

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXVII - N° 1 • Junio 2024

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

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

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

Directorios y catálogos
Scopus
SCIELO
Latindex

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

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE

JOSÉ DÖRNER FERNÁNDEZ

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE

SUSAN TURNER SAELZER

Profesora Titular, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,
Universidad Austral de Chile

EDITORES ASOCIADOS

LETICIA MORALES

Profesora Asociada, Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho,
Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile

YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO

Profesora Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

Profesor Titular, Instituto de Derecho Público, Facultad de Ciencias Jurídicas
y Sociales, Universidad Austral de Chile

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

DANIELA ACCATINO SCAGLIOTTI,

Decana Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Presidente

SEBASTIÁN AGÜERO SAN JUAN,

Director Instituto de Derecho Privado y Ciencias del Derecho

ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA,

Director Instituto de Derecho Público

DARÍO PARRA SEPÚLVEDA,

Director Instituto de Ciencias Jurídicas, Puerto Montt

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

EDUARDO ALDUNATE LIZANA (*U. Católica de Valparaíso, Chile*)

CLAUDIA CÁRDENAS ARAVENA (*U. de Chile*)

XIMENA GAUCHE MARCHETTI (*U. de Concepción, Chile*)

ISABEL LIFANTE VIDAL (*U. de Alicante, España*)

JUAN CARLOS MARÍN GONZÁLEZ (*Tecnológico de Monterrey, México*)

CARLOS PEÑA GONZÁLEZ (*U. Diego Portales, Chile*)

LUCAS SIERRA IRIBARREN (*U. de Chile*)

CONSEJO ASESOR

María Casado González (*U. de Barcelona, España*)

José Luis Cea Egaña (*Pontificia U. Católica de Chile*)

Hernán Hormazábal Malarée (*U. de Gerona, España*)

Aída Kemelmajer de Carlucci (*U. Nacional de Cuyo, Argentina*)

Humberto Nogueira Alcalá (*U. de Talca, Chile*)

Luciano Parejo Alfonso (*U. Carlos III de Madrid, España*)

Roberto Romboli (*U. de Pisa, Italia*)

Ruth Rubio Marín (*U. de Sevilla, España*)

Agustín Squella Narducci (*U. de Valparaíso, Chile*)

ÍNDICE

Volumen XXXVII - N° 1 (Junio 2024)

INVESTIGACIONES

<i>Estudio acerca del “control de incorporación” para establecer la conveniencia de su regulación general en Colombia.</i> María Elisa Camacho López	9
<i>El ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa en las cláusulas abusivas: una mirada a la jurisprudencia del consumidor.</i> Julio Alvear Téllez	31
<i>Tensiones sociales generadas por las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación en Colombia.</i> Olga Carolina Cárdenas Gómez, Talía Valero Mora, María Cristina Palacio Valencia	53
<i>Aplicación de la norma general antielusiva chilena en relación con las normas especiales anti-elusivas.</i> Patricia Toledo Zúñiga, María Pilar Navarro Schiappacasse	77
<i>Conflictos de acoso sexual en las universidades chilenas y su tratamiento restaurativo.</i> Isabel González Ramírez	101
<i>Prostitución: ¿un asunto de libertad?</i> Marta Szygendowska	123
<i>Régimen jurídico de la demolición.</i> Rosa Fernanda Gómez González	145
<i>Tres desiderata para una teoría de los derechos sociales.</i> Leticia Morales	169
<i>Valoración crítica de la técnica legislativa empleada en la tipificación de los delitos falsarios de la ley de tránsito.</i> Jaime Vera Vega	189

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica contractual de las personas sordas (Corte Suprema).</i> Comentario de Yerko Cubillos Román	215
<i>Eficacia jurídica de los códigos de conducta y control judicial (Corte Suprema).</i> Comentario de Gloria Vargas Almonacid	223

Notas sobre la revisión judicial de multas ambientales a propósito del caso “Punta Puertecillo”
(Corte Suprema). Comentario de Pablo Méndez Ortiz 231

RECENSIONES

Giovanni Battista Ratti, Jorge L. Rodríguez, Estructura y coherencia de los sistemas jurídicos.
Recensión de Sebastián Agüero-SanJuan 243

INVESTIGACIONES

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100009>

Estudio acerca del “control de incorporación” para establecer la conveniencia de su regulación general en Colombia

María Elisa Camacho López*

RESUMEN

En este artículo se analiza la conveniencia, desde el punto de vista teórico, de regular el “control de incorporación” para las relaciones jurídicas que no son de consumo, debido a la frecuencia de contratos celebrados con cláusulas predispuestas y no negociadas en la práctica colombiana. Para ello se estudian las similitudes y diferencias entre las figuras previstas en el régimen general de las obligaciones y contratos que guardan cierta similitud con el “control de incorporación” y este, como también la relación entre el control de incorporación y el neoformalismo, llegando a la conclusión acerca de la conveniencia de regular, de manera adecuada, el “control de incorporación”, por constituir una medida superadora para la protección del contratante adherente.

Control de incorporación; cláusulas predispuestas y no negociadas; cognoscibilidad

Study on the incorporation of standard terms to establish the convenience of its general regulation in Colombia

ABSTRACT

This article analyses the convenience, from a theoretical point of view, of regulating the “control of incorporation” for non-consumer legal relations, given the frequency of contracts concluded with pre-arranged and non-negotiated clauses in Colombian practice. To this end, the similarities and differences between the figures foreseen in the general regime of obligations and contracts that have a certain similarity with the “control of incorporation” and this one are studied, as well as the relationship between the control of incorporation and neo-formalism, reaching the conclusion on the convenience of regulating, in an appropriate manner, the “control of incorporation”, as it constitutes an overcoming measure for the protection of the adhering contracting party.

Incorporation of terms; pre-arranged and non-negotiated clauses; cognizable

* Abogada. Universidad Externado de Colombia. Magíster en Sistema Jurídico Romano, Unificación del Derecho y Derecho de la Integración y Doctora en Sistema Jurídico Romano y Unificación del Derecho. Universidad de los Estudios de Roma II “Tor Vergata”, Italia. Docente investigadora de la Universidad Externado de Colombia. ORCID: 0000-0001-5517-6116. Correo electrónico: maria_elisa_camacho@yahoo.es

Este artículo se enmarca en el proyecto de investigación “La contratación adhesiva entre empresarios” del Grupo de Investigación en Derecho Comercial y Comparado de la Universidad Externado de Colombia, N° 1005165002, en que la autora es investigadora responsable.

Artículo recibido el 8.3.2023 y aceptado para su publicación el 13.12.2023.

I. INTRODUCCIÓN

Una de las principales problemáticas que plantea la contratación estandarizada consiste en la falta de comunicación adecuada de las cláusulas predisuestas y no negociadas por el predisponente al adherente, lo que propicia el abuso del predisponente, pues el adherente celebra el contrato sin haber conocido esas cláusulas de manera anticipada o, cuando menos, al momento de celebrar el contrato¹.

Para evitar esa situación algunos ordenamientos jurídicos han desarrollado lo que se conoce como control de incorporación o de inclusión, el que se puede definir como el conjunto de requisitos exigidos por la ley para que las condiciones generales de contratación o las cláusulas predisuestas no negociadas se entiendan incorporadas al contenido de un contrato².

En el derecho colombiano este control se encuentra previsto solamente para las relaciones de consumo³, pues no hay un régimen general que regule los contratos celebrados bajo cláusulas predisuestas y no negociadas en el Código Civil colombiano. Tampoco se dedica alguna norma en el Código de Comercio colombiano promulgado en 1971, aun cuando los redactores siguieron de cerca el Código Civil italiano de 1942 en cuyo artículo 1.341⁴ se consagra el *requisito della conoscibilità*, el que se puede considerar el equivalente del control de incorporación en el derecho italiano.

Esta limitación de las normas que regulan el control de incorporación a las relaciones de consumo se considera un problema que dificulta la protección de la parte adherente en los contratos entre particulares que no son consumidores.

En primer lugar, porque no refleja la realidad colombiana en la que es frecuente la celebración de contratos con cláusulas predisuestas y no negociadas, especialmente entre empresarios⁵.

¹ En este sentido: GENOVESE, 1962, p. 121; BIANCA, 2000, p. 343.

² DÍEZ PICAZO, 1996, p. 37; CAÑIZARES, 2015, p. 73; HERNÁNDEZ Y CAMPOS, 2020, p. 146; ALCÁNTARA, 2020, p. 139.

³ Dentro de las leyes que regulan el tema se encuentran: la Ley 142, 1994, art. 131, “por la cual se establece el régimen de los servicios públicos domiciliarios y se dictan otras disposiciones”, y la Ley 1.480, 2011, art. 37, “Régimen general de protección al consumidor en Colombia”, la que comprende a los empresarios, sean personas naturales o jurídicas, dentro del concepto de consumidores, siempre y cuando la adquisición de un bien o servicio no esté ligada intrínsecamente a su actividad económica, Ley 1.480, 2011, art. 5º, num. 3º. Por su parte, la Ley 1.328, 2009, donde se consagra el régimen de protección al consumidor financiero, dedica varias normas a los deberes de información de las condiciones generales de contratación por parte de las entidades financieras, arts. 3º lit. c., 5º lit. b., 7º lit. c. y f, 9º y 10º, sin embargo, no existe alguna disposición que fije algún remedio o sanción por el incumplimiento de estos deberes, con la única excepción del artículo 10 referido a las modificaciones del contrato.

⁴ En este sentido HINESTROSA, 2015, pp. 831-832.

⁵ Así se pone de presente en la Exposición de motivos de la Ley 2.024 de 2020 que destaca esta forma de contratación entre Mipymes y Grandes empresas: “...un alto porcentaje de empresas de gran tamaño realiza los pagos a sus proveedores y subcontratistas (usualmente Mipymes) en plazos injustificadamente extensos...”, “Estos plazos se incorporan en los contratos modelo o tipo que utilizan las grandes empresas para contratación en general (en una manifestación clara de su posición dominante)”, Gaceta del Congreso 778, 2.10.2018, p. 3. También se infiere de la existencia de una gran cantidad de laudos arbitrales que tienen

Además, porque ese vacío normativo debe ser colmado con las normas que regulan la etapa de formación de los contratos en el régimen general de obligaciones y contratos, las que son consideradas insuficientes frente a las nuevas realidades contractuales⁶.

Asimismo, aunque estas preocupaciones no tienen correlato en la jurisprudencia colombiana en la que no se identifican, por el momento, decisiones que hayan tenido por objeto principal dirimir controversias relacionadas con la falta de conocimiento adecuado y oportuno de las cláusulas predispuestas y no negociadas en un contrato entre particulares que no sea de consumo, el tema no es ajeno a los jueces, quienes en ocasiones destacan la necesidad de valorar el conocimiento adecuado de las cláusulas, atendiendo la influencia de experiencias foráneas⁷.

Por tanto, con la presente investigación se busca responder a la pregunta acerca de si se debería adoptar el control de incorporación de las cláusulas predispuestas y no negociadas para su aplicación a cualquier contrato celebrado entre particulares que no sean consumidores y, en caso de que la respuesta a la pregunta sea afirmativa, sugerir algunos elementos que sirvan para elaborar dicha regulación.

De ahí que el objetivo general de esta investigación es establecer la conveniencia, desde el punto de vista teórico, de regular o no un control de incorporación de carácter general.

Para dar respuesta a esta pregunta se considera necesario empezar por dar cuenta de las diferencias entre el control de incorporación y las figuras afines a ese control previstas en el régimen general de las obligaciones y contratos en Colombia, con el fin de determinar si el control de incorporación constituye un aporte frente al estado de la regulación actual.

De otra parte, se expondrá, brevemente, la aproximación que se hace en la doctrina colombiana al control de incorporación mediante el prisma del *neoformalismo*, pues

por objeto controversias relacionadas con cláusulas abusivas en la contratación adhesiva entre empresas. Ver en este sentido CAMACHO, 2022, pp. 113-180.

⁶ En este sentido HERRERA, 2020, p. 70, quien haciendo referencia al período de formación del contrato manifiesta: “El modelo clásico de contratación omitió actualizarse frente a los fenómenos que con el devenir del tiempo han aparecido, tales como la masificación de las relaciones económicas, la consagración de condiciones generales de contratación y la utilización de sistemas de información, lo que evidencia los límites de dicha teoría”. Con relación a la insuficiencia de las normas actuales, de manera general y no solamente referida al momento de la formación de los contratos, véase: RENGIFO, 2010, p. 216, y PINZÓN, 2011, p. 86.

⁷ Así se observa en los siguientes fallos: Tribunal de arbitramento de Valores y Descuentos Limitada contra *BellSouth* Colombia S.A., 4.06.2002, expediente 744, p. 29, en el que tratando acerca de las particularidades que supone la contratación adhesiva se refiere al: “...nivel de impacto que puede derivar del hecho de conocimiento o ignorancia del adherente sobre la existencia misma de la estipulación”, consideraciones retomadas en el Tribunal de arbitramento Punto Celular Ltda. contra Comunicación Celular S.A. -COMCEL S.A., 23.02.2007, expediente 1225, p. 106. Asimismo, en el Tribunal de arbitramento de 3PL *Logistics Solutions* Colombia S.A.S. contra Virbac Colombia Ltda., 2.06.2016, expediente 3674, p. 26, en el que se manifiesta: “Efectivamente, a pesar de haber sido insertada en el cuerpo del texto finalmente firmado por ambas partes, del acervo probatorio aportado al proceso se infiere fácilmente que tal cláusula fue dispuesta por VIRBAC COLOMBIA sin haberla negociado ni informado previamente a 3PL LOGISTICS SOLUTIONS”. En este último laudo se declaró abusiva esa cláusula.

permite explicar el problema planteado dentro del contexto de una orientación actual en materia contractual.

Por último, serán planteadas las conclusiones de la presente investigación.

II. SIMILITUDES Y DIFERENCIAS ENTRE EL CONTROL DE INCORPORACIÓN Y FIGURAS AFINES PREVISTAS EN EL RÉGIMEN GENERAL DE LAS OBLIGACIONES Y CONTRATOS EN COLOMBIA

En este acápite se propone identificar aquellas figuras jurídicas reguladas en la teoría general de las obligaciones y contratos en Colombia, con las que el control de incorporación presenta cierto grado de similitud con el fin de establecer si este último constituye un aporte, desde el punto de vista teórico, para la protección de la parte adherente en las relaciones que no son de consumo.

En ese sentido es posible identificar varias figuras que pueden llegar a tener funciones o efectos similares: por una parte, la exigencia del consentimiento del acto o declaración de voluntad como requisito para obligarse⁸, la ausencia de vicios del consentimiento⁹, el deber de información emanado del principio de la buena fe y el principio de la buena fe como tal¹⁰ y, finalmente, el criterio de interpretación de las cláusulas ambiguas a favor del adherente¹¹.

A continuación, se analiza la relación entre el control de incorporación y cada una de estas figuras.

1. *Relación entre el requisito del consentimiento del acto o declaración de voluntad y el control de incorporación*

Dentro de las figuras reguladas en el Código Civil colombiano que presentan similitud con el control de incorporación está el “consentimiento”, entendido, según lo previsto en el artículo 1.502, numeral 2º, como un requisito necesario para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad.

En efecto, la similitud radica en que una de las funciones del control de incorporación es poner en conocimiento del adherente las cláusulas que regirán su relación jurídica para garantizar la existencia del consentimiento negocial por parte del adherente, teniendo

⁸ Código Civil colombiano, 1873, art. 1.502, num. 2º.

⁹ Código Civil colombiano, 1873, art. 1.502, num. 2º.

¹⁰ Constitución Política colombiana, 1991, art. 83; Código Civil colombiano, 1873, art. 1.603; Código de Comercio colombiano, 1971, art. 871.

¹¹ Código Civil colombiano, 1874, art. 1.624.

en cuenta que en este tipo de relaciones no hay una fase previa de negociación¹². Así lo sostiene una parte de la doctrina¹³.

Por tanto, si una de las funciones principales del control de incorporación se dirige a garantizar la existencia del consentimiento, que por sí mismo ya es un requisito para obligarse en los términos del artículo 1.502 numeral 2º del Código Civil colombiano, no tendría sentido regular un control de incorporación porque su función ya la cumple otra norma.

En otras palabras, se podría decir que siempre que hay consentimiento¹⁴ es porque se han conocido las cláusulas del contrato y, por tanto, no hace falta otra figura jurídica que también lo exija.

Sin embargo, esto no es así, porque la existencia del consentimiento en el ordenamiento jurídico colombiano está referida a la concordancia con los términos de la oferta y, debido a que al regularse la oferta se indica que esta deberá contener los elementos esenciales del negocio (artículo 845 del Código de Comercio colombiano), quedan por fuera muchos otros elementos como los naturales o accidentales. En cambio, con el control de incorporación se procura el conocimiento de las cláusulas predispuestas y no negociadas que pueden abarcar cualquier elemento del contrato, aunque existe en esta forma de negociación cierta tendencia a que la parte adherente participe, por lo menos, en la determinación de los elementos esenciales.

En este sentido se manifiesta Pinzón para quien los conflictos propios de la adhesión y de la incorporación de las condiciones generales se aprecian con claridad cuando se repara en los problemas que surgen en torno a los elementos sustanciales y accidentales del contrato¹⁵, es decir, para el autor, mientras que la falta de consentimiento está ligada a los elementos esenciales del negocio jurídico que suelen conocerse por ambas partes, no lo está con los demás elementos en los que, por lo general, no participa el adherente, razón por la que es necesaria la intervención de otras figuras para proteger a este último¹⁶.

Esta primera diferencia entre el consentimiento como requisito para obligarse y el control de incorporación se observa en mayor medida si se tiene en cuenta que esa función de “conocimiento” que pretende atribuirse al control de incorporación generalmente se reduce a una función de “cognoscibilidad”, es decir, tendiente a procurar el conocimiento de las cláusulas¹⁷, pues es factible que a pesar del cumplimiento de

¹² De todas maneras, debe tenerse en cuenta que las modalidades de contratación predispuesta y sin negociación son muy variadas y no siempre suponen la ausencia total de una fase de negociación, por lo menos, acerca de ciertas cláusulas. Por esta razón en el presente escrito se prefiere adoptar la terminología de “cláusulas predispuestas y no negociadas”, por considerarla más comprensiva de cualquier variante en este tipo de contratación.

¹³ PAGADOR, 1999, p. 359; GUILARTE, 2001, p. 1125.

¹⁴ Entendido como la convergencia de voluntades hacia un mismo querer (*in idem placitum consensus*), OSPINA, 2000, p. 145.

¹⁵ PINZÓN, 2011, p. 81.

¹⁶ En igual sentido RENGIFO, 2009, pp. 99 y 104.

¹⁷ En este sentido: GUILARTE, 2001, p. 1112; PÉREZ, 2015, p. 415; HERNÁNDEZ y CAMPOS, 2020, p. 144; HERNÁNDEZ y CAMPOS, 2021, p. 52.

los requisitos exigidos al predisponente por el respectivo ordenamiento jurídico para lograr la inclusión de las cláusulas al contrato, el adherente no las conozca antes o al momento de su celebración¹⁸.

En efecto, al mitigar la función del control de incorporación a procurar el conocimiento de las cláusulas, difícilmente se puede sostener que la finalidad de ese control sea garantizar la existencia del consentimiento negocial por parte del adherente.

De ahí que para algunos autores como Bullard la verdadera razón para exigir el control de incorporación está en la necesidad de crear unas normas especiales aplicables a los contratos estandarizados, debido a que en su opinión, el problema no está en que las normas generales de los contratos previstas en la mayoría de códigos decimonónicos no sean adecuadas para resolver las dificultades que plantea la contratación estandarizada, sino que de llegar a aplicarse: “llevaría a desfigurar por completo el fenómeno de la ‘contratación en masa’. Podríamos incluso privarle de toda eficacia como medio de constituir relaciones jurídicas”¹⁹. Siguiendo a Bullard, se podría decir entonces que el control de incorporación busca blindar con una presunción de legitimidad las cláusulas que cumplan los requisitos exigidos por la ley según el control de incorporación para que puedan hacer parte del contenido negocial.

Para otro sector de la doctrina lo que se pretende con este control no es garantizar el consentimiento del adherente, quien por lo general no muestra interés real en conocer las cláusulas que regirán su relación jurídica, salvo por aquellas referidas a los elementos esenciales del contrato, sino que este tenga las cláusulas para acceder a ellas después de celebrado el contrato con el fin de ejercer los derechos que le corresponden. Por esta razón se prefiere hablar de una función de “publicidad”²⁰.

Para dilucidar en forma nítida las diferencias entre el consentimiento como requisito para obligarse y el control de incorporación en su función de “cognoscibilidad”, es posible plantear dos escenarios.

Uno, en el que el predisponente cumple los requisitos exigidos en virtud del control de incorporación, a pesar de ello el adherente no conoce las cláusulas al momento de celebrar el contrato por su falta de diligencia. Por tanto, en el caso hipotético en que el adherente alegue su falta de consentimiento en la celebración del contrato, lo cierto es que no podría hacerlo con fundamento en el incumplimiento del control de incorporación, pues este fue cumplido correctamente²¹.

¹⁸ Esta es la orientación seguida por los artículos: 1.341 del Código Civil italiano, 1.119 del Código Civil francés y 1.397 del Código Civil peruano. Asimismo, en algunos proyectos de armonización del derecho, como por ejemplo en los Principios europeos de derecho de los contratos –PECL– (art. 2:104), en el Código Europeo de los Contratos –CEC– (art. 33), y en el Marco Común europeo de referencia –DCFR– (art. II.-9:103 del DCFR).

¹⁹ BULLARD, 1989, p. 52.

²⁰ Así ALFARO, 1991, pp. 200-202, citado por PAGADOR, 1999, p. 361; CAÑIZARES, 2015, p. 78.

²¹ Con relación a los requisitos exigidos en virtud de la función de “cognoscibilidad” del control de incorporación estos varían de un ordenamiento a otro y pueden consistir en: llamar la atención de la otra parte respecto de las cláusulas, antes o durante la celebración del contrato, Principios europeos de Derecho de los contratos [PECL], 2001, art. 2:104 y Marco común europeo de referencia [DCFR], 2012, art. II.-9:103;

De ahí que se considere atendible la opinión de Bullard, mencionada antes, pues es evidente que en gran medida el control de incorporación aporta una presunción de legitimidad al contenido del contrato celebrado con cláusulas predisuestas y sin libertad de negociación, aunque ello no obsta para que, en nuestra opinión, también le sean aplicables las normas generales de las obligaciones y contratos e igualmente sea posible someter el contrato a un segundo control denominado “de contenido” dirigido a impedir las cláusulas abusivas²².

El otro escenario es el del predisponente que incumple los requisitos exigidos en virtud del control de incorporación, de manera que el adherente celebra el contrato sin haber tenido la oportunidad de conocer las cláusulas que rigen su relación jurídica.

En este segundo escenario ocurre lo mismo que se planteó antes, dentro de este acápite, es decir, se considera que solo se podría hablar de una falta de consentimiento para obligarse si la parte adherente no conoció ni participó en la fijación de los elementos esenciales.

Por el contrario, si el adherente quiere la celebración del contrato se entenderá que hay consentimiento y por tanto la falta de conocimiento de algunas cláusulas predisuestas y no negociadas se resolverá teniendo en cuenta el control de incorporación.

Queda, en nuestra opinión, presentada una de las principales diferencias entre el requisito del consentimiento para obligarse y el control de incorporación. Esta, además, se podría ver reflejada en los efectos que cada una de ellas produce.

Las diferencias en el ámbito de sus efectos pueden examinarse tanto con relación a su alcance como a la tipología de efectos que se les asignan.

En cuanto al alcance, la falta de consentimiento como requisito para obligarse afecta al negocio jurídico en su integridad²³, en cambio, en el control de incorporación los efectos recaen, de manera particular, en las cláusulas predisuestas y no negociadas que no cumplieron los requisitos exigidos por la ley para ser incluidas al contenido negocial, es decir, no afecta al negocio jurídico en su totalidad, a menos de considerarse que el contrato no puede subsistir sin la presencia de las cláusulas que no han cumplido los requisitos para su incorporación al contrato²⁴.

comunicar las cláusulas de manera adecuada y con la anticipación necesaria para que, según su extensión y complejidad sea posible su conocimiento por quien actúe con una diligencia ordinaria, Decreto Ley 446, 1985, art. 5º, num. 2º; comunicación de las cláusulas y aceptación del adherente, Código Civil francés, 2016, art. 1119; entregar un ejemplar de las cláusulas cuando el contrato deba celebrarse por escrito, Ley 7ª, 1998, art. 5º, num. 1º, inc. 2º; entre otros. Por su parte, en el Código Civil italiano no se indica la manera en que debe cumplirse este requisito, pero, como en otros ordenamientos, la carga del predisponente se compensa por aquella asignada al adherente de usar la diligencia ordinaria para lograr el conocimiento de las cláusulas antes o al momento de celebrar el contrato.

²² Ver referente al control de contenido: MOMBERG, 2013; MATO, 2015, entre muchos otros autores.

²³ Incluso cuando la falta de consentimiento se relaciona con las personas negociantes el efecto tiene alcance general, pues recae en la totalidad del contrato respecto de una de las personas con las que no se quiere negociar. Ver en este sentido OSPINA, 2000, p. 173.

²⁴ Así se consagra en la Ley de condiciones generales de contratación de España Ley 7ª, 1998, artículo 10, numeral 1º.

Por su parte, con relación al tipo de efecto, tratándose de la falta de consentimiento en el derecho colombiano algunos autores consideran posible reputar la inexistencia del negocio jurídico²⁵, mientras que otros, como Hinestrosa, aunque concibe la inexistencia como la consecuencia lógica, advierte que el ordenamiento jurídico colombiano se inclina por la nulidad²⁶.

En el caso del control de incorporación, el aspecto relacionado con la tipología de efectos es, en mi opinión, uno de los más sensibles, al tiempo que constituye el único medio tangible y práctico para lograr el cumplimiento de los requisitos expuestos.

En efecto, si se dispusieran varias condiciones para el conocimiento de las cláusulas predispuestas, pero no se previera ningún remedio para el contrato en el que no se han cumplido esas condiciones, el contratante adherente no podría hacer nada y posiblemente se vería perjudicado ante dicha situación²⁷.

Sin embargo, la aplicación práctica de la consecuencia jurídica por el incumplimiento de los requisitos del control de incorporación genera varias inquietudes, así como lo refleja la doctrina foránea.

En primer lugar, porque por lo general en los ordenamientos jurídicos en los que se consagra el control de incorporación se recurre a los tipos tradicionales de ineficacia del negocio jurídico para encuadrar dicho efecto, lo que parece demasiado drástico.

Así lo manifiesta Roppo:

Esta creciente mezcla entre reglas de validez y reglas de comportamiento/responsabilidad puede disgustarle a quien sea aficionado de la vieja distinción, pero el lamento no puede velar la presencia objetiva de las nuevas tendencias. Pero luego, quizás, existe un modo de “desdramatizarlo”, y consiste en desdramatizar la propia contraposición existente entre los dos órdenes de reglas, diluyéndola en una categoría unitaria más general, en la cual uno y otro orden puedan encontrar lugar: la categoría del remedio contractual²⁸.

²⁵ En este sentido OSPINA y OSPINA, 2000, pp. 108, 173.

²⁶ Cfr. HINESTROSA, 2015, pp. 912, 923.

²⁷ Esta es la principal crítica que, a mi juicio, podría hacerse al artículo 520 del Proyecto de Reforma al Código Civil colombiano presentado por la Universidad Nacional de Colombia en el 2020, pues en dicho artículo parece haberse querido consagrar el control de incorporación pero sin haber atribuido una consecuencia jurídica ante la falta de cumplimiento de los requisitos en esa misma norma o en otras como, por ejemplo, aquellas relacionadas con las formas de ineficacia del negocio jurídico. El contenido del art. 520 es el siguiente: “Las condiciones negociales generales deben ser claras e informadas suficiente, anticipada y expresamente al adherente. No incluirán cláusulas que permitan modificar unilateralmente el contrato al predisponente o sustraerse de sus obligaciones. Los espacios en blanco deberán llenarse al momento de celebración del contrato so pena que los vacíos se integren con el derecho supletorio. Al adherente deberá entregársele copia del contrato y sus términos, al momento del contrato o en el plazo de tres días siguientes. Las cláusulas de permanencia mínima solo valdrán en contratos iniciales de tracto sucesivo, o cláusulas posteriores, siempre y cuando sean ventajosas para el adherente y únicamente por un plazo no superior a un año” (subraya fuera de texto).

²⁸ ROPPO, 2005, p. 61.

Es decir, para Roppo, esas categorías de ineficacia que tradicionalmente han sido vistas como sancionatorias deben ser vistas hoy como remedios contractuales, por esta razón su aplicación para el control de incorporación no resultaría negativa.

La otra dificultad estriba en que, por lo general, la redacción de esta consecuencia jurídica en los ordenamientos que regulan este control no es muy precisa, lo que suscita diferentes interpretaciones en torno al tipo específico de remedio contractual que se debe aplicar²⁹.

En efecto, son varios los términos empleados para indicar la consecuencia que se desprende del cumplimiento o incumplimiento de los requisitos de incorporación³⁰.

Esta terminología amplia y poco precisa al momento de definir el efecto que produce el incumplimiento de los requisitos del control de incorporación ha llevado a que en algunas experiencias jurídicas se discuta acerca de la verdadera naturaleza de este, teniendo en cuenta las categorías de ineficacia previstas en sus respectivos ordenamientos.

Así por ejemplo Guilarte considera que en la ley de condiciones generales de contratación de España hay una indefinición respecto de la consecuencia por la falta de incorporación que parece conducir como única posibilidad a la idea de nulidad –absoluta, en términos del derecho civil colombiano–. Sin embargo, el autor no comparte este efecto, en primer lugar, porque la lógica llevaría a concebir las condiciones generales de contratación no incorporadas como inexistentes, pero la apariencia de contractualidad o por lo menos su alegación por parte del predisponente hacen necesaria una declaración judicial expresa que conduce a alguno de los tipos de ineficacia consagradas en el derecho español³¹. En segundo lugar, porque aun decantándose por aplicar alguna de las categorías de ineficacia, tendría que distinguirse entre el efecto aplicable a las condiciones generales de contratación que no han sido dadas a conocer de aquellas que padecen defectos en su redacción, pues no podría aplicarse la nulidad para ambos casos³².

Esta falta de acuerdo también se refleja en el derecho italiano, como lo pone de presente Bianca, quien considera que la ineficacia es la consecuencia prevista legalmente ante la falta de cognoscibilidad de las condiciones generales de contratación, por lo que

²⁹ BIANCA, 2000, p. 348; GUILARTE, 2001, p. 1012; PÉREZ, 2015, p. 436; HERNÁNDEZ y CAMPOS, 2021, p. 53, nt. 6.

³⁰ Así, por ejemplo: en el derecho español se indica que “no quedan incorporadas” (Ley 7ª, 1998, artículo 7º), en el derecho portugués se dice que “se consideran excluidas” (Decreto ley, 446, 1985, art. 8º), en el derecho argentino que “se tienen por no convenidas” (Código civil y comercial argentino, 2014, art. 985, inc. 3º). Por su parte en el derecho italiano se alude de manera general a la eficacia de las cláusulas que han sido conocidas o habrían debido ser conocidas, por lo que, *a contrario sensu*, se entiende que las que no fueron conocidas o no podían serlo, serán ineficaces (Código civil italiano art. 1341, inciso primero). En los Principios Europeos de Derecho de los Contratos se indica que: “Las cláusulas del contrato que no han sido objeto de negociación individual pueden hacerse valer contra la parte que no las ha conocido solo si...” (Principios de Derecho Europeo de los [PECL], 2001, art. 2:104, num. 1º). De manera similar, en el Marco Común Europeo de referencia, se establece que: “Las cláusulas predispuestas por una de las partes y no negociadas individualmente sólo podrán oponerse frente a la otra parte...” (Marco Común europeo de referencia [DCFR], 2012, art. II.-9:103).

³¹ GUILARTE, 2001, p. 1132.

³² GUILARTE, 2001, p. 1133.

la alusión al concepto de nulidad, absoluta o relativa, es impropia respecto de cláusulas que no entran en el contenido negocial³³. No obstante, el autor reconoce que tanto doctrina como jurisprudencia hablan sobre todo de nulidad absoluta o relativa o de inoponibilidad de la cláusula³⁴.

En otras experiencias jurídicas se considera que las cláusulas que no son cognoscibles son “inoponibles” a la parte adherente³⁵. Sin embargo, en ordenamientos jurídicos como el colombiano la inoponibilidad es una especie de ineficacia reservada para aludir a la falta de efectos que puede producir un negocio jurídico respecto de terceros, es decir, de sujetos que están por fuera de la relación negocial, por lo que técnicamente no podría aplicarse al ser el adherente una parte del contrato³⁶.

Las referencias a estas experiencias jurídicas extranjeras nos permiten comprender que, mientras los remedios contractuales aplicables al control de incorporación sigan consistiendo en las causales tradicionales de ineficacia del negocio jurídico según cada ordenamiento, es probable la coincidencia entre el tipo de efecto aplicable ante la falta de consentimiento como requisito para obligarse y el incumplimiento de los requisitos para superar el control de incorporación, por lo que en este sentido no se ve claramente una diferencia entre ambas figuras. No ocurre lo mismo, en principio, con relación a su alcance, de acuerdo con lo manifestado antes.

2. *Relación entre la ausencia de vicios del consentimiento como requisito para obligarse y el control de incorporación*

Otra figura con la que el control de incorporación podría llegar a presentar algún grado de similitud, y, por tanto, obviar la conveniencia de su regulación, es la ausencia de vicios del consentimiento como requisito para obligarse (artículo 1.502, numeral 2º del Código Civil colombiano). Sin embargo, son varias las diferencias que se pueden destacar entre ambas.

En primer lugar, con relación a su función los vicios del consentimiento están dirigidos a proteger a la parte que, o no quería la celebración del contrato, como en el caso de la fuerza, o tuvo una falsa representación del negocio, como cuando se trata del error o del dolo.

En el caso del vicio proveniente de fuerza o violencia, es manifiesta la diferencia con el control de incorporación, pues como se expuso antes, este último procura poner

³³ BIANCA, 2000, p. 348.

³⁴ BIANCA, 2000, p. 348, nt. 19. Ver también: PELLINI, 2018, p. 1238

³⁵ Así, en algunas sentencias de la jurisprudencia francesa proferidas por hechos anteriores a la regulación actual del artículo 1.119 del Código Civil francés: Corte de Casación, 11.03.2014, rol 12-28.304; Corte de Apelación de Versalles, 03.05.2016, RG nº 15/02478.

³⁶ HINESTROSA, 2015b, p. 835.

en conocimiento del adherente las cláusulas que regirán una relación jurídica que es querida por la parte adherente, es decir, a la que no ha llegado en virtud de la fuerza³⁷.

Por su parte, tratándose del error, debido a que la falsa representación del negocio tiene su origen en quien lo sufre, se diría que es independiente del conocimiento de las cláusulas del contrato, por lo que en este aspecto se distingue del control de incorporación. Además, para que el error constituya un vicio del consentimiento debe recaer en ciertos elementos o aspectos específicos del contrato que han sido determinantes para formar el consentimiento, es decir, que su ámbito de aplicación se restringe a esos elementos³⁸, mientras que en el caso del control de incorporación el ámbito de aplicación son todas las cláusulas predispuestas y no negociadas.

En cuanto al dolo, para que vicie el consentimiento debe ser obra de una de las partes, aspecto con el que podría llegar a asemejarse al control de incorporación, pues la falta de conocimiento de algunas cláusulas podría contribuir con esto. No obstante, según el ordenamiento jurídico colombiano, también es necesario que aparezca claramente que, sin ese dolo, quien lo sufre no hubiera contratado³⁹.

De lo anterior se observa, con relación a las categorías de vicios del consentimiento, que: “El rasgo común de todas ellas es su carácter determinante (esencial) del vicio, esto es, que se ponga en evidencia que de no haber mediado este, quien lo padeció no habría celebrado el negocio” (Hinestrosa, 2015, p. 927).

Por tanto, se considera poco probable el solapamiento entre los vicios del consentimiento y el control de incorporación en la medida en que mientras los primeros se refieren, por lo general, a aspectos determinantes del contrato en los que puede haber cierta participación de los adherentes, el control de incorporación se dirige a todas las cláusulas predispuestas y no negociadas que atañen a otros elementos que no necesariamente fueron determinantes a la hora de celebrar el contrato⁴⁰.

Otra diferencia se encuentra en el aspecto probatorio, pues mientras la prueba de los vicios concierne a un aspecto subjetivo que dificulta su demostración⁴¹, la del control de incorporación involucra un aspecto objetivo referido a la puesta en conocimiento de las cláusulas predispuestas y no negociadas, por lo que en este sentido se podría ver un argumento a favor del control de incorporación como mecanismo de protección de la parte adherente.

Por último, también es visible la diferencia con relación al alcance de los efectos, pues tratándose de los vicios del consentimiento estos recaen, por lo general, en la totalidad

³⁷ Otra cosa es la figura hacia donde se han orientado algunos ordenamientos jurídicos, denominada “estado de debilidad”, entendida como aquella que tiende a resolver situaciones en las que el consentimiento no es libre por circunstancias externas o personales del sujeto, diferentes de las relacionadas con los vicios del consentimiento, cfr. HINESTROSA, 2015, p. 939.

³⁸ Como, por ejemplo, la especie del acto, el objeto, la calidad esencial del objeto o la persona (Código Civil colombiano, artículos 1510-1512). Cfr. HINESTROSA, 2015, p. 930.

³⁹ Código civil colombiano, artículo 1515.

⁴⁰ En este sentido se pronuncia PINZÓN, 2011, p. 80.

⁴¹ Así lo pone de presente RENGIFO, 2009, p. 102.

del contrato⁴², a diferencia de los efectos del control de incorporación que afectan las cláusulas predispuestas y no negociadas que no cumplieron los requisitos exigidos para entenderse incluidas en el contrato.

En cuanto a las diferencias que se pueden presentar en torno a la tipología de efectos aplicables a los vicios del consentimiento y al control de incorporación, valen las mismas reflexiones hechas antes, al comparar el control de incorporación con el consentimiento como requisito para obligarse. En efecto, mientras las consecuencias aplicables al control de incorporación sigan siendo las mismas de aquellas previstas para la ineficacia del negocio jurídico, la posibilidad de coincidencia permanece.

De esta manera se consideran expuestas algunas de las razones que permitirían sostener la conveniencia de la regulación del control de incorporación para los negocios jurídicos entre particulares que no son de consumo, en la medida en que, por una parte, se demuestra la diferencia entre la función que desempeña el control de incorporación y los presupuestos de su aplicación con otras instituciones existentes en nuestro derecho actual, evitando así adoptar una figura que presente una superposición con otras ya existentes, y, por otra, se vislumbran los aportes que representa el control de incorporación para la protección de la parte adherente.

Pasemos ahora a analizar otras figuras con las que el control de inclusión presentaría ciertas similitudes.

3. *Relación entre el deber de información y el principio de la buena fe contractual respecto del control de incorporación*

Otra posibilidad es considerar que el control de incorporación no reviste ninguna novedad, pues del principio de la buena fe objetiva se extrae el deber de información a cargo de ambas partes, por lo que no haría falta una norma que así lo indique de manera expresa.

En efecto, para varios autores en Colombia la protección del contratante adherente en las relaciones que no son de consumo se extrae del deber de información⁴³.

Por ejemplo, para Posada, son dos los criterios que explican la exigencia del deber de información a cargo de alguna de las partes en el régimen contractual colombiano. Por una parte, el criterio “del profesional”, el que resulta aplicable a las relaciones de consumo y por otra el criterio de la “autorresponsabilidad”⁴⁴.

Asimismo, advierte Posada, en la medida en que los contratos de adhesión que no constituyen una relación de consumo están sometidos al derecho común, les resulta

⁴² En este sentido HINESTROSA, 2015, p. 931: “En principio, dicha nulidad será total, pero puede ocurrir que el vicio no abarque a todo el objeto del contrato, caso en el cual se daría una nulidad parcial, y al efecto se cita el ejemplo del fiador que se obliga creyendo equivocadamente que el acreedor había obtenido hipoteca de todos los inmuebles del deudor, con lo cual su propio riesgo sería menor, cuando en realidad esa garantía estaba reducida a uno o algunos. Podría pedir que su fianza se redujera proporcionalmente”.

⁴³ ECHAVARRÍA, 2020; POSADA, 2019.

⁴⁴ POSADA, 2019, pp. 6-7.

aplicable el criterio de la “autorresponsabilidad”, pues cada una de las partes interesadas en contratar corre con la carga de informarse de manera adecuada para celebrar el respectivo contrato⁴⁵.

Sin embargo, en opinión del autor:

(...) esta solución normativa es problemática para los contratos de adhesión entre no consumidores y no guarda coherencia con nuestro régimen constitucional, que reprocha todo trato discriminatorio entre personas que se encuentran en situación de inferioridad; tal y como sucede con el adherente no consumidor, quien se encuentra precisamente con la aplicación de un régimen normativo que ha sido diseñado por el legislador para regular la etapa de formación en los contratos negociados, en los cuales, al encontrarse las partes interesadas en estado de igualdad, cada una de ellas va a velar por la satisfacción de sus propios intereses individuales, finalidad esta que los motiva a informarse suficiente y debidamente para definir, mediante la discusión de las cláusulas, el contenido negocial al que se someterán voluntariamente, una vez quede perfeccionado el contrato⁴⁶.

A lo que agrega:

(...) cuando se trata de contratos de adhesión entre no consumidores, rige el modelo contemplado por nuestro Derecho Común, de acuerdo con el cual, no hay regulación específica que le indique al predisponente qué debe informar, cómo debe hacerlo y en qué oportunidad tiene que hacerlo, sino que, indirectamente, a través de figuras como el error, el dolo y los vicios redhibitorios, supone que la información relevante o determinante para la celebración del contrato en cada caso particular, sea suministrada por la parte que la conoce o debió haber conocido con anterioridad o en el momento mismo de la celebración del contrato (subraya fuera de texto)⁴⁷.

Comparto la opinión de Posada, pues considero que el control de incorporación es una aplicación de las cargas de información, claridad y transparencia, las que se desprenden del principio de la buena fe⁴⁸, lo que ocurre es que teniendo en cuenta la desigualdad en el poder de negociación entre las partes contratantes en este tipo de negocios, y su amplia difusión, se ha considerado necesario consagrar de manera expresa esas cargas

⁴⁵ Ob. cit., p. 7. Se podría pensar que esa “autorresponsabilidad” es lo mismo que la “diligencia” que se plantea como contrapeso de los requisitos para la inclusión de las cláusulas. No obstante, no son lo mismo, pues la autorresponsabilidad implica que cada parte se informe por su cuenta, por lo que no habría esa carga específica de información previa por parte del predisponente, a diferencia de lo que ocurre con el control de incorporación.

⁴⁶ Ob. cit., pp. 8-9.

⁴⁷ Ob. cit. p. 16.

⁴⁸ CHINCHILLA, 2011, p. 334; POSADA, 2019, p. 10.

otorgando un efecto específico y manifiesto en caso de incumplimiento, de lo contrario se trataría de una medida muy difusa.

Por su parte, con relación a la aplicación específica del principio de la buena fe para resolver las dificultades que plantea la contratación estandarizada, en especial en lo que respecta al conocimiento de las cláusulas predispuestas, Pinzón plantea las falencias que esta tiene dirigida a lograr una adecuada protección del contratante adherente.

En efecto, con relación a la obligación de las partes de actuar de buena fe en la etapa precontractual, así como está prevista en el artículo 863 del Código de Comercio colombiano, Pinzón considera que: “(...) si bien es cierto que la regla se inspira en tratos preliminares que no se dan con ocasión de la contratación masiva, con base en ella si es posible deducir una responsabilidad concreta o “contractual” en casos no cubiertos por los tradicionales vicios del consentimiento y susceptibles de lesionar a adherentes no amparados incluso por los mecanismos de protección diseñados para los consumidores”⁴⁹.

Sin embargo, con posterioridad indica:

(...) hay que notar (sic) en la sanción indemnizatoria prevista en el Código no es suficiente para enfrentar los mecanismos de manipulación puestos al servicio de la propaganda comercial y, en general, del mercado masivo, frente a las cuales parecen simples juegos de niños las antiguas discusiones acerca del “dolo bueno” y de las reticencias aceptadas en supuestos tales como el mercader de antigüedades “recién envejecidas” o del comerciante de artículos usados. Esta situación es incontrolable dentro de los moldes civilistas clásicos.

Es decir, en opinión de Pinzón, aunque el principio de buena fe es útil para resolver los conflictos que suscita el uso de cláusulas predispuestas y no negociadas, este no es suficiente por el tipo de sanción que prevé.

Aunque comparto la opinión y razones expuestas por Pinzón en el sentido de que la aplicación del principio de la buena fe no resulta suficiente para proteger en forma adecuada a la parte adherente en la etapa de formación del contrato en relaciones que no son de consumo, considero preciso separarme de su afirmación de que los tratos preliminares no se dan con ocasión de la contratación masiva, pues esta opinión se debe al equívoco, como lo manifiesta Herrera⁵⁰, de considerar que la fase precontractual solo está conformada por las negociaciones entre las futuras partes del contrato, cuando en realidad también está constituida por todos los actos previos necesarios para la celebración del contrato.

Por las razones anteriores, se considera que aunque el control de incorporación constituya una manifestación de las cargas de información, claridad y transparencia que pesan en los contratantes, como también del principio de la buena fe objetiva, su

⁴⁹ PINZÓN, 1995, p. 80.

⁵⁰ HERRERA, 2020, p. 195. En igual sentido: POSADA, 2019, p. 4.

consagración expresa podría cumplir una función preventiva que impide el abuso del contratante adherente.

4. *Relación entre el control de incorporación y la regla de interpretación contra proferentem*

Por último, un poco más sutil parece la distinción entre el control de incorporación y la regla de interpretación *contra proferentem*, de raigambre romana⁵¹, según la que cuando haya cláusulas ambiguas en un contrato y las mismas hayan sido previstas de manera unilateral por una de las partes, estas deberán interpretarse en contra del predisponente.

En efecto, otra función atribuida al control de incorporación, además de la cognoscibilidad, es la “comprensibilidad”, en el sentido de procurar el entendimiento de las cláusulas, es decir, que la redacción sea clara y no dé lugar a confusión. Así se observa en el derecho español⁵² y argentino⁵³, de cuyas normas se infiere que el control de incorporación tiende al cumplimiento de ambas funciones⁵⁴. Sin embargo, son varias las razones que permiten distinguirlas.

La primera de ellas consiste en diferenciar los presupuestos de su aplicación. En este sentido, según Pagador, con el control de incorporación se busca “eliminar o *neutralizar* los casos de falta de claridad más graves”, mientras que con la interpretación *contra proferentem* se carga al predisponente con las consecuencias negativas de “supuestos de falta de claridad más leves”⁵⁵.

Más notable es la diferencia con relación a sus efectos, pues cuando al control de incorporación se le asigna la función de comprensibilidad las cláusulas incomprensibles no se entenderán integradas al contenido negocial, mientras que las cláusulas comprensibles que superan el control de incorporación pero siguen siendo ambiguas serán interpretadas en el sentido que afecta al predisponente y no en aquel que perjudique al adherente⁵⁶.

No obstante, podría suceder que en la práctica resulte difícil distinguir entre ambas figuras, por lo que se considera inútil la subsistencia de ambos instrumentos en protección de la parte adherente⁵⁷.

Pues bien, hay autores que justifican conservar ambas figuras por el hecho de que, en la práctica, puede ocurrir que algunas cláusulas aparentemente claras y precisas al momento de celebrar el contrato, razón por la que logran superar el control de incorporación, resulten siendo ambiguas y por tanto susceptibles de interpretarse en contra del predisponente⁵⁸.

⁵¹ RODRÍGUEZ, 2008, p. 70.

⁵² Ley 7ª, 1998, artículos 5 y 7.

⁵³ Código Civil y Comercial de la Nación argentina, 2014, art. 985.

⁵⁴ En este sentido: GUILARTE, 2001, p. 1143; PÉREZ, 2015, p. 415; PERTÍÑEZ, 2016, p. 9; ALBIEZ, 2019, p. 236.

⁵⁵ PAGADOR, 1999, pp. 473, nt. 45.

⁵⁶ PAGADOR, 1999, pp. 363-364.

⁵⁷ GUILARTE, 2001, p. 1.120, nt. 18.

⁵⁸ MENDES, 2012, p. 75.

A este argumento se agrega el hecho de que la legitimación activa para solicitar la falta de integración de ciertas cláusulas por incumplir el control de incorporación pertenece exclusivamente al adherente, por lo que si este no lo solicita dichas cláusulas seguirán surtiendo efectos, quedando en protección del adherente frente a las posibles ambigüedades la regla de interpretación *contra proferentum*⁵⁹.

Por las razones anteriores se considera que a pesar de las similitudes que presentan la regla de interpretación *contra proferentem* con el control de incorporación se trata realmente de dos figuras distintas, tanto por los supuestos de su aplicación como por sus efectos, por lo que, en mi opinión, no se produce un solapamiento entre ambas figuras y el control de incorporación puede coadyuvar en la protección de la parte adherente.

III. APROXIMACIÓN AL CONTROL DE INCORPORACIÓN MEDIANTE EL PRISMA DEL NEOFORMALISMO EN LA DOCTRINA COLOMBIANA

Los requisitos exigidos para procurar el conocimiento de las condiciones generales de contratación o las cláusulas predispuestas sin posibilidad de negociación antes de la celebración del contrato son analizados por varios autores en la doctrina colombiana mediante el prisma de la “forma” que debe tener el negocio jurídico, pero entendida no de una manera restringida de acuerdo con el concepto de Betti: “(...) el modo *cómo* es el negocio, es decir, *cómo* se presenta”⁶⁰, sino de una manera más amplia que se refiere a la necesidad de que toda declaración sea de cualquier forma exteriorizada por algún medio de comunicación –declarativo o comportamental, escrito u oral, comportamental o simbólico que permita a la declaración salir de la esfera del declarante y ser reconocida por la contraparte⁶¹.

Por esta razón, los requisitos exigidos en virtud del control de incorporación son calificados como una manifestación del *Neoformalismo*.

Es el caso de Koteich *et al.* (2005), quienes comentan que el *neoformalismo* tiene un:

(...) claro propósito de certeza y transparencia y de garantía de la parte débil (de una clase débil) para que concurra a la celebración del contrato con unos elementos mínimos que tratarán de evitar la preponderancia (*rectius*: el abuso) de la parte más fuerte, que es justamente a la que, por regla general, se le impone el cumplimiento de la formalidad. Un neoformalismo que es una forma de traducir en concreto el principio de buena fe y que es, sin duda, un rasgo distintivo del nuevo derecho de los contratos o por lo menos de una parte importante de él⁶².

⁵⁹ Ob. cit., p. 76.

⁶⁰ BETTI, 1959, p. 97.

⁶¹ TOSI, 2018, p. 10.

⁶² KOTEICH *et al.*, 2005, p. 132.

Para Koteich *et al.*, ese *neoformalismo* se manifiesta de diferentes maneras, entre las que interesa destacar, para la etapa precontractual, la imposición de condiciones de forma que están dirigidas a garantizar al consumidor una adecuada información acerca de los términos del contrato⁶³.

Si bien es cierto los ejemplos planteados por estos autores conciernen a las relaciones de consumo, es posible inferir que el tema goza de una perspectiva más amplia basada en la protección de la parte débil contractual, que no es solamente el consumidor.

Dentro de las diferentes maneras en que se manifiesta ese *neoformalismo* observamos cómo muchas de ellas coinciden con los requisitos exigidos por la ley para la superación del control de incorporación.

Así por ejemplo se alude a la adopción de medidas que aseguren el conocimiento del contenido del contrato, a la exigencia de claridad y precisión en la información de las condiciones contractuales como condición de validez, a la necesidad de que las condiciones generales estén escritas con caracteres legibles, como también que esa información sea suficiente y clara⁶⁴.

Esta orientación es compartida por Rodríguez, quien sostiene que el modelo de protección basado en la información responde al *neoformalismo*⁶⁵.

Asimismo, se puede destacar dentro de esta misma tendencia en la doctrina colombiana a Fortich, quien analiza el tema del formalismo contemporáneo abordando sus posibilidades prácticas no solo para las relaciones de consumo sino también para otras relaciones jurídicas como aquellas entre comerciantes, especialmente en materia de competencia y contratos de distribución comercial, como también en la contratación electrónica, exponiendo algunas aplicaciones concretas en el derecho foráneo⁶⁶.

Con este breve comentario se ha querido presentar uno de los enfoques con los que puede ser analizado el control de incorporación, demostrando su relación estrecha con el *neoformalismo*, como orientación actual del derecho de los contratos, en la que a partir del reforzamiento de los requisitos de la forma se tiende a la protección de la parte débil contractual, siendo además una manifestación expresa y concreta. Después de haber hecho este cotejo entre las figuras que cumplen funciones similares al control de incorporación y el control en sí, es posible sostener que en el régimen general de los contratos y de las obligaciones en Colombia no hay una institución que se identifique plenamente con el control de incorporación, por lo que su introducción al derecho colombiano supondría una novedad.

Asimismo, se pudo ratificar la idea que tienen la mayoría de los autores en Colombia, según estos, las normas del régimen general de las obligaciones y contratos no son suficientes para proteger al adherente en la etapa de formación del contrato en las relaciones que no son de consumo.

⁶³ Ob. cit.

⁶⁴ Ob. cit., pp. 168-172.

⁶⁵ RODRÍGUEZ, 2013, p. 162.

⁶⁶ FORTICH, 2018, pp. 267-272.

IV. CONCLUSIONES

El análisis acerca del control de incorporación a la par del cotejo con figuras que cumplen funciones similares en el régimen general de las obligaciones y contratos en Colombia, se consideran idóneos para sostener la conveniencia de adoptar una norma en la que se exija el control de incorporación de las cláusulas predispuestas y no negociadas en los contratos entre particulares que no constituyen una relación de consumo, pues de esa manera se procuraría un primer paso hacia la protección de la parte débil contractual. Sin embargo, es preciso manifestar que aún se tienen ciertos reparos respecto de la idoneidad de este control, debido a la carga de diligencia que pesa en el adherente de conocer las cláusulas.

Asimismo, este estudio nos ha permitido vislumbrar la importancia que tiene la configuración apropiada del control de incorporación para que su adopción y aplicación sean exitosas.

De ahí que dentro de los aspectos sugeridos para la redacción de una norma que consagre el control de incorporación de carácter general para las relaciones entre particulares, se encuentran:

En primer lugar, la correcta elección del efecto jurídico que puede producir el incumplimiento de los requisitos exigidos para considerar satisfecho el control de incorporación. Para ello resulta conveniente indicar sin ambages el remedio contractual elegido para evitar confusiones.

Otro aspecto que también será muy determinante a la hora de regular un control de incorporación de carácter general será el de prever su ámbito subjetivo de aplicación. En efecto, en caso de optar por una regulación general que sea aplicable a cualquier particular incluyendo a los empresarios, tendrá por fuerza que adecuarse a la realidad normativa y práctica de estos últimos, en el sentido de que las exigencias de formalidades para procurar el conocimiento adecuado de las cláusulas predispuestas no sean tan gravosas que indispongan su aplicación.

Por último, también se tendrá que determinar con claridad el alcance que se le quiera dar al control de incorporación, es decir, si las funciones asignadas serán solamente la de cognoscibilidad, o también la de comprensibilidad.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBIEZ Dohrmann, Klaus Jochen, 2019: "Algunos desiderátums sobre las condiciones generales de la contratación. Diálogo francés, español y argentino con trasfondo europeo y latinoamericano", *Anuario de Derecho Privado*, n° 1, pp. 215-256. Disponible en: <https://anuarioderechoprivado.uniandes.edu.co/images/pdfs/07-Albiez.pdf>. [Fecha de consulta: 5.07.2021].
- ALCÁNTARA, Olga, 2020: "Criterios orientadores de la incorporación de condiciones generales en los contratos financieros y la tutela del consumidor peruano", *Prolegómenos*, n° 45, pp. 137-150. Disponible en: <https://doi.org/10.18359/prole.4285> [Fecha de consulta: 5.07.2021].
- BETTI, Emilio, 1959: *Teoría general del negocio jurídico*, Editorial Revista de Derecho Privado.
- BIANCA, C. Massimo, 2000: *Diritto Civile. III. Il Contratto*, Milán: Giuffrè editore.

- BULLARD González, Alfredo, 1989: “Contratación en masa ¿contratación?, *Tbémis Revista de Derecho*, n° 15, pp. 47-55. Disponible en <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/10810>. [Fecha de consulta: 10.02.2022].
- CAMACHO, M.E., 2022: *Las cláusulas abusivas en los contratos entre empresarios. Estudio en el derecho colombiano, comparado y de armonización*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- CAÑIZARES Laso, Ana, 2015: “Control de Incorporación y transparencia de las condiciones generales de la contratación. Las cláusulas Suelo”, *Revista de Derecho Civil*, volumen II, n° 3, pp. 67-105. Disponible en: <http://nreg.es/ojs/index.php/RDC> ISSN 2341-2216 [Fecha de consulta: 22.03.2021].
- CHINCHILLA Imbett, Carlos Alberto. “El deber de información contractual y sus límites” [en línea]. En: *Revista de Derecho Privado* Universidad Externado de Colombia, 2011, n° 21 [Citado el 14 de julio de 2021]. p. 327-350. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/2992>
- DÍEZ-PICAZO, Luis, 1996: “Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas”, en Manuel Clavero Arévalo, Luis Díez-Picazo, José Luis Segimón, Eduardo García de Enterría y Fernando Sánchez (coordinadores), *Las condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas*, Madrid, Civitas y Fundación BBV, pp. 29-43.
- ECHAVARRÍA Rodríguez, Liliana Milena, 2020: *La buena fe en la contratación en masa: manifestaciones y efectos jurídicos de su inobservancia*, tesis para optar por el título de Especialista en Derecho Privado de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Antioquia. Disponible en: <https://hdl.handle.net/10495/23519>
- FORTICH, Silvana, 2018: *Formalismo contemporáneo y protección del consentimiento contractual*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- GENOVESE, Anteo, 1962: “Osservazioni ‘de Iure Condendo’ circa Le Condizioni Generali di Contratto”, *Il Foro Italiano*, volumen 85, n° 8, pp. 120-127. Disponible en: <https://bases-biblioteca.uexternado.edu.co:2474/login.aspx?direct=true&db=edsjsr&AN=edsjsr.23150728&lang=es&site=eds-live&scope=site>. [Fecha de consulta: 10.02.2022].
- GUILARTE Gutiérrez, Vicente, 2001: “El control de inclusión de las condiciones generales de la contratación y la ineficacia derivada de su no incorporación (Crónica de lo incomprensible)”, *Anuario de Derecho Civil*, volumen 54, n° 3, pp. 1105-1144. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=224096> [Fecha de consulta: 9.02.2022].
- HERNÁNDEZ Paulsen, G. y CAMPOS Micin, S., 2020: “Vinculación entre el deber precontractual de transparencia y el control de las cláusulas no negociadas individualmente. Bases para su aplicación en el derecho chileno”, *Revista de Derecho Privado*, n° 39, pp. 143-173. Disponible en <https://doi.org/10.18601/01234366.n39.07> [Fecha de consulta: 9.02.2022].
- HERNÁNDEZ Paulsen, Gabriel, y CAMPOS Micin, Sebastián, 2021: “Funciones y alcance del control de incorporación, con especial referencia a la contratación de productos y servicios financieros”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 34, n° 1, pp. 51-70. Disponible en <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100051>. [Fecha de consulta: 9.02.2022].
- HERRERA Osorio, Fredy Andrei, 2020: *Las principales declaraciones precontractuales: Contratos por negociación y por adhesión*, Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- HINESTROSA, Fernando, 2015: *Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. I, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- HINESTROSA, Fernando, 2015b: *Tratado de las obligaciones II de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- KOTEICH, M., NEME M., y CORTÉS E., 2005: “Formalismo negocial romano y neoformalismo ¿Fundamento del sistema o protección de la parte débil?, *Revista de Derecho Privado*, n° 9,

- pp. 129-174. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/598> [Fecha de consulta: 12.08.2022].
- MATO Pacín, María Natalia, 2015: "El control de contenido en la contratación mediante condiciones generales entre empresarios en el Derecho comparado y europeo", *Cuadernos de Derecho Transnacional*, volumen 7, n° 2, pp. 216-282. Disponible en: <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2784/1562>. [Fecha de consulta: 11.01.2021].
- MENDES Dias, Marco Paulo, 2012: *O Vício de Não Incorporação da Cláusula Contratual nos Contratos de Adesão*. Tesis de la Maestría en Derecho de los Contratos y de Empresa, Universidade do Minho, Escola de Direito, Portugal. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/55623179.pdf>
- MOMBERG Uribe, Rodrigo, 2013: "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVI, n° 1, pp. 9-27. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502013000100001>. [Fecha de consulta: 11.01.2021].
- OSPINA Fernández, Guillermo y OSPINA Acosta, Eduardo, 2000: *Teoría general del contrato y del negocio jurídico*, Bogotá, Temis.
- PAGADOR López, Javier, 1999: *Las condiciones generales y cláusulas contractuales predispuestas. La Ley de Condiciones Generales de Contratación*, Barcelona, Marcial Pons.
- PELLINI, Matteo, 2018: "La conoscibilità delle clausole illeggibili fra invalidità e oneri di vigilanza (Commento a CASS., VI sez., 12.2.2018, n. 3307)", *La nuova giurisprudenza civile commentata*, volumen 34, n° 9, pp. 1234-1241.
- PÉREZ Escobar, Martha, 2015: "Incorporación al contrato de cláusulas no negociadas. Perspectivas de reforma a la luz del panorama europeo, la Propuesta de Modernización del Código Civil y el Anteproyecto de Ley de Código mercantil", *Anuario de Derecho Civil*, volumen 68, n° 2, pp. 409-480. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5229854>. [Fecha de consulta: 30.03.2021].
- PERTÍÑEZ Vélchez, Francisco, 2016: "Buena fe ex art. 1.258 cc y nulidad de las cláusulas suelo sorpresivas en contratos de préstamo con adherentes empresarios. Reflexiones en torno a la STS, 1ª, 3 junio 2016", *Indret Revista para el Análisis del Derecho*, n° 4, pp. 1-21. Disponible en https://indret.com/wp-content/themes/indret/pdf/1266_es.pdf. [Fecha de consulta: 22.03.2021].
- PINZÓN Sánchez, Jorge, 2011: "Contratos de contenido predisuesto: la adhesión y las condiciones generales de contratación". En M. Castro de Cifuentes (ed.), *Derecho de las obligaciones con propuestas de modernización*, pp. 75-120, Bogotá, Universidad de los Andes, Editorial Temis. Disponible en: <https://vlex.com.co/vid/contratos-contenido-predisuesto-adhesion-777543645> [Fecha de consulta: 12.08.2022].
- PINZÓN Sánchez, Jorge, 1995: "Condiciones generales de la contratación y cláusulas abusivas en el derecho privado colombiano", *Revista de Derecho Privado*, n° 17, pp. 71-124. Disponible en: <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstream/handle/1992/47307/Condiciones-generales-de-la-contrataci%C3%B3n.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 14.08.2022].
- POSADA Torres, Camilo, 2019: "Consentimiento desinformado del adherente: consecuencias jurídicas en los contratos de adhesión entre no consumidores", *Civilística*, año 8, n° 1, pp. 1-31. Disponible en: <https://civilistica.com/consentimiento-desinformado-del-adherente/> [Fecha de consulta: 14.08.2022].
- RODRÍGUEZ Olmos, Javier Mauricio, 2008: "Contexto y Construcción de la Regla *Interpretatio Contra Proferentem* en la Tradición Romanista. Aspectos Histórico-Comparativos de un Principio de Interpretación Contractual", *Revista de Derecho Privado*, 2008, n° 14, pp. 69-112. Disponible en <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/550> [Fecha de consulta: 5.07.2021].

- RODRÍGUEZ Olmos, Javier Mauricio, 2013: “La interpretación de los contratos con el consumidor: elementos para la contextualización de la problemática (primera parte)”, *Revista de Derecho Privado*, n° 24, pp. 151-188. Disponible en: <https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/derpri/article/view/3483> [Fecha de consulta 12.08.2022].
- ROPPO, Vincenzo, 2005: *El contrato del dos mil*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- TOSI, Emilio, 2018: *Forma informativa nei contratti asimmetrici: contributo allo studio della forma funzionale nei contratti asimmetrici, bancari e di investimento*. Milán, Giuffrè editore.
- UNIVERSIDAD Nacional de Colombia [UNAL], 2020: *Proyecto de Código Civil de Colombia*. <http://derecho.bogota.unal.edu.co/proyecto-de-actualizacion-del-codigo-civil/>

Normas jurídicas citadas

1. Normatividad nacional

- CONSTITUCIÓN Política de la República de Colombia, promulgada el 6 de julio de 1991.
- LEY 1.480, donde se expide el Estatuto del Consumidor y se dictan otras disposiciones, promulgada en Colombia el 12 de octubre de 2011.
- LEY 84, Código Civil colombiano, publicada el 31 de mayo de 1873.
- DECRETO 410, Código de Comercio colombiano, promulgado el 16 de junio de 1971.
- GACETA del Congreso 778, Exposición de motivos de la Ley 2.024 de 2020, publicada el 2 de octubre de 2018.

2. Normativa extranjera, supranacional y proyectos de armonización del derecho

- ORDENANZA n° 131, Código Civil francés, dada en Francia el 10 de febrero de 2016.
- LEY 26.994, Código Civil y Comercial de la Nación argentina, promulgada el 7 de octubre de 2014.
- DCFR *Translation Project*, versión del 15 de mayo de 2012.
- CÓDIGO Europeo de los contratos de la Academia de Pavía, Proyecto de Pavía, versión del año 2004.
- PRINCIPIOS europeos de derecho de los contratos (PECL), versión del año 2001.
- LEY n° 7, sobre condiciones generales de la contratación, publicada en España el 14 de abril de 1998.
- DECRETO lei n° 446, *Regime jurídico das cláusulas contratuais gerais*, publicado en Portugal el 25 de octubre de 1985.
- DECRETO Legislativo n° 295, Código Civil peruano, publicado el 25 de julio de 1984.
- DECRETO Real n. 262, *Codice Civile* italiano, publicado el 4 de abril de 1942.

Jurisprudencia citada

1. Jurisprudencia nacional

- TRIBUNAL de arbitramento de Valores y Descuentos Limitada contra BellSouth Colombia S.A., laudo del 4 de junio de 2002, expediente 744.
- TRIBUNAL de arbitramento Punto Celular Ltda. contra Comunicación Celular S.A. -COMCEL S.A., laudo del 23 de febrero de 2007, expediente 1225.
- TRIBUNAL de arbitramento de 3PL *Logistics Solutions* Colombia S.A.S. contra Virbac Colombia Ltda., laudo arbitral del 2 de junio de 2016, expediente 3674.

2. Jurisprudencia extranjera

CORTE de Apelación de Versalles, sentencia del 3 de mayo de 2016, RG n° 15/02478.

CORTE de Casación, Cámara Civil, sentencia de casación del 11 de marzo de 2014, rol 12-28.304.

El ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa en las cláusulas abusivas: una mirada a la jurisprudencia del consumidor

*Julio Alvear Téllez**

RESUMEN

Las cláusulas abusivas constituyen un injusto agravado cuando son el resultado del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa. En la medida en que el empresario tiene una posición jurídica y económica predominante en el mercado, incontrastable para el consumidor, puede utilizar estas cláusulas como instrumento jurídico de su modelo de negocios, predisponiendo desequilibrios desorbitantes. La presente investigación analiza cómo la jurisprudencia del consumidor ha recogido este enfoque en el mercado financiero y en el mercado inmobiliario.

Libertad de empresa, cláusulas abusivas, jurisprudencia del consumo

The illegitimate exercise of the freedom of enterprise in unfair terms: a look at consumer's jurisprudence

ABSTRACT

Unfair terms constitute an aggravated wrong doing when they are the result of the illegitimate exercise of the freedom of enterprise. To the extent that companies have a predominant legal and economic position in the market, indisputable for the consumer, they can use these clauses as a legal instrument of their business model, predisposing exorbitant imbalances. This research analyzes how consumer jurisprudence has taken up this approach in the financial market, in real estate.

Freedom of enterprise; unfair terms; consumer jurisprudence

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales, Chile. Doctor en Derecho y Doctor en Filosofía, Universidad Complutense de Madrid, España. Profesor Titular de Derecho Constitucional, Universidad del Desarrollo, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-2749-6072>. Correo electrónico: jalvear@udd.cl.

Este trabajo forma parte del Proyecto FONDECYT Regular N°1191017 "El abuso de la libertad de empresa en los contratos de adhesión. Un análisis integral de las cláusulas abusivas de consumo (2008-2018)", en que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 1.8.2023 y aceptado para su publicación el 7.3.2024.

I. ANTECEDENTES

Existe en nuestro país una amplia doctrina acerca de las cláusulas abusivas desde la óptica del derecho del consumidor¹. Es, sin embargo, mucho más escaso el análisis de esta figura desde el enfoque del abuso de la libertad de empresa.

Parte de la doctrina ha destacado la importancia de este enfoque². La posición de ventaja jurídica y económica que el empresario goza en el mercado es gravitante en la materia. Se trata de una ventaja estructural, que puede ser explorada para extraer beneficios excesivos, mediante condiciones generales de contratación que trasladan los costos a los adherentes. Los contratos desequilibrados, que favorecen los intereses del predisponente por sobre el interés social, son, según Rakoff, la posibilidad más viable para las metas de maximización económica del empresario³.

De ahí la tendencia en los instrumentos europeos de derecho uniforme a precaver o sancionar el abuso de la posición dominante o aventajada mediante diversos institutos que buscan proteger a la parte débil⁴. Entre ellos se encuentra el control de las cláusulas abusivas⁵.

Se discute hasta qué punto el traslado de costos al consumidor se vuelve inevitable en una economía de mercado competitiva. En un escenario de grandes escalas de producción, los contratos de adhesión son utilizados por el empresario precisamente para racionalizar los costos y planificar las ganancias asociadas al contrato⁶. Desde la teoría de los costos de transacción⁷, se puede observar cómo la información referente a estos

¹ Respecto del control de abusividad, TAPIA y VALDIVIA, 2002, pp. 79-126; DE LA MAZA, 2004, pp. 35-68; MOMBERG y PIZARRO, 2013, pp. 340-351; BARRIENTOS, 2019, pp. 89-156; CAMPOS, 2019, pp. 37-319. El SERNAC, 2021, pp. 38-51, ha elaborado un catálogo de siete tipos de cláusulas abusivas en el mercado chileno. En relación con los componentes “negros” y “grises” del listado del art. 16 de la Ley 19.496, BARRIENTOS, 2019, pp. 109-151, con abundante jurisprudencia. A título ilustrativo, LORENZETTI, 2003, pp. 310-337, ofrece veintitrés tipos de cláusulas abusivas tratadas por la jurisprudencia argentina; POSADA, 2015, pp. 165-182, hace lo propio para el caso de Colombia.

² ALVEAR, BARRIENTOS y ALCALDE, 2022, pp. 79-101.

³ RAKOFF, 1983, p. 1235.

⁴ La “parte débil” incluye al consumidor pero se extiende a cualquier “ciudadano pasivo de mercado” (*passive market citizen*). MOMBERG, 2015, p. 750.

⁵ Acerca de la cláusula abusiva como expresión del abuso de la posición dominante o ventajosa, asociada a la violación del principio de comutatividad contractual, predicable no solo a los contratos de consumo sino a cualquier negocio jurídico, CONTRERAS, 2020, pp. 139-149.

⁶ La literatura es abundantísima en este punto. KESSLER, 1943, p. 629, lo advierte tempranamente. Los contratos de adhesión permiten simplificar y acelerar las transacciones, suprimiendo el proceso de negociación; disciplinan la actuación del personal capacitado para celebrar contratos; reducen los costos de agencia; limitan la incertidumbre, facilitando la planificación anticipada de costos, etc. SALAZAR, 2006, pp. 11-14.

⁷ Los costos de transacción son aquellos en que incurren los agentes económicos en el intercambio de derechos, bienes y servicios. La teoría fue propuesta originalmente por COASE, 1937, pp. 386-405, al constatar que las transacciones no dependen exclusivamente de los precios de equilibrio, sino también de los costos de transacción. AYALA, 1999, pp. 182-183. Para un esquema de los costos de contratación *ex ante* (redacción, negociación, etc.) y *ex post* (mala adaptación, administración, aseguramiento de compromisos, etc.), WILLIAMSON, 1985, pp. 30-32. El nivel de costos se traducen en una distribución desigual de ganancias

contratos es ofrecida por el mercado de manera asimétrica, ya que es el profesional y no el consumidor quien conoce su rubro⁸. Parte de la doctrina sostiene que el empresario predisponente tiende necesariamente a aprovecharse de la información asimétrica y de la racionalidad limitada del adherente consumidor, en el supuesto más previsible de que quiera mantener su posición de ventaja competitiva⁹. Independiente de su buena o mala fe, es la propia estructura del mercado competitivo que le impele a ello¹⁰, produciendo incentivos suficientes para que predisponga condiciones que le resulten favorables, ofreciendo al adherente contratos “con la mínima calidad posible asociada a un precio”¹¹.

Desde este ángulo, el derecho del consumidor introduce estándares de calidad (como la sanción de las cláusulas abusivas) con el fin de que el predisponente considere los intereses del consumidor, y se compensen, al menos parcialmente, los incentivos en sentido contrario¹². Si el empresario no considera los intereses ajenos, tenderá a explo-

según el juego de diversos factores: nivel de información (información asimétrica, incompleta, selección adversa, etc.), reputación, situaciones de amenazas, promesas, instituciones formales e informales que facilitan o inhiben los compromisos asumidos. MÉNDEZ, 2005, pp. 140-156.

⁸ Para RODRÍGUEZ, 2008, pp. 113-119, la información debiera ofrecerla el mercado en condiciones óptimas. La asimetría es una “fala de mercado” que impone deberes adecuados de información, sin incurrir en costos excesivos e ineficaces de conocimientos.

⁹ DE LA MAZA, 2010, pp. 27-29, observa que la asimetría informativa conduce al problema de la racionalidad imperfecta: si por un lado el consumidor no dispone de acceso a la información adecuada, por otro, aunque la tuviera, nada asegura que la utilice de manera efectiva. Al respecto, EIDENMÜLLER *et al.*, 2012, pp. 134-135, precisa los aportes de la psicología cognitiva: los seres humanos tienen dificultades para enfrentar un proceso decisorio complejo. Las decisiones contractuales individuales serían distorsionadas por efectos endógenos (predisposición a la disponibilidad, al *statu quo*, al optimismo, al descuento hiperbólico, etc.) y exógenos (manipulación del vendedor, etc.). A propósito de la racionalidad limitada (*bounded rationality*), DE LA MAZA, 2003, pp. 128-135, expone siete factores que incluso explicarían la racionalidad de no leer el contrato. Observa TAPIA, 2023, p. 116, que el derecho del consumidor supone un modelo de comportamiento racional económico muy debilitado. Por eso permite la “adhesión irreflexiva” del consumidor a los términos propuestos, dejando a la ley el control de los abusos y la cautela de sus intereses económicos.

¹⁰ AKERLOG, 1970, pp. 488-500, fue uno de los primeros en llamar la atención, en su famosa imagen del “mercado de los limones”. Admitido el presupuesto de la maximización de beneficios, si el empresario quiere permanecer en un mercado competitivo, deberá aprovecharse de las asimetrías. GOLDBERG, 1974, pp. 461-492, sostendrá, en esta línea, que el mercado por sí solo no puede corregir los desequilibrios que los predisponentes insertan en los contratos, ya que estos aprovechan el alto costo que tiene para el adherente el recabar información adecuada acerca de ellos. RAKOFF, 1983, pp. 1174-1284, remata la idea argumentando la tesis de que la propia racionalidad del adherente le lleva a no detenerse en todos los términos del contrato, solo en lo que es más útil para él. KOROBKIN, 2003, pp. 1225-1229, observa, a este propósito, que habitualmente los adherentes no están en condiciones de realizar un análisis informado y comparativo del costo/beneficio de los contratos por adhesión. Toman en consideración solo un puñado de atributos. Se dan, por tanto, todos los incentivos para que el predisponente regule en detalle cada una de sus transacciones y que aquellos términos del contrato que no sean “sobresalientes” (*non-salient*), sean utilizados para acrecer su propio interés.

¹¹ SALAZAR, p. 20, distingue entre contratos con “estándar mínimo de calidad” (incluyen todas las normas de derecho imperativo y supletorio) y contratos de “calidad mínima permitida por el ordenamiento jurídico” (incluye todas las normas de derecho imperativo, y las normas supletorias que favorecen al predisponente). Para EIDENMÜLLER *et al.*, 2012, p. 114, la mejor justificación del control de las cláusulas abusivas se encuentra en “el fallo estructural del mercado sobre la calidad de las cláusulas contractuales”.

¹² El costo de reunir información integral y comparativa de los distintos condicionados generales que existen en el mercado es tan alto para la mayor parte de los intercambios de consumo, que lo más racional

tar su posición de ventaja jurídica y económica, utilizando las condiciones generales de contratación como instrumentos de su modelo de negocios, incorporando, según los casos, desequilibrios que pueden llegar a ser desorbitantes¹³.

Hay que tener en cuenta que cuando el empresario incurre en el injusto de las cláusulas abusivas sobrepasa el ámbito de protección constitucional de la libertad económica, particularmente en lo relativo a la facultad de contratación¹⁴. Esta se ejerce fuera de la órbita de su función socioeconómica en la medida en que predispone en perjuicio del consumidor el desequilibrio tipificado por la letra g) del art. 16 de la Ley 19.496 (DFL Nº 3 de 2021).

Cuando el empresario integra dichas cláusulas a su estrategia de negocios atenta contra la disciplina del mercado, agravando el ilícito del consumo, al afectar la transparencia de los intercambios, la conmutatividad de las prestaciones y el libre juego de los agentes económicos. Si estas condiciones de ejercicio del mercado fallan, no puede atribuirse a este la armonización de los intereses económicos¹⁵.

En este sentido, los efectos nocivos de las cláusulas abusivas se pueden proyectar más allá de la relación empresario-consumidor y expandirse al mercado con efectos sistémicos, debido a la mayor entidad de la empresa, el influjo masivo de las condiciones generales de contratación o la gravedad paradigmática de la infracción¹⁶.

Este marco conceptual nos permite situar la jurisprudencia chilena respecto de la materia. Nos interesa analizar de qué manera la jurisprudencia del derecho del consumidor recoge la tesis de que la posición de ventaja jurídica y económica del empresario incide, y en qué condiciones, en la generación de cláusulas abusivas, en particular por medio del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa. Nos focalizaremos en los fallos de la última década (2014-2023), dando primacía a los casos en que se incurre en mayor desequilibrio contractual. Excepcionalmente revisamos jurisprudencia del recurso de protección y algunas sentencias ejemplares de consumo de primera instancia cuando han sido confirmadas sin mayores adiciones. Aludiremos, asimismo, a los argumentos que emplea el empresario para excusar sus ilícitos, y que en lo común se caracterizan por justificar su modelo de negocios, sin medir en toda su amplitud el desequilibrio –a veces grosero– que han impuesto al consumidor.

para el adherente es contratar en los términos de la primera oferta concreta, sin averiguar el contenido en extenso del contrato. BALLESTEROS, 1999, pp. 223-224.

¹³ ALFARO, 1991, 1991, pp. 81-93.

¹⁴ Jurídicamente, la libertad de empresa se despliega mediante la libertad de planificación económica, la libertad de oferta de bienes y servicios, la libertad de contratación y el derecho al beneficio. Para una tipología de las facultades de la libertad de empresa, ARIÑO, 2004, pp. 296-304; CIDONCHA, 2006, pp. 267-270; ALVEAR, 2017, pp. 57-60.

¹⁵ Del consumo como “elemento motriz de la dinámica del mercado”, OROZCO, 2012, p. 1078. Acerca del derecho del consumo desde la perspectiva del mercado competitivo, ISLER, 2019, pp. 72-89.

¹⁶ ALVEAR, BARRIENTOS y ALCALDE, 2022, pp. 90-91.

II. LA POSICIÓN ASIMÉTRICA DEL EMPRESARIO Y EL EFECTO SISTÉMICO DE SUS ABUSOS

La posición de ventaja jurídica y económica que la empresa goza en el mercado al momento de predisponer cláusulas abusivas ha sido destacada por nuestra jurisprudencia del consumidor, en particular en el mercado financiero e inmobiliario.

En BBVA (2018) nuestros tribunales refieren a la “descollante posición dominante del proveedor, generalmente una empresa poderosa y predisponente habitual del contrato de adhesión”, que contrasta con la posición del consumidor “profano y anónimo”¹⁷. Esta posición privilegiada de la empresa, que le da una participación ponderable en un mercado específico, se proyecta a “todos los aspectos relevantes” del producto o servicio ofrecido¹⁸, se agrega en Charrúa (2022). La situación se universalizaría a distintos mercados: el predisponente ofrece un contrato de suyo asimétrico, pues es él quien define y propone sus condiciones, sin contar con una auténtica contraparte con capacidad para negociar, en una situación donde los bienes son indispensables para el consumidor dentro de un escenario global¹⁹.

Esta posición privilegiada en el mercado trae como consecuencia toda una gradación de asimetrías en relación con el consumidor para los efectos de un eventual vínculo contractual por adhesión. El Tribunal Constitucional identifica tres tipos fundamentales de asimetría: en el nivel de información respecto de los bienes o servicios a contratar, en la dispar capacidad negocial, y en las distintas dificultades para hacer efectivos los derechos del consumidor²⁰. En esta línea, nuestra jurisprudencia de consumo habla de “parte aventajada técnica, económica y jurídicamente” que “diseña el contrato”²¹; de “asimetría técnica característica de las relaciones de consumo”²²; de “desequilibrio estructural a favor del proveedor”²³; de “fuerza de la posición negocial”²⁴; de “desigualdad en el poder negociador” de ese “poder que impone una voluntad unilateral” a un consumidor constreñido “a aceptar condiciones desventajosas”; en fin, de un consumidor que, por definición, “no dispone de los mismos conocimientos, informaciones y aptitudes” que el empresario²⁵. En “La Elegante” (2019) se dice que el consumidor se encuentra frente a “estructuras complejas”, “costos de transacción” y “serias dificultades para acceder a información veraz, oportuna y fácilmente procesable”²⁶.

¹⁷ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 11°

¹⁸ Corte de Apelaciones de Concepción, 30.5.2022, rol.1465-2020, considerandos 11° y 13°.

¹⁹ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 22°.

²⁰ Tribunal Constitucional, 13.5.2008, rol 380-2008, considerando 9°.

²¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17.6.2017, rol 5-17, considerando 3° (Inmobiliaria Aconcagua).

²² Corte de Apelaciones de Concepción, 30.5.2022, rol.1465-2020, considerandos 11° y 13°.

²³ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17.6.2017, rol 5-17, considerando 3°.

²⁴ Corte Suprema, 7.3.2018, rol 79123-2016, considerando 10°.

²⁵ Corte Suprema, 7.3.2018, rol 79123-2016, considerandos 9° y 12° (Ticket Fácil).

²⁶ Corte Suprema, 21.1.2019, rol 34507-2019, considerando 6° (“La Elegante”).

Podemos inducir de estos fallos que las asimetrías que afectan al consumidor son “estructurales”, provienen de la distinta posición en que empresario y consumidor se encuentran. Es más, pareciera que para nuestros tribunales la posición de dominio o de ventaja del empresario es virtualmente abusiva, en la medida en que a partir de ella se facilita la posibilidad de predisponer cláusulas desequilibrantes. El contrato por adhesión “da cuenta de una situación contractual claramente desigual que puede devenir fácilmente en instrumento de abuso”²⁷; por lo que se le debe considerar “antecedente o indicio de un contenido contractual eventualmente abusivo y susceptible de desconocerse o corregirse”²⁸. Al respecto, la Corte Suprema ha entendido que para declarar ineficaz una estipulación no es necesaria una situación de “abuso real y concreto”, pues lo que se cuestiona es “la posición en que se coloca o se puede colocar a la contraparte”²⁹.

Como contrapeso a esta posición constitutivamente asimétrica, emerge el “sello tutelar” de la legislación del consumidor, ese “predicamento tuitivo de los intereses de la parte más débil”, por lo que se introducen diferencias necesarias en el tratamiento jurídico de quienes se encuentran en posiciones desiguales³⁰.

