2017, considerando 24°.

¹⁶ Corte Suprema de Chile, 28.6.2018, rol 3971-2017, considerando 34°.

vía administrativa de impugnación. De la misma manera, esta jurisprudencia da preeminencia a los principios que articulan el SEIA. Este es el caso del principio precautorio, cuya significación y relevancia excede el marco puramente formal del derecho administrativo general, al operar como un parámetro para el control de la razonabilidad de los actos administrativos que califican proyectos de inversión y estructurar la ponderación de la información disponible en el proceso de evaluación ambiental, así como la carga de la prueba técnica para dar por acreditados o descartados los impactos ambientales en el contexto del SEIA. Así las cosas, frente a una situación que pudiera generar daño ambiental, pero mediara incertidumbre científica en cuanto a sus efectos, la precaución que debe orientar el actuar de los órganos de la Administración del Estado durante la evaluación ambiental de un proyecto, conforme con la garantía constitucional del derecho a vivir en un medio ambiente sano, exige la adopción de las medidas necesarias para evitar ese riesgo, o bien la abstención de una determinada conducta cuyos posibles efectos son desconocidos.

En efecto, la evaluación ambiental es un procedimiento administrativo técnico y complejo, cuyo fin es determinar, con carácter previo, si los impactos de un proyecto concerniente al medio ambiente se ajustan a la normativa ambiental y adoptar las medidas que sean necesarias para hacerse cargo de sus efectos adversos significativos. De lo contrario, dichos proyectos deben ser rechazados. En este contexto, la información que aporta el titular de un proyecto, así como los pronunciamientos de los organismos públicos que participan de la evaluación ambiental, deben ser idóneos para corroborar o descartar sus potenciales impactos en el medio ambiente. Lo anterior no es una mera formalidad, y tanto las deficiencias metodológicas para obtener información como la falta de motivación de los pronunciamientos de los organismos públicos que participan de la evaluación ambiental, merman la eficacia de dicho procedimiento para cumplir con su finalidad, por lo que se trata de aspectos que deben ser controlados por la justicia ambiental.

El momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción (Corte Suprema)

*Comentario de Bernardo Aylwin Correa**¹

Santiago, diez de octubre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

En autos Rol N° C 94 15 del Juzgado de Letras de Litueche, sobre querrela de restablecimiento, caratulados “López con López”, por sentencia de siete de abril de dos mil quince, se acogió la excepción de prescripción opuesta por el demandado, omitiendo pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

Se alzó la parte demandante y la Corte de Apelaciones de Rancagua, por decisión de diecisiete de marzo de dos mil diecisiete, la confirmó. En contra de este último pronunciamiento, la demandante dedujo recurso de casación en el fondo, solicitando la invalidación del fallo y la consecuente dictación de una sentencia de reemplazo que rechace la excepción de prescripción y acoja la querrela posesoria deducida.

Se ordenó traer los autos en relación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que el recurrente denuncia la infracción del artículo 928 del Código Civil, en relación con el artículo 2514 del mismo cuerpo legal, que sostiene sobre la base de dos reproches, a saber: por un lado, critica que se haya computado el plazo de prescripción de la acción impetrada a partir de la fecha en que se verificaron los hechos de fuerza que sustentan su querrela, acaecidos el 21 de mayo de 2015, en circunstancias que tales sucesos se denunciaron el día 27 de junio de ese año, pues son varios hechos de fuerza en que habría incurrido el demandado; y, por otro, censura que se haya estimado concurrente el plazo de prescripción considerando la época de notificación de la demanda, pues, conforme lo establece jurisprudencia de esta Corte, el efecto extintivo del instituto en comento es una sanción para la inactividad del acreedor que desaparece

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Correo electrónico: baylwin@ebarros.cl

por el solo hecho de presentar la demanda, y siendo que la notificación de la misma, no depende exclusivamente del actor o acreedor, no debe considerarse como un elemento constitutivo de la interrupción, de modo que, considerando que la demanda se interpuso en octubre de 2015, no procede acoger la excepción deducida, máxime, tratándose de una de corto tiempo. Termina señalando la forma en que las referidas infracciones habrían influido en lo dispositivo del fallo.

SEGUNDO: Que la sentencia impugnada se pronunció solamente respecto la excepción de prescripción opuesta por el querellado, y al acogerla, omitió pronunciamiento sobre el fondo del asunto. Dicha conclusión fue adoptada considerando que la querella de restablecimiento tiene un plazo especial de prescripción extintiva, consagrado por el artículo 928 del Código Civil, que es de seis meses.

En la especie, los jueces del grado, consideraron como hecho no controvertido que el querellado cerró el retazo de 126,272 metros cuadrados aproximadamente del terreno materia de autos, con fecha 21 de mayo de 2015, y que es a dicha actividad a la cual el recurrente le asigna la calidad de “despojo violento” para efectos de configurar el interdicto invocado. Por otro lado, que la querella de restablecimiento se presentó el día 22 de octubre de 2015, conforme da cuenta el timbre de cargo, siendo notificada el día 14 de diciembre de 2015.

TERCERO: Que la sentencia impugnada sostuvo, al resolver la excepción de prescripción extintiva opuesta, que, a la luz del artículo 928 del Código Civil, tiene un plazo especial de seis meses, contado desde la fecha del despojo, que se reconoce que ocurrió el 21 de mayo de 2015, razón por la cual, conforme a la norma citada, la actora debió notificar válidamente su querella hasta el 21 de noviembre de ese año, pues su solo ingreso, ocurrido el 22 de octubre de 2015, no es suficiente para interrumpir civilmente la prescripción, efecto que solo se produce con la notificación legal de la demanda, momento en que se entiende trabada la Litis, que, en la especie, acaeció el 14 de diciembre de 2015, data a la cual, el plazo especial de seis meses ya había transcurrido íntegramente. Sobre la base de dicho razonamiento, acogió la excepción opuesta, y omitió pronunciamiento sobre la querella planteada, sin costa.

[...]

SEXTO: Que, en la segunda parte del recurso, se plantea si la prescripción extintiva que afecta a la querella de restablecimiento se interrumpe con la sola presentación de la demanda ante el tribunal dentro del plazo, o es necesario, además, su notificación dentro del mismo, señalando que existe jurisprudencia de esta Corte en la que se sostiene que la mera presentación de la demanda provoca dicho efecto, siendo su notificación solo una condición para alegarla.

SÉPTIMO: Que la prescripción, en cuanto modo de extinguir las obligaciones y acciones, tiene como fundamento dogmático, según la doctrina: propender a la estabilidad de

situaciones existentes, a fin de mantener el orden y tranquilidad sociales, erigiéndose como un obstáculo a dicha finalidad que los derechos de las partes se mantengan en la incertidumbre; afianzar definitivamente una situación de hecho que se ha manifestado pública y pacíficamente, por un largo espacio de tiempo, con el sello de la legalidad; evitar litigios acerca de hechos o situaciones que escapan a toda prueba o comprobación, pues, de lo contrario, los deudores tendrían que conservar las pruebas de la extinción de las obligaciones asumidas durante un largo tiempo, que puede tornarse indefinido; la presunción de pago o de satisfacción de la respectiva obligación que se genera a partir de la conducta asumida por el acreedor y que consiste, precisamente, en no ejercer la acción judicial respectiva ante los tribunales para obtener su satisfacción forzada; la presunción de abandono del derecho a la prestación debida de parte del acreedor; sancionar al acreedor por su negligencia en el ejercicio de los derechos consagrados en las leyes, por no iniciar a tiempo las acciones judiciales tendientes a su reconocimiento, esto es, por su inactividad prolongada y culpable. (Fueyo Laneri, Fernando, "Derecho Civil. De las obligaciones", Tomo 4º, Volumen II, Imprenta y Litografía Universo, Santiago, Chile, 1958, pp. 234-236, y Domínguez Benavente, Ramón, "Algunas consideraciones sobre la prescripción". En: Revista de Derecho Universidad de Concepción 15 (59): ene.-mar. 1947, pp. 721-723).

