

Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales



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

Revista de
Derecho
(Valdivia)

Volumen XXXIII - N° 1 • Junio 2020

Revista
de
Derecho
(Valdivia)

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

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

Directorios y catálogos
Scopus
SCIELO
Latindex

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

Impresión
ANDROS IMPRESORES
Santa Elena 1955
Santiago de Chile



Universidad Austral de Chile

Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales

Revista de Derecho

REVISTA DE DERECHO
(Valdivia)

RECTOR UNIVERSIDAD AUSTRAL DE CHILE
OSCAR GALINDO VILLARROEL

DIRECTORA Y EDITORA EN JEFE
SUSAN TURNER SAEIZER

EDITORES ASOCIADOS
LETICIA MORALES
YANIRA ZÚÑIGA AÑAZCO
ANDRÉS BORDALÍ SALAMANCA

CONSEJO EDITORIAL INTERNO

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

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

FELIPE PAREDES PAREDES,
Director Instituto de Derecho Público

CONSEJO EDITORIAL EXTERNO

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

CONSEJO ASESOR

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

ÍNDICE

Volumen XXXIII - Nº 1 (Junio 2020)

INVESTIGACIONES

<i>Inmidades fuertes y débiles: el imperio contraataca</i> , María Beatriz Arriagada Cáceres	9
<i>Neoconstitucionalismo, positivismo y validez</i> , Esteban Buriticá Arango, Kennier Garay	31
<i>Burocracias legislativas: etnografía sobre los funcionarios de nivel medio en Chile</i> , Mayra Feddersen Martínez	53
<i>Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos</i> , Marcela Acuña San Martín	75
<i>El concurso post mortem de la herencia</i> , Guillermo Caballero Germain, Susana Espada Mallorquín	97
<i>Bienes digitales personales y sucesión mortis causa: La regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español</i> , Jorge Ordelin Font, Salette Oro Boff	119
<i>La devolución de la cantidad pagada en la jurisprudencia: desencaje con la garantía legal</i> , Alfredo Ferrante	141
<i>Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo</i> , Sebastián Bozzo Hauri	159
<i>La participación del Congreso Nacional en las modificaciones a la Ley de Presupuestos</i> , Sebastián Soto Velasco	185
<i>La garantía política de la supremacía constitucional: el caso del decreto de emergencia económica</i> , Luis Alejandro Silva Irrázaval	209
<i>Mecanismos generales y especiales de revisión administrativa de las sanciones</i> , Rosa Gómez González	231

<i>Abriendo los partidos políticos: acceso a la información tras la reforma a la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos</i> , Pablo Contreras Vásquez, Leonardo Ortiz Mesías	253
<i>La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena</i> , Jorge Larroucau Torres	273
<i>Rechazo in limine de recurso de casación (art. 782 inciso 2º CPC) y normas decisoria litis</i> , Carlos del Río Ferretti	297
<i>¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?</i> , Ana María Morales Peillard, Sebastián Salinero Echeverría	319

JURISPRUDENCIA COMENTADA

<i>La “letra muerta” de la Ley Indígena: calificación registral, tierras indígenas e inscripción judicial (Corte Suprema)</i> . Comentario de Cristóbal Carmona Caldera	345
<i>La responsabilidad institucional de la Iglesia Católica por los abusos sexuales de su sacerdote (Corte de Apelaciones de Santiago)</i> . Comentario de Pablo Carvacho Traverso	355
<i>¿Resulta procedente iniciar un procedimiento concursal de liquidación voluntaria sin que existan juicios pendientes en contra del deudor? (Corte Suprema)</i> . Comentario de Gonzalo Barceló López	365

RECENSIONES

Richard Delgado y Jean Stefancic, <i>Must we Defend Nazis?: Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy</i> . Recensión de Rodrigo Pablo Pérez	377
Sebastián Figueroa. <i>Adscripción y reacción: responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal</i> . Recensión de Joaquín Reyes Barros	380

INVESTIGACIONES

Inmунidades fuertes y débiles: el imperio contraataca

*María Beatriz Arriagada Cáceres**

RESUMEN

Este trabajo intenta traslapar la distinción entre permisos fuertes y débiles concebida por Alchourrón y Bulygin y parte de la discusión respecto de su relevancia práctica al campo de las inmunidades. Su objetivo principal es introducir la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y comenzar a discutir su relevancia práctica.

Permisos fuertes y débiles; incompetencia; inmunidad

Strong and weak immunities: the empire strikes back

ABSTRACT

This paper attempts to overlap the distinction between strong and weak permissions conceived by Alchourrón and Bulygin and part of the discussion on its practical relevance to the field of immunities. Its main objective is to introduce the distinction between strong and weak immunities and begin to discuss their practical relevance.

Strong and weak permissions; incompetence; immunity

* Licenciada en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctora en Derecho, Universidad de Chile. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago, Chile. Investigadora del Centro de Investigaciones de Filosofía del Derecho y Derecho Penal, Universidad de Valparaíso, Chile. Dirección electrónica: mbeatriz.arriagada@gmail.com y maria.arriagada@udp.cl.

Este trabajo corresponde a resultados del proyecto financiado por el Fondo Nacional de Desarrollo Científico y Tecnológico, FONDECYT regular N° 1180894 "Hacia una teoría del *stare decisis*", de la que soy coinvestigadora. Agradezco las observaciones que a un borrador de este trabajo realizaron Riccardo Guastini, Álvaro Núñez y Jorge Rodríguez. También a quienes asistieron al XX Seminario internacional de teoría del derecho de la Universidad Nacional del Sur de Bahía Blanca, Argentina y al Seminario Austral de la Universidad Austral de Chile celebrados, respectivamente, en junio y octubre de 2018. Finalmente, a los miembros del Seminario de lecturas e introducción a la investigación en teoría del derecho de la Universidad Diego Portales: Seren Ataoglu, Tamara Hernández, Almendra Merino, Loreto Navarro, Francisco Pino y Diego Villegas, con quienes discutí varias veces las tesis de este trabajo.