En este cuadro, se eleva la buena fe objetiva a “cláusula de orden público”, a “regla de comportamiento”³¹ que permite controlar al empresario predisponente en sus propósitos de alterar el derecho dispositivo en contra del consumidor, o enervar la función práctica del contrato³². A esto se suma la idea de equilibrio contractual como “mecanismo de protección sustantivo”³³. Hay un buen número de fallos que han precisado la noción de desequilibrio contractual tipificada en el artículo 16 letra g) de la Ley de Consumidor. Se trata de un “déficit jurídico” que refiere a cuatro clases de desproporción: (a) las que confieren derechos exorbitantes al proponente; (b) las que excluyen o restringen derechos de los consumidores; (c) las que disminuyen las obligaciones del predisponente, y (d) las que imponen al consumidor cargas desproporcionadas³⁴. La defraudación de las

²⁷ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 11° (BBVA).

²⁸ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 11°.

²⁹ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 17°. En el mismo sentido, Corte Suprema, 1.7.2019, rol 24598-2018, considerando 5°.

³⁰ Tribunal Constitucional, 13.5.2008, rol 380-2008, considerando 9°.

³¹ Corte Suprema, 10.9.2019, rol 25350-2021, considerando 6°.

³² Corte Suprema, 7.3.2018, rol 79123-2016, considerando 11°; Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2014, rol. 8281-2013, considerando 9°. El derecho dispositivo es para el legislador un modelo razonable que no se puede alterar injustificadamente, al punto de “desnaturalizar las obligaciones”, según fórmula del derecho argentino. LORENZETTI, 2003, pp. 293-295.

³³ Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2014, rol. 8281-2013, considerando 9°.

³⁴ Corte Suprema, 27.12.2019, rol 114-2019, considerando 7°. Ejemplos de (a) son las que otorgan facultades de fijar o modificar elementos del contrato (como cambiar el precio, el tipo de producto o servicio o su régimen jurídico); de (b) las que imponen renunciaciones al ejercicio de acciones judiciales, reducen los medios de prueba, alteran la carga de la prueba; de (c) las que exoneran o restringen de responsabilidad por incumplimiento o cumplimiento defectuoso; y de (d) las que imponen el pago de gravosas indemnizaciones o establecen plazos excesivamente breves para reclamos. Corte Suprema, 27.12.2019, rol 114-2019, considerando 7°. En el mismo sentido, Corte Suprema, 9.4.2018, rol 62158-2016, considerando 12°.

expectativas razonables del adherente es también una manifestación del desequilibrio contractual en el ámbito de la finalidad del contrato³⁵.

Según hemos dicho en el epígrafe anterior, este desequilibrio contractual se puede proyectar más allá de la relación empresario-consumidor y expandirse al mercado con efectos sistémicos.

La jurisprudencia ha dado luces acerca de este punto. En el caso de la Asociación Gremial del Retail Comercial A.G (2021), se destacan los “contratos tipo” que rigen un mercado relevante específico, como aquel que vincula a los operadores de centros comerciales con sus locatarios. En vez de “fijar un modelo equitativo de contrato futuro”, estos contratos se establecen con frecuencia “para beneficio exclusivo de quienes predisponen”. Suelen tener efectos gravitantes en la estructuración de todo un mercado, y si no consideran los intereses de todas las partes, su potencialidad abusiva es exponencial³⁶.

Desde esta óptica, una sola conducta ilícita en materia de consumo porta una potencialidad infractora general si sus efectos en el mercado de bienes y servicios afectan los intereses generales del consumidor (por la frecuencia, gravedad, o grado de peligrosidad)³⁷. Lo mismo dígase de los casos en que el empresario vulnera el principio de comprobabilidad que garantiza la transparencia del mercado³⁸. O infringe la libre competencia, afectando los derechos concurrentes del resto de los agentes económicos³⁹.

Tres ideas centrales podemos discernir en esta jurisprudencia: la posición de ventaja del empresario es estructural y produce asimetrías inevitables; el derecho del consumidor se construye para dar un tratamiento jurídico distinto, tutelar, a la parte más débil, frente a esas asimetrías; el abuso de aquella posición por parte de un empresario genera desequilibrios contractuales que, según los casos, afectarían a todo un mercado con efectos sistémicos.

Tras estas ideas se auscultaría un correlato inevitable: las cláusulas abusivas constituyen un injusto agravado en cuanto son el resultado del ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa.

A este respecto hay que aclarar que la posición ventajosa del empresario no es de suyo ilegítima, ni un mal en sí mismo. Es su eventual aprovechamiento para obtener una ventaja en contravención a la ley lo que es ilegítimo⁴⁰. Precisamente la libertad económica se utiliza de manera disfuncional porque aprovecha esa posición de dominio o ventaja para expresarse en las relaciones jurídicas contractuales⁴¹, lesionando el sina-

³⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 21.9.2007, rol. 3746-07, considerando 1°.

³⁶ Corte Suprema, 10.5.2021, rol. 138221-2020, considerandos 10° y 11°, en sede de libre competencia.

³⁷ Corte de Apelaciones de Arica, 16.11.2022, rol. 62-2022, considerando 5° (Adidas). En análogo sentido, Corte Suprema, 28.10.2013, rol 3978-2013, considerando 7° (Banco de Chile).

³⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, 4.11.2022, rol. 345-2020, considerandos 5°, 6° y 7° (Cyberday). A este propósito, en considerando 13° se afirma que consumo y mercado son objeto de regulaciones concurrentes.

³⁹ Corte Suprema, 10.5.2021, rol. 138221-2020, considerando 4° y 5°.

⁴⁰ RODRÍGUEZ, 2008, p. 115. Es interesante destacar que para los efectos de determinar la multa infraccional, el art. 24 de la Ley 19.496 toma en consideración “el beneficio económico obtenido con motivo de la infracción” y “la capacidad económica del infractor”.

⁴¹ RENGIFO, 2004, p. 401.

lagma negocial⁴², y afectando, en mayor o menor medida, las condiciones de ejercicio del mercado.

Desde este ángulo, tiene sentido considerar al consumidor como una “categoría estructural”, al que se protege por su posición en el contrato⁴³. Ello es válido sobre todo si se considera que la cláusula abusiva proyecta el contrato en términos de abuso de poder y no de instrumento negocial de cooperación económica⁴⁴.

III. CLÁUSULAS ABUSIVAS Y EJERCICIO ILEGÍTIMO DE LA LIBERTAD DE EMPRESA

El abuso de la posición jurídica y económica del empresario examinada en el epígrafe anterior se estudia en dos mercados específicos: el financiero y el inmobiliario. A tales efectos, seleccionamos sentencias que dan cuenta de cláusulas abusivas ejemplares por la envergadura de la empresa predisponente, por el alto nivel de rentabilidad que ostentan, por la asimetría que imponen, y por la vulnerabilidad en que quedan los consumidores adherentes.

1. *Mercado financiero*

A pesar de constituir una de las áreas sujetas a mayor control administrativo de los contratos por adhesión, empresas relevantes de este mercado han sido sancionadas por estipulaciones abusivas⁴⁵.

Probablemente el caso más emblemático acerca de servicios financieros sea el de Cencosud y la tarjeta de crédito “Jumbo Más” (2013). La sentencia de la Corte Suprema ha sido suficientemente analizada por la doctrina y no es necesario detenerse en este punto⁴⁶. Sí hemos de destacar, a nuestros efectos, que se declaran abusivas dos cláusulas por infracción a las letras a y g del artículo 16 de la Ley 19.496, que permitieron a la empresa dar valor al silencio del adherente, aumentar unilateralmente la comisión mensual por el uso o mantención de aquella tarjeta, y suscribir mandatos irrevocables en blanco, sin obligación de rendir cuenta, a efectos de facilitar el cobro⁴⁷. Cencosud fue condenada, entre otras sanciones, a restituir montos entre \$530 y \$120.000 a setecientos

⁴² ARANGO, 2016, pp. 262-263.

⁴³ TAPIA, 2023, pp. 116-117.

⁴⁴ Respecto de este último punto, CONTRERAS, 2020, p. 139.

⁴⁵ La Corte de Apelaciones de Copiapó, 9.12.2022, rol 31-2022, considerando 2º, habla de “Tutela Directa” de las instituciones financieras “durante toda la gestión y ejecución contractual” para “neutralizar” el desequilibrio.

⁴⁶ Del caso y sus repercusiones, BARRIENTOS, 2013, 255-261; PINOCHET, 2013, pp. 365-378; BARRIENTOS, 2014, pp. 27-46; CAPRILE, 2015, pp. 135-148; PONCE, 2021, pp. 257-278.

⁴⁷ Corte Suprema, 24.4.2013, rol. 12355-11, considerandos 5º, 8º, 10º, 11º, 13º y 14º.

mil cuatrocientos ochenta y seis clientes, lo que significó un desembolso de 26 mil millones de pesos (52 millones de dólares).

Poco se ha subrayado la argumentación formulada por la defensa. Ante un desequilibrio tan irritante, la empresa predisponente en lugar de someterse a eventuales conductas atenuantes⁴⁸ arguye que este tipo de estipulaciones son corrientes en el mercado financiero. Y que, además, solo estamos ante la figura de una oferta o propuesta de aumento del monto de la comisión, que el cliente no está obligado a aceptar. Ante esto, la Corte alude a una justificación mucho más crasa: a la planificación económica de la empresa que “desde marzo de 2006, mensualmente ha cobrado a los tarjetahabientes \$ 530 más de lo que estaba autorizado por contrato”⁴⁹, amparándose en la predisposición de las cláusulas objetadas.

Que las estipulaciones declaradas nulas sean habituales en el mercado no justifica el injusto. “Simplemente indica una relajación del control administrativo de parte de autoridades llamadas a ejercerlo”⁵⁰. Finalmente, el tribunal afirma una obviedad que todos esperaríamos que la empresa reconociera: que las facultades objetadas “exceden en mucho” lo que “razonablemente” se puede pedir a un cliente cuando se le concede un crédito⁵¹.

En BBVA (2018) se declaran abusivas nueve cláusulas del contrato de operaciones bancarias: el poder discrecional para poner término a los contratos; la irrevocabilidad del mandato pactado; la presunción de aceptación tácita al aumento de las comisiones; la facultad de poner término anticipado a la línea de crédito, a la línea de sobregiro, y a la línea de crédito asociada a la tarjeta de crédito, sin aviso previo, y por hechos ajenos al cuentacorrentista que el mismo proveedor califica; la facultad de limitar los avances en efectivo en análoga situación; la posibilidad de entregar sin justificación suficiente información a terceros; el otorgamiento de valor de aceptación a la simple ejecución de un acto en materia de servicios financieros; la constitución de fianza y codeuda sobre obligaciones dinerarias futuras, cuyas especificaciones se desconocen⁵².

El banco aludido sostiene que varias de las cláusulas objetadas nunca se han aplicado, por lo que se trataría de una “cuestión puramente teórica”. Asimismo, invoca el principio de confianza legítima para excusarse de su actuación, debido a que los contratos han sido revisados por la Superintendencia de Bancos e Instituciones Financieras y se debe presumir su regularidad. La Corte Suprema además de mostrar la inequidad de las estipulaciones objetadas, recuerda que los contratos autorizados por la Administración no gozan de “inmunidad jurídica”⁵³.

La sentencia en comento no precisa que el BBVA es una de las mayores empresas financieras del mundo. Pero constata la paradoja de que un experto financiero no

⁴⁸ Como, por ejemplo, las que señala el art. 24 inciso 4º, letras a) y b) de la Ley 19.496.

⁴⁹ Corte Suprema, 24.4.2013, rol. 12355-11, considerando 11º.

⁵⁰ Corte Suprema, 24.4.2013, rol. 12355-11, considerando 10º.

⁵¹ Corte Suprema, 24.4.2013, rol. 12355-11, considerando 10º.

⁵² Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerandos 14º, 23º a 40º.

⁵³ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerandos 16º, 17º y 18º.

cumpla con aquellas “reglas mínimas para el correcto tráfico de productos o servicios financieros”⁵⁴. Los derechos de los consumidores han sido obliterados en pos de estrategias de rentabilidad fácil⁵⁵. Estrategias que a la luz de la libertad de empresa resultan ilegítimas, pues ni el derecho al beneficio, ni la facultad de planificación económica, ni la facultad de contratación tienen por objeto el injusto jurídico.

En este mismo esquema, hay dos situaciones relevantes de la cadena de tiendas Abcdin (Cofisa). El caso de AVM (2015) y el caso del “Informativo Convenio” (2017). En el primero, se establece una comisión de administración variable mensual (AVM) que, sumado al interés informado, excede el máximo convencional. Nos encontramos con una gran empresa que cobra masivamente con el nombre de comisión un valor que, en realidad, corresponde a un interés, no informado como tal al consumidor⁵⁶. Lo que da más gravedad al hecho, es que Din y Cofisa ya se habían comprometido, en avenimiento con el Sernac, a un modelo transparente de cobros, que distinguiera claramente entre capital, intereses y otros cargos⁵⁷.

El otro caso refiere a un “informativo convenio”, en el que Cofisa ofrece a sus clientes morosos una reprogramación, repactación y convenio de pago. Los clientes suscriben el documento, efectúan el pago de un pie, pactan las cuotas que habían vencido y estaban por vencer, y, sin embargo, el empresario afirma que se trata de un acto unilateral, que no existe novación, y que, por tanto, los deudores no serán eliminados de los boletines comerciales. La Corte determina que los deudores morosos han adherido a un nuevo contrato de crédito, que implica la “aceptación de nuevas condiciones”, muchas de estas “colocan a los deudores en una situación más desventajosa” que antes⁵⁸. La sentencia declara la existencia de una infracción grave a la buena fe, pues el predisponente vulnera las expectativas que el adherente tuvo al suscribir el convenio de pago, impidiendo cumplir su función⁵⁹. Otras cláusulas dejan, además, al consumidor entregado a lo que determine el empresario en materia de determinación de su deuda, pues no se le provee información específica respecto de las sumas adeudadas por los diferentes conceptos (cobranza, intereses por mora y cargos fijos facturados y adeudados)⁶⁰. El tribunal también alude a un modelo de negocios que cristaliza en recargos injustificados y en omisión de información de “las reales implicancias de los intereses y gastos” en que debe incurrir el cliente⁶¹.

⁵⁴ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 24°.

⁵⁵ Corte Suprema, 29.11.2018, rol 100759-2016, considerando 30°.

⁵⁶ Corte Suprema, 8.10.2015, rol 27802-2014, considerandos 18°, 19° y 20°.

⁵⁷ El avenimiento fue acordado el 2 de marzo de 2006, en la causa rol 8615-05, del 23° Juzgado Civil de Santiago, según se indica en Corte Suprema, 8.10.2015, rol 27802-2014, considerando 10°.

⁵⁸ Corte Suprema, 11.10.2016, rol 4903-2015, considerando 8°.

⁵⁹ Corte Suprema, 11.10.2016, rol 4903-2015, considerando 11°, respecto de la nota 7 del convenio que declara que el acuerdo no implica novación. Agrega el fallo que “el carácter desproporcionado” de esta estipulación “indica una situación inesperada y contraria a la normalidad de los contratos”.

⁶⁰ Corte Suprema, 11.10.2016, rol 4903-2015, considerando 9°, respecto de las notas 1 y 3 del acuerdo.

⁶¹ Corte Suprema, 11.10.2016, rol 4903-2015, considerando 14° y 15°.

Análoga doctrina se infiere de “La Elegante” (2019), donde se declaran abusivas siete cláusulas del “contrato de afiliación al sistema de crédito” y su respectivo reglamento por infracción a los literales a), b) y g) del artículo 16 de la Ley 19.496. El empresario se atribuye la facultad de dar valor al silencio en la forma de calcular intereses y cobros adicionales por gastos de cobranza judicial y extrajudicial; de establecer mandatos irrevocables, prácticamente en blanco en lo que refiere a la aceptación de títulos de crédito a nombre del cliente, con una exigua rendición de cuentas; de suscribir seguros de desgravamen a nombre del cliente si este no lo hace, atribuyéndole la declaración de conocer y aceptar en todas sus partes el contenido; de publicar la morosidad ilimitadamente en cualquier base de datos; de disponer de la información comercial de los deudores solidarios y subsidiarios, incluyendo mandatos judiciales recíprocos entre estos y el cliente; de modificar de forma unilateral el monto de la línea de crédito rotatorio. Asimismo, el predisponente se atribuye el derecho de modificar unilateralmente el sistema de crédito y sus condiciones, además de imponer al cliente moroso gastos de cobranza cuyos montos no precisa (luego del inevitable interés “por el máximo que la ley permita fijar”)⁶².

La Corte Suprema realiza aquí dos importantes consideraciones. Primero, que en el juego de posiciones en el mercado hay dos “extremos”: uno es el del destinatario final de los bienes y servicios, quien los adquiere para su uso privado y doméstico; otro es el del intermediario del proceso productivo o el proveedor profesional, que conoce y desarrolla el negocio a gran escala. Ambos extremos denotan una desigualdad estructural que en las relaciones de consumo recalca en la distinta “posición negociadora de las partes”. De ahí que la tutela tradicional del derecho común resulte insuficiente para proteger a una de las partes y haya que recurrir a la “tutela especial” del derecho del consumidor, para garantizar, en lo posible, la igualdad, al menos en la posición negociadora⁶³. El desequilibrio es inevitable en los contratos de adhesión de masas, por lo que la legislación impone su control a objeto de que no se vuelva “notable e injustificado”, en “perjuicio del adherente consumidor y beneficio del predisponente proveedor”. Aquí los desequilibrios son calificados como “exorbitantes”, “desproporcionados”, “excesivos”, “excluyentes”, etcétera.⁶⁴

En “Hites” (2018) se habían eliminado, por una mediación colectiva, más de diez cláusulas abusivas, luego de un estudio que hiciera el Sernac acerca de contratos de adhesión en el *retail*⁶⁵. Empero, el empresario vuelve a incorporar una estipulación abusiva en su contrato de tarjeta de crédito con el objeto de cobrar unos “cargos fraccionables por período”. El tribunal declara que estas comisiones de uso no dan cuenta de ningún servicio adicional que lo justifique, y que, en consecuencia, se está cobrando

⁶² Corte Suprema, 21.1.2019, rol 34507-2019, considerando 5°. Para un análisis comparativo de las cláusulas utilizadas por “La Elegante” y “Cencosud” (2013) y la disparidad de criterios sancionatorios utilizados por la Corte Suprema, PONCE, 2021, pp. 257-278.

⁶³ Corte Suprema, 21.1.2019, rol 34507-2019, considerando 6°.

⁶⁴ Corte Suprema, 21.1.2019, rol 34507-2019, considerando 7°.

⁶⁵ Corte Suprema, 18.10.2017, rol 33848-2017, considerando 5°.

a los clientes un cargo que “encarece fuertemente el valor de los productos adquiridos”, sin que puedan rechazarlo⁶⁶. Nos encontramos ante un ostensible enriquecimiento sin causa en detrimento del patrimonio de los consumidores por parte de un empresario que obtiene gran rentabilidad en el mercado.

En “Latinoamericana de Comercio” (2020), el empresario es condenado por cobro de intereses por sobre el máximo convencional y por incumplir obligaciones informativas básicas en la prestación de sus servicios financieros⁶⁷. Se detectan múltiples cláusulas abusivas en el “contrato de hipoteca y mandato”: cláusula de garantía general hipotecaria sin que los clientes hayan manifestado su voluntad expresa; mandato irrevocable con facultades amplias de administración y disposición del inmueble hipotecado, sin rendición de cuenta, que permite prescindir de las normas procesales de ejecución hipotecaria y de publicidad pertinentes; facultad para aceptar o suscribir en nombre del consumidor letras de cambio y pagarés, con cláusulas de aceleración facultativas a favor de la institución acreedora, con poder para reconocer judicial y extrajudicialmente, en su nombre, toda clase de deudas en beneficio de la empresa⁶⁸.

El predisponente se defiende arguyendo que no ha pactado un contrato de mutuo, solo un “contrato de hipoteca y mandato”, y que, en cualquier caso, los contratos unilaterales, como el mutuo, no pueden ser objeto de desequilibrios contractuales. El sentenciador de primera instancia hacer ver lo irracional de la afirmación, pues significaría que por “más gravosas, absurdas y perjudiciales” que puedan ser las cláusulas para el consumidor, nunca podrían ser calificadas de “abusivas”⁶⁹. Y, sin embargo, nos encontramos aquí con “desequilibrios descomunales”⁷⁰. La Corte, en confirmación de la sentencia, declara que por más que la empresa denomine a su convención de “contrato de hipoteca y mandato” su naturaleza es la de un mutuo hipotecario otorgado en instrumentos de adhesión separados, en los que se incluyen cláusulas abusivas. El fallo sugiere que se ha pretendido “desnaturalizar la operación jurídica realizada” para “sustraerla de la legislación aplicable”⁷¹.

Hay muchas situaciones inexcusables en el ámbito financiero, que connotan modelos de negocios que perjudican al consumidor: repactación de deuda por vía telefónica que resulta desventajosa para el cliente por falta de información⁷²; prepago de negociación en la que queda un saldo de deuda por seguro de vida que el cliente no contrata⁷³; cobro

⁶⁶ Corte Suprema, 18.10.2017, rol 33848-2017, considerando 5°, en relación a la cláusula décimo octava del contrato de crédito Hites.

⁶⁷ JL de Castro, 27.5.2020, rol. 1357-2016, considerando 33°, confirmada por la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 20.8.2020, rol. 468-2020.

⁶⁸ JL de Castro, 27.5.2020, rol. 1357-2016, considerandos 74° a 91°109° a 119°.

⁶⁹ JL de Castro, 27.5.2020, rol. 1357-2016, considerando 70°.

⁷⁰ JL de Castro, 27.5.2020, rol. 1357-2016, considerando 112°.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 20.8.2020, rol. 468-2020, considerando 16°.

⁷² Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de apelación del 30 de marzo de 2021, Rol 244-2019, considerandos 3°, 4° y 5° (Banco Ripley)

⁷³ Corte de Apelaciones de Concepción, sentencia de apelación del 13 de septiembre de 2022, rol 17-2022, considerandos 4° y 5° (Cencosud MasterCard)

por honorarios profesionales judiciales no establecidos por el tribunal correspondiente ni perseguidos por este, además de cobranzas extrajudiciales injustificadas⁷⁴; cobro mensual de intereses superiores al máximo convencional⁷⁵, etcétera.

En sede de protección, se deja sin efecto la modificación unilateral del contrato unificado de productos y servicios financieros, en el que Banco Ripley impone una nueva política (más gravosa) de cobro de mantención de las tarjetas de crédito⁷⁶. También se condena a Banco de Chile (2013) por prácticas arbitrarias y discriminatorias en perjuicio de los consumidores de créditos de consumo a quienes se ofrecen tasas de interés diferentes, según sea el sujeto de crédito y se incurre en falta de información veraz y oportuna de los costos asociados a los mismos⁷⁷.

Hay situaciones no resueltas, en definitiva, pero en las que la Corte Suprema ha declarado admisible la acción de interés colectivo, como los casos del BCI y BankBoston, por cláusulas contractuales que atribuyen al cliente todos los costos legales de la operación de créditos hipotecarios, lo que les permite cobrar precios superiores al determinado por las normas vigentes para notaría y conservadores, sin que procedan a restituir los saldos⁷⁸.

Hay, asimismo, una enorme cantidad de sentencias por infracción a los deberes de seguridad por parte de la banca chilena, habituada por principio a traspasar al cliente los costos de los eventuales fraudes en transacciones electrónicas. Las sentencias refieren al Banco de Chile, Banco Estado, Banco Santander Chile, Banco Itaú, Banco Scotiabank, Banco Falabella, Banco Ripley, entre otros. Ante las intromisiones ilegales a las medidas de seguridad por parte de terceros (sustracción de fondos desde cuenta corriente; giros desde tarjetas de créditos; bloqueo ineficaz de tarjetas; “clonación” de tarjetas; registro fraudulento de claves secretas, etc.), los tribunales imputan a la banca su descuido de los deberes de seguridad y profesionalismo, al que están obligados en virtud de la “ejecución del contrato de cuenta corriente”⁷⁹. Hay casos extremos, en que, ante la ineffectividad del

⁷⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de apelación del 14 de julio de 2006, Rol 933-2.006, considerandos 2º, 3º, 4º y 5º (Citibank).

⁷⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de apelación del 27 de agosto de 2013, rol 969-2010, considerandos 1º, 3º y 4º, con infracción al art. 39 de la ley 19.496 (Inversiones CSG).

⁷⁶ Corte Suprema, 10.9.2019, rol 25350-2021. En los considerandos 5º y 6º destaca la importancia del derecho de protección del consumidor y constata infracción al art. 12 de la Ley 19.496. En c. 9 alude a la “arbitrariedad en el ejercicio de una facultad contractual”.

⁷⁷ Corte Suprema, 28.10.2013, rol 3978-2013, considerando 6º. Entre otras, también en sede de protección, con alusión a infracción ley del consumidor, condena por cierre unilateral y arbitrario de línea de crédito, Corte de Apelaciones de Santiago, 7.10.2022, considerandos 11º y 12º (Banco Santander); y por cierre unilateral de cuenta corriente sin expresión de causa, Corte de Apelaciones de Talca, 3.3. 2022, rol 2817-2021, considerandos 9º y 10º (Banco Santander).

⁷⁸ Corte Suprema, 31.10.2012, rol 5724-2010, considerandos 6º, 7º y 8º (BCI) y Corte Suprema, 6.5.2019, rol 601-08, considerandos 1º y 7º (BankBoston).

⁷⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 4.7.2022, rol 3192-2019, considerandos 4º y 7º. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.12.2021, Rol 49-2021, considerando 4º, habla de “fallas o deficiencias en la seguridad del servicio prestado”.

bloqueo de una tarjeta de crédito, y su posterior uso por terceros, el banco le comunica al cliente que “no le pueden ayudar porque no son un banco formal”⁸⁰.

La jurisprudencia ha sostenido que debido a la falta de equilibrio entre los intereses de ambas partes, el banco se encuentra en una “posición de garante” con obligación de monitoreo de las cuentas y movimientos bancarios⁸¹; o, en otra fórmula, de “tutela directa” de toda la gestión y ejecución contractual⁸².

También hay situaciones notables de arbitrariedad, donde se invalida una cláusula del contrato unificado de empresas que autoriza a poner término de manera unilateral al contrato de cuenta corriente sin justificación razonable⁸³, o condena por rechazo arbitrario y discriminatorio de apertura de cuenta joven, con constatación de “la opacidad en el proceso de postulación a los productos financieros ofrecidos por el Banco”⁸⁴.

Varias ideas afloran en esta jurisprudencia: primero, que la asimetría que se produce entre predisponente y consumidor financiero es especialmente gravosa. Segundo, que la banca utiliza cláusulas abusivas como instrumentos jurídicos de su modelo de negocios. Tercero, que muchos de los desequilibrios contractuales en el área son desorbitantes.

La doctrina ha planteado la existencia de una vulnerabilidad agravada en el consumidor financiero⁸⁵. En esta área, la ventaja económica y jurídica del empresario le permite desarrollar estrategias de negocios que dejan al consumidor más expuesto a la vulneración de sus derechos⁸⁶. Los desequilibrios desorbitantes son el resultado de esas estrategias. Es muy probable, al menos desde el enfoque de los costos de transacción, que los incentivos del mercado financiero impulsen a ello en desmedro de la calidad de los contratos. Los tribunales aluden con frecuencia al peso que tiene la errada cultura económica en los agentes de este mercado para incurrir en abuso de su posición ventajosa⁸⁷.

⁸⁰ Corte de Apelaciones de Chillán, 11.8.2022, rol 38-2022, considerando 5° (Banco Ripley)

⁸¹ Corte de Apelaciones de Copiapó, 9.12.2022, rol 31-2022, considerando 2° (Banco Scotiabank).

⁸² Corte de Apelaciones de Copiapó, 9.12.2022, rol 31-2022, considerando 3°. Ante la negativa de los bancos de restituir los fondos sustraídos fraudulentamente, se ha declarado la infracción a la letra d) del artículo 3° de la Ley 19.496 y de las obligaciones del depósito de bienes fungibles. Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 18.10.2022, rol 4044-2022, considerando 9°.

⁸³ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 2.2.2018, rol 557-2017, considerandos 6°, 7° y 8° (Banco de Chile), con alusión a la versión 8, número 12, capítulo 1, letra A, del contrato. Del mismo banco, la falta de respeto a los términos, modalidades y condiciones ofrecidas en baja de interés en crédito hipotecario, Corte de Apelaciones de Arica, 16.12.2022, rol 66-2022, considerandos 5° a 12°.

⁸⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 15.3.2023, rol 1736-2020, considerando 9° (Banco Bice).

⁸⁵ LÓPEZ, 2022, pp. 398-402. También SERNAC, 2021, pp. 10-11. Para una visión más amplia remitimos a HERNÁNDEZ, 2022, pp. 1-208, donde se examinan las diversas aristas del estatuto del consumidor financiero.

⁸⁶ TAPIA, 2023, p. 127, las sintetiza en graves asimetrías de información, complejidad técnica del mercado y dependencia del crédito para la compra de insumos básicos. A propósito del sobreendeudamiento, Goldenberg refiere a los sesgos cognitivos y conductuales del consumidor financiero y a la estructura bilateral del crédito, del que se esperan deberes de diligencia más intensos para el profesional del endeudamiento. GOLDENBERG, 2020, pp. 5-21.

⁸⁷ La referida cultura económica se puede caracterizar por el predominio de la avidez de ganancias, que en materia de incentivos, se caracteriza, entre otros, por el principio del capital impaciente, la disminución de la responsabilidad empresarial (“se privatizan los beneficios, se socializan las pérdidas”) y el abandono de

2. *Mercado inmobiliario*

Es otro sector donde se imponen empresas de alta rentabilidad y emergen desequilibrios desorbitantes ante consumidores comúnmente vulnerables⁸⁸.

En “Inmobiliaria Integral” (2016) se predispone una promesa de compraventa que la Corte declara “extremadamente favorable” a la inmobiliaria. Si la promitente compradora no suscribe la escritura en la oportunidad fatal indicada por el empresario, o no paga al contado e íntegramente el saldo de precio en ese acto, cualquiera sea la circunstancia que le afecte, aunque no le sea imputable, la inmobiliaria puede, a su arbitrio, desistirse de la promesa y hacer efectiva la multa. En cambio, si esta retrasa el otorgamiento de la escritura o la recepción definitiva de la obra, no hay sanción alguna. El tribunal declara nulo el contrato en su integridad⁸⁹. Situación parecida ocurre con “Inmobiliaria Aconcagua” (2017)⁹⁰.

En “Inmobiliaria Las Encinas” (2015) cuatrocientos quince propietarios adquieren viviendas en uno de los proyectos inmobiliarios de la empresa (Proyecto Hacienda Urbana Larapinta). Varias cláusulas del contrato son declaradas abusivas. Destacamos aquella que ha permitido a la inmobiliaria entregar casas con material de construcción de muy inferior calidad al ofrecido (de “loza de hormigón armado” a “metalconcret”), lo que, además, no es informado veraz y oportunamente. El predisponente incluye, además, cláusulas arbitrales lesivas al adherente⁹¹. Las casas son vendidas en condiciones vergonzosas, sancionando el retracto con cláusulas penales⁹².

La inmobiliaria arguye, en primera instancia, que informó a sus clientes al momento de suscribir la escritura de compraventa⁹³. Luego, en alzada, que “no hay perjuicios”,

la ética de la gratificación diferida. ALVEAR, 2017, pp. 291-297, con una síntesis de las tesis de Harrison, Sennet y Weber.

⁸⁸ Un panorama de la protección del consumidor inmobiliario, DÍAZ DE VALDÉS, 2022, pp. 65-227, BARRIENTOS, 2019, pp. 35-38. La tipología de las cláusulas abusivas en el área, *Ibíd.*, pp. 78-97. La tipología en el derecho comparado europeo, DOMÍNGUEZ, 2018, pp. 297-506.

⁸⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 18.8.2016, rol 159-2016, considerandos 12°, 15° y 16°, en alusión a las cláusulas quinta y séptima del contrato de promesa.

⁹⁰ La predisponente establece una pena para el promitente comprador que no suscribe la escritura, incluso en situaciones no imputables, mientras que él puede no perseverar en el proceso contractual, sin justificación. Se constata, incluso, que la empresa, aprovechando las cláusulas que impuso, ha vendido el inmueble a terceros. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17.6.2017, rol 5-17, considerandos 3° y 4°.

⁹¹ Corte Suprema, 9.11.2015, rol 23092-2014, considerando 3°, 16°, 17° y 19°. La Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2014, rol 8.281-2013, considerando 17°, comprueba que la loza de hormigón armado es una condición o especificación técnica relevante para la elección del consumidor y para la formación de su consentimiento, lo que a su vez dice directa relación con el precio de la vivienda.

⁹² Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2014, rol 8.281-2013, considerando 17°, observa que el material de la vivienda es menos sólido, menos resistente a la combustión y más permeable a las ondas sonoras. El techo del primer piso presenta ondulaciones producto del tránsito en el segundo piso, del que se escuchan todos los pasos, crujidos, cadenas del baño, etc. En caso de instalación de lámparas, el taladro traspasa fácilmente el techo.

⁹³ 23° Juzgado Civil de Santiago, 3.9.2013, rol C-14872-2008, considerando 20°.

por lo que sustancialmente no hay nada que objetar⁹⁴. Ante la Corte Suprema, sostiene que el cambio de material se debió a “un olvido”, que el tribunal califica de “irrisorio”⁹⁵. En realidad, además de las estipulaciones abusivas, ha operado un inadmisibles cambio unilateral de las condiciones del contrato, en perjuicio de los consumidores⁹⁶.

En “Constructora Santa Beatriz” (2019) se declaran abusivas al menos doce estipulaciones de los contratos “Reserva de Vivienda”, “Promesa de Compraventa” y “Compraventa y Alzamiento”, entre las que se encuentran la facultad para modificar unilateralmente los proyectos inmobiliarios; eximentes ilegales de responsabilidad; renunciaciones anticipadas de derechos; limitaciones a la reparación o indemnización adecuada; cláusulas arbitrales contrarias a la ley; mandatos irrevocables, sin rendición de cuenta, para suscribir documentos que permitan cobrar “gastos operacionales”; derecho a apropiarse de los montos dados en reserva en caso de no perfeccionar la compra “por cualquier circunstancia”⁹⁷.

En su defensa, el empresario arguye que las cláusulas no son abusivas y que, además, al encontrarse en contratos preparatorios, que se han negociado, no es aplicable la Ley 19.496. La Corte Suprema declara que tanto la reserva como la promesa de compraventa son partes integrantes del proceso contractual que culmina en la compraventa. Señala, asimismo, lo exorbitante de las estipulaciones objetadas, dirigidas a “consumidores masivos” en “desigualdad en la posición de negociar”⁹⁸.

En “Inmobiliaria Independencia” (2020), la empresa entrega a los compradores viviendas en mal estado (grietas en la construcción y problemas de humedad persistentes). El empresario se excusa de responsabilidad alegando las actas de conformidad suscritas por los clientes al momento de la recepción de las viviendas y, además, que los desperfectos se deben al “mal uso” de las mismas por parte de todos sus habitantes. La Corte califica de “absurda” esta alegación, constatando que los daños provienen de deficiencias estructurales. Al respecto, recuerda el principio de “conformidad” del pago, el que tiene lugar cuando se obtiene de parte del proveedor “lo que fundada y razonablemente el consumidor tiene derecho de esperar”⁹⁹. La sentencia declara, además, que estamos ante “una inmobiliaria de gran renombre”, de la que no se puede esperar que entregue viviendas nuevas con “graves desperfectos de construcción”¹⁰⁰.

⁹⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2014, rol 8.281-2013, considerando 9°.

⁹⁵ Corte Suprema, 9.11.2015, rol 23092-2014, considerando 18°.

⁹⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 3.6.2014, rol 8.281-2013, considerando 11°. Se declaran nulas las cláusulas “Oferta Irrevocable”; “Vigencia”; “Especificaciones Técnicas” y “Arbitraje”, del contrato.

⁹⁷ El detalle de las cláusulas objetadas en 17° Juzgado Civil de Santiago, 27.1.2017, rol C-15092-2014, considerandos 19°, 27° y 28°.

⁹⁸ Asimismo, el empresario tampoco ha respetado “los términos y condiciones pactados” para la entrega de los inmuebles y para la escrituración de los contratos. Corte Suprema, 27.12.2019, rol 114-2019, considerando 3°.

⁹⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.10.2020, rol 59-2020, considerandos 6° a 9°, con declaración de infracción al artículo 23 de la ley 19.496.

¹⁰⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.10.2020, rol 59-2020, considerando 7°.

En “Socovesa” (2020) se declaran abusivas cinco disposiciones del contrato de promesa y del contrato de compraventa¹⁰¹. La sentencia afirma que se han predispuesto desequilibrios “muy graves”, como “el que obliga al consumidor a declarar que la unidad que promete adquirir coincide plenamente con la publicidad tenida a la vista”, incluso meses después de que esta ha sido exhibida y cuando la misma ya no está disponible¹⁰². O el que establece que si el consumidor no firma la escritura pública de compraventa dentro del plazo convenido (10 días corridos desde el envío de la carta certificada), la inmobiliaria puede solicitar, a su arbitrio, el cumplimiento forzado de las obligaciones o su resolución, en ambos casos con indemnización de perjuicios. Para la resolución no se requiere gestión o notificación alguna, pudiendo el empresario disponer a su arbitrio del inmueble, renunciando el consumidor a cualquier reclamación o derecho¹⁰³.

Hay otros casos donde la inmobiliaria predispone en la promesa de compra que el simple no otorgamiento del crédito hipotecario o cualquier demora en ello constituye incumplimiento del contrato, con una cláusula penal equivalente al 10% del precio de venta, sin devolución de lo abonado. El empresario también es mandado para calificar a su juicio exclusivo si un determinado hecho supone insolvencia del consumidor, y, por tanto, se le ha de imputar incumplimiento de contrato. O si se ha de proceder a la resciliación del contrato por causales que ella sola discierne. La Corte advierte acerca del “excesivo desequilibrio entre los contratantes”¹⁰⁴.

Se vislumbran denominadores comunes en estos casos ejemplares. Primero, la asimetría técnica y de poder entre el predisponente y el consumidor es especialmente alta. Segundo, las cláusulas objetadas generan una ventaja tan significativa en perjuicio del consumidor, que el desequilibrio contractual es considerado, en sí mismo, una contravención a la buena fe. Tercero, los actos preparatorios de la compraventa caen bajo el control de las cláusulas abusivas en la medida en que son considerados contratos de adhesión, salvo eventual prueba en contra del empresario.

Se ha discutido en nuestra doctrina si el “desequilibrio importante” de la letra g) del art. 16 de la Ley 19.496 debe ser efecto de la mala fe objetiva del predisponente¹⁰⁵. Lo cierto es que la jurisprudencia estudiada se inclina por la tendencia indicada en el punto segundo, con un matiz importante: aquí se trata, por regla general, de desequilibrios muy significativos y hasta desorbitantes.

¹⁰¹ 28° Juzgado Civil de Santiago, 2.10.2018, rol. C-1333-2014, considerandos 30° a 46°, en relación con las cláusulas 4.1, 4.2, 4.4, 9 y 12 del contrato de promesa respectivo. Confirmada por Corte de Apelaciones de Santiago, 7.5.2020, rol 16078-2018.

¹⁰² 28° Juzgado Civil de Santiago, 2.10.2018, rol. C-1333-2014, considerando 30°.

¹⁰³ 28° Juzgado Civil de Santiago, 2.10.2018, rol. C-1333-2014, considerando 38°.

¹⁰⁴ Corte de Apelaciones de Copiapó, 4.5.2012, rol. 13-2012, considerandos 3°, 4°, 5°, 8° y 9°, con declaración de nulidad del contrato en su integridad.

¹⁰⁵ DE LA MAZA, 2004, p. 51, sugiere que desequilibrio y contravención a la buena fe objetiva son condiciones conjuntas. MOMBERG, 2016, p. 324, afirma, a propósito del caso “Las Encinas”, que una desproporción significativa configura, en sí misma, una contravención a la buena fe. Lo mismo se ve en MOMBERG y PIZARRO (2013) pp. 343 y 345, MORALES y VELOSO (2019) p. 154 y CAMPOS, 2020, pp. 792-793.

Hay que considerar, finalmente, que en un mercado de alta asimetría, como el inmobiliario, el abuso de la posición ventajosa del predisponente es una posibilidad a precaver durante todo el iter contractual¹⁰⁶. La extensión del control de abusividad a los actos preparatorios por parte de nuestra jurisprudencia indica una eficaz aplicación del principio *pro consumatore*.

IV. CONCLUSIONES

1. El aprovechamiento de la posición de ventaja jurídica y económica del empresario mediante el ejercicio ilegítimo de su libertad económica se expresa en la predisposición de condiciones generales de contratación que lesionan el sinalagma negocial, afectando, en mayor o menor medida, las condiciones de ejercicio del mercado. Desde la teoría de los costos de transacción, la doctrina constata la existencia de incentivos para incurrir en estas prácticas, en virtud de la propia lógica de los mercados competitivos.
2. El aprovechamiento de la posición de ventaja ha sido gravitante para el ejercicio ilegítimo de la libertad económica en dos mercados: el financiero y el inmobiliario. En ambos, la jurisprudencia del consumo ha destacado la predisposición de cláusulas abusivas desorbitantes, por el alto desequilibrio que imponen y la vulnerabilidad en que quedan los consumidores adherentes. Aquellas cláusulas se convierten en instrumentos jurídicos del modelo de negocios del empresario, en desmedro de la calidad de los contratos.
3. La jurisprudencia del consumo ha resaltado el carácter tutelar del derecho del consumidor en mercados de alta asimetría, como los estudiados, donde al empresario se le deben imponer controles y deberes más intensos ante la posibilidad de abuso de su posición en el contrato y en el mercado.

BIBLIOGRAFÍA

- AKERLOG, George, 1970: "The Market for Lemons: Quality Uncertainty and the Market Mechanism", *Quarterly Journal of Economics* 84, pp. 488-500.
- ALFARO, Jesús, 1991: *Las condiciones generales de contratación*, Madrid: Civitas.
- ALVEAR, Julio; BARRIENTOS, Francisca y ALCALDE, Jaime, 2022: "El abuso de la libertad de empresa en los contratos por adhesión: un nuevo enfoque para el análisis de las cláusulas abusivas", *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. XXXV - Nº 1, pp. 79-101.
- ALVEAR, Julio, 2017: *Libertad económica, libre competencia y derecho del consumidor*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- ARANGO, Maximiano, 2016: "La causa jurídica de las cláusulas abusivas", *Estudios Socio-Jurídicos*, 18 (1), pp. 243-263.

¹⁰⁶ A propósito del caso "Socovesa", véase DÍAZ DE VALDÉS, 2020, pp. 273-285.

- ARIÑO, Gaspar, 2004: *Principios de derecho público económico*, Lima: Ara Editores.
- AYALA, José, 1999: *Instituciones y economía. Una introducción al neoconstitucionalismo económico*, México: FCE.
- BALLESTEROS, José Antonio, 1999: *Las condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*, Barcelona: Bosch.
- BARRIENTOS, Francisca, 2013: "Silencio y aceptación tácita. Aumento unilateral. Prescripción. Corte Suprema (SERNAC con Cencosud)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, pp. 255-261.
- BARRIENTOS, Francisca, 2014: "Una mirada al silencio y la aceptación en los contratos por adhesión con consumidores a partir del caso CENCOSUD", en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *Condiciones general de contratación y cláusulas abusivas*, Santiago: UDP, pp. 27-46.
- BARRIENTOS, Francisca, 2019: *Lecciones de Derecho del Consumidor*, Santiago: Thomson Reuters.
- BARRIENTOS, Marcelo, 2013a: "Artículo 3 A", en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 87-93.
- BARRIENTOS, Marcelo, 2013b: "Artículo 3 B", en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 94-103.
- CAMPOS, Sebastián, 2020: "Sobre el modelo de apreciación de abusividad en la Ley N° 19.496 con especial referencia a su artículo 16 Letra G)", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 47 N° 3, pp. 785-808.
- CAPRILE, Bruno, 2015: "La modificación unilateral del contrato en el derecho del consumo; la saga: el fallo "Sernac con Cencosud", los Ds. N° 153, de 19.12.2013 N° 39, de 09.03.2015", *Actualidad Jurídica*, N° 32, pp. 135-148.
- CIDONCHA, Antonio, 2006: *La libertad de empresa*, Cizur: Civitas.
- COASE, Ronald, 1937: "The nature of the firm", *Economica* 4 (16), pp. 386-405.
- CONTRERAS, Santiago, 2020: "Sobre la protección contra abusos entre empresarios. Las cláusulas abusivas y el abuso de posición de dependencia económica", *Con-Texto* 53, pp. 127-151.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2003: "Contratos por Adhesión y cláusulas abusivas. ¿Por qué el Estado y no el Mercado?", *Revista Chilena de Derecho Privado* 1, pp. 109-148.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2004: "El control de las cláusulas abusivas y la letra G)", *Revista Chilena de Derecho Privado* 3, pp. 35-68.
- DE LA MAZA, Íñigo, 2010: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho* (Coquimbo) 17 (2), pp. 21-52.
- DÍAZ DE VALDÉS, Macarena, 2020: "Nulidad de cláusulas abusivas en reservas, promesas de compraventa y compraventas suscritas por consumidores de viviendas comercializadas en verde", *Revista Chilena de Derecho Privado* 35, pp. 273-285.
- DÍAZ DE VALDÉS, Macarena, 2022: *Protección del consumidor inmobiliario en el derecho chileno*, Santiago: Thomson Reuters.
- DOMÍNGUEZ, Javier, 2018: *Adquisición de viviendas y cláusulas abusivas*, Madrid: BOE.
- EIDENMÜLLER, Horst, et al., 2012: "Hacia una revisión del *acquis de consumo*", en CÁMARA, Sergio, *La revisión de las normas europeas y nacionales de protección al consumidor*, Cizur Menor: Civitas, pp. 107-162.
- FERNÁNDEZ, Fernando, 2013: "Artículo 17 A", en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 364-375.
- GOLDBERG, Victor, 1974: "Institutional Change and the Quasi-Invisible Hand", *The Journal of Law and Economics* 17 (2), pp. 461-492.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2020: "El sobreendeudamiento y los paradigmas del consumidor financiero responsable y del proveedor financiero profesional", *Ius et Praxis* 26, N° 1, pp. 1-27.
- HERNÁNDEZ, Gabriel, 2022: *Protección del consumidor financiero*, Santiago: DER.

- ISLER, Erika, 2019: *Derecho del consumo. Nociones fundamentales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- KESSLER, Friedrich 1943: "Contracts of Adhesion-Some Thoughts about Freedom of Contract", *Columbia Law Review* 54 (5), pp. 629-642.
- KOROBKIN, Russell, 2003: "Bounded Rationality Standard Form Contracts, and Unconscionability", *University of Chicago Law Review* 70, pp. 1203-1295.
- LÓPEZ, Patricia, 2022: "El consumidor hipervulnerable como débil jurídico en el derecho chileno: una taxonomía y alcance de la tutela aplicable", *Latin American Legal Studies* (Vol. 19, Nº 22), pp. 380-415.
- LORENZETTI, Ricardo, 2003: *Consumidores*, Santa Fe: Rubinzal Culzoni Editores.
- MARÍN, Adriana, 2017: "Dispensación de medicamentos en las grandes farmacias de Chile: análisis ético sobre la profesión del químico farmacéutico", *Acta Bioethica* Vol.23 n.2, pp. 341-350.
- MÉNDEZ, Juan José, 2005: "Acercamiento al enfoque teórico de los costos de transacción", *Espacios Públicos*, 8 (16), pp. 140-156.
- MOMBERG, Rodrigo y PIZARRO, Carlos, 2013: "Artículo 16 g)", en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Legal Publishing, pp. 340-351.
- MOMBERG, Rodrigo, 2015: "Análisis de los modelos de vinculación del Código Civil y la Legislación de protección al consumidor. Hacia un principio general de protección de la parte débil en el derecho privado", *Revista Chilena de Derecho* 43 Nº 2, pp. 739-758.
- MOMBERG, Rodrigo, 2016: "Oferta de compra de inmuebles suscrita por consumidores", *Revista Chilena de Derecho Privado* 26, pp. 319-328.
- MORALES, María y VELOSO, Franco, 2019: "Cláusulas abusivas en la Ley Nº 19.496. Ley, doctrina y jurisprudencia", en MORALES, María (dir.) *Derecho del consumo. Ley, doctrina y jurisprudencia*, Santiago: DER, pp. 149-167.
- OROZCO, Guillermo, 2012: "Artículo 38. Protección de los consumidores", en Cristina MONEREO y José Luis MONEREO (coords.), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada: Comares.
- PINOCHET, Ruperto, 2013: "Modificación unilateral del contrato y pacto de autocontratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho del consumo chileno. Caso Sernac con Cencosud", *Ius et Praxis*, año 19, Nº 1, pp. 365-378.
- PINOCHET, Ruperto, 2019: "La razonabilidad como criterio de control del contenido de los contratos predispuestos", en AA.VV., *Estudios de derecho Privado en homenaje a Daniel Peñailillo*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 495-514.
- PIZARRO, Carlos y PÉREZ, Ignacio, 2013: "Artículo 1 Nº 6", en BARRIENTOS, Francisca (coord.), *La protección de los derechos de los consumidores*, Santiago: Thomson Reuters, pp. 52-58.
- POLO SÁNCHEZ, Eduardo, 1990: *Protección del contratante débil y condiciones generales de contratación*, Madrid: Civitas.
- PONCE, Matías, 2021: "Indemnización de perjuicios a consumidores financieros en juicios de interés colectivo. El olvido del caso Sernac con Cencosud", *Revista Chilena de Derecho*, vol. 48 Nº 1, pp. 257-278.
- POSADA, Camilo, 2015: "Las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión en el derecho colombiano", *Revista de Derecho Privado*, Nº 29, pp. 141-182.
- RAKOFF, Todd, 1983: "Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction", *Harvard Law Review* 96, pp. 1174-1284.
- RENGIFO, Ernesto, 2004: *Del abuso del derecho al abuso de posición dominante*, Bogotá: Universidad Externado.
- RODRÍGUEZ, Gustavo, 2008: "¿Asimetría informativa o desigualdad de mercado?", *Foro Jurídico*, (08), pp. 113-119.

- SALAZAR, Diego, 2006: "Asimetrías de información y análisis económico de los contratos por adhesión: una reflexión teórica sobre el ejercicio de la libertad contractual", en *Revista de Derecho Privado* 37, pp. 3-56.
- TAPIA, Mauricio, 2023: *Derecho de Protección de consumidores. Principio proconsumidor y extensión de su protección*, Santiago: Rubicón.
- WILLIAMSON, Oliver, 1985: *Las instituciones económicas del capitalismo*, México: FCE.

Jurisprudencia

- CORTE Suprema, sentencia del 31 de octubre de 2012, rol 5724-2010.
- CORTE Suprema, sentencia del 24 de abril de 2013, rol 12355-11.
- CORTE Suprema, sentencia del 28 de octubre de 2013, rol 3978-2013.
- CORTE Suprema, sentencia del 8 de octubre de 2015, rol 27802-2014.
- CORTE Suprema, sentencia del 9 de noviembre de 2015, rol 23092-2014.
- CORTE Suprema, sentencia del 11 de octubre de 2016, rol 4903-2015.
- CORTE Suprema, sentencia del 18 de octubre de 2017, rol 33848-2017.
- CORTE Suprema, sentencia del 7 de marzo de 2018, rol 79123-2016.
- CORTE Suprema, sentencia del 9 de abril de 2018, rol 62158-2016.
- CORTE Suprema, sentencia del 29 de noviembre de 2018, rol 100759-2016.
- CORTE Suprema, sentencia del 21 de enero de 2019, rol 34507-2019.
- CORTE Suprema, sentencia del 6 de mayo de 2019, rol 601-08.
- CORTE Suprema, sentencia del 1 de julio de 2019, rol 24598-2018.
- CORTE Suprema, sentencia del 10 de septiembre de 2019, rol 25350-2021.
- CORTE Suprema, sentencia del 27 de diciembre de 2019, rol 114-2019.
- CORTE Suprema, Sentencia del 10 de mayo de 2021, rol. 138221-2020.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia del 13 de mayo de 2008, rol 380-2008.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 14 de julio de 2006, rol 933-2006.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 21 de septiembre de 2007, rol. 3746-2007.
- CORTE de Apelaciones de Copiapó, sentencia del 4 de mayo de 2012, rol. 13-2012
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 27 de agosto de 2013, rol 969-2010.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 3 de junio de 2014, rol. 8281-2013.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia del 18 de agosto de 2016, rol 159-2016.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia del 17 de junio de 2017, rol 5-17.
- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, sentencia del 2 de febrero de 2018, rol 557-2017.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 7 de mayo del 2020, rol 16078-2018.
- CORTE de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia del 20 de agosto de 2020, Rol. 468-2020.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia del 29 de octubre de 2020, rol 59-2020.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia del 30 de marzo de 2021, rol 244-2019.
- CORTE de Apelaciones de Antofagasta, sentencia del 29 de diciembre de 2021, rol 49-2021.
- CORTE de Apelaciones de Talca, sentencia del 3 de marzo de 2022, rol 2817-2021.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia del 30 de mayo de 2022, rol.1465-2020.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 4 de julio de 2022, rol 3192-2019.
- CORTE de Apelaciones de Chillán, sentencia del 11 de agosto de 2022, rol 38-2022.
- CORTE de Apelaciones de Concepción, sentencia del 13 de septiembre de 2022, rol 17-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 7 de octubre de 2022, rol 4054-2021.
- CORTE de Apelaciones de Puerto Montt, sentencia del 18 de octubre de 2022, rol 4044-2022.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 4 de noviembre de 2022, rol. 345-2020.
- CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia del 16 de noviembre de 2022, rol. 62-2022.

CORTE de Apelaciones de Copiapó, sentencia del 9 de diciembre de 2022, rol 31-2022.
CORTE de Apelaciones de Arica, sentencia del 16 de diciembre de 2022, rol 66-2022.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia del 15 de marzo de 2023, rol 1736-2020.
23° Juzgado Civil de Santiago, avenimiento acordado el 2 de marzo de 2006, rol 8615-05.
23° Juzgado Civil de Santiago, sentencia del 3 de septiembre de 2013, rol C-14872-2008.
17° Juzgado Civil de Santiago, sentencia del 27 de enero de 2017, rol C-15092-2014.
28° Juzgado Civil de Santiago, sentencia del 2 de octubre de 2018, rol. C-1333-2014.
JUZGADO de Letras de Castro, sentencia del 27 de mayo de 2020, rol.1357-2016.

Normas citadas

SERNAC, Resolución exenta n°931, del 3 de diciembre del 2021, Circular interpretativa sobre criterios de equidad en las estipulaciones contenidas en los contratos de adhesión de consumo.
SERNAC, Resolución exenta n°1038, del 31 de diciembre de 2021, Circular interpretativa sobre noción de consumidor hipervulnerable.
SERNAC, Resolución exenta n°495, del 26 de julio de 2023, Circular interpretativa sobre contratos preparatorios en el mercado inmobiliario.

Tensiones sociales generadas por las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación en Colombia

OLGA CAROLINA CÁRDENAS GÓMEZ*
TALÍA VALERO MORA**
MARÍA CRISTINA PALACIO VALENCIA***

RESUMEN

En las sociedades occidentales, la filiación se atribuye, fundamentalmente, a partir de los lazos de sangre. No obstante, las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) originan diversas tensiones sociales en torno a la filiación como instrumento capaz de dar cuenta de las relaciones que un individuo establece con sus parientes y con la sociedad. Los cambios en la reproducción y la filiación están dejando atrás la uniformidad que transmitía la naturaleza para reemplazarla por la diversidad propia de las relaciones sociales. Este artículo busca explicar las tensiones sociales que las TRHA están causando en el modelo biogenético y en la bilateralidad parental como elementos constitutivos de la filiación. Cuatro tensiones sociales serán analizadas: (i) el peso simbólico de la consanguinidad; (ii) el incumplimiento del derecho de mostrarse responsivo frente a la realidad social; (iii) la primacía de la dimensión estática de la filiación a pesar de la diversidad de dinámicas familiares donde se crean los vínculos filiales y, finalmente, (iv) el reconocimiento de la socioafectividad como fuente de atribución de la filiación.

Tensión social; reproducción asistida; filiación

Social tensions generated by assisted human reproduction techniques in terms of filiation in Colombia

ABSTRACT

In western society, the relationship of a child to his parents is fundamentally based on filiation by blood. Assisted reproductive technologies (ART) arises a number of social tensions related to how filiation is accurately able to account for the relationships an individual establishes with

* Abogada de la Universidad del Cauca, Colombia. Doctora en Derecho, Université Laval, Québec, Canadá. Docente Investigadora del Departamento de Jurídicas de la Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4448-2449>. Correo electrónico: carolina.cardenas@ucaldas.edu.co

** Abogada de la Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/my-orcid?orcid=0009-0002-0228-0221>. Correo electrónico: taliavalero99@gmail.com

*** Socióloga de la Universidad Pontificia Bolivariana de Medellín, Colombia. Docente investigadora de la Universidad de Caldas, Colombia. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8142-1779>. Correo electrónico: mcpv1950@gmail.com

Este artículo es resultado del proyecto de investigación “La resignificación del principio de bilateralidad exclusiva del parentesco”, financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones y Posgrados de la Universidad de Caldas, Colombia, en que las autoras fueron investigadora responsable, asistente de investigación y co-investigadora, respectivamente.

Artículo recibido el 28.9.2023 y aceptado para su publicación el 1.4.2024.

his relatives and society. Advances in ART and filiation tend to abandon the natural biological perspective, replacing it with the diversity inherent to social relations. This paper seeks to explain the social tensions that ART brings about to the biogenetic and the bilateral parenthood filiation model. Four social tensions will be examined: i) the symbolic weight of consanguinity ii) the inability of regulations to respond to current social reality iii) the dimensions of filiation for the ascendancy of the static dimension despite the diversity of family dynamics where affiliate links are created, and finally iv) the recognition of socioaffectivity as a source to establish filiation.

Social tension; assisted reproduction; filiation

I. INTRODUCCIÓN

Pensar socialmente formas de relación y dinámicas de interacción entre agentes sociales requiere situar en un contexto histórico y cultural el marco estructural, institucional, legal y legítimo que delimita estos procesos. Desde una perspectiva sociológica estructural funcionalista, Merton, al analizar los fenómenos sociales, señala las funciones manifiestas y latentes de los sujetos sociales y construye una tipología acerca de la desviación de los comportamientos sociales, las actitudes de los individuos y los grados de aceptación de las mismas en una sociedad. Esta tipología identifica cinco tipos de desviación: conformidad, innovación, ritualismo, retraimiento y rebelión. La conformidad implica aceptar tanto los objetivos culturales como los medios propuestos para alcanzarlos. La innovación acepta los objetivos de una cultura, pero rechaza los medios tradicionales para alcanzarlos. En el ritualismo se abandona el cumplimiento de objetivos o metas mejor jerarquizadas para cumplir con objetivos o metas de menor importancia según las normas sociales y culturales. En el retraimiento, tipo de desviación menos frecuente, se rechazan tanto los objetivos culturales como los medios tradicionales para lograrlos. Finalmente, en la rebelión, los individuos reemplazan los objetivos y medios tradicionales para imponer otros nuevos que puedan ser compartidos y aceptados por quienes conforman la colectividad¹.

Las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA), inicialmente, se crearon como un procedimiento encaminado a brindar una alternativa de salud reproductiva a las parejas infértiles al brindarles la posibilidad de ser progenitores de una hijo/a biológico/a². En palabras de Merton, estaríamos en el escenario de la conformidad, porque el objetivo (tener hijos biológicos) coincide con los medios aceptados socialmente (acudir a asistencia médica para lograrlo). No obstante, cuando empiezan a intervenir donantes de gametos o gestantes subrogadas se pasa al escenario de la innovación, porque sigue siendo importante el objetivo de tener hijos, pero los medios cambian porque los gametos ya no deben, necesariamente, pertenecer a los padres y la madre no es, obligatoriamente, quien dio a luz.

¹ MERTON, 1949, p. 210.

² BRENA, 2012.

Frente a este nuevo escenario social, cultural y de salud, para mantener la cohesión social y los valores comunes, la gran mayoría de las legislaciones han optado por el anonimato de los donantes como estrategia para “conservar” la presencia de dos “progenitores” en el proyecto familiar, en correspondencia con el modelo nuclear de familia. De esta forma, se valida una nueva geografía familiar: son padres, con respaldo legal de filiación los que crían y cuidan, no quienes aportaron los gametos para concebir (proveedores genéticos). En el caso de las gestantes subrogadas, ellas han sido tratadas como un pariente cercano (por ejemplo, una tía) o su contribución es mitificada mediante discursos narrativos donde la presentan como un hada madrina³. Si bien ella mantiene la consideración de madre biológica, porque da a luz, la línea de reconocimiento abre cabida a la denominación madre legal o de crianza.

Los donantes y las gestantes subrogadas empezaron a tener una mayor visibilidad cuando los donantes y los receptores o la gestante y la pareja o persona comitente se conocen personalmente o se contactan por medio de blogs y redes sociales. Esta visibilidad creó una tensión con la cohesión y los valores comunes que acompañan la concepción tradicional y nuclear de la familia por considerarla como amenaza capaz de destruir la estabilidad familiar

Estas consideraciones se apoyan en múltiples casos, donde donantes o las gestantes subrogadas no desaparecen del escenario familiar, ya que comparten tiempo con las niñas/niños concebidos con sus gametos o que han dado a luz a pesar de no ser reconocidos como padres/madres. Esta situación se complejiza aún más cuando el/la donante de gametos o la gestante subrogada solicita ser parte del proyecto familiar en calidad de padre/madre. Cuando esto ocurre, de la conformidad y la innovación pasamos a la rebelión, porque dicha conducta cuestiona los elementos tradicionales de la filiación, a saber: padres e hijos se encuentran vinculados genéticamente y una persona solo tiene dos padres. Por tanto, tal solicitud implica una deconstrucción de lo que comúnmente hemos aceptado como válido en materia de filiación.

Ubicarse en la rebelión permite evidenciar la existencia de una tensión social, porque los actores sociales ya no comparten valores, principios, sentimientos, ideas o creencias acerca del uso de las TRHA. La cohesión social⁴ que pudo existir mediante acuerdos, reglas de comportamiento o límites expresos (contenidos en la ley o en las regulaciones respecto de buenas prácticas) o tácitos (aceptación o tolerancia social) deja de existir. En efecto, las nuevas prácticas o usos de las TRHA se consideran abusivos, egoístas o una imposición en virtud del ejercicio “arbitrario” de la autonomía individual.

La situación descrita podría entenderse como una anomia por el debilitamiento de los vínculos sociales, la existencia de “reglas” inoperantes y la imposibilidad de regular o integrar los individuos, lo que conlleva a un cuestionamiento profundo del orden socialmente establecido⁵. En otras palabras, la alternativa social frente al uso de las TRHA

³ JOCILES, 2016.

⁴ SIBAJA, 2017, p. 45.

⁵ DURKHEIM, 1998.

para configurar una familia nuclear con hijos biológicos enfrenta una resistencia frente a estas prácticas, por considerarlas amenazantes, contrarias a los valores que predominan en la sociedad o una desviación frente a lo considerado como normal o aceptable.

Se inicia entonces una confrontación entre los agentes sociales frente a la prevalencia de valores, del deber ser familiar y lo normal. Esta competencia ha sido estudiada recurriendo a las políticas públicas de moralidad⁶, donde existe un choque o conflicto por imponer unos valores sobre otros. Lo anterior desencadena una lucha sin fin porque al tomar una decisión, un conjunto de valores se impone mientras hay otro que se descarta o excluye. Quienes consideran que sus valores están en peligro por no haber sido acogidos en la decisión que se impuso, utilizarán todos los medios disponibles en la arena política para revertir la decisión y que sus valores imperen. Mientras que quienes ven reflejados sus valores en la decisión tomada trabajarán fuertemente para evitar que ellos sean cambiados por otros⁷.

A partir de los cambios y cuestionamientos que generan los donantes de gametos conocidos y las gestantes subrogadas, el objetivo del artículo es explicar las tensiones sociales que las TRHA generan en el modelo biogenético y la bilateralidad parental como elementos constitutivos de la filiación. La metodología empleada durante la investigación fue plural. Por una parte, se realizó una revisión bibliográfica que comprendió tanto el análisis de literatura científica como leyes, proyectos de ley y jurisprudencias de la Corte Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de los últimos 20 años. Por otra parte, se realizaron dos grupos focales (uno con expertos –sociólogos, antropólogos, profesionales en desarrollo familiar y trabajadores sociales– y otro con actores institucionales –jueces, notarios, defensores de familia–) donde participaron 9 personas, 6 entrevistas semiestructuradas, donde participaron 8 personas entre expertos, jueces, notarios y médicos. La revisión bibliográfica, los diálogos con los grupos focales y las entrevistas se orientaron bajo tres ejes temáticos: reproducción asistida, filiación y familia.

El análisis de los datos permitió identificar tres fuentes de tensión: la ley, la jurisprudencia y las concepciones cotidianas. Ellas pueden entrar en tensión porque existen disposiciones, reconocimientos y visiones tradicionales que se contraponen con otras más protectoras o garantistas de la diversidad que caracteriza el mundo familiar. Por ejemplo, el Código de infancia y adolescencia que reconoce el vínculo jurídico que genera la adopción entre dos personas sin ningún vínculo genético⁸ se ve confrontado con el Código Civil que insiste en darle prevalencia al establecimiento de la filiación a partir de la concepción y el parto⁹. Igual ocurre con la jurisprudencia. La Corte Constitucional ha reconocido en múltiples sentencias la familia de crianza¹⁰ y la Corte Suprema de Justicia

⁶ MOONEY, 2001, p. 4.

⁷ MOONEY, 2001, p. 14.

⁸ LEY 1098, 2006, art. 64.

⁹ LEY 57, 1887, arts. 214 y 335.

¹⁰ La familia de crianza ha sido definida como aquella que reconoce la “relación entre padres e hijos que no tienen un lazo consanguíneo ni jurídico”. CORTE CONSTITUCIONAL, 2018, párrafo 55.

ha mantenido, excepcionalmente, la filiación con base en la voluntad procreativa¹¹. Sin embargo, estas sentencias contrarían la tendencia mayoritaria de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que mantiene un fuerte arraigo en establecer la filiación por medio de los resultados de la prueba de ADN. Dentro de las concepciones cotidianas ocurre algo similar. La diversidad familiar que generan las decisiones que se toman al momento de conformar una familia se contraponen a las visiones tradicionales de lo que se entiende por familia y la forma en que se debe conformar. Estas tres fuentes también se contradecirían entre ellas generando las siguientes tensiones sociales (Tabla 1).

Tabla 1. Fuentes de tensión y tensiones sociales que generan entre ellas

Fuentes	Ley	Jurisprudencia	Concepciones cotidianas
Ley	Fuentes de la filiación <i>vs.</i> Predominio de la filiación consanguínea	Aplicación imperativa de la ley <i>vs.</i> Electividad	Rigidez normativa <i>vs.</i> Realidad social
Jurisprudencia		Interpretación exegética <i>vs.</i> Interpretación sistemática	Predominio de la filiación consanguínea <i>vs.</i> Electividad
Concepciones cotidianas			Protección de la cohesión social <i>vs.</i> Procesos de individualización

Fuente: elaboración propia.

A partir de este análisis se identificaron cuatro tensiones: dos para el modelo biogénético y dos para la bilateralidad parental (Tabla 2).

Gráfica 2. Tensiones sociales generadas por las TRHA en el modelo biogénético y la bilateralidad parental

Tensiones sociales	
Modelo biogénético	Bilateralidad parental
1. Peso simbólico de la consanguinidad	1. Dimensiones de la filiación
2. Responsabilidad del derecho frente a la realidad social	2. Socioafectividad

Fuente: elaboración propia.

¹¹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2017.

II. TENSIONES SOCIALES EN EL MODELO BIOGENÉTICO

Tradicionalmente, en la filiación hay tres elementos que se entrecruzan: sexualidad, procreación y alianza¹². Dentro de esa conexión, la heterosexualidad es un elemento indiscutible, porque los gametos masculino y femenino se unen dando origen a una persona que se encuentra vinculada con sus padres por lazos genéticos¹³. Esta forma hegemónica de vincular a los hijos/as con sus progenitores se conoce como modelo biogenético o modelo genético-biologista¹⁴.

La filiación se determina entonces a partir de la sangre y legitima “las relaciones sociales, filiales, conyugales y fraternas que se van extendiendo en forma ascendiente y descendiente hasta conformar la malla genealógica”¹⁵. Actualmente las TRHA permiten que los hijos no sean procreados con los gametos de sus padres y que quienes aportaron los gametos no sean reconocidos/considerados necesariamente como padres. Con anterioridad, un cambio similar se había vivido con la adopción porque, en ella, la ley permite, de un lado, romper el vínculo jurídico con los padres biológicos y, de otro, construir un vínculo entre personas que no guardan ningún vínculo genético entre sí¹⁶. El parentesco civil surge, entonces, a partir de la voluntad y la ley, no de la sangre¹⁷.

En la actualidad, el modelo biogenético entra en tensión con otras visiones acerca de la forma cómo se deben identificar los parientes y determinar la filiación. Los cambios sociales hacen visibles, además de la adopción, otras alternativas diferentes a la reproducción sexual para conformar una familia con hijos. En el caso concreto de las TRHA, el modelo biogenético se ve envuelto en dos tensiones: primero, el peso simbólico de la consanguinidad que genera una tensión entre la electividad del parentesco y la vinculación genética con los hijos y, segundo, el incumplimiento del derecho de mostrarse responsivo frente a la realidad social que genera una tensión entre esta y la rigidez normativa.

2.1. *Peso simbólico de la consanguinidad*

La sangre y las relaciones sexuales, como hechos de la naturaleza, han sido reconocidos en las legislaciones como símbolos de la filiación. Así, según Bestard, “en el dominio privado de la familia, la naturaleza dicta los lazos sociales”¹⁸. Ahora bien, la importancia de determinar quiénes son padres e hijos radica en que el parentesco confiere derechos, privilegios y deberes entre quienes comparten un vínculo genético¹⁹.

¹² JOCILES y RIVAS, 2014, p. 729.

¹³ BESTARD, 1998, p. 73.

¹⁴ BESTARD *et al.*, 2003, p. 99.

¹⁵ RIVAS, 2009, p. 9.

¹⁶ LEY 1098, 2006, art. 64.

¹⁷ BAPTISTA, 1979, p. 400 y 416.

¹⁸ BESTARD, 2004, p. 104.

¹⁹ GRUPO FOCAL 1.

La dicotomía naturaleza-cultura ha determinado igualmente lo que debemos entender por familia²⁰. Si la filiación se identifica con la sangre, se entiende que la familia está conformada por los parientes consanguíneos; es decir, que la familia la conforman la madre, el padre y los hijos. Esta forma de organización familiar, conocida como familia nuclear, ha sido la forma hegemónica de entender la familia desde las perspectivas social, cultural y jurídica. En esa medida, dos situaciones empiezan a ser interiorizadas culturalmente: primero, las parejas deben tener hijos y, segundo, esos hijos deben estar vinculados a sus padres por lazos de consanguinidad²¹. Por tanto, la pareja conyugal, la pareja progenitora y la pareja parental coinciden debido a que los esposos o compañeros son al mismo tiempo los padres de los hijos que conciben y los responsables de su cuidado y crianza.

Los símbolos de la filiación se ven reflejados en la afirmación “la sangre es más espesa que el agua”²². Esta visión cultural de la filiación se ha mantenido por décadas. De hecho, todavía es común que en el medio familiar o social se pregunte a las parejas: ¿Cuándo vamos a conocer tu “pinta”?²³, y se tenga la creencia de que quienes no tienen hijos no son familia o no son felices porque les “falta algo”²⁴. Ahora bien, cuando las parejas adoptan, la pregunta más común es: ¿Si irá a poder con la crianza de ese niño? El antecedente social de esta pregunta es la creencia de que es más difícil cuidar y criar un niño cuando no es de la misma sangre²⁵.

En materia de TRHA, la importancia del vínculo consanguíneo en la construcción del parentesco²⁶ es rentabilizada por los centros de reproducción humana asistida (CRHA). Ciertamente, ellos responden a la importancia de dicho vínculo por medio de la oferta de diversos tratamientos que permiten a los pacientes transmitir características genéticas a su descendencia, por ejemplo, en la inyección intracitoplasmática de espermatozoides²⁷, se permite que hombres que difícilmente podrían tener hijos sean padres; en la congelación de gametos o embriones, se permite que las personas tengan hijos a pesar de superar la edad reproductiva; en la recepción de óvulos de la pareja (ROPA), se permite crear un vínculo biológico y otro genético con cada una de las mujeres que conforman una familia entre parejas del mismo sexo; en la reserva de semen para una madre soltera por elección, se asegura que todos sus hijos tengan como proveedor al mismo donante, de modo que los niños/as sean hermanos/as entre sí o en la fecundación *post mortem*, se permite que las personas tengan hijos después de haber fallecido.

²⁰ ENTREVISTA 1.

²¹ GRUPO FOCAL 1.

²² BESTARD, 1998, p. 171.

²³ GRUPO FOCAL 1.

²⁴ GRUPO FOCAL 1.

²⁵ GRUPO FOCAL 1.

²⁶ SMIETNIANSKY, 2019, p. 213.

²⁷ Este procedimiento fue pensado inicialmente para hombres con problemas de calidad del semen y azoospermia. Sin embargo, en la actualidad, muchas de las CRHA lo utilizan de modo rutinario porque presenta tasas de fertilización más altas que la fecundación *in vitro*. Para mayor información consultar BISTOLI (2018).

Los CRHA también contribuyen a reforzar el peso simbólico de la sangre por medio de los discursos que alimentan algunos profesionales, de manera principal psicólogos, quienes animan a las parejas, generalmente heterosexuales, a no revelar los orígenes a sus hijos concebidos mediante THRA cuando han intervenido donantes de gametos²⁸. Así, “en todo el tema de la reproducción asistida lo que circula en el centro es el valor de la sangre, ya que esta es lo que más peso tiene en la conexión de personas”²⁹. *De facto*,

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 demás³⁰.

El necesitar vernos reflejados en nuestros hijos explicaría el porqué las parejas buscan tener acceso a intervenciones que permitan cumplir su deseo de tener un “hijo propio” a pesar de la adopción (Grupos focales 1 y 2). Hay “parejas heterosexuales que gastan una fortuna en la reproducción asistida para poder tener un hijo propio”³¹. En torno a esta idea, el mercado reproductivo generado por los CRHA mueve cifras nada despreciables. Por ejemplo, en 2018 este mercado generó 13.655 millones de dólares y se estima que alcance 27.151 millones de dólares para el 2026. Esto representa una tasa de crecimiento anual de 8,9% entre 2019 y 2026³². Las cifras publicadas por la Organización Mundial de la Salud en abril de 2023, según esta, una de cada seis personas en todo el mundo es infértil³³, muy seguramente contribuirán a que este mercado se siga fortaleciendo.

Si bien esta forma de vincular a padres e hijos mantiene un peso significativo en la cultura judeocristiana y occidental, diversas críticas han sido formuladas porque el parentesco, además de la sangre, también tiene una dimensión simbólica que depende principalmente del contexto cultural³⁴. Esta afirmación cobra relevancia cuando se habla de las TRHA, ya que en este caso “la naturaleza pierde la capacidad para dictar las relaciones sociales del parentesco”³⁵. Por ejemplo, Ormart, a partir de la serie televisiva *La Pequeña Victoria*³⁶, pregunta a 250 jóvenes entre 18 y 25 años de edad quién es la madre de la niña. El 67,4% de las personas encuestadas consideraron que la madre debía ser la mujer comitente frente al 13% que reconocía como madre a la gestante subrogada

²⁸ JOCILES, 2016, p. 304.

²⁹ GRUPO FOCAL 1.

³⁰ ENTREVISTA 4.

³¹ GRUPO FOCAL 1.

³² RIVAS Y ÁLVAREZ, 2020, p. 12 y 13.

³³ ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 2023.

³⁴ SCHNEIDER, 1984, p. 111.

³⁵ BESTARD, 2004, p. 104.

³⁶ Victoria tiene cuatro madres: Jazmín (madre comitente); Bárbara (gestante subrogada); Selva (madre de afecto) y Emma (donante de semen) quien es una mujer transgénero. La serie, creada por Érika Halvorsen y Daniel Burman, fue transmitida en Argentina por Telefe entre septiembre y diciembre de 2019.

y 2,2% que consideraba que la madre debía ser la donante de semen. Además de estas cifras, el 44,3% y el 41,3% consideraron que la gestante subrogada y la donante de semen debían ser parte de la vida de la niña³⁷. La voluntad, el deseo o los afectos como otros elementos de la filiación permiten comprender que los vínculos filiales en las TRHA con gametos de donante y en la gestación subrogada se construyen no desde bases biológicas sino desde la socioafectividad³⁸, como se explicará posteriormente.

La intervención de terceros en la materialización del proyecto familiar deja en evidencia que es posible “formar familias sin parentesco genético, al tiempo que va aumentando el número de parientes genéticos con los que no se forma familia alguna”³⁹. De esta forma se crea una escisión entre quienes se consideran parientes jurídicamente y los parientes genéticos “fantasmas”⁴⁰ y se impide la generación de vínculos filiales no deseados entre donantes y gestantes subrogadas⁴¹. Cuando un/una donante toma la decisión de donar sus gametos o sus embriones, para él/ella es claro que quien nace de sus gametos no es su hijo/a y que los verdaderos padres serán otras personas⁴². Por tanto, su papel se limita a ser proveedor. Así, el concepto unitario de maternidad/paternidad comienza a escindirse, porque quien debe ser reconocido como padre o madre no es el/la donante sino quien voluntariamente y a partir de los afectos desea ser padre/madre.

La misma situación se presenta en la gestación subrogada. Para la gestante, el bebé que dará a luz no es su hijo. Su papel dentro del proyecto familiar se describe como una cuidadora o portadora que contribuye a materializar el deseo de ser padre/madre de otra persona⁴³. Para ellas, la maternidad se halla vinculada al lazo afectivo más que al vínculo biológico⁴⁴.

Entonces, ¿cómo disminuir el peso simbólico de la sangre frente a la electividad? Reconociendo que lo que antes creíamos unido se ha disociado (sexualidad, procreación y alianza). Al permitir la elegibilidad, cada persona escogerá, entre las diversas fuentes de atribución de la filiación (lo genético, lo volitivo o lo afectivo), cuál se aplica a su proyecto de vida⁴⁵. Así, una mujer que desea ser madre soltera por elección podrá restarle valor a la contribución del donante para no convertirlo en padre⁴⁶.

Esta primera tensión deja en evidencia que (i) no es cierto que en las TRHA el peso de la sangre sea insignificante. Por el contrario, muchas intervenciones han sido pensadas para responder a la importancia acordada a la genética al momento de determinar la filiación; (ii) en virtud de las TRHA, quienes aportan sus gametos no deben

³⁷ ORMART, 2020, p. 43.

³⁸ KRASNOW, 2019, p. 75.

³⁹ BAYO, 2022, p. 12.

⁴⁰ BAYO, 2022, p. 13.

⁴¹ ÁLVAREZ, 2014, p. 20 y 36; GUZMÁN, 2007, p. 120 y 121; HERTZ, 2018, p. 323.

⁴² ENTREVISTA 4.

⁴³ ENTREVISTA 4.

⁴⁴ ORMART, 2020, p. 43.

⁴⁵ ENTREVISTA 4.

⁴⁶ ENTREVISTA 4.

necesariamente ser reconocidos como padres/madres; (iii) existen personas con quienes nos vinculamos genéticamente que no son parientes y parientes con quienes no se tiene vínculo genético y (iv) la maternidad y la paternidad deben escindirse y reconsiderarse a partir de la voluntad (deseo de ser padre/madre) y la responsabilidad procreacional (quién asume el cuidado del niño/a). La tensión entre naturaleza y cultura no solo se evidencia en las relaciones sociales. Los ordenamientos jurídicos son también un escenario de tensión entre leyes desuetas e interpretaciones acerca de su aplicación y jurisprudencia.

2.2. *Responsabilidad del derecho frente a la realidad social*

El derecho es “un fenómeno omnipresente en nuestras sociedades. Prácticamente no hay ninguna relación social que no esté, o pueda llegar a estar, regulada jurídicamente”⁴⁷. El derecho no es solo normas y jurisprudencia, sino también costumbres, intereses comunes, sentimientos y emoción⁴⁸. A consecuencia de ello, derecho y realidad social guardan una estrecha relación. Con certeza, la realidad social puede promover la adopción o la modificación de las normas, así como el derecho puede promover cambios sociales mediante la adopción o la modificación de las mismas.

Cuando las normas o su interpretación se adaptan fácilmente a la realidad social, el derecho es elástico o dúctil⁴⁹. Este derecho es responsivo porque “encuentra sus fines y rasgos fundamentales en la sociedad concreta en que existe, a la que sirve como un medio a un fin”⁵⁰. Al contrario, cuando el derecho no sigue el paso de la realidad social⁵¹ se considera obsoleto, rígido o inmóvil por no integrar las vivencias y experiencias de la colectividad en la que se aplica⁵².

En la actualidad, Colombia carece de una reglamentación que regule el uso y los efectos de las TRHA. Si bien desde el año 2000 se han presentado en Senado y Cámara diversos proyectos de ley para regularlas, ninguno se ha convertido en ley. La explicación jurídica es que las leyes estatutarias deben ser aprobadas por la mayoría absoluta de los miembros del Congreso dentro de una sola legislatura⁵³. La explicación social es que el tema no ha logrado captar el interés de los legisladores debido a su bajo impacto político⁵⁴. Además, la tradición y la religión han hecho que muchos legisladores se muestren indiferentes a presentar proyectos de ley que reglamenten un tema tan controversial que afecta solo a un número reducido de personas⁵⁵.

⁴⁷ ATIENZA, 2001, p. 15.

⁴⁸ MEDINA, 1973, p. 225.

⁴⁹ CARRASCO, 2017, p. 569.

⁵⁰ MUÑOZ, 2011, p. 510.

⁵¹ GÉNY, 1925, p. 7.

⁵² CARRASCO, 2017, p. 568.

⁵³ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA, 1991, art. 153.

⁵⁴ GRUPO FOCAL 2.

⁵⁵ GÓMEZ, 2009, p. 84.

En el ordenamiento jurídico colombiano existe una incongruencia porque el derecho socialmente imperante no guarda correspondencia con el derecho formalmente impuesto⁵⁶. Se presenta entonces un divorcio entre el derecho y la realidad porque “el derecho se ha estancado y ha quedado muy atrás respecto de las veloces y hondas transformaciones que viven las sociedades del momento actual”⁵⁷. Sin embargo, esta dicotomía entre autonomía y responsividad se ha visto reducida por medio de la jurisprudencia, que a partir de sus decisiones, en ciertos casos, ha buscado disminuir el rezago del derecho frente a la realidad.

En 2009, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de abordar el tema de la gestación subrogada en la Sentencia T-968. En ella, la Corte insistió en la necesidad urgente de regular esta figura y sugirió algunos elementos a tener en cuenta al momento de hacerlo. Por ejemplo, que la mujer comitente no pueda concebir; que los gametos femeninos no sean aportados por la mujer gestante; que no exista un fin lucrativo; que la mujer gestante ya haya tenido hijos; que ella no pueda negarse a entregar el/la niño/a la persona o pareja comitente; que la persona o pareja comitente no pueda negarse a acoger el/la niño/a bajo ninguna circunstancia, entre otros. No obstante, la Corte no se pronunció acerca de cómo establecer la filiación, a pesar de la vigencia del artículo 335 del Código Civil que determina que madre es quien da a luz.

Con posterioridad, la Corte Suprema de Justicia abordó dos casos relacionados directamente con la filiación de los/las niños/as concebidos/as mediante TRHA. En la sentencia del 28 de febrero de 2013, la Corte se pronunció a favor de la impugnación de la paternidad de un hombre casado cuya esposa recurrió a una inseminación artificial con semen de donante sin que él hubiera consentido la práctica del procedimiento. En dicha sentencia, la Corte también se pronunció a favor de mantener el anonimato del donante de gametos, cuya identidad pedía ser revelada para que se hiciera cargo del cuidado y crianza del niño concebido con sus gametos. Esta sentencia deja claro que, a pesar de la ausencia de legislación, el consentimiento es el elemento fundamental en las TRHA con semen de donante para atribuir la filiación. Igualmente, señala que la identidad del donante no puede ser revelada porque debe protegerse el anonimato y que entre él y los niños que sean concebidos con sus gametos no hay vínculo filial.

En la sentencia del 10 de mayo de 2017, la Corte Suprema mantuvo la filiación de una niña concebida con gametos de donante en virtud del consentimiento dado por su padre para el procedimiento. En esta sentencia, la Corte nuevamente reconoció el consentimiento como elemento constitutivo de la voluntad procreativa, ya que el lazo filial está fundado en la voluntad de asumir la paternidad con pleno conocimiento de la ausencia del lazo de sangre⁵⁸. La Corte también señaló que la inseminación heteróloga consentida da origen a un estado civil, ya que la presunción *pater ist est* se aplica no solo a los hijos biológicos sino también a los hijos concebidos mediante reproducción asistida

⁵⁶ NOVOA, 1987, p. 291.