OCTAVO: Que dicho instituto, de evidente naturaleza de orden público, puede verse enervado en su operatividad frente a ciertas conductas de alguna de las partes, pues, si el acreedor ejerce las acciones judiciales pertinentes o el segundo reconoce la obligación, expresa o tácitamente, el curso del término legal se interrumpe, civil o naturalmente, según sea el caso, conforme lo ordena el artículo 2518 del Código Civil. De esta manera, la interrupción civil del curso del plazo para declarar la prescripción extintiva, conforme lo señala el artículo mencionado, se produce por la demanda judicial, salvo que concurren las situaciones enumeradas en el artículo 2503 del mismo cuerpo legal, que son los siguientes: 1º si la notificación de la demanda no ha sido hecha en forma legal; 2º si el recurrente desistió expresamente de la demanda o se declaró abandonada la instancia; y 3º si el demandado obtuvo sentencia de absolución.

Ahora bien, a juicio de esta Corte, la interpretación correcta de dichas normas es aquella que entiende que la interrupción civil del plazo de prescripción extintiva, se produce con la notificación judicial de la demanda, efectuada en forma legal, actuación que impide que se complete el plazo de que se trata; pues pretender que para ello basta la sola presentación del libelo, aunque supeditada a su notificación judicial posterior, significaría, en primer lugar, que quedaría al arbitrio del demandante la determinación de la época en que la interrupción se consolidaría, lo que ocurriría solo cuando decida que se lleve a cabo la notificación, efectuando el encargo al ministro de fe competente; en segundo lugar, no se entendería la excepción del número 1 del artículo 2503 ya que si no se produce la interrupción en el caso de notificación ilegal de la demanda, menos se entenderá que la interrumpe si no ha sido notificada de modo alguno; y, en tercer lugar, porque con dicha postura se estaría dotando a la dicha actuación judicial de un efecto retroactivo que la legislación nacional no le otorga ni reconoce, pues, en definitiva,

habría que entender que si una demanda, v. gr., se presentó con la data de la presente sentencia y se notifica en diez años más, la interrupción civil se produjo en la primera fecha, esto es, una década antes.

Tal situación sería plenamente factible, desde que nuestra legislación no contempla, como en el derecho comparado, una norma que de modo expreso establezca una regla de interrupción civil provocada con la presentación de la demanda, pero sujeta a un plazo expreso para efectos de concretar su notificación.

Así sucede, por ejemplo, en el sistema colombiano, donde el artículo 94 inciso primero del Código General del Proceso, señala que: "La presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio de aquella o el mandamiento ejecutivo se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente a la notificación de tales providencias al demandante. Pasado este término, los mencionados efectos solo se producirán con la notificación al demandado". Una norma similar contempla el artículo 2892 del Code Civil du Québec, que establece que el plazo para notificar una demanda presentada antes de expirar el plazo de prescripción, es de sesenta días contados desde el vencimiento de dicho término legal. En el mismo sentido, el Novo Código de Processo Civil de Brasil, contempla en su artículo 240, acápite primero, la regla de que la interrupción de la prescripción, operada por el despacho que ordena la citación, se retrotraerá a la fecha de presentación de la acción. En el apartado segundo, señala que le incumbe al actor adoptar, dentro del plazo de 10 días, las providencias necesarias para viabilizar la citación, bajo pena de no aplicarse lo dispuesto en el primer párrafo citado.

NOVENO: Que, a mayor abundamiento, se debe precisar que la falta de notificación de la demanda constituye un obstáculo insoslayable para que se inicie el juicio, que no puede imputarse sino a la indolencia del demandante, desde que nuestro ordenamiento contempla herramientas procesales suficientes como para no admitir la excusa de la imposibilidad de practicar la notificación, por ejemplo, por ser inubicable el demandado, una muestra de ello lo constituye la posibilidad de notificación conforme el artículo 54 del Código de Procedimiento Civil y la eventual designación de un defensor de ausentes. De este modo, se hace palmario que es la pasividad o desidia del acreedor el fundamento de una de las situaciones a que alude el número 2 del artículo 2503 del Código Civil, a saber, el abandono del procedimiento, la que, a diferencia de la prescripción, sanciona la negligencia del demandante por no realizar las gestiones útiles para hacer avanzar el procedimiento hasta su conclusión normal. Tratándose de las demás situaciones que señala dicha norma legal es decir, el desistimiento de la demanda y la dictación de una sentencia absolutoria, que presentándose del mismo modo obstan a que opere la interrupción civil, implican, necesariamente, que al demandado se le dio noticia de la interposición de una demanda en su contra para obtener que cumpla su obligación y, obviamente, no puede provocar el efecto a que se hace referencia por la actitud voluntaria asumida por el actor, ya que el desistimiento genera, conforme lo establece el artículo 150 del Código de Procedimiento Civil, la

extinción de las acciones a que él se refiere, con relación a las partes litigantes y a todas las personas a quienes habría afectado la sentencia del juicio a que se pone fin. En lo que concierne al segundo caso, porque el actor no logró acreditar los presupuestos de su pretensión.

DÉCIMO: Que, entenderlo de la manera que el recurrente pretende, significaría que serían letra muerta las disposiciones que consagran la interrupción natural de la prescripción y las obligaciones naturales, como también la que autoriza al deudor a renunciar al derecho a alegar la prescripción extintiva, pues no obstante tener pleno conocimiento de la oportunidad en que empezó a correr el término legal necesario para que opere la prescripción como medio de extinguir las acciones y derechos ajenos, que no es sino a contar de la época en que la obligación se hizo exigible, desconocería la oportunidad en que el plazo se interrumpió civilmente, al entenderse que ello ocurre con la mera presentación de la demanda, por lo tanto, nunca podría interrumpirlo naturalmente, ni tener la certeza si está solucionando una obligación natural, menos renunciar al derecho a alegar en juicio el medio de extinguir a que se hace referencia. Tampoco deducir una demanda en juicio ordinario solicitando que se declare la prescripción extintiva, por haber transcurrido el término legal. Lo anterior conduce a una situación paradójica, esto es, la instauración de instituciones que, en definitiva, es muy difícil o imposible que se configuren; sin perjuicio de que podría llegarse a una situación extrema, que nunca transcurra el plazo de que se trata si llegada la época de vencimiento de la obligación o el hecho que la genera, el acreedor deduce de inmediato la respectiva demanda, sin notificarla. Y lo más grave, es que no aplicarían solamente para aquellos insolventes cuyas deudas no constan en letras de cambio y pagarés, porque figurando en dichos instrumentos, aplica lo que dispone el artículo 100 de la Ley N° 18.092, con ello, toda las instituciones relacionadas con el modo de extinguir a que se hace referencia; contexto que autoriza colegir que el estado de incertidumbre que la prescripción extintiva pretende derrotar afectaría únicamente a los primeros y a quienes consintieron responder por aquéllos constituyendo una garantía real o personal, pues el artículo 2516 del Código Civil señala que “La acción hipotecaria, y las demás que proceden de una obligación accesoria, prescriben junto con la obligación a que acceden”.

UNDÉCIMO: Que, por lo demás, este ha sido el criterio asumido por esta Corte, al comprender de manera estable que la correcta comprensión del artículo 2503 del Código Civil, lleva a considerar que la sola presentación de la demanda “no es suficiente para entender efectivamente interrumpida la prescripción, puesto que la demanda debe notificarse al deudor y esa notificación ha de cumplir los requisitos establecidos en la ley. Por ello, si posteriormente se anula la notificación efectuada, el resultado es que la prescripción no se habrá interrumpido. Lo mismo ocurrirá en caso que el pleito en el cual se haya producido el fenómeno interruptor en mención termine en la absolucón del demandado, hipótesis en la que, aunque detenido el curso de la prescripción por la notificación válida de la demanda, este efecto se pierde ante ese fallo que aprovecha al

sujeto pasivo del proceso” (Ingreso Corte Suprema Nº 93.002 16, sentencia de 14 de septiembre de 2017), asumiéndose, de este modo, el criterio adoptado por la disidencia plasmada en los antecedentes de esta Corte Nº 7.407 16, en fallo dictado el 7 de junio de 2017.