⁵⁷ NOVOA, 1985, p. 80.

⁵⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2017.

durante el matrimonio o la unión marital de hecho de sus padres en virtud del principio de unidad de la filiación. Así, la filiación no se ve solamente como un hecho biológico, sino también como “una construcción jurídica [...] en la que el consentimiento prevalece sobre el aspecto genético”⁵⁹.

En 2022, la Corte Constitucional tuvo dos ocasiones de pronunciarse respecto de situaciones relacionadas con las TRHA. En la Sentencia T-275, un padre soltero por elección, que acudió a la gestación subrogada para tener un hijo, solicita que se le conceda una licencia de paternidad equivalente a 18 semanas, que es el número de semanas que le es otorgado a las madres. Si bien el caso no se relaciona con la filiación, se trata de un ejemplo de la obsolescencia del derecho colombiano frente a la realidad social. En la sentencia, la Corte señaló que “lleva más de doce años advirtiendo la imperiosa necesidad de que el Congreso de la República cumpla con su obligación de legislar no solamente sobre la maternidad subrogada, sino sobre los aspectos que están directamente relacionados con [las TRHA]”⁶⁰. Además, la Corte también dejó claro que “el vacío legislativo que existe sobre la materia ha generado una situación jurídica que [...] ha obligado al juez de tutela a resolver asuntos concretos sin que las reglas puedan hacerse extensivas a otros casos, al no existir una regulación de por medio”⁶¹.

En la Sentencia T-357, la Corte se pronunció referente a la transferencia de un embrión después de la separación de la pareja cuyos gametos fueron empleados para concebirlo. En la sentencia, la Corte se pronuncia respecto de la filiación, las responsabilidades y los derechos que surgirían entre el señor, que se opone a la transferencia, y el niño/a concebido/a con sus gametos gracias al consentimiento que otorgó ante el CRHA. Para ello, la Corte tuvo en cuenta que “es constitucionalmente **incorrecto** afirmar (i) que la fuente única de la filiación sea el vínculo genético y (ii) que este constituya condición suficiente para establecer la relación filial. Tales ideas describen de manera incompleta el modo como se regulan y desarrollan las relaciones de familia”⁶².

La Corte determinó en el caso concreto que, si bien el vínculo genético no se podía eliminar, los efectos del mismo podían ser modificados porque el señor manifestó claramente su deseo de no convertirse en padre antes de la transferencia del embrión. En otras palabras, el señor, cuyas razones no podían ser atendidas para negar la transferencia del embrión podía “contener los efectos de la filiación”⁶³ y carecer de vínculo filial al ser asimilado a un donante anónimo. La Corte llega a esta conclusión teniendo en cuenta que, en las TRHA, en muchas ocasiones, los gametos que permiten la concepción de una persona provienen de donantes que no asumen responsabilidades parentales y ellas permiten la disociación entre sexualidad y procreación. La decisión de la Corte buscó atender la movilidad que caracteriza la vida social y, en cierta medida, mediante la

⁵⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2017, sección 3.

⁶⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022a, párrafo 59.

⁶¹ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022a, párrafo 59.

⁶² CORTE CONSTITUCIONAL, 2022b, párrafo 141.

⁶³ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022b, párrafo 157.

interpretación de la ley y la jurisprudencia dotar de un poco de elasticidad al ordenamiento jurídico colombiano.

En la sentencia, la Corte insiste de nuevo en la ausencia de una legislación que pueda ser aplicada a los diversos casos que surgirían de las TRHA. La Corte retoma el llamado de la Corte Suprema de Justicia que con antelación había identificado este vacío legal señalando que “no hay una normatividad que regule de manera integral los diferentes aspectos jurídicos relacionados con las [TRHA] y, en particular, lo atinente al estado civil de las personas fruto de esos avances científicos”⁶⁴. Por ello, en el numeral 5° del *decisum* de la Sentencia T-357, la Corte exhorta “al Gobierno nacional y al Congreso de la República para que en el curso de la próxima legislatura se adelanten todas las gestiones para presentar y tramitar un proyecto que regule integralmente la materia relativa a las Técnicas de Reproducción Humana Asistida (TRHA)”⁶⁵.

Además de la jurisprudencia, en las entrevistas realizadas se conoció un caso donde un notario registró como madres de una niña a las integrantes de una pareja de lesbianas que habían declarado su unión marital antes de su nacimiento y lograron la concepción mediante donación de gametos⁶⁶. El notario interpretó que conforme con el artículo 2° de la Ley 1.060 de 2006, el hijo que nace dentro de la unión marital de hecho de sus madres tiene como madres a aquella mujer que dio a luz y a su compañera permanente⁶⁷. El registro de esta niña fue igualmente posible gracias a la modificación que se introdujo en el registro civil de nacimiento en virtud de la circular 024 del 8 de febrero de 2016, la que se expidió en cumplimiento de la Sentencia SU 696 de 2015 de la Corte Constitucional.

Esta segunda tensión deja en evidencia (i) la reiterada dificultad del derecho colombiano de mostrarse responsivo frente a las distintas formas de conformar familia; (ii) la falta de voluntad legislativa para regular las TRHA a pesar de los proyectos de ley presentados y (iii) la sobrecarga del sistema jurídico con tareas que son competencia del sistema político. Regular los cambios suscitados por las TRHA plantea un reto nada despreciable: reconciliar la antinomia estabilidad y transformación. Para ello, deben cumplirse tres requisitos: que el orden jurídico pueda encontrar un equilibrio entre flexibilidad y estabilidad; que exista una adaptación o conciliación de la regla estricta con el arbitrio discrecional y que se logre armonizar la seguridad general con los intereses de la vida individual⁶⁸.

Las tensiones en el modelo biogenético dejan en entredicho su capacidad para seguir determinando los símbolos que permiten reconocer quién es padre/madre/hijo. En la actualidad, otros criterios son necesarios para poder hacerlo, porque las decisiones que se toman en materia reproductiva “no [son] un capricho”⁶⁹. Los criterios que finalmente

⁶⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2013, sección 10.

⁶⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, 2022b.

⁶⁶ ENTREVISTA 3.

⁶⁷ ENTREVISTA 3.

⁶⁸ HIERREZUELO, 2005, p. 583.

⁶⁹ ENTREVISTA 4.

sean adoptados también deben tener en cuenta las tensiones que se generan en materia de bilateralidad parental frente a las dimensiones de la filiación y la socioafectividad.

III. TENSIONES SOCIALES EN LA BILATERALIDAD PARENTAL

La bilateralidad parental comprende el proceso de vinculación paterno y materna de carácter bilateral –padre y madre– y bidireccional entre dos sujetos –padre/madre e hijo–⁷⁰. El principio de bilateralidad parental puede abordarse desde las perspectivas biológica, jurídica y social. Desde la perspectiva biológica, la filiación se establece a partir del vínculo genético que existe entre padres e hijos. Desde la perspectiva jurídica, para el Derecho colombiano, madre es quien da a luz y padre quien engendra. Finalmente, desde la perspectiva social, la maternidad y la paternidad se construyen partiendo del deseo o la voluntad que tienen las personas que han decidido ser padre y/o madre.

Las TRHA con gametos de donante y la gestación subrogada cuestionan la bilateralidad parental en los casos de monoparentalidad –madres o padres solteros por elección– y de pluriparentalidad –más de dos padres/madres–⁷¹. La tensión que se produce entre la ley, la jurisprudencia y las concepciones cotidianas se manifiesta mediante dos posiciones: la primera, el deseo de mantener la bilateralidad desconociendo o ignorando la construcción social de la filiación y, la segunda, el deseo de reconocimiento de la electividad al momento de constituir familia. Así, actualmente es necesario pensar acerca de otras maneras de enunciar las configuraciones parentales: proveedores genéticos, madre biológica, padre y/o madre legal, paternidad, maternidad, paternar, maternar. Respecto de estos enunciados, cobra sentido el análisis legal referente al parentesco y la construcción vinculante, más allá de la esencialización biológica⁷².

Las TRHA y los cambios que ellas han producido en materia de filiación y de familia permiten identificar dos tensiones en la bilateralidad parental. La primera, se relaciona con las dimensiones de la filiación por la primacía de la dimensión estática a pesar de la diversidad de dinámicas familiares donde se crean los vínculos filiales y, la segunda, el reconocimiento de la socioafectividad como fuente de atribución de la filiación.

3.1. Dimensiones de la filiación

La filiación ha sido reconocida como un derecho humano fundamental que es parte de la identificación de la persona⁷³ y como un atributo de la personalidad donde se ligan estrechamente el estado civil, el nombre y la personalidad jurídica⁷⁴. Cuando se trata de niños, niñas y adolescentes la filiación busca asegurar no solo una identidad

⁷⁰ ROMERO, 2007, p. 121.

⁷¹ GRAU y FERNÁNDEZ, 2015, p. 3.

⁷² PALACIO y CÁRDENAS, 2017, p. 57.

⁷³ GETE-ALONSO y SOLÉ, 2013, p. 308.

⁷⁴ CORTE CONSTITUCIONAL, 2017, párrafo 5.1.

que sea consistente con sus vivencias familiares, sino también que las personas a cargo de su cuidado y crianza les ofrezcan las condiciones afectivas, emocionales y físicas que les permitan tener una infancia feliz y gozar de los derechos y libertades que requieren para alcanzar un desarrollo integral⁷⁵.

La filiación tiene dos dimensiones: una estática y otra dinámica. La dimensión estática hace referencia a aquello que es invariable o inmodificable a pesar del transcurso del tiempo, como el origen, la imagen, la información genética, entre otros. Esta dimensión se establece por medio de la prueba de ADN, ya que ella permite identificar los genes que una persona ha transmitido a otra.

La dimensión estática está relacionada con el derecho a conocer los orígenes biológicos. En materia de TRHA, este derecho implica conocer la forma cómo una persona ha sido concebida y la titularidad de los gametos empleados para hacerlo (de la pareja con voluntad procreativa o de donante). La protección de este derecho genera grandes cuestionamientos en los ordenamientos jurídicos donde la donación de gametos es anónima, además de cuestionamientos frente al derecho a la intimidad de los padres⁷⁶. Sin embargo, el anonimato se fundamenta en la protección de la familia que se conforma y la importancia de los afectos para dar prevalencia a la paternidad social o de crianza. Además, si bien la identidad permanece anónima es posible obtener cierta información en materia de salud para garantizar la seguridad de los niños/as.

Asimismo, es posible que, bajo ciertas circunstancias excepcionales, la identidad del donante sea revelada para evitar, por ejemplo:

Un peligro cierto para la vida o la salud del hijo o cuando proceda con arreglo a las Leyes procesales penales [...] siempre que dicha revelación sea indispensable para evitar el peligro o para conseguir el fin legal propuesto. Dicha revelación tendrá carácter restringido y no implicará en ningún caso publicidad de la identidad de los donantes⁷⁷.

La dimensión estática al establecer una relación genética desde el determinismo biológico, no determina, por sí misma, la relación de familia. Para ello es necesario analizar la dimensión dinámica de la filiación, que involucra las relaciones sociales que la persona va generando a lo largo de su vida, comprendiendo su historia personal, su biografía existencial, su estructura social y cultural⁷⁸. Esta dimensión se traduce básicamente en “las tareas de cuidado y el afecto, (...) la disposición de recursos económicos, emocionales y afectivos para que una vida se desarrolle, además de la cercanía que produce una cotidianidad compartida”⁷⁹. Ella también se relaciona con el derecho a la filiación que se materializa, principalmente mediante la posesión del estado de hijo, ya que prima el

⁷⁵ CORTE CONSTITUCIONAL, 2015, sección 2.6.

⁷⁶ IGAREDA, 2014, p. 236 a 246.

⁷⁷ LEY 14 de 2006, art. 6.

⁷⁸ DELGADO, 2016, p. 15.

⁷⁹ GRUPO FOCAL 1.

vínculo socioafectivo que surge de la convivencia y cuidado que se consolida en el transcurso del tiempo. En otras palabras, la dimensión dinámica se relaciona con la filiación vivida.

La atribución de la filiación a partir de los lazos biológicos hace parte de la dimensión estática, mientras que la reproducción asistida con gametos de donante o gestante subrogada, la adopción y la socioafectividad están relacionadas con la dimensión dinámica. Distinguir entre parentesco y parentalidad puede contribuir a comprender el contenido de cada una de estas dimensiones, porque mientras el primero se limita a reconocer los vínculos biogenéticos o legales, la parentalidad se construye a partir de “acciones o prácticas vinculadas con la crianza, el cuidado, la protección, la educación, la socialización que han ido asociadas siempre al padre y a la madre”⁸⁰.

En general, las dimensiones estática y dinámica coinciden gracias al principio biogenético de la filiación. No obstante, cuando esto no ocurre, es posible mantener ambas dimensiones al mismo tiempo; es decir, que se tenga un padre biológico y un padre socioafectivo. Esto es posible porque cada dimensión tiene su origen en derechos distintos. Ahora bien, si una decisión se debe tomar a favor de alguna de ellas, la balanza se debe inclinar a favor de la dimensión dinámica. Esta decisión se justifica porque “la filiación [es] una construcción cultural y afectiva permanente que [se origina] de la convivencia y la responsabilidad”⁸¹.

El que las dimensiones estática y dinámica no coincidan en ciertos casos permite comprender que la filiación no es un elemento puramente formal, sino que debe “tener un sustento en la realidad fáctica de las relaciones humanas con el fin de que se respete la igual dignidad de todos los seres humanos y su derecho a estructurar y desarrollar de manera autónoma su personalidad”⁸². Así,

No puede olvidarse que los conceptos de padre, madre e hijo, hunden sus raíces en definiciones eminentemente culturales, antes que biológicas. [S]i se quisieran mirar las cosas desde una perspectiva rigurosamente natural, habría que hablar de progenitor y de procreado, pero, en los términos de la ley, el criterio relevante es el de padre o madre, relaciones estas que el ordenamiento jurídico construye a su medida, sin adoptar, necesariamente, la causalidad física o biológica propia de la naturaleza⁸³.

La falta de reconocimiento a la identidad dinámica en materia de filiación constituye un “daño al proyecto de vida” que atenta contra lo que libremente una persona ha decidido “ser y hacer de su vida”⁸⁴. Además, la carencia de una identificación formal como hijo, impide a las personas ser reconocidas como titulares de ciertos derechos civiles, económicos o sociales como el acceso a servicios de salud o a suceder. De la misma

⁸⁰ ENTREVISTA 4.

⁸¹ VARSÍ-ROSPIGLIOSI y CHAVES, 2010, p. 59.

⁸² CORTE CONSTITUCIONAL, 1995, sección 9.

⁸³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006, párrafo 2.2.

⁸⁴ CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, 1998, párrafo 150.

forma, el impedimento para ser reconocido como padre o madre niega la posibilidad de poder decidir respecto de las condiciones de vida de la persona que se está criando. En concordancia con el aspecto dinámico de la filiación, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 2021 reconoció a un hombre como padre social de una menor de edad y avaló su participación en un proceso judicial de regulación de visitas donde, en principio, solo tendrían legitimidad el padre legalmente reconocido y la madre de la niña⁸⁵.

Debido a la velocidad con la que se producen los hechos sociales nunca es similar a la adopción de la legislación, la jurisprudencia colombiana desde hace varios años viene reconociendo la dimensión dinámica de la filiación. Así, si bien se ha reconocido que toda persona, en virtud del derecho a conocer su filiación biológica, puede “acudir a los tribunales con el fin de establecer una filiación legal y jurídica que corresponda a su filiación real”⁸⁶, no es menos cierto que junto con la filiación fundada en los hechos biológicos se reconocen otros factores como la voluntad, el consentimiento y la responsabilidad⁸⁷. La Corte Constitucional también ha indicado que:

[...] la jurisprudencia ha sido clara en dar prevalencia al interés superior del menor, precisamente, por el carácter voluntario, de aceptación de la relación filial, de apoyo, de solidaridad que con el paso del tiempo se afianza en el niño, teniendo en cuenta que al no ejercer las acciones dentro del término señalado en la ley, se convalida la existencia de la relación padre e hijo que se afianza más allá del vínculo genético⁸⁸.

Adicionalmente, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que “en la actualidad, el consentimiento se robustece con el auxilio de un nuevo principio que cada vez tiende a ser más relevante, en la medida en que evolucionan y se popularizan los avances de la reproducción asistida. Se trata del principio de la responsabilidad en la procreación”⁸⁹. Este mismo criterio se sostuvo en la sentencia del 21 de mayo de 2010 donde el mismo tribunal estableció que:

El deseo de asumir la responsabilidad derivada de ese hecho son cuestiones que, sin lugar a dudas, merecen tutela jurídica, para cuyo caso el criterio biológico resulta insuficiente o, incluso inútil”. Así ocurrirá, por ejemplo, respecto del hijo nacido, con autorización del cónyuge de la mujer casada, por inseminación heteróloga, o mediante la fecundación *in vitro* del óvulo de la mujer con semen de un donante, en cuyo caso, la paternidad matrimonial habrá de apoyarse en la voluntad del marido de asumir el rol paterno, exteriorizado por medio de su conformidad para el empleo de esos procedimientos⁹⁰.

⁸⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2021.

⁸⁶ CORTE CONSTITUCIONAL, 1995,

⁸⁷ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006.

⁸⁸ CORTE CONSTITUCIONAL, 2017, párrafo 8.4.

⁸⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2006.

⁹⁰ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, 2010, sección 1.

Esta tercera tensión deja en evidencia que: (i) las dimensiones estática y dinámica de la filiación pueden coincidir cuando la persona progenitora también asume el cuidado y crianza del hijo/a; (ii) la dimensión estática establece la genealogía e identidad genética de una persona, pero ello no equivale a decir que entre quien aporta y quien recibe la información genética exista una verdadera relación familiar; (iii) la dimensión dinámica, construida socialmente a partir de las vivencias de una persona, debe prevalecer frente a la filiación biológica y (iv) el no reconocimiento de la dimensión dinámica puede causar daño a la persona por desconocer lo que la persona ha decidido ser y hacer con su vida. Ahora bien, la dimensión dinámica tiene su fundamento en la socioafectividad, lo que plantea otra tensión importante, porque la filiación es regulada por normas de orden público y, en el caso colombiano, su reconocimiento proviene desde la jurisprudencia a partir del análisis de las circunstancias de cada caso concreto.

3.2. *Socioafectividad*

La socioafectividad comprende las “relaciones entre personas que guardan entre sí una vinculación estrecha y semejante a otra específicamente regulada y cuyos efectos jurídicos se desean”⁹¹. Así, ella se fundamenta en “el deseo y la voluntad de las personas que con el tiempo afirma y reafirma vínculos afectivos que trascienden el aspecto normativo”⁹². Por ello se la considera el símbolo máximo de la relación social paterno/materna-filial.

La socioafectividad guarda cierta relación con la posesión notoria. Esta figura reconocida desde hace tiempo por el derecho de familia hace referencia a que “una persona disfruta el estatus de hijo en relación con otra independientemente de que esa situación corresponda a una realidad legal o biológica”⁹³. Sin embargo, su reconocimiento se hace en cada caso concreto porque ella no ha sido reconocida como una fuente de atribución de la filiación.

La persona a quien se identifica como padre/madre dentro de la socioafectividad puede ser el cónyuge o compañero de la madre o el padre biológico, un familiar cercano, quien se hace cargo del cuidado y crianza de la persona menor de edad, quien la reconoce voluntariamente, o cualquier persona con quien se haya desarrollado un vínculo voluntario y estable de afecto. Por ello, no se debe perder de vista que su determinación debe darse a partir de:

La experiencia de los actores, del niño, si el niño tiene su padre biológico y le quiere mucho, pero también hay un padrastro que no tiene reconocimiento legal, pero también le quiere mucho y es el que se hace cargo, deleguemos en él algún tipo de autoridad si quiere⁹⁴.

⁹¹ PARRA, 2021, p. 11

⁹² VARSÍ-ROSPIGLIOSI y CHAVES, 2010, p. 59.

⁹³ VARSÍ-ROSPIGLIOSI y CHAVES, 2010, p. 58.

⁹⁴ ENTREVISTA 4.

La socioafectividad guarda relación con la diversidad familiar. En efecto, ella evidencia las diferentes formas en que se conforma la familia⁹⁵. En las TRHA, el vínculo filial puede surgir a partir de dos elementos diferentes: el consentimiento libre e informado como ya se mencionó previamente o de la socioafectividad. Este último caso se presenta cuando entre quienes se crea un vínculo afectivo no existe un vínculo jurídico o legal. Se trata, por ejemplo, del donante de gametos, de la gestante subrogada o de cualquier persona que, sin haber tenido voluntad procreativa, tiene responsabilidad procreacional y, en consecuencia, decide asumir el papel de padre/madre. Estas personas se diferencian de quienes han sido designados padres por voluntad procreacional, porque ellas no tomaron decisiones respecto de la concepción ni participaron en la gestación ni el nacimiento del hijo/a.

En el caso de las familias monoparentales, las madres solteras por elección forman entre ellas comunidades de cuidado y consolidan relaciones similares a las de parentesco. En ellas:

Las mamás de los niños son consideradas por los otros niños como tías y los hijos de las amigas de las mamás se consideran como primos, porque realizan actividades conjuntas [...] de ocio, lúdicas, incluso [comparten las] vacaciones. El trato entre ellas también es de cuidado, las madres entre sí se cuidan [y cuidan de] sus hijos, de manera que adquieren relaciones entre ellas como de parentesco⁹⁶.

En estos casos, las madres solteras por elección comparten un cuidado y una crianza considerados colectivos. Sus comunidades podrían ser descritas como comunidades de afecto y de cuidado diferentes a la típica familia extensa⁹⁷.

En el caso de la pluriparentalidad, las TRHA con gametos o embriones de donante y la gestación subrogada rompe la bilateralidad exclusiva en el parentesco y permite que diversos padres y madres puedan coincidir concomitantemente⁹⁸. En Argentina, por ejemplo, a pesar de que el artículo 558 del Código Civil y Comercial impide tener más de dos vínculos filiales, en febrero de 2023 el Juzgado de Familia, Niñez y Adolescencia de Junín de los Andes reconoció como padres de una niña a sus padres biológicos y a su padre adoptivo, quien la reconoció a pesar de no ser su hija biológica y cuidó de ella desde antes de nacer.

Otros factores que alimentan esta tensión son la protección del interés superior del niño y la solidaridad familiar. Esta tensión se evidencia principalmente en las disputas que puede presentarse entre la familia biológica y la familia de crianza de un niño/a en los procesos administrativos de restablecimiento de derechos. Cuando ello ocurre debe darse prioridad a la familia que el niño reconoce, es decir, a la familia con la que el niño ha desarrollado vínculos afectivos. Uno de los participantes del grupo focal 2 señalaba

⁹⁵ GIDDENS, 2000, p. 192 y 213.

⁹⁶ ENTREVISTA 4.

⁹⁷ ENTREVISTA 4.

⁹⁸ SÁNCHEZ, 2011, 769 a 775.

que en un proceso de restablecimiento de derechos, las decisiones que se tomaron para proteger el interés superior del niño involucraban a su familia de crianza y no a su familia biológica porque él la desconocía completamente, “todos los vínculos estaban con su familia de crianza”⁹⁹.

El interés superior del niño y la solidaridad familiar han sido, en muchos casos, los argumentos que la Corte Constitucional ha empleado para proteger los vínculos de esos niños con sus familias de crianza, como mecanismo para garantizar el derecho de los niños a tener una familia y no ser separados de ella¹⁰⁰.

Esta cuarta tensión deja en evidencia que: (i) la socioafectividad evidencia la diversidad que caracteriza el mundo familiar; (ii) ella implica reconocer los vínculos que una persona crea con quien la ama, la cuida y la protege; (iii) la socioafectividad se relaciona más con la responsabilidad procreacional (deseo de asumir la crianza y el cuidado) que con la dimensión procreativa (deseo de ser padre/madre), y (iv) ella permite reconocer y proteger el interés superior del niño y la solidaridad familiar como principios fundamentales de las relaciones familiares.

IV. CONCLUSIONES

Las tensiones que se presentan entre la ley, la jurisprudencia y las concepciones cotidianas respecto de la diversidad de formas de organización familiar y a los elementos que determinan la filiación exigen una toma de posición respecto de lo que se debe entender por parentesco y el reconocimiento de elementos diferentes a la sangre para determinar a quiénes se reconoce como parientes. Esta toma de posición se manifestaría mediante la modificación de las legislaciones acerca del tema. Esta opción es apoyada por Kemelmajer *et al.*, quienes señalan que “[n]o deberíamos temer cambiar leyes que correspondan a los cambios que se han producido en la sociedad y la ciencia”¹⁰¹.

Para estas autoras, se tiene que dejar de ver cualquier cambio en la concepción o estructuración de la familia con pánico¹⁰², para pensar más bien que la protección de cualquier forma de organización familiar y de sus miembros debe ser primordial. Solo de esta manera se da sentido y significado al reconocimiento, respeto, protección, defensa y disfrute de la diversidad y la diferencia como centro vital de la responsabilidad social.

En consecuencia, los actores sociales debemos soportar nuestras relaciones en los principios y valores que rigen el ordenamiento jurídico, pues ni la ley, ni la jurisprudencia pueden regular una cotidianidad con tensiones importantes y dinámicas. El reto está entonces en construir “un marco jurídico donde puedan entrar aquellos que quieran entrar en una relación reconocida no necesariamente como parentesco”¹⁰³.

⁹⁹ GRUPO FOCAL 2.

¹⁰⁰ CORTE CONSTITUCIONAL, 2020.

¹⁰¹ KEMELMAJER *et al.*, 2012, p. 5.

¹⁰² KEMELMAJER *et al.*, 2012.

¹⁰³ ENTREVISTA 4.

La solución a las tensiones que experimentan los elementos de la filiación no puede fundarse en lo que se conoce como seguro, sino que debe considerar las características identitarias de las relaciones entre padres e hijos para contrarrestar la falta de reconocimiento o el reconocimiento fallido de las mismas que hoy se constituye como un daño a la electividad que las caracteriza.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, Consuelo, 2014: "La diversidad familiar y la divulgación de los orígenes genéticos a los niños nacidos a partir de donantes y/o gestación subrogada", *IM-Pertinente*, volumen 2, Nº 1, pp. 17-43. Disponible en <https://ciencia.lasalle.edu.co/im/vol2/iss1/2/> DOI 10.13871/pceic.18846
- ATIENZA, Manuel, 2001: *El sentido del Derecho*, Barcelona: Ariel.
- BAPTISTA, João, 1979: "Desbiologização da paternidade", *Revista da Faculdade de Direito Universidade Federal de Minas Gerais*, volumen 21, pp. 400-418. Disponible en https://heinonline.org/hol-cgi-bin/get_pdf.cgi?handle=hein.journals/rvufmg21§ion=22
- BAYO, Regina, 2022: "En busca del parentesco desconocido. Reproducción humana asistida, bioética y psicoanálisis", *Revista Digital de Psicoterapia Psicoanalítica*, Nº 9. Disponible en http://www.gradivabarcelona.org/sites/default/files/en_busca_del_parentesco_desconocido._acpp-_2022.pdf
- 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: Edicions de la Universitat de Barcelona.
- BESTARD, Joan, 2004: *Tras la biología: La moralidad del parentesco y las nuevas tecnologías de reproducción*. Edicions de la Universitat de Barcelona.
- BISIOLI, Claudio, 2018: "¿Cuál es la razón para hacer todo inyección intracitoplasmática de espermatozoides ICSI?", *Revista Peruana de Ginecología y Obstetricia*, volumen 64, Nº 2, pp. 231-237. DOI: 10.31403/rpgo.v64i2083
- BRENA, Ingrid, 2012: "La fecundación asistida ¿historia de un debate interminable? El informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos", *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, volumen 12, pp. 25-45. Disponible en https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-46542012000100002&script=sci_arttext DOI 10.22201/ij.24487872e.2012.12.393
- CARRASCO, Edison, 2017: "Relación cronológica entre la ley y la realidad social. Mención particular sobre la elasticidad de la ley", *Revista Ius et Praxis*, volumen 23, Nº 1, pp. 555-578. DOI: 10.4067/S0718-00122017000100015
- DELGADO, María, 2016: *El derecho a la identidad: una visión dinámica*. Tesis para optar el grado de Magíster en Investigación Jurídica, Pontificia Universidad Católica del Perú. Disponible en <https://corteidh.or.cr/tablas/r36895.pdf>
- DURKHEIM, Émile, 1998: *El Suicidio*, Buenos Aires: Grupo Editorial Tomo.
- GÉNY, François, 1925: *Método de interpretación y fuentes en derecho privado positivo*, Madrid: Reus.
- GETE-ALONSO, María y SOLÉ, Judith, 2013: "La filiación", en María Gete-Alonso (dir.) y Judith Solé (coord.), *Tratado de derecho de la persona física*, Madrid: Thompson Reuters, pp. 307-369.
- GIDDENS, Anthony, 2000: *Sociología* (3ª edición), Madrid: Alianza Editorial
- GÓMEZ, María Mercedes, 2009: "De las heterosexualidades obligatorias a los parentescos alternativos: reflexiones sobre el caso colombiano", *Revista Latinoamericana de Estudios de Familia*, volumen 1, pp. 82-103.

- 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, Nº 1. Disponible en http://www.gazeta-antropologia.es/wp-content/uploads/GA-31-1-02-ClaudiaGrau_MariaFernandez1.pdf DOI 10.30827/Digibug.34248
- GUZMÁN, Aníbal, 2007: “La subrogación de la maternidad”, *IUS. Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, Nº 20, pp. 114-125. DOI 10.35487/rius.v1i20.2007.271
- HERTZ, Rosanna, 2018: “Donantes de espermia en los Estados Unidos de América y las relaciones con su descendencia”, *Revista de Antropología Social*, volumen 27, Nº 2, pp. 307-324. DOI 10.5209/RASO.61854
- HIERREZUELO, Guillermo, 2005: “Pound, Roscoe, Las grandes tendencias del pensamiento jurídico: Traducción y Estudio Preliminar por José Puig Brutau”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, volumen 27, pp. 582-586.
- IGARDA, Noelia, 2014: “El derecho a conocer los orígenes biológicos versus el anonimato en la donación de gametos”, *Derechos y libertades*, Nº 31, pp. 227-249. DOI 10.1400/222457
- JOCILES, María (ed.), 2016: *Revelaciones, filiaciones y biotecnología. Una etnografía sobre la comunicación de los orígenes a los hijos e hijas concebidos mediante donación reproductiva*, Barcelona: Edicions Bellaterra.
- JOCILES, María y RIVAS, Ana, 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, Nº 65, pp. 65-92.
- KEMELMAJER, A., HERRERA, M., y LAMM, E., 2012: Filiación derivada de la reproducción humana asistida. Derecho a conocer los orígenes, a la información y al vínculo jurídico. *La Ley*. Disponible en http://www.colectivoderechofamilia.com/wp-content/uploads/2015/05/AKC_MH_EL.-Filiaci%C3%B3n-derivada-de-la-reproducci%C3%B3n-humana-asistida.1.pdf
- KRASNOW, Adriana, 2019: “La socioafectividad en el Derecho de las familias argentino. Su despliegue en la filiación por técnicas de reproducción humana asistida”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen 32, Nº 1, pp. 71-94. DOI 10.4067/S0718-09502019000100071
- MEDINA, R., 1973: Notas sobre François Géný. *Anuario de Filosofía del Derecho*, volumen 17, 1973-1974, pp. 5225-232.
- MERTON, Robert, 1949: *Social Theory and Social Structure*, New York: The Free Press.
- MOONEY, Christopher, 2001, *The Public Clash of Private Values*, New York: Chatham House Publishers of Seven Bridges Press.
- MUÑOZ, Fernando, 2011: “Autonomía y Responsividad: sobre la relación entre Derecho y Sociedad”, *Anuario de Derecho Público UDP*, volumen 1, pp. 502-524.
- NOVOA, Eduardo, 1985: *Elementos para una crítica y desmitificación del derecho*, Buenos Aires: Ediar.
- NOVOA, Eduardo, 1987: *Cuestiones del derecho penal y criminología*, Santiago: Jurídica Ediar-Conosur.
- ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD, 4 de abril de 2023: *Estimaciones mundiales de la prevalencia de la infertilidad*, Disponible en <https://www.who.int/es/multi-media/details/report-launch-global-infertility-prevalence-estimates#>
- ORMART, Elizabeth, 2020: “Las representaciones sociales presentes en novelas televisivas sobre la gestación por sustitución en Argentina. El caso de Pequeña Victoria”, *Revista de Investigación del Departamento de Humanidades y Ciencias Sociales*, Nº 18, pp. 29-47. Disponible en <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=581964790002> DOI 10.54789/rihumso.20.9.18
- PALACIO, María y CÁRDENAS, Olga, 2017: “La crisis de la familia: Tensión entre lo convencional y lo emergente”, *Revista Maguaré*, volumen 31, Nº 2, pp. 43-64. DOI 10.15446/mag.v31n1.69021
- PARRA, Matías, 2021: “Hacia la ruptura del binarismo filial: ¿La «Socioafectividad» como nuevo principio del Derecho de las Familias?”, *Acta Académica*. Disponible en <https://www.aacademica.org/matiasparra/2.pdf>

- RIVAS, Ana, 2009: "Pluriparentalidades y parentescos electivos", *Revista de Antropología Social*, volumen 18, pp. 7-19. Disponible en <https://www.redalyc.org/pdf/838/83817222001.pdf> DOI 10.5209/rev_RASO.2009.v18.9647
- RIVAS, Ana y ÁLVAREZ, Consuelo, 2020: *Etnografía de los mercados reproductivos: Actores, instituciones y legislaciones*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- 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*, N° 1, pp. 119-133. DOI 10.36576/summa.29318
- SÁNCHEZ, Hilde, 2011: "Impactos de la reproductiva en las tendencias demográficas y en las estructuras familiares". *Arbor Ciencia, Pensamiento y Cultura*, volumen 187, N° 750, pp. 765-781. DOI 10.3989/arbor.2011.750n4011
- SCHNEIDER, David, 1984: *A Critique of the Study of Kinship*, Ann Arbor: The University of Michigan Press.
- SIBAJA, Irina, 2017: "Tensión social y psicología cultural socioconstructivista: Propuesta analítica para la cuestión criminal", *Revista Reflexiones*, volumen 96, N° 2, pp. 39-54. DOI 10.15517/rr.v96i2.32079
- SMIETNIANSKY, Silvina, 2019: "Tiempo, naturaleza y cultura en las técnicas de reproducción humana asistida", *Avá*, N° 35, pp. 213-235. Disponible en http://www.scielo.org.ar/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1851-16942019000200213&lng=es&tlng=es
- VARSÍ-ROSPIGLIOSI, Enrique y CHÁVEZ, Mariana, 2010: "Paternidad socioafectiva: La evolución de las relaciones paterno-filiales del imperio del biologismo a la consagración del afecto", *Actualidad jurídica*, N° 200, pp. 57-64. Disponible en <https://repositorio.ulima.edu.pe/handle/20.500.12724/3289>

Normas Jurídicas

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE COLOMBIA. Gaceta Constitucional n° 127 del 10 de octubre de 1991. Colombia
- LEY 57 de 1887, sobre la adopción de códigos y unificación de la legislación nacional, Diario Oficial n° 7019 de 20 de abril de 1887. Colombia.
- LEY 14 de 2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, Boletín Oficial del Estado n° 126 de 27 de mayo de 2006. España.
- LEY 1060, 2006, por la cual se modifican las normas que regulan la impugnación de la paternidad y la maternidad, Diario Oficial n° 46341 de julio 26 de 2006, publicada el 26 de julio. Colombia.
- LEY 1098 de 2006, por la que se expide el Código de la Infancia y la Adolescencia, Diario Oficial n° 46.446 de 8 de noviembre de 2006. Colombia.

Jurisprudencia

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 15 de marzo de 1995. Sentencia C-109/1995. MP Alejandro Martínez Caballero.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 10 de mayo de 2005. Sentencia C-476/2005. MP Alfredo Bernal Sierra.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Segunda de Revisión. 18 de diciembre de 2009. Sentencia T-968/2009. MP María Victoria Calle Correa.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Plena. 6 de mayo de 2015. Sentencia C-258/2015. MP Jorge Ignacio Pretelt Chaljub.

- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Cuarta de Revisión. 4 de abril de 2017. Sentencia T-207/2017. MP Antonio José Lizarazo Ocampo.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. 23 de julio de 2018. Sentencia T-281/2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. 18 de diciembre de 2020. Sentencia T-281/2018. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Séptima de Revisión. 1º de agosto de 2022a. Sentencia T-275/2022. MP Cristina Pardo Schlesinger.
- CORTE CONSTITUCIONAL. Sala Octava de Revisión. 13 de octubre de 2022b. Sentencia T-357/2022. MP José Fernando Reyes Cuartas.
- CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Caso Loayza Tamayo *vs.* Perú. Sentencia de 27 de noviembre de 1998 (Reparaciones y Costas).
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 30 de noviembre de 2006. Sentencia 0024-01. MP Pedro Octavio Munar Cadena.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 21 de mayo de 2010. Sentencia 52001 3110 001 2004 00072 01. MP Pedro Octavio Munar Cadena.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 28 de febrero de 2013. Sentencia 110013110-002-2006-00537-01. MP Arturo Solarte Rodríguez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 10 de mayo de 2017. Sentencia 54001-31-10-009-2009-00585-01. MP Ariel Salazar Ramírez.
- CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. 14 de julio de 2021. Sentencia STC8697-2021. MP Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100077>

Aplicación de la norma general antielusiva chilena en relación con las normas especiales antielusivas

*Patricia Toledo Zúñiga**

*María Pilar Navarro Schiappacasse***

RESUMEN

La legislación chilena optó por preferir la aplicación de la norma especial antielusiva por sobre la aplicación de una norma general antielusiva. Este trabajo analiza cuatro diferencias de combatir la elusión mediante una u otra norma en el sistema tributario chileno. Además, se identifican y analizan tres situaciones complejas en las que no es claro si es aplicable una norma general antielusiva, proponiendo una solución en cada caso. El estudio concluye destacando que estos temas son esenciales para la certeza jurídica de los contribuyentes y el correcto funcionamiento del sistema tributario.

Elusión fiscal; norma general antielusiva; normas especiales antielusivas

Application of the Chilean general anti-avoidance rule in respect of the special anti-avoidance rules

ABSTRACT

Chilean law opted to prefer the application of the Special Anti-Avoidance Rule over the application of a General Anti-Avoidance Rule. This paper analyzes four differences of combating avoidance through a general anti-avoidance rule and a special anti-avoidance rule in the Chilean tax system. In addition, three difficult situations in which it is not clear whether a general anti-avoidance rule is applicable are identified and analyzed, proposing a solution in each case. The paper concludes by stressing that these issues are essential for the legal certainty of taxpayers and the proper functioning of the tax system.

Tax Avoidance; General Anti-Avoidance Rule; Special Anti-Avoidance Rules

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco, Chile. Doctora en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, Barcelona, España. Académica de la Universidad Alberto Hurtado, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0438-6348>. Correo electrónico: ptoledo@uahurtado.cl

Este artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11190344 "Elusión fiscal. Hacia la construcción de una teoría normativa para la interpretación de la norma general antielusiva en el Derecho tributario chileno".

** Licenciada en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Doctora en Derecho y Ciencia Política, Universidad de Barcelona, España. Profesora de la Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7750-7617>. Correo electrónico: mnavarro@derecho.uchile.cl

Este artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt de Iniciación N° 11200366 "Bases para la construcción de una teoría general del régimen sancionatorio previsto en Chile para combatir las conductas elusivas".

Este artículo se recibió el 13.4.23 y fue aceptado para su publicación el 13.12.23.

INTRODUCCIÓN

La actividad estatal requiere que el Estado obtenga ingresos para financiar los gastos que realiza en el cumplimiento de sus fines. Junto con los legítimos intereses del Estado por aumentar la recaudación tributaria, aparecen los intereses del contribuyente que, por diversas razones, intenta disminuir su carga impositiva, configurando sus relaciones jurídicas de forma que estas reciban el tratamiento tributario más beneficioso. Se estará en presencia de evasión, elusión o economía de opción, dependiendo del grado de conformidad de la actuación del contribuyente con el ordenamiento jurídico¹.

Para combatir la elusión los distintos sistemas tributarios han ido incorporando disposiciones normativas que corrigen sus efectos. Así, el 29 de septiembre de 2014 se publicó en Chile la Ley N° 20.780 que, entre otros cambios estructurales, estableció una norma general antielusiva (en adelante NGA), compuesta por ocho disposiciones normativas, vigentes desde el 30 de septiembre de 2015.

El objeto de estudio de este trabajo es una de dichas disposiciones normativas; específicamente, el artículo 4° bis inciso cuarto del Código Tributario chileno (en adelante CT), que establece la aplicación preferente de las normas especiales antielusivas (en adelante NEA) por sobre la NGA. El objetivo es analizar las diferencias de combatir la elusión mediante una NGA y de una NEA en el sistema tributario chileno, con el fin de otorgar más certeza a los contribuyentes y a los demás operadores del sistema jurídico tributario chileno. Además, se identifican tres situaciones complejas en las que, por sus características, no es claro si resulta aplicable la norma general antielusiva; se analizan estas situaciones y se propone una solución.

Metodológicamente, se trata del análisis de una institución de la legislación chilena y, por tanto, sus conclusiones resultan aplicables al sistema tributario chileno. Ahora bien, en sus siete años de vigencia, la NGA no se ha aplicado judicialmente en Chile, pero no es una institución novedosa en el resto del mundo. Por ello, se utilizan referencias de legislaciones extranjeras, similares a la nuestra, con el fin de aprovechar dicha experiencia interpretando y aplicando la normativa general antielusiva².

La investigación está estructurada en tres partes. La primera parte tiene por finalidad establecer el marco conceptual necesario para abordar el objetivo de este trabajo; en esta sección se estudian conceptos tales como “elusión”, “norma general antielusiva” y “norma especial antielusiva”. La segunda parte tiene por finalidad estudiar las consecuencias directas que emanan de la decisión del legislador de establecer la aplicación preferente de las NEA por sobre la NGA, identificando el diverso estatuto jurídico aplicable. La tercera parte tiene por finalidad analizar tres casos complejos en que surgen interrogantes acerca de la aplicabilidad de la NGA. Finalmente, se presentan las conclusiones.

¹ ALONSO, 2016, p. 78.

² Un sector importante de la doctrina tributaria chilena reconoce en la NGA española una fuente de inspiración de la NGA chilena. Por todos, UGALDE, 2018a, p. 29.

I. LA LUCHA CONTRA LA ELUSIÓN FISCAL

En términos generales, la elusión puede definirse como una o más conductas del contribuyente que tienen por finalidad obtener una ventaja patrimonial consistente en evitar o disminuir su carga tributaria como consecuencia de la realización de actividades que, amparadas en un cumplimiento formal, atentan contra el significado de la ley tributaria³. La elusión utiliza formas lícitas, pero habitualmente inusuales o artificiosas⁴.

La elusión produce muchos efectos inadmisibles para un sistema tributario. Disminuye la recaudación fiscal porque priva al Estado de los ingresos públicos que, conforme con el procedimiento democrático de formación de ley, le corresponden⁵. Atenta contra el principio de legalidad tributaria en un sentido sustantivo porque por medio de un artificio se incumple con una obligación establecida por el legislador⁶. Distorsiona la libre competencia porque otorga ventajas económicas al contribuyente elusor por sobre el contribuyente cumplidor⁷. Finalmente, atenta contra los principios constitucionales establecidos como criterios justos de reparto de la carga tributaria, tales como el principio de igualdad tributaria⁸; en efecto, entre dos contribuyentes con igual capacidad económica, el contribuyente que elude soportará una carga tributaria menor que el contribuyente que no elude⁹.

La elusión fiscal es un problema que afecta a los diversos sistemas tributarios del mundo y, por tanto, se trata de una preocupación global. En este contexto, el 2013 los países miembros de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) y del G20 aprobaron el Plan de Acciones sobre Erosión de Bases Imponibles y Traslado de Beneficios (Plan BEPS). Mediante este plan diversos países se comprometieron a colaborar de manera conjunta con el fin de modernizar las normas impositivas internacionales y desarrollar acciones para limitar los problemas de la elusión fiscal¹⁰.

Hasta el 2014, la legislación tributaria chilena carecía de una disposición normativa que corrigiera expresamente los efectos de la elusión. Ante este vacío legal la doctrina y la jurisprudencia tributarias nacionales discutían acerca de la licitud o ilicitud de la elusión en nuestro sistema tributario¹¹. Así, había quienes defendían la licitud de la elusión afirmando que su origen era una mala técnica legislativa de la que no correspondía

³ AVILÉS, 2014, p. 214.

⁴ OSORIO, 2022, p. 44.

⁵ SII. Circular N°65/2015, p. 2.

⁶ “El ‘combate’ a la elusión busca, entonces, asegurar que cada contribuyente cumpla sus obligaciones según lo que establece la ley y no según su voluntad individual”. SAFFIE, 2021, p. 256.

⁷ SII. Circular N°65/2015, pp. 1-2.

⁸ TOLEDO, 2018, p. 252.

⁹ El Tribunal Constitucional de España ha declarado: “lo que unos no paguen debiendo pagar, lo tendrán que pagar otros con más espíritu cívico o con menos posibilidades de defraudar”. STC 110/1984.

¹⁰ OCDE, 2013.

¹¹ Ver GARCÍA, 2005, pp. 126 y ss.

responsabilizar al contribuyente¹². En la jurisprudencia tributaria nacional resulta ilustrativa la sentencia de la Corte Suprema que afirmó de modo expreso que la elusión “consiste en evitar algo con astucia” y que no necesariamente era antijurídica¹³.

La calificación jurídica de la elusión en nuestro sistema tributario cambió con la Ley Nº 20.780, de 29 de septiembre de 2014. Entre los importantes cambios que estableció esta ley, incorporó una NGA en el sistema tributario chileno, vigente desde el 30 de septiembre de 2015¹⁴. La incorporación de una NGA en la legislación chilena produjo dos efectos inmediatos. Primero, quedó establecido con claridad que la elusión fiscal es considerada ilícita en nuestro sistema tributario¹⁵. Segundo, cumple una función preventiva general disuadiendo a contribuyentes y asesores tributarios de participar en el diseño o planificación de conductas constitutivas de elusión¹⁶.

Aunque en siete años no se ha aplicado judicialmente la NGA en Chile, el Servicio de Impuestos Internos (en adelante SII) sí ha iniciado 50 procedimientos administrativos de calificación de actos o negocios como elusivos del artículo 4º quinquies del CT¹⁷. En la actualidad, existen seis casos judicializados en los que el SII presentó un requerimiento a los TTA¹⁸.

1. *Norma General Antielusiva*

Una opción de la legislación para luchar contra la elusión fiscal es el establecimiento de una NGA, también llamada cláusula general antielusión o *General Anti-Avoidance Rule* (GAAR). Una NGA puede definirse como una norma jurídica estructurada por un supuesto de hecho genérico, definido por el legislador como una modalidad constitutiva de elusión, cuya consecuencia jurídica consiste en la asignación de facultades a la Administración tributaria para desconocer el acto o negocio elusivo y aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir¹⁹.

Desde un punto de vista estructural, la aplicación de una NGA implica la aplicación de dos reglas jurídicas: una regla constitutiva y una regla prescriptiva. La regla constitutiva es una regla de jerarquía legal que define una modalidad que configura elusión; la declaración de la elusión se debe realizar de acuerdo con el procedimiento definido por el legislador. La regla prescriptiva es una regla también de jerarquía legal que correlaciona la configuración de un hecho gravado (supuesto de hecho) con la obligación de pagar un impuesto determinado (consecuencia jurídica)²⁰.

¹² UGALDE y GARCÍA, 2007.

¹³ Corte Suprema, 28.01.2003, Rol 4038-2001.

¹⁴ Artículo decimoquinto transitorio de la Ley Nº 20.780.

¹⁵ SAFFIE, 2021, p. 254.

¹⁶ TOLEDO, 2022a, p. 8.

¹⁷ Res.Ex. LTNot 0023918, de 20.12.2022.

¹⁸ Res.Ex. LTNot 0023918, de 20.12.2022.

¹⁹ GARCÍA, 2004, p. 259.

²⁰ MORESO y VILAJOSANA, 2004, pp. 65-73.

El establecimiento de una NGA en la legislación chilena implicó la incorporación de disposiciones normativas, de carácter sustantivo y procedimental, contenidas en los artículos 4°bis, 4°ter, 4°quáter, 4°quinqües, 26 bis, 100 bis, 119 y 160 bis, todos del CT. La legislación chilena estableció dos modalidades que configuran la elusión: el abuso de las formas jurídicas y la simulación tributaria. Por tanto, configurada una de estas dos modalidades de elusión, la Administración tributaria iniciará el procedimiento para que se declare la elusión. Una vez declarada la elusión, entonces la Administración tributaria quedará habilitada para recalificar el acto del contribuyente y aplicar la norma impositiva que se ha tratado de eludir.

El “abuso de las formas jurídicas” está regulado en el artículo 4° ter del CT. Puede definirse como la realización de uno o más actos o negocios jurídicos que tienen por finalidad producir un ahorro impositivo, sin que exista ningún otro resultado o efecto jurídico o económico relevante que lo justifique. El artículo 4° ter del CT establece dos elementos que deben concurrir para que se verifique el abuso de las formas jurídicas: el ahorro tributario y el test de relevancia.

En cuanto al ahorro tributario, se establecen tres causales: (a) evitación total o parcial de la realización del hecho gravado; (b) disminución de la base imponible o de la obligación tributaria; y (c) postergación o diferimiento del nacimiento de la obligación tributaria. En cuanto al test de relevancia, consiste en la exigencia de que el ahorro tributario obtenido mediante alguna de las tres causales previamente enumeradas lo sea “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”.

Al revisar las causales que configuran el abuso de las formas jurídicas es posible constatar que se trata de supuestos excesivamente abiertos. Sin embargo, este problema se ve atenuado en dos sentidos. Primero, porque en el mismo artículo 4° ter del CT el legislador dispone que no existe elusión cuando se obtiene ahorro impositivo como consecuencia de optar entre conductas y alternativas contempladas en la legislación tributaria; esta institución es conocida como “economía de opción”. Segundo, por la exigencia del test de relevancia. En consecuencia, la expresión “abuso” parece referir a conductas artificiosas o impropias y, por tanto, la configuración del abuso de las formas jurídicas “exige realizar un análisis entre la forma jurídica utilizada, el ahorro fiscal o reducción de la carga tributaria generada, y la existencia de una razón sustancial o motivo válido alternativo a este último”²¹.

La “simulación tributaria”, regulada en el artículo 4° quáter del CT, consiste en la realización de uno o más negocios jurídicos que tienen por finalidad producir una ventaja impositiva como consecuencia de disimular uno o más de los siguientes aspectos de la obligación tributaria: (a) la configuración del hecho gravado que origina la obligación tributaria; (b) la naturaleza de los elementos constitutivos de la obligación tributaria;

²¹ OSORIO y GONZÁLEZ, 2022, p. 304.

(c) el verdadero monto de la obligación tributaria; y (d) la verdadera data de nacimiento de la obligación tributaria.

Al revisar las causales que configuran la simulación es posible constatar que se trata de supuestos donde se intenta ocultar una obligación tributaria que ya existe, o elementos de esta, y, por tanto, la ventaja impositiva proviene de incumplir una obligación tributaria que ya se encuentra configurada. Técnicamente, se trata de un supuesto de evasión y no de elusión; sin embargo, el legislador nacional optó por calificar estos supuestos como causales que configuran elusión. La doctrina nacional ha criticado que se hayan equiparado ambas figuras por las proyecciones que tiene esta última, en sede penal; en efecto, la simulación tributaria es un ilícito tributario sancionado expresamente por la ley²².

2. Normas Especiales Antielusivas

Una segunda opción de la legislación para luchar contra la elusión fiscal son las NEA, también llamadas cláusulas especiales antielusión o *Specific Anti-Avoidance Rules* (SAAR). Una NEA puede definirse como una norma jurídica estructurada por un supuesto de hecho cerrado y taxativo, considerado por el legislador como constitutivo de elusión, consecuencia jurídica que consiste en la asignación de facultades a la Administración tributaria para aplicar un efecto de carácter económico definido expresamente en la ley, referido a un tributo concreto, con el fin de compensar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir²³.

Desde un punto de vista estructural, la imposición de una NEA implica la aplicación de una regla jurídica prescriptiva. Se trata de una regla de jerarquía legal que correlaciona la configuración de una conducta del contribuyente, descrita específicamente por el legislador (supuesto de hecho) con la obligación de pagar un impuesto determinado (consecuencia jurídica)²⁴. De manera habitual, estas reglas se suelen presentar en forma de ficciones legales o presunciones jurídicas²⁵.

Un ejemplo de NEA de la legislación chilena se encuentra en el artículo 70 de la Ley sobre Impuesto a la Renta (en adelante LIR). Este artículo dispone: “Si el interesado no probare el origen de los fondos con que ha efectuado sus gastos” (supuesto de hecho) “se presumirá que corresponde a utilidades afectas al Impuesto de Primera Categoría según el N°3 del artículo 20 o clasificadas en la Segunda Categoría conforme al N°2 del artículo 42, atendiendo a la actividad principal del contribuyente” (consecuencia jurídica).

Una NEA tiene en común con la NGA que ambas facultan a la Administración tributaria para aplicar un efecto de carácter económico con el fin de aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir; sin embargo, una NEA, a diferencia de una

²² NAVARRO, 2021, pp. 62-63.

²³ GARCÍA, 2004, p. 268.

²⁴ MORESO y VILAJOSANA, 2004, pp. 65-73.

²⁵ GARCÍA, 2004, p. 269.

NGA, tiene un supuesto de hecho cerrado y taxativo y, por tanto, aplicable exclusivamente para el caso determinado expresamente por el legislador. En efecto, aunque es más respetuosa de la certeza jurídica por tratarse de una norma jurídica con un presupuesto de hecho rígido, detallado y taxativo²⁶, su eficacia como herramienta para perseguir la elusión es muy limitada.

Aunque existen casos de NEA dictadas con posterioridad a la entrada en vigor de la NGA²⁷, la mayoría de las NEA chilenas son disposiciones normativas vigentes con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley N° 20.780²⁸, que releídas o reinterpretadas a la luz de la nueva normativa antielusiva resultan contener normas que pueden evitar la elusión. Nótese que esta reinterpretación se debe realizar dentro de un sistema normativo que hasta fines de 2014 no tipificaba la elusión y donde parte importante de la doctrina y la jurisprudencia tributarias sostenía que la elusión era lícita.

En este contexto, resulta valioso cualquier documento legislativo o jurisprudencial donde se identifiquen expresamente NEA chilenas. De este modo, resultan útiles los siguientes documentos: (a) Circular del SII N° 65/2015, de 23 de julio, que imparte instrucciones acerca de las normas incorporadas en el Código Tributario por la Ley N° 20.780, en materia de medidas antielusión; (b) Catálogo de Esquemas Tributarios –que actualmente contiene setenta y cinco casos–, con el criterio del SII “para afrontar la comprobación de los riesgos fiscales relacionados con la verificación de operaciones que, bajo determinadas circunstancias, podrían ser consideradas elusivas”²⁹, lo que se traduce en una opinión acerca de la aplicación de la NGA o de NEA³⁰; (c) respuesta a consultas formuladas por el contribuyente o el obligado tributario acerca de la potencial aplicación o no de las NGA o NEA a un caso concreto, previsto en el artículo 26 bis del CT³¹.

A partir de los dos primeros documentos, el SII ha establecido, por vía de ejemplo, que las siguientes disposiciones normativas contienen NEA³²: (a) artículo 64 del CT³³; (b) artículo 21 LIR; (c) artículos 70 y 71 LIR; (d) artículo 17 N° 8 LIR; (e) artículo

²⁶ PISTONE, 1995, pp. 20-21.

²⁷ Así, el artículo 14 letra A, N°9 LIR –incorporado por la Ley N°21.210, de 24 de febrero de 2020– que establece una facultad especial de revisión del SII para los casos en que los propietarios de una empresa, que tribute el Impuesto de Primera Categoría de acuerdo con el régimen de tributación general, realicen retiros desproporcionados.

²⁸ MASBERNAT y RAMOS, 2019, p. 54.

²⁹ SII, Catálogo de Esquemas Tributarios, 2021, p. 5.

³⁰ Se ha criticado la redacción del Catálogo de Esquemas Tributarios del SII porque se limita a listar casos y señalar las normas que podrían resultar aplicables, sin identificar la forma cómo se verifican o no los requisitos legales que dan lugar a la economía de opción, al abuso de las formas jurídicas y a la simulación. NAVARRO, TOLEDO *et al.*, 2021, pp. 10-12.

³¹ El SII ha entendido que existe elusión en los casos que respondió mediante los Oficios N° 4/2021, 1223/2021, 2078/2022 y 1031/2023.

³² SII, Circular N° 65/2015, p. 8.

³³ También MONTECINOS, 2000, p. 158.

41E LIR³⁴; (f) artículo 41F LIR; (g) artículo 63 de la Ley Nº 16.271; y (h) artículo 64 de la Ley Nº 16.271.

Teóricamente, la determinación del ámbito de aplicación de una NGA en relación con una NEA responde a dos alternativas: subsidiariedad o decisión discrecional de la Administración tributaria. La relación de subsidiariedad, por aplicación del principio de especialidad y por razones de seguridad jurídica, considera que, si y solo si no existe una NEA que regule cabalmente la conducta del contribuyente, entonces se permite que la Administración tributaria pueda evaluar si es subsumible en la NGA³⁵. La otra alternativa faculta a la Administración tributaria para ejercer su potestad tributaria escogiendo de manera discrecional el medio legal que considere más eficaz para combatir la elusión; por tanto, al tratarse de una potestad pública, la Administración tributaria está obligada a perseguir la elusión fiscal, pero podría optar entre usar una NEA o una NGA. Teniendo presente estos dos modelos, en los apartados siguientes se analizará la opción escogida por la legislación chilena.

II. CONSECUENCIAS DE LA APLICACIÓN PREFERENTE DE LAS NEA POR SOBRE LA NGA

En distintas legislaciones con normativa antielusiva se discute acerca del ámbito de aplicación de la NGA en relación con las NEA. En la legislación chilena este conflicto parece estar resuelto con lo dispuesto en el artículo 4º bis inciso cuarto del CT, que expresa: “En los casos en que sea aplicable una norma especial para evitar la elusión, las consecuencias jurídicas se regirán por dicha disposición y no por los artículos 4º ter y 4º quáter”.

Del precepto transcrito es posible concluir que en esta legislación se optó por una relación de subsidiariedad, esto es, una aplicación preferente de las NEA por sobre la NGA. En esta sección nos ocuparemos de estudiar cuatro consecuencias directas que emanan de esta decisión del legislador chileno.

1. *Procedimiento aplicable*

La principal consecuencia de la aplicación preferente de las NEA por sobre la NGA es el tipo de procedimiento aplicable. En efecto, tratándose de la NGA se estableció que la existencia de elusión debe ser declarada en sede judicial, previa tramitación de un procedimiento administrativo especialmente regulado. La fase administrativa exige la citación al contribuyente y, entiende la doctrina, también al asesor para los efectos de

³⁴ A nivel comparado es posible encontrar posturas que niegan el carácter de NEA a las normas tasación en materia de precios de transferencia, DELGADO, 2018, p. 41.

³⁵ CHUMACERO, 2018, pp. 241-244.

la aplicación del ilícito del artículo 100 bis del CT³⁶. La resolución judicial ordenará al SII emitir el acto administrativo terminal.

El procedimiento para declarar la elusión por aplicación de una NGA es un procedimiento especial, reglamentado en los artículos 4º quinquies y 160 bis del CT. Se trata de un procedimiento que debe ser iniciado a requerimiento del Director del SII ante el TTA competente³⁷.

Desde que se solicite la declaración de abuso o simulación y hasta su resolución, se suspenderá el plazo de prescripción. El requerimiento del Director del SII debe hacerse de manera fundada y acompañando los antecedentes de hecho y de derecho en que se sustenta. En cuanto a la fundamentación, el SII ha expresado que “se debe explicar de manera razonada la forma como el contribuyente cometió el abuso o simulación y la prueba con que en el transcurso del juicio se acreditará tal aseveración”³⁸. La dogmática tributaria nacional entiende que esta exigencia implica indicar los motivos y razones eficaces, tanto de hecho como de derecho, por las que se considera que existe abuso de las formas jurídicas o simulación tributaria, en su caso³⁹.

Tratándose de una NEA no se exige que su aplicación sea declarada en un procedimiento judicial. En efecto, se entiende que ella forma parte de las facultades fiscalizadoras del SII y, por tanto, su aplicación solo requiere seguir los procedimientos administrativos correspondientes. El contribuyente tiene derecho a recurrir de lo resuelto en sede administrativa interponiendo una reposición administrativa voluntaria, o bien, el reclamo correspondiente en sede judicial, tramitado según las reglas del procedimiento general de reclamaciones, en contra de un acto administrativo terminal notificado. Desde que intervenga notificación administrativa de un giro o liquidación, se interrumpe el plazo de prescripción, comenzando a correr un nuevo plazo de tres años.

Esta diferencia de procedimiento se justifica en el carácter amplio y abierto de una NGA, cuestión que no ocurre en las NEA donde el supuesto de aplicación es cerrado y taxativo. Teniendo presente los problemas de certeza jurídica que puede generar la aplicación de una NGA, es una garantía para el contribuyente que, antes de ser aplicada, se siga un procedimiento en el que el SII acredite de manera fundada en qué sentido la conducta del contribuyente puede ser calificada como elusiva⁴⁰.

Sin embargo, al revisar la experiencia comparada es posible constatar que el procedimiento que se debe seguir para que se declare la elusión por aplicación de una NGA suele ser un procedimiento especial en sede administrativa⁴¹. Por tanto, es posible cuestionar acerca del motivo del legislador nacional para radicar este procedimiento en sede judicial.

³⁶ VERGARA, 2016, p. 385.

³⁷ Ver artículo 119 del CT.

³⁸ SII, Circular N° 65/2015, p. 22.

³⁹ UGALDE, 2018b, p. 47.

⁴⁰ AVILÉS y BOETSCH, 2019, p. 153.

⁴¹ Véase: Alemania la sección 42 del *Abgabenordnung*; España, los artículos 15 y 159 de la Ley General Tributaria; Italia, el artículo 10 bis del *Statuto del Contribuente*; Portugal, los artículos 38 de la *Lei Geral Tributária* y 63 del *Código de Procedimento e Processo Tributário*; Reino Unido, la Part V de la *Finance Act* de

La judicialización de la aplicación de la NGA no figuraba en el proyecto de ley original, donde la existencia de elusión debía ser declarada administrativamente⁴². El cambio se produjo durante la tramitación de la Ley Nº 20.780 en la Comisión de Hacienda del Senado, con la aprobación de una indicación del Ejecutivo, que responde a reclamos por una mayor protección de los derechos del contribuyente⁴³.

La decisión de judicializar la aplicación de la NGA parece responder al desconocimiento que existía en la época ante una institución novedosa para la legislación chilena. Se afirmó que de esta forma la NGA era constitucional⁴⁴. Especialmente, se buscó evitar que la Administración tributaria volviera a ser “juez y parte” en un procedimiento, como ocurría hasta la entrada en vigor de la Ley Nº 20.322; todo, en un contexto en que la declaración de elusión se entendía como una sanción para el contribuyente que requería de la judicialización como garantía del debido proceso⁴⁵.

Pese a que se aplican supletoriamente las normas del procedimiento general de reclamaciones cuando la naturaleza de la tramitación lo permita, el procedimiento del artículo 160 bis del CT difiere de aquel: (i) no existe acto administrativo terminal reclamado; (ii) el SII ocurre a los tribunales; (iii) el contribuyente tiene 90 días para contestar el requerimiento; (iv) se excluye el llamado a conciliación; (v) se contempla una audiencia en la que cada parte deberá plantear sus pretensiones; (vi) contra la resolución que recibe la causa a prueba solo procede reposición; (vii) al fallar el tribunal deberá tener en consideración la naturaleza económica de los hechos gravados en conformidad con el artículo 4º bis del CT (naturaleza jurídica del hecho imponible); (viii) la sentencia que declara elusivos actos o contratos debe dictarse en un plazo de 20 días; y (ix) el acto que se emitan en cumplimiento de la sentencia firme que declare la existencia del abuso o de la simulación no serán susceptibles de reclamo alguno.

El efecto de la declaración de elusión es el cobro de los impuestos eludidos. Este efecto no debe ser considerado una sanción, sino el mero cumplimiento de la obligación tributaria establecida por el legislador⁴⁶. Por tanto, parece adecuada la propuesta original de que la declaración de elusión sea una facultad del SII, previa autorización de una comisión revisora⁴⁷; resultado que sea reclamable por el contribuyente en sede judicial⁴⁸.

2013; Estados Unidos, la §7701(o) del *Internal Revenue Code*; México, el artículo 5A del Código Fiscal de la Federación; Costa Rica, el artículo 12 bis del Código de Normas y Procedimientos Tributarios; Colombia, los artículos 869 y 869-1 del Estatuto Tributario; Perú, la Norma XVI del Título Preliminar del Código Tributario y el Decreto Supremo Nº 145-2019-EF.

⁴² BCN, *Historia de la Ley Nº 20.780*, p. 63.

⁴³ BCN, *Historia de la Ley Nº 20.780*, p. 1393.

⁴⁴ AVILÉS, 2014, p. 234.

⁴⁵ BCN, *Historia de la Ley Nº 20.780*, pp. 163-164, 321-322.

⁴⁶ NAVARRO, 2022, pp. 152 y ss.

⁴⁷ El proyecto de la Ley Nº 20.899 incorporaba la intervención de un Comité Consultivo asesor del Director del SII, cuyo dictamen no era vinculante. BCN, *Historia de la Ley Nº 20.899*, pp. 19, 124-125, 346. El proyecto de la Ley Nº 21.210 incorporaba la intervención obligatoria de una Comisión Anti-Elusión y de un Comité Especial del SII. BCN, *Historia de la Ley Nº 21.210*, pp. 487 y ss.

⁴⁸ El proyecto de reforma tributaria del 2022 facultaba al SII para aplicar la NGA administrativamente.

Mientras esta modificación no se materialice, el procedimiento aplicable seguirá siendo una importante diferencia entre la aplicación de una NGA y la aplicación de una NEA.

2. *Carga de la prueba*

Una segunda consecuencia relevante se refiere a la distinta carga de la prueba u *onus probandi*. La carga de la prueba se refiere a las reglas que “distribuyen la responsabilidad de aportar antecedentes en el proceso”⁴⁹; responde a la interrogante quién debe probar la existencia de elusión. Mientras en la NGA la carga de la prueba pesa en el SII, por expresa disposición del inciso final del artículo 4° bis del CT, en las NEA rigen las reglas generales, establecidas en el artículo 21 del CT.

En la carga de la prueba de la NGA, el artículo 4° bis del CT resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 132 inciso cuarto del CT, es decir, cada parte deberá acreditar sus respectivas pretensiones dentro del procedimiento. El SII deberá probar la existencia de abuso de las formas jurídicas o simulación, como modalidades de la NGA. El contribuyente tendrá la oportunidad procesal, en sede administrativa y en sede judicial, para oponerse a tal declaración, aportando las pruebas que acrediten la economía de opción.

En cuanto al objeto de la prueba, el SII debe acreditar la existencia de los elementos que configuran la modalidad de la NGA que se intenta aplicar. El SII deberá acreditar el ahorro tributario y la no superación del test de relevancia, en el caso del abuso de las formas jurídicas; o bien, la disimulación de alguno de los cuatro aspectos vinculados con la obligación tributaria, en el caso de la simulación⁵⁰. Para ello, contará con la información que le proporcione el contribuyente en la respuesta a la citación, los datos consignados en sus declaraciones de impuestos y toda aquella información del contribuyente que otras administraciones (nacionales o extranjeras) o terceros hayan remitido.

En cuanto a los efectos jurídicos de la prueba, hay que distinguir dependiendo de si la prueba aportada resulta suficiente o no para acreditar los elementos que configuran la modalidad de NGA que se intenta aplicar. Solo si es suficiente, el efecto jurídico es que se entiende configurada la elusión y el SII queda habilitado para recalificar la conducta del contribuyente⁵¹. En este sentido, rige la carga de la prueba como regla residual, es decir, debido a que la carga de la prueba es del SII, la ausencia o insuficiencia de prueba perjudica a los intereses o pretensiones de quien tenía la responsabilidad de probar⁵².

En cuanto a la valoración de la prueba, esta se realiza de acuerdo con el sistema de libre valoración. El estándar de prueba, es decir, el umbral con el que puede afirmarse que un hecho se encuentra suficientemente probado⁵³, no está establecido por la ley;

⁴⁹ OSORIO, 2019, p. 189.

⁵⁰ El SII también tiene la carga de acreditar la configuración de la infracción del artículo 100 bis del CT. El Tribunal Constitucional, Rol 244-1996, hace aplicable de manera matizada los principios penales al ámbito sancionador, incluida la presunción de inocencia.

⁵¹ NAVARRO y TOLEDO, 2022, pp. 26 y ss.

⁵² HUNTER, 2016, pp. 218-221.

⁵³ OSORIO, 2019, p. 191.

entendiendo que el cobro de impuestos eludidos no debe ser considerado una sanción, se entiende que el estándar que rige es el de “mera prevalencia”, es decir, basta con que existan mayores probabilidades de que un hecho sea efectivo a que no lo sea. La valoración de la prueba se realiza en sede judicial, por el TTA, como órgano independiente e imparcial. Esta característica es el principal argumento para defender que la compleja actividad que supone declarar la elusión por aplicación de la NGA se realice en sede judicial.

Esta diferencia de la carga de la prueba entre la NGA y las NEA podría ser una explicación de la escasez de requerimientos del SII para que se declare la elusión judicialmente⁵⁴. La regla general aplicable a las NEA es que el contribuyente tenga que acreditar la veracidad de sus declaraciones con la documentación correspondiente; además, se suelen establecer ficciones legales o presunciones jurídicas a favor de la Administración tributaria⁵⁵.

3. *Monto de los impuestos eludidos*

Una tercera consecuencia es el monto de los impuestos eludidos que es posible perseguir. En efecto, tratándose de la NGA el artículo 4º quinquies del CT establece que la declaración de elusión solo puede ser requerida respecto de obligaciones tributarias eludidas por un monto superior a 250 unidades tributarias mensuales (en adelante UTM).

En cuanto a la justificación de este umbral como condición de aplicabilidad de la NGA es importante aclarar que no figuraba en el proyecto de ley original. Su incorporación se produjo durante la tramitación de la Ley Nº 20.780; primero, en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados y solo para el abuso de las formas jurídicas; después, en la Comisión de Hacienda del Senado para el abuso de las formas jurídicas y para la simulación⁵⁶. Se entiende claramente que el sentido de este requisito es evitar la aplicación de la NGA en obligaciones tributarias de poca relevancia económica; sin embargo, el Ejecutivo nunca explicó expresamente cómo se determinó que 250 UTM era un umbral razonable.

Un aspecto que ha sido objeto de dudas es la forma en que se debe calcular este umbral de 250 UTM. El artículo 4º quinquies inciso segundo del CT dispone que este monto debe ser determinado por la Administración tributaria “a la fecha de la presentación del requerimiento” del Director del SII ante el TTA correspondiente. Por su parte, el SII aclaró que este monto no incluye los recargos por interés o multa que se pudiesen declarar⁵⁷. Por tanto, la dogmática tributaria concluye que el umbral de 250 UTM se debe calcular comprendiendo el monto de los impuestos eludidos reajustados⁵⁸, y que

⁵⁴ NAVARRO, TOLEDO *et al.*, 2021, pp. 34-35.

⁵⁵ Así, artículo 70 LIR.

⁵⁶ BCN, *Historia de la Ley Nº 20.780*, pp. 319, 798 y 1393.

⁵⁷ SII, Circular Nº 65/2015, p. 21.

⁵⁸ UGALDE, 2018b, p. 34.

la diferencia de impuestos provisoria debe estar suficientemente fundada en los antecedentes de hecho y de derecho que se acompañan al requerimiento⁵⁹.

Otro aspecto dudoso es el número de operaciones que pueden ser consideradas por el SII para cumplir con este umbral de 250 UTM. Se entiende claramente que, si el objeto del requerimiento de la Administración tributaria es un solo acto que se considera elusivo, entonces este umbral debe cumplirse con este solo acto. Sin embargo, la situación es dudosa si el objeto del requerimiento del SII está constituido por varios actos que se consideran elusivos. ¿Está habilitado el SII para sumar los montos de distintos actos y así cumplir con el umbral exigido? No es una situación que haya sido aclarada expresamente; sin embargo, parece adecuado sostener que, si el objeto del requerimiento está constituido por varios actos, el ente fiscalizador está habilitado para sumar los montos de los distintos actos que constituyen el objeto de su requerimiento. No se debe olvidar que en el abuso de las formas jurídicas —no en la simulación— el legislador señala expresamente que el ahorro tributario se obtendría de uno o más actos individualmente considerados o en su conjunto. Sin embargo, este umbral se debe determinar respecto de actos en que la acción de fiscalización del SII no esté prescrita⁶⁰.

Tratándose de la aplicación de las NEA, este umbral de 250 UTM no existe. El SII está habilitado para perseguir conductas que configuren el supuesto de aplicación de una NEA, aunque se trate de obligaciones tributarias poco relevantes desde el punto de vista económico.

4. *Responsabilidad de diseñadores y planificadores de elusión*

Una cuarta consecuencia es la posibilidad de perseguir la responsabilidad de diseñadores y planificadores de la elusión. En efecto, tratándose de la NGA se estableció, en el artículo 100 bis del CT, una sanción para la persona natural o jurídica respecto de quien se acredite haber diseñado o planificado los actos, contratos o negocios constitutivos de elusión.

La inspiración directa de la figura se encuentra en los postulados de la OCDE⁶¹ —del CIAT en su redacción⁶²— y su importancia en el estatuto antielusivo chileno es tal, que se ha afirmado que el objetivo esencial de la NGA es establecer la tributación correspondiente en los casos de elusión y, además, sancionar a los asesores que participaron en su diseño o planificación⁶³.

La infracción se justificaría como una medida para “atacar y acabar con la elusión tributaria desde lo que se considera su origen”⁶⁴. Es una sanción que parte del supuesto de que quienes más eluden son los contribuyentes que tienen acceso a asesoría tributaria

⁵⁹ BOETSCH, 2016, p. 192.

⁶⁰ NAVARRO, TOLEDO *et al.*, 2021, pp. 39-40.

⁶¹ OCDE, 2008, p. 20 y OCDE, 2013, pp. 44-45.

⁶² CIAT, 2015, artículo 160.

⁶³ FAÚNDEZ, 2016, p. 111.

⁶⁴ GARCÍA y ÁLVAREZ, 2014, p. 65.

profesional; se establece con una finalidad disuasiva⁶⁵. Este tipo de sanciones desplaza los costos del control desde el Estado a los asesores fiscales, quienes evitan diseñar o planificar actos constitutivos de elusión por temor al castigo⁶⁶.

Esta sanción figuraba en el proyecto de la Ley Nº 20.780, que el Ejecutivo remitió al Parlamento⁶⁷. Sin embargo, durante su tramitación se criticó que afectaba la libertad de trabajo del asesor fiscal, el principio de legalidad y la certeza jurídica, y que podía entrar en conflicto con el secreto profesional⁶⁸. Por ello se introdujeron modificaciones, por medio de indicaciones del Ejecutivo, tanto en la Comisión de Hacienda de la Cámara de Diputados como en la del Senado⁶⁹.

Los cambios más relevantes que se introdujeron a esta disposición normativa durante la tramitación parlamentaria de la Ley Nº 20.780 son: (a) la forma de individualizar al sujeto activo; (b) restricción en la conducta sancionada; (c) precisión respecto de la responsabilidad de directores o representantes legales; (d) oportunidad procesal en que se podrá aplicar la multa; (e) prescripción de la acción para perseguir esta sanción; y (f) establecimiento de un tope a la sanción aplicable. Los tres últimos cambios fueron, además, precisados, por la Ley Nº 20.899 y el tope de la sanción también por la Ley Nº 21.210.

En cuanto a la forma de individualizar al sujeto activo, se pasó de una enumeración específica de profesionales (asesor, abogado, contador, auditor, sociedad o empresa) a una fórmula general (persona natural o jurídica), con lo que se reducen las dificultades de determinarlo⁷⁰.

En cuanto a la conducta sancionada, se sancionaba “diseñar, planificar o implementar”, eliminándose “implementar”, con lo que en la actualidad no es relevante quién implemente la planificación elusiva⁷¹. No obstante, sí es relevante que la planificación tributaria sea implementada porque se trata de una infracción de resultado y no de mera actividad⁷².

En cuanto a los responsables de la sanción, se realizó una precisión. En un principio se establecía la posibilidad de perseguir la responsabilidad pecuniaria en la persona jurídica y, además, en sus directores o representantes legales, sin condición; al final se estableció que solo se podía perseguir la responsabilidad de directores o representantes legales que hubieren infringido sus deberes de dirección y supervisión.

En cuanto a la oportunidad procesal en que se podrá aplicar la multa que impone esta infracción, la Ley Nº 20.899 aclaró que esta multa solo podía ser aplicada cuando la sentencia que declare la elusión se encuentre firme y ejecutoriada.

En cuanto a la prescripción de la acción para perseguir esta infracción, la Ley Nº 20.780 estableció el plazo de seis años contado desde el vencimiento del plazo para

⁶⁵ OCDE, 2008, p. 5.

⁶⁶ BLÁZQUEZ, 2003, p. 38.

⁶⁷ BCN, *Historia de la Ley Nº 20.780*, p. 69.

⁶⁸ NAVARRO, 2021, p. 325.

⁶⁹ BCN, *Historia de la Ley Nº 20.780*, pp. 312, 320, 804, 1179, 1404 y 2484.

⁷⁰ NAVARRO, 2021, p. 348.

⁷¹ AVILÉS, 2014, p. 250.

⁷² NAVARRO, 2021, p. 357.

declarar y pagar los impuestos eludidos. La Ley N° 20.899 aclaró que este plazo se suspenderá desde la fecha en que el SII solicite la declaración judicial de elusión hasta la notificación de la sentencia firme y ejecutoriada que la resuelva.

En cuanto al establecimiento de un tope a la sanción aplicable, originalmente se establecía una multa del 100% de todos los impuestos que deberían haberse enterado en arcas fiscales de no mediar los actos constitutivos de elusión, sin tope. La Ley N° 20.780 estableció un tope máximo a esta multa, de 100 unidades tributarias anuales (en adelante UTA). La Ley N° 21.210 modificó esta multa estableciendo un tope máximo de 250 UTA para el caso de reiteración. Aparentemente, podría estimarse que este último cambio supone un aumento en la multa de asesores tributarios; sin embargo, en casos de más de dos reiteraciones podría operar como tope⁷³.

Tratándose de la aplicación de las NEA, la infracción del artículo 100 bis del CT no resulta aplicable.

III. CASOS COMPLEJOS ACERCA DE LA APLICABILIDAD DE LA NGA

1. *Caso en que no se configura una NEA por falta de un requisito*

Por el carácter taxativo y cerrado del supuesto de hecho de una NEA, es habitual que para su configuración se exija la concurrencia de dos o más requisitos expresamente mencionados. Si en un caso concreto la Administración tributaria no puede aplicar una NEA por faltar uno o más de los requisitos expresamente mencionados ¿podría aplicar la NGA?

Para clarificar este caso usaremos el ejemplo de la NEA contenida en el artículo 17 de la Ley N° 16.271⁷⁴, propuesto por Osorio y González⁷⁵: un padre y un hijo celebran un contrato de renta vitalicia, en donde el padre transfiere a su hijo un bien raíz avaluado en \$ 150.000.000 y, como contrapartida, el hijo se obliga a pagar una renta de \$ 1.000.000 anuales, por el resto de la vida de su padre; el padre fallece a los cinco años y un mes de celebrado el contrato de renta vitalicia. En este ejemplo no resulta aplicable la NEA del artículo 17 de la Ley N° 16.271 por faltar el requisito del plazo: se exige que el contrato de renta vitalicia se haya suscrito dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante y han transcurrido cinco años y un mes. ¿Podría aplicarse la NGA?

⁷³ NAVARRO, 2021, p. 341.

⁷⁴ El artículo 17 inciso segundo de la Ley N° 16.271 dispone: “También se considerarán adquiridos por sucesión por causa de muerte los bienes dado en pago a título de renta vitalicia a personas que, a la fecha de la delación de la herencia, sean herederos del rentista, siempre que el instrumento constitutivo de la pensión se haya suscrito dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento del causante. El impuesto se devengará al fallecimiento del causante, se calculará sobre el valor total de los bienes dados en pago por la renta vitalicia, con deducción del impuesto que se hubiere pagado por la constitución de la renta vitalicia y se pagará de acuerdo con las normas de esta ley”. El destacado es nuestro.

⁷⁵ OSORIO y GONZÁLEZ, 2022, pp. 281-283.

Habitualmente este tipo de casos se intenta resolverlos aplicando una técnica de interpretación literal fundamentada en el argumento *a contrario sensu*. La aplicación de este argumento implica la creación de una nueva norma por parte del intérprete que, de manera estructural, está formada por la negación del antecedente y la negación del consecuente de la norma creada por el legislador⁷⁶; así, de la norma “Si X, entonces Y” se extrae una nueva norma “Si no X, entonces no Y”.

En el ejemplo, la nueva norma extraída podría expresarse así: “si una persona celebra un contrato de renta vitalicia con sus herederos y fallece después de transcurridos los cinco años siguientes, entonces los bienes dados en pago a título de renta vitalicia no se considerarán adquiridos por causa de muerte y, por tanto, no se devengará el impuesto a las herencias”.

La utilización del argumento *a contrario sensu* permitiría afirmar que la situación en que no se cumplen los requisitos del supuesto de hecho de una NEA está regulada por el legislador y, por tanto, en virtud de la regla del artículo 4º bis inciso cuarto del CT, no podría aplicarse la NGA. Este argumento es muy disuasivo y es utilizado frecuentemente en documentos jurídicos.

Para utilizar correctamente el argumento *a contrario sensu* se requiere partir de un bicondicional. Es frecuente utilizar este argumento partiendo de un condicional, configurando una falacia argumentativa denominada “negación del antecedente”; en efecto, desde un punto de vista lógico, de un condicional puede concluirse que, si se verifica el antecedente, entonces se verifica el consecuente; sin embargo, nada se puede deducir del caso en que no se verifica el antecedente.

Si el artículo 17 de la Ley Nº 16.271 se califica como una definición que determina cuáles bienes se consideran adquiridos por causa de muerte; entonces, este artículo contiene un bicondicional y procede la aplicación correcta del argumento *a contrario sensu*. Por el contrario, si tal artículo solo contiene un enunciado de bienes que se consideran adquiridos por causa de muerte, al que pueden incorporarse más bienes; entonces, este artículo contiene un condicional y la aplicación del argumento *a contrario sensu* implicaría una falacia.

El criterio de la Administración tributaria ha sido que el caso en que no se cumplen los requisitos de una NEA no se puede considerar regulado por esa NEA y, por ello, de conformidad con el artículo 4º bis inciso cuarto del CT, podría resultar aplicable la NGA. Este criterio se ha expresado en los Oficios de SII 1305/2019 y 4/2021.

Entendemos que esta situación puede generar incertidumbre jurídica para el contribuyente; sin embargo, ello se verá compensado porque, ante la falta de un requisito para configurar una NEA, la aplicación de la NGA no es directa. En efecto, la NGA podría resultar aplicable solo en la medida que el SII pruebe todos los hechos necesarios para acreditar la configuración de los elementos que constituyen la modalidad de la NGA respectiva. La positivización de las NGA es el resultado de un equilibrio interno estratégico y difícil de alcanzar; su fundamento radica en que la lesión de la seguridad

⁷⁶ TOLEDO, 2020, pp. 66-68.

jurídica tiene como contrapartida una garantía para el contribuyente, que está representada por el estatuto de las NGA⁷⁷. Para estos efectos, el SII no podrá valerse de las ficciones legales y presunciones jurídicas que suelen contener las NEA.

2. *Caso de operaciones elusivas complejas cubiertas parcialmente por una NEA*

Una operación elusiva compleja es aquella donde la elusión se produce como consecuencia de la realización de un conjunto de hechos o actos jurídicos. Si en un caso de operación elusiva compleja en uno o algunos de los hechos o actos jurídicos que la componen es aplicable una NEA, es decir, parte del ahorro impositivo es descrito en el supuesto de hecho de una NEA ¿puede no aplicarse la NEA y aplicarse la NGA para perseguir la operación elusiva en su conjunto?

Para clarificar este caso usaremos como ejemplo un caso anterior a la modificación que introdujo la Ley N° 21.210, relativo al ingreso no renta regulado en el artículo 107 LIR. El contribuyente pudo crear artificialmente una presencia bursátil y, cumpliendo las demás exigencias legales, generar un ingreso no renta en condiciones que tal supuesto puede configurar el abuso de las formas jurídicas⁷⁸. Adicionalmente, el valor de la enajenación de las acciones es notoriamente superior al valor comercial o del corriente en plaza y se cumple el supuesto de aplicación de la regla de tasación del artículo 64 del CT. La regla del artículo 4° bis inciso cuarto del CT ¿obliga a aplicar la tasación e impide aplicar la NGA?

La aplicación subsidiaria de la NGA respecto de la NEA se fundamenta en el carácter especial de la NEA. Como destaca Zorzetto, la noción de especialidad está lógicamente relacionada con la de generalidad; en la afirmación “la norma X es especial” el atributo de especialidad se atribuye a la norma X porque aquello a lo que se refiere se considera una especie de un género⁷⁹. Debido a la amplitud del supuesto de hecho de una NGA lo habitual será que su campo de aplicación coincida parcialmente con el campo de aplicación de una NEA.

Zorzetto distingue distintas relaciones que se darían entre una regla especial y una regla general⁸⁰; la relación que existe entre una NEA y una NGA es que son deónticamente compatibles; ambas persiguen la elusión. Una NEA tiene un supuesto de aplicación cerrado, dando más certeza al contribuyente y facilitando la fiscalización a la Administración tributaria; por esto el legislador chileno optó por la aplicación subsidiaria de la NGA respecto de la NEA. Una NGA tiene un supuesto de aplicación abierto y por eso el estatuto jurídico de aplicación de una NGA (procedimiento, carga de la prueba, monto de los impuestos eludidos y responsabilidad de asesores) difiere sustancialmente de aquel propio de las NEA.

⁷⁷ CIPOLLINA, 2017, pp. 11 y 48.

⁷⁸ Ver VERGARA, 2022.

⁷⁹ ZORZETTO, 2023, pp. 6-7.

⁸⁰ ZORZETTO, 2012, pp. 12-14.

Se opina que en el caso de una operación elusiva compleja en que sea aplicable solo parcialmente una NEA, resulta aplicable la NGA. Lo relevante es que el supuesto de aplicación de la regla del artículo 4° bis del CT, que ordena aplicar una NEA por sobre la NGA, es que el mismo caso sea cubierto totalmente por una NEA y una NGA, es decir, debe existir una coincidencia total entre sus ámbitos de aplicación. Por tanto, en el caso descrito resulta aplicable la NGA, sin que implique vulnerar la regla del artículo 4° bis del CT.

3. *Caso de aplicación de NGA y normas que persiguen la evasión*

Considerando que una modalidad de la NGA es la simulación, donde se intenta ocultar uno o más aspectos de una obligación tributaria existente ¿podría perseguirse la responsabilidad del contribuyente por la configuración de un ilícito penal y, además, aplicar la NGA para corregir los efectos tributarios del ahorro tributario indebido?

Para clarificar este caso usaremos como ejemplo el supuesto de aplicación del artículo 33 bis N° 2 del CT. Una empresa, contribuyente de primera categoría, efectúa inversiones y obtiene rentas pasivas del extranjero⁸¹ utilizándolas maliciosamente para disminuir la tributación de los impuestos finales de sus propietarios, socios o accionistas. ¿Podría aplicarse el artículo 97 N° 4 del CT para perseguir la responsabilidad penal y, además, la NGA por simulación para obtener el cobro de los impuestos finales?

El artículo 4° bis del CT ordena aplicar una NEA por sobre la NGA entendiendo que ambas disposiciones persiguen la elusión. Sin embargo, la relación entre la aplicación de una NGA y la persecución de una eventual responsabilidad penal derivada de la conducta elusiva no es un tema que se encuentre resuelto expresamente en Chile.

Ante este vacío de la legislación, en la dogmática chilena algunos entienden que la regulación de la simulación en el artículo 4° quáter del CT supuso una despenalización de los supuestos de simulación del artículo 97 N° 4 inciso tercero del CT⁸² o la derogación tácita y parcial del citado injusto penal⁸³. Otros estiman que en los casos tipificados como delitos se estaría ante un caso especial de simulación al que resultaría aplicable la regla del artículo 4° bis del CT⁸⁴. Otros señalan que las conductas abusivas no son típicas, pero sí las simuladas⁸⁵. Finalmente, otros consideran que ante la amplitud de las conductas del artículo 97 N° 4 del CT bien se podrían incluir supuestos de elusión (abuso)⁸⁶.

La Administración tributaria sostiene que si se está tramitando el procedimiento del artículo 4° quinquies del CT y el SII detecta indicios de la comisión de un ilícito tributario sancionable con pena privativa de libertad, no se iniciará (o continuará) con

⁸¹ Artículo 41G LIR.

⁸² VERGARA, 2016, pp. 368-369 y 383.

⁸³ MATUS, 2017, pp. 80-81.

⁸⁴ MATUS, 2014, pp. 65-266 y BEDECARRATZ, 2019, pp. 10-11.

⁸⁵ HADWA, 2019, pp. 31 y ss.

⁸⁶ BEDECARRATZ, 2019, pp. 11 y ss.; OSORIO y ORRICO, 2016, p. 31.

su tramitación y se remitirán los antecedentes al Comité de Análisis de Casos⁸⁷. Si se opta por seguir la vía penal, finaliza el procedimiento de calificación de actos o negocios como elusivos⁸⁸. Sin embargo, la instrucción no especifica cómo se perseguiría la correcta determinación de los impuestos si decide querrellarse o presentar una denuncia en sede penal.

Se considera que se deben distinguir dos aspectos distintos: la correcta determinación impositiva y el castigo penal de la conducta⁸⁹. La relación entre ambas no está regulada expresamente en la legislación tributaria, pues no está contemplada en la regla del artículo 4° bis inciso cuarto del CT. El efecto jurídico de la declaración de simulación del artículo 4° quáter del CT es el cobro de los impuestos; por tanto, perfectamente se podrían corregir los efectos tributarios de la simulación y, dándose los requisitos legales, aplicar una pena por la configuración de un ilícito penal.

En la legislación tributaria chilena se regula una situación en que se recoge esta distinción. En efecto, el artículo 63 de la Ley N° 16.271 establece la facultad del SII para investigar si las obligaciones impuestas a las partes por cualquier contrato son efectivas y si realmente dichas obligaciones se han cumplido⁹⁰ y, a continuación, el artículo 64 contempla un delito aplicable a las personas que figuren como partes en los actos o contratos del artículo 63, a quienes se les compruebe una actuación dolosa encaminada a burlar el impuesto y aquellas que, a sabiendas, se aprovechen del dolo. Para su castigo, la disposición remite al N° 4 del artículo 97 del CT. La doctrina entiende que este delito sanciona una conducta simulada⁹¹. En consecuencia, legalmente se contempla una corrección del incumplimiento de las obligaciones tributarias (artículo 63 de la Ley N° 16.271), y un castigo mediante la imposición de una pena (artículo 64 de la misma ley).

IV. CONCLUSIÓN

Una NGA es una norma jurídica estructurada por un supuesto de hecho genérico, definido por el legislador como constitutivo de elusión, cuya consecuencia jurídica consiste en la asignación de facultades a la Administración tributaria para desconocer el acto o negocio elusivo y aplicar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir. Una NEA es una norma jurídica estructurada por un supuesto de hecho cerrado y taxativo, considerado por el legislador como constitutivo de elusión, cuya consecuencia jurídica consiste en la asignación de facultades a la Administración tributaria para aplicar un efecto de carácter económico definido expresamente en la ley, con el fin de compensar el régimen jurídico-fiscal que se ha tratado de eludir.

⁸⁷ SII, Circular N° 58/2022.

⁸⁸ SII, Circular N° 65/2015, pp. 17-18.

⁸⁹ NAVARRO, 2022, p. 156; OSORIO, 2022.

⁹⁰ Para ZURITA, 2019, p. 184, estas dos hipótesis corresponden a casos de simulación.

⁹¹ HADWA, 2019, pp. 33-34.

La NGA se incorporó al sistema tributario chileno el 2014, con la Ley Nº 20.780. Antes de ello, en la lucha contra la elusión se dictaron numerosas NEA –y se siguen dictando– con lo que el ámbito de aplicación de estas es amplio. Por ello, resulta fundamental precisar el ámbito de aplicación de una NGA en relación con las NEA.

En este sentido, el artículo 4º bis del CT establece una regla de subsidiariedad, esto es, de aplicación preferente de la NEA por sobre la NGA. Por razones de seguridad jurídica, se hace necesario determinar los efectos jurídicos que derivan de la opción del legislador de excluir la aplicación de la NGA cuando es aplicable una NEA.

Un primer efecto derivado de la aplicación de la regla de subsidiariedad establecida en la legislación chilena es que existen dos mecanismos antielusivos distintos, uno de carácter general y otro especial, que tienen estatutos jurídicos diversos en cuanto al procedimiento para su aplicación, la carga de la prueba, el monto de los impuestos eludidos como requisito de procedencia y a si se aplican o no sanciones para el asesor tributario. Además, en lo que representa una excepción a nivel comparado, el legislador consideró necesario que un TTA fuese quien declarase la elusión, de lo que se sigue que el acto administrativo terminal solo se dictará si existe sentencia favorable para el SII –luego de tramitado el procedimiento judicial– que ordene su dictación.

Un segundo efecto derivado de la regla de subsidiariedad se refiere a los siguientes tres casos complejos en que no es claro si resulta aplicable la NGA:

Primero, el caso en que no se configura una NEA por falta de un requisito. Estimamos que la NGA podría resultar aplicable. La NGA no resultará aplicable cuando la NEA tenga el carácter de definición y, por tanto, esté estructurada como un bicondicional; de ser así, se podrá resolver el caso interpretando la NEA *a contrario sensu*. Por el contrario, la NGA sí resultará aplicable cuando la NEA solo tenga el carácter de enunciado condicional; de ser así, no se debe resolver el caso interpretando *a contrario sensu* la NEA porque esta falacia argumentativa implica la creación de una norma tributaria por el intérprete; por tanto, si no concurre un requisito de la NEA, esta no resulta aplicable y la NGA puede ser aplicada al caso concreto, en la medida que se pruebe la existencia de los elementos que la configuran.

Segundo, el caso de operaciones elusivas complejas cubiertas parcialmente por una NEA. Se estima que la NGA resulta aplicable. El presupuesto de la regla de subsidiariedad es que la NEA y la NGA capten íntegramente el ahorro tributario elusivo obtenido por el contribuyente. Si el ahorro tributario excede a la NEA, la NGA resulta aplicable al caso concreto.

Tercero, el caso de aplicación de la NGA en relación con normas que persiguen la evasión. Se considera que, a pesar de lo instruido por el SII, no existe incompatibilidad entre aplicar la NGA por simulación y perseguir la responsabilidad penal por la conducta implementada si esta es típica. Se deben distinguir dos efectos jurídicos distintos: el cobro de los impuestos eludidos y el castigo por la realización de una conducta indebida.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, Luis, 2016: *Sociedades profesionales interpuestas. Problemática fiscal y penal*, Madrid: Marcial Pons.
- AVILÉS, Víctor, 2014: *Legalidad tributaria y mecanismos antielusión* (2ª edición), Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- AVILÉS, Víctor y BOETSCH, Cristián, 2019: "Comentario sobre sentencia que sanciona a la elusión sin aplicar la norma general antielusión", *Sentencias Destacadas 2018*, N° 15, pp. 143-184.
- BEDECARRATZ, 2019: "Elusión y evasión tributaria: entre la vía contravencional y la penal", *Doctrina y jurisprudencia penal. Delitos tributarios*, N° 38, pp. 3-18.
- BCN. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.780*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4406/>.
- BCN. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 20.899*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/4829/>.
- BCN. BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE, *Historia de la Ley N° 21.210*. Disponible en: <https://www.bcn.cl/historiadelaley/nc/historia-de-la-ley/7727/>.
- BLÁZQUEZ, Alejandro, 2003: "El régimen jurídico de la asesoría fiscal en Estados Unidos", *Crónica Tributaria*, N° 109, pp. 37-47.
- BOETSCH, Cristián, 2016: *La norma general antielusión. Análisis desde la perspectiva del derecho privado*, Santiago: Ediciones UC.
- CHUMACERO, Renzo, 2018: "Tras la búsqueda de una sana convivencia: Normas antielusivas generales y específicas en el Derecho Tributario peruano", *Revista del Instituto Peruano de Derecho Tributario*, N° 65, pp. 239-264.
- CIAT, 2015: *Modelo de Código Tributario del CIAT*. Disponible en https://www.ciat.org/Biblioteca/DocumentosTecnicos/Espanol/2015_Modelo_Codigo_Tributario_CIAT.pdf.
- CIPOLLINA, Silvia, 2017: "Le 'General Anti Avoidance (Abuse) Rule' in Italia nel Regno Unito: un'analisi comparatistica", *Rivista di diritto finanziario e scienza delle finanze*, N° 76, pp. 4-50.
- DELGADO, Abelardo, 2018: *Las normas generales antielusión en la jurisprudencia tributaria española y europea*, Cizur Menor Navarra: Editorial Aranzadi.
- FAÚNDEZ, Antonio, 2016: "Problemas de aplicación de las normas antielusión", *Revista de Estudios Tributarios*, N° 16, pp. 101-122.
- FERREIRO, José, 2001: "Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal", *Quincena Fiscal*, N° 8, pp. 9-24.
- GARCÍA, Jaime, 2005: "La naturaleza jurídica de la elusión tributaria", *Revista de Derecho (Consejo de Defensa del Estado)*, N° 13, pp. 123-140.
- GARCÍA, Jaime y ÁLVAREZ, Carolina, 2014: "Análisis de algunos aspectos de una rabiosa reforma stalinista: la cláusula general antielusiva y la sanción que propone el artículo 100 bis del Código Tributario", *Revista Actualidad Jurídica*, N° 30, pp. 49-78.
- GARCÍA, César, 2004: *La cláusula antielusiva en la nueva LGT*, Madrid: Marcial Pons.
- HADWA, Marcelo, 2019: "Evasión y elusión tributaria. Un breve análisis desde el punto de vista penal de las categorías conceptuales de economía de opción, fraude a la ley y de simulación", *Doctrina y jurisprudencia penal. Delitos tributarios*, N° 38, pp. 19-41.
- HUNTER, Iván, 2016: "¿Es la presunción de legalidad en el contencioso administrativo una regla de carga de la prueba?", en ARANCIBIA, Jaime y ROMERO, Alejandro (coords.) *La prueba en la litigación pública* (Librotecnia), pp. 211-231.
- MASBERNAT, Patricio y RAMOS, Gloria, 2019: "The general anti-avoidance rule in Chile and its application", *Studi Tributari Europei*, Vol. 9; pp. 51-63.

- MASSONE, Pedro, 2016: *Principios de derecho tributario*, Tomo I, (4ª edición), Santiago, Thomson Reuters.
- MATUS, Jean Pierre, 2014: “Aspectos penales de la reforma tributaria”, *Revista de Derecho. Escuela de Postgrado*, Nº 6, pp. 261-268.
- MATUS, Marcelo, 2017: “La elusión tributaria y su sanción en la Ley Nº 20.780. Hacia un concepto de negocio jurídico elusivo”, *Ius et Praxis*, Nº 1, Año 23, pp. 67-90.
- MONTECINOS, Jorge, 2000: “De la elusión y la evasión tributaria”, *Revista de Derecho, Universidad de Concepción*, Nº 207, año LVIII, pp. 151-162.
- MORESO, José Juan; VILAJOSANA, Josep Maria, 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- NAVARRO, María Pilar, 2021: *Normas generales antielusión y su sanción en el derecho chileno*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO, María Pilar, 2022: “Acerca del carácter objetivo de las normas generales antielusivas chilenas”, *Ius et Praxis*, Nº 1, Año 28, pp. 141-161.
- NAVARRO, María Pilar; TOLEDO, Patricia y otros, 2021: *Informe subcomisión 6: combate a la elusión y evasión*. Disponible en: <https://fesit.cl/wp-content/uploads/2022/06/Informe-elusion-FESIT-2022-1.pdf>
- NAVARRO, María Pilar; TOLEDO, Patricia, 2023: “Función de la norma general antielusión en la interpretación tributaria”, *Dikaion*, 32, <https://doi.org/10.5294/dika.2023.32.1.11>
- OCDE, 2008: *Study into the Role of Tax Intermediaries*, Paris, OCDE.
- OCDE, 2013: *Lucha contra la erosión de la base imponible y el traslado de beneficios*, París, OECD.
- OSORIO, Hugo y GONZÁLEZ, Jaime, 2016: “De la elusión. Aproximación teórica”, en OSORIO, Hugo y otros, *Elusión. Un estudio sobre la Elusión*, Santiago, Librotecnia.
- OSORIO, HUGO, 2019: “Carga de la prueba y estándar probatorio en los procedimientos sancionatorios tributarios”, *Revista de Estudios Tributarios*, Nº 21, pp. 185-207.
- OSORIO, Hugo, 2022: “De qué hablamos cuando hablamos de elusión”, en OSORIO, Hugo y otros, *Un estudio sobre la Elusión*, Santiago de Chile, Librotecnia.
- OSORIO, Hugo y GONZÁLEZ, Jaime, 2022: “La cláusula nacional. Elementos comunes”, en OSORIO, Hugo y otros, *Un estudio sobre la Elusión*, Santiago de Chile, Librotecnia.
- PISTONE, Pasquale, 1995: *Abuso del diritto ed elusione fiscale*, Padova: Cedam.
- SAFFIE, Francisco, 2021: “¿Por qué fiscalizar la elusión mediante una cláusula general antielusión? Historia de su establecimiento en Chile y los debates políticos que genera”, en ATRIA, Jorge y OTERO, Cristóbal (edit.), *Impuestos justos para el Chile que viene. Diagnósticos y desafíos tributarios para un nuevo pacto fiscal*, Santiago, Fondo de Cultura Económica.
- TOLEDO, Patricia, 2018: “Principio de igualdad en materia tributaria: Reconstrucción racional de la jurisprudencia constitucional española”, *Revista de Derecho (Valdivia)*, Vol. 31, Nº 1, pp. 251-271.
- TOLEDO, Patricia, 2020: “Interpretación extensiva del Derecho tributario y la prohibición de aplicación de la ley por analogía”, en FAÚNDEZ, Antonio y SAFFIE, Francisco, *Interpretación de la ley tributaria*, Santiago, Thomson Reuters.
- TOLEDO, Patricia, 2022a: “Presentación”, en OSORIO, Hugo y otros, *Un estudio sobre la Elusión*, Santiago, Librotecnia.
- TOLEDO, Patricia y otros, 2022b: *Elusión y evasión. Comisión de Estudios del Proyecto de Reforma Tributaria (Boletín Nº 15170-5)*. Disponible en https://fesit.cl/wp-content/uploads/2022/08/Informe-FESIT.-Elusion-y-evasion_12.08.2022-3.pdf.
- UGALDE, Rodrigo; GARCÍA, Jaime, 2007: *Elusión, planificación y evasión tributaria*. Santiago: Lexis Nexis.

- UGALDE, Rodrigo, 2018a: *La elusión tributaria. El abuso de las formas jurídicas y la simulación*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- UGALDE, Rodrigo, 2018b: *La elusión tributaria. La declaración judicial de la elusión*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VERGARA, Gonzalo, 2016: *Norma antielusiva general. Sobre los fines en nuestras leyes tributarias*, Santiago: Libromar.
- VERGARA, Gonzalo, 2022: "El abuso y las normas sobre acciones con presenciamiento bursátil", *Revista de Derecho Tributario*, Vol. 11, pp. 77-118.
- ZORZETTO, Silvia, 2012: "The Lex Specialis Principle and its Uses in Legal Argumentation. An Analytical Inquire". *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* N° 3, septiembre 2012-febrero 2013, pp. 61-87.
- ZORZETTO, Silvia, 2023: "Lex Specialis Principle" en SELLERS, M., KIRSTE, S. (eds.) *Encyclopedia of the Philosophy of Law and Social Philosophy*. Springer, Dordrecht. Disponible en https://doi.org/10.1007/978-94-007-6730-0_1127-1
- ZURITA, Milenko, 2019: *Manual práctico de impuesto de herencias*, Santiago: Libromar.

Normas Jurídicas

- LEY N° 16.271, de 10.07.1965, Ley de Impuesto a las herencias, asignaciones y donaciones.
- DECRETO Ley N° 825, de 31.12.1974, Código tributario chileno.
- DECRETO Ley N° 824, de 31.12.1974, Ley sobre Impuesto a la Renta.
- LEY 58/2003, de 17.12.2003, Ley General Tributaria española.
- LEY N° 20.322, de 27.01.2009, fortalece y perfecciona la jurisdicción tributaria y aduanera.
- LEY N° 20.780, de 29.09.2014, reforma tributaria que modifica el sistema de tributación de la renta e introduce diversos ajustes en el sistema tributario.
- LEY N° 20.899, de 08.02.2016, simplifica el sistema de tributación a la renta y perfecciona otras disposiciones legales tributarias.
- LEY N° 21.210, de 24.02.2020, moderniza la legislación tributaria.

Jurisprudencia

- TRIBUNAL Constitucional de España, sentencia 110/1984, de 26.11.1984.
- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de 26.08.1996, Rol 244-1996.
- CORTE Suprema, sentencia de 28.01.2003, Rol 4038-2001.
- SII. Circular N° 8, de 14.01.2010.
- SII. Circular N° 65, de 23.07.2015.
- SII. Circular N° 58, de 28.12.2022.
- SII. Oficio N° 1305, de 08.05.2019.
- SII. Catálogo de Esquemas Tributarios de 2021.
- SII. Oficio N° 4, de 13.01.2021.
- SII. Res. Ex. LTNot 0023918, de 20.12.2022.
- SII. Catálogo de Esquemas Tributarios de 2022.
- SII. Oficio N° 1031, de 03.04.2023.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100101>

Conflictos de acoso sexual en las universidades chilenas y su tratamiento restaurativo

*Isabel González Ramírez**

RESUMEN

El presente artículo analiza las opciones que puede ofrecer un tratamiento de mediación restaurativa en conflictos de acoso sexual en universidades chilenas. La investigación se fundamenta en una metodología cualitativa, de diseño descriptivo, con un acotado trabajo de campo. La que concluye que la incorporación de un tratamiento de mediación restaurativo para el abordaje de conflictos de acoso que afecta a los estudiantes en la comunidad universitaria, puede alterar el clima que se requiere para desarrollar un aprendizaje eficaz, situación que en la mayoría de las universidades se aborda mediante políticas y reglamentos que sin perjuicio de constituir un avance en la materia, no son siempre una opción válida para los afectados, ya que no permiten obtener los resultados preventivos esperados por las partes, preservar la dignidad de los afectados, ni entregar soluciones reparadoras a las víctimas.

Acoso; comunidad universitaria; mediación restaurativa

Harassment Conflicts in Chilean Universities and their Restorative Treatment

ABSTRACT

This article analyzes options that can offer a restorative mediation treatment in harassment conflicts in Chilean universities. The research is based on a qualitative methodology, descriptive design, with limited fieldwork. The one that concludes that the incorporation of a restorative mediation treatment for the approach of harassment conflicts that affect students in the university community, can alter the climate that is required to develop effective learning, a situation that in most Universities is addressed through policies and Regulations that, without prejudice to constituting progress in the matter, are not a valid option for those affected, since they do not allow obtaining the preventive results expected by the parties, preserving the dignity of those affected, or delivering reparative solutions to the victims.

Harassment conflicts; university community; restorative mediation

* Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Derecho Penal sustantivo y procedimental, Universidad Central, Chile. Doctora en Derecho Penal, Universidad de Buenos Aires, Argentina. Docente e investigadora, Universidad Central, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6845-8198> . Correo electrónico: igonalezr@ucentral.cl.

Artículo recibido el 21.8.2023 y aceptado para su publicación el 1.4.2024.

INTRODUCCIÓN

La problemática de violencia, acoso y discriminación, en adelante VAD, ha sido un tema muy discutido en los últimos años, el que ha surgido como consecuencia de las movilizaciones feministas, razón por la que varias universidades han aprobado políticas y protocolos internos destinados a prevenir y sancionar este tipo de conductas¹.

Con el avance de la normativa jurídica que sanciona estas conductas en Latinoamérica, se ha permitido el reconocimiento de estas acciones como delitos, posibilitando su sanción. Sin embargo, los contextos universitarios en donde hay acoso y hostigamiento se dificulta la posibilidad de recurrir a la denuncia, debido a que las víctimas perciben lo difícil que es este proceso que requiere prueba y que puede producir consecuencias negativas para ellas, en el ambiente universitario.

En Chile la Ley N° 21.369², del 15 de septiembre del 2021, regula la violencia, el acoso sexual y la discriminación en el ámbito de la educación superior, la que tiene como objetivo (Art. 1) promover políticas integrales orientadas a prevenir, investigar, sancionar y erradicar la violencia, el acoso sexual y la discriminación especialmente de género, y proteger y reparar a las víctimas en el ámbito de la educación superior, con la finalidad de establecer ambientes seguros y libres de violencia, acoso sexual y discriminación de género, para todas las personas que se relacionen en comunidades académicas de educación superior, con prescindencia de su sexo, género, identidad y orientación sexual. Determinando que es deber de todas las instituciones de educación superior adoptar todas las medidas conducentes para prevenir, investigar, sancionar y erradicar el VAD, para lo que se debe proteger y reparar a las víctimas en el ámbito de la educación superior, promoviendo las relaciones igualitarias de género.

Hoy, cerca de 20 universidades chilenas cuentan con políticas de prevención y sanción de la violencia, acoso y discriminación, en adelante (VAD) y con reglamentos y protocolos para abordar estos conflictos, creando comités paritarios de género y diversidad, constituido por representantes de los distintos estamentos de la universidad, que intentan promover la inclusión de la perspectiva de género y diversidad mediante políticas, procedimientos y acciones en los establecimientos educacionales superiores, entre ellas: Universidad Austral, Alberto Hurtado, Metropolitana de la Educación, Arturo Prat, Antofagasta, La Serena, Católica de Valparaíso, Los Lagos, Magallanes, Diego Portales, Central de Chile, de la Frontera, de Chile, O'Higgins, Católica de Chile, Valparaíso, Tecnológica Metropolitana, Santiago de Chile, Concepción y Tarapacá³.

En los establecimientos educacionales universitarios en Chile se manifiestan conflictos de violencia, acoso y discriminación de diversa índole, especialmente en materia de género, que se relacionan en gran medida con el acoso sexual que se produce entre los miembros de la comunidad universitaria, frecuentemente entre pares, estudiantes

¹ FERNÁNDEZ CRUZ, 2020.

² LEY 21.369, 2021.

³ FERNÁNDEZ, 2020.

que son víctimas silenciosas de estas agresiones, las que en un inicio eran en su mayoría mujeres, sin embargo hoy existe un creciente número de hombres que por temor al ridículo no denuncian.

Dichos fenómenos, en la actualidad, se abordan mediante investigaciones y procesos que terminan con medidas cautelares y sanciones, las que no siempre coinciden con las expectativas de las víctimas, provocando un estigma en la imagen de los acusados/as, creandose alianzas, que mediante rumores y comentarios en redes sociales aumentan el conflicto, el que no se resuelve, sino que se transforma en enfrentamientos entre personas que no se encontraban inicialmente vinculadas en él, lo que indica que este tipo de violencia requiere ser tratada desde un enfoque sociojurídico, con perspectiva de género, que considere el uso de sistemas restaurativos, para abordar profundamente las necesidades de las partes y lograr soluciones que cierren estos procesos de duelo.

También se abordan actualmente procedimientos preventivos de VAD, no solo dentro del ámbito universitario, sino también en situaciones en que los agresores/as se encontraban fuera de la competencia de la Universidad, mediante unidades de seguimiento que prestar atención psicológica, orientación jurídica y eventuales beneficios sociales a las víctimas⁴.

En consecuencia, nos planteamos como problema en este artículo la siguiente pregunta: ¿Qué beneficios puede aportar un tratamiento de mediación restaurativa en conflictos de acoso sexual entre estudiantes de educación superior y cuáles son los requerimientos para su implementación en las universidades chilenas?

Para lo que se plantea como posible respuesta que la incorporación de un tratamiento de mediación restaurativo para el abordaje de conflictos de acoso sexual, que afectan a los estudiantes en la comunidad universitaria, puede contribuir a mejorar el clima que se requiere para desarrollar un aprendizaje eficaz, y obtener los resultados preventivos que aspiran las víctimas, consistentes en evitar nuevas conductas de acoso y entregar soluciones reparadoras a estas conforme con sus necesidades, mediante un tratamiento del conflicto que preserve la dignidad de las parte y no sumen actos de discriminación, alianzas negativas y mufas que marcan la vida profesional futura tanto de las víctimas como de los infractores/as.

Así, para la implementación de este sistema, se requiere de la selección de un modelo de justicia restaurativa, basado principalmente en la mediación con un diseño guiado por los principios que lo inspiran, que considere etapas bien definidas, filtros previos de selección de casos y criterios claros, cuyos acuerdos cuenten con un apoyo institucional para la reparación del daño, tratamientos de salud mental a las partes y un seguimiento de los acuerdos.

La estructura de este artículo parte por la presente introducción y continúa con cuatro apartados, uno de metodología y tres que dan cumplimiento a los objetivos específicos, terminando con acápite de conclusiones y hallazgos.

⁴ FERNÁNDEZ, 2020.

METODOLOGÍA

La presente investigación se fundamenta en una metodología cualitativa, de diseño exploratorio y descriptivo, en el que se usaron fuentes secundarias, recopilación y análisis de material bibliográfico y normativo, con un acotado trabajo de campo en dos universidades del país, para ello se desarrolló un diseño de investigación no experimental, sustentado en la observación de situaciones ya existentes, es decir, no provocadas intencionalmente por el investigador⁵, consistente en entrevistas semiestructuradas, efectuadas a los estudiantes que han participado en procesos de mediación restaurativa, efectuadas a propósito de denuncias en dos universidades privadas en la zona central de Chile, provenientes de diversas carreras, entre el 2021 y 2023.

Para este estudio se obtuvo consentimiento informado de las partes y se realizó una entrevista en profundidad a 20 participantes, cantidad que se limitó por saturación de la información. El perfil de los entrevistados está definido por jóvenes que participaban en procesos de mediación consistentes en 10 parejas de distinto sexo y en dos casos parejas del mismo sexo, de edades entre los 18 a los 22, de diversas carreras de las universidades, todos ellos compañeros de algún curso.

En 17 casos se logró acuerdo y en tres casos no se logró, estos casos frustrados eran dos de sexo femenino y un caso de sexo masculino. En dos de ellos por no ponerse de acuerdo respecto de la necesidad de conservar la confidencialidad de los hechos que dieron lugar a la denuncia entre sus compañeros y en redes sociales y uno de ellos no hubo acuerdo respecto que en el caso de que se incumpliera el acuerdo, se pudiese o no seguir adelante el proceso adversarial.

Solo tres casos fueron presenciales y siete *on line*. El 80% de los entrevistados declararon que la mediación se realizó por sesiones privadas o puente, por expresa solicitud de ellos.

No existieron diferencias cualitativas entre las parejas con miembros del mismo sexo y de distinto sexo.

La entrevista estaba compuesta de cuatro preguntas: 1. cuando decidió denunciar ¿qué expectativas tenía de los resultados del proceso? 2. ¿por qué eligió el proceso de mediación en lugar de aceptar los otros procedimientos que ofrecían los reglamentos de la Universidad a la que pertenece u optar por un proceso judicial? 3. ¿Qué aspectos del acuerdo que se logró o que usted esperaba se lograra en el proceso de mediación, satisfacían sus necesidades? 4. ¿cómo fue su experiencia en el proceso de mediación? De los resultados cualitativos se da cuenta en los hallazgos.

I. EL ACOSO SEXUAL EN LAS UNIVERSIDADES

Una de las violencias que en los últimos años ha atraído más la atención de las investigaciones es el acoso, especialmente el sexual, el que se comenzó a investigar

⁵ IBÁÑEZ, 2014.

fundamentalmente en el ámbito laboral y también respecto del acoso verbal callejero. Encontrándose su primera evidencia referente a este término en la Universidad de Cornell (EE. UU.) en 1974, usado por un grupo de académicas que analizaban las experiencias que sufrían las mujeres en el entorno laboral; no obstante, en el contexto americano es reconocido como una forma de discriminación hacia las mujeres recién en 1986⁶.

El acoso sexual abarca todas aquellas conductas sexuales físicas o verbales que atenten contra la dignidad de una persona, tengan carácter intencional o no, y especialmente cuando se cree un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo; el que incluye una amplia variedad de conductas de carácter sexual no deseadas, ofensivas y amenazantes para la víctima, que pueden ir desde atención sexual no deseada, gestos o actitudes, hasta conductas verbales⁷.

Como ejemplo podemos señalar lo que ocurre en la Universidad de Berkley de EE.UU., donde los acosos sexuales se dan entre los alumnos de los primeros años, con factores de riesgo como la ingesta de alcohol o drogas, las fiestas universitarias, las residencias de estudiantes y hermandades universitarias, los que crean un contexto sociocultural propicio para estos abusos.

En forma similar en Chile, las fiestas universitarias, los hogares estudiantiles, las casas y departamentos compartidos por estudiantes y las actividades asociadas a la bienvenida de estudiantes de primer año (el mechoneo), unido con el consumo de alcohol y drogas, constituyen los contextos socioculturales universitarios que contribuyen en mayor medida a conductas violentas en general y a relaciones sexuales no consentidas⁸.

La variable de género influye y modula la conceptualización del acoso sexual, lo que se confirma con varias investigaciones que evidencian que las mujeres son víctimas de más conductas de acoso que los hombres. Los primeros estudios centrados en evaluar las situaciones de acoso sexual en el espacio universitario se remontan a la década de los ochenta en las universidades citadas de América, constatando que el 30% de las mujeres recibían insinuaciones o atención sexual no deseada por parte de los compañeros y profesores⁹. Pasados casi 40 años, los estudios dan cuenta del incremento del acoso sexual a las estudiantes en las universidades, llegando al 57,7%¹⁰ y ampliándose hoy hasta el 97%¹¹.

En la Universidad de Yucatán en México, las investigaciones desarrolladas evidencian que la violencia de género se sustenta en modelos hegemónicos de masculinidades y afecta a una gran diversidad de mujeres, lo que es legitimado culturalmente, de tal manera que muchas de las mujeres que han vivido violencia no la identifican como tal, o no se atreven a romper el silencio por miedo a no recibir apoyo por parte de las universidades, debido a que los estereotipos sexistas atribuyen a la víctima un grado

⁶ ALONSO *et al.*, 2021.

⁷ ALONSO *et al.*, 2021.

⁸ ALONSO *et al.*, 2021.

⁹ BENSON Y THOMSON, 1982, pp. 236-251.

¹⁰ ROSENTHAL *et al.*, 2016, pp. 364-377.

¹¹ KLEIN Y MARTIN, 2019, pp. 1-16.

de responsabilidad en la provocación del acoso, generando culpa en ellas, lo que es un obstáculo para su reconocimiento y sanción¹².

Así, Echeverría, en conjunto con otros autores¹³, los que llevaron a cabo el citado estudio consideran que el hostigamiento y acoso sexual son expresiones de violencia contempladas en la agenda de investigación-acción de la educación superior, en que se analiza la respuesta de estudiantes ante estas agresiones e identifica las razones para no denunciar y, en caso de haberlo hecho, describe la calidad del servicio de la universidad. Para ello se realizaron dos fases metodológicas, cuantitativa y cualitativa, con estudiantes y directivos, en 1.149 casos de hostigamiento y acoso sexual, de estos, solo el 2% denunció a una autoridad universitaria. El 63% no denunció por considerar el evento sin importancia. De quienes denunciaron, el 44% señaló que las autoridades no hicieron nada.

En Europa, tras la publicación del Informe Rubinstein en 1988, han sido aprobadas diferentes directivas centradas en combatir el acoso sexual y en reconocerlo como una forma de discriminación que vulnera la igualdad entre mujeres y hombres. Dos décadas después, el Convenio de Estambul¹⁴ surge como el primer instrumento jurídicamente vinculante en derecho internacional en materia de violencia contra la mujer. En la actualidad, la lucha contra el acoso sexual se encuentra respaldada por leyes y directrices que rechazan sus diferentes manifestaciones, con estrategias para los Estados miembros.¹⁵

En el caso de España, las investigaciones centradas en evaluar el acoso sexual en el contexto universitario son muy escasas y suelen realizarse desde una perspectiva cuantitativa. Los estudios cualitativos en el contexto internacional apuntan a que a las mujeres les cuesta identificarse como víctimas al describir sus experiencias de acoso sexual¹⁶.

Las víctimas de acoso se sienten avergonzadas, decepcionadas, e incluso culpables, con escasa confianza en los procedimientos que se implementan por la universidad, la que trata de invisibilizar esta situación que les incomoda a base de las normas socioculturales androcéntricas y la subordinación de la mujer¹⁷.

Además, quienes estudian no tienen una idea clara acerca de acoso y especialmente el sexual, debido a que no recibe formación para identificarlo y combatirlo¹⁸. Incluso los que lo ejercen no entienden la línea divisoria entre ser directo y acosar a una persona. Según estas investigaciones, existe confusión entre seducción y hostigamiento, entre un intercambio amoroso consentido y una conducta de naturaleza sexual sorpresiva que no es recibida con agrado¹⁹. Razón por la que el papel de la universidad es clave para combatir el acoso sexual mediante estrategias de prevención, enseñanza e intervención

¹² ECHEVERRÍA, *et al.*, 2018.

¹³ ECHEVERRÍA, *et al.*, 2018.

¹⁴ COUNCIL OF EUROPE 2011.

¹⁵ ALONSO *et al.*, 2021.

¹⁶ ALONSO *et al.*, 2021.

¹⁷ RODRÍGUEZ *et al.*, 2019, pp. 4-54.

¹⁸ BULL *et al.*, 2018.

¹⁹ ALONSO *et al.*, 2021.

efectivas que permitan a los alumnos, docentes e investigadores desarrollar su actividad profesional en un espacio seguro²⁰.

Es así como a nivel internacional se pueden destacar como instrumento para erradicar estas conductas: la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer²¹; la Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la Mujer²² y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²³, entre muchas otras normativas internacionales.

A nivel local, en México destaca el Código Penal Federal (2016), la Ley General de Igualdad entre Mujeres y Hombres (2006), la Ley Federal del Trabajo (2015) y la Ley General de Acceso a las Mujeres a una Vida Libre de Violencia (2007)²⁴.

En Chile, recién el año 2005 aparece el término acoso sexual en nuestra normativa, creando el ilícito de acoso sexual en el derecho del trabajo chileno con la Ley N° 20.005/2005, el que lo define como un comportamiento de carácter o connotación sexual, que es indeseado por el sujeto afectado y que se desarrolla en el ámbito de la organización y control del empresario, dejando fuera una parte significativa de los actos de acoso, lo que pueden tornarla inoperante.

Luego con la Ley N° 21.369, del 15 de septiembre del 2021, Chile regula el acoso sexual, junto con la violencia y la discriminación de género en el ámbito de la educación superior²⁵, promueve un gran cambio en la conducta de las universidades frente al acoso, el que busca prevenir actos de acoso sexual y proteger y reparar a las víctimas en el ámbito de la educación superior, con la finalidad de establecer ambientes seguros y libres de acoso sexual, violencia y discriminación de género, para todas las personas que se relacionen en comunidades académicas de educación superior.

En esta ley se define el acoso sexual como: “cualquier acción o conducta de naturaleza o connotación sexual, sea verbal, no verbal, física, presencial, virtual o telemática, no deseada o no consentida por la persona que la recibe, que atente contra la dignidad de una persona, la igualdad de derechos, su libertad o integridad física, sexual, psíquica, emocional, o que cree un entorno intimidatorio, hostil o humillante, o que pueda amenazar, perjudicar o incidir en sus oportunidades, condiciones materiales o rendimiento laboral o académico, con independencia de si tal comportamiento o situación es aislado o reiterado” (artículo 2°).

En la normativa de la Ley N° 21.369, quedan comprendidos todos aquellos comportamientos o situaciones que sean realizados o que tengan como destinatarias a personas que cursen programas de pre y posgrado, desarrollen funciones de docencia, administración, investigación o cualquier otra función relacionada con las instituciones de educación superior. Además, se extienden las facultades de las instituciones de educación superior

²⁰ AINA Y KULSHRESTHA, 2018, pp. 106-126.

²¹ NACIONES UNIDAS, 1979.

²² NACIONES UNIDAS, 1993.

²³ BELÉM DO PARÁ, 1994.

²⁴ ECHEVERRÍA, *et al.*, 2018.

²⁵ LEY 21.369, 2021.

de investigar y sancionar los hechos ocurridos en actividades organizadas o desarrolladas por instituciones de educación superior o por personas vinculadas a ellas, ocurran o no en espacios académicos o de investigación, siempre que estas situaciones afecten el buen desarrollo de los fines y propósitos de dichas instituciones de educación superior²⁶.

Otras definiciones de acoso sexual así como la de la OIT y CEDAW, definen el acoso sexual como una conducta específica del ámbito laboral y educativo, no correspondida de naturaleza sexual que limita u obstaculiza el desempeño de la víctima en los ámbitos educativo o laboral²⁷.

Las conductas antes descritas van desde la coerción física hasta el uso del poder que involucren diferencias de jerarquía y estatus, las que implican un desequilibrio en las relaciones de poder entre los individuos, mediante el ofrecimiento de recompensas, prebendas, o la negación de derechos adquiridos; con modalidades de actos sexistas y degradantes, seguido por avances sexuales no deseados, chantaje y coerción, hasta asaltos o ataques físicos con fines sexuales. Además, se incluyen interacciones que puede consistir en aproximaciones sexuales indirectas (empleo de símbolos, mensajes escritos, silbidos a distancia, material pornográfico), soborno sexual, acercamientos, miradas, susurros y contactos físicos o proposiciones y comentarios sexuales que no son autorizados ni correspondidos, generan un entorno social hostil y tienen consecuencias negativas para quien las recibe²⁸.

En la Universidad de Antioquia, un estudio referente al acoso sexual de Olaya y Martínez, llamado Rutas contra el silencio²⁹, el que analiza los mecanismos para el manejo y prevención del acoso sexual al interior de estos establecimientos, indaga acerca del papel de las universidades, su compromiso institucional, la existencia de un protocolo con mecanismos formales que apoye a estudiantes víctimas y que aseguren su acompañamiento con un diseño claro de rutas para activar conductos regulares que les brinden seguridad, tranquilidad y discreción y que garanticen que la denuncia no se va a transformar en revictimización y la oportunidad de represalias por parte del victimario.

A partir del análisis de los documentos institucionales de cuatro universidades, dos públicas y dos privadas, específicamente de sus reglamentos, normativas y protocolos, se develan los siguientes lineamientos generales para una política institucional eficiente en materias de acoso sexual, según Flores (2019)³⁰.

Primero, se requiere contar con espacios educativos y laborales en los que se respeten y promuevan los derechos de todos los integrantes de la comunidad educativa.

Segundo, los integrantes de cada comunidad educativa deben comprender, actualizar y fortalecer los enfoques de derechos humanos y de género para enfrentar el acoso sexual en sus instituciones.

²⁶ GONZÁLEZ 2023, pp. 60-106.

²⁷ ALONSO *et al.*, 2021.

²⁸ ALONSO *et al.*, 2021.

²⁹ OLAYA Y MARTINEZ, 2020.

³⁰ FLORES, 2019, pp. 343-358.

Tercero, cada universidad deberá desarrollar, fundamentar, conceptualizar y organizar sus normativas, reglamentos y protocolos con base en la propia experiencia, para que pueda atender, sancionar y reparar las situaciones de acoso sexual, con enfoque de derechos humanos y relativos a la violencia de género y la discriminación que ocurre dentro de las instituciones de educación superior.

Cuarto, en las normativas y protocolos se deben considerar las múltiples manifestaciones del acoso sexual, en sus manifestaciones verbales y no verbales, corporales y cibernéticas, para la comprensión de los alcances, orígenes y causas de la violencia contra las mujeres.

Quinto, en los casos de las denuncias, generar las condiciones para no revictimizar a las personas que han sido acosadas y evitar también la impunidad de los agresores y desprotección de las víctimas.

Sexto, la conceptualización del acoso sexual debe ser resignificada a la luz de los derechos humanos y compartida por la comunidad universitaria; para ello se debe contar con una política y un plan de acción pertinentes a cada realidad³¹.

Es así como el acoso u hostigamiento en cualquiera de sus formas, afectan al normal desarrollo de la formación académica de los estudiantes, provocando además de afección a la libertad sexual, la integridad personal, infecciones de transmisión sexual; embarazos no deseados; abuso de sustancias psicotrópicas y alcohol; suicidio y aislamiento social, la deserción de los estudios, especialmente cuando la víctima se encuentra en los primeros años de la Universidad, período en el que los estudiantes están más vulnerables al tener que adaptarse a la nueva vida universitaria.

II. POLÍTICAS DE PREVENCIÓN Y SANCIÓN DEL ACOSO SEXUAL EN LA VIDA UNIVERSITARIA

Cada vez se reportan con mayor frecuencia casos graves de violencia en todos los niveles educativos con diferentes manifestaciones de violencia, tales como el *bullying*, violencia entre pares y exclusión, entre otras³². Sin embargo, una de las problemáticas que en los últimos años se ha hecho más visible es el acoso y hostigamiento sexual en el espacio universitario.

Así, según Fernández Cruz, debido a las altas tasas de impunidad que muestra el uso de los actuales protocolos de las universidades se requiere una política en que estas desempeñen un rol más activo a la hora de sancionar y prevenir la violencia, extendiendo su competencia territorial, con protocolos que reconozcan los derechos tanto de las víctimas por medio de medidas de protección, acompañamiento y soluciones alternativas, así como también el cuidado de los estudiantes denunciados mediante un debido proceso, una sanción proporcionada y unas medidas de reinserción, especialmente en la violencia

³¹ FLORES, 2019, pp. 343-358.

³² ALONSO *et al.*, 2021.

de género entre estudiantes³³. Todos temas que son esenciales a la hora de evaluar una política de prevención del acoso sexual en las entidades de educación superior.

Según el estudio de Flores y Bernal, denominado Políticas de educación superior sobre acoso sexual en Chile, a partir del análisis de los documentos institucionales (reglamentos, normativas y protocolos) de universidades públicas y privadas, se destacan los siguientes aspectos para abordar una política institucional en materias de acoso sexual: primero: contar con espacios educativos y laborales en los que se respeten y promuevan los derechos de todos los integrantes de la comunidad educativa; segundo: los integrantes de la comunidad educativa deben comprender, actualizar y fortalecer los enfoques de derechos humanos y de género para enfrentar el acoso sexual; tercero: cada universidad deberá desarrollar, fundamentar y organizar sus normativas con base en la propia experiencia, para que pueda acoger, sancionar y reparar las situaciones de acoso sexual, con enfoque de género y derechos humanos, para evitar la discriminación en las instituciones; cuarto: las normativas y protocolos deben considerar las manifestaciones del acoso sexual de todo tipo: verbales, corporales y cibernéticas; quinto: en los casos de denuncia, generar las condiciones que protejan y no produzcan revictimización a las víctimas y evitar la impunidad de los agresores y; sexto: la conceptualización del acoso sexual debe ser resignificada a la luz de los derechos humanos y compartida por la comunidad universitaria, con una política y un plan de acción pertinentes a la realidad de cada Universidad.³⁴

En coherencia con estos requerimientos, si analizamos el artículo 3° de la Ley N° 21.369, podemos observar que Chile establece que las instituciones de educación superior deberán contar con una política integral contra la violencia, acoso y discriminación (VAD), que debe contener un modelo de prevención y un modelo de sanción de dichas conductas, construido con la participación de todos los estamentos existentes en su interior.

Dicha política, según esta ley, deberá contener acciones de prevención, información, sensibilización, sanción, capacitación y formación relacionadas con la violencia y la discriminación de género, y mecanismos de monitoreo y evaluación de su impacto. Asimismo, deberá contar con una estrategia de comunicación que garantice que las políticas, planes, protocolos y reglamentos sean conocidos en el interior de las instituciones de educación superior.

Dichos instrumentos según nuestra legislación deben ser elaborados, evaluados y modificados en procedimientos de carácter participativo, que aseguren paridad de género y la representación equilibrada de sus distintos estamentos, respetando los principios de equidad de género consagrados en los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes. Además, deben contar con unidades responsables de la implementación de sus políticas, planes, protocolos y reglamentos pertinentes a VAD de forma separada y con una o más unidades responsables de llevar a cabo los procesos de investigación y sanción de la violencia del acoso sexual y la discriminación de género y de

³³ FERNANDEZ, 2022.

³⁴ FLORES Y BERNAL, 2019, pp. 343-358.

protección y reparación de las víctimas, integradas por personal capacitado en derechos humanos y perspectiva de género, con recursos humanos, presupuestarios y facultades necesarias para cumplir su rol.

Adicionalmente, según podemos concluir de lo que se establece en el artículo 4º, las instituciones de educación superior deberán implementar mecanismos que contemplen apoyo psicológico, médico, social y jurídico para las víctimas y los miembros de la comunidad educativa afectados por los hechos denunciados. Debiendo evitar la exposición reiterada e injustificada del o la denunciante a instancias de declaración de hechos, utilizando para esto entrevistas videograbadas.

Otro aspecto importante de las políticas, es el contemplado en el artículo 5º de esta ley que establece como elementos para un modelo de prevención, aquel que contenga: a) Un diagnóstico que identifique las actividades, procesos o interacciones institucionales, que generen o incrementen el riesgo de VAD de género en el interior de la respectiva institución de educación superior. b) Medidas evaluables dirigidas a prevenir estos riesgos. c) Actividades y campañas permanentes de sensibilización e información acerca de derechos humanos, VAD. d) Desarrollo de programas permanentes de capacitación y especialización destinados a autoridades, funcionarios/as, académicos/as y personal de las instituciones de educación superior, en relación con derechos humanos y VAD en género, incluyendo herramientas para su detección precoz y respuesta oportuna. e) Incorporación de contenidos de derechos humanos, VAD de género en los planes curriculares de las instituciones de educación superior, y f) Inclusión de las políticas, planes, protocolos y reglamentos en relación con VAD en los procesos de inducción institucional de estudiantes, personal académico y administrativo de las instituciones de educación superior.

Respecto del modelo de investigación y sanción de la VAD, de protección y reparación a las víctimas, el análisis de la Ley N° 21.369 contenido en su artículo 6º, nos permite identificar aspectos relativos al debido proceso, personal capacitado, protección de las víctimas y testigos, medidas cautelares y sanciones proporcionales al daño, debiendo contar al menos con a) Procedimientos especiales de denuncia, investigación y determinación del VAD, conforme con las normas del debido proceso, y a los principios de proporcionalidad, igualdad, protección de las víctimas y prohibición de revictimización. b) Con órganos con competencia especial para investigar y sancionar las conductas de VAD, con independencia, personal debidamente capacitado en derechos humanos y perspectiva de género y con recursos humanos y presupuestarios suficientes para desarrollar sus funciones. c) El modelo debe definir las conductas constitutivas de VAD y de las sanciones asociadas a ellas, que deben ser proporcionales al daño, así como las circunstancias agravantes o atenuantes de responsabilidad, con medidas y sanciones previstas en el Código del Trabajo, en el Estatuto Administrativo y en leyes especiales. d) También debe contener medidas dirigidas a proteger a las víctimas y a minimizar los impactos del acoso sexual durante la investigación, así como la prohibición de contacto, las adecuaciones laborales o curriculares y el apoyo psicológico, médico, social y jurídico, entre otras. e) Con medidas que garanticen el tratamiento reservado de la denuncia que sean compatibles con la protección de las obligaciones de transparencia, y

f) Medidas orientadas a asegurar el desarrollo y avance de la investigación y de sus fines con celeridad y protección a quienes presenten denuncias o testimonios.

Además se establece una limitación a las universidades en el artículo 7°, el que establece que las instituciones que no adopten una política integral contra la VAD o en los términos dispuestos por la presente ley no podrán acceder u obtener la acreditación institucional que prevé la Ley N° 20.129, que establece un sistema nacional de aseguramiento de la calidad de la educación superior.

Adicionalmente, esta ley exige que la normativa interna en materia de VAD en el ámbito académico deberá ser incorporada expresamente en los contratos de trabajo y de prestación de servicios educacionales, convenios académicos y de investigación y cualquier otro instrumento celebrado por la institución, incluidos los convenios que se celebren para efectos de llevar a cabo actividades de esparcimiento y recreación.

Lo dispuesto en esta ley se aplica sin perjuicio de las acciones de carácter penal, administrativo, laboral o civil que fueran procedentes.

Como consecuencia de esta nueva ley, diversas universidades aprobaron políticas y protocolos para el tratamiento del VAD. Incluso antes de la promulgación de esta normativa, el 2015, la Universidad Austral de Chile fue la primera Universidad en aprobar la “Política de Prevención y Sanción del Acoso, Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria”³⁵ y junto con ella aprueba el 2016 un reglamento que regula de manera expresa los casos de acoso, violencia y discriminación entre estudiantes, llamado “Procedimiento para el Acompañamiento, Investigación y Sanción de Conductas de Acoso, Violencia y Discriminación entre los Estudiantes”³⁶.

Estos nuevos protocolos en las universidades tienen como una de sus principales virtudes la pretensión de reducir las tasas de actos violentos no denunciados ante el sistema penal, aunque debemos tener presente que las tasas de delincuencia no detectadas en las universidades son altas.

Asimismo, el respeto a la autonomía universitaria que se discute en la aplicación de esta ley, la que comprende la libertad de enseñanza e investigación y la autonomía política, administrativa y económica, ha impedido que el Estado intervenga en la prevención y sanción de la violencia en la comunidad universitaria; y, además, ha permitido que varias universidades tomen medidas, entre la que destaca la promulgación de políticas y de protocolos internos³⁷.

Algunos autores sostienen que una regulación estatal tiene como principal ventaja el aseguramiento de un estándar mínimo de protección en todas las universidades chilenas y como desventajas una limitación de la autonomía universitaria y una menor flexibilidad a la hora de regular estos protocolos de acuerdo con la realidad y el contexto social de cada Universidad. Respecto de lo que señalan algunos autores que una ley solo debería contemplar los principios fundamentales de garantía, protección y reinserción de

³⁵ Universidad Austral de Chile, 2015.

³⁶ FERNÁNDEZ, 2020.

³⁷ ALONSO *et al.*, 2021.

las partes, las etapas del procedimiento y sus instituciones³⁸. Opinión que no parecen coherentes con la cultura nacional, la que al ser muy legalista, si las exigencias no se encuentran en la ley no son validadas por la ciudadanía y en este caso por las instituciones, razón por lo que parece necesario que la ley detalle exigencias procedimentales para que exista un estándar mínimo de calidad en esta materia.

Especial relevancia en las universidades chilenas tienen los casos de violencia en el contexto de relaciones sentimentales entre estudiantes, comúnmente denominada como “violencia en el pololeo”. La sanción de este tipo de violencia resultaba problemática en el derecho chileno, antes de la nueva modificación de ley de femicidio, llamada también Ley Gabriela, promulgada el 2020, la que incluye como figura del femicidio la muerte de una mujer por su pareja en relaciones sentimentales o sexuales aun ocasionales. Sin embargo, los fallos de los tribunales de justicia han limitado la posibilidad de que las universidades conozcan estos casos acaecidos fuera de sus instalaciones o de contextos académicos³⁹.

Es así como la determinación de la competencia territorial de estos protocolos y situaciones de acoso sexual que ocurren fuera de las instalaciones universitarias o del contexto de actividades académicas, es un tema para discutir, ya que ampliar la competencia de las universidades puede servir como medio de control social para prevenir y sancionar conductas, incluso tipificadas penalmente⁴⁰.

Esto debido a que hoy las situaciones que se regulan en los reglamentos universitarios son : 1. los que suceden en las instalaciones de la Universidad; 2. los que suceden fuera de las instalaciones de la Universidad en el contexto de una actividad académica; 3. los que suceden fuera de las instalaciones de la universidad en el contexto de una actividad extraacadémica organizada o financiada por alguna institución de la universidad; 4. fuera de las instalaciones de la Universidad en el contexto de una actividad extraacadémica organizada o financiada informalmente por estudiantes; 5. fuera de las instalaciones de la Universidad y del contexto de actividades extraacadémicas, en los que sus efectos en la víctima se reproducen en la universidad; 6. fuera de las instalaciones de la universidad y del contexto de actividades académicas o extraacadémicas formales o informales, en el que no se derivan ningún efecto en la Universidad. De los que se han cuestionado por los tribunales la competencia de las universidades en los casos 3,4 y 5 y en el caso 6 sale de la competencia universitaria para sancionar, pero sí puede aplicar medidas de acompañamiento.

La Corte Suprema ha sostenido que: los tribunales de justicia han reconocido con carácter general, de acuerdo con la letra a) del artículo 2º de la Ley N° 21.091, “la autonomía de las universidades para regular mediante su normativa interna este tipo de actividades, siempre que esta potestad disciplinaria se oriente a sus fines y proyectos institucionales”. Para lo que establece una interpretación restrictiva de la regla de

³⁸ ALONSO *et al.*, 2021.

³⁹ ALONSO *et al.*, 2021.

⁴⁰ FERNÁNDEZ, 2022.

competencia de los reglamentos, por lo que no basta que estén involucrados en los hechos personas relacionadas con la Universidad, sino que la autonomía universitaria se extiende solo hasta donde alcancen sus fines y proyectos institucionales. El problema es que esta interpretación dejaría fuera de protección un número considerable de casos graves (violencia en el pololeo y abusos o agresiones sexuales realizadas en el contexto de fiestas universitarias)⁴¹.

Finalmente, se debiera entender que los reglamentos universitarios no tienen como única función controlar las manifestaciones de la actividad académica, sino que, como actores sociales, persiguen prevenir y sancionar conductas de VAD en las que se vean institucionalmente involucradas, debido a que las universidades complejas han asumido mayores atribuciones en políticas sociales y salud mental de los estudiantes.

III. SISTEMAS RESTAURATIVOS Y SUS REQUERIMIENTOS PARA EL TRATAMIENTO DE CONFLICTOS DE ACOSO EN LOS ESTABLECIMIENTOS UNIVERSITARIOS

Este grave conflicto social requiere evaluar la aplicación de disciplinas como la justicia restaurativa, la que no ha sido considerada expresamente en las normativas legales ni reglamentarias de todas las universidades, sin perjuicio de que como hemos observado en diversos estudios, los sistemas usados hasta ahora no han permitido por sí solos avanzar en la prevención o reparación de estos fenómenos que causan graves estragos sociales, lo que nos hace reflexionar respecto de la utilidad de la mediación restaurativa como un mecanismo de resolución posible de ser usado en estos conflictos, lo que usan escasas universidades en Chile, como la Universidad Diego Portales y la Universidad Austral, entre otras. Por justicia restaurativa entendemos: “Un *ethos* con objetivos prácticos, entre los cuales se encuentra el restaurar el daño mediante la inclusión de las partes afectadas (directa o indirectamente) en un encuentro y en un proceso de entendimiento, mediante un diálogo voluntario y honesto. La que permite una nueva aproximación a los conflictos y su control, conservando al mismo tiempo ciertas metas de rehabilitación”⁴². La que usa para su ejercicio diversos mecanismos colaborativos de resolución de conflictos tales como la mediación penal, la conferencia familiar, comunitaria, el círculo de sentencias, entre otras.

La justicia restaurativa utiliza la mediación penal como uno de sus principales mecanismos, por el que entendemos “Un mecanismo restaurativo en el que las partes de un conflicto que tiene como base una falta o un delito, participan en un proceso de encuentros voluntarios, en un espacio protegido y guiado por un tercero imparcial, que tiene como objeto procurar el reconocimiento del daño causado a la víctima y la posibilidad de ser reparada conforme con sus necesidades, para restaurar el equilibrio individual y social a favor de la reintegración de las partes a una convivencia social sana” (definición propia).

⁴¹ FERNÁNDEZ, 2022.

⁴² GAVRIELIDES, 2012.

La Mediación como proceso bilateral entre las partes de un conflicto se le clasifica como menormente restaurativa en comparación a los mecanismos con mayor participación de la comunidad, la que es más usada en los países del *Common Law*, donde la justicia se imparte desde la comunidad y con activa participación de esta, lo que no es aplicable a países de Latinoamérica, donde es difícil obtener su colaboración.⁴³

Los últimos años en Latinoamérica, la mediación penal ha sido utilizada para tratar diversos delitos, cada vez de mayor gravedad e impacto social. Estos procesos permiten que autor y víctima se conozcan y entiendan el alcance del hecho constitutivo de delito, lo que facilita la comprensión del daño causado a la víctima, reforzando el proceso de reinserción del ofensor. Así, al tratarse de los propios involucrados en el conflicto quienes lo solucionan, permite profundizar los componentes democráticos más que solo descongestionar el sistema⁴⁴.

Algunas universidades como la Diego Portales considera dentro de sus protocolos y reglamentos como procesos de resolución de denuncias por VAD en su establecimiento, la posibilidad de ofrecer a las partes concurra a mediación para abordar el conflicto, la que no es precisamente penal sino más bien restaurativa. Realizada por mediadores expertos de un centro externo mediante sesiones conjuntas o sesiones individuales, cuando la víctima no quiere un contacto directo con su agresor.

El Reglamento de la UACH recoge varias medidas inspiradas en un modelo restaurativo que Fernández Cruz llama bienestarista⁴⁵. Con medidas de carácter resocializador y restaurativo que tienen por objeto evitar conductas que afecten la sana convivencia en la Universidad y no aplicar sanciones como la de suspensión de la matrícula. Además, se debe mencionar que las medidas de acompañamiento se aplicarían también en beneficio de la persona denunciada. También, en la Universidad Austral se contempla la posibilidad de proponer una mediación previamente consentida por las partes (Art. 24), de la misma manera que la Universidad Diego Portales, mediaciones que en otras universidades se usan antes de denunciar, por iniciativa de los estudiantes, a pesar de no contemplarse en sus reglamentos esta salida colaborativa.

Sin embargo, en Chile se puede percibir un cierto descontento con los protocolos universitarios, tanto por parte de víctimas y asociaciones feministas como de los denunciados y sancionados; podemos encontrar posiciones que mantienen que las universidades mediante estos protocolos se encuentran en una mejor situación a la hora de cumplir sus objetivos y fines mediante la justicia restaurativa⁴⁶.

El Reglamento UACH y el de la UDP, en general, puede encuadrarse dentro de un modelo de reconocimiento de las víctimas no punitivista, aunque en lo referido a las garantías procesales, algunas de las restricciones que contiene pueden encuadrarse en un modelo punitivista⁴⁷. También la Universidad Central de Chile, sin perjuicio que

⁴³ GONZÁLEZ, 2020.

⁴⁴ GONZÁLEZ, 2022.

⁴⁵ FERNÁNDEZ, 2020.

⁴⁶ GONZÁLEZ, 2023, pp. 60-106.

⁴⁷ FERNÁNDEZ, 2020.

sus protocolos no contemplan como salida la mediación, en sus decisiones proponen soluciones no punitivista y de protección a las víctimas.

Asimismo, las medias de protección contempladas en la actual normativa comparten la misma finalidad que las medidas cautelares, constituyen mecanismos de reconocimiento de los derechos de las víctimas y también una finalidad preventiva. Estas medidas comprenden desde la prohibición de contacto entre las partes implicadas, hasta la restricción total o parcial del denunciado a las instalaciones de la Universidad, las que se enmarcan en la mayoría de los acuerdos de mediación. En todo caso, en la Universidad Austral, en el artículo 16, se establece expresamente la obligatoriedad de la Universidad de asegurar el derecho constitucional a la educación del denunciado/a, con medidas tales como su traslado a cursos paralelos o tutorías personalizadas⁴⁸.

La justicia restaurativa aplicada en estos casos de acoso, permite la reparación desde los infractores en lugar de provenir de las universidades, las que prefieren las víctimas⁴⁹ y además, según Carnevali, al no imponerse una pena al infractor, puede haber un mayor efecto preventivo especial⁵⁰.

Es así como la opción de someter a un proceso retributivo a los conflictos de acoso como único tratamiento, sitúa a las partes en una lógica de vencedores y vencidos, lo que no facilita el restablecimiento de sus relaciones a futuro, especialmente cuando seguirán viéndose en la Universidad y tienen compañeros en común.

Los contrarios a un sistema restaurativo argumentan que pudiesen generarse amplios y complejos espacios de impunidad suscitados por el acuerdo entre las partes, donde frente a faltas y delitos iguales existirían respuestas jurídicas disímiles⁵¹, postura que estaría asumiendo una visión monolítica, paternalista, patriarcal, heteronormativa y sectorial, porque no considera la voluntad de la víctima⁵², frecuentemente mujer, o lo que es peor, la concibe como una persona cuya voluntad se encuentra anulada.

Así, según lo expuesto, el modelo que sería más apropiado de implementar en las universidades chilenas sería el denominado global, el que para su aplicación requiere del diseño de un cuidadoso procedimiento en etapas y en donde existen roles institucionales previamente definidos y criterios de selección de casos⁵³.

Como las relaciones entre miembros de la comunidad universitaria son fenómenos complejos y en permanente interacción, el análisis sistémico es apropiado para tratar sus conflictos⁵⁴, en el entendido que estos requieren de un tratamiento de mayor profundidad, como la mediación, que en este caso podríamos denominar restaurativa, con metodologías contenedora y transformadora, que fortalezca al miembro más débil en la relación, equilibrando el poder entre las partes, y logrando mediante acuerdos mediados

⁴⁸ FERNÁNDEZ, 2020.

⁴⁹ GONZÁLEZ, 2023.

⁵⁰ CARNEVALI, 2019, pp. 415-438.

⁵¹ SERRAMIÀ, 2018, pp. 1-30.

⁵² SUÁREZ, 2019, pp. 1075-1106.

⁵³ GONZÁLEZ, 2023, pp. 60-106.

⁵⁴ GONZÁLEZ, 2020.

obtener un clima de respeto, poniendo freno a la escalada de violencia, con mecanismos que permitan la participación activa de la comunidad universitaria, lo que propicia responsabilización y participación de los involucrados en la resolución de los conflictos.

Si comprendemos que las partes de una comunidad superarían sus problemas con mayor facilidad si reconocieran que muchas de sus frustraciones surgen de la incorrecta interpretación de lo que buscan comunicar⁵⁵, podríamos entender que las técnicas de mediación son las indicadas para abordar las acciones de acoso sexual, ya que estas permiten mejorar su comunicación, percibir el daño causado y reparar a la víctima, acordando medidas cautelares y de tratamiento psicológico especialmente para el agresor y en ocasiones para la víctima. De esta manera las técnicas mediadoras ayudan a modificar el relato de las partes, indagando aspectos íntimos del conflicto, interpretaciones equívocas de la realidad, reconocimiento de errores, siendo muy duros con el hechor y blandos con el agresor y ofreciendo nuevas propuestas para su abordaje, mediante una escucha activa y nuevas preguntas que las partes no se habían hecho, transformando las posturas en intereses y permitiendo una comprensión profunda de lo que el otro siente, con herramientas como el parafraseo, resúmenes y reencuadre.

IV. HALLAZGOS

En cuanto a los resultados del trabajo de campo surgen algunas respuestas interesantes que validan el uso de la mediación en caso de acoso sexual en las universidades.

Respecto de la consideración acerca de ¿Qué expectativas tenía de los resultados del proceso cuando decidió denunciar? El 90% declara que sus expectativas se centraban principalmente en que se les brinde protección para evitar ser nuevamente agredidas, también el no tener que compartir espacios académicos o físicos cercanos con el agresor y activar tratamientos de rehabilitación de sus agresores, mediante terapia o cursos contra el acoso.

El 100% expone que no tienen expectativa de castigo para los denunciados, ya que estas no se cumplen según los entrevistados, debido al alto porcentaje de denuncias que no perseveran y terminan sin una sanción.

De la misma manera declaran que no optaron por un proceso judicial porque no satisfacía sus expectativas y no quería una sanción para el agresor, sino frenar la conducta denunciada y también por la dificultad de llevar testigos a un juicio. Esto da cuenta de que no es una aspiración de las víctimas la sanción y tampoco sirve para los fines y expectativas de verse protegidos y restablecer su dignidad.

¿En relación a por qué eligió el proceso de mediación en lugar de aceptar los otros procedimientos que ofrecían los reglamentos de la Universidad a la que pertenece? El 100% de los entrevistados declararon entender que con este proceso podrían obtener en forma más directa lo que ellos esperaban al denunciar, ya que los otros procedimientos

⁵⁵ GONZÁLEZ, 2023 pp. 60-10.

no satisfacían sus necesidades de no repetición de la conducta denunciada y poder estudiar tranquilos.

Asimismo, planteaban los denunciados/as que cuando el procedimiento es sancionatorio, muchos de los sancionados se sienten desprotegidos y privados de sus derechos, causándoles problemas de salud mental, al verse expuestos a “funas” y juicios públicos por medio de las redes sociales. La mayor parte de los denunciados ya tenían activado una terapia, por estos motivos u otros anteriores.

En respuesta a la consulta acerca de qué aspectos del acuerdo que se logró o que usted esperaba se lograra en el proceso de mediación, satisfacían sus necesidades, el 100% establece que el compromiso de no contacto del infractor con la víctima, el renunciar este a cualquier sección de asignaturas que debieran cursar juntos, cuando son compañeros de curso, el mantenerse alejado de la víctima en espacios comunes. El 80% reconoce la necesidad de que el agresor realice cursos de género y conocimiento respecto del acoso sexual y también el comprometerse a realizar un tratamiento psicológico.

Los acuerdos logrados contemplan aspectos muy similares a los de la mediación penal, tales como el reconocimiento del infractor de los hechos, los que pueden tener diversas interpretaciones de la realidad por las partes, las disculpas y el compromiso de no repetición del denunciado y una reparación, que permitan el reconocimiento de la verdad, ponerse en el lugar de la víctima y establecer límites.

Uno de los aspectos más complejos de estos acuerdos, según se observa en los procesos de mediación, son la confidencialidad de los hechos tratados, a la que deben comprometerse las partes de manera futura, con el objeto de que no se usen después del acuerdo los hechos discutidos en el proceso para realizar burlas o degradación pública del agresor o la víctima. Punto que debiera ser parte del acuerdo para que el conflicto se solucione o resuelva de forma colaborativa y definitiva, salvo que existan nuevos hechos a denunciar o que el acuerdo no se cumpla, para lo que debiera existir siempre un seguimiento de este, por la unidad de mediación que atendió el caso o por la Universidad.

En general, el 100% de los casos mediados declaró que fue excelente su experiencia en el proceso de mediación, que se sintieron cómodos, acogidos, reconocidos en su dignidad, que les fue fácil hablar del tema y que estimaron se tomaron en cuenta sus necesidades en los acuerdos, y los que no lograron acuerdo, también sintieron respeto a sus necesidades y la recomendarían.

V. CONCLUSIONES

Ahora bien, ante la magnitud y gravedad de los resultados de los actos de acoso sexual en el ámbito universitario, se hace necesario la implementación de nuevas estrategias para prevenir este fenómeno, en articulación con los diferentes actores e instituciones sociales involucrados, agresiones que se deben prevenir desde sus más incipientes manifestaciones, como las amenazas y violencia verbal o psíquica. Para lo que se hace necesario promover formas restaurativas que permiten mejorar el respeto y

la comunicación en los estudiantes y trascender a procedimientos litigiosos como único mecanismo de atención de los delitos.

Podemos observar que los procesos de mediación en este ámbito logran exitosos acuerdos, que por lo general establecen compromisos de no contacto del infractor con la víctima, el renunciar este a cualquier sección de asignaturas que debieran cursar juntos, cuando son compañeros de curso, además, el mantenerse alejado de la víctima en espacios comunes, compromiso de realizar los denunciados cursos de género y conocimiento acerca de acoso sexual, los que en Chile se ofrecen por muchas instituciones gratuitamente y también el someterse a un tratamiento psicológico por algún tiempo.

Para implementar un sistema restaurativo para el tratamiento de los conflictos de acoso sexual en las universidades, se requiere una política con enfoque de género, con protocolos y reglamentos que establezcan medidas de corto y largo plazo, que lleguen a todos los miembros de la comunidad universitaria, donde estos puedan tener un rol de participación, alertando hechos que serían propios del acoso, con acciones de apoyo y acompañamiento al cumplimiento de acuerdos.

También, es necesario identificar un sistema con estándares mínimos de respeto al principio de voluntariedad, información, equidad, igualdad de acceso y confidencialidad; para ello se debe contar con equipos de mediadores expertos e independientes, que cuenten con servicios de apoyo a las víctimas y programas de reintegración de los autores, especialmente en materias de salud, alcoholismo, drogadicción, control de ira.

En la normativa de los reglamentos de las universidades en materia de acoso en Chile, debe haber cambios que permitan explícitamente el tratamiento del conflicto mediante mecanismos restaurativos, que pueden ser una salida alternativa autónoma, sustitutiva al proceso adversarial, aplicada una vez hecha la denuncia y por voluntad de las partes. Luego de esta etapa, se debiera suspender el proceso de investigación, para dar lugar a procesos de medición, que permitan la aplicación de medidas cautelares por la Universidad, mientras se desarrolla el proceso de mediación, especialmente en casos graves. Además, debe contemplar los requisitos para que las causas puedan ser derivadas a mediación y normas acerca del control del cumplimiento de lo acordado. Considerando en casos más serios la posibilidad de incorporarse un diagnóstico psicosocial, previo, mediante redes interdisciplinarias de salud y otros servicios sociales.

Finalmente, es conveniente usar, como ocurre en Austria, un servicio de mediación subrogativa, *Neustart*, o el sistema *shuttled mediation*, o mediación puente, que trabaja en sesiones privadas con cada parte y la mediación *online*, permitiendo incorporar a terceros que apoyen a las partes.

BIBLIOGRAFÍA

- AINA, Adetutut, y KULSHRESTHA, Pradeep, 2018: "Sexual harassment in educational institutions in Delhi NCR (India): Level of awareness, perception and experience". *Sexuality & Culture*, volumen 22, n° 1, pp. 106-126. Disponible en: <https://doi.org/10.1007/s12119-017-9455-5>. [Fecha de consulta: 1.08.2023].

- ALONSO, Patricia, MARTÍNEZ, Rosana, RODRÍGUEZ Yolanda, y CARRERA, María Victoria, 2021: "El acoso sexual en la universidad: la visión del alumnado", *rev.latinoam.psicol*, Volumen 53. Disponible en: <http://revistalatinamericanadepsicologia.konradlorenz.edu.co/vol52-2020-el-acoso-sexual-en-la-universidad-la-vision-del-alumnado/> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- BENSON, Donna, y THOMSON, Gregg, 1982: "Sexual harassment on a university campus: the confluence of authority relations, sexual interest and gender stratification". *Social Problems*, volume 29, nº 3, pp. 236-251. Disponible en: <https://doi.org/10.2307/800157> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- BULL, Anna, CHAPMAN, Emma, PAGE, Tiffany, y CALVERT-LEE, Georgina, 2018: "Recommendations for disciplinary processes into staff sexual misconduct in UK higher education". Disponible en: [chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://dera.ioe.ac.uk/id/eprint/32278/1/the-1752-group-and-mcallister-olivarius-recommendations-for-disciplinary-processes-into-staff-sexual-misconduct-in-uk-higher-education_september-2018\(1\).pdf](chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://dera.ioe.ac.uk/id/eprint/32278/1/the-1752-group-and-mcallister-olivarius-recommendations-for-disciplinary-processes-into-staff-sexual-misconduct-in-uk-higher-education_september-2018(1).pdf) [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- CARNEVALI, Raúl, 2019: "Mecanismos alternativos de solución de conflictos en materia penal en Chile. Una propuesta de *lege ferenda*", *R. Revista Ius et Praxis*, volumen 25, nº 1, pp. 415-438. Disponible en: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122019000100415> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- COUNCIL of Europe, 2011: "Convenio de Estambul sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica". *Council of Europe Treaty Series* nº 210. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://rm.coe.int/1680462543> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- ECHEVERRÍA, Rebelin, PAREDES, Leticia, MARINE Nancy, DAVID, Carlos, KANTÚN, María Diodora, LÓPEZ, Rocío, 2018: "Caracterización del hostigamiento y acoso sexual, denuncia y atención recibida por estudiantes universitarios mexicanos", *Rev. de Psicología*, Volumen 27, nº 2. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0719-05812018000200049 [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- FERNÁNDEZ Cruz, José Ángel, 2020: "Los protocolos universitarios para la prevención y sanción de la violencia, acoso y discriminación entre estudiantes: una mirada criminológica y político-criminal", *Rev. Derecho Valdivia*, volumen 33 nº 2. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502020000200297 [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- FERNÁNDEZ Cruz, José Ángel, 2022: "Los protocolos universitarios contra el acoso, la violencia y la discriminación: una tensión entre feminismo y bienestarismo", *Rev. Chilena de Derecho*, volumen 49, nº 1. Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372022000100002 [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- FLORES-BERNAL, Raquel del Carmen, 2019: "Políticas de educación superior sobre acoso sexual en Chile". *Educa* [en línea], volumen 22, nº 3, pp. 343-358. Disponible en: <https://doi.org/10.5294/edu.2019.22.3.1>. Políticas de educación superior sobre acoso sexual en Chile (scielo.org.co) [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- GAVRIELIDES, Theo, 2012, *Waves of Healing. Using Restorative Justice with Street Group Violence*, IARS Publications, United Kingdom,.
- GIANELLA, Carolina, y CURÍ, Sara, 2002: "Mediación y violencia familiar en el contexto judicial", *Revista la ley*, Gran Cuyo Volumen 7, nº 3, Argentina. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpajpcglclefindmkaj/https://biblioteca.cejamerica.org/bitstream/handle/2015/866/med-vio-familiar2.pdf?sequence=1&isAllowed=y> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- GONZÁLEZ Ramírez, Isabel Ximena, 2023: "Justicia Restaurativa: Una opción válida para mitigar la violencia de género y pareja en Chile", en *Pensamiento Jurídico Central*, Tirant Lo Blanch, Valencia, España pp. 60-106. Disponible en: <https://editorial.tirant.com/cl/>

- libro/pensamiento-juridico-central-moreno-bobadilla-angela-9788491694991 [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- GONZÁLEZ Ramírez, Isabel Ximena, 2020: "Los Alcances de Regular Normativamente la Mediación Penal en Chile", En: *Pensamiento Jurídico Central*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 119-153. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/libro?codigo=886095> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- IBÁÑEZ, José, 2014: *Métodos, técnicas e instrumentos dela investigación criminológica*, Editorial Dykinson, España. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpglclefindmkaj/https://www.derechopenalened.com/libros/metodos-tecnicas-instrumentos-investigacion-criminologica.pdf> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- KLEIN, LB y MARTIN, Sandra, (2019): "Sexual harassment of college and university students: a systematic review". *Trauma, Violence, & Abuse*, pp. 1-16. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/1524838019881731> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- OLAYA-MARTÍNEZ, Andrea, 2020: "Rutas contra el silencio: análisis de los mecanismos para el manejo y prevención del acoso sexual al interior de la Universidad de Antioquia". *El Ágora U.S.B.*, volume 20, nº 1, pp. 142-156. Disponible en: <https://doi.org/10.21500/16578031.4137> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- ROSENTHAL, Marina, SMIDT, Alec, y FREYD, Jennifer, 2016: "Still second class: sexual harassment of graduate students", *Psychology of Women Quarterly*, volume 40, nº 3, pp. 364-377. Disponible en: <https://journals.sagepub.com/doi/10.1177/0361684316644838> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- RODRÍGUEZ, Y., CARRERA, M. V., y LAMEIRAS, M. (2019): "Una radiografía del acoso sexual en España", en A. Blanco Martín (Ed.), *Informe España 2019*, pp. 4-53 Madrid: Cátedra José María Patino de la Cultura del Encuentro. Disponible en: <chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpglclefindmkaj/https://blogs.comillas.edu/informe-espana/wp-content/uploads/sites/93/2019/10/IE2019Parte-2%C2%AA.pdf> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- SERRAMÀ Balaguer, Laura, 2018: "Nuevas oportunidades para la justicia restaurativa en el sistema penal tras las reformas legales del año 2015: especial incidencia en la violencia de género". *Dereito*. Revista jurídica da Universidade de Santiago de Compostela, España, volumen 26, nº 2, pp. 1-30. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6344465> [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- SUÁREZ, Laura, 2019: "La mediación penal y su prohibición en supuestos de violencia de género: modelo español". *Revista Brasileira de Direito Processual Penal*, Brasil, volumen 5, nº 2, pp. 1075-1106. Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=7013182> [Fecha de consulta: 1.08.2023].

Otros documentos

- ASAMBLEA Mundial de la Salud, Género y Salud, 2018. Disponible en: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/gender>. [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer 1979. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>. [Fecha de consulta: 1.08.2023].
- ORGANIZACIÓN de las Naciones Unidas, Declaración sobre la Eliminación de la Violencia contra la mujer 1993. Disponible en: <https://www.ohchr.org/es/instruments-mechanisms/instruments/declaration-elimination-violence-against-women#:~:text=Los%20Estados%20deben%20condenar%20la,%20violencia%20contra%20la%20mujer>. [Fecha de consulta: 1.08.2023].

Legislación

LEY Nº 21.369, Regula el acoso sexual, la violencia y la discriminación de género en el ámbito de la educación superior, publicada el 15 de septiembre de 2015.

DECRETO Nº 76, Universidad Austral de Chile, que aprueba la Política de Prevención y Sanción del Acoso, Violencia y Discriminación en la Comunidad Universitaria, publicada el 15 de diciembre de 2015.

DECRETO Nº 28, Universidad Austral de Chile 22.06.2016, que reglamenta Procedimiento para el Acompañamiento, Investigación y Sanción de Conductas de Acoso, Discriminación y Violencia entre Estudiantes de la Universidad Austral de Chile, publicada el 22 de junio de 2016.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100123>

Prostitución: ¿un asunto de libertad?

Marta Szygendowska*

RESUMEN

El artículo desarrolla la figura de la prostitución, analizando sus elementos negativos que el sistema neoliberal invisibiliza con el fin de legitimar una de las industrias más lucrativas del mundo. Pese a la argumentación liberal de que la prostitución constituye un trabajo como cualquier otro, esta es fruto de la cultura patriarcal y una forma de instrumentalización del cuerpo femenino que reproduce las desigualdades de género. Para evidenciar lo anterior, se efectúa un estudio crítico mediante la revisión bibliográfica, acerca del contenido y fines de esta figura, como también su regulación legal en los países elegidos, con especial atención al debate teórico contemporáneo que divide el movimiento feminista. Finalmente, se constata que la prostitución afecta la igualdad entre mujeres y hombres, y la regulación legal abolicionista de esta figura que la considera como una forma de violencia de género, reduce significativamente la prostitución.

Prostitución; feminismo; cuerpo femenino

Prostitution: ¿a matter of freedom?

ABSTRACT

This paper reviews the figure of prostitution, analyzing its negative elements which the neoliberal system makes invisible in order to legitimize one of the most lucrative industries in the world. Despite the liberal argument that prostitution constitutes a job like any other, it is found as a result of patriarchal culture and a form of instrumentalization of female body that reproduces gender inequalities. To achieve the above, a critical explanation through the bibliographic review will be made about the content and purposes of this figure, as well as its legal regulation in selected countries, attending the current theoretical discussion that divides the feminist movement. Finally, it is found that prostitution affects equality between women and men. Furthermore, the abolitionist legal regulation of this figure which considers it as a form of violence against women, significantly reduces the demand for prostitution.

Prostitution; feminism; female body

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

Este artículo fue recibido el 22.8.23 y aceptado para su publicación el 4.3.24.

I. INTRODUCCIÓN

La prostitución siempre ha sido un tema controvertido dentro del debate feminista. La discusión se centra en la tensión entre las personas que abogan por considerar la prostitución como trabajo sexual apoyándose en el derecho a la libertad, y otras que defienden la postura de que es una forma de opresión, violencia contra las mujeres y esclavitud moderna. Sin perjuicio de lo anterior, ambas partes de este debate polarizado advierten que, desde sus posturas, defienden los derechos humanos de las mujeres. Hoy, cuando la mercantilización del cuerpo femenino se ha extendido a diferentes figuras que generan polémica a nivel ético, moral y legal (por ejemplo, la gestación por sustitución o la venta de órganos humanos), el tema en cuestión ha tomado más fuerza¹.