DUODÉCIMO: Que, de este modo, se concluye de manera incontestable que a la sola presentación del interdicto posesorio de que se trata, no se le puede asignar la potestad ni virtud de interrumpir el breve y especial término de prescripción que corría en contra del recurrente para deducir la querrela de restablecimiento, puesto que dicho efecto solo se podía concretar con la notificación válida de dicha actuación, de manera que el fallo impugnado no incurrió en error de derecho al fallar como lo hizo, por lo que, descartándose las infracciones de ley acusadas, el recurso en estudio debe ser desestimado.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 765 y 767 del Código de Procedimiento Civil, se rechaza el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia de diecisiete de marzo dos mil diecisiete, que se lee a fojas 94, dictada por la Corte de Apelaciones de Rancagua.

Regístrese y devuélvase.
Nº 12.238-17.

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por la Ministra señora Gloria Ana Chevesich R., Ministros Suplentes señores Julio Miranda L., Juan Muñoz P. y los abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C., y señor Iñigo De la Maza G. No firma el Ministro señor Miranda, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por haber terminado su período de suplencia. Santiago, diez de octubre de dos mil dieciocho.

COMENTARIO

La sentencia transcrita, relativa al momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción, es destacable en varios aspectos. En primer lugar, pretende poner término a una inquietante disputa jurisprudencial sostenida en los últimos años. Luego, aporta luces respecto de la perspectiva con la que se debe abordar el asunto sometido a su decisión. Finalmente, su razonamiento da espacio para avanzar en una adecuada solución de la cuestión.

1. Con base en los artículos 2503 y 2518 del Código Civil se ha discutido si la prescripción se interrumpe al momento de la presentación de la demanda judicial (“Tesis de la Acción”) o al de su notificación hecha en forma legal (“Tesis de la Notificación”). La cuestión adquiere relevancia en aquellos casos en que el plazo de prescripción se cumple entre la presentación de la acción y su notificación.

Tradicionalmente, la doctrina y jurisprudencia concluían que el efecto interruptor se producía con la notificación de la demanda. Por el contrario, un sector minoritario postulaba que la interrupción tenía lugar al momento de presentarse la acción, sujeta, por cierto, a que ella se notificara¹. En todo caso, la cuestión no despertaba gran interés, pues la jurisprudencia sistemáticamente se inclinó por la primera tesis.

Sin embargo, el 31 de mayo de 2016 la cuarta sala de la Corte Suprema señaló que “es tiempo de variar el criterio mayoritario”, inclinándose por adoptar la Tesis de la Acción (rol N° 6.900-15). Para sustentar su posición la Corte abogó por distinguir los efectos civiles y procesales de la notificación. Así, mientras en el ámbito adjetivo la notificación adquiere relevancia al configurar el inicio de la relación procesal, sustantivamente no correspondería atribuirle el efecto interruptor a este acto. Agregó que esta solución sería coherente con el fundamento de la prescripción, que consistiría en sancionar la negligencia del titular del derecho. Finalmente, la Corte señaló que esta solución ha encontrado acogida en derecho comparado.

Esta sentencia hizo revivir la antigua controversia en torno al momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción. Doctrinariamente, se generó un intenso e interesante debate entre quienes apoyan y critican la solución adoptada por la sentencia². Jurisprudencialmente, se produjo una inquietante disputa al interior de la Corte Suprema. En concreto, mientras la primera, segunda y tercera sala mantuvieron su apoyo a la Tesis de la Notificación, la cuarta sala defendió el cambio de criterio, argumentando en favor de la Tesis de la Acción³. Esta circunstancia resultaba particularmente preocupante, pues introducía un importante elemento de incertidumbre en la aplicación de una institución que, como veremos, está orientada a otorgar certeza jurídica.

Sin embargo, mediante el fallo analizado, la cuarta sala modificó su posición de los últimos años y volvió a abrazar la Tesis de la Notificación. Al efecto, la Corte Suprema inicia su razonamiento exponiendo los fundamentos de la prescripción y la forma en

¹ Por la Tesis de la Notificación, MEZA BARROS, Ramón, *De la interrupción de la prescripción extintiva civil*, Santiago, Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, 1936, pp. 42 ss. En la jurisprudencia, Corte Suprema, 9 de abril de 2001, *RDJ*, T. XCVIII, sec. 1ª, p. 71. Por la Tesis de la Acción, DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, *La prescripción extintiva, doctrina y jurisprudencia*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 2004, p. 263. En la jurisprudencia, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29 de octubre de 1963, *RDJ*, T. LX, sec. 2ª, p. 130. Con todo, debe advertirse que existen leyes especiales que escapan de la regulación del Código Civil (por ejemplo, artículos 100 de la Ley N° 18.092 (1982) y 54 de la Ley N° 15.231 (1978)).

² En favor de la sentencia: DOMÍNGUEZ ÁGUILA, Ramón, “Sobre la interrupción civil de la prescripción extintiva. Basta la sola interposición de la demanda”, en *Revista de derecho Universidad de Concepción*, N° 239, Concepción, 2016, p. 245; PIZARRO, Carlos, “La interrupción civil de la prescripción por la mera presentación de la demanda”, en *Estudios de Derecho Civil*, T, XII, Santiago, 2017, p. 161. En contra: PINOCHET, Ruperto, “La notificación de la demanda debe efectuarse dentro del plazo de prescripción para interrumpir civilmente la prescripción”, en *Estudios de Derecho Civil*, T, XII, Santiago, 2017, p. 173; ALCALDE, Jaime, “Sobre la eficacia procesal de la demanda que interrumpe la prescripción extintiva”, en *Estudios de Derecho Civil*, T. XII, Santiago, 2017, p. 189.

³ Por la Tesis de la Notificación: Corte Suprema, 4 de julio de 2018, rol N° 38.135-17 (1ª sala), Corte Suprema, 3 de abril de 2017, rol N° 18.306-16 (2ª sala), Corte Suprema, 21 de marzo de 2018, rol N° 15.425-17 (3ª sala). Por la Tesis de la Acción: Corte Suprema, 7 de junio de 2017, rol N° 7.407-16 (4ª sala) y Corte Suprema, 25 de julio de 2018, rol N° 43.450-17 (4ª sala).

que opera la interrupción, para luego detenerse en el desarrollo de los argumentos que justifican su decisión. Así, se refiere al texto expreso del artículo 2503 N° 1 del Código Civil y a los múltiples problemas que supondría adoptar la Tesis de la Acción. Fundamentalmente, la Corte advierte que dotar de un efecto retroactivo a la notificación implicaría que el titular del derecho podría interrumpir indefinidamente la prescripción sin que el demandado tenga siquiera conocimiento de ello. Agrega que, a diferencia de otras legislaciones, nuestro ordenamiento no contiene normas que permitan evitar estas maniobras.

2. La cuestión sometida al conocimiento de la Corte no es de fácil solución. Adoptar la Tesis de la Notificación supone que en ciertos casos el titular del derecho se verá impedido de interrumpir la prescripción por circunstancias ajenas a su control (maniobras elusivas del demandado, por ejemplo). Favorecer la Tesis de la Acción, por otro lado, implica asumir que el demandante puede interrumpir la prescripción sin tener interés alguno en reclamar efectivamente el derecho y, lo que resulta más problemático, sin que el demandado tenga conocimiento de la interrupción.

En ausencia de una norma que resuelva inequívocamente la cuestión, nuestros tribunales suelen optar por soluciones que estiman coherentes con los fines de la prescripción. Así, en la medida que consideran que esta institución tiene por objeto otorgar certeza jurídica, concluyen que su interrupción requiere de un acto recepticio que se materializaría con la notificación. En contraposición, concebida como una sanción a la negligencia del titular del derecho, sostienen que corresponde distinguir entre el efecto procesal y civil de la notificación, de modo que, en el aspecto sustantivo, la interrupción no se vería afectada por la falta de conocimiento del demandado, pues lo realmente relevante sería la intención de reclamar el derecho.