Junto con la expansión de neoliberalismo², la prostitución se ha ido normalizando y globalizando, transformándose en el segundo negocio más importante del planeta, superado solamente por el tráfico de drogas y de armas³. Según las estadísticas, se estima que hay 42 millones de mujeres prostituidas a lo largo del mundo⁴. De una figura patriarcal, la prostitución se ha ido convirtiendo en la clave de un negocio muy lucrativo que, para algunos países, como Filipinas o Tailandia, constituye una fuente esencial para sus economías, y ha transformado esta zona del mundo en un verdadero destino del turismo sexual⁵. La prostitución en este último país asiático genera 6,4 mil millones de dólares al año⁶. Por lo anterior, la visión de la prostitución como un trabajo fortalece la opresión estructural de la mujer y justifica su instrumentalización.

En este sentido, la figura de la prostitución constituye una forma de mercantilización y objetivación sexual del cuerpo femenino que reproduce las desigualdades de género.

De esta forma, el objetivo de este trabajo consiste en analizar la prostitución como subordinación de la mujer que sirve para satisfacer las necesidades sexuales de los varones, dejando una falsa presunción de libertad de decisión y empoderamiento femenino. Para ello, se torna necesario estudiar cómo el neoliberalismo ha influido en neutralizar los elementos negativos de esta figura tratando de convencer que es una forma de trabajo elegido libremente, por lo que urgen leyes abolicionistas de esta. El artículo no pretende hacer una propuesta de política pública, ni tampoco proponer una regulación o propuesta normativa para un país en concreto, sino justificar la posición abolicionista de una figura que supone dominación y desigualdad de género en todos los países. Lo

¹ ELFERS, 2022.

² Corresponde a una de las fases del capitalismo, cuyo objetivo consiste en promover la liberación de la economía, la privatización de los recursos y nuevas formas de mercantilización, lo que, llevado al tema abordado, considera la explotación del cuerpo femenino por medio de la comercialización de sus capacidades sexuales. Lo anterior, a partir de una concepción individualista y liberal que hace creer que la toma de decisiones es personal y autónoma. Para profundizar, véase HARVEY, 2015.

³ DÍEZ GUTIÉRREZ, 2014.

⁴ Foundation Scelles, 2018.

⁵ JEFFREYS, 2011.

⁶ WADEKAR, 2023.

anterior, a partir de una revisión bibliográfica de las teorías feministas dentro del debate pertinente a la prostitución, el análisis de la legislación y su aplicación correspondiente a dos modelos de regulación: el modelo sueco prohibicionista y el modelo de legalización holandés. Se ha optado por analizar la experiencia de estos dos países, ya que han sido los primeros en implementar ambos sistemas regulatorios.

II. PROSTITUCIÓN: ASPECTOS GENERALES

La prostitución es una institución patriarcal que tiene siglos de existencia y demuestra la posición inferior en la que se han encontrado las mujeres en la sociedad a lo largo de la historia. La dominación masculina y la subordinación de la mujer establecida por los varones que se sienten en derecho de acceder y disponer del cuerpo femenino refleja, en palabras de Pateman, “el propio orden de la naturaleza”⁷ —la esencia del contrato sexual que firmaron los hombres para fundar el patriarcado y la sociedad civil, y que delimitaba las funciones de las mujeres a la reproducción, el sexo y las tareas domésticas—. No obstante, ya en la antigua Mesopotamia esta subordinación fue institucionalizada y la prostitución fue regulada por la ley⁸. La venta de hijas efectuadas por sus propios padres para poder casarlas o prostituir las⁹, refleja la condición de inferioridad femenina que ha permitido que los hombres decidieran el destino de las mujeres. En este sentido, el argumento de que la prostitución es el oficio más antiguo del mundo —la frase tan normalizada hoy en nuestra sociedad—, y que sirve para legitimar la institución, exige una reflexión más profunda de que esta responde al remoto requerimiento del varón de acceder al cuerpo femenino a cambio de dinero¹⁰. Los orígenes de la prostitución están marcados “por formas tradicionales de intercambio de mujeres y niñas por mercancías o dinero en variantes de esclavismo”¹¹. De este modo, históricamente se ha puesto a la mujer a disposición del varón para cumplir con sus requerimientos sexuales. Esta relación expresa una dominación porque, como indica Lerner, “la prostitución comercial llegó a ser vista como una necesidad social para satisfacer las necesidades sexuales de los hombres”¹².

No obstante, no fue hasta el siglo XIX cuando la institución de la prostitución vivió su mayor desarrollo, lo que supuso la regulación de la prostitución en varios países europeos a base de un convencimiento común de que era necesario para la sexualidad masculina y el bienestar de los varones. Los estados la avalaban mediante las leyes que “protegían a los clientes del robo, la violencia y enfermedades venéreas”¹³. Dichas legislaciones establecían crueles inspecciones médicas a las que estaban sometidas las mujeres

⁷ PATEMAN, 1995, p. 42.

⁸ LERNER, 1986.

⁹ LERNER, 1986.

¹⁰ FERNÁNDEZ, 2007.

¹¹ RUBIN, 1975, p. 159.

¹² LERNER, 1986, p. 131.

¹³ PENNISTON, 2004, p. 28.

prostituidas. No obstante, en ningún caso se controlaba a los hombres que accedían a los cuerpos de las mujeres en situación de prostitución. Fue en Inglaterra donde se inició el debate abolicionista y campañas contra este tipo de regulación, lideradas por Josephine Butler. La activista alegaba las condiciones de explotación y vulnerabilidad en las que se encontraban las mujeres que, en la mayoría de los casos, no sabían leer ni escribir¹⁴. De hecho, estas condiciones son bastante similares a las de la mayoría de las mujeres prostituidas en la actualidad.

A lo largo de los siglos, independientemente del momento, la prostitución siempre ha reflejado el poder del hombre sobre la mujer. Jeffreys define la prostitución como la “práctica generalmente reconocida en la que los hombres, a través de la remuneración o la oferta de alguna otra ventaja, adquieren el derecho a poner sus manos, penes, bocas u otros objetos sobre o en el cuerpo de las mujeres”¹⁵. Los elementos negativos asociados a esta definición y que son tensionales para aquello que se propone en un sistema de igualdad de género y de derechos¹⁶, no han sufrido modificación desde hace siglos. En efecto, el desarrollo de la prostitución profundiza, en primer lugar, la desigualdad entre mujeres y hombres. La dominación y el poder que ejercen los varones en las mujeres prostituidas las sitúan en una posición de subordinación. Satz cataloga la prostitución dentro de un “mercado nocivo”¹⁷. La autora sostiene que esta institución les atribuye a las mujeres el papel de “siervas sexuales de los hombres”. Lo anterior lleva a una situación de desigualdad, ya que, según Satz, no existe ninguna institución similar o recíproca que situaría a los varones al servicio de las mujeres para complacer sus deseos sexuales. En consecuencia, la prostitución “contribuye a la percepción social de la mujer como un individuo inferior al hombre”¹⁸.

Así pues, dicha institución genera relaciones que tienen un efecto negativo en cuanto a la posición desigual de la mujer y potencia el trato de ellas como objetos sexuales¹⁹. El sistema capitalista nos ha manipulado de tal forma de que se ha asumido que la prostitución ha existido y sigue existiendo, sin reflexionar acerca del daño que hace en el camino para lograr una sociedad igualitaria, invisibilizando su verdadera cara, lo que impide, como indica Pedernera, “que la sociedad perciba que la prostitución es una institución patriarcal cuya función, entre otras, es legitimar y fortalecer las desigualdades”²⁰. Por tanto, la prostitución es una consecuencia de la desigualdad.

En segundo lugar, la prostitución instrumentaliza y objetualiza el cuerpo femenino y lo pone a disposición del hombre. La imagen de la mujer como cuerpo que hoy

¹⁴ DE MIGUEL Y CERMEÑO, 2011.

¹⁵ JEFFREYS, 2011, p. 13.

¹⁶ Si bien lograr un sistema de igualdad de género y de derechos es el mayor reto y objetivo del feminismo, el tema de la prostitución es una cuestión que genera división en el movimiento feminista. Este asunto se va a tratar con profundidad en la tercera parte de este trabajo.

¹⁷ SATZ, 2015, pp. 156-168.

¹⁸ SATZ, 2015, pp. 156-168.

¹⁹ LAMAS, 2016.

²⁰ PEDERNEIRA, 2017, p. 332.

se ha normalizado y banalizado en el discurso hegemónico, es un reflejo de la cultura patriarcal que la define en función del valor de su físico y la trata en un contexto sexual. Esta estandarización de mujer objeto fortalece el convencimiento de los varones de que tienen derecho a acceder a sus cuerpos. En este sentido, Pateman vincula la prostitución al contrato sexual que permitió catalogar a las mujeres como objetos sexuales, dotando a los varones del derecho de decidir acerca de la sexualidad femenina²¹. La autora sostiene que “Cuando los cuerpos de las mujeres están en venta como mercancías en el mercado capitalista, los términos del contrato original no pueden olvidarse, la ley del derecho sexual del varón se afirma pública, los hombres obtienen reconocimiento público como amos sexuales de las mujeres”²². Además, Pateman manifiesta, aludiendo a la teoría kantiana de objetivación del cuerpo que, en el caso de la mujer prostituida, está siendo un medio para alcanzar el placer de otro, dejaría de ser un fin en sí mismo²³. La misma teoría del filósofo alemán ha sido apoyada por Catharine MacKinnon y Andrea Dworkin –las referentes del feminismo radical–, que entienden la objetualización de la mujer prostituida en el semejante sentido: tratarla como un objeto de valor para el uso del hombre²⁴. Dworkin, aludiendo a la prostitución, mantiene que la objetualización convierte a un ser humano en una mercancía o cosa²⁵. Por su parte, MacKinnon define al objeto sexual en términos del uso para el placer sexual²⁶. En este sentido, los cuerpos masculinos y femeninos “traducen la jerarquía de género. El cuerpo del varón está construido para el poder y el cuerpo de la mujer para el no-poder”²⁷. Así, cosificar a la mujer, reducirla a la categoría de cuerpo objeto, la deshumaniza y la convierte en un instrumento de suministro del placer al varón.

En definitiva, la prostitución es una institución fundamental del patriarcado que, desde hace siglos, mantiene viva a su estructura. El discurso de hoy creado por el sistema neoliberal, apoyado por el patriarcado, profundiza la desfavorecida situación de millones de mujeres en todo el mundo, normalizando una figura abusiva y desigual.

III. LA FIGURA DE LA PROSTITUCIÓN EN EL MODERNO DISCURSO NEOLIBERAL

La vigencia del sistema neoliberal actual está marcada por su profunda y rápida expansión, no solamente geográfica, sino también temática. Las nuevas políticas neoliberales se extienden a instituciones como la prostitución, creando, lo que indica Sassen, “clases de servidumbre”²⁸, dotadas de los elementos propios del neoliberalismo. Las

²¹ PATEMAN, 1995.

²² PATEMAN, 1995, p. 287.

²³ PATEMAN, 1995.

²⁴ Véase DWORKIN (2000), MACKINNON (1989).

²⁵ DWORKIN, 2000.

²⁶ MACKINNON, 1989.

²⁷ COBO, 2015, p. 14.

²⁸ SASSEN, 2003, p. 60.

instituciones como la prostitución quedaron a disposición del dinero al convertirlas en un espacio más de comercialización. Así, la concepción de la prostitución ha ido cambiando en relación con un dominio de expansión neoliberal, pasando de ser una institución únicamente patriarcal al convertirse en una figura que se analiza desde la óptica comercial.

En tal sentido, el desarrollo y la normalización de la prostitución se da en un contexto marcado por la hegemonía neoliberal, en donde varias figuras que ponen en riesgo la posición de respeto de los derechos de las mujeres se ven invisibilizados, al ser estas entendidas bajo una lógica comercial. El neoliberalismo neutraliza con un discurso propio las formas de dominación masculina, otorgándole a la prostitución un perfil distinto y ocultando el enfoque de la igualdad de género, para hacer creer que es una forma correcta de hacer el negocio. El sistema actual invisibiliza los elementos negativos que se han mantenido durante siglos y la concepción patriarcal que está presente en la figura de la prostitución.

Esta transformación tan drástica de pasar de una forma de opresión femenina a una figura comercial disfrazada de la expresión de libertad sexual fue iniciada a partir de la revolución sexual de los años sesenta y cuyos postulados abogaban por la sexualidad femenina, igualdad entre los sexos, el acceso al aborto y los métodos anticonceptivos. El cambio del paradigma tuvo lugar desde las transformaciones sociales que la revolución inició, ya que antes de los años sesenta no se hablaba del sexo como mercancía. El neoliberalismo aprovechó, como señala Valcárcel²⁹, un canal de libertad para insertar una práctica de dominio y cambió la concepción de la prostitución, poniéndola en el dominio del mercado. En este sentido, las feministas radicales de la época analizaron los aspectos patriarcales de la revolución, donde la liberación sexual femenina a menudo servía a los hombres casados para tratar a las mujeres como amantes³⁰. El postulado de la libertad sexual sirvió al patriarcado para extender los atribuidos por y para ellos mismos, derechos masculinos³¹. En consecuencia, el neoliberalismo nos hace ver el ejercicio de la prostitución como una cuestión de derechos, encubriendo la realidad. Entonces, en el caso de la prostitución, el patriarcado y el neoliberalismo se complementan, conformando, como indica Nuño, “un sistema orientado para generar las condiciones necesarias para garantizar tanto el derecho patriarcal de uso sexual de las mujeres como el lucro que supone su mercantilización”³². La llamada “industria del sexo” defiende el supuesto “derecho” de las mujeres a prostituirse, lo que en realidad supone la defensa del derecho de los varones de acceder a las mujeres prostituidas³³.

Por su parte, la economía globalizada, expandida a todos los aspectos de la vida humana, transformó varios espacios en comercios. El moderno lenguaje neoliberal que utiliza el sistema para tratar de encasillar todo en una lógica comercial es ciertamente peligroso. Hablar de la prostitución como “trabajo sexual” o “servicio sexual”, de la

²⁹ VALCÁRCEL, 2019.

³⁰ DE MIGUEL, 2015b.

³¹ COBO, 2017.

³² NUÑO, 2018, p. 148.

³³ SENENT, 2019.

mujer prostituida como “trabajadora sexual”, del hombre que accede al cuerpo de estas mujeres como “cliente”, normaliza una institución que explota a las mujeres y legitima una industria desigual y abusiva³⁴. El sistema neoliberal neutraliza esta figura con un discurso propio para hacer creer que es una forma correcta para hacer el negocio, lo que lleva a que la instrumentalización del cuerpo femenino sea tolerable. Al cosificar los cuerpos de las mujeres, desarrolla una industria de sexualidad, dotando a los varones de más poder: quien tiene dinero, puede acceder al cuerpo femenino. Lo anterior se considera lícito, ya que se cree que las mujeres lo venden porque son libres de hacerlo. De Miguel lo explica en un contexto de lo que llama el “neoliberalismo sexual”, siendo lo que el patriarcado y la economía global han creado para utilizar el discurso del libre consentimiento con la finalidad de marcar el límite del mercado. Sin embargo, estas decisiones no son libres, ya que se toman en un contexto desigual y vulnerable³⁵.

De este modo, se está naturalizando la venta del cuerpo igual que en el caso de la gestación por sustitución, se naturaliza la mercantilización de la reproducción. La sociedad actual empieza a ver estas dos figuras como algo habitual cuando lo único que representan es la cosificación del cuerpo de la mujer al que se fija un precio. Mediante el convencimiento de que las mujeres pueden ejercer sus derechos sexuales o el derecho de elegir libremente, la industria se beneficia, presentando a la prostitución como una forma de liberación sexual. Lo anterior, en un contexto marcado por un campo con agentes que ocupan lugares distintos y de un *habitus* que termina naturalizando ciertas prácticas desarrolladas ante una estructura jerarquizada en el que se desenvuelven las relaciones sociales³⁶. En este sentido, el neoliberalismo hace creer a la sociedad que las mujeres, poniendo en venta su cuerpo, gozan de libertad por la cual tanto lucharon nuestras madres y abuelas. Lo anterior, para poder conseguir más ganancia posible.

En consecuencia, el sistema neoliberal y la nueva economía globalizada insiste en convertir los cuerpos femeninos en un producto accesible en el mercado. Naturalizar el discurso comercial y el hecho de que la figura de la prostitución no difiere de ningún otro servicio disponible en el mercado, tapa la relación desigual, patriarcal y dominante entre el varón quien paga por usar el cuerpo femenino y la mujer a quien se rebaja a categoría de un objeto. Según Overall, lo que convierte a la prostitución en una institución nociva es el hecho de que las mujeres tienen que satisfacer las necesidades masculinas bajo las condiciones capitalistas y patriarcales³⁷.

³⁴ SENENT, 2019.

³⁵ DE MIGUEL, 2015 a.

³⁶ SÁNCHEZ-PERERA, 2019. Por su parte, del trabajo de la autora se puede desprender que la postura abolicionista de la prostitución tiende a formularse a partir de una criminalización legal del fenómeno, al que falta para su análisis, la voz de las prostitutas.

³⁷ OVERALL, 1992.

IV. EL PELIGRO DE LA PROSTITUCIÓN: RAZONES PARA SU ABOLICIÓN³⁸

El ejercicio de la prostitución, con independencia del escenario en el que se desarrolla, es objetable y perjudicial hacia elementos y valores que han sido conquistados en la lucha feminista. En el discurso actual feminista existe una clara polarización en cuanto al cómo englobar y resolver el tema de la prostitución. La discusión comenzó a raíz de los postulados de la revolución sexual que usaba el tema de pornografía como el instrumento de la liberación sexual femenina³⁹ y que se extendió al asunto de prostitución. Los argumentos del liberatorio carácter que podría tener la prostitución para las mujeres empezaron a ser debatidos por las feministas radicales que encontraban a esta institución como una forma de opresión, dividiendo el debate entre los que abogan por la legalización y ven a la prostituta como una trabajadora libre, y los abolicionistas que la consideran víctima. Por tanto, con el fin de poder decidir acerca del futuro de esta institución, se debe tener en consideración las dos principales posturas para abarcar el asunto⁴⁰.

Una significativa parte del discurso actual está centrada en tratar de convencer de que la prostitución es un asunto de libertad y no de opresión y debería estar legalizado. Este punto de vista está representado por las feministas liberales cuyo fundamento se basa en la teoría política liberal y ve a la prostitución como una forma de expresar la autonomía individual, la libertad de tomar decisiones respecto del uso del cuerpo y la celebración de contratos en igual forma y términos que los varones. Así, se emplea el concepto de “trabajadora sexual” en vez de “prostituta” o “mujer prostituida”, de acuerdo con el enfoque comercial de la teoría liberal. Entonces, la prostitución constituye una forma de trabajo que empodera a las mujeres y que ellas pueden elegir libremente⁴¹, por tanto, debería estar reconocida legalmente. Se percibe como un servicio sexual del cual la mujer se beneficia económicamente y equivale a un contrato que se puede negociar. Jagggar la entiende como un acuerdo donde las trabajadoras sexuales ofrecen un servicio por un determinado periodo, siendo libres como cualquier otro trabajador asalariado⁴². Nussbaum señala que la prostitución es un trabajo similar a otros que involucran el

³⁸ El modelo abolicionista consiste en tomar medidas para penalizar la demanda (al cliente) y no a la mujer prostituida. Lo anterior, ya que la prostitución debe ser erradicada y no prohibida. La mujer prostituida es vista como una víctima que necesita alternativas para abandonar el ejercicio de la prostitución. Véase: POSADA KUBISSA, 2019.

En este sentido, el presente trabajo aboga por la aplicación del modelo abolicionista implementado en Suecia.

³⁹ O'TOOLE *et. al.*, 2007.

⁴⁰ Es oportuno señalar que las dos posturas: la abolicionista y la que aboga por la legalización, aunque son predominantes en el debate actual, no son las únicas. En este sentido, existe también el modelo prohibicionista que implica criminalizar tanto la venta como la compra de servicios sexuales (a las mujeres prostitutas, a los clientes, a los proxenetas) y las actividades relacionadas con la institución, como operar un burdel. Véase SHRAGE, 2020.

⁴¹ SWANSON, 2016.

⁴² JAGGAR, 1994.

uso del cuerpo a cambio de dinero, como, por ejemplo, servicio doméstico, servicio de masajes o enseñar filosofía, e indica que tradicionalmente cantar o actuar se consideraba una forma de prostitución⁴³. De este modo, las mujeres no venden sus cuerpos sino sus servicios⁴⁴. El discurso liberal presenta a la mujer prostituida como trabajadora sexual que, en palabras de Kempadoo, es un sujeto activo, capaz de negociar y reclamar sus derechos políticos y transformar las relaciones de poder arraigadas en diferentes ámbitos, como el laboral o familiar⁴⁵. Además, es vista como una persona fuerte e independiente que se puede beneficiar de su sexualidad⁴⁶. Como indica McClintock, “Eliminar el derecho fundamental de las trabajadoras sexuales a elegir si trabajar, cómo trabajar, cuándo trabajar y dónde trabajar, es una violación flagrante de sus derechos laborales básicos, de su integridad y de su humanidad”⁴⁷.

Desde el feminismo liberal se defiende la autonomía y el consentimiento a base de lo que establece el objetivo de la teoría liberal: que las personas puedan actuar de la forma que hayan elegido y no de la forma que es deseable que actúen⁴⁸. La libertad de elegir, de poder ejercer la prostitución, es un derecho humano, por tanto, las mujeres tienen derecho a usar su cuerpo de la forma que quieren⁴⁹. El hecho de restringirles esta opción afecta la igualdad y su estatus como ser humano⁵⁰. Según McElroy, “No se puede hacer a una mujer más libre reduciendo sus opciones”⁵¹. Las feministas liberales denuncian el carácter paternalista de los programas que abogan por la abolición de la prostitución argumentando que, así, se estigmatiza a las mujeres y se las trata como incapaces de tomar decisiones por su cuenta, lo que, en realidad, las mantiene en una posición de subordinación⁵². Por ello, como indica Nussbaum, las feministas deberían oponerse a la estigmatización del trabajo sexual en vez de oponerse a este en sí, ya que esto contribuye a la estigmatización de la mujer⁵³. El estudio publicado por Sou *et al.* demuestra que el estigma provoca alto estrés en las trabajadoras sexuales. Lo anterior,

⁴³ NUSSBAUM, 2000.

⁴⁴ SLOAN y WAHAB, 2000.

⁴⁵ KEMPADOO, 2005.

⁴⁶ BERAN, 2012.

⁴⁷ MCCLINTOCK, 1993, p. 4.

⁴⁸ NUSSBAUM, 2000.

⁴⁹ RAYMOND, 1998.

Por su parte, en el año 2013 la Corte Suprema de Canadá revocó las leyes que dificultaban el ejercicio de la prostitución (prohibir el funcionamiento de los burdeles, buscar clientes en las calles y vivir de las ganancias de la prostitución), considerándolas inconstitucionales y sosteniendo que negaban a las prostitutas sus garantías constitucionales de vida, salud y seguridad aseguradas en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades. En el 2014 entró en vigor la Ley C-36 que criminaliza la compra del sexo, siguiendo el modelo nórdico. En respuesta, la Alianza Canadiense para la Reforma de la Ley sobre el Trabajo Sexual impugnó la ley manteniendo que esta ponía en riesgo la seguridad de las prostitutas. Véase SNOW *et al.*, 2020.

En el 2023, la Corte Superior de Ontario estableció que la Ley C-36 es constitucional. Véase NSW, 2023.

⁵⁰ KISSIL y DAVEY, 2010.

⁵¹ MCELROY, 2002, p. 36.

⁵² AUGUSTIN, 2005.

⁵³ NUSSBAUM, 2000.

porque el factor mencionado refuerza la exposición de ellas a las conductas violentas y dificultades en cuanto al acceso al sistema de sanidad⁵⁴.

De ahí que la prostitución es entendida como un medio para empoderar a las mujeres que pueden ejercerla y recibir una remuneración a cambio, algo que tradicionalmente tenían que hacer de forma gratuita⁵⁵. No simboliza la degradación de la mujer ni tampoco el dominio masculino sobre ella, sino es vista como un camino para lograr la independencia económica⁵⁶. En este sentido, el llamado “trabajo sexual” es una forma de lograr la igualdad entre hombres y mujeres⁵⁷.

De acuerdo con lo expuesto anteriormente, el feminismo liberal percibe a la prostitución como una forma de contrato, acuerdo libre entre dos personas autónomas que se benefician mutuamente de ello. Este paradigma liberal analiza a la institución en un contexto económico y contractual, dejando de lado el enfoque de derechos humanos.

Asimismo, el feminismo radical desafía el planteamiento liberal desde el discurso abolicionista, predominante en el debate actual, y que considera a la mujer prostituida como víctima, y a la misma institución como violencia de género⁵⁸. La prostitución no se consideraría una forma de trabajo y práctica legalmente reconocida, basada en consentimiento e igualdad⁵⁹, ya que está fundada en una estructura de poder desigual que legitima la dominación masculina sobre la mujer. Pateman explica que el cliente no contrata un servicio proveniente de la mujer sino a la mujer misma, por tanto, no se puede comparar con otros trabajos que involucran el uso del cuerpo, lo que, además, cobra un sentido diferente en un mercado capitalista⁶⁰. Rubin no considera a la prostitución como una forma ordinaria de trabajo porque esta se desarrolla en un contexto de género, remontrándose sus orígenes en el intercambio de mujeres y niñas e incluso en la esclavitud⁶¹. De la misma forma, Overall describe a la prostitución como una transacción en la que

⁵⁴ SOU *et al.*, 2018.

⁵⁵ LUIS y ROETS, 2000.

⁵⁶ THOMPSON, 2000.

⁵⁷ Algunos estudios ponen hincapié en los riesgos que supone la criminalización de la demanda en Canadá, en la salud de las trabajadoras sexuales. En este sentido, el estudio de SHANNON indica que las sanciones afectan y agravan los riesgos relacionados con la salud de las mujeres. Además, reducen la capacidad para negociar con el cliente el uso de preservativo para proteger su salud de las enfermedades de transmisión sexual. Véanse SHANNON, 2010.

Por su parte, el estudio de MACHAT *et al.* acerca de las experiencias de las trabajadoras sexuales en el metro de Vancouver después de la implementación en Canadá de la Ley C-36 del 2014 que penaliza al cliente, señala que, si bien la mayoría de las participantes del estudio no han experimentado cambios después de la entrada en vigor de la legislación (72,2%), un cuarto de las entrevistadas ha experimentado cambios negativos (26,4%). Las conclusiones del estudio indican que la criminalización de la demanda margina aún más a este último grupo, lo que perjudica el acceso a la salud y considera a la despenalización de la demanda como la mejor solución para proteger la salud de las trabajadoras sexuales. Véase MACHAT *et al.*, 2018.

⁵⁸ JEFFREYS, 2011.

⁵⁹ HERNÁNDEZ-TRUVOL y LARSON, 2006.

⁶⁰ PATEMAN, 1995.

⁶¹ RUBIN, 1975.

uno está socialmente subordinado al otro, atendiendo sus deseos⁶². Así, desafiando el argumento liberal de la igualdad contractual que existe entre la “trabajadora sexual” y el “cliente”, las feministas radicales recalcan que la prostitución refleja y demuestra la desigualdad, siendo una institución opresiva y violenta que sostiene el poder del hombre en la mujer⁶³ mediante la comercialización del cuerpo femenino para el uso masculino y convirtiéndola en su propiedad⁶⁴.

Desde el punto de vista del feminismo radical, la prostitución es una forma de explotación femenina y fue definida por Kathleen Barry como “esclavitud sexual”⁶⁵. La autora sostiene que cuando un acto explota a la persona, destruye la vida humana, la dignidad e integridad siendo, además, opresivo cuando se repite en una mujer tras otra. Barry indica que “Cuando se reduce al ser humano a un cuerpo objetivado con el fin de servirle sexualmente a otro, exista o no el consentimiento, ha tenido lugar la violación de un ser humano”, ya que “un ser humano es un ser con cuerpo que debería estar protegido por los derechos humanos”⁶⁶.

Asimismo, las feministas radicales niegan el argumento liberal de la autonomía y libertad de poder tomar decisiones del que gozan las prostitutas. El consentimiento es un concepto central para el patriarcado y también para el capitalismo, porque las mujeres se ven obligadas a someterse a la dominación masculina, para que después puedan consentir su propia subordinación⁶⁷. Dworkin sostiene que no es posible aceptar el argumento de que la prostitución responde a la libre elección de la mujer⁶⁸. Desde este punto de vista, las mujeres son obligadas por las circunstancias en las que se encuentran, a ejercer la prostitución, por lo que la elección que toman no es libre. Según MacKinnon, el contexto social en el que se desenvuelve esta institución es discriminatorio y excluye a las mujeres, entonces la autora pregunta “Si la prostitución es una elección libre, ¿por qué son las mujeres con menos opciones las que la ejercen?”⁶⁹. Jeffreys analiza el consentimiento desde la óptica de las relaciones desiguales que existen entre hombres y mujeres e indica que este concepto sirve para “ocultar la desigualdad (...) y legitima el uso y el abuso” de las mujeres⁷⁰. En la misma línea, Peterson-Iyer considera que, respecto de la prostitución, el consentimiento no tiene el mismo valor que en otras circunstancias, ya que se trata de algo impuesto por el poder económico masculino frente a las carencias por parte de las mujeres⁷¹. Por tanto, no se puede hablar de un verdadero consentimiento. Lo anterior es apoyado por MacMillan, quien afirma que las mujeres

⁶² OVERALL, 1992.

⁶³ En este sentido, véase DWORKIN, 1987; JAGGAR, 1991.

⁶⁴ PETERSON-IYER, 1998.

⁶⁵ BARRY, 1977

⁶⁶ BARRY, 1977, p. 23.

⁶⁷ SUTHERLAND, 2004.

⁶⁸ Véase DWORKIN, 1987.

⁶⁹ MACKINNON, 1993, p. 17.

⁷⁰ JEFFREYS, 1993, p. 84.

⁷¹ PETERSON-IYER, 1998.

no eligen prostituirse libremente, sino que se convierten en prostitutas debido a la falta de opciones⁷². Así, no se debe estudiar a esta figura desde el punto de vista contractual, pero en un contexto estructural de relaciones masculinas y femeninas⁷³. El análisis de la prostitución que se realiza desde el feminismo liberal excluye el enfoque social de esta figura que, en este contexto, responde al cumplimiento de los deseos y necesidades masculinas. Al contrario, desde el feminismo radical, el análisis de la prostitución se da con un enfoque exclusivamente de género, desde el punto de vista de la violación de los derechos de las mujeres, y desde una perspectiva socioeconómica en la que se encuentran las mujeres prostituidas.

Ahora bien, los modelos que defienden las feministas desde los diferentes enfoques se han traducido a la regulación legal que varía dependiendo del país. El debate actual gira en torno a la legislación permisiva o abolicionista⁷⁴ de la prostitución. Así, los países pioneros en adoptar los dos sistemas opuestos fueron los Países Bajos y Suecia, respectivamente. En relación con el modelo legalista, en el 2000 se introdujo al Código Penal holandés una modificación sustancial que levantó la prohibición del funcionamiento de burdeles formalmente prohibida desde 1911, pero actuando en práctica bajo la idea de “tolerancia pragmática”. Lo anterior abrió un camino para reconocer a la prostitución voluntaria como trabajo sexual, dotando a las prostitutas de derechos laborales, pero también de algunas obligaciones, como el pago de impuestos y cotizaciones a la seguridad social⁷⁵, además, esperando eliminar de forma gradual el estigma de la prostitución⁷⁶. Este cambio legislativo tuvo como el mayor objetivo erradicar la prostitución forzada y era, en palabras del ministro de Justicia, necesario, ya que “la prostitución es un hecho existente incluso para el gobierno. Esto requiere un enfoque realista sin moralismo”⁷⁷. En este sentido, la nueva ley hizo una distinción entre la prostitución forzada y la voluntaria aumentando la edad de consentimiento a los 18 años⁷⁸.

⁷² MACMILLAN, 1977.

No obstante, Marta LAMAS hace un interesante análisis del fenómeno de la prostitución en México (LAMAS, 2014). La autora indica que la principal causa para ejercer el trabajo sexual es la económica. En este sentido, en el contexto económico y social del país, en la mayoría de los casos la prostitución constituye la mejor alternativa dentro de las alcanzables, ya que “las necesidades económicas llevan a la gente sin recursos a hacer todo tipo de labores, incluso algunas muy desagradables (...). La coerción económica es fundamental” (p. 176). Por tanto, Lamas defiende regular el comercio sexual señalando que la criminalización de este produciría más daño para las prostitutas.

⁷³ PATEMAN, 1995.

Por su parte, Cobo indica que se suele utilizar el argumento del consentimiento con el fin de legitimar la prostitución, con el fin de cubrir las condiciones socioeconómicas de las mujeres que se ven obligadas a prostituirse. Véase COBO, 2017.

⁷⁴ Si bien existe el modelo prohibicionista que se ha adoptado en Estados Unidos, este trabajo se va a centrar en el análisis de la legislación correspondiente a los dos modelos centrales: el abolicionista y el legalista que se han adoptado en Suecia y en Países Bajos, respectivamente.

⁷⁵ OUTSHOORN, 2012.

⁷⁶ KILVINGTON, 2001.

⁷⁷ BUREAU NRM, 2002, p. 15.

⁷⁸ OUTSHOORN, 2012.

De esta forma, la concesión de licencias para el funcionamiento de los burdeles fue delegada a las autoridades locales. Los mismos municipios regulan las bases para la obtención de dichas licencias, como el cumplimiento de la regulación sanitaria o de seguridad e incendios⁷⁹ y prevén multas por incumplimiento de los requisitos⁸⁰.

Una vez introducida la reforma legal, en los años siguientes se llevó a cabo varias evaluaciones de los resultados de su implementación. A partir del 2000 se han ido publicando diferentes informes que analizaban la situación de las mujeres prostituidas en los Países Bajos. Varios de ellos mostraban que en los años posteriores al cambio legislativo se detectaron diferentes problemas relacionados con la legalización de la prostitución⁸¹. Así, en el 2007 el Centro de Investigación y Documentación Científica del Ministerio de Justicia elaboró un informe que reveló la persistencia de abusos, violencia, prostitución involuntaria y explotación sexual del sector de prostitución⁸². Por su parte, en el 2008, un estudio realizado por la Policía Nacional⁸³ mostró que entre 50% y 90% de las mujeres que ejercen la prostitución y cuentan con una licencia, lo hacen de forma involuntaria. Por tanto, la trata de mujeres no disminuyó, ni siquiera en los sitios oficiales supervisados por el Estado. El informe indicó que “Es una ilusión creer que se ha creado una industria limpia y normal”⁸⁴. Siguiendo a Outshoorn⁸⁵, quien resume los resultados de varios análisis y estudios elaborados en el transcurso de los años, es oportuno destacar la persistencia de la prostitución forzada a pesar del cambio legislativo, igual que del proxenetismo, la falta de mejora de los derechos sociales de las mujeres prostituidas y la persistencia del estigma social relacionado con la prostitución⁸⁶.

Además, una investigación efectuada en el 2006 por la Europol reveló que tanto los proxenetas como los propietarios de los burdeles trabajan con las redes de traficantes de mujeres con el fin de llevarlas a los Países Bajos, donde están sometidas a extrema violencia y corren peligro por sus vidas⁸⁷. Después de 12 años de la publicación de esta investigación, la situación de las mujeres prostituidas no ha cambiado. La Comisión Europea señala que los Países Bajos constituyen un relevante destino de las víctimas de trata de seres humanos⁸⁸. En el mismo sentido, el Departamento de Estado de los Estados Unidos indica que los Países Bajos es el país de origen, destino y tránsito de hombres, mujeres y niños sujetos a tráfico sexual⁸⁹. Como señalan Mathieson *et al.*, “la

⁷⁹ OUTSHOORN, 2004.

⁸⁰ TRANSCRIME, 2005.

⁸¹ EMBRECHTS, 2014.

⁸² DAALDER, 2007.

⁸³ El estudio se llevó a cabo después del llamado caso “Sneep”, donde dos proxenetas fueron condenados por explotar a más de 100 mujeres en los Países Bajos, Bélgica y Alemania. Lo anterior tuvo lugar en los sitios que contaban con licencias y permisos correspondientes.

⁸⁴ European Women’s Lobby, 2012, p. 1.

⁸⁵ OUTSHOORN, 2004.

⁸⁶ OUTSHOORN 2004.

⁸⁷ MATHIESON *et al.*, 2015.

⁸⁸ Comisión Europea, s.f.

⁸⁹ United States Department of State, 2018.

legal industria del sexo actúa como una tapadera para la industria ilícita, lo que hace que sea más difícil rastrear el mercado ilegal⁹⁰. Así, lo que en principio se legisló para controlar la industria del sexo y el tráfico de mujeres, finalmente originó la ampliación del mercado negro y multiplicó el número de víctimas.

Asimismo, en 1999 Suecia se convirtió en pionero mundial en aprobar la legislación que considera la prostitución como una forma de violencia de género y la asocia con la trata de personas con fines sexuales, proxenetismo y tráfico de drogas⁹¹. Según el gobierno sueco: “En Suecia, la prostitución es considerada como una forma de violencia contra las mujeres y niños. Es reconocida oficialmente como explotación de mujeres y niños y constituye un importante problema social (...) La igualdad de género seguirá siendo inalcanzable mientras los hombres estén comprando, vendiendo y explotando a las mujeres y a los niños, prostituyéndolos”⁹².

En este sentido, el país nórdico, introduciendo la Ley de Prohibición de la Compra de Servicios Sexuales, tipificó como delito la actividad de pagar por este tipo de servicios y el proxenetismo, convirtiendo a las mujeres prostituidas en víctimas de explotación. Así, el objetivo de la ley consistió en orientarla hacia los compradores de los servicios sexuales y hacer hincapié en que la prostitución constituía la mercantilización del cuerpo femenino. Lo anterior estuvo acompañado de políticas públicas que ofrecían programas de apoyo para las mujeres prostituidas que querían cambiar su vida, incluyendo cursos educacionales o empleo alternativo⁹³. Por su lado, en el Plan de Acción Nacional contra la prostitución y la trata de personas presentado por el gobierno sueco para el 2007-2008, se señaló que el factor principal conducente al aumento de tráfico de mujeres con fines de explotación sexual es la demanda. Por ello, la criminalización de las personas que compran los servicios sexuales sirve como un medio para disminuir la demanda⁹⁴.

Por su parte, el Ministerio de Justicia de Suecia llevó a cabo varias evaluaciones para comprobar la efectividad de la nueva ley. Así, en el 2010 se publicó un informe que analizó el impacto de la legislación entre 1999 y 2008. El estudio evidenció que, desde la entrada en vigor de la prohibición de la compra de servicios sexuales, la prostitución callejera se redujo a la mitad, comparando la situación sueca con la de otros países, como Noruega y Dinamarca, donde el número de las mujeres prostituidas era tres veces mayor. Además, se pudo observar la disminución de la demanda y, de acuerdo con la encuesta realizada en el 2008, varios de los encuestados no volvieron a pagar por los servicios sexuales después de la entrada en vigor de la nueva ley. El informe concluyó que este descenso fue el resultado directo de la ley que prohíbe la prostitución⁹⁵. Por su parte, el estudio señaló que no existía ningún indicador que demostrara que el descenso de la prostitución callejera había generado el aumento de otros tipos de prostitución, como los

⁹⁰ MATHIESON *et al.*, 2015, p. 387.

⁹¹ The Government of Sweden, 2011.

⁹² DE SANTIS, s.f.

⁹³ BARNETT y CASAVANT, 2014.

⁹⁴ Swedish Institute, 2010.

⁹⁵ Government Offices of Sweden, 2010.

servicios propuestos en salones de masajes o en discotecas. No obstante, la prostitución ofrecida mediante internet aumentó debido al desarrollo tecnológico, pero el aumento no había sido mayor que en otros países⁹⁶.

Además, según la información proporcionada por la Policía Nacional sueca, el cambio legislativo contribuyó en la lucha contra las redes internacionales del crimen organizado y el proxenetismo⁹⁷. Los informes del 2006 y 2007 de la Relatora Nacional para la Trata de Mujeres del Departamento Nacional de Investigación Criminal indicaron la existencia de claros indicios de efectos positivos de la ley en el descenso del tráfico de mujeres con fines de explotación sexual⁹⁸. Además, el informe del Parlamento Europeo indica una disminución de la demanda del 13,6% al 7,9% y la reducción de la prostitución callejera a la mitad. En la misma línea, dicha institución considera el modelo sueco como el más efectivo⁹⁹.

De esta forma, los dos tipos de legislación introducidos en Suecia y en los Países Bajos están ampliamente debatidos entre los grupos que proponen diferentes soluciones al problema de la prostitución, ya que muestran la figura de la mujer desde distintas ópticas. El modelo holandés que legalizó la prostitución como trabajo sexual, reconociendo a las mujeres derechos sociales y regulando al mismo tiempo el funcionamiento de los prostíbulos, parece haber fallado, según las evaluaciones empleadas postcambio legislativo. Tal y como recalcó en el 2011 el alcalde de Amsterdam, “la política de legalización ha fracasado. Se ha cometido un error nacional”¹⁰⁰. Sin embargo, el modelo sueco considera la prostitución como un problema social y a las mujeres prostituidas como víctimas de violencia, ofreciéndoles opciones para abandonar la prostitución. La legislación tipifica como delito la compra de servicios sexuales. Como resultado de la implementación de la ley prohibitiva, se ha observado una significativa disminución de

⁹⁶ Government Offices of Sweden, 2010.

⁹⁷ European Women's Lobby, 2012.

⁹⁸ EKBERG, 2004.

⁹⁹ Parlamento Europeo, 2014.

No obstante, LEVY y JACOBSSON en su estudio basado en las entrevistas de 22 prostitutas llegan a la conclusión que la ley abolicionista ha perjudicado a las mujeres. Señalan que las prostitutas han experimentado problemas con la policía y con los servicios sociales a la hora de obtener el acceso a las prestaciones correspondientes. Además, el cambio legislativo no ha ayudado en romper con el estigma de la prostitución. Las mujeres indicaron que había aumentado la inseguridad y que habían tenido que desplazar la actividad al interior, lo que había traído dificultades en la búsqueda de clientes. Véase: LEVY y JACOBSSON, 2014.

Sin embargo, un estudio independiente llevado a cabo por DANNA en la ciudad de Estocolmo indica que, si bien después de la entrada en vigor de la ley la prostitución callejera disminuyó, no se puede indicar con certeza que otros tipos de prostitución (por ejemplo, ejercida en los clubes, salones de masaje o mediante internet) hayan disminuido. No obstante, tampoco es posible demostrar que haya aumentado. La prostitución callejera ha disminuido, pero no ha desaparecido, y no se puede comprobar si se ha trasladado a los espacios interiores. La autora señala que la compra de servicios sexuales es difícil de probar, por ello el número de clientes condenados es bajo. Además, indica que se ha reportado el aumento de clientes y prostitutas en los países vecinos, como Noruega o Dinamarca.

Al contrario, algunas prostitutas entrevistadas se refirieron de forma negativa a los servicios sociales dedicados a ayudar a las prostitutas a salir de la prostitución. Véase DANNA, 2012.

¹⁰⁰ *Le Monde*, 2011.

la demanda y de la prostitución callejera. Así, el Comité de los Derechos de las Mujeres e Igualdad de Género del Parlamento Europeo sostuvo que “La táctica más eficaz para combatir la trata de mujeres y de menores de edad con fines de explotación sexual y para avanzar en la igualdad de género es el modelo implementado en Suecia (...)”¹⁰¹.

La prostitución evidencia la desigualdad entre mujeres y hombres. Si bien las feministas liberales basan su discurso en el ejercicio de la libertad, se está tratando de la institución donde hay dominación patriarcal. La libertad es un elemento del Estado de derecho, pero no se la puede analizar en relación con una figura que supone dominación y vulnerabilidad. Abolir la prostitución supone la intervención del Estado. Lo anterior no tiene por objeto impedir el ejercicio de la libertad, sino por el contrario: regular las condiciones que permitan equiparar a las personas de sexo diferente para velar por la mayor igualdad entre ellas. Esto, ya que el ejercicio de la libertad debe ser pensado en función de cada figura en su mérito¹⁰².

Al fin y al cabo, el extenso debate entre los dos sectores que abogan por el abolicionismo y el reglamentarismo, se puede resumir como un debate entre la lucha por los derechos de las mujeres y contra la esclavitud moderna y el mercado global multimillonario que contribuye sustancialmente a las economías nacionales.

V. CONCLUSIONES

La concepción de la prostitución ha ido cambiando en relación con un contexto de expansión neoliberal, pasando de ser una institución patriarcal, a convertirse en una figura que se analiza desde la óptica comercial. El desarrollo y la normalización de esta se da por medio de la mercantilización de varios aspectos de la vida, marcado por la hegemonía neoliberal, en donde ciertas figuras que ponen en riesgo la posición de respeto de los derechos de las mujeres se ven naturalizadas, al ser estas entendidas dentro de una lógica comercial. Así, la prostitución se ha ido fomentando en un contexto neoliberal en donde algunos fenómenos se entienden a partir de la mercantilización de las cosas. Entonces, el cuerpo femenino pasó a formar parte de lo que hoy se considera un objeto de compra y venta, quedando a disposición de quien esté en condiciones económicas de pagar por su uso mediante la entrega de una determinada cantidad de dinero.

En este sentido, el sistema invoca la autonomía y la libertad de la mujer para poder decidir si quiere o no vender su cuerpo, maquillando la realidad y el contexto en el que

¹⁰¹ Committee on Women's Rights and Gender Equality, 2014.

¹⁰² En este sentido, DE LORA explica los perjuicios que genera la prostitución, tales como la transmisión de enfermedades sexuales, la depresión, la violencia, el estrés, entre otros. Por ello, la intervención paternalista del poder público es justificable. Véase: DE LORA, 2020. En la misma línea, DE MARNEFFE sostiene que las leyes paternalistas acerca de prostitución (las que no la criminalizan. El autor aboga por la forma permisiva de abolicionismo que criminaliza las prácticas relacionadas con la prostitución, como el funcionamiento de burdeles, pero no la venta del sexo como tal) son justificables y no violan los derechos individuales. El autor defiende la visión paternalista señalando que la prostitución perjudica a las prostitutas, es dañina y que las leyes que la restringen reducen este daño. Véase DE MARNEFFE, 2006.

se debe analizar esta figura y generando ganancias a partir de la explotación del cuerpo femenino. La prostitución se desarrolla en un dominio patriarcal que afecta la igualdad entre las mujeres y hombres, ya que considera al cuerpo de la mujer un objeto que se puede consumir. Así, el actual debate dentro del dividido movimiento feminista es uno de los temas más complejos. Los que defienden la legalización de la prostitución, sostienen sus argumentos en la libertad de consentimiento, siguiendo una lógica comercial de que la prostitución es un trabajo como cualquier otro. Lo anterior ha sido refutado por los que abogan por el abolicionismo basados en el argumento de que esta se ejerce en un contexto de necesidad y constituye una forma de explotación femenina. Por lo anterior, refutando el argumento de la libre elección, indican que una decisión tomada por falta de otras opciones para poder sobrevivir no se considera libre.

A nivel legislativo, el análisis de las consecuencias de la legalización de la prostitución o su prohibición, en los Países Bajos y en Suecia, respectivamente, deja una clara imagen de que una política permisiva no ha logrado frenar los abusos asociados a la prohibición de la prostitución. En el caso holandés, la trata y la prostitución forzada de las mujeres aumentó situando al país como el principal puerto europeo de tráfico de mujeres con fines de explotación sexual. Tampoco mejoraron las condiciones laborales de las mujeres prostituidas. Por el contrario, la legislación aplicada en Suecia logró disminuir la prostitución callejera, la trata de las mujeres y el número de los hombres en búsqueda de pagar por mantener relaciones sexuales, según lo indicado por los datos oficiales. No obstante, como se indicó en el análisis de algunos estudios independientes, no todas las prostitutas comparten estas opiniones y algunas alegan que el cambio legislativo ha traído varios perjuicios en el ejercicio de sus actividades, como el alto nivel de inseguridad o la dificultad en buscar clientes.

Por lo anterior, se puede concluir que la legalización de la prostitución genera un peligro y retroceso en la lucha por los derechos de las mujeres, ya que invisibiliza los elementos negativos de esta figura que se han mantenido durante siglos, y la concepción patriarcal de esta. Además, el discurso que se sostiene hoy neutraliza formas de dominación, ocultando el enfoque de la igualdad de género.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR Carrasco, Pilar, 2019: *Debate prostitución. 18 voces abolicionistas*. Madrid, La Moderna Editorial.
- AUGUSTIN, Lara María, 2005: *Sex at the Margins, Labour, Markets and the rescue Industry*, London, Zed Books.
- BARNETT, Laura y CASAVANT, Lyne, 2014: "Prostitution- a review of legislation in selected countries". The Parliamentary Information and Research Service of the Library of Parliament, Canada.
- Barry, Kathleen, 1979: *Female sexual slavery*. Englewood Cliffs, Prentice Hall.
- BERAN, Katie, 2012: "Revisiting the Prostitution Debate: Uniting Liberal and Radical Feminism in Pursuit of Policy Reform", *Law & Inequality: A Journal of Theory and Practice*, vol. 3, N° 1.
- BUREAU Nrm, 2002: "Trafficking in human beings: first report of the dutch national rapporteur 1". Disponible en http://hrlibrary.umn.edu/research/Netherlands/Netherlands_trafficking-report.pdf

- COBO Bedia, Rosa, 2015: "El cuerpo de las mujeres y la sobrecarga de la sexualidad", *Investigaciones Feministas*, vol. 6. https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51376
- COBO Bedia, Rosa, 2016: "Un ensayo sociológico sobre la prostitución", *Política y Sociedad*, vol. 53, Nº 3. https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n3.
- COBO Bedía, Rosa, 2017: *La prostitución en el corazón del capitalismo*, Madrid, Catarata.
- COMISIÓN de Derechos de la Mujer e Igualdad de Género, 2013: "Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género". Disponible en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A7-2014-0071+0+DOC+XML+V0//ES>
- DAALDER, A.L., 2007: *Prostitutie in Nederland na opheffing van het bordeelverbod*, Den Haag, WODC.
- DANNA, Daniela, 2012: "Client-Only Criminalization in the City of Stockholm: A Local Research on the Application of the 'Swedish Model' of Prostitution Policy", *Sexuality Research and Social Policy*, 9.
- De Lora, Pablo, 2020: "La prostitución: notas para el debate", *LABOS*, Vol. 1, Nº 2.
- DE BEAUVOIR, Simone, 1962: *El segundo sexo*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- DE MARNEFFE, Peter, 2006: "Avoiding Paternalism", *Philosophy and Public Affairs*, Vol. 34, Nº 1.
- DE MIGUEL Álvarez, Ana y PALOMO Cermeño, Eva 2011: "Los inicios de la lucha feminista contra la prostitución: políticas de redefinición y políticas activistas en el sufragismo inglés" *Brocar*, vol. 35. <https://doi.org/10.18172/brocar.1609>
- DE MIGUEL Álvarez, Ana, 2015a, *El neoliberalismo sexual. El mito de la libre elección*, Madrid, Ediciones Cátedra.
- DE MIGUEL Álvarez, Ana, 2015b: "La revolución sexual de los sesenta: una reflexión crítica de su deriva patriarcal", *Investigaciones feministas*, vol. 6. https://doi.org/10.5209/rev_INFE.2015.v6.51377
- DE SANTIS, Marie, (s.f): "Sweden's Prostitution Solution: Why Hasn't Anyone Tried This Before?". Disponible en http://www.justicewomen.com/cj_sweden.html
- DÍEZ Gutiérrez, Enrique, 2012: El papel de los hombres en la prostitución, *Nuestra bandera: revista de debate político*, Nº 232.
- DÍEZ Gutiérrez, Enrique, 2014: "Prostitution and Gender-Based violence", *Procedia*, vol. 161.
- Dworkin, Andrea, 1987: *Intercourse*, New York, Free Press.
- DWORKIN, Andrea, 1993: "Prostitution and male supremacy", *Michigan Journal of Gender & Law*, vol. 1, Nº 1.
- DWORKIN, Andrea, 2000: Against the Male Flood: Censorship, Pornography, and Equality, en Drucilla Corner (ed.), *Oxford Readings in Feminism: Feminism and Pornography*, Oxford, Oxford University Press, pp. 1-25.
- EKBERG, Gunilla, 2004: "The Swedish Law That Prohibits the Purchase of A Sexual Service: Best Practices for Prevention of Prostitution and Trafficking in Human Beings", *Violence Against Women*, vol. 10, Nº 10. <https://doi.org/10.1177/1077801204268647>
- ELFERS, Isa, 2022: "Alienation, Commodification, and Commercialization: A Feminist Critique of Commercial Surrogacy Agreements Through the Lens of Labor Exploitation and U.S. Organ Donation Law", *Hastings Women's L. J.*, vol. 22, Nº 151.
- EMBRECHTS, Evie, 2014: "Prostitution: The Swedish or the Dutch model?". Disponible en <https://internationalviewpoint.org/spip.php?article3326>
- ENGELS, Friedrich, 1974: *El origen de la familia, la propiedad privada y el Estado*, Moscú, Editorial Progreso.
- EUROPEAN'S Women Body, 2012: "BRIEFING. Assessment of ten years of Swedish and Dutch policies on prostitution". Disponible en <http://www.cap-international.org/wp-content/uploads/2017/10/Brief-prostitution-Sweden-and-Netherlands-EN-1.pdf>.
- FARLEY, Melissa, COTTON, Ann, LYNNE, Jacqueline, ZUMBECK, Sybille, SPIWAK, Frida, REYES, María, ÁLVAREZ, Dinorah y SEZGIN, Ufuk, 2003: "Prostitution and Trafficking in Nine

- Countries: an Update on Violence and Posttraumatic Stress Disorder”, *Journal of Trauma Practice*, vol. 2, N° 3-4.
- FOUNDATION Scelles, 2018: “Le 5ème rapport mondial en chiffres”. Disponible en <http://fondationscelles.org/fr/rapport-mondial-5>
- GIMENO, Beatriz, 2012: *La prostitución: aportaciones para un debate abierto*, Barcelona, Edicions Bellaterra.
- GOVERNMENT Offices of Sweden, 2010: “Summary”. Disponible en <https://www.government.se/4a4908/contentassets/8f0c2ccaa84e455f8bd2b7e9c557f3e/english-summary-of-sou-2010-49.pdf>
- HARVEY, David, 2015: *Breve historia de neoliberalismo*. Madrid, Akal.
- HERNÁNDEZ Oliver, Blanca, 2007: “La prostitución a debate en España”, *Documentación Social*, N° 144.
- HERNÁNDEZ-TRUYOL, Berta y LARSON, Jane, 2006: “Sexual Labor and Human Rights”, *Columbia Human Rights Law Review*, vol. 37.
- HOLMSTRÖM, Charlotta y SKILBREI, May-Len, 2017: “The Swedish Sex Purchase Act: Where Does it Stand?”, *Oslo Law Review*, vol. 4, N° 2.
- JAGGAR, Alison, 1980: “Prostitution”, en Alan Soble (ed.), *Philosophy of sex: Contemporary Readings*, New York, London, Rowman & Littlefield, pp. 353-367.
- JEFFREYS, Sheila, 1996: *La herejía lesbiana: una perspectiva feminista de la revolución sexual lesbiana*, Madrid, Ediciones Cátedra.
- JEFFREYS, Sheila, 2011: *La industria de la vagina. La economía política de la comercialización global del sexo*, Buenos Aires, Paídos.
- KEMPADOO, Kamala, 2005: “Mudando o debate sobre o tráfico de mulheres”, *Cad. Pagu*, vol. 25. <https://doi.org/10.1590/S0104-83332005000200003>
- KILVINGTON, Judith, DAY, Sophie y WARD, Helen, 2001: Prostitution Policy in Europe: A Time of Change?, *Feminist Review*, vol. 67, N° 1.
- KISSIL, Karni y DAVEY, Maureen, 2010: “The Prostitution Debate in Feminism: Current Trends, Policy and Clinical Issues Facing an Invisible Population”, *Journal of Feminist Family Therapy*, vol. 22, N° 1. <https://doi.org/10.1080/08952830903453604>
- LAMAS, Marta, 2014: “¿Prostitución, trabajo o trata? Por un debate sin prejuicios”, *Debate Feminista*, Vol. 50.
- LAMAS, Marta, 2016: “Feminismo y prostitución: la persistencia de una amarga disputa”, *Debate Feminista*, vol. 51. <https://doi.org/10.1016/j.df.2016.04.001>
- LERNER, Gerda, 1986: *The Creation of Patriarchy: The Origins of Women’s Subordination. Volume I: The Creation of Patriarchy*, New York, Oxford University Press.
- LEVY, Jan y JAKOBSSON, Pye, 2014: “Sweden’s abolitionist discourse and law: Effects on the dynamics of Swedish sex work and on the lives of Sweden’s sex workers”, *Criminology&Criminal Justice*, Vol. 144, N° 5.
- LIM, Lin Lean, 1998: *The Sex Sector: The economic and social bases of prostitution in Southeast Asia*, Ginebra, Oficina internacional del Trabajo.
- LUIZ, John y ROETS, Leon, 2000: “On Prostitution, STDs and the Law in South Africa: The State as the Pimp”, *Journal of Contemporary African Studies*, vol. 18, N° 1. <https://doi.org/10.1080/025890000111959>
- MACKINNON, Catharine, 1987: *Feminism Unmodified*, Cambridge, Massachusetts y London, Harvard University Press.
- MACKINNON, Catharine, 1993: Prostitution and Civil Rights. *Michigan Journal of Gender and Law*, vol. 1, N° 1.

- MACMILLAN, Jackie, 1977: "Prostitution as Sexual Politics", *Quest: A Feminist Quarterly*, vol. 4, Nº 1.
- MACHAT, Sylvia, SHANNON, Kate, MOREHEART, Sarah y GOLDENBERG, Shira, 2019: "Sex workers' experiences and occupational conditions post-implementation of end-demand criminalization in Metro Vancouver, Canada", *Canadian Journal of Public Health*, Vol. 110, Nº 575.
- MARX, Karl, 2008: *El Capital*, Buenos Aires, Siglo XXI.
- MATHIESON, Ane, BRANAM, Euston y NOBLE, Anya, 2016: Prostitution Policy: Legalization, Decriminalization and the Nordic Model. *Seattle Journal for Social Justice*, vol. 14, Nº 2.
- MCCCLINTOCK, Anne, 1993: "Introduction: Sex workers and sex work", *Social Text*, Nº 37.
- MCELROY, Wendy, 2002: *Le gambe della libertà. Una difesa dei diritti delle prostitute*, Milano, Leonardo Facco.
- MINISTRY of Labour, Sweden, 1998: *Kvinnofrid*, Stockholm, Author.
- NUÑO Gómez, Laura, 2018: "Implicaciones de la reglamentación del sistema prostitucional en la igualdad sexual: el caso alemán", *Eunomía: Revista en Cultura de la Legalidad*, Nº 15. <https://doi.org/10.20318/eunomia.2018.4345>
- NSWP, 2023: "Canadian Sex Workers Deeply Disappointed with Ontario Superior Court Decision". Disponible en <https://www.nswp.org/news/canadian-sex-workers-deeply-disappointed-ontario-superior-court-decision>
- NUSSBAUM, Martha, 2000: *Sex and social justice*, Oxford, Oxford University Press.
- O'TOOLE, Laura, SCHIFFMAN, Jessica y EDWARDS, Margie, 2007: *Gender Violence: Interdisciplinary Perspectives*, New York y London, New York Press.
- OUTSHOORN, Joyce, 2004: "Pragmatism in the Polder: changing prostitution policy in the Netherlands", *Journal of Contemporary European Studies*, vol. 12, Nº 2. <https://doi.org/10.1080/1460846042000250873>
- OUTSHOORN, Joyce, 2012: "Policy Change in Prostitution in the Netherlands: from Legalization to Strict Control", *Sexuality Research and Social Policy*, Nº 9. <https://doi.org/10.1007/s13178-012-0088-z>
- OVERALL, Christine, 1992: What's Wrong with Prostitution? Evaluating Sex Work, *Signs*, vol. 17, Nº 4. <https://doi.org/10.1086/494761>
- PAIEWONSKY, Denise, 2007: "Migración, trabajo sexual y tráfico de mujeres". Disponible en <https://trainingcentre.unwomen.org/instraw-library/2007-R-MIG-GLO-SP.pdf>
- PARLAMENTO Europe, 2014, Informe sobre explotación sexual y prostitución y su impacto en la igualdad de género. Disponible en https://www.europarl.europa.eu/doceo/document/A-7-2014-0071_ES.html
- PATEMAN, Carole, 1995: *El contrato sexual*, Barcelona, Anthropos.
- PEDERNA, Laura, 2017: "El viaje hacia la prostitución: una forma extrema de violencia de género", *Astrolabio. Revista internacional de filosofía*, Nº 19.
- PENNISTON, William, 2004: *Pederasts and Others. Urban Culture and Sexual Identity in Nineteenth-Century Paris*, New York, London, Routledge.
- PETERSON-IYER, Karen, 1998: Prostitution. A Feminist Ethical Analysis, *Journal of Feminist Studies in Religion*, vol. 14, Nº 2.
- POSADA Kubissa, Luisa, 2019: "Reflexiones críticas sobre la prostitución desde el modelo abolicionista", *Oñati Socio-legal Series*, vol. 9, Nº S1.
- RAYMOND, Janice, 1998: Prostitution as Violence Against Women, NGO Stonewalling in Beijing and Elsewhere. *Women's Studies International Forum*, vol. 21, Nº 1.
- RUBIN, Gayle, 1975: The Traffic in Women: Notes on the "Political Economy" of Sex, en Rayna R. Reiter (ed.), *Toward an Anthropology of Women*, London, Monthly Review Press, pp. 157-210.

- SÁNCHEZ-PERRERA, Paula, 2019: "Un debate adulterado: distribución del poder simbólico en las disputas feministas en torno a la prostitución", *Revista Mediterránea de Comunicación*, vol. 10, N° 1.
- SASSEN, Saskia, 2003: *Cartografías de la globalización*, Madrid, Traficantes de Sueños.
- SATZ, Deborah, 2015: *Por qué algunas cosas no deberían estar en venta. Los límites morales del mercado*, Buenos Aires, Siglo XXI Editores.
- SHRAGE, Laurie, 2020: *Feminist Perspectives on Sex Markets*. Disponible en <https://plato.stanford.edu/entries/feminist-sex-markets/>
- SENET Julián, Rosa María, 2019: "Tensions between feminist principles and the demand for prostitution in the neoliberal age: A critical analysis of sex buyers' discourse", *RECERCA, Revista de Pensament i Anàlisi*, vol. 4, N° 2. <https://doi.org/10.6035/Recerca.2019.24.2.6>
- SERUGHETTI, Giorgia, 2018: "Rethinking force and consent, victimisation and agency: a feminist approach to prostitution policy", *Femeris: Revista Multidisciplinar de Estudios de Género*, vol. 3, N° 2. <https://doi.org/10.20318/femeris.2018.4321>
- SHANNON, Kate, 2010: "The Hypocrisy of Canada's prostitution legislation", *CMAJ*, Vol. 182, N° 12.
- SLOAN, Lacey y WAHAB, Stephanie, 2000: Feminist Voices on Sex Work: Implications for Social Work. *Affilia*, vol. 15, N° 4. <https://doi.org/10.1177/088610990001500402>
- SNOW, Natalie, STEELY, Mollie y TEN BENSON, Tusty, 2020: "The Right to Life, Liberty and Security for Prostitution: *Canada v. Bedford*", *Women & Criminal Justice*, Vol. 33, N° 4.
- SOU, Julie, SHANNON, Kate, SHOVELLER, Jean, DUFF, Putu, BRASCHEL, Melissa, DOBRER, Sabina y GOLDENBERG, Shira, 2018: "Impacts of im/migration experience of work stress among sex workers in Vancouver, Canada", *Canadian Journal of Public Health*, 110.
- STROOBANTS, Jean-Pierre, 2012: "Les Néerlandais commencent à regretter la légalisation de la prostitution". Disponible en https://www.lemonde.fr/m-styles/article/2011/12/23/pays-bas-flop-de-la-legalisation-de-la-prostitution_1621755_4497319.html
- SUTHERLAND, Kate, 2004: "Work, Sex, and Sex-Work: Competing Feminist Discourses on the International Sex Trade", *Osgoode Hall Law Journal*, vol. 42, N° 1.
- SWANSON, Jessica, 2016: "Sexual Liberation or Violence against Women? The debate on the Legalization of Prostitution and the Relationship to Human Trafficking", *New Criminal Law Review*, vol. 19, N° 4. <https://doi.org/10.1525/nclr.2016.19.4.592>
- SWEDISH Institute, 2010: "The Ban against the Purchase of Sexual Services. An evaluation 1999-2008". Disponible en <https://www.government.se/4a4908/contentassets/8f0c2ccea84e455f8bd2b7e9c557ff3e/english-summary-of-sou-2010-49.pdf>
- THE Government of Sweden, 2011: "Legislation on the purchase of sexual services". Disponible en <http://www.government.se/articles/2011/03/legislation-on-the-purchase-of-sexual-services/>
- THOMPSON, Susan, 2000: "Prostitution-A Choice Ignored", *Women's Rights Law Report*, N° 21.
- TRANSCRIME, 2005: "Study on national legislation on prostitution and the trafficking in women and children". Disponible en https://ec.europa.eu/anti-trafficking/publications/study-national-legislation-prostitution-and-trafficking-women-and-children_en
- UNITED States Department of State, 2018: "Trafficking in Persons Report – Netherlands". Disponible en <https://www.refworld.org/docid/5b3e0abf4.html>
- VALCÁRCCEL, Amelia, 2019: ¿La prostitución es un modo de vida deseable?, en Pilar Aguilar Carrasco (ed.), *Debate prostitución 18 Voces abolicionistas*, Madrid, La Moderna, pp. 225-231.
- WADEKAR, Neha, 2023: "Thailand Is A Global Capital Of (Illegal) Sex Work". Disponible en <https://nehawadekar.com/thailand-is-a-global-capital-of-illegal-sex-work-foreign-policy/>

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100145>

Régimen jurídico de la demolición

Rosa Fernanda Gómez González*

RESUMEN

Esta investigación analiza el régimen jurídico de la demolición como institución urbanística. Se sostiene que la arquitectura normativa de la demolición es consistente con los objetivos que en cada caso persigue, no obstante, se trata de un marco jurídico que debe ser analizado con detenimiento, especialmente en aquellos casos en los que se dispone como medida de restablecimiento de la legalidad y de prevención, porque se duplican competencias y se entregan amplios márgenes de discrecionalidad a la autoridad que la ejerce, lo que puede devenir en un ejercicio arbitrario o desproporcionado de la institución.

Legalidad; disciplina urbanística; restablecimiento

Legal regime of demolition

ABSTRACT:

This research analyzes the legal regime of demolition as an urban planning institution. It is maintained that the regulatory architecture of demolition is consistent with the objectives pursued in each case; however, it is a legal framework that must be carefully analyzed, especially in those cases in which it is available as a measure to reestablish legality and prevention, since powers are duplicated and wide margins of discretion are given to the authority that exercises it, which can result in an arbitrary and/or disproportionate exercise of the institution.

Legality; urban discipline; reinstatement

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca, Chile. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora de derecho administrativo, Universidad de los Andes, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4769-6749>. Correo electrónico: rgomez@uandes.cl

Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11230414 “Análisis dogmático de los mecanismos de protección de la legalidad urbanística en Chile en: revisión y sistematización de las medidas de prevención, restablecimiento de la legalidad y sanción”.

Artículo recibido el 31.10.2023 y aceptado para su publicación el 5.4.2024.

I. INTRODUCCIÓN¹

El verbo demoler implica deshacer, derribar o arruinar algo, concepto que, trasladado al ámbito urbanístico, implica derruir un edificio o construcción existente. Para la doctrina el término “demolición” implica el derribo de obras o edificaciones erigidas por el hombre, sea que se ejecuten por voluntad propia o por orden de autoridad judicial o administrativa².

En nuestro ordenamiento jurídico la demolición es una institución recurrente que se encuentra regulada en la LGUC y la OGUC, aunque su conceptualización no es sencilla, toda vez que presenta una triple naturaleza jurídica por cuanto constituye: i) un permiso; ii) una medida de restablecimiento de la legalidad urbanística, y iii) una medida de prevención.

En el primer caso, la demolición constituye un verdadero derecho del interesado, el que requiere para ejercer el *ius edificandi*. En este caso, su ejercicio es reglado por cuanto acreditados los requisitos normativos es admisible autorizar la demolición. En los otros supuestos, la demolición constituye una potestad pública conferida a la autoridad con el objeto de: i) restablecer la legalidad urbanística vulnerada en casos de construcciones sin permiso o que contando con él contravengan el ordenamiento jurídico, o ii) prevenir los riesgos que una construcción defectuosa o ruinoso pueda generar. En estos supuestos, se trata de una potestad de carácter esencialmente discrecional, cuyo ejercicio queda entregado a los criterios que defina la autoridad respectiva.

En definitiva, en este trabajo se sostiene como hipótesis que la arquitectura normativa de la demolición es consistente con los objetivos que en cada caso persigue su aplicación, sin embargo, se trata de un marco jurídico que debe ser analizado con detenimiento, especialmente en aquellos casos en los que se dispone como medida de restablecimiento de la legalidad y de prevención, porque se duplican competencias y se entregan amplios márgenes de discrecionalidad a la autoridad que la ejerce, lo que devendría en un ejercicio arbitrario o desproporcionado de la institución.

El trabajo analiza el marco normativo de la demolición en Chile, dando cuenta de las categorías de demolición en atención a sus fines, precisando en cada caso sus características (II), enseguida, debido a su nivel de conflictividad, se analiza la demolición como medida de restablecimiento de la legalidad y de prevención, (III) para finalizar con algunas conclusiones (IV).

¹ Abreviaturas: artículo/artículos (art. /arts.); Constitución Política de la República (CPR); Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC); Ley Nº 18.695, Ley Orgánica Constitucional de Municipalidades (LOCM); Ordenanza General de Urbanismo y Construcciones (OGUC); Instrumentos de Planificación Territorial (IPT); Secretaría Regional del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (SEREMI MINVU); División de Desarrollo Urbano del Ministerio de Vivienda y Urbanismo (DDU); el Director de Obras (DOM); la Dirección de Obras (la DOM); Plan Regulador Comunal (PRC); resolución de calificación ambiental favorable (RCA).

² ARREDONDO, 2009, p. 1.

II. MARCO NORMATIVO DE LA DEMOLICIÓN EN CHILE

De acuerdo con el art. 3° letra e) LOCM, en relación con el art. 142 LGUC, las municipalidades mediante su DOM se encuentran facultadas tanto para fiscalizar el cumplimiento de las normas acerca de seguridad y conservación de las edificaciones como también para decretar la demolición de obras cuando hayan sido ejecutadas en disconformidad con las normas que regulan la materia³.

Enseguida, diversos preceptos de la LGUC y de su Ordenanza se refieren a la demolición, no obstante, la institución carece de una regulación uniforme, por cuanto el fin que persigue no es homogéneo, toda vez que la demolición puede ser: un permiso, una medida de restablecimiento de la legalidad o una medida de prevención. Ello justifica que los presupuestos jurídicos que habilitan su ejercicio sean disímiles.

Sin embargo, se trata de una regulación que presenta algunas inconsistencias como la diversidad de autoridades que la puede disponer frente a un mismo supuesto de hecho y la atribución de amplios márgenes de discrecionalidad a los órganos convocados a su ejercicio, lo que genera un alto grado de inseguridad jurídica.

A continuación se analizan las distintas categorías de demolición, su finalidad, principales características y procedimiento para hacerla efectiva.

1. *Demolición como supuesto necesario para construir*

*Antes de construir dentro de la ciudad hay que demoler algo*⁴, de modo que la demolición es un permiso necesario que debe requerir el propietario del inmueble para efectos de desarrollar un nuevo proyecto⁵. En este supuesto, la demolición es voluntaria y un acto de carácter necesario, porque demoler sin permiso una obra, edificación o construcción puede configurar una infracción urbanística⁶.

Los permisos de demolición se encuentran regulados en el Título 5 “De la Construcción”, Capítulo 1 “De los permisos de edificación y sus trámites” de la OGUC, al igual que los permisos de obra menor, de edificación de obra nueva y de alteración, reparación o reconstrucción, entre otros.

El art. 116 LGUC establece que la demolición de edificios requerirá el permiso de la Dirección de Obras Municipales. Por su parte, el inciso final del art. 127 precisa que las demoliciones pagarán derechos sobre un presupuesto que determinará el Director de Obras en cada caso⁷. En el mismo sentido, el inciso 1° del art. 5.1.1 OGUC dispone que

³ Así también lo ha sostenido la Corte Suprema en SCS Rol N° 24.935-2018, c.6°.

⁴ SATO, 2005, p. 58.

⁵ Así lo ha señalado la Corte Suprema en la SCS Rol N° 13.205-2018.

⁶ Dictamen N° 5.531, de 2010.

⁷ Según el art. 130 LGUC, los derechos municipales a cancelar por permisos de demolición no constituyen impuesto, sino el cobro correspondiente al ejercicio de una labor de revisión, inspección y recepción, y se regularán conforme con la siguiente tabla: [...] 7. *Demoliciones 0,5% del presupuesto.*

para demoler un edificio se deberá solicitar permiso del Director de Obras Municipales respectivo.

Por consiguiente, esta demolición integra la categoría “permisos de construcciones” y, en cuanto tal, se encuentra sometida a su marco normativo. Así, el permiso de demolición constituye un derecho para el titular, el que debe ser otorgado en la medida que se cumplan con las formalidades requeridas para la emisión del permiso (acto reglado), salvo que se trate de inmuebles sometidos a normas de protección oficial (*v.gr.* Monumento Histórico, Zona Típica, Inmueble o Zona de Conservación Histórica), en cuyo caso la demolición no será factible o, de serlo, como acontece con los inmuebles de conservación histórica, procederá excepcionalmente.

Bajo tal contexto, no procede que la municipalidad rechace una solicitud de demolición de un inmueble invocando como fundamento que “a futuro” formará parte de un proyecto de conservación en la comuna⁸. Asimismo, tampoco podrá negarse a otorgar el permiso argumentando la tramitación de una solicitud al Consejo de Monumentos Nacionales de la declaración de monumento histórico del mismo bien⁹.

Ahora bien, las solicitudes de demolición, atendida su naturaleza de permiso, se podrán postergar si fueron presentadas con posterioridad a la fecha de publicación de tal medida (art. 117 LGUC). Lo anterior, se encuentra en armonía con la finalidad de la postergación, habida cuenta de que las demoliciones, eventualmente, pueden obstaculizar la aplicación de un instrumento de planificación territorial, *v.gr.*, la declaración de edificios como inmuebles de conservación histórica¹⁰.

2. Demolición como medida de prevención

En este supuesto la demolición es una medida cuyo objeto es evitar un peligro o afectación a la salubridad o seguridad de las personas. El art. 148 N° 3 LGUC establece que el alcalde, a petición del DOM, podrá ordenar la demolición, total o parcial, a costa del propietario, si se trata de obras que no ofrezcan las debidas garantías de salubridad y seguridad, o que amenacen ruina¹¹.

Respecto de la demolición de las obras que no proporcionen las debidas garantías de *salubridad y seguridad*, es oportuno señalar que se trata de exigencias que son copulativas y que hacen referencia a la existencia de un riesgo para las personas¹² y, en su caso, para las cosas.

⁸ Dictamen N° 17.266, de 2006. En este pronunciamiento se precisa que los únicos instrumentos que pueden establecer inmuebles o zonas de conservación históricas son los planos reguladores, luego de ello los edificios afectados por dicha declaración no pueden ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la SEREMI MINVU competente.

⁹ Dictamen N° 49.531, de 2008.

¹⁰ Dictamen N° 6.423, de 2014.

¹¹ Art.932 Código Civil.

¹² Mediante la SCS Rol N° 91831-2021, se sostuvo que no existe ilegalidad en orden de desalojo y demolición de viviendas del Serviu que fueron tomadas en zona contaminada por polimetales, ello por cuanto el Estado está obligado a proteger la salud de las personas.

Por su parte, el segundo supuesto se refiere a la ruina de las obras o edificios, la que ha sido definida como “[...] un hecho, un estado de degradación física, de deterioro definitivo de una construcción. Jurídicamente, sin embargo, el concepto ruina se emplea en un sentido más amplio, abarcando tanto el deterioro ya consumado, como también el estado previo de la construcción que amenaza ruina”¹³. En estos casos la demolición es una medida de policía “[...] de obras generalmente vetustas, que se dispone para eliminar o suprimir el riesgo de daños, el resguardo de la seguridad colectiva”¹⁴.

En este supuesto la “ruina” es un concepto jurídico indeterminado que representa una dificultad en cuanto a su precisión o especificación jurídica. El concepto de “ruina” se encuentra en diversos preceptos del Código Civil¹⁵, fundamentalmente vinculada con las obligaciones del propietario o constructor y como correlato de la responsabilidad que deriva de los daños causados como resultado de la ruina del edificio a causa de su falta de mantenimiento, reparación o vicios de construcción. Al respecto, Contraloría ha precisado que las municipalidades cuentan con facultades para velar porque las construcciones se ajusten a la preceptiva legal y técnica que las rige y, en ese contexto, para adoptar las medidas necesarias, tendientes a evitar el peligro derivado de la amenaza de ruina de una edificación, lo que las habilita a calificar los daños de los inmuebles¹⁶.

Ahora bien, el “estado ruinoso” se puede calificar de normal o inminente. En el primer caso es necesario seguir un procedimiento administrativo contradictorio, que mediante decreto fundado disponga la demolición, en tanto, en el segundo supuesto, la urgencia o peligro determinan que la demolición de la obra ruinoso se disponga sin más trámite.

a) Demolición por ruina “normal”

Este tipo de demolición se encuentra regulada en los arts. 148 y 81 letra d) de la LGUC. Se trata de un supuesto de ruina que se configura por inactividad del propietario o por la ocurrencia de un supuesto de caso fortuito o fuerza mayor (*v.gr.* terremoto, maremoto, alud, caída de un árbol, etc.)¹⁷, lo que habilita la intervención legítima del poder público mediante la demolición a costa del propietario.

Asimismo, es posible que se otorgue al dueño la alternativa de reparar el edificio deteriorado¹⁸, en cuyo caso se deberá disponer de un plazo prudencial para que se adopten

¹³ GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, 1979, p. 758.

¹⁴ RÍOS, 1985, p. 539, posteriormente en FIGUEROA, 2022, p. 582.

¹⁵ *V.gr.* arts. 908, 930, 932, 2003, 2323 y 2324, todos del Código Civil.

¹⁶ Dictamen N° 25.862, de 2011.

¹⁷ Véase casos en los que se ha dispuesto la orden de demolición debido a los severos daños que sufrieron algunos edificios luego de terremotos, *v.gr.* SCS Rol N° 4.335-2022. Al respecto, véase el inciso primero del art. 26 Ley N° 16.282 –que contiene disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofes– el que prevé que deberán adoptarse las exigencias extraordinarias a que deberán ajustarse, entre otros, la demolición de edificios.

¹⁸ *V.gr.* art. 158 inciso 2° LGUC (dictamen N° 16.731, de 2005 y art. 81 letra a) LGUC, así como también el art. 932 Código Civil (acción posesoria especial), en este último caso, Contraloría ha señalado

o ejecuten las medidas urgentes para evitar los riesgos presentes en el mal estado de algún edificio u obra que puedan causar daño a las personas o a las cosas.

El procedimiento para hacer efectiva esta demolición se encuentra regulado en los arts.149 y ss. LGUC. Su exigencia se sustenta en el hecho de que las facultades de demolición forman parte del poder coercitivo del Estado, cuyo ejercicio se debe sujetar a un debido proceso previo¹⁹.

En cuanto al inicio del procedimiento de demolición, el art. 149 LGUC establece que cualquiera persona podrá denunciar a la municipalidad las obras que amenacen ruina o que, por el mal estado de ciertas partes de ella, pudieren originar la caída de materiales o elementos de la construcción, lo que no obsta a que la DOM cumpla con su obligación de solicitar al alcalde que ordene la demolición del todo o parte de dichas obras por los mismos motivos.

Recibida la denuncia, el DOM deberá fiscalizar la obra y mediante un informe propondrá al alcalde las medidas que estime procedentes. Si se dispone la demolición, se fijará un plazo prudencial para su ejecución (art. 150 LGUC).

La resolución que emita la alcaldía²⁰ será notificada al propietario, y si este no fuere habido ni tuviere representante legal o mandatario conocido, la notificación se hará por medio de avisos, que se publicarán tres veces en un periódico de la ciudad cabecera de la provincia²¹. En el caso de los edificios, se notificará además a los arrendatarios u ocupantes, si los hubiere (art. 151 LGUC).

En contra del decreto de demolición se podrá deducir un recurso de reposición, en donde el interesado podrá solicitar, a su costa, una nueva revisión de la obra por el DOM, asesorado del ingeniero o arquitecto que designe el propietario (art. 152 LGUC). Asimismo, el decreto se podrá reclamar ante la justicia ordinaria, dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar de la fecha de su notificación (art. 154 LGUC)²².

En atención a lo anterior, la Corte Suprema ha señalado que existiendo en el ordenamiento jurídico acciones especialmente previstas para los efectos de impugnar un decreto de demolición, tanto la posibilidad de presentar reposición ante el órgano administrativo como la de reclamar ante la justicia ordinaria, en un procedimiento sumario, no corresponde que el conflicto sea resuelto por medio de una acción cautelar de urgencia, porque esta no constituye una instancia de declaración de derechos sino que de protección de aquellos que, siendo preexistentes e indubitados, se encuentren

que si bien los organismos del Estado, en ejercicio de sus competencias, pueden ejercer, en general, todas las acciones que el ordenamiento jurídico franquea para dar cumplimiento a un imperativo legal, la procedencia de la acción posesoria de obra ruinoso –regulada en los arts.932 del Código Civil y 571 del Código de Procedimiento Civil– es un aspecto que solo puede quedar entregado al Tribunal competente, dictamen Nº 39.652, de 2008.

¹⁹ FERNÁNDEZ y HOLMES, 2008, p. 254.

²⁰ En realidad, se trata de un decreto, por cuanto es emitido por el alcalde.

²¹ Dictamen Nº 39.652, de 2008.

²² De acuerdo con el art. 155 de la LGUC, las reclamaciones se deducirán ante el Juzgado de Letras de turno de Mayor Cuantía en lo Civil del departamento en que estuviere situado el inmueble y la substanciación de ellas se someterá a los trámites del juicio sumario.

afectados por alguna acción u omisión ilegal o arbitraria y por esta razón en situación de ser amparados²³.

b) Demolición por ruina “inminente”

El art. 156 LGUC establece que en los casos en que el peligro de derrumbe de una obra o de parte de ella fuere inminente, la alcaldía podrá adoptar de inmediato todas las medidas necesarias para eliminar el peligro, incluso la de demoler sin más trámite total o parcialmente la obra, todo por cuenta del propietario del inmueble²⁴. En este caso, deberán hacerse constar en un acta los trabajos que se ejecuten, los gastos que estos originen y los demás antecedentes e informaciones que procedan. Esta acta será firmada por el DOM, el jefe de Carabineros del sector y un actuario o ministro de fe, que designará el alcalde.

En este caso, la concurrencia de un supuesto concreto de la urgencia y el peligro en la demora habilita a la municipalidad para adoptar las medidas necesarias para determinar la habitabilidad del inmueble y disponer el desalojo de sus ocupantes. Además, en este caso se excluye el procedimiento contradictorio²⁵, lo que se fundamenta en la protección del interés público²⁶.

3. *Demolición como medida de restablecimiento de la legalidad*

a) Aspectos generales

La demolición también puede ser ordenada como un mecanismo de restablecimiento de legalidad²⁷. Este tipo de demolición adquiere especial relevancia en aquellos supuestos en los que se busca restablecer el imperio de la legalidad vulnerada, en concreto, cuando se han ejecutado obras sin obtener los permisos correspondientes o excediendo el marco autorizado²⁸. Para la doctrina este es uno de los supuestos de demolición más controvertidos²⁹.

²³ SCS Rol N° 8481-2015, c.4°.

²⁴ En casos de peligro inminente de derrumbe de una obra o de parte de ella, es posible la utilización de los recursos provenientes de las patentes de amparo de concesiones mineras para que la municipalidad efectúe la correspondiente demolición, sin embargo ello no libera al propietario del inmueble de su obligación legal de solventar dicha actuación, debiendo el municipio adoptar todas las medidas procedentes para obtener la recuperación de esos fondos, dictamen N° 26.921, de 2016.

²⁵ Para la doctrina esta demolición no se ajusta a la exigencia de un debido proceso, por cuanto se dispone sin procedimiento, de modo que se trata de una disposición de dudosa constitucionalidad, en FERNÁNDEZ y HOLMES, 2008, pp. 254-255.

²⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO, 1979, p. 767.

²⁷ GÓMEZ, 2023, p. 168.

²⁸ NAVARRO, 2019, p. 17. Un análisis crítico de la demolición de las viviendas ilegales y los derechos fundamentales se puede ver en TOLOSA 2019.

²⁹ GARCÍA y BLASCO, 2009, p. 303.

El ordenamiento jurídico urbanístico impone una obligación general de respeto y observancia a sus disposiciones, de modo que su transgresión provoca que se busque restablecer el orden vulnerado (efecto restitutorio)³⁰ con la adopción de medidas como la paralización y la demolición. Si bien mediante la primera se puede restablecer el orden recurriendo a la regularización de las obras, en el segundo caso, por regla general, la obtención de un título habilitante no es posible, por lo que solo es admisible disponer la demolición.

Para la Corte Suprema en este caso la demolición tiene por objeto retrotraer el entorno urbano al estado anterior a la ejecución de una obra no autorizada o irregular, objetivo que no se enerva con el avance de los trabajos ni con el tiempo transcurrido desde su finalización, paralización o abandono³¹.

En este supuesto, la doctrina llama a distinguir este tipo de demolición de las sanciones, por cuanto persiguen fines diversos. Mientras que la primera busca el restablecimiento del orden perturbado (retroacción a su situación original), la segunda tiene por objeto castigar al infractor³². En otros términos, la demolición constituye un acto administrativo de carácter desfavorable que se impone como consecuencia de una conducta ilícita, sin que por ello constituya una sanción administrativa³³, porque su finalidad no es punitiva, sino que de mero restablecimiento del orden jurídico vulnerado, lo que permite su compatibilidad con la imposición de sanciones urbanísticas.

Ahora bien, uno de los aspectos críticos de esta demolición es debido al hecho de que se trata de una potestad que ha sido conferida a dos autoridades diferentes con carácter facultativo o discrecional³⁴: alcaldes (art. 148 LGUC) y SEREMI MINVU (art. 157 LGUC)³⁵. En efecto, la normativa contempla una facultad y no una obligación, cuestión que aparece de manifiesto al utilizar el término *podrá*. De ello deriva que, constatados los presupuestos fácticos contemplados en la norma, la autoridad respectiva no se encuentra obligada a ordenar la demolición, sino que discrecionalmente podrá determinar hacer uso de dicha facultad o abstenerse de ello. Así, la autoridad en ejercicio de la facultad conferida por la ley debe ponderar los antecedentes concretos con arreglo a criterios de oportunidad y proporcionalidad, considerando además el perjuicio que de ello puede irrogarse a las personas involucradas³⁶ y al interés general.

b) Las demoliciones ordenadas por los alcaldes

El alcalde tiene la potestad privativa y discrecional para ordenar la aplicación de esta medida si concurren algunos de los supuestos previstos en los arts. 148 y 149 LGUC.

³⁰ Ríos, 1985, p. 536.

³¹ SCS Rol N° 89.134-2021, c.15.

³² Ríos, 1985, p. 537.

³³ GÓMEZ, 2021, p. 138.

³⁴ VALENZUELA, 1991-1992, p. 101.

³⁵ Al efecto, véase la descripción de CORDERO, 2020, p. 241.

³⁶ SCS Rol N° 4975-2009, c.8°.

Le compete al alcalde, siendo facultativo y no un imperativo, decretar la demolición de una obra, porque el vocablo “podrá” lo habilita a aceptar o rechazar la solicitud del DOM. Dicha determinación debe ser fundada y luego de ponderarse previamente los antecedentes respectivos³⁷.

En este caso, la demolición total o parcial se ordena a costa del propietario, si se trata de obras que se encuentren en alguno de estos supuestos:

Art.148 N° 1 LGUC	Obras que se ejecuten en disconformidad con las disposiciones de la LGUC, su Ordenanza u Ordenanza Local Respectiva.	En este caso, la autoridad puede decretar la demolición de las obras cuando hayan sido ejecutadas en disconformidad con las normas que regulan la materia, como sería la ejecución de construcciones sin contar con el permiso de edificación otorgado por la DOM ³⁸ .
Art.148 N° 2 LGUC	Obras que se ejecuten fuera de la línea de cierre o en bienes de uso público ³⁹ , sin la autorización correspondiente.	Se trata de una medida de restablecimiento que busca impedir cualquier restricción o entorpecimiento al uso común de los bienes nacionales de uso público ⁴⁰ o que perjudique su futuro ensanche.
Art.148 N° 3 LGUC	Obras que no ofrezcan las debidas garantías de salubridad y seguridad, o que amenacen ruina.	Respecto de este tema, véase el análisis anterior (apartado II N° 2)

³⁷ Dictamen N° 459, de 1998.

³⁸ SCS Roles N° s.24.935-2018, c.6° y 55.130-2016, c.9°.

³⁹ Dictámenes N° s.25.357, de 2012 y 43.367, de 2015.

⁴⁰ Es importante tener presente que esta potestad se debe ejercer en armonía con la facultad que tienen los delegados presidenciales provinciales para ejercer la vigilancia de los bienes del Estado, especialmente de los nacionales de uso público. Dicha autoridad velará por el respeto al uso a que están destinados, impedirá su ocupación ilegal o todo empleo ilegítimo que entorpezca su uso común y exigirá administrativamente su restitución cuando proceda (artículo 4 letra h) de la Ley N° 19.175).

Art. 148 N° 4 Obras ejecutadas de conformidad con las autorizaciones señaladas en los arts. 121, 122 y 123, que no se hubieren demolido al vencimiento de los plazos estipulados⁴¹.

LGUC

Se trata de la demolición de obras ejecutadas previa autorización especial para edificación de acuerdo con:

- Art. 121: nuevas construcciones u otras alteraciones en las construcciones existentes en los terrenos a que se refiere el art. 59⁴².
- Art. 122. Se trata de: i) obras ejecutadas en los antejardines fijados en los planes reguladores que estén expresamente admitidas en la OGUC o en la ordenanza del respectivo IPT o ii) construcciones provisorias autorizadas por una sola vez por un máximo de tres años, conforme con el art. 124 LGUC⁴³.
- Art. 123: obras autorizadas por la DOM en propiedades que no cumplan con las disposiciones del Plan Regulador y que fueren parcialmente afectadas por siniestros, para la ejecución de trabajos de emergencia y de carácter transitorio, destinados a su mantenimiento, por un plazo no mayor a seis meses, el que podrá ser prorrogado por una sola vez hasta por otro periodo igual, siempre que existan causas justificadas.

En estos supuestos, la demolición opera como una medida de restablecimiento de la legalidad urbanística, de modo que su naturaleza jurídica no es una sanción administrativa, sino que se trata de un acto que se relaciona con el ejercicio de una prerrogativa pública vinculada con la necesidad de velar porque las construcciones sean realizadas respetando la normativa urbanística, materia de orden público, toda vez que aquello se vincula con la necesidad de velar, en última instancia, por la seguridad de las personas⁴⁴.

En relación con la aplicación de estas causales, la ley no establece un procedimiento especial. La LGUC no exige ni contempla un trámite en cuya virtud el particular interesado haya de ser oído con anterioridad a la dictación del decreto que dispone la

⁴¹ Ríos, 1985, pp. 540-541.

⁴² Terrenos destinados en los IPT a circulaciones, plazas y parques, incluidos sus ensanches, en las áreas urbanas, así como los situados en el área rural que los planes reguladores intercomunales destinen a vialidades, los que son declarados de utilidad pública.

⁴³ Dictamen N° 8.865, de 2015.

⁴⁴ SCS Rol N° 24.935-2018, c.9°.

demolición. Sin embargo, el interesado puede participar en la diligencia de reconocimiento de la obra (art. 150) y mediante el recurso de reposición (art. 152), con lo que, según lo manifestado por la jurisprudencia, no se obstaculiza, impide o dificulta el ejercicio del derecho a la defensa que le asiste al interesado⁴⁵.

Otro aspecto relevante dice relación con el sujeto pasivo de la medida. La acción se dirige contra el propietario, sin embargo, en el último tiempo se advierte que es el propietario quien muchas veces solicita la demolición cuando su propiedad ha sido ocupada de modo ilegal por terceros. Si bien nuestro ordenamiento jurídico contempla acciones para enfrentar este tipo de ilegalidades, *v.gr.*, denuncia por delito de usurpación o acciones posesorias, la dificultad radica en identificar específicamente a los ocupantes de los predios y en la lenta tramitación de estos procesos, lo ha mermado la efectividad de las medidas y ha potenciado las acciones de protección⁴⁶ y las solicitudes de demolición ante las autoridades locales. Sin embargo, en este último caso, sería el dueño del inmueble quien deberá asumir los costos de la demolición, atendido el tenor literal de la norma, lo que configura una doble afectación.

c) Las demoliciones ordenadas por la SEREMI MINVU

De conformidad con el art. 157 LGUC la SEREMI de Vivienda y Urbanismo podrá, fundadamente y con auxilio de la fuerza pública, si fuere necesario, ordenar la paralización y, por resolución fundada, la demolición total o parcial de las obras que se ejecuten en contravención a los planes reguladores o sin haber obtenido el correspondiente permiso municipal, con el solo informe del DOM respectivo, quien deberá emitirlo dentro del plazo máximo de 15 días. En este supuesto, la resolución que ordene la demolición deberá notificarse por un ministro de fe y en su contra solo procederá la reclamación ante la justicia ordinaria dentro del plazo de 10 días hábiles, a contar de la fecha de notificación⁴⁷. Finalmente, el precepto agrega que los gastos que irroque la aplicación de dicho artículo serán de cargo a los fondos consultados en el presupuesto del Servicio Regional respectivo.

En relación con la regulación contenida en el art. 157, se puede manifestar:

Primero, dos son los presupuestos de hecho que pueden concurrir para dar lugar a la demolición: i) la ejecución de obras en contravención a los planes reguladores; o ii) la ejecución de obras sin haber obtenido el correspondiente permiso municipal. Al respecto, la Corte Suprema ha precisado que la concurrencia de al menos uno de estos dos supuestos tornan aplicable el art. 157 LGUC, aunque reconoce que

⁴⁵ SCS Rol N° 7.365-2018, c.10°.

⁴⁶ V.gr. Roles N° s.1.058-2022; 8.440-2022; 17.064-2022; 32.868-2022; 40.135-2022; 50.909-2022; 201.203-2023, entre otras.

⁴⁷ Esta reclamación se someterá a los trámites indicados en el art. 155, el que indica que se deducirán ante el Juzgado de Letras de turno de Mayor Cuantía en lo Civil del departamento en que estuviere situado el inmueble y la substanciación de ellas se someterá a los trámites del juicio sumario.

si se considera la orden de demolición como una potestad con elementos discrecionales, la inhibición de la autoridad administrativa, esto es, el no ejercicio de la potestad frente a la ocurrencia de al menos uno de los referidos supuestos, exige una debida motivación del acto terminal, por así requerirlo, de manera genérica, los arts.11 y 41 Ley Nº 19.880, y de forma específica el propio art. 157 LGUC⁴⁸. Por consiguiente, la concurrencia de uno de los dos supuestos antes referidos no conlleva el ejercicio automático de la potestad, sino que se trata de una potestad discrecional, puesto que el término “podrá” ser utilizado por el art. 157, significa que la entidad posee un margen de discrecionalidad para disponer la demolición, o sea, prudencialmente deberá ordenarla⁴⁹, ponderando si la demolición es razonable y adecuada para atender a la finalidad pública que se busca cautelar, esto es, la legalidad urbanística. En otros términos, su ejercicio queda supeditado a la adopción de otras medidas que permitan asegurar la legalidad urbanística como sería la adopción de medidas correctivas de regularización.

Segundo, la SEREMI debe adoptar la medida por sí misma y no tiene facultades para ordenar a la municipalidad respectiva la demolición de una obra, ello atendida su autonomía y carácter descentralizado. Esta interpretación se fundamenta en el hecho de que los municipios no están sometidos a vínculo jerárquico o de dependencia del Presidente de la República ni de los ministerios para el ejercicio de las funciones que le confiere el ordenamiento jurídico.

En tercer lugar, el informe del DOM es un trámite legal de cumplimiento obligatorio, de modo que su omisión impide, en derecho, realizar la paralización o demolición, sin desmedro del deber jurídico en que se encuentra tal funcionario en cuanto a evacuar el documento aludido en el plazo perentorio que fija la ley⁵⁰. Cuarto, el precepto señala que contra la resolución que ordena la demolición solo procederá la reclamación ante la justicia ordinaria, excluyendo el procedimiento administrativo previo y la posibilidad de formular recursos en sede administrativa. Al respecto, la jurisprudencia ha sido conteste en señalar que la garantía del debido proceso impone al legislador el deber de dictar normas que permitan a todos quienes sean, o puedan ser afectados en el legítimo ejercicio de sus derechos fundamentales, ser emplazados y tener la oportunidad de defenderse en plenitud en todos y cada uno de los estadios en que se desarrolla el procedimiento, en los cuales se podrán ir consolidando situaciones jurídicas muchas veces irreversibles⁵¹. Así, la garantía del debido proceso no solo se debe respetar en vía judicial, sino que también se debe resguardar en la vía administrativa, reconociendo los derechos que derivan de esta garantía a particulares sujetos a fiscalización o control de los órganos de la Administración⁵². Por consiguiente, la existencia de una vía de

⁴⁸ SCS Rol Nº 89.134-2021, c.10.

⁴⁹ Dictamen Nº 23.614, de 1999.

⁵⁰ Dictámenes Nº s.459, de 1998 y 23.614, de 1999.

⁵¹ STC Rol Nº 376 (2003).

⁵² SCS Rol Nº 66340-2021, c.9º.

impugnación judicial no debe excluir que en sede administrativa se pueda discutir la procedencia de la medida, ello por aplicación de las disposiciones de la Ley N° 19.880.

Finalmente, la norma pone de cargo del presupuesto del Servicio Regional respectivo los gastos que irrogue la aplicación del acto que disponga la demolición, lo cual incide en la adopción de la medida. De modo que, a diferencia de lo que acontece en los otros supuestos, la orden de demolición no se puede financiar con fondos particulares, pues la norma dispone expresamente que los gastos que irrogue su aplicación serán de cargo de los fondos del presupuesto de la SEREMI respectiva⁵³.

III. ANÁLISIS DE LA REGULACIÓN DE LA DEMOLICIÓN COMO MEDIDA DE RESTABLECIMIENTO DE LA LEGALIDAD Y DE PREVENCIÓN

El análisis normativo anterior permite dar cuenta de que la demolición es una institución compleja, ejercicio que difiere en atención a sus fines y a las autoridades competentes para disponerla. Si bien la demolición-derecho es una manifestación que no ha dado lugar a discusión, los temas más conflictivos se presentan en los casos en los que es utilizada como una medida para restablecer la legalidad o de prevención, así como se expondrá a continuación.

1. *Autoridades competentes*

Las competencias en materia de demolición se encuentran atomizadas en autoridades distintas, aunque bajo supuestos legales concurrentes⁵⁴, de modo que para algunos autores no existen diferencias sustantivas entre las competencias en materia de demolición entregadas a la SEREMI MINVU y al alcalde, por lo que no resulta adecuado otorgar las mismas prerrogativas a autoridades distintas⁵⁵, toda vez que la dualidad de competencias podría generar problemas de descoordinación afectando el principio de unidad de acción y de buena administración pública⁵⁶.

Por ello, se estima que la potestad solo debería estar radicada en los alcaldes, atendida su naturaleza ejecutiva y carácter local, sin perjuicio de las denuncias que pudieran efectuar ante el municipio los SEREMI, en cumplimiento de sus funciones de

⁵³ La orden de demolición la debe adoptar la SEREMI y, si es preciso, concretarla con cargo a los recursos de esa secretaría, en dictámenes N° s.459, de 1998 y 23.614, de 1999.

⁵⁴ Ríos, 1985, p. 540.

⁵⁵ Ríos, 1985, p. 542.

⁵⁶ VALENZUELA, 1991-1992, p. 103.

vigilancia y fiscalización⁵⁷. Sin embargo, hay quienes estiman que dicha competencia debiera radicarse en la judicatura local⁵⁸.

Ahora bien, el problema que plantea la dualidad de competencias se podría resolver mediante el recurso a los principios de especialidad funcional de cada órgano, eficiencia, eficacia y coordinación.

2. *Acerca de la ejecución de la medida*

Al respecto surgen dos problemáticas, una vinculada con la autotutela ejecutiva de la demolición y la otra con el costo de su ejecución en los casos en que el propietario no la concrete dentro del plazo establecido.

En cuanto al primer tema, no existe una norma general que faculte a los alcaldes para requerir directamente el auxilio de la fuerza pública con el objeto de obtener el cumplimiento de las decisiones que adopte, por tanto, quien tenga interés en que se lleve a cabo una demolición, podrá recurrir, si lo estima pertinente, ante otras instancias, como lo es la judicial, para los fines de obtener el acatamiento de una orden municipal de demolición no ejecutada⁵⁹.

En segundo lugar, en caso de no hacerse efectiva oportunamente la orden de demolición por parte del propietario, corresponde al municipio adoptar las medidas tendientes a dar cumplimiento al decreto de demolición, toda vez que las municipalidades se encuentran en el imperativo legal de ejecutar las resoluciones dispuestas por sus autoridades en el ejercicio de sus funciones, debiendo resolver, por los medios que les franquea la ley, las dificultades prácticas que pudieran tener para ese efecto. En este contexto, las demoliciones de obras levantadas en contravención a la ley se realizan a costa del propietario, por lo que, ante la negativa de este, el municipio que asuma el gasto de la demolición puede repetir en contra del afectado⁶⁰.

Sea como fuere, resulta problemático la ejecución de una demolición en los casos en los que el propietario no es habido, ello debido a que los municipios no siempre cuentan con la disponibilidad presupuestaria para ejecutar directamente la medida⁶¹ y, además, por la dificultad de obtener la restitución de los fondos empleados en la demolición. Ello bien podría justificar la renuencia de los municipios a adoptar la medida⁶².

⁵⁷ Ríos, 1985, p. 542.

⁵⁸ Boletín Nº 14238-07, cuyo objeto es modificar la ley para radicar en el juez de policía local la atribución de disponer de la demolición de obras en los casos allí indicados. En todo caso, es admisible tener presente que la demolición dispuesta por las autoridades judiciales no ha sido un tema pacífico, véase DESDENTADO, 2018 y ALONSO 2014.

⁵⁹ Dictámenes Nº s.28.359, de 1998; 10.168, de 2009 y 18.134, de 2014.

⁶⁰ Dictámenes Nº s.1.087, de 2005; 47.749, de 2008; 23.630, de 2010 y 68.072, de 2010, entre otros.

⁶¹ Dictamen Nº 18.134, de 2014.

⁶² RODRÍGUEZ, 2009, pp. 17 y ss.

3. *Procedimiento*

En cuanto al procedimiento previo que se debe seguir para disponer de la demolición, es posible precisar que, por regla general, se requerirá de un informe del DOM o de otro órgano administrativo (SEREMI MINVU o Consejo de Monumentos Nacionales), el que será obligatorio y habilitante para el ejercicio de la potestad. Su omisión será considerada un vicio esencial y dará lugar a la nulidad del acto.

Enseguida, el acto que ordene la demolición deberá ser motivado. Como consecuencia del principio de probidad, y del carácter razonable e imparcial de las decisiones que deben adoptar las autoridades administrativas (arts.52 y 53 Ley N° 18.575), la resolución final debe ser fundada (arts.11 y 41 Ley N° 19.880)⁶³.

En este caso, la motivación es necesaria para dar cuenta de que la medida responde a un fundamento racional y no a un mero capricho de la autoridad, pues en tal caso, resultaría arbitrario y por tanto ilegítimo. Los fundamentos no requieren ser exhaustivos ni extensos; es suficiente que ilustren, tanto al interesado como al juez, las razones de hecho y de derecho que justifican la resolución de la Administración⁶⁴.

Este aspecto adquiere especial relevancia al momento de controlar la discrecionalidad que ostenta la autoridad para disponer la demolición y, en especial, como mecanismo para controlar la desviación de poder cuando se ha utilizado la demolición para un fin distinto a lo dispuesto en la normativa urbanística⁶⁵.

Finalmente, el acto debe especificar los recursos que proceden contra la resolución, los que varían dependiendo del tipo de demolición de que se trate.

4. *La proporcionalidad como límite a la demolición*

La proporcionalidad es un principio transversal de todas las disciplinas jurídicas y en particular es un principio que informa la actividad de los órganos administrativos. En concreto, este principio implica la prohibición de exceso respecto del ejercicio de potestades discrecionales por parte de los poderes públicos, la que somete ciertos límites de razonabilidad⁶⁶.

En el caso de la demolición, es posible advertir dos manifestaciones de la proporcionalidad.

En primer lugar, la LGUC establece que la demolición puede ser *total o parcial*, clasificación que encuentra su fundamento en la exigencia de proporcionalidad de la medida, que impone el deber de disponerla en atención a las circunstancias del caso. En otros términos, la magnitud o extensión de la demolición dependerá de criterios vinculados con la posibilidad de ajustar las obras a la normativa urbanística (regularización)

⁶³ Fundamentar implica enunciar los motivos y circunstancias consideradas para emitir el pronunciamiento, SCS Rol N° 24.615-2014, c.11°.

⁶⁴ SCS Rol N° 33.734-2021.

⁶⁵ Tema que ha generado un cierto debate con ocasión de las denominadas “narcocasas”.

⁶⁶ Cordero Q., 2023, pp. 118 y ss.

y a las garantías que para tal efecto se extiendan, ello en la búsqueda de un equilibrio entre el interés general y los intereses del titular de la propiedad⁶⁷.

En segundo lugar, uno de los supuestos de procedencia de la demolición es la construcción ilegal, esto es, al margen de la normativa urbanística. Ahora bien, en estos casos, aun cuando la autoridad se encuentre habilitada para decretar la demolición, debe ponderar si es posible dar lugar a ella o si es factible la regularización. Se trata de una decisión que debe considerar a la demolición como una medida de *ultima ratio o subsirvancia*⁶⁸, la que procederá si no existen otros mecanismos o vías para restablecer la legalidad conculcada, como será en aquellos casos de construcciones en bienes nacionales de uso público o de edificaciones en zonas de riesgo para la vida e integridad de las personas⁶⁹.

Bajo tal contexto, una vía para subsanar las ilegalidades es mediante la regularización, la que puede ser conforme con el procedimiento general establecido en la LGUC y su ordenanza o por medio de una ley especial⁷⁰.

En el primer caso, el art. 133 LGUC establece que las construcciones que se ejecutaren sin el previo permiso de construcción pagarán un recargo del 50% del derecho municipal que correspondiere pagar al momento en que el interesado solicitare regularizar su situación⁷¹. Añade su inciso segundo que, si el infractor no regularizare su situación, el DOM formulará, en cualquier tiempo, la correspondiente denuncia ante el Juez de Policía Local, el que, además de la multa por la infracción, condenará también al infractor a pagar el valor de los derechos correspondientes a la edificación que se hubiere levantado sin permiso, recargado en 100%. Este precepto impone a los DOM la obligación de denunciar ante el Juez de Policía Local en caso de que los infractores no regularicen esa situación, quien establecerá una multa por ese concepto⁷².

Enseguida, sus incisos tercero y cuarto, respectivamente, que “El Juez de Policía Local aplicará la sanción en esta parte conforme a la liquidación que practique el Director de Obras Municipales, de acuerdo a los valores establecidos, más el recargo aludido”, y que “Verificado el pago en este último caso, se extenderá un certificado final, trámite con el cual se entenderá regularizada la construcción, sin otros requisitos, siempre que no vulnere las disposiciones del Plan Regulador”.

Por su parte, el art. 116 bis D LGUC precisa que la Ordenanza podrá establecer normas especiales y procedimientos simplificados de aprobación y recepción para la regularización de construcciones.

En suma, el principio de proporcionalidad permite entender a la demolición como una medida de *ultima ratio* y dar lugar a otras actuaciones previas encaminadas a regularizar las obras construidas en contravención al marco normativo vigente. Ahora bien, en los

⁶⁷ VALENZUELA, 1991-1992, p. 102.

⁶⁸ OSPINA, 2020, p. 1034.

⁶⁹ OSPINA, 2020, p. 1037.

⁷⁰ V.gr. Ley N° 20.898, establece un procedimiento simplificado para la regularización de viviendas de autoconstrucción.

⁷¹ Dictámenes N° s.41.593, de 1977; 32.426, de 1979; 4.552, de 1986; 5.537, de 2012.

⁷² Dictamen N° 4.056, de 2016.

casos que no sea posible regularizar todas las obras, se puede disponer de la demolición parcial, esto es, a la destrucción de las obras ilegales que no es posible regularizar.

5. *Demolición y conservación patrimonial y medioambiental*

- a) Respetto de inmuebles sometidos a algún tipo de protección patrimonial o de conservación histórica

De acuerdo con el art. 1º de la Ley N° 17.288, son monumentos nacionales y quedan bajo la tuición y protección del Consejo de Monumentos Nacionales (CMN), entre otros, las construcciones u objetos de carácter histórico o artístico. Enseguida, conforme con su art. 11, el decreto que declara monumento nacional un inmueble lo sujeta a un régimen jurídico especial, porque lo coloca bajo el control y supervigilancia del CMN, imponiendo a su propietario las cargas y obligaciones, debiendo destacarse, en lo que interesa, la de someter a la autorización previa de dicho Consejo “[...] todo trabajo de conservación, reparación o restauración” y la prohibición de remover, sin autorización, los objetos “[...] que formen parte o pertenezcan a un Monumento Histórico”. Por consiguiente, la declaración de monumento histórico de un inmueble somete dicha propiedad a un régimen especial, el que impone diversas cargas a su dueño, una de estas consiste en requerir previamente una autorización al Consejo.

Así, tratándose de inmuebles sometidos a la regulación de la Ley N° 17.288, se ha precisado que dicha ley constituye una normativa especial, cuya vigencia no puede ser alterada por otras disposiciones, como la LGUC que establece reglas generales en materia de construcciones, entre las que se contemplan las relativas a la demolición de obras que amenacen ruina, de modo que se debe interpretar en concordancia con el régimen especial aludido, el que prevé expresamente la intervención del CMN para autorizar demoliciones en situaciones tratadas por la Ley N° 17.288⁷³.

Por su parte, respecto de los efectos de una declaración acerca de un permiso de edificación anterior, Contraloría sostuvo que los derechos que emanan de un permiso, consistentes principalmente en la facultad de ejecutar las obras de construcción respectivas, no se pueden afectar por un acto posterior, como sería la declaración de monumento nacional de un inmueble, porque en dicho caso desnaturaliza el permiso de edificación de que es titular la recurrente, vaciándolo de su contenido esencial e imponiéndole una condición que impide su libre ejercicio, lo que importa dejarlo sin efecto mediante un procedimiento no previsto en la ley⁷⁴.

Respetto de las zonas declaradas típicas o pintorescas, Contraloría ha señalado que la normativa que regula la materia no exige que cuando se trate de inmuebles ubicados en zonas declaradas típicas o pintorescas, su demolición deba, por esa sola circunstancia, ser objeto de autorización por parte del CMN, sino que reserva tal autorización previa a

⁷³ Dictamen N° 8293, de 1989.

⁷⁴ Dictámenes N° s.49.531, de 2008; 5.531, de 2010; 77.490, de 2011 y 99.736, de 2014.

la realización de construcciones nuevas o a la ejecución de obras de reconstrucción o de mera conservación⁷⁵. Este criterio fue complementado mediante un dictamen posterior en donde se precisó que la Ley Nº 17.288 solo permite que en dichas zonas se efectúen las acciones previstas en el art. 30 de la ley, esto es, construcciones nuevas, obras de reconstrucción o de mera conservación, por lo que la demolición solo se podrá ejecutar cuando esté asociada o se necesite para la ejecución de tales acciones, en cuyo caso se requerirá de la autorización previa del aludido Consejo. Asimismo, precisó que la demolición que no se vincule con las actividades del mencionado art. 30, constituye un acto contrario al objeto de la declaratoria de un sector como zona típica o pintoresca, que conforme con lo dispuesto en el art. 29 de la referida ley, consiste en “mantener el carácter ambiental y propio de ciertas poblaciones o lugares donde existieren ruinas arqueológicas, o ruinas y edificios declarados Monumentos Históricos”, por lo que su realización y autorización en tales zonas protegidas no se ajusta a derecho⁷⁶. De esta manera, corresponde al CMN efectuar la calificación de las solicitudes de intervención en las zonas declaradas típicas o pintorescas, con el fin de salvaguardar el carácter ambiental y propio de tales lugares⁷⁷.

Por su parte, el art. 60 LGUC, establece que “[...] el Plan Regulador señalará los inmuebles o zonas de conservación histórica, en cuyo caso los edificios existentes no podrán ser demolidos o refaccionados sin previa autorización de la Secretaría Regional de Vivienda y Urbanismo correspondiente”. Por consiguiente, si se presenta una solicitud de permiso de demolición respecto de un inmueble de conservación histórica se exige la autorización previa de la SEREMI MINVU, aun si previamente se hubiese otorgado un permiso de edificación sobre el mismo predio⁷⁸.

Además, el art. 5.1.4. OGUC dispone que tratándose de inmuebles de conservación histórica o emplazados en zonas con tal denominación, con anterioridad a la presentación del correspondiente permiso, el propietario deberá presentar un informe suscrito por un arquitecto en el que se fundamenten las razones de seguridad o de fuerza mayor que harían recomendable la demolición de la edificación⁷⁹. Añade que a base de dicho informe el DOM resolverá la procedencia o no de la demolición⁸⁰.

Ahora bien, en el caso de anteproyectos, el art. 5.1.5. de la OGUC no requiere, entre los documentos que deben adjuntarse a la petición, la aludida autorización en los casos en que aquel se vincule con un inmueble o zona de conservación histórica. Por tanto,

⁷⁵ Dictamen Nº 27.362, de 2010.

⁷⁶ Dictamen Nº 77.067, de 2010.

⁷⁷ Dictamen Nº 78.827, de 2012.

⁷⁸ Dictamen Nº 9.319, de 2016.

⁷⁹ Dictamen Nº 72.776, de 2015.

⁸⁰ SCS Rol Nº 98.671-2022 y dictámenes Nº s.8.773, de 2013 y 45.549, de 2015. Esta exigencia guarda relación con la demolición de los inmuebles situados en zonas de conservación histórica –lo que se condice con el carácter de áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural que según el art. 2.1.18. OGUC ostentan esas zonas–, mas no con las restantes intervenciones de que pueden ser objeto los edificios –*v.gr.*, ampliaciones, reparaciones, alteraciones u obras menores–, procede que esa municipalidad adopte las medidas destinadas a que en lo sucesivo, se dé cumplimiento al criterio contenido en este pronunciamiento, dictamen Nº 22.791, de 2016.

la nombrada autorización no es una exigencia para la aprobación de un anteproyecto de edificación, sino que corresponde a un supuesto previo para realizar las intervenciones que en cada caso detalla la preceptiva reseñada, las que requieren del pertinente permiso municipal⁸¹.

b) Aspectos ambientales de la demolición

Según lo señalado por Contraloría, no resulta procedente que la DOM exija, para otorgar el permiso de demolición, que se acompañe una resolución de calificación ambiental. La DOM carece de competencias para determinar si la demolición de edificios se debe someter al SEIA, toda vez que la normativa no le atribuye facultades para realizar exigencias de esa naturaleza al momento de otorgar un permiso⁸². En este aspecto, es el Servicio de Evaluación Ambiental el que cuenta con atribuciones para pronunciarse respecto de la pertinencia de que un proyecto o actividad ingrese al sistema de evaluación ambiental.

Por su parte, es interesante la discusión que se ha generado en torno a los permisos de demolición y los inmuebles bajo protección oficial.

En un primer momento, la jurisprudencia administrativa sostuvo que si un permiso de edificación, que comprende acciones de demolición, fue otorgado con anterioridad a la modificación de un plan regulador comunal que declaró un inmueble bajo una protección oficial, y la ejecución de esa obra se debe realizar conforme con tal permiso, de modo que no resulta procedente que la DOM efectúe exigencias derivadas de cambios que, con posterioridad a su otorgamiento, se hubieren incluido en el aludido instrumento de planificación territorial, así como sería requerir la autorización a que se refiere el art. 60 LGUC para llevar a cabo las demoliciones que supone aquel permiso⁸³. Sostener lo contrario importaría que los derechos que emanan del indicado permiso de edificación, consistentes principalmente en la facultad de ejecutar las obras de construcción respectivas, aparecerían sometidos a una sobrevenida condición, porque para poder ejercerlos, su titular debería contar necesariamente con la autorización a que se ha hecho mención, lo que significaría desconocer sus efectos al pretender extender el alcance de las disposiciones del PRC a una época anterior a su emisión, como si dicho acto municipal no existiera⁸⁴.

Este criterio fue modificado posteriormente por el dictamen N° 4.000, de 2016, el que estableció: i) que las áreas de protección de recursos de valor patrimonial cultural definidas o reconocidas en los instrumentos de planificación territorial, constituyen áreas colocadas bajo protección oficial a que se refiere el art. 10, letra p), Ley N° 19.300, sobre Bases Generales del Medio Ambiente, y, por tanto, las normas que las establecen

⁸¹ Dictamen N° 8.773, de 2013.

⁸² Dictámenes N° s.78.159, de 2015 y 93.642, de 2015.

⁸³ Dictamen N° 99.736, de 2014.

⁸⁴ Dictamen N° 49.531, de 2008.

son normas de carácter ambiental y ii) que estas normas, de carácter ambiental, rigen *in actum* y por esta razón, la aplicación del ordenamiento jurídico vigente al momento de la solicitud de otorgamiento de un permiso de edificación a un proyecto durante su ejecución solo tiene efecto respecto de las normas propiamente urbanísticas y no respecto de las normas de contenido ambiental, las que se podrían contener, por ejemplo, en un instrumento de planificación territorial. Por tanto, la circunstancia de que se haya otorgado un permiso de edificación en un inmueble no impide que este sea luego declarado bajo un tipo de protección oficial (*v.gr.*, inmueble de conservación histórica), atendido el carácter ambiental de la norma del instrumento de planificación territorial que le da esa calidad, y que esa norma, de carácter ambiental, rige *in actum*.

Así, conforme con el referido dictamen Nº 4.000 si se presenta una solicitud de permiso de demolición respecto de un ICH rige plenamente el art. 60 inciso segundo de la LGUC, que exige la autorización previa de la SEREMI MINVU, aun si previamente se hubiese otorgado un permiso de edificación sobre el mismo predio, sin perjuicio de lo que se resuelva en el Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental⁸⁵.

Si bien este criterio se ha aplicado respecto de las solicitudes de permisos de demolición, es un criterio extrapolable a la demolición dispuesta por la autoridad administrativa (DOM o SEREMI MINVU).

En otros términos, la demolición es necesaria, aunque insuficiente frente a las afectaciones del medio ambiente⁸⁶, por cuanto generaría impactos ambientales, de modo que bien puede ser necesaria su evaluación ambiental, en especial tratándose de proyectos de significativa envergadura y en donde el ecosistema se ha adaptado a su existencia. Ahora bien, respecto de la demolición como medida de restablecimiento de legalidad resulta necesario determinar quién debe solicitar la evaluación y quién asume sus costos.

IV. CONCLUSIONES

Nuestro ordenamiento jurídico ha establecido la demolición como un derecho, así como un mecanismo destinado a tutelar el cumplimiento de la legalidad urbanística, tanto con carácter preventivo (mediante la suspensión cautelar inmediata de toda obra o actividad clandestina y sometimiento a licencia a toda actividad trascendente a estos efectos), como con carácter reparador del orden infringido.

Esta investigación ha centrado su atención en la demolición como medida de restablecimiento de la legalidad, dando cuenta de las principales problemáticas que comprende su ejecución, dentro de estas se encuentra la atomización de autoridades llamadas a su ejercicio, las dificultades vinculadas con su ejecución, las deficiencias procedimentales, las cuestiones vinculadas con la demolición de inmuebles sujetos a algún tipo de protección y su proporcionalidad.

⁸⁵ Dictamen Nº 9.319, de 2016.

⁸⁶ OSPINA, 2020, p. 1057.

Luego de la revisión de su marco normativo es posible advertir que se trata de una institución consolidada en nuestro ordenamiento jurídico que resulta de especial relevancia al momento de restablecer el orden urbanístico vulnerado, no obstante, su falta de coherencia normativa y alto nivel de discrecionalidad, sin límites objetivos para su ejercicio, dificultan su pronta aplicación y permite dar lugar a la consolidación de construcciones ilegales que posteriormente es difícil demoler atendido el tiempo transcurrido (oportunidad), los costos involucrados, la renuencia de los municipios a adoptar la medida o debido a la adecuación del ecosistema a la edificación contraria a la norma urbanística.

En suma, la deficiente regulación de la figura contribuye al fenómeno de la ilegalidad urbanística.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO, María, 2014: “La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones: medidas legales”, *Por el Derecho y la Libertad*, Vol. I, Madrid, Iustel, pp. 963-994.
- ARREDONDO, José Manuel, 2009: *Demolición de edificación ilegal y protección de la legalidad urbanística* (3ª edición, Comares).
- CORDERO, Eduardo, 2023: *Curso de Derecho Administrativo* (Santiago, Libromar).
- CORDERO, Eduardo, 2020: *Estudios sobre propiedad y derecho urbanístico* (Valencia, Tirant lo Blanch).
- DESDENTADO, Eva, 2018: “El tortuoso camino de las demoliciones urbanísticas”, *La Ley* 9588/2018.
- FERNÁNDEZ, José y HOLMES, Felipe, 2008: *Derecho Urbanístico Chileno* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- FIGUEROA, Juan Eduardo, 2022: *Urbanismo y construcción* (3ª edición, Santiago, Der).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y PAREJO, Luciano, 1979: *Lecciones de derecho urbanístico* (Madrid, Civitas).
- GARCÍA, Ricardo y BLASCO, José, 2009: “La disciplina urbanística”, *Documentación administrativa*, N° 282-283, pp. 291-319.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda (2023): “Regulación urbanística: tendencias jurisprudenciales”, en *Revista de Derecho Administrativo Económico*, N° 35, 2022, pp. 157-180.
- GÓMEZ, Rosa Fernanda, 2021: *Infracciones y sanciones administrativas* (Santiago, DerEdiciones).
- OCHOA, Fernando, 2010: “La protección del orden jurídico urbanístico multa, demolición y clausura en la Ley General de Urbanismo y Construcciones”, *Revista de Estudios Ius Novum*, N° 3, pp. 174-196.
- OSPINA, Andrés, 2020: “La sanción administrativa de las infracciones urbanísticas: el drama humano en los límites de un mecanismo apenas eficaz”, RINCÓN, Jorge Iván y CABEZAS, Nicolás [Editores], *Ordenación del territorio, ciudad y derecho urbano: competencias, instrumentos de planificación y desafíos* (Bogotá, Universidad Externado de Colombia), pp. 1013-1069.
- PAREJO, Luciano, 2012: *La disciplina urbanística* (2ª edición, Madrid, Iustel).
- NAVARRO, Antonio, 2019: “La demolición de inmuebles ordenada por los órganos judiciales contencioso-administrativos”, *Gabilex Revista del Gabinete Jurídico de Castilla-La Mancha*, pp. 15-74.
- RÍOS, Lautaro, 1985: *El urbanismo y los principios fundamentales del derecho urbanístico*. Madrid, España. Universidad Complutense de Madrid.

- RODRÍGUEZ, Ignacio, 2008: “El restablecimiento del orden jurídico urbanístico en vía penal: La demolición de la construcción o edificación ilegal”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia* 2055 62, pp. 367-399.
- RODRÍGUEZ, Ignacio, 2009: “Demolición de obras ilegales, restablecimiento de la legalidad y tutela judicial efectiva. Reflexiones a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 22/209, de 26 de marzo”, *Revista General de Derecho Administrativo*, Nº 22, p. 1-48.
- SATO, Alberto, 2005: *Demolición y clausura* (ARQ, Santiago) Nº 59, pp. 58-61.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: “¿Puede un gobernador ordenar a través de un acto administrativo la paralización de obras y su demolición invocando como base legal la disposición del artículo 4º, inciso 2º, letra h) de la Ley Nº 19.175, de 1991?”, *Revista de Derecho y Jurisprudencia* Tomo 93 Nº 2, pp. 97-106.
- TOLOSA, César, 2019: “La demolición de viviendas ilegales, el artículo 108.3 de la LJCA y la protección de los derechos fundamentales en la doctrina del TEDH”, *Revista de Urbanismo, Lefebvre-El Derecho*, Nº 72.
- VALENZUELA, Paulina, 1991-1992: “Las acciones contenciosas derivadas del permiso de edificación municipal”, *Revista de Derecho (Valparaíso)*, Nº 14, pp. 97-124.

Normas jurídicas

CÓDIGO Civil

LEY Nº 16.282, sobre disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofes.

LEY Nº 20.898, establece un procedimiento simplificado para la regularización de viviendas de autoconstrucción.

DECRETO con Fuerza de Ley Nº 458, de 1975, del Ministerio de Vivienda y Urbanismo, Ley General de Urbanismo y Construcciones (LGUC).

PROYECTO de ley cuyo objeto es modificar la ley para radicar en el juez de policía local la atribución de disponer de la demolición de obras en los casos allí indicados, Boletín Nº 14238-07.

Jurisprudencia

CORTE Suprema, sentencia 21 junio 2011, rol 4.975-2009.

CORTE Suprema, sentencia 29 diciembre 2014, rol 24.615-2014.

CORTE Suprema, sentencia 7 septiembre 2015, rol 8481-2015.

CORTE Suprema, sentencia 28 junio 2017, rol 55.130-2016.

CORTE Suprema, sentencia 3 enero 2019, rol 24.935-2018.

CORTE Suprema, sentencia 8 abril 2019, rol 7.365-2018.

CORTE Suprema, sentencia 30 agosto 2018, rol 13.205-2018.

CORTE Suprema, sentencia 20 diciembre 2021, rol 91831-2021.

CORTE Suprema, sentencia 22 febrero 2022, rol 33.734-2021.

CORTE Suprema, sentencia 30 mayo 2022, rol 89.134-2021.

CORTE Suprema, sentencia 23 noviembre 2022, rol 17.064-2022.

CORTE Suprema, sentencia 25 noviembre 2022, rol 40.135-2022.

CORTE Suprema, sentencia 15 diciembre 2022, rol 8.440-2022.

CORTE Suprema, sentencia 22 diciembre 2022, rol 4.335-2022.

CORTE Suprema, sentencia 12 enero 2023, rol 50.909-2022.

CORTE Suprema, sentencia 14 febrero 2023, rol 98.671-2022.

CORTE Suprema, sentencia 20 febrero 2023, rol 1.058-2022.

CORTE Suprema, sentencia 26 abril 2023, rol 66.340-2021.

CORTE Suprema, sentencia 7 julio 2023, rol 32.868-2022.
CORTE Suprema, sentencia 13 septiembre 2023, rol 201.203-2023.
TRIBUNAL Constitucional, sentencia 16 junio 2003, rol 376-03.
CONTRALORÍA General de la República, 5 julio 1977, dictamen 041593N77.
CONTRALORÍA General de la República, 6 junio 1979, dictamen 032426N79.
CONTRALORÍA General de la República, 20 febrero 1986, dictamen 004552N86.
CONTRALORÍA General de la República, 30 marzo 1989, dictamen 008293N89.
CONTRALORÍA General de la República, 7 enero 1998, dictamen 000459N98.
CONTRALORÍA General de la República, 7 agosto 1998, dictamen 028359N98.
CONTRALORÍA General de la República, 30 junio 1999, dictamen 023614N99.
CONTRALORÍA General de la República, 10 enero 2005, dictamen 001087N05.
CONTRALORÍA General de la República, 8 abril 2005, dictamen 016731N05.
CONTRALORÍA General de la República, 17 abril 2006, dictamen 017266N06.
CONTRALORÍA General de la República, 22 agosto 2008, dictamen 039652N08.
CONTRALORÍA General de la República, 13 octubre 2008, dictamen 047749N08.
CONTRALORÍA General de la República, 22 octubre 2008, dictamen 049531N08.
CONTRALORÍA General de la República, 27 febrero 2009, dictamen 010168N09.
CONTRALORÍA General de la República, 1 febrero 2010, dictamen 005531N10.
CONTRALORÍA General de la República, 5 mayo 2010, dictamen 023630N10.
CONTRALORÍA General de la República, 20 mayo 2010, dictamen 027362N10.
CONTRALORÍA General de la República, 15 noviembre 2010, dictamen 068072N10.
CONTRALORÍA General de la República, 21 diciembre 2010, dictamen 077067N10.
CONTRALORÍA General de la República, 27 abril 2011, dictamen 025862N11.
CONTRALORÍA General de la República, 12 diciembre 2011, dictamen 077490N11.
CONTRALORÍA General de la República, 2 mayo 2012, dictamen 025357N12.
CONTRALORÍA General de la República, 19 diciembre 2012, dictamen 078827N12.
CONTRALORÍA General de la República, 7 febrero 2013, dictamen 008773N13.
CONTRALORÍA General de la República, 27 enero 2014, dictamen 006423N14.
CONTRALORÍA General de la República, 12 marzo 2014, dictamen 018134N14.
CONTRALORÍA General de la República, 23 diciembre 2014, dictamen 0099736N14.
CONTRALORÍA General de la República, 2 febrero 2015, dictamen 008865N15.
CONTRALORÍA General de la República, 1 junio 2015, dictamen 043367N15.
CONTRALORÍA General de la República, 8 junio 2015, dictamen 045549N15.
CONTRALORÍA General de la República, 10 septiembre 2015, dictamen 072776N15.
CONTRALORÍA General de la República, 10 octubre 2015, dictamen 078159N15.
CONTRALORÍA General de la República, 25 noviembre 2015, dictamen 093642N15.
CONTRALORÍA General de la República, 15 enero 2016, dictamen 004056N16.
CONTRALORÍA General de la República, 5 febrero 2006, dictamen 009319N16
CONTRALORÍA General de la República, 24 marzo 2016, dictamen 022791N16.
CONTRALORÍA General de la República, 11 abril 2016, dictamen 026921N16.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100169>

Tres *desiderata* para una teoría de los derechos sociales

Leticia Morales*

RESUMEN

En este artículo considero, en primer lugar, tres desiderata que debería satisfacer una teoría deseable de los derechos sociales: 1) no trivialidad; 2) determinación del contenido; y 3) alcance. De esta manera, la primera parte del trabajo tiene el objetivo de presentar y mostrar la relevancia de estos tres criterios de evaluación. En segundo lugar, examino qué tan bien da cuenta de estos desiderata uno de los enfoques dominantes en la literatura filosófica-jurídica de los derechos sociales, la teoría de los recursos adecuados para una vida digna. Mostraré que esta teoría de los derechos sociales puede satisfacer con diverso grado algunos de los desiderata bajo examen, pero no todos. Concluiré que los desiderata permiten filtrar las buenas teorías de las que no lo son, emendar aquellas debilidades en la medida de lo posible, y realizar una comparación que nos permita listar las distintas teorías según su deseabilidad.

Teoría de los derechos sociales; evaluación; *desiderata*; justicia social

Three desiderata for a theory of social rights

SUMMARY

In this paper I consider three desiderata that a desirable theory of social rights should satisfy: 1) non-triviality; 2) content-determinacy; and 3) scope. The first part of this paper aims to present and show the relevance of these three desiderata. The second examines how well one of the dominant approaches in the legal philosophy of social rights literature that grounds these rights in the notion of human dignity accounts for these desiderata. I show how this theory of social rights only satisfies some of the desiderata under examination but not all three. I conclude that the three desiderata allow us to filter out the good theories, to potentially amend weaknesses in other theories, and to compare and rank different theories according to their desirability.

Theory of social rights; evaluation; *desiderata*; social justice

* Abogada, Universidad Nacional de Mar del Plata, Argentina. Doctora en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesora de Ciencias del Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0500-1160> . Correo electrónico: leticia.morales@uach.cl

Artículo recibido el 31.10.2023 y aceptado para su publicación el 5.4.2024.

I. INTRODUCCIÓN

El debate alrededor de los derechos sociales y económicos ha crecido de forma exponencial desde las últimas tres décadas¹. Frente a una mayoría de concepciones que les negaban el carácter de auténticos derechos, desde comienzos del siglo fueron apareciendo una gran cantidad de propuestas teóricas cuyo objetivo es justificarlos como verdaderos derechos. Hoy encontramos en la literatura académica una constelación de teorías de los derechos sociales. Estas se ocupan del concepto de derechos sociales, de su articulación jurídica, de su evolución histórica, y en especial, de su fundamentación. Así, hay teorías que justifican los derechos sociales en la dignidad humana, el bienestar, la autonomía, la seguridad material, la igualdad sustantiva, etc.² Incluso, varias de estas son utilizadas en el discurso político-activista para presionar la agenda pública en favor del reconocimiento jurídico de los derechos sociales o de su protección constitucional. Pero no todas son “buenas” teorías de los derechos sociales. ¿Cómo establecemos qué teoría es plausible o deseable entre todas ellas? En otras palabras, ¿qué criterios debe satisfacer una teoría de los derechos sociales para que la consideremos “buena”?

La cuestión que me interesa explorar en este trabajo es cómo evaluar esas teorías de los derechos sociales. Hay distintas formas de evaluar entre concepciones de los derechos sociales en competencia. Podemos llevar adelante el proceso de evaluación en sentido ascendente (*bottom-up*), es decir, de abajo hacia arriba, desde una perspectiva normativamente densa, que tenga en consideración un conjunto de asunciones sustantivas para evaluar las diversas teorías³. Tal sería el caso que se adoptara como parámetro de evaluación, por ejemplo, la teoría de la justicia rawlsiana⁴. La teoría de la justicia como equidad de Rawls defiende la elección de dos principios muy generales y abstractos capaces de gobernar la estructura básica de la sociedad en relación con su impacto en los proyectos de vida de las personas y el disfrute de los bienes primarios. Así, una teoría de los derechos sociales sería tanto más deseable en la medida en que más se aproximara a posibilitar a las personas la consecución de los proyectos de vida y

¹ De aquí en adelante utilizaré la expresión “derechos sociales” para hacer referencia a los derechos sociales y económicos, por razones de estilo. Si bien en el ámbito internacional de los derechos humanos es habitual referirse al conjunto de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales (DESCA), este trabajo no se ocupa de los derechos culturales y ambientales. La característica de interés colectivo propia de estos últimos haría necesario otro tipo de consideraciones.

² Como muestra de la diversidad de teorías de los derechos sociales fundadas en distintos valores, véase ARANGO, 2015, pp. 1693-1698.

³ La caracterización entre teorías normativas densas y ligeras se nutre de la distinción entre conceptos normativos densos (*thick*) y ligeros (*thin*) ampliamente discutidos en filosofía moral. Véase, VÄÄRYNEN, 2021.

⁴ Lo mismo puede decirse de otras teorías de la justicia tales como la teoría de las capacidades, el republicanismo, el igualitarismo relacional, etc. El punto que quiero mostrar aquí no es acerca de la teoría rawlsiana en particular, sino respecto de un enfoque normativamente denso compartido por distintas teorías de la justicia social.

el disfrute de los bienes primarios mediante la articulación de instituciones justas⁵. Una segunda posibilidad es adoptar un proceso de evaluación basado en rasgos estructurales, desde una aproximación normativa más bien ligera que brinde criterios formales y que sirva para medir la coherencia interna de cada teoría, es decir, que valore que las diversas partes de la teoría (concepto de los derechos sociales, formas de protección, fundamentación, etc.) encajen de modo coherente entre ellas⁶. La distinción está en que los enfoques *densos* se articulan a partir de un conjunto de valores o principios propios de una teoría normativa, por lo que la teoría de los derechos sociales se enmarcaría dentro de esa teoría más amplia. En cambio, los enfoques *livianos* evitan por completo cualquier referencia a valores o principios, por lo que una teoría de los derechos sociales se presenta meramente en términos formales.

Alternativamente, es posible realizar la evaluación de las teorías de los derechos sociales desde un enfoque intermedio a los mencionados, como es el de la evaluación por medio de un conjunto de *desiderata*. Este enfoque pretende servir de puente entre las dos aproximaciones anteriores mediante la articulación de un conjunto de criterios procedimentales pero que tienen relación con el contexto social y económico en el que se insertan. Esto es, dichos criterios no son formales en el sentido propuesto por las teorías ligeras, lo que significa que ciertos valores o principios los informan o permean en su interior, pero los criterios en sí mismos no se encuentran subsumidos en aquellos. Así, es una aproximación menos ligera que el enfoque estructural, en tanto los *desiderata* toman en consideración la plausibilidad práctica de las teorías y permite apreciar si estas ofrecen guías de acción en los derechos sociales, y es a la vez menos densa que la evaluación de tipo ascendente, porque no requiere un compromiso con los valores o principios de una teoría normativa en particular para realizar la evaluación.

Los tres *desiderata* que presento y desarrollo en el apartado siguiente son la *no trivialidad*, la *determinación del contenido*, y el *alcance*. Estos criterios tienen la finalidad de servir a la comparación y evaluación entre teorías de los derechos sociales desde un metanivel de análisis. A mayor grado de satisfacción de esos criterios, mejor será nuestra evaluación de la teoría. Así, los criterios tampoco incorporan un umbral, es decir, no son del tipo “todo o nada”, sino de mayor o menor grado de satisfacción. Estos tres criterios no pretenden ser comprensivos, puede haber otros que sea oportuno considerar a los efectos de evaluar la bondad de una teoría de los derechos sociales; es decir, no son propuestos para que funcionen como condiciones necesarias y suficientes de qué cuenta como una teoría de los derechos sociales⁷. Finalmente, estos *desiderata* se refieren a las teorías de

⁵ RAWLS, 2001. Véanse NEUFELD (2020) en relación con este tipo de enfoque para fundamentar el derecho a la educación en el liberalismo político rawlsiano; y AGUAYO (2023) respecto de la justificación de los derechos sociales desde un análisis de la teoría de rawlsiana.

⁶ Véase ZYLBERMAN, 2017.

⁷ No obstante, cuantos más criterios incluyamos, más difícil será satisfacerlos para una teoría de los derechos sociales. Esto significa que estamos en una situación de ganancia-pérdida (*trade-off*) entre, por un lado, adoptar un conjunto extenso de *desiderata* que en última instancia filtre demasiadas teorías al extremo de que ninguna las satisfaga, y por otro lado, adoptar solo unos pocos criterios demasiado laxos al extremo de pérdida de la capacidad para discriminar entre teorías deseables. No parece que exista un punto fijo para

los derechos sociales, no a los derechos sociales como tales. Es decir, a las concepciones que de manera sistemática se ocupan “del carácter general, la finalidad normativa y el alcance material”⁸ de los derechos sociales. Esta distinción de niveles es importante debido a que el examen desde estos criterios se formula desde la metateoría y tiene por objeto el análisis de las teorías de los derechos sociales dominantes. En cambio, las concepciones de los derechos sociales ofrecen una justificación axiológica, brindando razones de por qué proteger estos derechos, es decir, valoran positivamente los derechos sociales y propugnan su defensa, garantía constitucional y ampliación.

La estructura del trabajo se divide en dos partes. En primer lugar me refiero a tres *desiderata*, que son no trivialidad, determinación del contenido, y alcance. En segundo lugar examino qué tan bien da cuenta de estos *desiderata* uno de los enfoques teóricos dominantes en la literatura filosófica-jurídica de los derechos sociales anclado en lo que exige la dignidad humana. Sostendré que la teoría de los derechos sociales como recursos adecuados propuesta por Cécile Fabre puede satisfacer con diverso grado algunos de los *desiderata* bajo examen, pero no otros, de una manera que no calificaría muy alto en cuanto a su deseabilidad. Como consecuencia de dicha evaluación, concluiré que los *desiderata* permiten filtrar las buenas teorías de las que no lo son, enmendar aquellas debilidades en la medida de lo posible, y realizar una comparación que nos permita listar las distintas teorías según su deseabilidad.

II. LOS TRES *DESIDERATA*

En esta sección examino y elaboro los tres *desiderata*: no trivialidad, determinación del contenido, y alcance.

1. *No trivialidad*

Una “buena” teoría de los derechos sociales no tiene que ser trivial. La trivialidad de una teoría de los derechos sociales puede hacer referencia a dos cuestiones diversas. Por un lado, que sea trivial el tipo de derechos sociales que la teoría justifica. Por ejemplo, si sirve para fundamentar solo los derechos al agua potable y a la alimentación, pero no otros derechos como el acceso a la educación, a la vivienda adecuada o al cuidado de la salud. Una teoría de los derechos sociales que justificara un rango demasiado restrictivo de estos derechos, como el derecho al agua potable, es trivial en este primer sentido porque no daría cuenta del amplio ámbito de bienes y servicios que los derechos sociales tienen la finalidad de proteger, teniendo que hacer frente al desafío de arbitrariedad: ¿por qué agua y no alimentación?, o ¿por qué educación y no cuidado de la salud?, etc.

la determinación del número de criterios. Lo máximo que podríamos aspirar es a un número de criterios que sea cada uno suficientemente plausible para alcanzar un acuerdo amplio (no necesariamente total) dentro de la comunidad epistémica.

⁸ BÖCKENFÖRDE, 1993, p. 45.

Por el otro lado, y este es el verdadero problema de la trivialidad para una teoría de los derechos sociales, que sea trivial el nivel del contenido de los derechos sociales que justifica. Aquí el conjunto de teorías de los derechos sociales que potencialmente fundamente un contenido trivial es tendente a cero. Incluso quienes defienden un contenido de los derechos sociales vinculado a la satisfacción de las necesidades básicas, caracterizan a estas como aquellas necesarias no solo para la supervivencia, lo que sería una idea empobrecida, sino las requeridas para la existencia humana entendida de manera amplia⁹. En este segundo aspecto, el criterio de no trivialidad es intuitivo en su exigencia: una teoría de los derechos sociales que justifica una porción de bienes y recursos socioeconómicos insignificante es una teoría muy poco deseable. Ello porque la justificación de los derechos sociales se suele vincular con alguna concepción amplia de la autonomía, la igualdad sustantiva, el bienestar, la dignidad o algún otro valor cuyo reconocimiento se nos debe *qua* personas merecedoras de respeto. No es suficiente para que las personas sean consideradas con respeto que tengan solo satisfecho un nivel mínimo de las necesidades básicas humanas. Por ejemplo, si como resultado de cierta teoría de los derechos sociales terminamos justificando solamente la satisfacción de exigencias para la mera supervivencia biológica o comunicación básica entre las personas, aquella sería una teoría poco deseable. No porque un contenido muy mínimo sea trivial en sí mismo (no lo es para billones de personas en contextos de hambruna y falta de agua potable que padecen pobreza extrema en varias partes del mundo), sino por las razones siguientes.

Cuando pensamos en la justificación de los derechos sociales y se aboga por su constitucionalización no tenemos en mente, por lo general, la justificación de una idea debilitada de satisfacción de necesidades biológicas mínimas, como alimentación diaria, agua potable y algún tipo de resguardo de las inclemencias climáticas. Cécile Fabre, a partir de la adopción de una posición kantiana, extensamente seguida en la filosofía política y moral, que asume el enunciado que los seres humanos tienen un valor moral intrínseco por lo que no deberían ser tratados como medios sino como fines en sí mismos, se preocupó de dejar fuera de su teoría de articulación de los derechos sociales la satisfacción de las necesidades de subsistencia¹⁰. De acuerdo con la autora, que las personas sean capaces de llevar una vida decente, privilegiando su autonomía (su capacidad de decidir reflexivamente qué hacer con sus vidas), y su bienestar (plasmado en la exigencia de que no se debe causar sufrimiento deliberado a los individuos) tendría especial valor moral¹¹. En la medida en que lo que más importa es alcanzar la autonomía y el bienestar necesarios para llevar una vida decente, para Fabre, una teoría de los derechos sociales no puede servir para justificar apenas aquello que hace que la gente sobreviva el día a día. Los derechos sociales exigen una extensión de bienes sociales y económicos considerablemente mayor, debido a los intereses que aspiran realizar.

⁹ WALDRON, 2000, pp. 120-121.

¹⁰ FABRE, 2000, pp. 35-36, 124-126.

¹¹ FABRE, 2000, pp. 9-13.

La trivialidad también es un problema porque la gran mayoría de las teorías de los derechos sociales son muy demandantes en cuanto a lo que requieren materialmente para que las personas puedan participar con eficacia de los asuntos públicos. Por ejemplo, para una teoría republicana de los derechos sociales (como la defendida por Pettit) la trivialidad es un obstáculo debido a que el contenido de lo que se exige es aquello que permita a la ciudadanía vivir una vida libre de dominación organizada en una forma de autogobierno que satisfaga ciertas precondiciones políticas y socioeconómicas¹².

Una dificultad adicional de la trivialidad se presenta frente a la defendida prioridad de los derechos sociales respecto de otras preocupaciones colectivas de naturaleza socioeconómica que tienen por fin mejorar la vida de un grupo o de la sociedad entera con recursos públicos (por ejemplo, la decisión de construir una piscina pública o un estadio deportivo, o parques accesibles e iluminados en cada municipio, etc.). Si bien la naturaleza de la prioridad de los derechos sociales en las demás cuestiones no es autoevidente¹³, las teorías de los derechos sociales dirigen sus esfuerzos a argumentar que estos son realmente derechos humanos, y que merecen ser tomados tan en serio como los derechos civiles y políticos, al punto de que su falta de satisfacción se sitúa en el mismo nivel normativo que las violaciones de derechos como la tortura, la censura, la privación del derecho a voto o la vulneración del debido proceso. La única manera de que los derechos sociales puedan pretender prioridad sobre otro tipo de expectativas socioeconómicas de carácter colectivo es que el contenido que reivindicán no sea trivial. Paralelamente, cualquier teoría de los derechos sociales se propone justificar la imposición de obligaciones al Estado, sus instituciones o las personas de una comunidad. Este es el otro extremo de la relación de un derecho, el del sujeto obligado. Los derechos sociales imponen restricciones, demandas y cargas en las instituciones estatales o en sujetos particulares. No es menor el tipo de obligaciones a los que se sujeta el comportamiento de las personas o el tipo y opciones de las instituciones estatales en el nombre de los derechos sociales. En consecuencia, no parece adecuada una teoría que, en última instancia, justifique imposiciones, cargas y arreglos institucionales que lleven a resultados triviales.

2. *Determinación del contenido*

Una buena teoría de los derechos sociales tiene que ser capaz de ofrecer herramientas para la determinación de su contenido. Este es un requisito elemental para la defensa de los derechos sociales como derechos subjetivos, por lo que una teoría de estos derechos no debería dejar indeterminado su contenido. Por ejemplo, una teoría de los derechos sociales podría justificar el reconocimiento y protección del derecho social a la educación sin brindar mecanismos o pautas para establecer cuál es el contenido que lo satisface, el que podría ir desde la provisión gratuita de la educación primaria y secundaria, hasta

¹² PETTIT, 1997, 2012.

¹³ WALDRON, 2011, p. 776.

la garantía de educación universitaria gratuita, pero también la exigencia de provisión de estudios terciarios técnico-profesionales, acceso a internet, enseñanza de uno o más idiomas, o incluso, acceso a una variedad de deportes en distintas etapas de la vida¹⁴. Esta dificultad es especialmente problemática respecto del derecho al cuidado de la salud¹⁵. En particular, si tenemos en cuenta que la Organización Mundial de la Salud (OMS) define a la salud como “un estado de completo bienestar físico, mental y social, y no solamente la ausencia de afecciones o enfermedades”¹⁶.

El requisito de determinación pretende dar cuenta de una objeción persistente en materia de derechos sociales donde las exigencias socioeconómicas no serían genuinos derechos porque su contenido sería por naturaleza indeterminado¹⁷. Es habitual afirmar que existe una diferencia propia en la indeterminación que afecta a los derechos sociales, de mayor gravedad que la que caracteriza a los demás derechos (agrupados bajo el rótulo de derechos de libertad para aludir a los civiles y políticos). Por ejemplo, según Bernal, tal disparidad está dada por la forma en que se determina el objeto de los derechos sociales en tanto una obligación positiva o de hacer a cargo del Estado, y en el modo en que se precisa cuándo estamos ante la violación de estos derechos. El autor sostiene que en relación con los derechos sociales, “la indeterminación se presenta porque la disposición que establece el derecho no precisa con claridad en todos los casos cuál es la prestación mediante la cual se satisface el derecho”; de ahí que tampoco esté determinado “qué es lo constitucionalmente contrario a aquello que el derecho exige, es decir, no aparece determinado cuándo se vulnera el derecho social”¹⁸. No ocurría de igual modo en los derechos de libertad, los que al correlacionarse con una obligación negativa o de no hacer, lo que se debe es una abstención, y “lo constitucionalmente contrario al derecho es cualquier tipo de conducta”¹⁹.

Ahora bien, con el término indeterminación se hace referencia en la literatura filosófica-jurídica a tres fenómenos distintos: *ambigüedad*, *vaguedad* y *contestabilidad*²⁰. La ambigüedad refiere al hecho de que una palabra o expresión tiene más de un significado posible porque se usa para mencionar diferentes cosas. El sintagma “derechos sociales” puede referirse tanto al *contenido* de estos derechos, esto es, aquello a lo que se tiene derecho, el contenido socioeconómico característico de estos derechos; al *obligado* de los derechos sociales que tiene que regularlos, protegerlos, y satisfacerlos, esto es, el

¹⁴ En este sentido, nótese que el problema de indeterminación es diferente que el de trivialidad. No es el caso de que si solucionamos el problema de la falta de determinación, automáticamente damos respuesta a la dificultad de trivialidad, o viceversa. Así, el derecho a la educación muestra la mutua independencia de ambos criterios.

¹⁵ Véase el debate acerca del derecho a la salud entre WOLF, 2012, y SREENIVASAN, 2012.

¹⁶ OMS, Preámbulo de la Constitución, adoptada por la Conferencia Sanitaria Internacional, celebrada en Nueva York en julio de 1946, firmada el 22 de julio de 1946 por los representantes de 61 Estados, y entró en vigor el 7 de abril de 1948.

¹⁷ Por todos, véase FIGUEROA, 2009.

¹⁸ BERNAL, 2005, pp. 116.

¹⁹ BERNAL, 2005, pp. 116.

²⁰ WALDRON, 1994, p. 512.

Estado en representación de la sociedad²¹, que con el fin de resolver cuestiones sociales de cooperación y de coordinación, diseña y regula las relaciones sociales entre los miembros de la comunidad; o bien al *titular* de estos derechos, esto es, una persona física, un grupo de personas, o bien la sociedad toda que exige el reconocimiento de un interés individual (por ejemplo, el derecho a acceder a una vivienda digna) o colectivo (por ejemplo, el derecho a la negociación colectiva). Este problema habitual del lenguaje no presenta mayor desafío, ya que bastaría con clarificar con qué significado se está usando la expresión para eliminar la ambigüedad. Típicamente, “derechos sociales” se utiliza para referirse al *contenido social y económico* de las exigencias comprendidas en estos derechos, que vincula a un individuo titular del derecho con el Estado como sujeto obligado²².

La vaguedad se refiere a la falta de precisión en el significado o referencia de un término o frase. En el contexto de los derechos sociales, por ejemplo, estamos frente a este problema aun cuando si acordáramos que la expresión “necesidades básicas” (como necesidades humanas entendidas de manera amplia) debería ser el criterio para dotar de contenido mínimo a los derechos sociales. Ya que desde la defensa de las necesidades básicas se podrían presentar dificultades en determinar con claridad qué cuenta como necesidad básica y qué no. Por ejemplo, alimentos y agua potable son casos claros que quedan incluidos dentro del concepto de necesidad básica, pero podríamos tener dudas si la provisión universal gratuita de internet con recursos públicos queda o no comprendida dentro de su ámbito de aplicación. Los problemas propios de la vaguedad se presentan al momento de la aplicación de los conceptos. De acuerdo con Hart, la vaguedad o “textura abierta del lenguaje” es una propiedad inevitable del lenguaje. En la medida en que los derechos sociales se establecen jurídicamente por medio del derecho, y el derecho se expresa por medio del lenguaje, entonces algún grado de vaguedad o textura abierta en el derecho es inevitable²³. Hart explica que ello se debe a dos obstáculos conectados entre sí: “El primero es nuestra relativa ignorancia de los hechos; el segundo nuestra relativa indeterminación de propósitos”²⁴. La conclusión que se sostiene frente a estas situaciones es alguna forma de discreción en la elección de qué cosas serán incluidas dentro del ámbito de aplicación de significado del término y cuáles no. Si adoptamos esta caracterización, no parece que podría exigirse a ninguna teoría de los derechos sociales que brinde herramientas concretas para resolver los problemas de vaguedad en la aplicación de estos derechos, o de cualquier derecho.

²¹ Los particulares pueden ser sujetos obligados a la satisfacción de los derechos sociales de forma derivada a partir de regulación estatal dirigida a solucionar problemas sociales de cooperación y de coordinación. Véase MORALES, 2015, p. 68. En este sentido, se ha ido desarrollando la teoría del efecto horizontal de los derechos sociales para hacer referencia a las relaciones jurídicas entre sujetos particulares en relación con estos derechos, de manera de ampliar su eficacia y vincular también a privados. Véase SALAZAR, 2013, p. 86.

²² MORALES, 2015, pp. 69.

²³ HART, 1963, pp. 155-158.

²⁴ HART, 1963, p. 160.

Por último, la contestabilidad hace referencia a un juicio de valor donde diferentes usuarios desacuerdan respecto de los contenidos detallados de cierto estándar normativo²⁵. Por ejemplo, los desacuerdos de qué cuenta como derecho al cuidado de la salud podrían dar forma a diversos significados del concepto de salud. Así, existen muchas y variadas concepciones de la salud para proponer distintos arreglos de distribución en sociedad de las cargas y los beneficios, de los derechos y las obligaciones, y que se traducen en disensos profundos en la articulación de los arreglos institucionales²⁶.

La indeterminación del contenido entendido como contestabilidad es un genuino problema para cualquier teoría de los derechos sociales²⁷. Y ello porque se los caracteriza como requerimientos que principalmente imponen al Estado obligaciones a realizar, esto es, obligaciones de satisfacer prestaciones positivas, con ello se requiere que el Estado destine recursos públicos²⁸. Este problema se traduce en dos objeciones distintas. Por un lado, se cuestiona la indeterminación del contenido de los derechos sociales debido a la falta de acuerdos en las obligaciones correlativas. Se afirma que frente a la indeterminación de las obligaciones a las que estaría sujeto un Estado o los sujetos particulares, no sería posible atribuirles un incumplimiento. En el ámbito internacional, y con el fin de dar respuesta a esta objeción, se ha propuesto ciertos estándares interpretativos para medir el cumplimiento de los derechos sociales en el plano doméstico.

Dos de las pautas interpretativas más ambiciosas a este respecto son, por un lado, las nociones de un núcleo mínimo vital (o contenido mínimo esencial) y de las correlativas obligaciones de efecto inmediato, que tienen el objetivo de precisar un contenido jurídico mínimo para las pretensiones indeterminadas de los derechos sociales²⁹; y por otro lado, los desarrollos teóricos del principio de progresividad y la prohibición de regresividad³⁰. No obstante el lugar relevante que tienen las nociones del núcleo mínimo vital y la del principio de progresividad para el desarrollo de los derechos sociales en el derecho internacional, su precisión y contornos permanecen controvertidos³¹. De allí que la dificultad que se presenta para las teorías de los derechos sociales es que están sujetas a desacuerdos persistentes entre la ciudadanía de las democracias contemporáneas, resultando en una significativa incertidumbre acerca de si delinear los derechos sociales

²⁵ WALDRON, 1994, p. 526.

²⁶ DA SILVA, 2021; MUYSKENS, 2022.

²⁷ Los desacuerdos pueden ser de tipo normativo (de valores en juego) o de tipo fáctico (de hechos del mundo). Véase esta distinción con relación al derecho al cuidado de la salud en MORALES, 2021, pp. 765-766.

²⁸ MANTOUVALOU, 2020, p. 945.

²⁹ YOUNG, 2008; TASIIOULAS, 2017; LANDAU, 2023.

³⁰ Se trata de obligaciones previstas en los Principios de Limburgo acerca de la aplicación de Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, principio 25, UN doc. E/C 4/1987/17; Principios de Maastricht sobre violaciones a los derechos económicos, sociales y culturales, principio 9; CDESC, Observación General Núm. 3, párr. 10, UN doc, E/1991/23; Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 26 y del Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador", artículo 1. Véanse GARCÍA, 2021, 498; COURTIS, 2021.

³¹ MECKLED-GARCIA, 2013, p. 74, 84; MORALES, 2018, p. 259.

de tal manera es legítimo³². Las diversas teorías formulan distintas razones de la importancia de estos derechos, y consecuentemente, esbozan diferentes posiciones respecto de qué tipo de bienes, recursos, capacidades o intereses forman parte del contenido del núcleo mínimo de los derechos sociales. Siguiendo a Waldron, el hecho de que personas razonables disientan acerca de qué es lo que requiere la noción de un núcleo mínimo no es tanto un problema de vaguedad sino un problema de contestabilidad³³. La cuestión de la necesidad de responder a la objeción de indeterminación en este sentido ha ganado un lugar en el debate actual entre las teorías de los derechos sociales³⁴. Las respuestas que se brindan a esta dificultad sirven para evaluar la deseabilidad de sus propuestas.

Asimismo, la objeción de indeterminación del contenido está vinculada al problema de la potencial insaciabilidad de los derechos sociales³⁵. Desde esta perspectiva, se observa que los derechos sociales correlacionados con obligaciones positivas a la provisión de bienes o servicios, como por ejemplo el derecho a la salud, colocarían a los titulares de derechos en una posición pasiva de constante y tal vez inagotable recepción de aquellos. Estos serían derechos “insaciables”, en el sentido que siempre demandarían más y más bienes y servicios, o mejores y mayores resultados y, por tanto, nunca podrían ser completamente satisfechos. Para esta crítica, los derechos civiles y políticos, en tanto derechos a obligaciones negativas, serían derechos “saciables”, aun concediendo que requieren de recursos estatales para su satisfacción. Habría una diferencia cuantitativa con relación a los bienes y recursos que exige la satisfacción de los derechos sociales, que así caracterizados, implicaría desacuerdos significativos en un criterio de saciabilidad. En este segundo sentido, la justificación del límite hasta dónde se deben destinar recursos para satisfacer los derechos sociales dependerá de los argumentos normativos articulados por las teorías de los derechos sociales que sustenten la decisión. Así, el criterio de determinación del contenido requiere dar respuesta a los problemas de contestabilidad, que es el que nos permite valorar una teoría de los derechos sociales como deseable.

3. *Alcance*

Una teoría de los derechos sociales tiene que satisfacer el criterio de alcance. Este criterio se refiere a la capacidad de una teoría de justificar el establecimiento y protección de los derechos sociales para todas las personas en tantos ámbitos como sea posible. Los ámbitos pueden ser de carácter espacial, temporal e institucional.

En primer lugar, la dimensión espacial pretende dar cuenta del alcance de la aplicación de la teoría de los derechos en diversos Estados o regiones. El criterio del alcance de una teoría desde la dimensión espacial se consideraría en relación con los límites a su viabilidad fáctica, sea política o económica. Veamos a continuación un ejemplo de

³² WALDRON, 2005.

³³ WALDRON, 1994, p. 529.

³⁴ POWERS, 2015; MORALES, 2018.

³⁵ RAZ, 1986; MORALES, 2015, pp. 92-93.

la dificultad de viabilidad fáctica en términos políticos. Si analizamos una concepción de la democracia dialógica, como la defendida por Roberto Gargarella, vemos que se articula alrededor de la idea de que los ciudadanos son quienes deberían estar a cargo de la protección de los derechos sociales en las sociedades reales, al reconocerse unos a otros como iguales, con capacidad de “mirarse a los ojos” en el contexto del diálogo y la posterior toma de decisiones³⁶. Al igual que Waldron³⁷, Gargarella afirma que el compromiso con los derechos no implica la justificación de ningún mecanismo para su resguardo que no tenga título democrático, porque respetar los desacuerdos razonables y persistentes que las personas tienen acerca de cuáles son sus derechos exigiría que se deje a ellas tal decisión mediante un procedimiento dialógico³⁸. Para el autor, las instituciones políticas se tienen que basar en la confianza democrática en la conversación entre iguales, “que exige que tomemos en serio los resultados de la deliberación inclusiva, muy en particular cuando se organizan debidamente los procedimientos para asegurarla”³⁹. El deber de proteger los derechos, por tanto, está a cargo de la ciudadanía mediante procedimientos institucionales que privilegian el diálogo. Algunos ejemplos que da Gargarella son las audiencias públicas, las asambleas deliberativas de Islandia e Irlanda, y el foro ciudadano holandés. Ahora, ¿cuál es el alcance de las teorías deliberativas respecto de su aplicación a contextos de países en vías de desarrollo o subdesarrollados como los latinoamericanos?⁴⁰ Es fácil alertar que en las sociedades latinoamericanas actuales no se presentan las condiciones para un intercambio respetuoso de argumentos en un espacio de confianza mutua entre ciudadanos. En particular, frente a la notoria desconfianza y el discurso de odio que se han instalado entre grupos sociales y económicos en las sociedades latinoamericanas (la denominada “grieta” social), una concepción en la que la protección de los derechos sociales está articulada para contextos distintos de los existentes en la región, podría no satisfacer suficientemente esta dimensión del criterio del alcance.

Examinemos ahora un ejemplo de la falta de viabilidad fáctica en términos económicos. El criterio del alcance de una teoría desde la dimensión espacial se consideraría de manera comparativa entre democracias contemporáneas que comparten similares valores liberales y sociales. Así, una teoría de los derechos sociales tendría un mayor alcance espacial si es capaz de justificar estos derechos en distintos países con características similares con independencia de las respectivas capacidades para disponer de recursos socioeconómicos. En otras palabras, esta dimensión permite evaluar la justificación de los derechos sociales con independencia de la escasez de recursos. La objeción de la escasez de recursos ha sido dirigida de manera habitual contra los derechos sociales desde posiciones que sostienen que la necesaria provisión de recursos para satisfacerlos es su característica peculiar, por lo que las exigencias sociales no podrían ser auténticos

³⁶ GARGARELLA, 2021, p. 230.

³⁷ WALDRON, 2005.

³⁸ GARGARELLA, 2021, p. 232.

³⁹ GARGARELLA, 2021, p. 331.

⁴⁰ MORALES, 2023, p. 315.

derechos. A partir de la cláusula kantiana “debe implica puede”, la objeción en cuestión sostiene que debido a que en un país económicamente pobre el Estado no tiene recursos para satisfacer los derechos sociales, entonces no son derechos porque carecen del vínculo conceptual con la noción de obligación. Ello es una implicación falaz que se sigue de afirmar que como un Estado pobre es incapaz de satisfacer los derechos sociales de todas las personas considerados en conjunto, entonces no debe satisfacer los derechos sociales de ninguna⁴¹. En cambio, una teoría de los derechos sociales debe brindar argumentos normativos que permitan solucionar los conflictos que se derivan de múltiples demandas de derechos sociales de los mismos recursos escasos dirigidas contra un Estado. De esta manera, es posible evaluar las diferentes soluciones normativas propuestas respecto de cómo distribuir los recursos escasos en situaciones en las que no podemos satisfacer las exigencias de todos. Una teoría que justifique un alcance distinto de estos derechos en países de similares características basadas en consideraciones socioeconómicas contextuales no justificadas es poco deseable.

En segundo lugar, el criterio del alcance en su dimensión temporal incluye la propiedad de robustez. La robustez significa que la teoría debe ser aplicable en distintos Estados del mundo, y que aunque el mundo cambie por el paso del tiempo, la teoría no necesita cambiar en el nivel fundacional; esto es, que la teoría puede justificar los objetivos a los que está destinada, establecer exigencias de terceros para satisfacer los derechos, etc., aun cuando las circunstancias cambien. Por ejemplo, una política económica es robusta cuando, aunque las circunstancias subyacentes varíen, la política mantiene su capacidad de obtener los resultados deseados⁴². En cambio, una teoría no es robusta si al variar las circunstancias subyacentes del mundo, esta pierde dicha capacidad. Piénsese en los sistemas de bienestar en Europa que fueron diseñados para el contexto de un mercado laboral articulado alrededor de trabajadores, y con implicancias en un amplio rango de áreas de políticas públicas como la educación, la seguridad social, las políticas del mercado laboral, la política impositiva, y el cuidado de la salud. En la actualidad, con el rápido desarrollo de la inteligencia artificial y la digitalización y automatización de los trabajos, el cambiante estatus de los trabajadores y las altas tasas de desempleo, aquellos sistemas de bienestar se encuentran ante circunstancias que ponen en riesgo su capacidad de proteger los derechos laborales de los asalariados⁴³. Así, importa el alcance de una teoría de los derechos sociales en términos de adaptabilidad a los cambios de circunstancias.

Finalmente, el ámbito institucional del criterio del alcance puede significar dos problemas ulteriores, uno interno y otro externo. El problema interno tiene relación con su sentido más obvio, y es que la teoría justifique un alcance o extensión de contenido en el sistema jurídico muy reducido, lo que nos lleva al problema de la trivialidad. Como analicé anteriormente, una de las formas de entender la trivialidad está vinculada

⁴¹ WALDRON, 1989, p. 506.

⁴² HOWLETT, 2019.

⁴³ BUSEMEYER, 2022.

con un alcance demasiado reducido de los derechos sociales, tal es el caso de que una teoría justifique la regulación de necesidades tan básicas que solo sirvan para la mera supervivencia biológica.

El problema externo, en cambio, se vincula con el alcance de los mecanismos jurídicos institucionales de establecimiento y protección de estos derechos. En este segundo sentido, la exigencia del alcance de una teoría se relaciona con que sea capaz de dar cuenta de una variedad institucional de sistemas jurídicos existentes en las democracias contemporáneas reales. Un sistema jurídico de una sociedad democrática contemporánea puede articular el establecimiento de las exigencias sociales mediante diversos tipos de regulación jurídica: derechos subjetivos, directrices políticas, y meras gracias⁴⁴. Las meras gracias son la forma jurídica más débil de incorporar las exigencias sociales, y se limita a una gracia o favor acordada por el Estado a las personas físicas. Esta forma de relación jurídica se caracteriza por la exigencia de ciertos requerimientos para obtener un beneficio socioeconómico, y una vez satisfechas esas condiciones, el Estado tiene la facultad de brindar la prestación, sin que los beneficiarios puedan exigir nada al Estado⁴⁵. Una teoría de los derechos sociales que justifique que el Estado únicamente debería regular las exigencias sociales como meras gracias, sin comprometerse a la incorporación de los derechos sociales en su Constitución o al dictado de leyes que los desarrollen, es una teoría demasiado restrictiva debido a que no podría justificar el tipo de obligaciones positivas que se correlacionan con las exigencias sociales en nombre de los derechos sociales. Asimismo, la forma de regulación jurídica se vincula con los mecanismos de protección que un sistema jurídico puede adoptar para la exigibilidad del cumplimiento de los derechos sociales. Estos van desde la articulación de alguna garantía jurídica de carácter administrativo o legal, hasta mecanismos de control de constitucionalidad de los actos administrativos y de las leyes por uno o varios órganos judiciales o por un órgano jurisdiccional específico como un Tribunal Constitucional⁴⁶. Una teoría de los derechos sociales que no justifique la inclusión de ningún tipo de garantía jurídica para la exigibilidad del cumplimiento de exigencias sociales es poco deseable.

En suma, aquellas teorías de los derechos sociales que no capturan a todas las personas en sus dimensiones espacial, temporal e institucional, fallan en satisfacer con diverso grado el criterio del alcance en tanto no son lo suficientemente universales para justificar los derechos sociales de todos.

4. *La interacción de los desiderata*

Cada uno de los tres criterios desarrollados es demandante en sí mismo y para muchas teorías de los derechos sociales puede no ser posible satisfacer los tres en un grado suficiente. Por ejemplo, una teoría que trate de tener mayor alcance podría justificar

⁴⁴ Véase MORALES, 2015, pp. 116-121, sobre la distinción de formas de regulación jurídica.

⁴⁵ MORALES, 2015, p. 119.

⁴⁶ De las diversas modalidades de justicia constitucional, véase MORALES, 2015, pp. 128-129.

un contenido trivial o indeterminado. Alternativamente, una teoría que justifique un contenido bastante exigente (no trivial), podría reducir su alcance, o menoscabar el criterio de determinación del contenido. De esta manera, los *desiderata* interactúan entre sí, lo que podría resultar en una situación de ganancia-pérdida (*trade-off*), lo que muestra la dificultad para varias teorías, aunque no imposibilidad, de satisfacer de manera conjunta dos criterios, aun más, los tres. No obstante, también podría ocurrir que algunas teorías refuerzan mutuamente dos criterios mientras solo tengan dificultades en satisfacer el restante, y de manera conceptual, todavía podría ser que ninguno de los tres genere desafíos en su satisfacción. Las razones discutidas más arriba deberían alcanzar para mostrar la importancia de evaluar las teorías de los derechos sociales a la luz de estos tres *desiderata*.