En este escenario, la cuarta sala de la Corte Suprema identifica adecuadamente el *quid* del asunto y, tomando un giro respecto de lo sostenido en los últimos años, le otorga preeminencia al denominado fundamento objetivo de la prescripción, concluyendo que el conocimiento del demandado debe ser un elemento constitutivo de la interrupción (considerandos séptimo y décimo). El razonamiento en torno a los fines de la prescripción parece acertado, pues, en la medida que el ordenamiento jurídico valora las apariencias y expectativas creadas y supone que el paso del tiempo dificulta las opciones de defensa, existen buenas razones para considerar que el fin último de la prescripción está orientado a proteger intereses generales, promoviendo que el transcurso del tiempo establezca relaciones jurídicas inciertas. Así, la prescripción no constituye un fin en sí mismo, sino un medio para otorgar certeza jurídica⁴. Desde luego, la negligencia del titular del derecho ayuda a justificar los efectos desfavorables de la prescripción, pero no constituye el único motivo, ni, por cierto, su razón de ser.

⁴ Díez-PICAZO, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, T. III, Navarra, Editorial Aranzadi, 2008, pp. 787 ss.; y ZIMMERMANN, Reinhard, *Comparative Foundations of a European Law of Set-Off and Prescription*, Cambridge University Press, Cambridge, 2002, pp. 66 ss.

3. Igualmente, la determinación del momento en que se produce la interrupción de la prescripción no se agota con este análisis. Si bien determinar los fines de la institución otorga luces para definir el momento interruptor, esta sola consideración no es suficiente para adoptar la Tesis de la Notificación, como parece haberlo entendido tradicionalmente la jurisprudencia.

Aunque es cierto que los fines de la prescripción hacen aconsejable que su interrupción constituya un acto concreto y conocido, no por ello debiese descartarse a todo evento la Tesis de la Acción. La presentación de la demanda constituye un acto preciso y público que, en la generalidad de los casos, es puesta en conocimiento del demandado tan pronto resulta posible. Así, no obsta a los fines de la prescripción que el efecto interruptor se produzca con la presentación de la acción, que será prontamente notificada. Los críticos de esta tesis rebaten que ella permite al demandante interrumpir indefinidamente la prescripción sin tener un interés real en reclamar su derecho, como en los casos en que el actor no notifica la demanda. Al respecto, explican que el artículo 2503 N° 2 no puede evitar esta circunstancia, pues el abandono del procedimiento solo puede declararse una vez notificada la demanda.

Sin embargo, no parece razonable adoptar una solución general con el único propósito de evitar situaciones marginales, máxime si consideramos que la técnica legislativa procesal tiende a evitar estas conductas del actor⁵. En cualquier caso, debe advertirse que el ordenamiento jurídico contempla mecanismos que permiten solucionar estas circunstancias. Así, en la medida que el tribunal concluya que la demora o ausencia de notificación no resultó justificable, puede privar de efecto interruptor a la demanda, concluyendo que, en la especie, el titular del derecho incurrió en una conducta dolosa, contraria a la buena fe o abusiva de derecho que, por tanto, satisface el supuesto de hecho previsto en el artículo 2503 N° 1 del Código Civil⁶. En este sentido, en Alemania se ha resuelto que la suspensión de la prescripción por demanda judicial se produce al momento de la interposición de la acción, bajo la carga de que el demandante sea diligente en promover la notificación en un plazo prudente. Del mismo modo, los tribunales ingleses favorecen la Tesis de la Acción sujeta a ciertos criterios de razonabilidad⁷.

Este razonamiento puede ser replicado por nuestros tribunales. Un examen de la jurisprudencia permite concluir que la Tesis de la Notificación se ha aplicado indistintamente en aquellos casos en que media un largo y desproporcionado plazo

⁵ Los nuevos procedimientos contemplan que la primera notificación se efectúe por un funcionario del tribunal, dispensando al actor de esa carga (por ejemplo, artículos 23 de la Ley N° 19.968 (2004) y 436 del Código del Trabajo). Por otro lado, el proyecto de Código Procesal Civil prevé la figura de la caducidad del procedimiento en el caso que el demandante no provea antecedentes necesarios para efectuar la primera notificación (artículo 114 del boletín 8197-07).

⁶ CORRAL TALCIANI, Hernán, *Interrupción Civil de la Prescripción; ¿giro jurisprudencial?* Disponible en <https://corralalciani.wordpress.com/2016/06/26/interrupcion-civil-de-la-prescripcion-giro-jurisprudencial/>. [Fecha de consulta: 30.04.2019]

⁷ Alemania: BGH, 12 .07.2006 - IV ZR 23/05. En el mismo sentido 23 U 261/13 Frankfurt. Inglaterra: *Riniker v University College London* [1999] EWCA Civ 1156.

entre la interposición de la acción y su notificación y aquellos en que la demanda fue notificada en un plazo prudente⁸. Desde luego, no parece razonable privar de efecto interruptor a la acción que fue ejercida dentro del plazo de prescripción y notificada prontamente, pues no supone riesgo alguno a los fines de la prescripción y, en todo caso, no constituye un caso de interrupción indefinida. Esta situación se ve agravada, además, en el caso de acciones que cuentan con un plazo corto de prescripción, como el de la sentencia analizada.

La solución propuesta es consistente con el texto de la ley, que no exige la notificación de la demanda dentro del plazo de prescripción. Objetivamente, las excepciones previstas en el artículo 2503 del Código Civil obedecen a la concepción de que el efecto interruptor se produce con la sentencia judicial, de suerte que, previo a ella, la prescripción se interrumpe solo provisoriamente⁹. Así, la exigencia de notificación hecha en forma legal atiende a que la acción tenga la aptitud de provocar una sentencia que reconozca el derecho reclamado, lo que no obsta a que el efecto interruptor provisorio se produzca con la interposición de la demanda. La noción de que el efecto interruptor se produce con la notificación de la demanda parece originarse en el antiguo artículo 2244 del Código Civil francés que otorga dicho efecto a la *citation en justice*, que algunos autores identificaron equivalente al emplazamiento. Asimismo, tanto la doctrina como la jurisprudencia de ese país comprendieron que la norma alude a la acción, lo que fue expresamente recogido en la reforma a la prescripción civil del 2008 (actual artículo 2241). Otras legislaciones influenciadas por el *Code* han arribado a conclusiones similares¹⁰.

Una vía alternativa, como lo indica la sentencia transcrita, consiste en adoptar la solución prevista en algunas legislaciones que expresamente dotan de efecto interruptor a la acción, bajo la condición de que se efectúe la notificación en un plazo determinado (Colombia, Quebec y Brasil, por ejemplo). En cualquier caso, debe advertirse que estas reglas no son más que la concreción legal del principio de que la interrupción civil se produce al momento de interposición de la acción, siempre que el titular del derecho tenga un interés real en proseguir con el juicio y lo demuestre mediante actos concretos que tiendan a la notificación de la demanda. Así, la ausencia de una norma que prevea esta situación no impide que nuestros tribunales adopten soluciones en este sentido.

⁸ Por los primeros, Corte Suprema, 20 de febrero de 2017, rol Nº 41.190-16; Corte Suprema, 20 de marzo de 2017, rol Nº 62.200-16, entre otros. Por los segundos, Corte Suprema, 4 de julio de 2018, rol Nº 38135-17, entre otros.

⁹ DÍEZ-PICAZO, *La Prescripción Extintiva*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, p. 159; Corte Suprema, 14 de septiembre de 2017, rol Nº 93002-16. Incluso, en legislaciones modernas como Alemania y los Principios de Derecho Europeo de Contratos la acción del titular del derecho suspende la prescripción hasta la dictación de la sentencia (ZIMMERMANN, Reinhard, *The New German Law of Prescription and Chapter 14 of the Principles of European Contract Law*, en *The New German Law of Obligations*, Chapter 5. Oxford University Press, 2005, pp. 13 s).

¹⁰ En Francia: RIPERT, Georges, *Tratado de Derecho Civil, según el tratado de Planiol*, Volumen 5, Buenos Aires, La Ley 1963-1965 pp. 620 ss.; DOMÍNGUEZ ÁGUILA, *op. cit.*, p. 262 y la jurisprudencia allí citada. En España, DÍEZ-PICAZO, *La Prescripción Extintiva*, Navarra, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 160 ss.

En definitiva, la sentencia analizada es destacable, pues pretende poner fin a la delicada situación de incertidumbre al interior de la Corte Suprema. En cualquier caso, parece aconsejable avanzar en una solución jurisprudencial o legislativa que, en armonía con los fines de la prescripción, permita ponderar adecuadamente el interés social de certeza jurídica con el interés del titular del derecho que pretende ejercerlo diligentemente.

La comprensión del mensaje publicitario y la protección de la voluntad del consumidor desde el derecho a la información (Corte de Apelaciones de Santiago)

*Comentario de Felipe Fernández Ortega**

Santiago, cuatro de junio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada, con excepción de sus fundamentos tercero y cuarto, que se eliminan. Y se tiene en su lugar, y además, presente:

1º.– Que el Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC) dedujo recurso de apelación respecto de la sentencia que rechazó la denuncia efectuada por el Servicio, por estimar que no se infringieron las disposiciones denunciadas, esto es, el artículo 3º, inciso primero, letra b), 23 y 30 de la Ley Nº 19.496. En efecto, la resolución atacada sostuvo que el estudio o análisis en que el Servicio fundó su denuncia fue efectuado por la unidad especializada de análisis publicitario de esa misma repartición, por lo que no cumple con los requisitos que al efecto establece el artículo 58 letra b) de la Ley Nº 19.496, atendido que fue elaborado por el propio Sernac, infringiendo de esa forma la norma en comento, que establece que estos deben confeccionarse por terceros independientes, lo que impone el rechazo de la denuncia.

2º.– Que la apelante, en el marco fáctico de su recurso, indica que tomó conocimiento –a través de un consumidor– de un catálogo publicitario del supermercado Tottus, denominado “Tottus, con solo 1 peso lleva uno adicional en más de mil productos”, procediendo a realizar el análisis del referido catálogo a través de la Unidad especializada de esa repartición. El referido estudio señaló que, en general, todos los productos presentados en dicho catálogo muestran una promoción en la cual se puede adquirir la segunda o tercera unidad a 1 peso y que la mayoría de las ofertas contienen, además del precio en oferta de la segunda o tercera unidad que está promocionando el proveedor, un precio de referencia del producto, mas no ocurre lo mismo respecto a todos los productos.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales. Magíster en Derecho, Universidad Diego Portales. Correo electrónico: felipe.fernandezo@mail.udp.cl.

3º.- Que, continua señalando el apelante que esta omisión presenta dos variantes: la primera cuando se individualiza el producto ofertado sin señalar el precio de referencia, y la segunda al indicar promociones que no individualizan el producto ofertado, refiriendo solo una categoría de una determinada marca, haciendo imposible determinar el producto en oferta, dada la gran variedad que contiene la categoría, omitiendo a su vez, el precio referencial.

4º.- Que los aludidos hechos –afirma el arbitrio– infraccionan los artículos 3º inciso primero letra b), 23º y 30º, de la Ley Nº 19.496.

5º.- Que para resolver la controversia sometida a decisión de esta Corte, es necesario tener presente que la Ley Nº 19.496, sobre Protección de Los Derechos de los Consumidores, dispone en su artículo 3º, inciso primero, que: “Son derechos y deberes básicos del consumidor: b) El derecho a una información veraz y oportuna sobre los bienes y servicios ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, y el deber de informarse responsablemente de ellos”.

6º.- Que en concordancia con lo expuesto, cabe recordar que el artículo 30 de la citada ley prescribe que: “Los proveedores deberán dar conocimiento al público de los precios de los bienes que expendan o de los servicios que ofrezcan, con excepción de los que por sus características deban regularse convencionalmente. El precio deberá indicarse de un modo claramente visible que permita al consumidor, de manera efectiva, el ejercicio de su derecho a elección, antes de formalizar o perfeccionar el acto de consumo. Igualmente se enunciarán las tarifas de los establecimientos de prestación de servicios. Cuando se exhiban los bienes en vitrinas, anaqueles o estanterías se deberá indicar allí sus respectivos precios. El monto del precio deberá comprender el valor total del bien o servicio, incluidos los impuestos correspondientes. La misma información, además de las características y prestaciones esenciales de los productos o servicios, deberá ser indicada en los sitios de internet en que los proveedores exhiban los bienes o servicios que ofrezcan y que cumplan con las condiciones que determine el reglamento. Cuando el consumidor no pueda conocer por si mismo el precio de los productos que desea adquirir, los establecimientos comerciales deberán mantener una lista de sus precios a disposición del público, de manera permanente y visible”.

7º.- Que a su vez, el artículo 58 de la misma ley señala que el SERNAC deberá velar por el cumplimiento de las normas de la presente ley y demás normas que digan relación con el consumidor. Agregando en su letra g), que le corresponde “velar por el cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias relacionadas con la protección de los derechos de los consumidores y hacerse parte en aquellas causas que comprometan los intereses generales de los consumidores”. Luego, resulta improcedente la invocación en esta materia de la letra b) de la aludida disposición, pues su tenor no se encuadra con aquello que fue materia de la litis.

8º.— Que, a su turno, el artículo 50 del mismo cuerpo de normas establece, en su inciso primero, que las acciones que derivan de esta ley, se ejercerán frente a actos o conductas que afecten el ejercicio de cualquiera de los derechos de los consumidores.

9º.— Que, de acuerdo a la normativa señalada, al SERNAC le asiste como función esencial la protección de los “intereses generales de los consumidores”, correspondiéndole velar por la información que se entrega, a objeto de que ella sea veraz y oportuna sobre los bienes ofrecidos, su precio, condiciones de contratación y otras características relevantes de los mismos, en los términos del artículo 3º antes transcrito.

10º.— Que la publicación objeto de análisis contiene un aviso publicitario que se corresponde con los conceptos que la propia normativa especial señala sobre promociones y ofertas, definiendo a la primera como las prácticas comerciales, cualquiera sea la forma que se utilicen en su difusión, consistentes en el ofrecimiento al público en general de bienes y servicios en condiciones más favorables que las habituales, con excepción de aquellas que consisten en una simple rebaja de precio; y a la segunda, como la práctica comercial consistente en el ofrecimiento al público de bienes o servicios a precios rebajados en forma transitoria, en relación con los habituales del respectivo establecimiento (artículos 1º Nº 7 y Nº 8 de la Ley Nº 19.496). En la especie, se trata de una oferta.

11º.— Que habiéndose asentado aquello, corresponde dilucidar si el catálogo publicitario del Supermercado Tottus, denominado “Tottus, con solo 1 peso lleva uno adicional en más de mil productos”, infringe lo dispuesto en los artículos 3º, 23 y 30 de la citada ley y los deberes y derechos establecidos con carácter general por el mencionado cuerpo legal.

12º.— Que, a la observación de la publicidad aparejada por SERNAC a fojas 1 de estos antecedentes, difundida por Hipermercados Tottus S.A. en su campaña de publicidad denominada “TOTTUS, CON SOLO 1 PESO LLEVA UNO ADICIONAL EN MÁS DE MIL PRODUCTOS”, se aprecia que en diversos apartados las ofertas aparecen incomprensibles para el consumidor medio, ya que no existe información sobre el precio en relación con ciertos productos ofrecidos ni es clara en cuanto al número de elementos que el consumidor debe adquirir para que se le aplique el descuento promocionado, lo que resulta ser una infracción a las disposiciones contenidas en los artículos 3º inciso primero letra b), y 30 de la Ley Nº 19.496, puesto que el diseño de la publicidad denunciada impide la correcta comprensión del mensaje publicitario, de modo que contribuye a que los consumidores sean inducidos a generarse expectativas que finalmente pueden no reflejarse o satisfacerse al momento de concurrir a la adquisición de los productos ofrecidos, lo que deriva justamente de la poca claridad y precisión.