Si acordamos que estos son tres criterios plausibles para la evaluación de las teorías de los derechos sociales y que los diversos grados de satisfacción permitiría caracterizar a una teoría de los derechos sociales como más o menos deseable, entonces podemos examinar a continuación una de las teorías más prominentes de los derechos sociales en filosofía política y moral a la luz de los *desiderata*.

III. LOS TRES *DESIDERATA* APLICADOS A UNA TEORÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES

Una sólida opinión común a la hora de justificar los derechos sociales es recurrir a alguna concepción de la justicia social que ponga énfasis en el valor de la dignidad humana. Así lo ha hecho Cécile Fabre en su libro *Social Rights under the Constitution* en el que propone la justificación de los derechos sociales como recursos adecuados para una vida mínimamente digna⁴⁷.

Para Fabre, los derechos sociales representan exigencias individuales a recursos adecuados para que las personas que carecen de medios puedan acceder a una educación adecuada, una vivienda adecuada, un cuidado médico adecuado y un ingreso mínimo adecuado⁴⁸. A partir de otorgar especial valor moral al hecho de que las personas lleven una vida digna, Fabre argumenta que si las necesidades socioeconómicas no están satisfechas, las personas no pueden satisfacer dos intereses fundamentales, ser autónomas y alcanzar su bienestar y, por tanto, no pueden vivir una vida digna⁴⁹. De ahí que además de derechos de no interferencia, las personas tienen derechos a la promoción de esos intereses que se correlacionan con obligaciones positivas a proveer los recursos necesarios para conseguirlos, y estos derechos son tan importantes que se justifica establecerlos en una constitución y dotarlos de la garantía del control judicial de constitucionalidad.

⁴⁷ FABRE, 2000.

⁴⁸ FABRE 2000, pp. 7, 33-39.

⁴⁹ FABRE 2000, pp. 9-13.

¿Qué tan bien puntúa este enfoque teórico de los derechos sociales bajo el prisma de los tres *desiderata*? La opinión común nos dice que una teoría de los derechos sociales es satisfactoria cuando estos derechos se basan en valores fundamentales como la dignidad humana. La evaluación de la teoría a la luz de estos tres criterios nos permitirá examinar si esa opinión está justificada.

En primer lugar, con relación al criterio de la no trivialidad, podemos descartar de inicio que la teoría de Fabre sea trivial en el sentido de fundamentar solo unos pocos derechos. Como mencioné, el argumento principal de la autora se dirige a justificar la constitucionalización de los derechos a una educación adecuada, una vivienda adecuada, un cuidado médico adecuado y un ingreso mínimo adecuado. Estos son los cuatro derechos que típicamente forman parte del conjunto más relevante de la categoría de los derechos sociales. Para Fabre, tenemos acuerdo en que los recursos adecuados para satisfacer estos derechos sociales son los requeridos para que la gente lleve una vida digna.

En cuanto a lo que destaqué antes como el verdadero problema de la trivialidad para una teoría de los derechos sociales consistente en que sea trivial el contenido de los derechos que justifica, hay que considerar una distinción que introduce la autora. Con el fin de caracterizar qué es llevar una vida *mínimamente* digna⁵⁰, Fabre rechaza que el umbral de los derechos sociales se mida con la satisfacción de las necesidades básicas o de subsistencia⁵¹. La autonomía y el bienestar que son necesarios para vivir una vida digna exigen que se satisfagan las necesidades que se tienen por la propia vida en una cierta sociedad. Estas son necesidades socialmente determinadas que las personas tienen en virtud del grado de desarrollo económico y social de cada país. Se trata de necesidades más demandantes que tienen el objetivo de asegurar que las personas puedan vivir una vida digna mediante recursos provistos por otros en la medida en que no sean responsables por la falta de aquellos. En consecuencia, la teoría de los recursos adecuados de Fabre daría cuenta de un contenido de los derechos sociales que no es trivial.

En segundo lugar, el criterio de la determinación del contenido de los derechos sociales requiere que examinemos la teoría de los recursos adecuados a la luz del problema de la contestabilidad. Recordemos que la contestabilidad alude a un juicio de valor donde las personas disienten de los contenidos precisos de un estándar normativo. Fabre adopta el concepto de dignidad mínima con el fin de justificar un nivel mínimo de recursos adecuados para todas las personas. Sin embargo, no parece tener éxito en proveer una pauta clara y precisa al respecto. Veamos. Según su caracterización, lo que la noción de dignidad mínima requiere es la provisión de los recursos adecuados para satisfacer las necesidades relativas (o subjetivas) y variables según el nivel de desarrollo económico y social de cada sociedad, las que están por encima de la satisfacción de las necesidades básicas de subsistencia que son comunes a todas las personas y, por tanto, son objetivas e invariables.

⁵⁰ FABRE 2000, p. 23.

⁵¹ FABRE 2000, pp. 35-36, 124-125.

Por ejemplo, Fabre ilustra la idea de las necesidades relativas con la caracterización del umbral de recursos adecuados para satisfacer el derecho social a la vivienda. La autora sostiene que lo que cuenta como una vivienda digna, en parte es común a todos y no varía, pero, “parte de lo que cuenta como vivienda digna, y en particular la noción de tamaño decente, varía con el nivel de desarrollo económico y social”⁵². Las condiciones de tamaño de la vivienda digna en India no cuentan de la misma manera que en el Reino Unido, en donde las consideraciones climáticas hacen que las personas tengan que vivir la mayor parte del tiempo dentro, es importante que los niños tengan un espacio propio para hacer sus tareas y se valora la privacidad de los padres, cuestiones que no corresponde pensarlas respecto de India⁵³. Las diferencias climáticas existentes en diversas regiones del mundo, como a las que refiere el ejemplo, son diferencias contextuales, y en este sentido, no hay duda que en contextos diferentes las necesidades varían. Vivir en Valdivia tiene necesidades de vestimenta que no son las mismas de quien vive en Arica. Y sin embargo, no parece que ello justifique un contenido distinto de los derechos sociales exigidos en Chile. Así presentada, la noción de vida digna es contestable y por tanto falla en precisar el contenido de los derechos sociales. De un lado, si el umbral que los derechos sociales requiere depender de una idea de dignidad relativa sujeta a la variable del desarrollo económico de cada país, Fabre confunde conceptualmente la capacidad económica que tienen los Estados con la obligación de satisfacer las exigencias sociales⁵⁴. Además, no parece claro cómo se podría determinar el contenido de las exigencias sociales a partir del desarrollo económico, sin tener en cuenta que el presupuesto público obedece a una distribución que en sí misma incorpora criterios normativos acerca de qué cuestiones deben ser priorizadas, lo que no suele reflejar un acuerdo social. Aún más problemático se vuelve cuando lo que la dignidad relativa exige está vinculado, además de la variable del desarrollo económico, con el contexto climático, cultural, social, histórico de cada sociedad.

Otras teorías de los derechos sociales que los fundamentan también en el valor de la dignidad humana articulan un contenido distinto de estos derechos. Por ejemplo, Sandra Liebenberg afirma que el valor de la dignidad inherente a los seres humanos requiere asegurar que las personas disfruten de las libertades civiles y políticas y que también tengan efectivo acceso a los medios sociales y económicos indispensables para el desarrollo de sus capacidades físicas, emocionales, creativas y asociativas⁵⁵. En este aspecto, Liebenberg favorece el proyecto de Martha Nussbaum de desarrollar una lista de capacidades humanas centrales. Ello nos muestra la existencia de desacuerdos acerca de lo que exige la noción de dignidad humana, lo que sumado a que los teóricos de las capacidades continúan discutiendo qué capacidades humanas deben ser consideradas

⁵² FABRE 2000, p. 36.

⁵³ MORALES, 2018, pp. 265-266.

⁵⁴ Una cosa es afirmar que los Estados están justificados en su incumplimiento por no contar con recursos suficientes para satisfacer todas las exigencias socioeconómicas y otra cosa es sostener que no existe obligación ni que la no realización de lo debido no equivale a un incumplimiento. Véase MORALES, 2015, pp. 92-93.

⁵⁵ LIEBENBERG, 2005, pp. 7-8.

como centrales, hace que el desafío de la contestabilidad no obtenga una respuesta satisfactoria desde la propuesta de Fabre. En breve, la teoría de los recursos adecuados no parece brindar una buena respuesta a la objeción de la falta de determinación de los derechos sociales.

En tercer lugar, el criterio del alcance se compone, como mencioné antes, de los ámbitos espacial, temporal, e institucional. La teoría de los derechos sociales como recursos adecuados presenta dificultades bajo la dimensión espacial, que es la que requiere la aplicación de la teoría a distintos Estados o regiones. En efecto, al examinar el criterio de determinación del contenido vimos que Fabre trata de anclar el umbral de las necesidades relativas al desarrollo económico de cada país. Según la autora, “el derecho a la vivienda decente [...] debe ser especificado por vía del recurso a algo como el umbral de pobreza aplicado a la vivienda”, en conjunción con condiciones contextuales como el clima de cada lugar⁵⁶. El problema aparece cuando queremos aplicar esta teoría a otros países que tienen condiciones climáticas similares o más rigurosas pero con un inferior desarrollo económico, como si tomamos Alemania y Polonia. La noción de dignidad humana articulada por esta teoría nos llevaría a sostener que el derecho a una vivienda digna de los ciudadanos alemanes no puede ser aplicado a sus vecinos polacos porque aunque el clima es tan severo que hace que deban pasarse la mayor parte del tiempo en la casa, su sociedad no está económicamente tan desarrollada para disfrutar de un tamaño de vivienda digna similar. Al vincular el contenido de los derechos sociales con la riqueza o pobreza de cada sociedad, la teoría de los recursos adecuados no es fácticamente viable en su aplicación a otros países con menos recursos y, en consecuencia, no es satisfactoria para dar cuenta del criterio del alcance espacial.

En relación con la noción del alcance como robustez, lo que se evalúa es que la teoría brinde bases fundacionales que le permita cumplir sus objetivos mediante estados de cosas cambiantes. Una teoría de los derechos sociales que justifica el contenido de las necesidades socioeconómicas de manera que estas sean relativas al grado de desarrollo económico hace que no sea lo suficientemente robusta. Piénsese cómo ha decaído la economía de Inglaterra desde que en 2016 el Parlamento votó su salida de la Unión Europea (*Brexit*). En las circunstancias de escasez de alimentos, de un empeoramiento en el acceso al cuidado de la salud, y en un deslizamiento de la provisión de educación pública, debiéramos concluir que la teoría de Fabre no da cuenta de la justificación intuitiva inicial a partir de la noción de dignidad humana. Así, en cuanto a la dimensión temporal, la teoría de los recursos adecuados satisface el criterio del alcance.

Por último, el examen de la teoría de los derechos sociales como recursos adecuados bajo la lupa de la dimensión institucional da cuenta de un alto grado de satisfacción del criterio del alcance. Fabre argumenta a favor del establecimiento constitucional de los derechos sociales a una educación adecuada, una vivienda adecuada, un cuidado médico adecuado y un ingreso mínimo adecuado. Y lo hace considerándolos en los mismos términos en que están regulados los derechos civiles y políticos, como derechos

⁵⁶ FABRE 2000, p. 36.

subjetivos que deben ser incorporados en Constituciones rígidas (y, por tanto, excluidos del debate legislativo ordinario) y dotados de la garantía del control judicial robusto de constitucionalidad⁵⁷.

En suma, la teoría de los derechos sociales como recursos adecuados satisface con diverso grado algunos criterios bajo examen (el criterio de no trivialidad, y el criterio del alcance en el ámbito institucional), pero no otros (el criterio de determinación de contenido, y el criterio del alcance en el ámbito espacial y temporal). Este ejercicio nos muestra las complejidades y los límites de una teoría de los derechos sociales a partir de examinar los desafíos que representa la satisfacción de los tres *desiderata* al mismo tiempo.

V. CONCLUSIONES

Este trabajo se estructuró en dos partes principales. En la primera, el objetivo fue presentar y desarrollar tres *desideratas* o criterios necesarios para evaluar las teorías de los derechos sociales. Estos son la no trivialidad, la determinación del contenido, y el alcance. Cada uno de estos criterios ofrecen pautas para evaluar la deseabilidad de las teorías de los derechos sociales. En la segunda parte, examiné la teoría de los derechos sociales como recursos adecuados para vivir una vida digna propuesta por Fabre a la luz de los tres *desiderata*. Este ejercicio permitió mostrar la utilidad de los criterios.

La evaluación de las teorías por vía de los *desiderata* sirve para realizar tres operaciones: primero, diagnosticar las fortalezas y debilidades de una teoría de los derechos sociales, y exponer que las teorías de los derechos sociales que no satisfacen los criterios no son teorías deseables y, por tanto, deberíamos abandonarlas; segundo, revisar aquellas teorías que tienen debilidades y procurar corregir las deficiencias o colmar los vacíos cuando sea posible, lo que mostrará también que algunas teorías no pueden ser corregidas y deberíamos desecharlas; y tercero, realizar un ejercicio comparativo que proporcione un *ranking* de deseabilidad entre teorías de los derechos sociales. En suma, los *desiderata* permiten filtrar las buenas teorías de las que no lo son, a partir de ello podemos usar otros mecanismos analíticos para graduar con mayor fineza la lista de teorías deseables de los derechos sociales. Por último, el trabajo mostró que se trata de criterios independientes pero relacionados entre sí, lo que nos puede llevar a un escenario de ganancia-pérdida donde una teoría satisface uno de los criterios al costo de disminuir la satisfacción de otro u otros.

⁵⁷ FABRE 2000, p. 147-150.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUAYO, Pablo, 2023, "Derechos sociales en la constitución Una defensa liberal", *Veritas*, Valparaíso, N° 55, pp. 47-65.
- ARANGO, Rodolfo, 2015, "Derechos sociales", en Verónica Rodríguez-Blanco y Jorge Luis Fabra Zamora (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. 2, pp. 1677-1711.
- BILCHITZ, David, 2008, *Poverty and Fundamental Rights. The Justification and Enforcement of Socio-economic Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- BOBBIO, Norberto, 1993, *El positivismo jurídico*. R. de Asís y A. Greppi (trads.), Madrid, Debate.
- BÖCKENFÖRDE, Ernest Wolfgang, 1993, *Escritos sobre derechos fundamentales*. Citado por la traducción de Juan Luis REQUEJO PAGÉS e Ignacio VILLAVERDE MENÉNDEZ, Baden-Baden: Nomos.
- BUSEMEYER, Marius, et al. (eds.), 2022, *Digitalization and the Welfare State*. Oxford: Oxford Academic.
- DA SILVA, Michael, 2021, *The Pluralist Right to Health Care: A Framework and Case Study*. Toronto: University of Toronto Press.
- FABRE, Cécile, 2000, *Social rights under the Constitution*.
- FIGUEROA, Rodolfo, 2009, "Justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales", *Revista Chilena de Derecho*, V. 36, N° 3, pp. 587-620.
- GARGARELLA, Roberto, 2021, *El derecho como una conversación entre iguales*. Buenos Aires: Siglo XXI Editores.
- HART, H.L.A., 1963. *El concepto de Derecho*. Buenos Aires: Abeledo Perrot. Citado por la traducción al castellano de Genaro Carrió.
- HOWLETT, Michael, 2019, "Procedural Policy Tools and the Temporal Dimensions of Policy Design. Resilience, Robustness and the Sequencing of Policy Mixes", *International Review of Public Policy*, V. 1, N° 1, pp. 27-45.
- LANDAU, David, 2023, "Socioeconomic Rights in Latin America: Closing the Gap between Aspiration and Reality", *Revista Derecho del Estado*, Universidad Externado de Colombia, N° 57, pp. 7-40.
- LIEBENBERG, Sandra, 2005, "The Value of Human Dignity in Interpreting Socio-Economic Rights", *South African Journal on Human Rights*, N° 21, pp. 1-31.
- MANTOUVALOU, Virginia, 2020. "Welfare-to-Work, Structural Injustice and Human Rights", *Modern Law Review*, V. 83, N° 5, pp. 929-954.
- MECKLED-GARCIA, Saladin, 2013, "Giving up the goods: Rethinking the human right to subsistence, institutional justice, and imperfect duties", *Journal of Applied Philosophy*, Vol. 30, N° 1, pp. 73-87.
- MORALES, Leticia, 2015, *Derechos sociales constitucionales y democracia*. Madrid: Marcial Pons.
- MORALES, Leticia, 2018, "The Discontent of Social and Economic Rights", *Res Publica*, Vol. 24, N° 2, pp. 257-272.
- MORALES, Leticia, 2021, "Judicial interventions in health policy: Epistemic competence and the courts", *Bioethics*, Vol. 35, N° 8, pp. 760-766.
- MORALES, Leticia, 2023, "Derechos sociales en las democracias latinoamericanas. ¿Una conversación entre desiguales?", *Revista Latinoamericana de Filosofía Política*, V. XI, N° 11, pp. 297-320.
- MUYSKENS, Kathryn, 2022, "Avoiding Cultural Imperialism in the Human Right to Health", *Asian Bioethics Review*, Vol. 14, pp. 87-101.
- NEUFELD, Blain, 2020, "Political Liberalism, Autonomy, and Education", en Peterson, A., Stahl, G., Soong, H. (eds.), *The Palgrave Handbook of Citizenship and Education*. Palgrave Macmillan, Cham.

- NUSSBAUM, Martha C. y Amartya K. SEN (eds.), 1993: *The Quality of Life*. Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, Philip, 1997, *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- PETTIT, Philip, 2012, *On the people's terms: a republican theory and model of democracy*. New York: Cambridge University Press.
- POWERS, Madison, 2015, "Health Care as a Human Right: The Problem of Indeterminate Content", *Jurisprudence*, V. 6, Nº 1, pp. 138-143.
- RAWLS, John, 2001, *Justice as Fairness: A Restatement*. Harvard, Harvard University Press, Belknap Press.
- RAZ, Joseph, 1986, *The morality of freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- SALAZAR, Sebastián, 2013, "Fundamentación y estructura de los derechos sociales", *Estudios Constitucionales*, V. XXVI, Nº 1, pp. 69-93.
- SREENIVASAN, Gopal, 2012, "A Human Right to Health? Some Inconclusive Scepticism", *Proceedings of the Aristotelian Society Supplementary*, Vol. 86, Nº 1, pp. 239-265.
- TASIOULAS, John, 2017, *The Minimum Core of the Human Right to Health*. World Bank.
- VÄYRYNEN, Pekka, 2021, "Thick Ethical Concepts", *The Stanford Encyclopedia of Philosophy*, Edward N. Zalta (ed.), URL: <<https://plato.stanford.edu/archives/spr2021/entries/thick-ethical-concepts/>>.
- YOUNG, Katharine G., 2012, *Constituting Economic and Social Rights*. Oxford, Oxford University Press.
- WALDRON, Jeremy, 1989, "Rights in Conflict", *Ethics*, V. 99, Nº 3, pp. 503-519.
- WALDRON, Jeremy, 1994, "Vagueness in law and language: Some philosophical issues", *California Law Review*, Vol. 82, Nº 3, pp. 509-540.
- WALDRON, Jeremy, 2000, "The role of rights in practical reasoning: 'Rights' versus 'needs'", *The Journal of Ethics*, Vol. 4, Nº 1/2, pp. 115-135.
- WALDRON, Jeremy, 2005, *Derecho y desacuerdos*. Madrid, Marcial Pons. Citado por la traducción al castellano de José Luis Martí y Águeda Quiroga. Título original: *Law and Disagreement*. Oxford, Oxford University Press, 1999.
- WALDRON, Jeremy, 2011, "Socioeconomic rights and theories of justice", *San Diego Law Review*, Vol. 48, Nº 3, pp. 773-807.
- WOLFE, Jonathan, 2012, *The Human Right to Health*. New York: NY, W.W. Norton.
- YOUNG, Katharine G., 2008, "The Minimum Core of Economic and Social Rights: A Concept in Search of Content", *Yale Journal of International Law*, Nº 33, pp. 113-75.
- ZYLBERMAN, Ariel, 2017, "The Indivisibility of Human Rights", *Law and Philosophy*, V. 36, Nº 4, pp. 389-418.

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100189>

Valoración crítica de la técnica legislativa empleada en la tipificación de los delitos falsarios de la Ley de Tránsito

*Jaime Vera Vega**

RESUMEN

El trabajo analiza críticamente la técnica legislativa de los tipos falsarios establecidos en el Parágrafo 1° del Título XVII de la Ley N° 18.290. Este estudio tiene como fundamento la existencia de ciertos principios formulados por la doctrina especializada en Ciencia de la Legislación. Entre ellos, existen algunos que se consideran más significativamente afectados por la regulación penal objeto de examen. En especial, a partir de tres características de la normativa falsaria de la Ley de Tránsito (casuismo, uso de remisiones y regulación en una ley especial descodificada) se estima que ella podría originar problemas relacionados con los requerimientos impuestos por los principios de capacidad comunicativa, economía legislativa, sistematicidad y seguridad jurídica.

Hipertrofia; casuismo; sistematicidad

Critical valuation of the draft legislative used in the define of the forgery crimes of the Transit Law

ABSTRACT

The paper analyzes critically the legislative drafting of the forgery cases established in Paragraph 1 of Title XVII of Law No. 18,290. This study is based on the existence of a set of principles formulated by the specialized doctrine in the Science of Legislation. Among them, there are some that are considered more significantly violated by the criminal regulation under examination. In particular, based on three characteristics of the forgery regulation of the Traffic Law (casuism, use of referrals and regulation in a special decoded law), it is estimated that it could cause problems related to the requirements imposed by the principles of communicative capacity, legislative economy, systematicity and legal certainty.

Hypertrophy; Casuism; Systematicity

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Doctor en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Magíster en Derecho Penal y Ciencias Penales, Universidad de Barcelona y Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor del Departamento de Derecho Penal y Procesal Penal de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3748-5182>. Correo electrónico: jaime.vera@pucv.cl

Este trabajo corresponde al proyecto FONDECYT de Iniciación N° 11180411 titulado "Los delitos de falsedad de documentos relativos al tráfico vehicular en el Derecho penal chileno: análisis dogmático y técnico legislativo".

Artículo recibido el 30.10.2023 y aceptado para su publicación el 1.4.2024.

INTRODUCCIÓN

Los delitos que se examinan en este trabajo constituyen una especie dentro del género de las falsedades materiales y, entre ellas, de las documentales, cuya regulación se prevé, principalmente, en el Título IV, del Libro II del Código Penal (en adelante, CP). Esta normativa no ha experimentado modificaciones significativas desde su entrada en vigencia en 1875. En cambio, fuera del CP, ha sido abundante la tipificación de figuras falsarias, fenómeno que ha determinado el surgimiento de una extensa gama de tipos contenidos en normativa descodificada de diversa índole¹.

En el marco de dicha normativa destacan la Ley Nº 19.495; la Ley Nº 20.068; la Ley Nº 21.170; y, recientemente, la Ley Nº 21.601. Todas ellas introdujeron modificaciones a la Ley de Tránsito Nº 18.290 (en adelante, LT) estableciendo, en sus artículos 190 y 192, un amplio catálogo de falsedades documentales, caracterizadas por recaer en ciertos documentos relevantes para el tráfico vehicular.

Paralelamente, la Ley Nº 21.083 incluyó en la LT un nuevo delito de falsedad en los “medios tecnológicos de acceso al transporte público de pasajeros” (*v. gr.*, tarjeta *Bip!* o tarjeta nacional estudiantil), figura que ostenta una naturaleza híbrida, a medio camino entre una falsificación documental y un uso fraudulento de tarjetas de pago.

El presente análisis pretende someter a un enjuiciamiento crítico la regulación de estos delitos, bajo la premisa de que el estatuto previsto por el legislador atendería contra varios criterios de una adecuada técnica legislativa, particularmente, la capacidad comunicativa, la economía legislativa, la sistematicidad y la seguridad jurídica. Lo expresado, además, podría tener repercusiones en el sistema penal, impactando al régimen de los delitos de falsedad, en especial, las documentales.

El análisis se centrará en tres características de la normativa contenida en la LT, esto es, el casuismo de la regulación, el empleo de remisiones y el establecimiento de tipos en una ley especial para, a partir de ellas, desentrañar de qué manera se afectarían los principios técnico-legislativos mencionados.

I. PRINCIPIOS TÉCNICO-LEGISLATIVOS QUE FUNDAN EL ANÁLISIS

1. *Capacidad comunicativa*

Este principio se refiere a la posibilidad de que las normas sean conocidas por sus destinatarios, es decir, que el emisor (legislador) sea capaz de transmitir con fluidez y claridad un mensaje (la prohibición o prescripción contenida en la ley) al receptor

¹ Según Novoa, la proliferación de estas leyes especiales de contenido no penal, pero que tipifican delitos, obedecería a que se trata de cuerpos normativos que han legislado acerca de materias no regladas durante la época de dictación del CP, y que buscarían la protección de nuevos bienes jurídicos. Cfr. NOVOA, 2015, pp. 106-107.

(destinatario)². Esta idea se basa en que el sistema jurídico puede ser considerado esencialmente como un sistema de información que requiere ser transmitido a sus destinatarios³, para que ellos, a su vez, puedan determinar su actuar en el sentido que imponen las prescripciones normativas.

En el caso del Derecho penal, la necesidad de comunicar la norma viene impuesta, además, por la función motivadora del comportamiento humano que se asigna a este sector del ordenamiento. Ella parte de la premisa de que, para proteger bienes jurídicos, resulta indispensable que se desencadenen en los individuos determinados procesos psicológicos que los induzcan a respetarlos⁴. Esto, al mismo tiempo, justifica que uno de los aspectos que determina la eficacia de la norma penal sea asociado con las posibilidades que tienen los ciudadanos de conocer la prohibición, en tanto no se puede disuadir cuando no existe tal conocimiento⁵. Asimismo, la exigencia de una difusión del conocimiento de la norma penal entre los ciudadanos cobra sentido en el marco del denominado “efecto comunicativo-simbólico” que se le atribuye, en el que, según Silva, descansa buena parte de la dimensión preventiva del Derecho penal⁶.

En relación con lo anterior, aunque desde la perspectiva de la teoría del delito, la capacidad comunicativa de la norma penal encuentra dos proyecciones importantísimas. Primero, ella se vincula con la función de determinación general de comportamientos que se atribuye al tipo penal, en el sentido de que mediante la tipificación de ciertas conductas se destaca frente a todos los ciudadanos que aquellas están desvaloradas generalmente y prohibidas bajo amenaza de pena, de tal manera que se les insta para que se abstengan de cometerlas⁷. Segundo, el conocimiento que se genera en virtud de la capacidad comunicativa de la norma penal es necesario por exigencia del principio de culpabilidad que, bajo una concepción que se vincule con la función motivadora del Derecho penal, excluye el castigo del sujeto cuando este carezca de conocimiento de la antijuridicidad de su conducta. Por lo expresado, resulta indispensable asegurar que el destinatario de la imputación penal reciba el mensaje normativo, aunque sea en un nivel mínimo, para que la aplicación de la norma penal no se vea menoscabada por la invocación de un error de prohibición⁸.

En términos político-criminales, la capacidad comunicativa se encuentra enlazada con la finalidad de informar a los ciudadanos los textos jurídico-penales y de vinculación de los poderes públicos que se atribuye al principio de legalidad⁹. En virtud de esta exigencia, se reclama, en especial, que la ley sea clara y fácil de comprender para los

² OSSANDÓN, 2009, p. 277.

³ ROBLES, 2006, p. 19.

⁴ MUÑOZ CONDE y GARCÍA ARÁN, 2004, pp. 61-62.

⁵ CORCOY, 2012, p. 47.

⁶ SILVA, 2006, pp. 77-78.

⁷ LUZÓN, 2012, pp. 161-162.

⁸ OSSANDÓN, 2009, p. 280.

⁹ NAVARRO, 2010, p. 20.

ciudadanos¹⁰, con el fin de que estos puedan extraer directamente de ella las consecuencias de sus conductas. De otra parte, se necesita también que la ley sea precisa o clara para conseguir la vinculación de los poderes públicos del Estado a la ley penal¹¹. Desde luego, con esto no se pretende sostener que la claridad textual del lenguaje legal sea el único factor que condiciona las posibilidades de acceso del ciudadano a la prohibición penal¹². Antes bien, ello está determinado, además, por lo que Gardner denomina la “claridad moral” de la norma, la que no es garantizada por el uso de un lenguaje sencillo, sino por medio de la adecuada reproducción en el derecho de distinciones claras y significantes, que incluso pueden ser aplicadas fuera del Derecho¹³.

2. *Economía legislativa*

Esta máxima persigue el mayor grado de brevedad y precisión posible de la regulación jurídica¹⁴. Tiene una dimensión amplia, que aborda la concisión del sistema jurídico en su globalidad o de un sector específico de él. Desde esta perspectiva, se busca que el ordenamiento jurídico cumpla con las finalidades que se le atribuyen (principalmente, regular el comportamiento humano) de la manera más simple posible. Asimismo, desde una dimensión restrictiva, se ocupa de la concisión y precisión de cada texto normativo individualmente considerado. Así, por ejemplo, si se trata de una ley, se busca que cada uno de los artículos que la conforman, de la manera más sintética, consiga regular los aspectos particulares que se abordan en su texto¹⁵.

La economía legislativa está en estrecha relación con el principio de capacidad comunicativa de la norma, pues el principal fenómeno que lo afecta, esto es, la proliferación legislativa, junto con disminuir la calidad de las leyes, repercute en la posibilidad de cognoscibilidad del ordenamiento por parte de los ciudadanos. En efecto, la falta de calidad de las leyes que produce la proliferación legislativa conduce a una fuerte inestabilidad de las normas, que se ven sometidas a modificaciones constantes, además de provocar una fragmentación del ordenamiento y variadas incoherencias producto de las superposiciones normativas, la aparición de lagunas, antinomias, ambigüedad semántica

¹⁰ LÜCKE, 2001, p. 7.

¹¹ NAVARRO, 2010, p. 20.

¹² En esa línea, Ossandón reconoce que dentro del proceso comunicativo que interesa en términos de técnica legislativa, la real capacidad comunicativa de la norma penal es más bien escasa, pues el conocimiento de los preceptos penales se genera por medio de muy diversos mecanismos, los que además operan de un modo indirecto. En su opinión, esta capacidad comunicativa se obtiene por la obligatoriedad moral de la norma, sobre todo cuando se trata de delitos más graves, así como mediante su arraigo en la conciencia social e individual mediante el respectivo proceso de socialización; porque es posible identificar la lesión o el injusto sustancial material que la conducta produce; por la comunicación cotidiana y activa entre las personas; por los procesos penales, etc. OSSANDÓN, 2009, p. 284.

¹³ GARDNER, 2012, pp. 66-67. También alude a la importancia de esta claridad moral, con referencias a Gardner, YOWELL, 2012, pp. 498-499.

¹⁴ OSSANDÓN, 2009, p. 303.

¹⁵ GARCÍA-ESCUDERO, 2011, pp. 162-165.

y sintáctica, el abuso de remisiones, derogaciones innominadas, etc.¹⁶. Estos fenómenos, a su vez, podrían disminuir o complejizar las probabilidades de conocimiento de los destinatarios de la norma, pues propician un ambiente de incerteza jurídica.

Asimismo, los defectos asociados con la inflación legislativa repercuten en la labor interpretativa de las normas, especialmente en el ámbito judicial, ya que un sistema normativo en el que predominan las normas mal formuladas, ambiguas o redundantes, forzosamente extiende el ámbito del intérprete, posibilitando el surgimiento de interpretaciones que pueden ir en un sentido diferente a los fines perseguidos por el legislador¹⁷.

3. *Sistematicidad*

Este principio tiene su origen en la idea de que el Derecho se organiza por medio de un sistema, al que llamamos, precisamente, “sistema jurídico”. Como señala Atienza, el ordenamiento jurídico se entiende como un conjunto de normas válidamente establecidas y estructuradas en un sistema¹⁸. Según el mismo autor, el fin de la actividad legislativa es la sistematicidad, es decir, el hecho que las leyes constituyan un conjunto sin lagunas, contradicciones, ni redundancias, de manera que el Derecho pueda erigirse como un mecanismo de previsión de la conducta humana y de sus consecuencias, esto es, como un sistema de seguridad¹⁹. La pretensión de sistematicidad constituye una preocupación fundamental de la técnica legislativa, por cuanto esta disciplina no se interesa solo por el fenómeno legislativo de manera aislada, sino que también le importa la homogeneidad del ordenamiento y la ausencia de contradicciones entre las diversas normas que lo integran²⁰. Que el Derecho se estructure como sistema no es una cuestión baladí, pues como afirma Bobbio, la estructura misma del ordenamiento está llamada a cumplir una específica función: asegurar la certeza, movilidad y eficiencia del orden normativo²¹.

Este principio se refiere al aspecto lógico-formal de estructuración del ordenamiento jurídico, que requiere estar organizado con coherencia, plenitud e independencia²². La sistematicidad constituye un valor instrumental, en la medida en que una adecuada sistematización del ordenamiento facilita la distribución, la comprensión del discurso normativo, así como de sus remisiones internas y externas²³. Asimismo, este valor interesa a la técnica legislativa, al igual que las reglas del lenguaje, su viabilidad práctica, su efectividad, etc., pues todos estos factores son condiciones para la racionalidad de la actividad legislativa²⁴.

¹⁶ GARCÍA-ESCUADERO, 2011, p. 241. También, véase OELCKERS, 1998, p. 3.

¹⁷ OELCKERS, 1998, p. 3.

¹⁸ ATIENZA, 1997, p. 32.

¹⁹ ATIENZA, 1997, p. 32.

²⁰ GARCÍA-ESCUADERO, 2010, p. 89.

²¹ BOBBIO, 1976, p. 10.

²² OSSANDÓN, 2009, p. 313.

²³ En este sentido, MARCHILI, 2009, p. 359.

²⁴ GARCÍA AMADO, 2000, p. 317.

El principio de sistematicidad reconoce una dimensión interna y una externa, por cuanto su plena vigencia supone una coordinación horizontal y vertical de la norma penal²⁵. Esta afirmación parte de la idea de que cada norma penal forma parte de un subconjunto (el ordenamiento penal), que a su vez integra un conjunto mayor (el ordenamiento jurídico). Bajo esta premisa, la norma penal se debe insertar, primero, en el sistema penal y, luego, en el ordenamiento jurídico de una manera tal, que se eviten redundancias que puedan convertir la nueva norma en inútil, total o parcialmente; o que produzca problemas concursales sin sentido que pudieran complicar la practicidad del nuevo precepto; o que se generen incongruencias con el resto del ordenamiento²⁶. Más aún, la coordinación vertical de la norma penal da lugar a lo que, en la teoría de las fuentes del Derecho, se conoce como “principio de unidad del ordenamiento jurídico”, según esta, no puede haber varias fuentes independientes de un mismo Derecho y solo una de ellas puede tener fuerza obligatoria, y todas las otras fuentes tienen que ser consideradas en relación con aquella²⁷.

En cuanto a los requisitos que el principio de sistematicidad impone a la norma penal, estos se sintetizan en las exigencias de coherencia²⁸, orden y plenitud. El orden está referido principalmente a aspectos de estructuración formal al interior del sistema jurídico, que permiten la aplicación de aquellas directrices de técnica legislativa que apuntan a la articulación del texto legislativo.

En cuanto a la coherencia, desde una perspectiva meramente formal, se sostiene que el sistema jurídico es coherente en la medida en que no existan conflictos entre normas o contradicciones normativas y siempre que las normas del sistema sean independientes entre sí²⁹. A esta correspondencia formal Ossandón agrega otra valorativa, es decir, una armonía axiológica de la norma, que se proyecta en las valoraciones subyacentes a las decisiones legislativas, de manera que, por ejemplo, existiendo el mismo fundamento, se debe ofrecer idéntica solución, o que ante una diversa gravedad de la conducta, se debe corresponder una diferente gradación de la responsabilidad³⁰. Sobre esa base, toda norma que presente un grado intolerable de incoherencia interna formal (por ejemplo, una ley tiene preceptos que se contradicen o se observan incongruencias entre su preámbulo y articulado), o bien, que presente una incoherencia externa (*v. gr.*, no derogando con claridad preceptos del mismo nivel jerárquico, inferiores o anteriores) podría ser tachada de inconstitucional³¹. Una situación similar vislumbra Schünemann a propósito de la coherencia valorativa, al sostener que como el sistema no permanece aislado de los diversos contenidos de los juicios de valoración jurídica, pues estos le proporcionan

²⁵ GARCÍA AMADO, 2000, p. 317.

²⁶ RODRÍGUEZ, 1981, p. 735.

²⁷ En este sentido, ROSS, 1974, p. 103.

²⁸ MAYER y VERA, 2022, p. 160.

²⁹ En esa línea, BULYGIN, 1991, p. 258.

³⁰ Cfr. OSSANDÓN, 2009, p. 324. Con referencia a la armonía axiológica, desde un punto de vista general, véase KARPEN, 1986, p. 31.

³¹ MARCILLA, 2013, pp. 78-79.

una ordenación lógica, cualquier contradicción que no se pueda resolver mediante una reforma y modificación del sistema genera una aporía valorativa³².

Finalmente, la exigencia de completitud supone que el sistema jurídico sea capaz de resolver todos los casos, sin que se admitan lagunas normativas, es decir, casos en que el sistema no establece ninguna solución³³. Tratándose del Derecho penal, esta exigencia se debe relacionar con el principio de legalidad, que se opone a la posibilidad de lagunas normativas, de modo que si un comportamiento no puede ser incluido en ninguna descripción típica, simplemente deviene en impune. Esto genera una tensión en el plano político-criminal que, en ciertos casos, impone como una necesidad el castigo penal de ciertos comportamientos por estimarse lesivos respecto de un bien jurídico, los que, cuando no pueden incluirse en la órbita típica, dan origen a lagunas de punibilidad. Por ello, el lenguaje utilizado en la descripción típica debe ser suficientemente “elástico” para cubrir las distintas conductas que puedan afectar el bien jurídico, sin que esto signifique ir más allá de su sentido literal posible.

4. *Seguridad jurídica*

En relación con este criterio, se distingue entre una noción de seguridad jurídica en un sentido subjetivo y otra, en un sentido objetivo.

Para una concepción subjetiva, se entiende a la seguridad como conocimiento del Derecho por parte de sus destinatarios, recibiendo también por algunos el nombre de certeza del Derecho³⁴. Por su parte, de acuerdo con la noción objetiva, la seguridad es una exigencia de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico mediante sus normas e instituciones³⁵. Según Pérez, esta regularidad estructural y funcional requiere el cumplimiento de varias condiciones, tales como una sujeción de los poderes públicos y los ciudadanos al bloque de la legalidad, con el fin de proscribir la arbitrariedad en la actuación de aquellos y la transgresión de normas por parte de estos³⁶. Pero, en lo que aquí interesa, según el mismo autor, las premisas estructurales de la seguridad jurídica suponen exigencias axiológicas que, por medio de su incidencia en la técnica legislativa, pretenden repercutir en la dimensión formal de las normas en las que se expresa su validez³⁷. Esto explica que se considere a la técnica legislativa como el arte de construir un ordenamiento jurídico bien estructurado en sus principios e integrado por normas correctamente formuladas para hacer efectivo el principio de seguridad jurídica³⁸.

En su dimensión técnico-legislativa y en el ámbito penal, la seguridad jurídica aparece fuertemente relacionada con el principio de taxatividad. A su vez, la taxatividad

³² Cfr. SCHÜNEMANN, 2012, p. 19.

³³ BULYGIN, 1991, p. 258.

³⁴ OLIVER, 2009, p. 183.

³⁵ OLIVER, 2009, p. 184.

³⁶ PÉREZ, 1991, p. 26.

³⁷ PÉREZ, 1991, p. 27.

³⁸ SAINZ, 1994, p. 20.

impone con especial fuerza en el ámbito de las sanciones un ideal de claridad que se estima consustancial a la función reguladora del Derecho³⁹. De esa manera, para que el Derecho pueda determinar efectivamente el comportamiento de los individuos se necesita –entre otras exigencias– que las normas sean formuladas con claridad. Esto se asocia con la noción de seguridad en un sentido subjetivo, debido a que, si las leyes son claras, los individuos estarán en mejores condiciones de prever cuáles serán las consecuencias penales de sus comportamientos. Por esta razón, se puede afirmar que existe una interacción entre ambas nociones de seguridad y el principio de taxatividad. De otra parte, cuando la delimitación de lo punible es clara, los sujetos están en mejores condiciones de ejercer su libertad, lo que optimiza el disfrute de los derechos fundamentales, transformando a la seguridad jurídica en un valor en sí mismo⁴⁰. En efecto, si la ley penal es lo suficientemente clara y precisa, mediante ella será posible informar a los poderes públicos acerca del cuándo y del cómo de las intervenciones jurídico-penales, excluyendo la posibilidad de un ejercicio arbitrario del *ius puniendi* y satisfaciendo una función de garantía respecto de los ámbitos de libertad del ciudadano⁴¹.

Desde la perspectiva de la técnica legislativa existen requisitos que deben cumplir las normas para fortalecer la seguridad jurídica, entre estos nos interesan especialmente tres.

Primero, para fortalecer la seguridad jurídica, la norma debe estar dotada de una claridad normativa, idea que supone tres exigencias: claridad en su valor normativo, esto es, en cuanto a su naturaleza de norma, su posición en el sistema de fuentes, su vigencia y eficacia; claridad en su formulación interna, es decir, en su estructura argumentativa; y claridad en su formulación externa, esto es, en su estructura formal⁴².

Segundo, para garantizar una mayor seguridad jurídica se hace necesario que la norma sea cognoscible para sus destinatarios. Nótese que no se exige que las normas sean efectivamente conocidas, sino que puedan ser conocidas por los ciudadanos en el marco del desarrollo normal de una sociedad determinada⁴³.

En tercer lugar, la seguridad también depende de la estabilidad del ordenamiento, que es un presupuesto básico para generar un clima de confianza respecto del contenido del Derecho⁴⁴. Como fenómeno opuesto, la aparición de sucesivas modificaciones que nuevas leyes introducen a leyes anteriores puede hacer que el ordenamiento se complique, hasta transformarse en una maraña inextricable, afectando a la seguridad jurídica por dificultar el conocimiento del Derecho vigente⁴⁵.

³⁹ FERRERES, 2002, p. 44.

⁴⁰ En este sentido, OSSANDÓN, 2009, p. 528.

⁴¹ NAVARRO, 2010, p. 41.

⁴² SAINZ, 1992, p. 445.

⁴³ OSSANDÓN, 2009, p. 544.

⁴⁴ PÉREZ, 1991, p. 25.

⁴⁵ En este sentido, GARCÍA-ESCUDERO, 2010, pp. 141-142.

II. CARACTERIZACIÓN TÉCNICO-LEGISLATIVA DE LA REGULACIÓN DE LOS DELITOS FALSARIOS DE LA LT

1. *Casuismo de la regulación*

La regulación de las falsedades documentales contenidas en la LT puede ser caracterizada por su exacerbado casuismo⁴⁶, es decir, se trata de una formulación muy detallada, minuciosa y hermética de los tipos penales⁴⁷. En específico, este casuismo se proyecta en los tres elementos objetivos principales en los que se estructura la regulación de los delitos falsarios, esto es, sujeto activo, conducta y objeto material.

En cuanto a los sujetos activos, si bien varios de los tipos parten de la distinción empleada por el CP entre funcionarios y particulares (*v. gr.*, artículos 190 y 196 quater), otras figuras reconocen calidades específicas, mediante alusiones a ciertos funcionarios competentes para expedir documentos del tráfico viario (por ejemplo artículo 190 letra a), respecto del otorgamiento de licencias), o bien, a sujetos activos particulares más concretos, como ocurre con las referencias típicas que se hacen a los conductores (*v. gr.*, artículo 192 letras b], e], h] y k]) y a los responsables de la circulación de vehículos (artículo 192 inciso final).

Respecto de los comportamientos sancionados, bajo la idea de falsedad se aglutina un catálogo extenso de hipótesis, valiéndose el legislador de diferentes fórmulas verbales para describirla. Entre ellas se puede mencionar “otorgar falsamente” (artículo 190 letra b]), “falsificar” (artículo 192 letra a]), “certificar indebida o falsamente” (artículo 192 letra f]), “adulterar o borrar” (artículo 192 letra i]), “adulterar” (artículo 192 inciso 2°). En la misma línea, el artículo 196 quater, primero, castiga ampliamente la falsificación de los medios de acceso al transporte público, para luego recurrir a la descripción de cinco modalidades que deben entenderse como casos en que la conducta falsaria tiene lugar “especialmente”. Otro tanto ocurre con el castigo del uso, que a diferencia de los tipos del CP (artículos 196 y 198), alude a hipótesis específicas de utilización del objeto, tales como “conducir” (*v. gr.*, artículo 192 letras b], e], h] y k]); “presentar” (artículo 192 letra c]); o “comercializar o distribuir” (artículo 196 sexies).

Quizás la manifestación más extrema de esta característica se da en materia de objeto material, pues los tipos no adoptan la estructura clásica de los delitos de falsificación de documentos del CP, que ya puede ser catalogada de bastante casuística⁴⁸. Como es sabido, los delitos de los artículos 193 y siguientes de dicho cuerpo legal, a propósito del objeto material, distinguen entre documentos públicos, oficiales, privados (entre ellos, los mercantiles), partes telegráficos, pasaportes, licencias médicas, certificados y porte de armas. En cambio, los tipos de los artículos 190 y 192 de la LT, a propósito de la documentación del tráfico vehicular, establecen categorías específicas de tales tipologías,

⁴⁶ Respecto del casuismo en la regulación de las falsedades documentales en general, VILLACAMPA, 1999, p. 319.

⁴⁷ URQUIZO, 2001, p. 1346.

⁴⁸ ROJAS, 2017, p. 386.

incluyendo ciertas inscripciones vehiculares, licencias de conducir, boletas de citación, permisos provisorios, certificados necesarios para obtener tales documentos, placas patentes, certificados de revisión técnica, permisos de circulación o certificados de seguro obligatorio. Recientemente, también se incluyó la alteración del número de chasis o del número de identificación del vehículo, que puede estar estampado en la carrocería o en el motor. Por su parte, los tipos de los artículos 196 quater a sexies, si bien prevén una referencia más genérica de su objeto, al describirlo como medios de acceso o pago del transporte público de pasajeros, al interpretar dicha alusión se incluyen distintas formas, tales como la tarjeta nacional estudiantil o la tarjeta *Bip!*

2. *Asiduo empleo de remisiones normativas*

Además, la normativa materia de análisis se caracteriza por abusar del recurso a remisiones normativas, tanto internas, respecto de la propia LT, como externas, a normas del CP. Si bien el uso de este instrumento puede ser valorado positivamente en términos de economía⁴⁹, su empleo excesivo produce un fraccionamiento de la norma que puede ir en detrimento de las exigencias de acceso a ella que impone el principio de capacidad comunicativa⁵⁰. Además, a propósito de las remisiones externas, estas pueden generar una reproducción de los problemas sistemáticos y de seguridad que se atribuyen al régimen de las falsedades documentales del CP, que no son pocos.

El uso de remisiones se proyecta, principalmente, en la forma cómo algunos tipos describen el comportamiento sancionado. Tal es el caso del literal c) del artículo 190 de la LT que, a propósito de la falsedad de ciertas inscripciones vehiculares y del padrón, se remite a las modalidades típicas del artículo 193 del CP. Así, tratándose de este caso, el legislador castiga al empleado que, abusando de su oficio, cometa en dichos objetos, cualquiera de las ocho conductas falsarias (materiales, ideológicas y por ocultación) que se prevén en el artículo 193 del CP.

En otros casos, las remisiones se refieren al objeto material, existiendo supuestos en que ella es explícita, como ocurre con la letra c) del artículo 190 LT, que define el objeto material a partir de una remisión a los artículos 39, 41 y 45 de la misma ley, normas que regulan las inscripciones vehiculares en las que puede recaer el comportamiento falsario⁵¹. En otros tipos las remisiones son implícitas, por cuanto se tipifica la falsedad de objetos que están definidos en la propia LT. Tal es el caso de las licencias de conducir a las que alude el artículo 190 letra a) y varias hipótesis del artículo 192 LT (*v. gr.*, letras a) y b)) y que son definidas en el artículo 2º, Nº 27 y reguladas en sus diversas clases en el Título I del mismo cuerpo legal (artículos 12 y ss.). En la misma línea, el artículo 192 en sus letras a) y c) alude a la falsedad de certificados necesarios para obtener una licencia de conducir, los que también están normados en el Título I, por ejemplo, el

⁴⁹ GARCÍA ARÁN, 1992-1993, pp. 102-103.

⁵⁰ BACIGALUPO, 1980-1981, pp. 204-205.

⁵¹ Acerca de tales inscripciones, BASCUR, 2020, pp. 166-167.

certificado de idoneidad física y psíquica (expedido por un facultativo), regulado en el artículo 14 N° 2, letra a). Asimismo, hay otros certificados en los que puede recaer el comportamiento falsario, *v. gr.*, el certificado de seguro del vehículo o de revisión técnica, los que están establecidos en los artículos 51 y 56 de la LT, respectivamente.

Tratándose de los tipos relativos a la falsificación de medios de acceso al transporte público de pasajeros, dicho objeto está regulado en el artículo 88 bis de la LT. En específico, su inciso final califica al pase escolar, al pase de educación superior y a cualquier instrumento o mecanismo que permita el uso del transporte público remunerado de pasajeros con una franquicia, exención o rebaja tarifaria, como instrumentos de carácter público, personal e intransferible. De modo que las referencias a estos medios de pago contenidas en los tipos de los artículos 196 quater y ss. de la LT deben considerar la remisión implícita a esta norma, lo que conduce a calificar al objeto material siempre como un instrumento público, independientemente de si ello se ajusta a las definiciones acerca de tal objeto formuladas en el ámbito penal y extrapenal.

Finalmente, existen en los tipos materia de análisis remisiones relativas a la penalidad aplicable. Ello ocurre en el tipo del inciso segundo del artículo 192 de la LT, que ordena imponer a la falsedad allí señalada la pena prevista para los cuasidelitos contra las personas del artículo 490 N° 2 del CP.

3. *Recurso a una ley penal descodificada para la tipificación de los diversos delitos*

Los delitos que examinamos se caracterizan por estar regulados en una ley especial, cuyo objeto principal no es el Derecho penal, sino la regulación del tráfico vial. Se trata, entonces, de una normativa que tiene un contenido administrativo-civil y solo residualmente penal. En ese marco, el legislador destina el título XVII de la LT a la regulación de delitos y cuasidelitos, entre los que no solo se cuentan los delitos falsarios, sino que varios otros ilícitos bastante diversos, tales como: la instalación indebida de señales de tránsito o barreras (artículo 191); el transporte indebido de basura, desechos o residuos de cualquier tipo (artículo 192 bis); el transporte y retiro indebido de escombros (artículo 192 ter); la conducción bajo la influencia del alcohol (artículo 193); la conducción sin la correspondiente licencia (artículo 194); la omisión de detener la marcha, prestar la ayuda posible y dar cuenta a la autoridad (artículo 195); la negativa injustificada a someterse a exámenes para establecer la presencia de alcohol o sustancias estupefacientes o psicotrópicas en el cuerpo (artículo 195 bis); la conducción en estado de ebriedad o bajo la influencia de sustancias estupefacientes o psicotrópicas (artículo 196); delitos informáticos especiales (artículo 196 septies); xi lesiones o amenazas contra ciertos fiscalizadores (artículo 196 octies); el atentado contra un vehículo motorizado en circulación (artículo 198); y la infracción de la pena de suspensión o inhabilitación perpetua para conducir vehículos (artículo 209)⁵².

⁵² Referente a esta sistematización, MAYER y VERA, 2023, p. 646.

El uso de leyes especiales para la regulación de delitos de falsedad no es una cuestión exclusiva de los tipos que analizamos. Por el contrario, existen delitos falsarios dispersos no solo en Códigos distintos del penal, sino que en un sinnúmero de leyes especiales de muy diversa naturaleza⁵³. Este fenómeno contribuye a agravar los problemas de la ya hipertrofiada regulación de los delitos de falsedad en nuestro sistema penal, pues da origen a una normativa dispersa, cuyo acceso a operadores y ciudadanos es difícil. Más allá de este aspecto formal, la cuestión principal pasa por determinar si el recurso a una regulación particular y descodificada es necesaria en términos sistemáticos y teleológicos⁵⁴. En el caso puntual de los delitos falsarios de la LT, es oportuno analizar si es posible justificar la existencia de un estatuto al margen del régimen general, en virtud de la salvaguarda de un interés específico, o bien, si se trata de normas redundantes carentes de un injusto propio.

III. PROBLEMAS QUE GENERA LA DEFICIENTE TÉCNICA EMPLEADA EN LA DESCRIPCIÓN DE LOS TIPOS DE LA LT

1. *Problemas que acarrea el casuismo*

El exceso de casuismo en cualquier regulación podría incidir en las posibilidades de conocimiento de la normativa, tanto para operadores como para sus destinatarios, circunstancia que van en un sentido opuesto a los requerimientos de la capacidad comunicativa⁵⁵⁻⁵⁶. Dicha situación se puede presentar respecto de los tipos falsarios de la LT, pues tratándose de la aplicación de los delitos de los artículos 190, 192 y 196 quater y ss., los operadores (jueces, fiscales y defensores) solo para la definición del título de castigo aplicable se deben enfrentar a una variedad de sujetos, comportamientos y objetos previstos en la formulación de los tipos, lo que sin duda dificulta su tarea. Además, se debe añadir la posibilidad de que surjan vínculos entre estas figuras y los delitos falsarios del CP u otros cuerpos normativos, sobre todo en supuestos en los que exista duda acerca de la posibilidad de castigar una hipótesis en particular. Así, por ejemplo, casi ninguno de los delitos falsarios de la LT prevé entre las modalidades típicas la ocultación del objeto material (con la pura excepción de la letra c] del artículo 190), conducta que sí se castiga en el Nº 8 del artículo 193 del CP cuando recae en documentos oficiales. Frente a esta disyuntiva, es admisible dos posibilidades: entender que el comportamiento resulta

⁵³ Más en detalle, VERA, 2023, pp. 281-285.

⁵⁴ Como señala Terradillos, en el ámbito español, el recurso a normas penales contenidas en leyes especiales da origen a un "Derecho penal menor", que ni se explica en las Universidades, ni se aplica por los tribunales, ni se recuerda por el legislador en las sucesivas reformas. Cfr. TERRADILLOS, 2002, p. 516.

⁵⁵ En esta misma línea, se indica que el casuismo genera problemas para la adecuada interpretación de la norma penal. Cfr. DE VICENTE, 2004, p. 43.

⁵⁶ En igual sentido, respecto de la regulación de las falsedades documentales del CP, ROJAS, 2017, pp. 386-387.

impune o estimar que se debe aplicar el delito de falsedad del CP. Precisamente, en este supuesto se advierte un problema en las regulaciones casuísticas que es destacado por Doval. Según dicho autor las descripciones casuísticas obstaculizan la articulación de los tipos con otras normas, provocando una falta de armonización del conjunto normativo que se traduce en dificultades para advertir los defectos lógicos del sistema, como las contradicciones de normas, dando lugar a espacios de incerteza⁵⁷.

Si ya resulta complejo para un operador (especialista en materia jurídica) acceder a la norma, el conocimiento podría ser todavía más difícil para el ciudadano común, quien seguramente tendrá serias dificultades para determinar a qué título podría castigarse el falseamiento de un documento vinculado con el tráfico vehicular o de una tarjeta de acceso a medios de transporte, incidiendo lo anterior en las exigencias típicas subjetivas⁵⁸. Lo expresado no solo se debe valorar como un problema de acceso, sino que también podría constituir un problema para el cumplimiento de los objetivos de la norma penal, en particular, si se admite que a esta rama del Derecho le corresponde una función motivadora, en orden a que los sujetos se abstengan de la ejecución de conductas que vulneran bienes jurídicos. Contra lo acá expresado se podría argumentar que un régimen falsario como el de la LT, al distinguir mejor, sobre todo las variadas categorías de documentos susceptibles de alteración, permite al ciudadano comprender mejor la prohibición penal. En ese sentido, para el ciudadano podría resultar mucho más aprehensible una norma que sancione la alteración de una licencia de conducir o de un certificado de revisión técnica (que son categorías que le podrían resultar más familiares) que una norma más simplemente estructurada que se valga del recurso a un elemento normativo para describir el objeto del delito, como “documento público” u otra equivalente. De ahí que se pueda reconocer un margen mayor de claridad moral en el régimen acá cuestionado, al incluirse en la tipificación las distintas tipologías de documentos asociados al tráfico vehicular.

Si bien esa mayor claridad moral podría resultar beneficiosa en el marco de esta regulación específica, ello no permite salvar el inconveniente que estas regulaciones casuísticas provocan en el sistema de tipificación de los delitos de falsedad (*v. gr.*, antinomias), al compararlo, especialmente, con el régimen general previsto en el CP, según se desarrolla *infra* al abordar el impacto del casuismo en términos de sistematicidad.

Adicionalmente, el casuismo propicia el surgimiento de normas hipertrofiadas, que no se adecuan a las exigencias de concisión que impone el principio de economía legislativa⁵⁹. La hipertrofia del régimen falsario previsto en la LT es ostensible y el problema lejos de decrecer se ha visto incrementado, pues, como se señaló *supra*, esta regulación ha ido extendiéndose en virtud de sucesivas reformas, algunas bastante recientes. En

⁵⁷ DOVAL, 1999, p. 52, n. 76.

⁵⁸ En esa línea, la Corte de Apelaciones de Iquique, sentencia de 6 de junio de 2005, Rol N° 618-2005, absolvió al imputado, un chofer de la locomoción colectiva, a quien se atribuía la conducta de conducir con una boleta de citación falsificada. El fundamento de la decisión apunta a la ausencia de conocimiento de la ilicitud y, en consecuencia, de dolo.

⁵⁹ En ese sentido, OSSANDÓN, 2009, p. 169.

esta línea, parece que cada vez que en la *praxis* se advierte el surgimiento de una nueva modalidad falsaria, el legislador crea un nuevo tipo. Sin embargo, dicho proceder, más que resolver la situación, incrementa los defectos de la regulación.

Respecto del principio de sistematicidad, las regulaciones casuísticas son fructíferas en la aparición de redundancias⁶⁰ y antinomias de corte valorativo. Esto ocurre, precisamente, cuando se tipifican supuestos específicos de falsificación de ciertos objetos ya previstos en el régimen general, a los que, además, se asigna un tratamiento penológico diferenciado. Un ejemplo de ello se advierte en los tipos falsarios en tarjetas de acceso a los medios de transporte público. El castigo de los comportamientos asociados a dicha clase de criminalidad podría ser cubierto (sobre todo luego de la dictación de la Ley Nº 21.234) mediante los tipos de uso fraudulento de tarjetas de pago del artículo 7º de la Ley Nº 20.009⁶¹. Dicho delito fue recientemente modificado por la Ley Nº 21.595, que incorporó al CP un nuevo tipo de medios de pago en el inciso 3º del artículo 468. Resulta entonces que los delitos de los artículos 196 quater y ss. de la LT son redundantes y, lo que es más grave, prevén marcos penales inferiores respecto de los delitos comunes en tarjetas de pago, de modo que paradójicamente se erigen como tipos privilegiados⁶².

En términos de seguridad jurídica, está bastante extendida la idea de que las normas penales casuísticas (que suelen valerse en mayor medida del recurso a elementos descriptivos) serían más afines a las exigencias del principio de taxatividad (y con ello, a la seguridad jurídica en sentido subjetivo⁶³). Sin embargo, muchas veces son generadoras de vacíos que van en la línea opuesta a las exigencias de regularidad estructural y coherencia que impone la seguridad en sentido objetivo⁶⁴. Además, como efecto paradójico, el casuismo termina por socavar la seguridad jurídica que aparentemente determina su elección como instrumento para formular tipos penales, al obstruir el cumplimiento de los fines político-criminales trazados por el legislador al momento de redactar la norma⁶⁵. En efecto, la utilización del casuismo de forma desmesurada, al provocar la hipertrofia de la construcción jurídica, deja muchas veces inaplicable la norma así redactada⁶⁶.

Varias de las situaciones precedentemente descritas tienen lugar a propósito de la regulación que se analiza. Ya se señaló el problema existente para castigar la ocultación de los objetos materiales señalados en los artículos 190 y 192, al que se puede agregar la dificultad para punir las distintas formas de uso de documentos del tráfico vehicular falsificados. En efecto, el artículo 192 de la LT si bien contempla varias modalidades de falsedad, que podrían llevar a estimar que el legislador ha sido prolijo en la definición

⁶⁰ En relación con los problemas originados por las redundancias normativas, SAINZ, 1994, p. 25.

⁶¹ Acerca de las relaciones entre estos delitos, MAYER y VERA, 2021, p. 551.

⁶² Madrid afirma que el legislador solo debiese optar por una regulación casuística cuando las diferencias que quiere tener en cuenta con una regulación de esta clase son de importancia y cuando esté muy seguro de haber encontrado los criterios correctos para un trato diferenciado de cada uno de ellos. MADRID, 1983, p. 220

⁶³ En este sentido FERRAJOLI, 1995, p. 126.

⁶⁴ De modo similar DOVAL, 1999, p. 52.

⁶⁵ URQUIZO, 2001, p. 1347.

⁶⁶ URQUIZO, 2001, p. 1347.

de las hipótesis de castigo, cuando se trata de punir el uso de los objetos falsificados no prevé un tipo amplio (como el de los artículos 196 y 198 del CP), sino que regula supuestos particulares de uso (*v. gr.*, conducir un vehículo con una licencia o una patente falsa). Esto podría generar dudas en torno a si es admisible castigar el empleo de tales documentos en contextos distintos a la conducción, algo que no ocurriría si se describiera ampliamente el uso como hipótesis típica⁶⁷.

Igualmente, es oportuno indicar el caso previsto en las letras a) y b) del artículo 192 de la LT, que sanciona la falsificación de certificados o documentos necesarios para “obtener” una licencia de conducir, boleta de citación o permiso provisorio. Dicha referencia podría entenderse que incluye solo el caso de quien tramita por primera vez su licencia y dejar fuera de la órbita típica el caso de quien falsifica tales documentos en un proceso de “renovación” o de obtención de un duplicado de ella⁶⁸.

Adicionalmente, tratándose de medios de acceso y pago a los servicios de transporte, los artículos 196 quinquies y 196 septies, letra a) también aluden a usos específicos de los objetos apócrifos. En el primer caso, se refiere el uso del medio de falso para acceder al medio de transporte respectivo, mientras que, en el segundo, se incluyen modalidades como comercializar, encargar, exportar, transmitir. Lo señalado da origen a dudas en torno a qué tratamiento corresponde brindar al supuesto en que el agente usa el objeto material en contextos diferentes al específicamente descrito en el tipo, por ejemplo, la utilización de tarjeta nacional estudiantil falsa para identificarse en un control de identidad policial. Ciertamente, estas hipótesis son atípicas para los delitos falsarios de la LT, pues ni aun interpretándolos extensivamente logran cubrir el supuesto de hecho descrito. Frente a ello, surge la interrogante de si podría aplicarse el régimen general (artículos 196 o 198 del CP, según el caso), resultando razonable una tesis que sostenga la atipicidad absoluta por no haber sido mencionado expresamente dicho supuesto por el legislador. Nótese que la aplicación del régimen general conduciría a un tratamiento punitivo diferenciado de las hipótesis de uso mencionadas, por cuanto las penalidades de la LT no coinciden con las previstas en el CP en todos los casos.

Finalmente, las regulaciones casuísticas suelen dar lugar a marcos penales diferenciados para las distintas hipótesis, lo que provoca dificultades para la articulación uniforme de los distintos elementos que se conjugan en la definición de la penalidad (en el caso de estos delitos falsarios, fundamentalmente, modalidad del comportamiento, naturaleza del objeto material y calidad del sujeto activo). Esta situación se advierte, específicamente, en el artículo 192 inciso 2º, que sanciona de manera diferenciada, esto

⁶⁷ Precisamente, esta situación se dio en la Corte de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de septiembre de 2007, Rol N° 2606-2006, a propósito de calificación como delito de un caso en que el presunto autor no había conducido con una licencia falsa, sino que había encargado su confección y fue sorprendido cuando se aprestaba a retirarla. Por decisión de mayoría, el tribunal absolvió al imputado por entender que no había dado principio de ejecución a la conducta.

⁶⁸ En ese sentido, Corte Suprema, sentencia de 8 de agosto de 2007, Rol N° 4609-2007, referida a un caso en que se había presentado una declaración jurada falsa para obtener un duplicado de la licencia, en circunstancias que el artículo 21 de la LT no exigía dicho documento para la obtención de duplicados. En detalle, SOTO, 2010, pp. 593-596.

es, con la pena establecida en el artículo 490 N° 2 del CP, la adulteración de certificados de revisión técnica o de emisión de gases, permisos de circulación o certificados de seguro obligatorio o la utilización a sabiendas que uno de esos documentos es falsificado o adulterado. Este tratamiento resulta injustificado desde varios puntos de vista. Primero, no se visualizan razones para conferir una penalidad menor al falseamiento del permiso de circulación, sobre todo teniendo en cuenta que, al provenir de las municipalidades, ostenta la calidad de documento público. En esa línea, no se advierten motivos para asignar a la falsedad de dicho documento una pena inferior a aquella que recae en otros documentos públicos, como una licencia de conducir. Esa circunstancia, además, no se condice con el régimen general de las falsedades documentales, que se caracteriza por sancionar más severamente las recaídas en documentos públicos. Luego, tampoco resulta suficientemente justificado por qué se brinda un trato más benigno a la falsedad de los certificados aquí descritos, en circunstancias que la misma norma establece una pena superior para la falsedad relativa a otros certificados. Así, por ejemplo, no aparece justificado por qué se atribuye una pena mayor a la falsedad ejecutada en un certificado pertinente a conocimientos o prácticas de conducción (artículo 192 letra f)), respecto de aquella cometida en un certificado de revisión técnica.

2. *Problemas que acarrea el empleo de remisiones*

El recurso a remisiones normativas incide en el grado de precisión con que se tipifica un comportamiento, afectando la capacidad comunicativa, debido a la mayor dificultad para que el destinatario pueda tener acceso al conocimiento de la conducta prohibida. Como indica Salvador, toda remisión fragmenta la norma jurídica, impidiendo el conocimiento inmediato de su contenido completo, sea en relación con su supuesto de hecho, respecto de sus consecuencias jurídicas o, incluso, a ambas cosas⁶⁹. Esa circunstancia se presenta en los tipos que analizamos, pues se utilizan remisiones a propósito de casi todos los elementos de la formulación típica. Así, por ejemplo, quien ejecute una falsedad en una inscripción vehicular, en los términos del artículo 190 de la LT letra c), debe considerar no solo las conductas señaladas en esa disposición, sino también las señaladas en el artículo 193 del CP. Una situación similar se verifica en el artículo 192 de la LT cuando alude a los certificados necesarios para obtener una licencia, o en los artículos 196 quater y ss. cuando define qué es un medio de acceso o pago.

Se afirma que el empleo de remisiones normativas puede ir en desmedro de las exigencias del principio de sistematicidad, cuando en virtud de su uso excesivo se genera hipertrofia legislativa, dando lugar a redes ininteligibles de tipos penales que se superponen y terminan afectando el orden del sistema. Por ello, se debe tender a no utilizar este instrumento de una manera formal o mecánica y, cuando sea indispensable

⁶⁹ SALVADOR, 1986, p. 241.

el recurso a remisiones, se deben aislar los elementos esenciales de la prohibición penal para que queden suficientemente descritos en la norma penal⁷⁰.

Existen varios problemas sistemáticos en virtud del empleo de remisiones en los tipos falsarios de la LT. En lo que respecta a remisiones relativas al comportamiento típico, su uso en el artículo 190 letra c), como ya se evidenció, genera incongruencias en cuanto al tratamiento de modalidades comisivas que no están expresamente previstas en estas disposiciones y sí en el CP (ocultación). En cuanto a las remisiones relativas al objeto material, se puede mencionar, en especial, el supuesto de reenvío de los artículos 196 quater y ss. al artículo 88 bis. Esta última disposición, en su inciso final, califica como instrumentos públicos a “cualquier instrumento o mecanismo que permita el uso del transporte público remunerado de pasajeros”, lo que incluye, por ejemplo, a la TNE, pero también a la tarjeta *Bip!*. Este último objeto puede ser extendido por empresas públicas (como Metro S.A.), pero también por entidades bancarias de carácter privado. En consecuencia, de esta remisión resulta que puedan calificarse como instrumentos de naturaleza pública a objetos que de acuerdo con el régimen común jamás podrían ostentar esa naturaleza. Dicha circunstancia va en una línea diametralmente opuesta al sistema de castigo de los delitos de falsedad documental que, como se ha señalado, suele prodigar un tratamiento más severo a las adulteraciones ejecutadas en documentos públicos, por ostentar estos una eficacia probatoria reforzada en el tráfico jurídico⁷¹.

En la línea se lo señalado respecto de la capacidad comunicativa, se indica que el uso de remisiones fragmenta la norma jurídica, lo que impide su conocimiento inmediato⁷², transformándose en un factor peligroso para la seguridad jurídica en sentido subjetivo. De ahí que, antes de recurrir a remisiones, se recomiende establecer su verdadera necesidad y que no se lesionará aquel valor por falta de certeza o dificultad de conocimiento del Derecho vigente⁷³. Asimismo, la técnica del reenvío puede resultar desaconsejable cuando la norma reenviada no es conocida y cuando se trata de reenvíos múltiples⁷⁴. En este último evento, las dificultades de acceso a la norma también podrían llegar a afectar la seguridad en el sentido de posibilidad de acceso y de conocimiento de la norma. Estas circunstancias se verifican, especialmente, en los reenvíos relativos al objeto material, por cuanto la remisión que efectúa el artículo 190 a las disposiciones de los artículos 39, 41 y 45 constituye una remisión múltiple, regulándose en el artículo 39 la “primera inscripción” de un vehículo por parte de su propietario (norma que además consta de nueve incisos), mientras que en el artículo 41 se regulan las variaciones de dominio. En el artículo 45, por su parte, no se regula propiamente una inscripción distinta, sino que se establece el derecho del adquirente por acto entre vivos o por causa de muerte de requerir la respectiva inscripción. O sea, en este último caso, la remisión podría incluso resultar confusa, por no regular propiamente un objeto susceptible de falseamiento.

⁷⁰ En este sentido, TERRADILLOS, 2002, p. 522.

⁷¹ VERA, 2023, p. 405.

⁷² SALVADOR, 1986, p. 239.

⁷³ GARCÍA-ESCUDERO, 2010, p. 175.

⁷⁴ ITURRALDE, 1989, p. 229.

También pueden calificarse como remisiones múltiples las hipótesis establecidas en el artículo 192, que aluden al falseamiento de certificados necesarios para obtener licencia (letras a] y c]). En efecto, en el artículo 14 de la LT, se regula la manera de acreditar el cumplimiento de los requisitos necesarios para obtener una licencia, distinguiendo según si se trata de una profesional o no. A su vez, allí se prevén certificados distintos (idoneidad física y psíquica y conocimientos teóricos de conducción), cuyo emisor también puede variar según el tipo de licencia de que se trate.

Como se puede advertir, el operador jurídico y el destinatario de la norma deben escudriñar varias disposiciones de la LT para determinar cuál es el objeto en el que podría recaer la acción falsaria

3. *Problemas asociados al uso de una ley descodificada*

En días en los que las reformas penales concernientes a distintas materias abundan, más que nunca resulta imperioso contar con un solo cuerpo codificado que aglutine los distintos comportamientos susceptibles de sanción penal. Según se adelantó, dicha necesidad se hace más evidente a propósito de la regulación de los delitos de falsedad que, probablemente, son los que mayor dispersión presentan entre los delitos de la Parte Especial. Una regulación codificada podría facilitar el acceso de operadores y destinatarios, satisfaciendo las exigencias impuestas por el principio de capacidad comunicativa. Del mismo modo, la mayor concisión y brevedad que podría ostentar una regulación codificada permitiría cumplir de mejor manera el ideal de economía legislativa. Como fenómeno opuesto a la dispersión, una regulación codificada podría permitir una reducción de las incoherencias y redundancias, mejorando la sistematicidad de la normativa. Asimismo, un Derecho penal codificado, al mejorar las posibilidades de acceso a la norma, mejora la previsibilidad y, al tratarse de un sistema de orden, incrementa la regularidad estructural del ordenamiento. Por todas estas razones es que, de *lege ferenda*, sería mucho más conveniente prescindir de regulaciones como la de los delitos falsarios de la LT.

Pero, más allá de la situación ideal planteada, la cuestión principal pasa por desenmarañar si el establecimiento de tipos falsarios en una normativa no penal como la LT presenta algún grado de justificación. En relación con esta materia, la respuesta podría ser distinta según si el grupo de delitos de referencia sean las falsedades de documentación relativa al tráfico vehicular de los artículos 190 y 192, o bien, las falsificaciones de medios de acceso al transporte público de pasajeros de los artículos 196 quater y ss.

En el caso de los delitos tipificados en los artículos 190 y 192 de la LT es posible advertir que se trata de figuras que podrían ostentar un injusto (al menos parcialmente) distinto de las falsedades tradicionales del CP. Se ha estimado que las falsedades documentales protegerían el bien jurídico de funcionalidad documental, esto es, las funciones de perpetuación, garantía y prueba que tradicionalmente se atribuyen a los documentos⁷⁵. En esa línea, a propósito de la función de perpetuación, se afirma que

⁷⁵ GARCÍA, 1997, pp. 41-43.

los documentos permiten fijar la declaración del pensamiento de un modo más o menos perdurable. Respecto de la función de garantía, se indica que el documento permite identificar a su autor, es decir, a quien se puede imputar (jurídicamente) la declaración del pensamiento que en ellos de plasma. Finalmente, en virtud de la función de prueba, los documentos permiten la demostración de su contenido en los distintos contextos en que sean utilizados en el tráfico jurídico (procesal o extraprosesal). En el caso de la adulteración de los documentos del tráfico vehicular, podrían verse afectadas las funciones reseñadas, al igual que cuando se falsifica un documento de un ámbito distinto (como uno en que conste un negocio jurídico). Sin embargo, además de esta afectación, cuando se alteran estos documentos, también se afecta la funcionalidad del tráfico vial, esto es, el hecho que una actividad de riesgo, como la circulación vial, se lleve a cabo bajo condiciones de operatividad y seguridad mínimas⁷⁶. En esa línea, los documentos susceptibles de falsedad de acuerdo con los artículos 190 y 192 de la LT tienen incidencia en esas condiciones, pues permiten demostrar que el conductor de un vehículo tiene las condiciones para desempeñarse como conductor (*v. gr.*, a propósito de las licencias), pero también acreditar que el vehículo cumple con las condiciones de seguridad necesarias para la circulación vial (*v. gr.*, a propósito de los certificados emitidos por plantas de revisión técnica). Por esta razón, cuando los documentos relativos al tráfico vehicular se adulteran, además de vulnerarse la funcionalidad documental, se afecta la funcionalidad vial, debido a que, por ejemplo, se produce el riesgo de que una persona que no cumple con las condiciones para desempeñarse como conductor, o que un vehículo que no cuenta con las medidas de seguridad necesarias, participen de la circulación.

Este injusto, parcialmente distinto, de los delitos previstos en los artículos 190 y 192 de la LT permite fundar en parte su tratamiento especial y que el legislador establezca penas diferentes, como la suspensión de la licencia de conducir o la inhabilitación para obtenerla, lo que no sería posible en caso de abordar su tratamiento según las reglas generales.

Distinta es la situación de los delitos regulados en los artículos 196 y ss. de la LT, respecto de estos, no se logran advertir las razones que fundamentarían un tratamiento diferenciado de los delitos tradicionales, sea de las falsedades documentales o del uso fraudulento de tarjetas de pago. Así, por ejemplo, no logra sustentarse por qué la falsificación de la tarjeta nacional estudiantil, que podría ser calificada como un documento público, debe recibir un tratamiento especial (incluso más benigno) al de otros objetos equivalentes, cuya alteración se castigaría conforme con los tipos falsarios del CP. En la misma línea, respecto de adulteraciones de medios de pago como la tarjeta *Bip!*, tampoco se identifican razones para sancionarlas de una manera diferente a la del delito del artículo 468 inciso 3º del CP. No se advierte en estos casos un interés distinto de la

⁷⁶ Acerca de ese bien jurídico, más ampliamente, MAYER y VERA, 2023, pp. 651-656.

funcionalidad documental o del patrimonio de las empresas de transporte que justifique el tratamiento especial⁷⁷.

IV. CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo consistió en efectuar una valoración crítica de los delitos de falsedad documental tipificados en la LT desde el la perspectiva de ciertos criterios técnico-legislativos que se deberían tener en cuenta a propósito de la formulación de cualquier norma penal. Tales principios son la capacidad comunicativa, la economía legislativa, la sistematicidad y la seguridad jurídica. En ese orden de ideas, se logró identificar ciertas características de este régimen que podrían provocar afectaciones a los mencionados principios.

En primer lugar, destaca el exacerbado casuismo de la regulación que es una característica común a todo el régimen de delitos de falsedad documental en nuestro sistema jurídico. Este casuismo se proyecta en los tres elementos principales de la formulación típica: sujeto activo, comportamiento sancionado y objeto material, originando hipótesis específicas que, por ejemplo, no se incluyen en el estatuto general del CP. Este rasgo podría impactar negativamente en términos de la capacidad comunicativa de la norma, por cuanto jueces, operadores y ciudadanos se deben enfrentar a una maraña inextricable de supuestos que, a su vez, podría incidir en las posibilidades de acceso a la norma por parte de sus destinatarios. No obstante ello también podría resultar benéfico en términos de la claridad moral de la normativa (al diferenciarse variantes y utilizar un lenguaje más comprensible), el análisis de los inconvenientes sistémicos que ello provoca determina que en la valoración global no resulte suficientemente justificado la previsión de un sistema con ese nivel de detalle en la regulación. Este casuismo tampoco se aviene con las exigencias de concisión y simpleza que impone el principio de economía legislativa. De otra parte, el casuismo da origen a redundancias y antinomias que no resultan adecuadas en los términos del principio de sistematicidad, sobre todo en aquellos casos en que dicho fenómeno origina una valoración diferenciada con el régimen falsario común, que no resulta suficientemente justificado en el injusto del hecho respectivo. En materia de seguridad jurídica, el casuismo de la regulación da origen a vacíos, que no van en la línea de las exigencias de regularidad estructural que impone tal principio. En esa misma dirección, la regulación prevista en la LT respecto de falsedades, contiene marcos penales diferenciados, lo que dificulta la articulación de los diferentes elementos que

⁷⁷ A propósito de esta falta de justificación de los delitos previstos en los artículos 196 quater y ss., también es posible encontrar indicios respecto de su escasísima aplicación práctica. En efecto, según estadísticas del Poder Judicial referente a ingresos de causas penales durante 2022, los delitos relativos a medios de acceso al transporte registran un solo caso ingresado, que corresponde a la causa RIT 3252-2022 del 13° Juzgado de Garantía de Santiago, acerca del delito al artículo 196 sexies LT. En contraste, solo a propósito del delito de falsificación de licencias de conducir y otras falsificaciones del artículo 192 LT, se registraron 1.626 ingresos. Información disponible en <https://numeros.pjud.cl/Descargas>.

determinan la gravedad del hecho, propiciando la aparición de supuestos de tratamiento privilegiado que tampoco se encuentran justificados.

La segunda característica que se logró identificar se refiere al uso de remisiones normativas que, al provocar un fraccionamiento de la norma, podrían impactar negativamente en términos de capacidad comunicativa y seguridad jurídica, más aún cuando se trata de remisiones poco claras o múltiples, situaciones que también se advierten en el régimen falsario de la LT.

Finalmente, el sistema materia de análisis se caracteriza por estar previsto en una ley penal descodificada, circunstancia que si bien podría hallar justificación en que se trata de una materia directamente relacionada con el tráfico vehicular, no ofrece las mismas facilidades de acceso a la normativa que una regulación codificada. De cualquier manera, esta circunstancia también podría encontrar fundamentos en el hecho de que algunos de los delitos falsarios en la LT presentan un injusto en parte distinto a las falsedades generales, con la pura salvedad de aquellos tipificados en los artículos 196 y ss. en que dicha fundamentación no se logra advertir.

BIBLIOGRAFÍA

- ATIENZA, Manuel, 1997: *Contribución a una teoría de la legislación*, Madrid: Civitas.
- BOBBIO, Norberto, 1976: "Hacia una teoría funcional del Derecho", en AA. VV., *Derecho, filosofía y lenguaje. Homenaje a Ambrosio L. Gioja*, Buenos Aires: Astrea, pp. 9-30.
- BACIGALUPO, Enrique, 1980-1981: "La instrumentación técnico-legislativa de la protección penal del medio ambiente", *Estudios penales y criminológicos*, N° 5, pp. 191-214.
- BASCUR, Gonzalo, 2020: "Delitos contra la ordenación del tráfico vial en Chile", *Revista de Estudios de la Justicia*, N° 32, pp. 105-178.
- BULYGIN, Eugenio, 1991: "Algunas consideraciones sobre los sistemas normativos", *Doxa*, N° 9, pp. 257-279.
- CORCOY, Mirentxu, 2012: "Expansión del Derecho penal y garantías constitucionales", *Revista de Derechos Fundamentales*, N° 8, pp. 45-76.
- DE VICENTE, Rosario, *El principio de legalidad penal*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- DOVAL, Antonio, 1999: *Posibilidades y límites para la formulación de normas penales*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- FERRAJOLI, Luigi, 1995: *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid: Trotta.
- FERRERES, Víctor, 2002: *El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo de la jurisprudencia (Una perspectiva constitucional)*, Madrid: Civitas.
- GARCÍA, Juan, 2000: "Razón práctica y teoría de la legislación", *Derechos y libertades*, N° 9, pp. 299-318.
- GARCÍA, M^a del Carmen, 1997: *Falsedades documentales (en el Código Penal de 1995)*, Valencia: Tirant lo Blanch.
- GARCÍA, Mercedes, 1992-1993: "Remisiones normativas, leyes penales en blanco y estructura de la norma penal", *Estudios penales y criminológicos*, N° 16, pp. 63-104.
- GARCÍA-ESCUADERO, Piedad, 2011: *Manual de técnica legislativa*, Pamplona: Civitas.
- GARCÍA-ESCUADERO, Piedad, 2010: *Técnica legislativa y seguridad jurídica: ¿hacia el control constitucional de la calidad de las leyes?*, Pamplona: Civitas.

- GARDNER, John, 2012: *Ofensas y defensas. Ensayos selectos sobre filosofía del Derecho penal*, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo: Marcial Pons.
- ITURRALDE, Victoria, 1989: "Cuestiones de técnica legislativa", *Revista vasca de administración pública*, Nº 24, pp. 225-260.
- KARPEN, Ulrich, 1986: "Zum gegenwärtigen Stand der Gesetzgebungslehre in der Bundesrepublik Deutschland", *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Nº 1, pp. 5-32.
- LÜCKE, Jörg, 2001: *Die Allgemeine Gesetzgebungsordnung*, *Zeitschrift für Gesetzgebung*, Heidelberg: C. F. Müller.
- LUZÓN, Diego, 2012: *Lecciones de Derecho penal. Parte general* (2ª edición), Valencia Tirant lo Blanch.
- MADRID, Fulgencio, 1983: *La legalidad del delito*, Valencia: Universidad de Valencia.
- MARCILLA, Gema, 2000: "Sobre la necesidad de una nueva ciencia de la legislación", en CARBONELL, Miguel y PEDROZA, Susana (coords.), *Elementos de técnica legislativa*, México: UNAM, pp. 93-115.
- MARCHILI, Luis, 2009: *Cómo legislar con sabiduría y elocuencia*: Buenos Aires: Dunken.
- MAYER, Laura y VERA, Jaime, 2023: "¿Existe un bien jurídico común a los delitos de la Ley de Tránsito?", en CARNEVALI, Raúl (dir.), *Libro homenaje al profesor Carlos Künsemüller Loebenfelder. Hacia un Derecho penal liberal*, Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 645-670.
- MAYER, Laura y VERA, Jaime, 2022: "Sistematicidad y técnica legislativa en materia penal: un estudio a partir de los delitos nucleares de la Ley de Tránsito chilena", *Revista Derecho PUCP*, Nº 88, pp. 155-180.
- MAYER, Laura y VERA, Jaime, 2021: "La nueva regulación del delito de uso fraudulento de tarjetas de pago y transacciones electrónicas", *Revista de Ciencias Penales*, Nº 47 (2), pp. 519-548.
- MUÑOZ CONDE, Francisco y GARCÍA, Mercedes, 2004: *Derecho penal. Parte general* (6ª edición), Valencia: Tirant lo Blanch.
- NAVARRO, Irene, 2010: *Mandato de determinación y tipicidad penal*, Granada: Comares.
- NOVOA, Eduardo, 2015: *Curso de Derecho penal chileno. Parte general*, T. I (reimpresión de la 3ª edición), Santiago: Editorial Jurídica.
- OELCKERS, Osvaldo, 1998: "El contenido esencial de la técnica legislativa", en AA. VV., *La técnica legislativa ante la elaboración de la ley*, Valparaíso: CEAL, pp. 1-19.
- OLIVER, Guillermo, 2009: "Seguridad jurídica y Derecho penal", *Revista de estudios de la justicia*, Nº 11, pp. 181-199.
- OSSANDÓN, María, 2009: *La formulación de tipos penales. Valoración crítica de los instrumentos de técnica legislativa*, Santiago: Editorial Jurídica.
- PÉREZ, Antonio, 1991: *La seguridad jurídica*, Barcelona: Ariel.
- ROBLES, Gregorio, 2006: *El Derecho como texto (cuatro estudios de teoría comunicacional del Derecho)*, Navarra: Aranzadi.
- RODRÍGUEZ, Luis, 1981: "Hacia una teoría de las fuentes materiales del Derecho penal", *Anuario de Derecho penal y ciencias penales*, Nº 34.
- ROJAS, Luis, 2017: "Modelos de regulación de los delitos de falsedad y de los delitos patrimoniales", *Política criminal*, vol. 12, Nº 23, pp. 380-408.
- ROSS, Alf, 1974: *Sobre el Derecho y la justicia* (3ª edición) (trad.), Buenos Aires: Eudeba.
- SAINZ, Fernando, 1992: "Los textos normativos. Condiciones de inteligibilidad", en AA. VV., *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX. Libro homenaje al profesor Garrido Falla*, Madrid: Universidad Complutense, pp. 441-471.
- SAINZ, Fernando, 1994: "Técnica normativa: visión unitaria de una materia plural", en CORONA, Jesús; PAU, Francesc y TUDELA, José (coords.), *La técnica legislativa a debate*, Madrid: Tecnos, pp. 19-48.

- SCHÜNEMANN, Bernd, 2012: "Introducción al razonamiento sistemático en el Derecho penal", en El mismo, *El sistema moderno del Derecho penal. Cuestiones fundamentales* (trad.), Montevideo-Buenos Aires: B de F, pp. 31-93.
- SILVA, Jesús, 2006: *La expansión del Derecho penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales* (reimpresión de la 2ª edición). Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- SOTO, Ximena, 2010: "Delito de presentación a sabiendas de certificados falsos para la obtención de licencia de conducir. Sentencia de fecha 8 de noviembre de 2007, Rol 4609-2007, Exca. Corte Suprema", *Revista chilena de Derecho*, N° 3, pp. 591-596.
- TERRADILLOS, Juan, 2002: "Código Penal-leyes especiales. Diez cuestiones sobre una tensión no resuelta", en DIEZ, José, *La ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al profesor doctor don José Cerezo Mir*, Madrid: Tecnos, pp. 511-530.
- URQUIZO, José, 2001: "Principio de determinación de la ley penal", en ARROYO, Luis, *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos: "in memoriam"*, Cuenca: Universidad de Castilla la Mancha, pp. 1335-1358.
- VERA, Jaime, 2023: *Los delitos de falsedad documental*, Montevideo-Buenos Aires: B de F.
- VILLACAMPA, Carolina, 1999: *La falsedad documental: análisis jurídico penal*, Barcelona: Cedecs.
- YOWELL, Paul, 2012: "Legislación, *Common Law*, y la virtud de la claridad", *Revista chilena de Derecho*, vol. 39, N° 2, pp. 481-512.

Jurisprudencia

CORTE Suprema, sentencia de 8 de agosto de 2007, Rol N° 4609-2007.

CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de 3 de septiembre de 2007, Rol N° 2606-2006.

CORTE de Apelaciones de Iquique, sentencia de 6 de junio de 2005, Rol N° 618-2005.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502024000100215>

Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica
contractual de las personas sordas
(Corte Suprema)

*Support for the exercises of the legal capacity of deaf persons
(Supreme Court)*

*Comentario de Yerko Cubillos Román**

Santiago, veinticinco de enero de dos mil veintidós.

VISTOS:

Se reproduce la sentencia en alzada con excepción de su fundamento cuarto, el que se elimina.

Y TENIENDO ADEMÁS PRESENTE:

PRIMERO: Que, en la especie, se ha ejercido la presente acción de cautela de derechos constitucionales, impugnando el acto que se califica de ilegal y arbitrario, consistente en la discriminación experimentada por el actor en la Notaría Pública de don Enrique Ortiz Schindler de la comuna de Talca, al impedir que realizara la transferencia del vehículo motorizado de su propiedad, en vista de la incapacidad auditiva atribuida por el Notario Suplente doña Verónica Dachelet Cifuentes, en los términos que establece el artículo 1447 del Código Civil, vulnerando de ese modo las garantías constitucionales consagradas en los numerales 2 y 4 del artículo 19 de la Constitución Política de la República.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Central, Chile. Magíster en Derecho con mención en Derecho Privado, Universidad de Chile. Becario ANID, Doctorado nacional. Becario de la Escuela de Postgrado, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Civil, Universidad Católica Silva Henríquez, Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-7559-1501>. Correo electrónico: ycubillosr@ucsh.cl.

Este trabajo fue desarrollado en el marco del grupo de investigación "Derechos y justicia social" de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas, Universidad Católica Silva Henríquez, Chile. El autor agradece la valiosa colaboración de Ruth Alarcón, ayudante e integrante de dicho grupo.

SEGUNDO: Que, la sentencia en alzada desestimó la falta de legitimación alegada por el Notario Titular, basada en la ausencia de responsabilidad de su parte, por tratarse de conductas discriminatorias que ocurrieron mientras se desempeñaba la Notario Suplente en su reemplazo. En tal sentido, los sentenciadores desestimaron la citada excepción, teniendo para ello presente que la designación de quien debe reemplazar o subrogar al titular se hace bajo la responsabilidad de éste, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 402 y 478 del Código Orgánico de Tribunales, razón por la que no corresponde exonerársele de responsabilidad en los hechos.

En cuanto al fondo de la controversia la acción incoada fue acogida, porque aun cuando es efectivo que el actor padece de una discapacidad auditiva, no lo es menos que estaba en condiciones de darse a entender de forma clara, de modo que no era posible que se le impidiera la celebración del contrato anotado, así como tampoco se trata de un caso de excepción en que sea posible que el ministro de fe actuante se pueda negar a firmar el acto en cuestión, en los términos que establece el artículo 416 del Código Orgánico de Tribunales, sin que la falta de intérprete constituya una justificación adecuada, puesto que su presencia no es un requisito exigible en la especie.

Por consiguiente, se ordenó que el Notario Titular, bajo cuya responsabilidad obró la Notario Suplente, debe publicar disculpas públicas al actor en un diario de circulación local, bajo apercibimiento legal en caso de incumplimiento.

TERCERO: Que atendidas las mismas consideraciones que se consignan en el fallo apelado, no cabe sino compartir las razones que en el mismo se expresan a fin de acoger la presente acción cautelar; en especial, la circunstancia de que la designación de quien debe reemplazar o subrogar al Notario Titular se hace bajo la responsabilidad de éste, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 402 y 478 del Código Orgánico de Tribunales, razón por la que no corresponde exonerársele de responsabilidad en los hechos que son materia de esta acción cautelar.

Asimismo, esta Corte no puede dejar de advertir la responsabilidad personal que en tales hechos le cupo directamente a la Notario Suplente, doña Verónica Dachelet Cifuentes, no obstante lo cual, al no haber sido apelada la sentencia por el actor, no resulta posible a esta Corte disponer medidas que permitan sancionar su actuación.

Por estas consideraciones y de conformidad con lo que disponen el artículo 20 de la Constitución Política de la República y el Auto Acordado de esta Corte Suprema sobre la materia, se confirma la sentencia apelada de nueve de julio de dos mil veintiuno, pronunciada por la Corte de Apelaciones de Talca.

Regístrese y devuélvase.

Redacción del Abogado Integrante señor Alcalde.

Rol N° 49.699-2021.

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (as) Sr. Sergio Muñoz G., Sr. Manuel Valderrama R., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A., y por el Abogado Integrante Sr. Enrique Alcalde R. No firma,

no obstante haber concurrido al acuerdo de la causa, el Ministro Sr. Valderrama por estar con feriado legal.

COMENTARIO

Desde la entrada en vigor del Código Civil chileno (1857) hasta la actualidad, las normas que regulan la capacidad jurídica contractual de las personas sordas han estado vinculadas a formas más exigentes de manifestación de la voluntad. Si las personas sordas no cumplen con dichas exigencias, el legislador atribuye directamente la incapacidad absoluta (artículo 1447 del Código Civil). Un examen de las fuentes de esta disposición muestra que este régimen de incapacidad ha estado marcado por la exclusión jurídico-social de las personas sordas. En su versión original, el Código Civil estableció que eran incapaces absolutos, entre otros, *los sordomudos que no pueden darse a entender por escrito*. Esta exigencia de escritura estuvo justificada porque en la época de redacción del Código no se conocían sistemas que permitieran enseñarle a una persona sorda a leer y escribir¹. Recién en el 2003, la Ley N° 19.904 modificó este artículo, el que se mantiene en su versión actual: *agregó la expresión “sordos o” antes del vocablo “sordomudos”* y sustituyó la expresión *por escrito* por el adverbio *claramente*. De todos modos, en ninguna de sus versiones codificadas, las personas sordas han sido consideradas plenamente capaces.

En enero de 2021, la Ley N° 21.303 modificó la Ley N° 20.422, e incorporó en nuestro ordenamiento jurídico el concepto de persona con discapacidad auditiva (artículo 6° letra g), persona sorda (artículo 6° letra h) y comunidad sorda (artículo 6° letra i). Además, dicha ley reconoció la lengua de señas como una lengua natural, originaria y patrimonio intangible de las personas sordas, la que constituye el elemento esencial de su cultura e identidad individual y colectiva (artículo 26). Asimismo, en enero de 2022, la Ley N° 21.403, que también modificó la Ley N° 20.422, reconoció la sordoceguera como discapacidad única, promoviendo la plena inclusión social de dichas personas.

Estos antecedentes jurídicos son relevantes en el caso que se comenta. La Corte Suprema confirmó una sentencia apelada dictada por la Corte de Apelaciones de Talca². En ella se acogió la acción de protección deducida a favor de una persona sorda, fundada en la existencia de una discriminación arbitraria e ilegal por motivo de discapacidad. Dicho motivo fue la prohibición que impuso un Notario Suplente para celebrar un contrato de compraventa de un vehículo motorizado, en circunstancias que no le era aplicable ninguna incapacidad legal.

La relevancia de la sentencia de la Corte Suprema y, por medio de ella, de la Corte de Apelaciones, consiste en la aplicación de un modelo de derechos humanos para proteger la capacidad jurídica de las personas sordas en negocios celebrados ante un Notario.

¹ BELLO, Andrés, 1981: *Obras Completas, tomo XIV, Código Civil de la República de Chile I* (Caracas), p. 327, con una nota editorial al pie de página de don Pedro Lira.

² Sentencia de la Corte de Apelaciones de Talca de 9 de julio de 2021, rol n° 254-2021, que acoge la acción de protección.

Para ello, la Corte consideró un conjunto de normas nacionales e internacionales que resguardan el principio de no discriminación. Por estas razones, el fallo que se comenta presenta tres aspectos de interés para el reconocimiento de las personas con discapacidad como sujetos de derecho, los que serán desarrollados en este comentario.

1. *La capacidad jurídica de las personas sordas según el estándar del derecho internacional de los derechos humanos*

La Corte Suprema hizo suyos los fundamentos esgrimidos por la Corte de Apelaciones respecto del reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas sordas, a partir del derecho internacional de los derechos humanos. Esta fundamentación se debe destacar por tres razones. Primero, la Corte reconoció la vulneración del principio de no discriminación. Para ello elaboró un bloque de protección de este principio basado en distintos instrumentos internacionales (*considerando octavo, apartados 8, 9 y 10 de la sentencia confirmada*): el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (CIEFDPD) y la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD). A partir de este bloque de protección, la Corte consideró que la conducta de la Notaria Suplente, de prohibir la celebración de un contrato de una persona sorda, constituyó un acto de discriminación arbitraria por motivo de discapacidad, ya que la persona estaba en condiciones de celebrar el contrato de forma autónoma pues se comunicaba mediante lengua de señas chilenas.

Un segundo aspecto que es oportuno destacar es el estándar de capacidad jurídica de las personas sordas que asume la Corte. Lo anterior es sustancialmente relevante, si se considera el restringido estatuto jurídico de capacidad que tienen dichas personas en la legislación civil (artículo 1447 inciso 1° del Código Civil). Según la doctrina tradicional, esta incapacidad tendría una justificación: las personas sordas están impedidas de expresar su voluntad³. Sin embargo, este régimen de incapacidad es manifiestamente incompatible con el artículo 12 de la CDPD, el que reconoce la capacidad jurídica plena de todas las personas con discapacidad. Esta preocupación fue considerada por el Comité de la CDPD en sus Observaciones finales en el informe inicial de Chile⁴. Por esta razón, entonces, la fundamentación de la Corte fue acertada, pues el recurrente podía darse a entender claramente, ya que estaba en condiciones de celebrar el contrato

³ Véase, entre otros, LEÓN, Avelino, 1979: *La voluntad y la capacidad en los actos jurídicos* (Santiago: Editorial Jurídica), p. 302; ALESSANDRI, Arturo, 1983: *La nulidad y la rescisión en el Derecho Civil chileno* (Santiago, Ediar Editores), tomo I, p. 460; LYON, Alberto, 2007: *Personas naturales* (Santiago: Ediciones Universidad Católica), p. 187; CLARO, Luis, 2013: *Explicaciones de Derecho Civil chileno y comparado* (Santiago, Editorial Jurídica), tomo XI, p. 32; DOMÍNGUEZ, Ramón, 2020: *Teoría General del Negocio Jurídico* (Santiago: Prolibros), p. 205.

⁴ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2016: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Chile* (CRPD/C/CHL/CO/1), párrafos 23 y 24.

por sí mismo (*considerando octavo, apartado 4 de la sentencia confirmada*). De todos modos, la Corte pudo realizar un control fuerte de convencionalidad de la CDPD y reconocer explícitamente que cualquiera sea la forma de comunicación, las personas sordas son plenamente capaces.

Un tercer aspecto, pero esta vez crítico, es acerca de cuestiones de interpretación. Al respecto, la Corte recurrió al principio de especialidad como regla de interpretación (artículo 4° del Código Civil) con el objetivo de analizar la legislación interna en la materia (*considerando octavo, apartado 11 de la sentencia confirmada*). Particularmente, focalizó su análisis en la Ley N° 20.422. Aunque dicha ley fija parámetros mínimos en el reconocimiento de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad –según la Corte, a partir del principio a la vida independiente y la no discriminación–, la Corte desaprovechó la oportunidad de realizar un control fuerte de la CDPD en el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas sordas. En este sentido, no era pertinente acudir al principio de especialidad como técnica interpretativa, sino que, por cuestiones de convencionalidad, la CDPD se impone sobre el contenido de la ley con un estándar superior. Así, el principio de vida independiente (artículo 3 letra a) de la Ley N° 20.422) se fortalece con el derecho a la capacidad jurídica plena (artículo 12 de la CDPD y Observación General n° 1 del Comité de la CDPD) y la igualdad de oportunidades (artículo 7 de la Ley N° 20.422) se robustece con la igualdad inclusiva (artículo 5 de la CDPD y Observación General n° 6 del Comité de la CDPD).

2. *Un modelo de apoyos en materia de contratos*

La parte recurrente enfrentó una barrera comunicacional: la negación de apoyos –intérprete en lengua de señas– en la celebración de un contrato. Al respecto, uno de los argumentos que esgrimió la parte recurrida fue que la ley no exige a las Notarías contar con dicho intérprete. Sin embargo, este argumento fue controvertido por la Corte por carecer de lógica y razonabilidad (*considerando octavo, apartado 6 de la sentencia confirmada*). Es importante agregar que el argumento para denegar dicho apoyo no tiene una justificación razonable, proporcional y objetiva. Lo anterior se sustenta en el modelo de toma de decisiones con apoyo que exige la CDPD, el que incluye diversas manifestaciones comunicacionales, entre ellas, la interpretación, la traducción, y las tecnologías de asistencia personal.

A partir de una interpretación coherente y actual del ordenamiento jurídico es posible afirmar que el Estado tiene el deber legal de proporcionar apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas sordas en negocios realizados ante Notarios, obligándose a reconocer la lengua de señas. Así, la Ley N° 20.422 reconoce dicha lengua natural, originaria y patrimonio intangible de las personas sordas (artículo 26 de la Ley N° 20.422). Este deber está integrado, además, por exigencias de accesibilidad y realización de ajustes necesarios, facilitando la participación de las personas con discapacidad en igualdad de condiciones que el resto de las personas (artículo 8° de la Ley N° 20.422). Asimismo, todas las instituciones públicas –entre las que estarían las Notarías– y privadas deben establecer las condiciones para que las personas con discapacidad puedan

acceder, concurrir y comparecer ante ellas con intérpretes de lengua de señas o guías intérpretes (artículo 8° bis de la Ley Nº 20.422).

La CDPD, por su parte, reconoce la capacidad jurídica en igualdad de condiciones con las demás en todos los aspectos de la vida (artículo 12 n° 2 CDPD), permitiéndoles *ser propietarias y controlar sus propios asuntos económicos* (artículo 12 n° 5 CDPD), lo que incluye la celebración de actos y contratos ante un Notario. En virtud de lo anterior, es un avance el reconocimiento de la capacidad jurídica de las personas sordas por parte de las Cortes. Sin embargo, los fundamentos de la Corte se pudieron complementar con el artículo 12 n° 3 de la CPDP, que dispone: *Los Estados adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica*. En el caso en comento, esta fundamentación hubiese sido relevante, pues la discriminación arbitraria se fundó, precisamente, en la restricción de apoyos comunicacionales.

Es admisible complementar este estándar mediante el trabajo del Comité de la CDPD. En sus Observaciones Generales, ha sostenido que *la comunicación de una persona no debe ser un obstáculo para obtener apoyo en la adopción de decisiones* (Observación General n° 1, párrafo 29 letra c), pues *la independencia y la autonomía incluyen la facultad de lograr que se respeten jurídicamente las propias decisiones* (Observación General n° 1, párrafo 33). Lo anterior, consiste en reconocer que algunas personas necesitan asistencia humana, por ejemplo, por medio de una interpretación en lengua de señas (Observación General n° 2, párrafo 29). Esta obligación tiene una exigencia inmediata, y está basada en la voluntad y preferencias de la persona que lo requiera (Observación General n° 6, párrafo 49 letra b). Así, el Comité sostiene que *el hecho de que el apoyo para el ejercicio de la capacidad pueda imponer una carga desproporcionada o indebida no limita la obligación de proporcionarlo* (Observación General n° 6, párrafo 48).

Asimismo, el Comité ha destacado en las Observaciones Finales de otros Estados Parte su preocupación que los notarios no estén familiarizados con el cambio de paradigma de la toma de decisiones sustitutiva a la toma de decisiones con apoyo, recomendando la garantía de campañas públicas, la difusión de información y la capacitación de notarios⁵. También, ha exigido que se vele por el cumplimiento de los procedimientos notariales para garantizar el igual reconocimiento como persona ante la ley de todas las personas con discapacidad⁶, incluyendo programas *para sensibilizar* a notarios⁷.

Por estas razones, el ordenamiento jurídico consagra un deber a los Notarios de proporcionar apoyos en el ejercicio de la capacidad jurídica de las personas con discapacidad, pues se trata de una exigencia vinculante que surge de una convención internacional

⁵ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2023: *Observaciones Finales sobre los informes periódicos segundo y tercero combinados de Perú* (CRPD/C/PER/CO/2-3), párrafos 24 letra d) y 25 letra c).

⁶ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2019: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Turquía* (CRPD/C/TUR/CO/1), párrafo 26 letra c).

⁷ Comité sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, 2023: *Observaciones Finales sobre el informe inicial de Malawi* (CRPD/C/MWI/CO/1-2), párrafo 26 letra d).

sobre derechos humanos, del trabajo interpretativo de su órgano de tratado y de la normativa legal vigente.

3. *Medida para restablecer el imperio del derecho*

Un último comentario se refiere a la medida que ordenó la Corte en la parte resolutive de la sentencia, esto es, la publicación de disculpas públicas al recurrente en un diario de circulación local. Aunque la parte recurrente solicitó como medidas, además de la decretada, la posibilidad de realizar la transferencia del vehículo comprado por su hermana hacia el recurrente, la Corte no se pronunció al respecto. En este caso, la Corte no tuvo competencia para anular de oficio el contrato, pues no existió en él ningún vicio manifiesto que lo permitiera (artículo 1683 CC).

En cuanto al fondo de la medida adoptada por la Corte, esta se debe considerar insuficiente como mecanismo para restablecer el imperio del derecho, en atención a las consecuencias del acto discriminatorio y la intención real de celebrar el contrato de forma autónoma. La Corte tuvo la oportunidad de exigir otras medidas conforme con el estándar internacional de los derechos humanos. Como ha establecido el Comité de la CDPD, *el goce efectivo de los derechos de igualdad y no discriminación exige la adopción de medidas de aplicación, como las siguientes (...) sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias en caso de vulneración del derecho a la igualdad y a medios de reparación adecuados* (Observación General n° 6, párrafo 31 letra f). Así, la Corte pudo ordenar a la Notaría, como una garantía de no repetición, la adopción inmediata de medidas de accesibilidad y ajustes necesarios para la debida atención de usuarios con discapacidad auditiva, contando las Notarías de manera permanente con intérprete de lengua de señas⁸.

Finalmente, para afianzar el reconocimiento de la capacidad jurídica, la Corte pudo ordenar la formación y capacitación del personal de la Notaría. Para ello, de forma específica, la Corte, siguiendo a la Relatora Especial sobre los Derechos de las personas con discapacidad, debió *promover la capacitación adecuada de quienes ejercen de notarios, ya que desempeñan una función importante en la conclusión y formalización de transacciones jurídicas (como contratos, testamentos y poderes) como también, ofrecer formación a las autoridades y a los proveedores de servicios, incluidos, entre otros, los notarios*⁹. De ahí que dicha formación y capacitación surge de la necesidad de lograr un cambio de paradigma en la forma en que los notarios enfocan la capacidad jurídica de las personas sordas.

⁸ Esta forma de reparación ha sido ordenada en otras sentencias, en materia de protección, cuando personas sordas han sido vulneradas en el derecho a la igualdad y no discriminación en ámbitos de salud. Consúltese, Sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 66.839-2022 y sentencia de la Corte de Apelaciones de Concepción, rol n° 100.326-2022.

⁹ Consejo de Derechos Humanos, 2018: *Informe de la Relatora Especial sobre los derechos de las personas con discapacidad. El derecho de las personas con discapacidad al igual reconocimiento como persona ante la ley* (A/HRC/37/56), párrafos 77 y 60, respectivamente.

Eficacia jurídica de los códigos de conducta y control judicial (Sentencia Rol N° 2687-2020 de la Corte)

*Legal effectiveness of codes of conduct and judicial control
(Judgment No. 2687-2020 of the Supreme Court of Justice)*

*Comentario de Gloria Vargas Almonacid**

Santiago, veintiuno de julio de dos mil veintiuno.

VISTOS:

En autos RIT O-5411-2018, RUC 1840012614-3, del Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, por sentencia de veintidós de marzo de dos mil diecinueve, se rechazó la demanda de despido injustificado.

El demandante dedujo recurso de nulidad, y una sala de la Corte de Apelaciones de Santiago, por decisión de veintiséis de noviembre de dos mil diecinueve, rectificadora y complementada el once de diciembre de ese año, lo desestimó, y a continuación, invalidó de oficio el fallo del grado y dictó el de reemplazo que acogió la demanda.

Respecto de este último pronunciamiento, la parte demandada interpuso recurso de unificación de jurisprudencia, solicitando se lo acoja y se dicte la sentencia de reemplazo que describe, con costas.

Se ordenó traer estos autos en relación.

CONSIDERANDO:

QUINTO: Que la discusión jurídica respecto de la cual se ha solicitado el pronunciamiento de esta Corte, dice relación con la correcta interpretación de las causales de caducidad del contrato previstas en los N° 1 letra a) y 7 del artículo 160 del código del ramo, que señala:

“El contrato de trabajo termina sin derecho a indemnización alguna cuando el empleador le ponga término invocando una o más de las siguientes causales:

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Talca, Chile. Profesora de Derecho Privado de la Universidad Católica del Maule, sede Talca, Chile. ORCID: 0000-0002-8034-7295. Correo electrónico: g.vargas.almonacid@gmail.com

Mis agradecimientos a la Profesora María Fernanda Vásquez Palma por sus valiosas observaciones.

1.- *Alguna de las conductas indebidas de carácter grave, debidamente comprobadas, que a continuación se señalan:*

a) *Falta de probidad del trabajador en el desempeño de sus funciones...*

7.- *Incumplimiento grave de las obligaciones que impone el contrato”.*

Como se dijo, la sentencia impugnada desestimó que la conducta del actor pudiera configurar una u otra causal, por tratarse de hechos “*completamente ajenos a la órbita del trabajo*”, mientras que la de base, sin pronunciarse sobre la primera, estimó que se encuadraba en la segunda, al conculcar la confianza y lealtad que las partes deben guardarse en mérito del contenido ético jurídico del contrato que las une, así como a las obligaciones descritas en el Reglamento Interno de Orden, Higiene y Seguridad, y al Código de Conducta a los que se encontraba sujeto.

Asimismo, conviene precisar que los hechos imputados en la comunicación de despido, cuyo contenido, según se estableció concuerda tanto con el relato de las partes como con la prueba rendida, consisten en que el actor acumuló una gran cantidad de millas LanPass, a través de transacciones bancarias efectuadas a las cuentas corrientes de otros trabajadores, sin más objeto que la obtención del beneficio al que tenía derecho en razón que la empresa otorga a sus dependientes un producto bancario denominado “Plan Santander LanPass funcionario”, distinto y más ventajoso que los ofrecidos a los demás clientes.

SEXTO: Que, sobre la segunda causal invocada por el empleador, se ha destacado que se trata de “*una verdadera condición resolutoria del contrato pues el negocio jurídico impone obligaciones al trabajador, cuyo incumplimiento grave da derecho al acreedor de trabajo a poner justificadamente término al contrato*” (Thayer Arteaga, William; Novoa Fuenzalida, Patricio, Manual de Derecho del Trabajo, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, 4° edición, T. IV, p. 60); lo que ha permitido vincularla con lo dispuesto en el artículo 1546 del Código Civil, que señala “*Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley o la costumbre pertenecen a ella*”.

Agregando la doctrina que “*existe un cierto consenso para determinar el alcance de la causal, estando determinado por el contenido obligacional que se haya estipulado por escrito (contenido expreso); las obligaciones o deberes de conducta que naturalmente se entienden incorporados (contenido ético del contrato de trabajo); y aquellas obligaciones que derivan de la dinámica fáctica de la relación de trabajo, que puedan configurar obligaciones no contenidas en el contrato escrito pero que se subentienden en razón de la prestación laboral concreta (cláusulas tácitas o subentendidas), todas las cuales pueden emanar de diversas fuentes normativas (contrato, ley, costumbre, reglamento interno, etc.)*” (Domínguez Montoya, Álvaro E.; Walter Díaz, Rodolfo, El despido disciplinario por incumplimiento grave de las obligaciones laborales en el ordenamiento jurídico chileno, Revista de derecho Universidad de Concepción, V. 85, N. 241, p. 7-40).

SÉPTIMO: Que la amplitud de las hipótesis fácticas que pueden ser incorporadas en esta causal de terminación de contrato y de las fuentes de las obligaciones que pueden ser consideradas, permite concluir que el actuar del demandante no solo infringió disposiciones contenidas en los documentos internos de la compañía, como son las establecidas en su reglamento interno y código de conducta que precisa el fallo de base y que se entienden parte integrante de su contrato de trabajo al haber sido conocidos y aceptados por aquel, sino que también conculcó los principios de buena fe que rigen la contratación y a los cuales las partes deben ajustar su conducta.

OCTAVO: Que, por consiguiente, se debe concluir que la calificación jurídica efectuada por la judicatura del grado fue correcta, al guardar estricto apego a la normativa y a los principios que rigen el asunto, y que, por el contrario, fue la Corte de Apelaciones de Santiago quien incurrió en un yerro al resolver como lo hizo, por lo que corresponde acoger el presente arbitrio, invalidar el fallo impugnado, y declarar, en razón de lo anterior, que el de mérito no es nulo.

COMENTARIO

Los códigos de conducta constituyen instrumentos de autorregulación, y se categorizan como *soft law*, cuya singularidad radica en su falta de eficacia jurídica.

Pese a que estos han sido considerados como equivalentes de los códigos de ética o de buen gobierno¹, a lo que se suma la ausencia de un concepto unívoco, en lo medular lo que les caracteriza es la agrupación de un conjunto de compromisos y estándares asumidos “voluntariamente” por parte de las empresas para con sus diversos *stakeholders* en materias económicas, sociales y medioambientales, erigiéndose así como una de las manifestaciones normativas de la “sostenibilidad empresarial”.

Sin embargo, no existe un solo tipo de códigos de conducta. En tal sentido, autores como Jenkins han identificado al menos 5 categorías, a saber: 1. Códigos de empresa; 2. Códigos adoptados por un grupo de empresas en una particular industria; 3. Códigos negociados entre empresas, ONG o sindicatos; 4. Códigos Modelo; y 5. Códigos negociados a nivel internacional con participación de los gobiernos². Tal distinción es de suma relevancia para este análisis, en tanto no puede conferirse la misma naturaleza

¹ Ej.: NCG N° 461 de 2021, que modifica la estructura y contenido de la memoria anual de los emisores de valores y modifica y deroga normas que indica, p. 11. La entidad reguladora se refiere a estos términos de manera equivalente. Esta confusión conceptual, así como la existencia de múltiples variantes de códigos con mezclas o híbridos, complican la formulación de una clasificación general. Calvo Gallego, Francisco, 2009: “Códigos éticos y contrato de trabajo: algunas notas”, en José Antonio Fernández Amor y Carolina Gala Durán (coordinadores), *La responsabilidad social empresarial: un nuevo reto para el Derecho*, pp. 233-234.

² JENKINS, Rhys, 2001: “Corporate Codes of Conduct. Self-Regulation in a Global Economy”, *Technology, Business and Society, Programmer Paper*, (N° 2), United Nations Research Institute for Social Development, p. 20. [https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/\(httpAuxPages\)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E00344278/\\$file/jenkins.pdf](https://www.unrisd.org/80256B3C005BCCF9/(httpAuxPages)/E3B3E78BAB9A886F80256B5E00344278/$file/jenkins.pdf). Para otras categorías véase: GARCÍA RUBIO, María Paz, 2012: “Responsabilidad Social

y eficacia jurídica a una u otra categoría. A modo ejemplar, los códigos que han sido negociados por la empresa y la organización sindical adquieren la naturaleza jurídica de convenio colectivo, de tal manera que su eficacia jurídica resulta casi indiscutida. Otro tanto ocurre con los acuerdos mundiales o marco, toda vez que siguen la misma lógica negocial, no obstante, se concretan en un nivel superior, esto es, entre la empresa principal y una o varias organizaciones internacionales de trabajadores de la respectiva actividad, siendo resultado de un proceso de negociación colectiva transnacional con una naturaleza jurídica eminentemente contractual³. Sin perjuicio de lo expuesto, el presente trabajo abordará los códigos de empresa, en tanto instrumentos adoptados voluntaria y unilateralmente por una organización.

En Chile, su adopción constituye una práctica más o menos estandarizada, en tanto ha gozado del impulso de la Comisión para el Mercado Financiero (CMF), que en el ejercicio de sus facultades normativas ha dictado Normas de Carácter General (NCG) tales como la N° 461 (2021), que exige a las entidades sujetas a su fiscalización, esto es, sociedades anónimas abiertas y especiales que indica, informar en sus memorias integradas si cuentan con un código de ética o de conducta o documento equivalente que define los principios y lineamientos que deben guiar el actuar del personal y del directorio. Sin embargo, y en forma precedente, la misma entidad dictó las NCG N° 408 (2016), que utiliza la expresión “códigos de ética y estándares de conducta”; la N° 420 (2017), que se refiere a los “código de ética”; y la N° 424 (2018), que utiliza la expresión “código de autorregulación”. No obstante, es solo a partir de esta última que el regulador establece exigencias concretas en torno a su contenido –las anteriores solo exigen que se informe si se cuenta o no con tal instrumento–, señalando una estructura organizada a base de las siguientes áreas temáticas: 1. Relación con clientes; 2. Relación con terceros; y 3. Relación al interior de la entidad. Asimismo, la NCG N° 424 exige su aprobación por parte de la CMF así como por el órgano superior de administración de la respectiva entidad. Sin embargo, se debe prevenir que su ámbito de aplicación se encuentra limitado únicamente a las entidades obligadas a autorregularse (Ej.: Bolsas de valores) según lo dispuesto en el artículo 72 inciso 1° del Decreto Ley N° 3.538 (1980).

Señalado ello, se ha de precisar que los códigos de empresa no solo abarcan compromisos que la organización asume en materia económica, social y medioambiental, sino que también han sido utilizados para imponer deberes de conducta o pautas de comportamiento a los trabajadores en relación con la empresa, con sus compañeros, clientes u otros *stakeholders*, los que emanan precisamente del contrato de trabajo (Ej.: deber de lealtad, de fidelidad, buena fe, respeto, etc.), de la ley, la costumbre, el reglamento interno, u otros⁴. Como consecuencia de aquello, su ámbito de aplicación se ha

Empresarial y Autorregulación. Los códigos de conducta y las fuentes del derecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia*, Año LXVI, N° 2141, pp. 9-10. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3913887>

³ MANGARELLI, Cristina, 2009: *Códigos de Conducta. En el marco de la Responsabilidad Social de la Empresa*, Uruguay: Fundación de Cultura Universitaria, pp. 47 y 49.

⁴ MANGARELLI, 2009, p. 16.

extendido a la esfera jurídica de sujetos que no han dado su “genuino consentimiento contractual”⁵.

Asimismo, se estima que, cuando los códigos de conducta suponen la asunción de obligaciones por parte de la empresa para con sus trabajadores, ello no daría lugar a mayores cuestionamientos desde una perspectiva jurídica, sobre todo cuando lo que se pretende es superar el ámbito legal o convencional establecido en orden a respetar, proteger, garantizar o promover derechos laborales mínimos y, en general, cuando se establecen condiciones más favorables para los trabajadores, las que notificadas, pasan a regir la relación laboral⁶. De hecho, tal circunstancia es la que debiese caracterizar su adopción en aras de ser considerados como verdaderos instrumentos normativos de sostenibilidad empresarial, en tanto esta última lo que busca es superar el marco jurídico vigente.

No obstante, ¿podría esta misma declaración unilateral de la empresa constituir fuente de obligaciones para los trabajadores que no han concurrido en su elaboración, imponiendo deberes de conducta no expresados en el contrato de trabajo, ni en la legislación vigente que resulten exigibles jurídicamente?

En primer término, se ha de considerar que existe cierto consenso en relación con su categorización como instrumentos de *soft law*, y, por tanto, su falta de eficacia jurídica⁷, a lo que se suma el hecho de ser adoptados voluntariamente. Sin embargo, no se debe confundir la voluntariedad que subyace a su adopción, de los efectos jurídicos que puede acarrear una vez que pasa a formar parte del estatuto normativo de la empresa. En tal sentido, Calvo sostiene que en la mayoría de las ocasiones las obligaciones impuestas en el código de conducta son laboralmente vinculantes para los trabajadores, al concretar deberes típicos que la doctrina y la jurisprudencia tradicionalmente engloba en el concepto de buena fe en la relación laboral⁸. Así también lo ha entendido la Corte Suprema (CS) en la sentencia en comento, al establecer que el demandante al suscribir el contrato de trabajo se obligó —entre otros— a dar estricto cumplimiento a “los documentos internos de la empresa”, entre los que se encontraba el código de conducta. A ello se suma el hecho de haber sido conculcado el principio de buena fe que rige la contratación y al que las partes deben ajustar su conducta, lo que permitió tener por configurada la causal de incumplimiento grave de las obligaciones contractuales al tenor de lo dispuesto en el artículo 160 N° 7 CT.

⁵ GARCÍA, 2012, p. 5.

⁶ ERMIDA URIARTE, Óscar, 2007: “Responsabilidad social de la empresa: entre la mercadotecnia y el Derecho, *Derecho Laboral: Revista de doctrina, jurisprudencia e informaciones sociales*, N° 226, p. 325.

⁷ Véase a modo ejemplar: BAYLOS, Antonio, 2011: “Códigos de Conducta y Acuerdos-Marco de Empresas Globales: apuntes sobre su exigibilidad jurídica”, *Lan Harremanak*, volumen 12, p. 198. https://ojs.ehu.eus/index.php/Lan_Harremanak/article/view/3422; BRONSTEIN, Arturo, 2004: “Relatoría de la Mesa Redonda sobre “Evolución y tendencias recientes del Derecho del Trabajo en Europa, América del Norte y América Latina””, *Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Querétaro, México, p. 27.

⁸ CALVO, 2009, p. 238.

Ahora bien, en lo que atañe a la interrogante planteada, se estima que los códigos de empresa pueden constituir fuente de obligaciones para los trabajadores, y por tanto ser exigibles jurídicamente bajo ciertas consideraciones:

- 1) Como punto de partida, se debe atender a la forma en que se encuentra redactado, en tanto puede estar configurado en términos facultativos o imperativos. Solo si la opción decantada es la segunda, podría alegarse su exigibilidad. Sin perjuicio de ello, habrá que verificar si el mismo dispone de canales de denuncia, un procedimiento de investigación y sanciones aplicables ante su contravención.
- 2) Por otra parte, se deberá identificar si la empresa ha contemplado mecanismos que permitan a los trabajadores conocer y comprender su contenido, precisamente por el hecho que estos no han participado en su elaboración, *máxime* si lo que se pretende es imponer deberes adicionales. A modo ejemplar, algunas empresas disponen de su entrega obligatoria; otras incorporan cláusulas contractuales que los consideran parte integrante del contrato de trabajo y obligatorios (así ocurre en la sentencia analizada); algunas incluso disponen de jornadas de capacitación periódica para facilitar su comprensión y promover su cumplimiento.
- 3) En lo que atañe a su contenido, este deberá ajustarse a ciertos límites, toda vez que en ningún caso pueden invocarse para sustituir la norma legal o reglamentaria, ni disminuir los mínimos establecidos por la legislación vigente en cada país, o bien, establecer obligaciones que no emanen de la ley, de los convenios colectivos o de la naturaleza misma del contrato y siempre que hayan sido comunicados al trabajador⁹.

Por otra parte, se estima que la CS acertadamente engloba los códigos de conducta dentro de la categoría de “documentos internos de la empresa”, lo que no ha ocurrido con otros sentenciadores –véase a modo ejemplar la causa Rol Nº O-130-2016 del Juzgado de Letras de Calama–, que utilizan la expresión “reglamentos de la empresa”, cuestión que no es irrelevante para este análisis, debido a que existe una figura jurídica reconocida en la legislación laboral denominada “reglamento interno de la empresa”, adopción que resulta ser obligatoria (Art. 153 CT), y su fundamento se encuentra en el poder de dirección del empleador, de tal manera que su exigibilidad no se encuentra en entredicho. A lo anterior, se suma la facultad que la misma ley confiere a cualquier trabajador(a) u organizaciones sindicales para impugnar sus disposiciones cuando las estimaren ilegales, ya sea ante la autoridad de salud o la Dirección del Trabajo según corresponda, cuestión que no sucede respecto de los códigos de empresa. En consecuencia, ¿quién es la autoridad llamada a ejercer control en el contenido de un código de empresa y en definitiva determinar su eficacia jurídica?

⁹ Comisión de las Comunidades Europeas, 2001: *Libro Verde. Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas*, Comisión: Bruselas, p. 7. [https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com\(2001\)366_es.pdf](https://www.europarl.europa.eu/meetdocs/committees/deve/20020122/com(2001)366_es.pdf); Mangarelli, 2009, p. 85.

En primer lugar, considerando que los códigos son instrumentos de autorregulación, serán las propias empresas las encargadas de aquello. Sin embargo, tal operación representa ciertos riesgos tales como su instrumentalización como subterfugio para la imposición de mayores estándares laborales; o bien, para dar paso a una indeterminación del contenido del contrato cuando podría calificarse como incumplimiento de obligaciones aquellas que el trabajador no tenía conocimiento, sirviendo asimismo para encubrir hipótesis ficticias¹⁰, de tal manera que serán los tribunales de justicia los llamados a efectuar en último término el control acerca de su contenido y eficacia jurídica en el contexto de una determinada relación laboral. Lo anterior, no es óbice para que el sindicato pueda ejercer un control preventivo y permanente en estos, más aún cuando su contenido suponga una merma de las condiciones laborales de los trabajadores, activando mecanismos como la negociación colectiva. No obstante, esta labor preventiva plantea mayores desafíos para aquellos trabajadores que no se encuentran sindicalizados, o que forman parte de empresas que no cuentan con sindicato, o habiéndolo, no dispongan de un verdadero poder negociador, de tal manera que el control judicial se erige como la única vía idónea.

En la sentencia en estudio, el juez tuvo en cuenta —entre otros— el contenido del código de conducta para determinar el incumplimiento del contrato de trabajo, circunstancia que permite visualizar su labor integrativa (a veces incluso interpretativa) de deberes que, si bien no se encuentran explicitados en el contrato ni en la ley, emanan de la naturaleza misma del vínculo e incluso de la noción de buena fe, materialización que se ha traducido en la incorporación de dispositivos que prohíben la aceptación de obsequios o regalos, conflictos de interés, etc. Este mismo razonamiento ha sido utilizado en sentencias posteriores, así como consta en la causa Rol N° O-2086-2023 del 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, en que se determinó que la conducta del demandante (uso de información privilegiada) transgredió el contenido ético jurídico inherente a todo contrato de trabajo —incluyendo al código de conducta—, en especial, sus deberes de lealtad y fidelidad, y a la buena fe en que se deben desenvolver las relaciones laborales (considerando 5°).

En la misma línea se encuentra la causa Rol N° O-45-2023 del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, en que Itaú Corpbanca sustentó la desvinculación de una trabajadora por infracción a lo dispuesto —entre otros— en el código de conducta, al ingresar propuestas de promoción de seguros con datos de clientes y vehículos que no eran veraces con el fin de aumentar sus incentivos. Sin embargo, el tribunal rechazó la acción por defectos en la investigación realizada por los profesionales del área de *compliance*, al no ajustarse a los estándares fijados por la misma entidad (considerando 13°). Respecto de ello, es útil recordar que los códigos de empresas normalmente contemplan lineamientos para consultas y denuncias. Asimismo, describen los principales hitos del proceso de investigación ante una eventual infracción al mismo y las sanciones aplicables. De ello fluye que, si su alcance se extiende a los trabajadores que no han concurrido en

¹⁰ CALVO, 2009, p. 19.

su elaboración, con mayor razón se exigirá el respeto irrestricto de sus disposiciones a la empresa y los colaboradores que actúan en representación de sus intereses.

Por último, la causa Rol N° T-11-2023 del Juzgado de Letras de Garantía también deja traslucir la línea argumentativa planteada en el fallo estudiado, al sustentar el despido del trabajador en una infracción al código de conducta, en particular, la prohibición de portar armas de fuego en el lugar de trabajo, lo que se estimó suficiente para dar por configurada la causal del artículo 160 N° 7 CT.

Notas sobre la revisión judicial de multas ambientales (Corte Suprema) a propósito del Caso “Punta Puertecillo”

*Notes about the judicial review of environmental sanctions (Supreme Court).
“Punta Puertecillo” Case*

*Comentario de Pablo Méndez Ortiz**

Santiago, a veinticinco de noviembre de dos mil veintidós.

En cumplimiento a lo preceptuado en el artículo 785 del Código de Procedimiento Civil, se dicta la siguiente sentencia de reemplazo.

VISTOS:

Se reproducen los fundamentos 9° a 15° del fallo de casación que antecede. Se da por reproducido, además, el motivo sexagésimo quinto del fallo anulado.

Y SE TIENE, ADEMÁS, PRESENTE:

{...}

5° Que, en consecuencia, es posible concluir que Inmobiliaria e Inversiones Pirigüines Limitada y Administradora Punta Puertecillo SpA, han ejecutado un proyecto de desarrollo urbano y turístico en infracción al artículo 10 letra g) de la Ley N°19.300, en relación a los artículos artículos 2° letra c) y 3 letras g), g.1 y g.1.2 letras a), b), c) y d) y g.2 letras a), b), c) y d) del RSEIA, de lo cual se sigue que se configura la infracción contemplada en el artículo 35 letra b) de la Ley N° 20.417, esto es, la ejecución de proyectos y el desarrollo de actividades para los que la ley exige Resolución de Calificación Ambiental, sin contar con ella.

* Licenciado en Derecho, Universidad de Valparaíso, Chile. Máster en Derecho, New York University, Estados Unidos. Profesor de Derecho Administrativo, Universidad de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-4258-3884>. Correo electrónico: pmendez@derecho.uchile.cl.

Este comentario de jurisprudencia se inserta dentro de la ejecución del proyecto FONDECYT Regular N° 1201783, del que el autor es coinvestigador.

[...]

10° Que el artículo 36 de la Ley N° 20.417 dispone, en lo pertinente: “Para los efectos del ejercicio de la potestad sancionadora que corresponde a la Superintendencia, las infracciones de su competencia se clasificarán en gravísimas, graves y leves.

1.- Son infracciones gravísimas los hechos, actos u omisiones que contravengan las disposiciones pertinentes y que alternativamente: f) Involucren la ejecución de proyectos o actividades del artículo 10 de la ley N° 19.300 al margen del Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental, y se constate en ellos alguno de los efectos, características o circunstancias previstas en el artículo 11 de dicha ley”.

A su vez, el artículo 11 de la Ley N° 19.300, preceptúa: “Los proyectos o actividades enumerados en el artículo precedente requerirán la elaboración de un Estudio de Impacto Ambiental, si generan o presentan a lo menos uno de los siguientes efectos, características o circunstancias:

d) Localización en o próxima a poblaciones, recursos y áreas protegidas, sitios prioritarios para la conservación, humedales protegidos, glaciares y áreas con valor para la observación astronómica con fines de investigación científica, susceptibles de ser afectados, así como el valor ambiental del territorio en que se pretende emplazar”.

11° Que, del mérito de los antecedentes hasta ahora analizados, resulta irrelevante si las aguas que extrae el proyecto resultan ser superficiales o subterráneas en tanto, en uno u otro caso, su extracción recaerá igualmente sobre algunos de los elementos que conforman la cuenca en estudio. En efecto, ello debe relacionarse con lo dispuesto en el artículo 3° del Código de Aguas, relativo al principio de unidad de corriente, norma que señala: “Las aguas que afluyen, continua o discontinuamente, superficial o subterráneamente, a una misma cuenca u hoya hidrográfica, son parte integrante de una misma corriente.

La cuenca u hoya hidrográfica de un caudal de aguas la forman todos los afluentes, subafluentes, quebradas, esteros, lagos y lagunas que afluyen a ella, en forma continua o discontinua, superficial o subterráneamente”.

Conforme a este precepto, una cuenca constituye un sistema interconectado, formado por un conjunto de cauces o cuerpos de agua, de modo que cualquier efecto que se produzca en uno de los afluentes tiene consecuencias sobre el equilibrio del sistema, de manera global. De allí que resulte de la mayor importancia establecer de manera clara el área de influencia de cada proyecto y, con ello, el estudio de la totalidad de las variables que podrían repercutir en el ecosistema completo.

Por consiguiente, en autos se configura el supuesto contemplado en la letra d) antes transcrita, esto es, la localización de uno de los componentes del proyecto, de manera próxima a un área protegida, susceptible de ser afectada, lo cual permite calificar la infracción como una de carácter gravísimo.

12° Que, al momento de establecer la cuantía de la multa a aplicar, corresponde tener presente que el artículo 39 de la Ley N° 20.417 preceptúa en su letra a): “Las infracciones gravísimas podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta diez mil unidades tributarias anuales”, mientras que la letra b) dispone: “Las infracciones graves podrán ser objeto de revocación de la resolución de calificación ambiental, clausura, o multa de hasta cinco mil unidades tributarias anuales”.

En este sentido, considerando la importancia del peligro ocasionado (artículo 40 letra a) de la Ley N° 20.417) dado que se trata de un proyecto en ejecución que, conforme a la fiscalización de la SMA cuenta con viviendas construidas y otras en proceso de construcción y tomando en cuenta además que, si bien la norma dispone que el castigo pecuniario puede ascender “hasta diez mil unidades tributarias anuales”, el umbral inmediatamente anterior – esto es, las infracciones graves – tiene como límite la cantidad de 5.000 UTA, de modo que la imposición de una cuantía inferior a esta última, implicaría restar incidencia a la circunstancia de encontrarse el proyecto cercano a una zona protegida, esta Corte procederá a evaluar el monto de la multa a imponer en 5.001 Unidades Tributarias Anuales.

{...}

Por estas consideraciones, disposiciones legales citadas y de conformidad, además, con lo dispuesto en los artículos 27 y siguientes de la Ley N° 20.600, se declara que SE ACOGE la reclamación interpuesta por la Fundación Rompientes, la Organización Comunitaria Territorial Vecinos de Puertecillo, además de don Juan Pedro Sabbagh Botinelli y don Carlos Leyton Frauenberg, en contra de la Superintendencia del Medio Ambiente, por la dictación de la Resolución Exenta N°102 de fecha 22 de enero de 2019, la cual se deja sin efecto y, en su lugar, se resuelve:

I.- Que se condena a Inmobiliaria e Inversiones Pirigüines Limitada y a Administradora Punta Puertecillo SpA al pago solidario de una multa ascendente a 5.001 Unidades Tributarias Anuales, por haber infringido el artículo 35 letra b) de la Ley N°20.417.

{...}

Pronunciado por la Tercera Sala de esta Corte Suprema integrada por los Ministros (a) Sr. Sergio Muñoz G., Sra. Ángela Vivanco M., Sra. Adelita Ravanales A. y Sr. Jean Pierre Matus A. y por el Abogado Integrante Sr. Enrique Alcalde R.

COMENTARIO

I. *Presentación del problema*

La sentencia en comento contiene algunas cuestiones –en particular, su parte resolutoria– que invitan a formular algunas notas acerca de las potestades revisoras que tiene el juez contencioso-administrativo en el ámbito del Derecho Administrativo Sancionatorio, en especial, al anular la resolución sancionatoria dictada por la autoridad administrativa.

Resulta un aspecto conocido en nuestro medio el que las leyes sectoriales no cuenten con normas que, en forma expresa, se pronuncien acerca de los poderes que detenta el juez tras la sentencia favorable: ¿Puede dictar una sentencia de reemplazo que modifique la sanción impuesta originalmente por la Administración? ¿O, por el contrario, sus facultades se limitan a la pura anulación del acto, estando obligado a reenviar el expediente a la Administración? Es paradójico que, mientras existe en el medio chileno una tendencia desesperada a regular contenciosos-administrativos prácticamente para cualquier tema, este sea un aspecto olvidado por el Congreso en la mayoría de los casos.

II. *Aspectos generales acerca de las potestades del juez en el contencioso-administrativo*

En teoría, las competencias del juez contencioso-administrativo en el caso de una sentencia favorable al particular están sujetas a dos posibilidades: por una parte, las potestades se agotan con la sola anulación del acto administrativo, debiendo reenviar el expediente a la Administración o, por la otra, hay casos en que el tribunal puede dictar un acto de reemplazo.

El medio chileno, como ha sido expuesto en varias oportunidades, se caracteriza por la existencia de diversas acciones y procedimientos para la impugnación de actos administrativos en el derecho chileno. Pero la instauración especializada de acciones y procedimientos contencioso-administrativos no ha derivado, por desgracia, en una regulación acuciosa de los trámites procesales. En muchos casos no existen trámites reglados, ni mucho menos un sistema probatorio unitario. En general, cada contencioso administrativo es una evidencia de la opción por la evasión que ha adoptado históricamente el Congreso a las competencias revisoras que tiene el juez contencioso-administrativo.¹

Como resultado de este silencio normativo, ha sido la Corte Suprema quien ha ido entregando algunas respuestas en los últimos años, mediante un fenómeno que podría enmarcarse dentro de lo que la procesalística nacional ha denominado como una “jurisprudencia con poder normativo”.² En diversos fallos, a raíz de distintos sectores del

¹ VALDIVIA, José Miguel, 2017: “Reflexiones sobre las acciones en Derecho Administrativo”, en Schopf, Adrián y Marín, Juan Carlos (eds.): *Lo Público y lo Privado en el Derecho. Estudios en Homenaje al Profesor Enrique Barros Bourie*, Thomson Reuters, pp. 349-431, pp. 372-373 (señalando que es “paradójico, porque escamotea lo esencial, que estas reglas procesales rara vez se refieran a los poderes del juez”).

² ROMERO, Alejandro, 2004: *La Jurisprudencia como Fuente del Derecho*, Editorial Jurídica de Chile, pp. 128 y ss.

Derecho Administrativo Sancionador, la Corte se ha pronunciado acerca de aspectos que abarcan, por ejemplo, la naturaleza del reclamo judicial (i.e. si alcanza solo a la legalidad o también se extiende al mérito de la decisión administrativa), la posibilidad de rendir prueba nueva en el contencioso, o los poderes del juez tras el acogimiento de la acción.

En particular referente a este último punto, la Corte Suprema ha establecido una línea divisoria entre ilegalidades de procedimientos e ilegalidades del acto terminal. Si las primeras ameritan el reenvío del expediente a la Administración, quien deberá subsanar las ilegalidades detectadas en el contencioso-administrativo; las segundas, en cambio, permiten que el juez sustituya a la Administración, dictando la sanción aplicable en derecho.

III. *Las potestades de los tribunales ambientales ante la anulación del acto*

Una excepción a este constante silencio normativo se encuentra en la Ley N° 20.600 que, a propósito de la creación de los tribunales ambientales, ha regulado en detalle este tema.³ En esta materia, la Ley N° 20.600 señala que 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” (art. 30, inc. 1°). Aunque a base de esta norma se ha planteado que los tribunales ambientales cuentan con poderes amplios,⁴ lo cierto es que esta potestad encuentra sus límites, pues el tribunal no podrá “determinar el contenido discrecional de los actos anulados”, pudiendo solo disponer “que se modifique, cuando corresponda, la actuación impugnada” (art. 30, inc. 2°). Esto, como señalan algunos, importa una limitación normal a la justicia administrativa recogida desde la legislación española correspondiente a la materia.⁵ La idea que hay detrás de la Ley N° 20.600 es que “[l]os tribunales administrativos son jueces de administración, pero no administran”, manteniendo el principio de separación de poderes en este ámbito.⁶

Como consecuencia de ello, al pronunciarse acerca de la reclamación de sanciones, los tribunales ambientales usualmente terminan reenviando el expediente a la

³ VALDIVIA, José Miguel, 2017, pp. 372-373 (quien sostiene que: “Solo en el último tiempo se advierte una mayor preocupación en este campo, como lo muestra la novedosa regulación del dispositivo de las sentencias que se dicten los tribunales ambientales. Este ejemplo es significativo de que el oficio del juez de la administración requiere ser clarificado con más detalle, si se espera que se dé una respuesta satisfactoria a las peticiones del demandante”)

⁴ VALDIVIA, José Miguel, 2015: “Contenido y efectos de las sentencias de los tribunales ambientales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco (Coords.), *La Nueva Justicia Ambiental*, pp. 253-276, pp. 268-269 (sosteniendo que los poderes que le confiere la Ley N° 20.600 al juez “son extremadamente fuertes” en tanto permiten “al juez impartir órdenes directas a la Administración, orientando (con precisión) su actuar”).

⁵ FERRADA, Juan Carlos, 2015: “La Justicia Ambiental como Justicia Administrativa Especializada y su Articulación con los Procesos Administrativos Generales”, en Ferrada, Juan Carlos; Bermúdez, Jorge y Pinilla, Francisco (Coords.), *La Nueva Justicia Ambiental*, pp. 299-328, p. 321.

⁶ VALDIVIA, José Miguel, 2015, p. 268.

Superintendencia del Medio Ambiente tras la sentencia favorable (anulatoria).⁷ A mayor abundamiento, nuestros tribunales han entendido en forma tácita que la imposición de sanciones por parte de la SMA constituye un acto de contenido discrecional y, por tanto, sujeto a la restricción del artículo 30 de la Ley N° 20.600. Ello ha llevado a que los tribunales ambientales, en caso de sentencias favorables al actor, se limiten a anular la resolución sancionatoria e impartan órdenes directas a la Superintendencia del Medio Ambiente tales como enmendar sus resoluciones sancionatorias con el fin de subsanar los vicios que derivaron en la nulidad del acto impugnado, o a retrotraer procedimientos sancionatorios o de fiscalización.

Esta misma tendencia ha exhibido la Corte Suprema en esta área del derecho. La Corte ha dicho que “el Tribunal Ambiental no puede suplir la labor del órgano administrativo en las facultades que le son propias” (C.S., Rol 100.805-2016, 29 de diciembre de 2017, Caso “Mediterráneo”). Por lo mismo, la Corte ha reprochado casos en que los tribunales ambientales han ordenado a la SMA a rebajar la multa original pues ello importa determinar el contenido discrecional del acto anulado (C.S., Rol 63.341-2020, 31 de mayo de 2022, Casación Ecomaule); o en que los tribunales anulan el archivo de una denuncia presentada ante la SMA, ordenando consecutivamente la instrucción de un procedimiento sancionador (C.S., Rol 3.470-2018, 9 de julio de 2019, Caso Santa María-Colbún). Del mismo modo, la Corte también ha señalado que los tribunales ambientales no pueden anular la aprobación del programa de cumplimiento, para luego rechazarlo, sustituyendo así la decisión de la SMA (C.S., Rol 11.485-2017, 5 de marzo de 2018, Caso PDC Minera La Florida).

El diseño institucional de la Ley N° 20.600 adolece de tres incoherencias que pueden generar consecuencias prácticas perniciosas. Primero, estas potestades son incoherentes con las características de los tribunales ambientales, que son tribunales contencioso-administrativos especializados, conformados por jueces especialistas, con competencias exclusivas y excluyentes en temas ambientales. Estos tribunales cuentan con características de diseño que le entregan incentivos institucionales suficientes para no guardar deferencia a las decisiones ambientales adoptadas por la Administración. Sin embargo, la Ley N° 20.600 les restringe sus potestades para modificar la sanción impuesta, como así lo ha confirmado la Corte Suprema para otros modelos sectoriales comparados.

En segundo lugar, el modelo instaurado por la Ley N° 20.600 es incoherente si se compara con el diseño anterior. Antes de esta ley, los actos sancionatorios dictados por la entonces autoridad ambiental (las denominadas “COREMAS” y la “CONAMA”) eran impugnables ante la justicia ordinaria civil. Así lo permitía antiguamente la Ley

⁷ MÉNDEZ, Pablo, 2018: “La precariedad del contencioso ambiental”, en *Ius et Praxis* vol. 24 N° 3, pp. 525-552, p. 545 (planteando que “nuestros tribunales han entendido en forma tácita que la imposición de sanciones por parte de la SMA constituye un acto de contenido discrecional y, por tanto, sujeta a la restricción del artículo 30, inciso 2° de la Ley N° 20.600. Ello ha llevado a que los tribunales ambientales, en caso de sentencias favorables al actor, se limiten a anular la resolución sancionatoria e impartan órdenes directas a la Superintendencia del Medio Ambiente tales como enmendar sus resoluciones sancionatorias con el fin de subsanar los vicios que derivaron en la nulidad del acto impugnado, o a retrotraer procedimientos sancionatorios o de fiscalización”).

Nº 19.300. Y en ese entonces, el juez contaba con facultades para mantener, modificar o revocar la sanción impuesta por la administración. En contraste con este modelo, los jueces especializados del tribunal ambiental carecen de aquellas potestades.

Y por último, en tercer lugar, bajo este diseño institucional existe la posibilidad que el acto administrativo de reemplazo que dicte la administración sea nuevamente impugnado. El reenvío a la SMA tiene por finalidad la dictación de un segundo acto administrativo que subsane los vicios, lo que hace posible una continua judicialización del procedimiento administrativo sancionatorio y, en definitiva, en años de litigación.⁸

IV. *Reflexiones acerca de la sentencia en análisis*

La sentencia que motiva este comentario jurisprudencial se aleja de la tendencia histórica exhibida por la Corte Suprema en la revisión judicial ambiental. Con excepción de un solo caso anterior —y que corresponde a uno de los primeros tras la entrada en vigencia de la Ley Nº 20.600 (C.S., Rol 25.931-2014, 4 de junio de 2015)—, la Corte había sido deferente al artículo 30 de la Ley Nº 20.600, limitando el contenido de las sentencias favorables al actor en materia de multas ambientales fijadas por la SMA.

En simple, el presente caso consiste en un reclamo judicial interpuesto por diversos opositores en contra de una resolución de la SMA que había absuelto a dos empresas por la ejecución del proyecto “Punta Puertecillo”, un proyecto de desarrollo urbano y turístico que consideraba la construcción de viviendas con destino habitacional y otras obras de equipamiento. Estos opositores habían ingresado ante la misma Superintendencia, en su momento, denuncias que sirvieron de base para la apertura del procedimiento sancionatorio en cuestión. Bajo el entendimiento de la SMA, el proyecto en cuestión no importaba una elusión al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental por no encontrarse en ninguna de las causales del artículo 10 de la Ley Nº 19.300. Contra esta resolución absolutoria de la autoridad formularon reclamo judicial ante el tribunal ambiental, quien rechazó la reclamación descartando todas las alegaciones de los actores.

La reclamante interpuso luego recursos de casación en la forma y en el fondo ante la Corte Suprema, impugnando la sentencia definitiva del tribunal. La Corte rechazó el primero de estos recursos, acogiendo el segundo de ellos, al estimar que la sentencia ejecutaba una errada aplicación de la causal de ingreso al Sistema de Evaluación de Impacto Ambiental establecida en el artículo 10, letra g) de la Ley Nº 19.300. En concepto de la

⁸ El caso de Minera Pascua-Lama es bastante ilustrativo. Una de las primeras sanciones impuestas por la SMA tras la entrada en vigencia de sus facultades legales fue la impuesta en este caso, en mayo de 2013 (Resolución Exenta Nº 477/2013). Esta resolución fue reclamada ante el Segundo Tribunal Ambiental de Santiago por terceros opositores (Cruz y otros con SMA (2014a)), donde fue acogida, reenviando el expediente a la SMA para dictar una segunda resolución sancionatoria. La Corte Suprema confirmó dicha sentencia, por razones formales (Cruz y otros con SMA (2014b)). Tras la reapertura, la SMA dictó finalmente la segunda resolución sancionatoria (Resolución Nº 72/2018) en enero de 2018, la que igualmente fue reclamada, esta vez, ante el Primer Tribunal Ambiental. El tribunal dictó la sentencia acogiendo parcialmente las reclamaciones en septiembre de 2018, ordenando (por segunda vez) reenviar el expediente a la SMA (Compañía Minera Nevada SpA con SMA (2020)).

Corte, se estimó concurrente la excepción contenida en la norma, respecto de un caso en que ella no procedía, al no poder considerarse que el proyecto se ejecutaba en un plan evaluado estratégicamente.

La Corte también dictó sentencia de reemplazo. En ella, no solo ordenó la anulación de la resolución de la SMA que dispuso la absolución –como suele hacerse–, sino que luego condenó a las empresas al “pago solidario de una multa ascendente a 5.001 Unidades Tributarias Anuales”. Para ello, la sentencia de reemplazo no solo analiza la potencial configuración de la infracción (cons. 7º al 11º), sino que también realiza un análisis de la cuantía a aplicar (cons. 12º y 13º). Esto resulta por completo llamativo, debido a que el ejercicio intelectual que realizó la Corte en este caso es usualmente –en esta área del Derecho– ejecutado por la Superintendencia del Medio Ambiente, y no por los tribunales de justicia.

Esta sentencia comprueba, una vez más, la preocupación que debe prestarse al estudio de lo contencioso-administrativo. Que sean los jueces quienes tienen la última palabra en materia de Derecho Administrativo Sancionador puede tener, desde el punto de vista del diseño institucional, consecuencias beneficiosas. Por de pronto, permite una especialización de funciones entre la Administración y los tribunales de justicia, evitando una infracción institucional y la duplicación de esfuerzos entre ambos. Bajo este diseño, los organismos administrativos se especializarían en la elaboración del expediente administrativo y la fijación de los hechos,⁹ mientras que los tribunales se avocarían a la revisión de las conclusiones jurídicas, con el fin de armonizar la acción administrativa bajo la teoría del Derecho Público en general.¹⁰

Sin embargo, la prudencia indica que cualquier decisión en tal sentido debe estar amparada por una discusión de política pública pensada y amparada en normas generales dictadas por el Congreso. Cualquier decisión particular que pueda adoptarse puede comprometer o poner en riesgo otros valores jurídicos. Alguien podría pensar que la decisión de la Corte difícilmente podría asimilarse a los casos vistos en otras áreas del Derecho Administrativo Sancionador en que los tribunales modifican o revocan la multa absolviendo al actor. Pero aquí es distinto. Aquí, en cambio, nos encontramos derechamente ante la imposición de una sanción por la propia Corte Suprema, porque las empresas habían sido absueltas por la Superintendencia y tal decisión había sido confirmada por el tribunal ambiental.

La multa en cuestión no fue “rebajada” o “sustituida” por la jurisdicción. De esta forma, lo que ha hecho la sentencia de reemplazo es alterar el diseño institucional de la Ley Nº 20.600 y de la Ley Orgánica de la SMA, pasando –en la práctica– desde un modelo inquisitivo (donde la Administración impone la multa) con un contencioso de nulidad (donde los tribunales controlan) a un modelo de contencioso represivo, donde

⁹ Acerca de esto, MERILL Thomas, 2011: “Article III, agency adjudication, and the origins of the appellate review model of Administrative Law”, en *Columbia Law Review* vol. 111, Nº 5, pp. 939-1003, p. 1000.

¹⁰ TAPIA, Javier y CORDERO, Luis, 2015: “La revisión judicial de las decisiones regulatorias. Una mirada institucional”, en *Estudios Públicos* Nº 139, pp. 7-65.

en definitiva es el juez quien impone la sanción administrativa.¹¹ Sin embargo, en este caso la imposición de la multa por la Corte Suprema ha alterado el diseño institucional poniendo en riesgo con ello el respeto de otros valores como el derecho al debido proceso que tiene todo sujeto inculpado en el contexto del Derecho Administrativo Sancionador.

¹¹ Sigo en esta definición a CORDERO, Luis, 2016: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Thomson Reuters, p. 620 (definiendo al contencioso represivo como aquel que tiene “por objeto que el juez aplique medidas de gravámenes concretas a un particular, como puede ser en los casos en que la sanción debe ser aplicada por el juez y no por la Administración. [...] En ellas la Administración carece de potestad sancionatoria directa, por lo cual se requiere recurrir a un tribunal para la aplicación de la misma”). En igual sentido, BERMÚDEZ, Jorge, 2011: *Derecho Administrativo General*, Thomson Reuters, p. 434 (aunque plantea, extrañamente, que en Chile no existirían contenciosos represivos).

RECENSIONES

Recensiones

GIOVANNI BATTISTA RATTI y JORGE L. RODRÍGUEZ 2022. *Estructura y coherencia de los sistemas jurídicos*. Madrid, Marcial Pons, 2022, pp. 193.

1. En esta ocasión reseño un excelente libro de inspiración tractariana. Como es ampliamente conocido, una de las controversias fundacionales de la filosofía analítica es el problema de la unidad de la proposición. En sus orígenes, este sugiere que la proposición es una unidad cuyo análisis entrega distintos constituyentes, sin embargo, al analizarla se destruye su unidad y ninguna enumeración de sus constituyentes logra restaurarla.

En este contexto, el *Tractatus logico-philosophicus* de L. Wittgenstein buscó marcar un punto de inflexión. Se entrega a los constituyentes de la proposición la calidad de bloque de construcción independiente, para luego ir en busca del cemento que les entregue unidad. Pese a invertir la prioridad lógica, igualmente surge el problema de la unidad de la proposición. Y sugiere desprenderse del lenguaje ordinario por su grado de equivocidad, y centrar las explicaciones filosóficas en un lenguaje sígnico que obedezca a la gramática lógica. De este modo, toda filosofía es crítica lingüística, ya que, como había mostrado B. Russell, la forma aparente de la proposición no tiene por qué ser su forma real (lógica).

Si bien todo el libro tiene esta inspiración basada en clarificar el lenguaje ordinario mediante el uso de la lógica y centrar los esfuerzos en clarificar la forma lógica de los enunciados jurídicos, probablemente, algunos de sus capítulos centrales son los que mejor capturan esta inspiración. En el Capítulo 3 se busca reexaminar las nociones de consistencia, completitud y coherencia. En el Capítulo 4, integrado por dos ensayos, se realizan sugerentes ataques (Ratti) y defensas (Rodríguez) de la llamada concepción puente de los condicionales normativos. Y, en el Capítulo 5, también integrado por dos trabajos, se busca determinar si el principio debe implica puede tendría un carácter engañoso o poco claro (Ratti), o bien, no detenta estas cualidades (Rodríguez).

2. En su Introducción, el libro de Ratti y Rodríguez pone de manifiesto sus postulados. Estos son presentados como «sugerencias metodológicas russellianas». Su desarrollo capítulo a capítulo no solo trasciende toda la obra, sino también, en su aplicación, logra mostrar de manera patente cómo «La lógica [...] es un poderoso antídoto teórico a lo irracional».

Las temáticas elegidas transitan desde cuestiones propias de una teoría de los sistemas jurídicos como la coherencia, la consistencia, la completitud, y las reconstrucciones estáticas y dinámicas, hacia problemáticas propias de una teoría de las normas, como la concepción de las normas condicionales, el principio obligatorio implica permitido, la ponderación y las preferencias normativas. Dentro de este elenco, por su carácter formativo, destaco los Capítulos 1 y 6.

El Capítulo 1 es una contribución a los esfuerzos por erradicar los sesgos cognitivos en la lógica en el Derecho. Allí se controvierte no solo a quienes creen que el derecho

posee una estructura lógica («creyentes»), y a quienes consideran que el derecho y la lógica no tienen relaciones significativas («escépticos»), sino también a quienes declaran que la lógica es inaccesible a su entendimiento jurídico («agnósticos»). A los primeros se responde mediante los argumentos desarrollados en el texto y dirigidos a clarificar la función de la lógica en el análisis del derecho, y al tercero mediante la claridad expositiva de sus ideas.

A su vez, el Capítulo 6, integrado de dos ensayos, aborda un problema medular de la teoría jurídica como es la definición de norma y sistema jurídico desde la crítica formulada por G. Cafferá y A. Mariño a la posición sostenida por C. Alchourrón y E. Bulygin en *Sistemas Normativos*. A partir de ahí, Giovanni formula su propia propuesta de disolución del puzzle de la determinación de lo jurídico, no sin antes criticar la propuesta de solución formulada por J. Rodríguez y J. Ferrer. Por ello, en lo que sigue, Jorge toma el guante, vuelve a circunscribir el problema y por medio de su defensa logra precisar y clarificar su propuesta de solución al puzzle.

3. Sin lugar a duda el libro constituye un aporte a la discusión en teoría jurídica respecto de las propiedades formales de las normas y los sistemas jurídicos. Sin embargo, en razón del espacio, prefiero destacar otras cualidades, no siempre observadas, pero fundamentales para lograr sintonía con el público y entre los autores.

La primera sintonía se alcanza a través de sus “dos velocidades”, por un lado, a quienes tienen formación en (y gustan de la) lógica deóntica su lectura puede resultar rápida, amena y llana; mientras que, quienes aún no detentan esta formación igualmente pueden acceder a los contenidos del libro, quizá, de manera más pausada y reflexiva, pero no por ello menos instructiva. Por ejemplo, una clara deferencia al lector está en el Capítulo 2 donde se presentan (a modo de manual de texto) algunas ideas centrales en torno a los sistemas jurídicos, y en el Capítulo 8 que formula de manera clara dos propuestas dirigidas a defender el dogma de la completitud del derecho y de modo preciso asesta críticas a cada uno de los argumentos que las sustentan.

A su vez, la segunda sintonía se presenta mediante la interacción de doble faz que realizan entre sí los autores. De manera evidente, una se presenta en los capítulos integrados por más de un ensayo en donde el primero, siempre escrito por Ratti, formula una posición, y el segundo, siempre escrito por Rodríguez, controvierte la posición presentada. De modo menos evidente, la segunda se presenta en los capítulos restantes donde logran armonizar sus propuestas individuales para generar un desarrollo común. Una muestra de ello es el Capítulo 7 acerca de coherencia, ponderación y preferencias en donde no resalta con mayor nitidez la voz de Giovanni ni la de Jorge, sino más bien, quizá, la de un tercero imparcial como es Giovanni Luis Rodritti.

4. Por último, y a modo de invitación a la discusión quisiera terminar con una inquietud. Si volvemos al contexto del *Tractatus* y caracterizamos este como uno influenciado por el logicismo se hace patente la necesidad del estudio de la lógica desde el análisis de las proposiciones. La lógica necesita estudiar las proposiciones como uno de sus aspectos centrales, porque la formulación de sus leyes necesita una explicación de los componentes de la proposición. De igual modo, toda lógica deóntica necesita

estudiar las normas como uno de sus aspectos centrales, porque la formulación de sus leyes necesita también una explicación de sus componentes.

De acuerdo con Ratti y Rodríguez, las normas «constituyen el significado de oraciones usadas para prescribir» y las proposiciones normativas son «proposiciones relativas a la existencia de una norma». Ellos sugieren que la diferencia entre ambas está en que «una misma oración puede a veces ser utilizada para formular una norma y otras para referirse a la existencia de una norma». Es en el uso de una formulación lingüística que se determina su carácter normativo o descriptivo.

Sin embargo, si el uso determina que unas sean “significados” y las otras “proposiciones” surgen como interrogantes, al menos, dos preguntas, a saber: ¿cómo se determina el “uso” de una formulación lingüística?, y ¿qué es un significado normativo (no-proposición)? Las preguntas no son baladís.

Por un lado, si no hay claridad o precisión en torno a qué debe darse en el mundo para la existencia de una norma (¿cómo se determina el “uso” de una formulación lingüística?), luego tampoco hay claridad en las condiciones de verdad de las proposiciones normativas. Se debilita así la fuerza de la distinción y las implicancias teóricas que de ella se siguen. Y, por el otro, si no hay una toma de partido respecto de qué son estos significados normativos tampoco resulta sencillo determinar qué propiedades es posible atribuirles sin incurrir, por ejemplo, en un error categorial.

Desafortunadamente, toda búsqueda de respuestas a estas preguntas nos enfrenta a una dificultad aun mayor, porque al asumir que las normas pueden ser identificadas en el uso (con independencia de cómo este se entienda) o dotar de una categoría ontológica a los significados normativos (cualquiera sea esta categoría), se está renunciando a la tesis según la cual las normas jurídicas se definen por pertenecer a un sistema jurídico, y no por detentar una cualidad compartida. Por consiguiente, ¿las normas jurídicas se identifican por algún uso especial del lenguaje, o bien, por su pertenencia a un sistema jurídico?

*Sebastián Agüero-SanJuan**

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Católica de Temuco. Doctor en Derecho, Universidad Pompeu Fabra, España. Profesor de Filosofía del Derecho, Universidad Austral de Chile. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-2772-794X>. Correo electrónico: sebastian.aguero@uach.cl

Instrucciones para autores/as

1. *Política editorial*

- a. *Origen y finalidad de la revista.* La *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile* o *Revista de Derecho (Valdivia)* es una revista de estudios generales de Derecho fundada en 1990, que se publica en formato impreso y digital. Su objeto es contribuir al desarrollo de las ciencias jurídicas.

El pluralismo es uno de los valores que inspiran a la revista y su línea editorial se declara aconfesional, no existiendo vinculaciones con ningún tipo de religión, credo, filosofía, doctrina o movimiento político que condicionen la publicación de trabajos por razones ideológicas o morales.

La revista se compone de tres secciones: Investigaciones, Jurisprudencia comentada y Reseñas.

En el desarrollo de su labor está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”. Además, recibe comentarios de jurisprudencia de interés y reseñas de libros recientemente publicados, trabajos que serán revisados por el Consejo Editorial.

Está abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional, especialmente a la hispanoamericana, recibiendo contribuciones inéditas en todas las áreas del saber jurídico, de manera de responder a los requerimientos teóricos o prácticos de académicos, abogados, jueces y, en general, de cualquier operador jurídico.

- c. *Acceso y cargos de procesamiento de artículos.* La *Revista de Derecho (Valdivia)* es una publicación de acceso abierto y, por consiguiente, todo su contenido está disponible para los lectores de manera gratuita y sin necesidad de suscripción.

Los costos de la edición de artículos son asumidos íntegramente por la Universidad Austral de Chile, de modo que los autores/as no deberán soportar ningún cargo de procesamiento de los mismos, ni asociados a su envío ni a su publicación.

2. *Envío de manuscritos*

- a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.

- b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página web www.revista-derechovaldivia.cl. Tanto en el archivo respectivo como en el texto mismo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su

publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página web de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales y en las directrices éticas adoptadas por la Revista.

3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías.* La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores/as.
- b. *Colaboración inédita.* Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones.* Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor/a o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis.* En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor/a en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

Sección Investigaciones:

- a. *Título.* El autor/a titulará su artículo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen.* El artículo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave.* El artículo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras.* Los artículos no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final.

Sección Jurisprudencia comentada:

- a. *Título.* El autor/a titulará su comentario de la forma más breve posible, aludiendo al tema del fallo (con un máximo de 20 palabras) y seguido de la mención del tribunal que lo dictó.
- b. *Fallo.* Transcripción de la sentencia comentada o de un extracto de él, con indicación de su fecha.
- c. *Límite de palabras.* La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10, con referencia bibliográfica completa) y excluido el contenido del fallo. No requieren bibliografía final.

Sección Recensiones:

- a. *Encabezado.* La recensión se iniciará con la mención de los datos del libro reseñado en el siguiente orden: autor/a, título, país, editorial, año y número de páginas.
- b. *Límite de palabras.* Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5, con referencia bibliográfica completa). No requieren bibliografía final.

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis.* Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El

uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.

- b. *Subtítulos.* El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
 - c. *Citas textuales.* Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
 - d. *Notas a pie de página.* Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.
6. *Citas a pie de página*
- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:
Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.
Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.
Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.
Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.
Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMÁN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.
 - b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:
Ley 20.422, 2010.
Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.
 - c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:
Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.
Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.
Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.
7. *Referencias completas al final del trabajo*
- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:
Libro:
WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Gruyter & Co.
BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.
ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.
LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.
INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2ª edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 ["Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200011>

Documento en formato electrónico:

GOLDENBERG SERRANO, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, Nº 2, pp. 91-116. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502015000200006>

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la lei electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, José y YÁÑEZ FUENZALIDA, Nancy, 2015: "Propiedad ancestral indígena sobre las aguas". Informe en Derecho. Disponible en <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir47.pdf>

- b. Las referencias de las normas jurídicas citadas se incluirán en orden cronológico, bajo "Normas jurídicas" y a continuación de la "Bibliografía".

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada el 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada el 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile el 17 de junio de 1994.

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3815-07.

- c. Las referencias a la jurisprudencia citada se incluirán en orden cronológico, bajo "Jurisprudencia" y a continuación de "Normas jurídicas".

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. Evaluación

Sección Investigaciones

- a. *Procedimiento de arbitraje y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, se iniciará el proceso de arbitraje. El arbitraje se realizará por dos evaluadores expertos del área y, en caso de discrepancia, se recurrirá al juicio de un tercer evaluador. En todo arbitraje se aplicará el sistema doble ciego (los árbitros no conocerán el nombre del autor del trabajo y el autor no conocerá el nombre de los árbitros). De acuerdo con el resultado del arbitraje, la Re-

vista decidirá si acepta o rechaza la publicación del trabajo, pudiendo sugerir al autor la realización de cambios en el mismo. Dicho resultado se comunicará al autor a más tardar el 15 de julio, en la primera temporada, y el 15 de enero, en la segunda.

- b. *Pauta de arbitraje.* La pauta de arbitraje aplicada refiere a los siguientes aspectos: i) calidad y propiedad en el uso del lenguaje jurídico, así como de la exposición de las ideas y de la construcción de los argumentos; ii) existencia de un planteamiento ordenado y coherente de un problema jurídico; iii) claridad y originalidad de la tesis o planteamiento del autor; y iv) si el trabajo denota un conocimiento actualizado y sólido del saber jurídico, constituyendo un aporte novedoso o interesante al conocimiento jurídico.

Los árbitros deberán indicar si recomiendan al Consejo Editorial la publicación del trabajo sin observaciones, con observaciones menores o formales, o previas modificaciones sustantivas del autor; o si, por el contrario, no recomiendan su publicación, sea porque requeriría modificaciones sustantivas de tal entidad que implicarían su reelaboración o porque carece de la novedad o interés exigidos.

- c. *Criterios de exclusión.* En cualquier caso, serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos: i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de dos años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor/a (como autor/a único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

Sección Jurisprudencia comentada y Recensiones

- a. *Procedimiento de revisión y resultados.* Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, pasará a la revisión por parte del Consejo Editorial quien decidirá acerca de su publicación según criterios de interés del tema abordado por el fallo o libro, fecha de su publicación, calidad de la redacción y uso idiomático.

- b. *Criterios de exclusión.* i) no cumplir con el enfoque o alcance de la Revista o no incidir en su ámbito disciplinar; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptadas por la Revista; iii) no enviar el trabajo por medio de la plataforma establecida; iv) haber transcurrido más de dos años desde la dictación del fallo o desde la publicación del libro (contados desde el envío del trabajo) y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

9. *Aceptación o rechazo*

Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor/a respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella.

La *Revista de Derecho (Valdivia)* se reserva el derecho de decidir respecto de la efectiva publicación de los trabajos arbitrados y, en su caso, el volumen y número específico en que se publicarán.

10. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores/as se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

11. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

Las directrices éticas, declaración de malas prácticas, deberes, procedimientos y sanciones acogidas por la Revista y declaradas en “Ética de la publicación” (disponible en www.revistaderechovaldivia.cl) deben ser respetadas por todos los intervinientes en el proceso editorial y, para todos los efectos prácticos, se entienden formar parte de las presentes Instrucciones.

12. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor/a cede a la Revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquier nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor/a tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

La publicación del trabajo se entiende hecha bajo licencia Creative Commons (CC) BY-NC-ND 4.0.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor/a en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

DERECHO PRIVADO

Estudio acerca del “control de incorporación” para establecer la conveniencia de su regulación general en Colombia. María Elisa Camacho López

El ejercicio ilegítimo de la libertad de empresa en las cláusulas abusivas: una mirada a la jurisprudencia del consumidor. Julio Alvear Téllez

Tensiones sociales generadas por las técnicas de reproducción humana asistida en materia de filiación en Colombia. Olga Carolina Cárdenas Gómez, Tálía Valero Mora, María Cristina Palacio Valencia

DERECHO PÚBLICO

Aplicación de la norma general antielusiva chilena en relación con las normas especiales antielusivas. Patricia Toledo Zúñiga, María Pilar Navarro Schiappacasse

Conflictos de acoso sexual en las universidades chilenas y su tratamiento restaurativo. Isabel González Ramírez

Prostitución: ¿un asunto de libertad? Marta Szygendowska

Régimen jurídico de la demolición. Rosa Fernanda Gómez González

Tres *desiderata* para una teoría de los derechos sociales. Leticia Morales

DERECHO PENAL

Valoración crítica de la técnica legislativa empleada en la tipificación de los delitos falsarios de la ley de tránsito. Jaime Vera Vega

JURISPRUDENCIA COMENTADA

Apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica contractual de las personas sordas (Corte Suprema), Yerko Cubillos Román

Eficacia jurídica de los códigos de conducta y control judicial (Corte Suprema), Gloria Vargas Almonacid

Notas sobre la revisión judicial de multas ambientales a propósito del caso “Punta Puertecillo” (Corte Suprema), Pablo Méndez Ortiz

RECENSIONES

Giovanni Battista Ratti, Jorge L. Rodríguez, *Estructura y coherencia de los sistemas jurídicos*. Recensión de Sebastián Agüero-SanJuan