13°.- Que por ello, la conducta verificada, transgrede el imperativo que contempla la letra b) del artículo 3° citado, atendido que la información que otorga el proveedor debe ser cierta, precisa y comprobable, no solo por aplicación de la aludida norma, sino por un imperativo de la buena fe, que persigue evitar un yerro en la voluntad del consumidor. Sin embargo, en este caso, el denunciado dada la incomprensión apuntada no solo ha incumplido con el deber de informar adecuadamente a los consumidores, sino que ha omitido aquella relevante para determinar la formulación de una voluntad reflexiva, informada y certera a la luz de la real conveniencia a sus intereses al tenor del ofrecimiento. La infracción reseñada, tiene además su correlato en lo preceptuado en el artículo 30 de la ley en cuestión, que obliga al proveedor a proporcionar la información necesaria de manera previa al acto de consumo, en los términos que la propia disposición señala, y que a la luz de los antecedentes del proceso resultó incumplida, puesto que según se dejó anotado, se omitió de parte del denunciado la precisión del valor del producto ofrecido y de la oferta que involucra, lo que no se satisface con indicar que se valora en “un peso”, atendido que no se indica cuál es el precio efectivo de ese producto con el objeto de sopesar la conveniencia en la adquisición, en los términos que involucra la oferta. De otro modo, no se garantiza un consentimiento informado al tenor de los términos propuestos por el proveedor.

(...)

Por las consideraciones anteriores, y de conformidad con lo dispuesto en los artículos 50 y 58 letra g) de la Ley Nº 19.496, y las disposiciones de la Ley Nº 18.287, en sus artículos 32 y siguientes, se revoca la sentencia recurrida, de fecha veinticuatro de agosto de dos mil diecisiete, escrita a fojas 65 y siguientes, y en su lugar se decide que se acoge la denuncia interpuesta a fs. 8 por el Servicio Nacional del Consumidor contra Supermercados TOTTUS S.A., declarándose que transgredió los artículos 3° inciso primero letra b) y 30 de la Ley Nº 19.496, al efectuar la publicación en los términos ya descritos en los considerandos precedentes, por lo que cabe sancionarlo con una multa de 50 Unidades Tributarias Mensuales por cada una de las infracciones detectadas, sin costas, por no haber resultado totalmente vencido.

Regístrese y devuélvase.

Redacción de la Abogado Integrante Virginia Cecily Halpern Montecino
Nº Policía Local-606-2018.

Pronunciada por la Novena Sala, integrada por las Ministras señora M.Rosa Kittsteiner Gentile y señora Lilian Leyton Varela y la Abogado Integrante señora Virginia Halpern Montecino, quien no firma, no obstante haber concurrido a la vista de la causa y al acuerdo, por ausencia. Autoriza el (la) ministro de fe de esta Iltma. Corte de Apelaciones de Santiago. En Santiago, cuatro de junio de dos mil diecinueve, se notificó por el estado diario la resolución que antecede.

COMENTARIO

La información que contiene la publicidad debe ser comprensible para el consumidor. Si no lo es, podría impedirse la aceptación libre del consumidor. Me parece que esta es la afirmación que puede extraerse de la decisión de la Corte de Apelaciones de Santiago que es objeto de este comentario.

Como se puede apreciar en el fallo, se sentenció que el diseño de la publicidad de este caso impedía la correcta comprensión del mensaje publicitario. En concreto, resultaba incomprensible por (1) no existir información del precio en todos los productos y (2) por la indeterminación del número de elementos que debían adquirirse para que se aplicara el descuento promocionado. La Corte de Apelaciones de Santiago consideró que la falta de estos elementos contribuía a la frustración de expectativas de los consumidores, y que la conducta del proveedor infringía tanto el derecho a la información de los consumidores como el imperativo de la buena fe con el que se persigue evitar un yerro en la voluntad del consumidor.

Entonces, según este fallo, el mensaje publicitario debe ser comprensible, al menos respecto del precio y la cantidad; y cuando no lo es, se ve afectada la voluntad del consumidor destinatario de la publicidad.

En este contexto, en las líneas que siguen me interesa comentar estos aspectos. Esto es, la comprensión del mensaje publicitario y su efecto. No obstante, como se verá, ambos elementos están relacionados de manera tal que es difícil sostener o mostrar una escisión entre ellos.

Para comenzar, lo primero que es importante señalar es que las disposiciones transcritas en el fallo y que sustentan la decisión del tribunal (artículos 3º inciso primero letra b] y 30) no exigen que la información de la publicidad se presente en términos comprensibles para los consumidores. Al menos no en términos explícitos. En realidad, la LPDC no consagra de forma expresa la exigencia de la “comprensión” del mensaje publicitario¹.

Sin perjuicio de lo anterior, la Corte de Apelaciones de Santiago sentenció que por no cumplirse con dicha característica se infringía el derecho a la información de los consumidores. Es decir, consideró como parte de este derecho la comprensión del mensaje publicitario. Se trata, entonces, de una construcción, de entender la comprensión de la publicidad como parte del artículo 3º inciso primero letra b) y con ello encontrar un reconocimiento normativo a esta característica especial en la publicidad. Incluso, el tribunal determinó que el parámetro debe medirse conforme con el consumidor medio, como suele ser en estos casos.

¹ La exigencia de la “comprensión” solo se regula en los artículos 12 A y 32 LPDC, a propósito de la contratación electrónica y la información básica comercial, respectivamente. Además, se ha construido a propósito del artículo 17 por la expresión “claramente legible”, en BARRIENTOS, F., “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*, Santiago, LegalPublishing, pp. 1013 y ss.

Esta manera de entender el derecho a la información de los consumidores me parece acertada, pues se relaciona con su contenido y finalidad. Una solución contraria deforma o desnaturaliza este derecho.

En efecto, y según como se ha entendido en nuestro medio, este derecho persigue imponer al proveedor la obligación de suministrar todos los antecedentes necesarios para la contratación². La finalidad es que el consumidor tenga las herramientas para conocer los bienes o servicios y el mercado en el que ellos se transan, y así pueda tomar decisiones económicas con un adecuado nivel de información³. Se trata, como ha señalado DE LA Maza, de "... un deber general del proveedor de suministrar información al consumidor en la etapa previa a la formación del consentimiento"⁴. En otros términos, es una regla de protección de la voluntad libre e informada de los consumidores. Por ese motivo, incorporar, o bien entender, la comprensión del mensaje como parte integrante del artículo 3° inciso primero letra b) parece correcto, toda vez que la única manera en que el consumidor puede conocer, elegir y manifestar su voluntad respecto del contrato que celebra es en aquellos casos en que entiende la información que le fue presentada, es decir, el contenido y alcance de dicho contrato.

Así, es relevante que el contenido de la publicidad y del contrato se presente a los consumidores de manera tal que puedan entenderlo, para que puedan manifestar su voluntad de manera libre e informada. En realidad, solo el consumidor informado, que tiene la posibilidad de leer y comprender el mensaje publicitario puede "conocer" y "querer" los efectos de ese contrato que se promueve.

En este contexto, es posible señalar que si bien la sentencia se refiere a la comprensión de dos cuestiones concretas, esto es, el precio y la cantidad de objetos que daban lugar al descuento, me parece que la exigencia de esta característica debe tener lugar en general respecto de los términos del contrato anunciados en la publicidad, y no solo en estos elementos. Según lo expuesto, me parece que conforme al artículo 3° inciso primero letra b) puede justificarse que deben ser comprensibles todos los elementos necesarios para la contratación, ya sea respecto del objeto mismo del contrato que promueve la publicidad como de las condiciones de su contratación.

Ahora bien, como es posible apreciar, la relación entre la posibilidad de entender el alcance de la publicidad y del contrato que se promueve se relaciona, de manera necesaria, con la manifestación de voluntad del consumidor. De ahí que pueda hablarse del "efecto" de la comprensión del mensaje publicitario.

Esta relación se aprecia en el fallo. En efecto, la Corte de Apelaciones de Santiago consideró que un mensaje publicitario incomprensible incumplía con el deber de informar de manera adecuada a los consumidores y provocaba la omisión de elementos

² RODRÍGUEZ, P., 2015: *Derecho del consumidor. Estudio crítico*, Santiago: LegalPublishing, p. 16.

³ BARRIENTOS, M., 2013: "Artículo 3° b)", en Iñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores), Francisca Barrientos (coordinadora), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago, LegalPublishing, p. 97.

⁴ DE LA MAZA, Iñigo, 2010: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del norte*, año 17, N° 2, p. 41.

relevantes "... para determinar la formulación de una voluntad reflexiva, informada y certera de la real conveniencia a sus intereses al tenor del ofrecimiento" (considerando decimotercero). Es decir, el hecho que el consumidor no entienda la información que se le presenta en la publicidad se traduce, o puede traducir, en un problema en cuanto a su manifestación de voluntad, toda vez que se le priva de la posibilidad de ponderar sus propios intereses. Por eso, sentenció que no precisar el valor referencial del producto ofrecido no permite "... sopesar la conveniencia en la adquisición, en los términos que involucra la oferta. De otro modo, no se garantiza un consentimiento informado al tenor de los términos propuestos por el proveedor". Estos considerandos dan cuenta de la relación que existe entre la comprensión del mensaje publicitario y la manifestación de voluntad al referirse, en forma explícita, a la reflexión del consumidor y la posibilidad de analizar la conveniencia, provecho o beneficio que le traería la celebración del contrato.

Sumada a esta consideración explícita de la Corte, que tiene por objeto la protección de la voluntad del consumidor frente a un mensaje publicitario con aspectos incomprensibles, hay una cuestión más implícita en los elementos que se tuvieron en consideración al momento del fallo. En efecto, si se toma en cuenta lo que el tribunal tuvo en consideración para calificar como incomprensible el mensaje publicitario (el precio y las unidades que daban lugar a la promoción), es posible apreciar, una vez más, la vinculación que existe entre la comprensión del mensaje y la protección de la manifestación de voluntad del consumidor. En efecto, se exige que la publicidad se le presente en términos comprensibles para que se pueda contratar de manera libre e informada, y junto con ello, se califica como incomprensible la falta del precio, un elemento de la esencia del contrato de compraventa, o la indeterminación del objeto. Es decir, sin estos elementos no se podría materializar una manifestación de voluntad seria; en realidad, ni siquiera podría haber contrato, no al menos el que se había representado el consumidor.

En suma, de conformidad con esta sentencia, la publicidad debe presentarse en términos comprensibles. El fundamento de dicha exigencia radica en el derecho a la información de los consumidores. Y, la finalidad, es proteger la voluntad libre e informada de los consumidores.

Para finalizar, solo señalar que, según lo expuesto, este fallo es un aporte en el medio nacional en cuanto reconoce, por una parte, que la publicidad debe ser comprensible en función del derecho a la información ex artículo 3° inciso primero letra b) y la consecuente tutela de la manifestación de voluntad de consumidor, y por otra, porque da cuenta de la importancia de este aspecto en el ámbito contractual. Dicho esto, me parece que esta forma de entender el derecho a la información nos impone, en el tiempo que sigue, el desafío de comenzar a construir algunos límites. En caso contrario, un exceso de información podría resultar perjudicial para los propios consumidores.

RECENSIONES

Recensiones

ÍÑIGO DE LA MAZA GAZMURI, ÁLVARO VIDAL OLIVARES, *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y Jurisprudencia*, Thomson Reuters, Santiago, 2018 (798 pp.).

Los dos autores de esta obra son, sin duda, de los mejores exponentes de nuestra dogmática iusprivatista y destacados representantes de la tendencia que en los últimos años está tratando de interpretar nuestro Código Civil según los conceptos y principios del llamado “Derecho Uniforme de los Contratos”. Ambos han bebido lo mejor de la escuela de la doctrina española encabezada por Luis Díez-Picazo e integrada por juristas de marca mayor como Fernando Pantaleón y Antonio Morales Moreno.

El título del libro, aunque quizás poco explicativo, se corresponde con el contenido, ya que se analizan algunas de las cuestiones más fundamentales que se plantean actualmente en la regulación jurídica del contrato desde el punto de vista civil, como queda de manifiesto en el subtítulo. Se revisa, en una primera parte, la responsabilidad precontractual por retiro unilateral de las negociaciones, la formación del consentimiento, el error y el dolo como vicios y el contenido del contrato, donde se estudia su objeto, la idea de propósito práctico y la discutida categoría de obligaciones de medio y resultado. Los siguientes capítulos se dedican al examen de la responsabilidad contractual en sentido amplio, es decir, de los medios de tutela que se otorgan a uno de los contratantes cuando el otro incumple el contrato; se parte con la noción del incumplimiento y de sus modalidades para después seguir con los medios de tutela, tradicionalmente conocidos en la doctrina chilena como efectos de las obligaciones, y que los autores prefieren denominar con un anglicismo: “remedios”. Se estudian así el cumplimiento coactivo del contrato, la resolución, la excepción de contrato no cumplido y la indemnización de perjuicios. Especial relevancia debe darse al estudio de las cláusulas resolutorias que recientemente han sido objeto de un comentado fallo de la Corte Suprema en el caso “Ingeniería y Movimientos de Tierra Tranex Limitada con Anglo American Sur S.A.”, de 22 de mayo de 2019, rol Nº 38.506-2017.

No puede sorprender que los autores recojan en sus análisis las tesis que se han instalado en la doctrina española y en la reforma francesa de 2016, siguiendo de cerca la Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías y algunos instrumentos de *soft law* como los Principios Europeos de Derecho de los Contratos, los Principios Unidroit para Contratos Comerciales y en menor medida los recientes Principios Latinoamericanos de Derecho de los Contratos. Se intenta superar la teoría clásica del contrato como expresión de la autonomía de la voluntad, que los autores denominan “voluntarismo jurídico”, haciendo ver que la voluntad no es lo único que debe tomarse en cuenta para determinar aquello a lo que el contrato obliga, y poniendo de relieve la noción de propósito práctico del contrato que se conceptualiza siguiendo a

Díez-Picazo como el resultado que las partes se proponen conseguir con su celebración. Esta teoría, llamada por los autores “concepción realista”, pone el acento en los aspectos más pragmáticos y lo concibe como un medio para obtener, del modo más eficiente, la colaboración y la satisfacción de intereses de las partes.

Sobre esta base hacen una recompreensión de los vicios del error y el dolo no como medios de protección de la voluntad, como se les ha entendido tradicionalmente, sino más bien como reglas de distribución del riesgo de la ignorancia de una de las partes (autopadecida en el caso de error o provocada en el caso de dolo). Es probable que el hecho de que la fuerza o violencia no se preste tanto a esta explicación haya determinado que los autores no la hayan incluido y que anuncien su estudio para una futura edición de esta obra.

El concepto de incumplimiento también resulta alcanzado por esta nueva forma de entender el contrato y pasa a consistir en toda disconformidad entre la prestación realizada por el deudor y la que se había previsto en el contrato. Es calificado de unitario y de neutro; unitario, porque sirve para activar cualquiera de los medios de tutela, y neutro, porque no requiere imputabilidad a título de culpa o dolo, de modo que incluso la falta de cumplimiento por caso fortuito sería una forma de incumplimiento.

De la Maza y Vidal señalan que es posible sostener esta noción de incumplimiento en nuestro Código Civil, pero reconocen que esta aceptación tiene dos límites: el de la regla de que el riesgo del cuerpo cierto que se debe le pertenece al acreedor, con lo que no podrá pedirse la resolución del contrato, y el de la imposibilidad inicial de la prestación que debería ser conceptualizada como incumplimiento, mientras que el Código Civil, como se ve reflejado en el art. 1814, estima que ella determina una falta de objeto que produce la nulidad del contrato. Otras cuestiones como la distinción entre diligencia integradora y diligencia promotora, la no aplicación de la excepción de pago del art. 310 del Código de Procedimiento Civil para enervar la acción resolutoria y la autonomía de la pretensión indemnizatoria, aparecen en esta obra que, como señalan los autores, es fruto de un trabajo de más de quince años.

Si bien muchas de estas cuestiones no son estrictamente novedosas y algunas han sido propiciadas por eximios representantes de la civilística chilena como Daniel Peñailillo, Enrique Barros y Ramón Domínguez, el mérito del libro es que las vemos reunidas y desplegadas a lo largo del *iter* contractual: desde las negociaciones previas y la formación del consentimiento, pasando por el contenido u objeto del contrato hasta llegar a los medios de tutela que proporciona el sistema frente al incumplimiento.

Se aclara que no estamos frente a un análisis de *lege ferenda* (es decir, de reforma legislativa) sino de una relectura de los preceptos legales vigentes (interpretación de *lege lata*), aunque estos respondan al modelo voluntarista del contrato con inserciones del Derecho romano y de las Siete Partidas. Esto se traduce a veces en tensiones que se observan, a veces, explícitamente, como cuando se habla del “insoportable artículo 1820” o los dos límites a la noción neutra del incumplimiento ya aludidos, y, en otras ocasiones, de manera implícita como cuando se sostiene la imposibilidad de enervar la acción resolutoria por el pago dentro del juicio pero se soslaya que ello sí es permitido

para el pacto comisorio incluso calificado (art. 1879 CC), o cuando se expulsa la culpa de la noción de incumplimiento y de la mayoría de los “remedios”, con la excepción de la indemnización, a la vez que se incluyen criterios de diligencia para constituir la imprevisibilidad y la inevitabilidad del caso fortuito, y además se la contempla como elemento integrador del incumplimiento en las obligaciones de medio, bajo el calificativo de diligencia integradora.

Así y todo, el esfuerzo no deja de ser encomiable, aunque a veces la lectura puede hacer surgir la duda de si esta concepción pragmática o realista del contrato no es una forma, inteligente por cierto e, incluso en algunos puntos, necesaria, para establecer la primacía de los intereses del acreedor por sobre los del deudor ante el incumplimiento del contrato. De allí la noción neutra del incumplimiento, el caso fortuito como única forma de exoneración de responsabilidad contractual, la resolución como derecho potestativo del contratante diligente, etc. Por ello se previene que, salvo respecto de las cláusulas abusivas, los estudios se centran en el Derecho general de los contratos y no en la disciplina especial de la contratación de consumo donde entran otros intereses en juego.

Debe destacarse el hecho de que los autores no se distribuyen los capítulos como es usual tratándose de libros colectivos. La coautoría se extiende a toda la obra, lo que constituye un ejemplo de colaboración entre juristas poco frecuente en nuestro medio.

La obra tiene una particularidad que la hace especialmente original, y es el uso intensivo de la jurisprudencia. Cada capítulo se compone de cinco secciones, dos de estas se dedican a sentencias; una primera donde se comentan algunos casos especialmente relevantes para el tema, y una segunda con un listado de “otras” sentencias acerca de la misma materia. En general, las sentencias seleccionadas apoyan de alguna manera los planteamientos de los autores, pero también se encuentran analizados fallos que difieren de esa opinión, como sucede respecto de la posibilidad de enervar la acción resolutoria por un pago realizado durante el juicio, en que se incluyen dos sentencias que, contrariando la interpretación propuesta, admiten dicha excepción.

Por cierto, la sección principal y que inicia cada capítulo se dedica a la exposición más doctrinal de cada una de las “cuestiones”, sin perjuicio de que también aparezcan referidos allí algunos fallos judiciales. Otras secciones se refieren a las reglas respecto de la materia, donde se incluyen normas de la legislación nacional pero también de instrumentos internacionales de armonización, y a una bibliografía específica que puede consultarse para complementar el estudio de la materia. Al final se contemplan índices de autores, de materias y de jurisprudencia. En toda esta labor –señalan los autores–, ha sido fundamental el trabajo de algunos jóvenes: Ricardo Torres, Pablo Ulloa y Hernán Cortez, que se han encargado de recopilar, extractar y analizar las sentencias, así como de confeccionar los varios índices –muy útiles– con los que se cierra el libro.

Para terminar esta breve reseña, digamos que estamos frente a una obra que reúne densidad dogmática, originalidad expositiva y especial atención al derecho jurisprudencial. Será de gran ayuda para observar las orientaciones actuales de una materia que,

como se dice en la introducción siguiendo a Daniel Peñailillo, se ha transformado en los últimos años en “el área más vibrante del derecho privado”.

Hernán Corral Talciani
Profesor de Derecho Civil
Universidad de los Andes

Instrucciones para los autores

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, promoviendo la discusión crítica y plural de problemas relevantes. La Revista se compone de tres secciones: investigaciones, jurisprudencia comentada y reseñaciones; en cada una de ellas se aceptan trabajos inéditos de cualquier disciplina jurídica.
- b. *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 cubrir 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. Ejemplos:
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, Nº 085700N16.

7. *Referencias completas al final del trabajo*

- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo “Bibliografía”. Ejemplos:

Libro:

WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter & Co.

BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2º edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.

LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4º edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.

INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2º edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2º edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: “Sobre el fin de la revista de la escuela histórica” (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 [“Über den Zweck dieser Zeitschrift” [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: “El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, 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=es&nrm=iso. [Fecha de consulta: 1.12.2016].

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, JOSÉ Y 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, cualquiera 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.

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

La validez en la ley arcaica. Reflexiones comparativas respecto de las *Doce Tablas* y las *Leges Regiae*, Carlos Amunátegui Perelló

¡Ponga atención en los obstáculos epistémicos de los estudiantes! Una clave para enseñar derecho probatorio, Claudio Agüero San Juan, Rodrigo Coloma Correa

Algunas observaciones críticas al concepto de aplicabilidad como explicación a la aplicación de normas jurídicas irregulares, Marcela Chahuán Zedan

La aplicación del derecho como acción colectiva, Josep María Vilajosana

DERECHO PRIVADO

El modelo biogénico y la bilateralidad parental en Colombia según los cambios generados por las técnicas de reproducción humana asistida, Olga Cárdenas Gómez, Juliana Arias Escobar, Mariana Mendieta Montoya

¿Existe un deber del deudor de conocer e informar su situación de insolvencia al tiempo de contratar?, Juan Luis Goldenberg Serrano

Desastres naturales y responsabilidad civil. Identificación de los desafíos que presenta esta categoría de hechos dañinos, Lilian San Martín Neira

DERECHO DEL TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

Globalización y precarización laboral en Chile: una mirada desde el conflicto, Roberto Villavicencio Vega

Principio de suficiencia y prestaciones mínimas de Seguridad Social: una revisión desde el derecho al mínimo de existencia alemán, Alexandre de le Court

DERECHO PÚBLICO

El desafío de las concesiones de obra pública: ¿qué (y qué no) concesionar?, Martín Loo Gutiérrez

El derecho a la verdad y su contribución a la memoria colectiva, John Charney Berdichevsky

La sanción en los supuestos de abuso o simulación como un caso de *compliance* regulado en materia administrativa, María Pilar Navarro Schiappacasse

DERECHO PROCESAL

El dilema de las cláusulas escalonadas en Colombia, Luisa María Brito Nieto

Confesiones frente a la policía en el proceso penal chileno, Cristián Riego Ramírez

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Tomándonos en serio los principios del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental: el caso de la Central Hidroeléctrica Doña Alicia (Corte Suprema). Comentario de Felipe Guerra Schleef

El momento en que se produce la interrupción civil de la prescripción (Corte Suprema). Comentario de Bernardo Aylwin Correa

La comprensión del mensaje publicitario y la protección de la voluntad del consumidor desde el derecho a la información (Corte de Apelaciones de Santiago). Comentario de Felipe Fernández Ortega

RECENSIONES

Íñigo de la Maza Gazmuri, Álvaro Vidal Olivares, *Cuestiones de Derecho de Contratos. Formación, incumplimiento y remedios. Doctrina y jurisprudencia*. Recensión de Hernán Corral Talciani