Artículo recibido el 1.3.2019 y aceptado para su publicación el 31.5.2019.

INTRODUCCIÓN

La distinción entre permisos fuertes y débiles concebida por Alchourrón y Bulygin¹ ha suscitado una discusión cuya importancia resulta difícil de exagerar. Su foco es la pregunta de si esta distinción tiene relevancia práctica o si, en cambio, un permiso conferido por una norma es equivalente a la mera ausencia de prohibición². El objetivo de este trabajo es, haciendo eco a esta distinción y discusión, introducir la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y comenzar a discutir su relevancia práctica.

En la primera sección se presenta la distinción entre permisos fuertes y débiles (I.1) y se sistematizan los principales argumentos de la discusión acerca de su relevancia práctica (I.2).

Para justificar la introducción de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles, la segunda sección explicita las similitudes que existen entre permisos e inmunidades. Para ello se utiliza el modelo de análisis hohfeldiano de las posiciones jurídicas donde el concepto de privilegio es idéntico al concepto de permiso. Una vez presentado este modelo (II.1), se analiza la ambigüedad con la que Hohfeld utiliza los pares de conceptos correlativos “privilegio/no-derecho” e “incompetencia/inmunidad”: no es claro si ellos describen posiciones adscritas por normas (posiciones fuertes) o si, en cambio, describen la ausencia de estas normas (posiciones débiles) (II.2). Se concluye identificando algunas diferencias entre los permisos y las inmunidades que son relevantes para trazar la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y discutir su relevancia práctica (II.3).

En la tercera sección se introduce la distinción entre inmunidades fuertes y débiles (III.1) y la discusión respecto de su relevancia práctica analizando la posibilidad de traslapar los argumentos utilizados en el debate de la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles (III.2).

La discusión pertinente a la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles tiene una secuela. Algunos de quienes asumen que esta distinción es irrelevante, aseguran que las distinciones auténticamente relevantes son las que median entre permisos *prima facie* y permisos concluyentes y la que media entre permisos protegidos y no protegidos³. No trataré estas distinciones ni procuraré reconstruirlas en el campo de las inmunidades.

I. PERMISOS FUERTES Y PERMISOS DÉBILES

1. *La necesidad de distinguir entre permisos fuertes y débiles*

De acuerdo con Alchourrón y Bulygin el término “permitido” es ambiguo: (a) Cuando figura en una proposición normativa que describe la existencia de normas puede expresar

¹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 169-199 y 1991 [1984]; BULYGIN, 2010. La distinción fue trazada antes, aunque con un sentido diferente en Von Wright, 1970 [1963], pp. 100-101.

² Para un excelente resumen de esta discusión, ver POGGI, 2004a, capítulos 2 y 3 y 2004b.

³ Así, por ejemplo; RUIZ MANERO, 2010, p. 300 y BAYÓN, 2009, pp. 65-72.

uno de dos conceptos descriptivos de permisión: (a.1) Una conducta p está *permitida en sentido fuerte* si en el sistema existe una norma que permite p , y (a.2) Una conducta p está *permitida en sentido débil* si en el sistema no existe una norma que prohíbe p . (b) Cuando el término “permitido” figura, no en una proposición normativa, sino en una norma, expresa el concepto prescriptivo de permisión. “Permitido p ” es un carácter de las normas equivalente a “No prohibido p ” y a “No obligatorio no p ”⁴.

Según estos autores⁵, permitido y prohibido, en cuanto caracteres de las normas, son contradictorios. También son contradictorias la permisión débil (la proposición que afirma la inexistencia de una norma que prohíbe p) y la proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe p . Pero no son contradictorias la permisión fuerte (la proposición que afirma la existencia de una norma que permite el estado de cosas p) y la proposición que afirma la existencia de una norma que prohíbe p . Ambas proposiciones podrían ser verdaderas si el sistema fuera inconsistente (si incluyera a la vez las dos normas), por lo que el permiso fuerte no implica el permiso débil. En un sistema consistente, ningún estado de cosas está prohibido y, al mismo tiempo, permitido en sentido fuerte; por consiguiente, no hay estados de cosas permitidos en sentido fuerte que no estén permitidos en sentido débil.

Si, en cambio, ambas proposiciones son falsas (ninguna de las dos normas pertenece al sistema), el sistema es incompleto. En un sistema completo todos los estados de cosas relevantes están regulados, como prohibidos o como permitidos en sentido fuerte; por tanto, no hay estados de cosas permitidos en sentido débil que no estén a la vez permitidos en sentido fuerte. Lo que hace necesario distinguir entre permisos fuertes y débiles es la posibilidad de sistemas normativos inconsistentes e incompletos.

De todo ello resulta el famoso principio en el que todo que no está prohibido está permitido admite diferentes interpretaciones, dependiendo de si es considerado una norma o una proposición normativa que describe la existencia de normas:

- (a) Si el principio es una proposición normativa, puede ser interpretado de dos modos dependiendo del significado que asuma la expresión “permitido”: (a.1) si “permitido” significa permisión fuerte, el principio es una proposición contingente acerca de un sistema normativo que será verdadera si el sistema es completo y falsa si no lo es; y (a.2) si “permitido” significa permisión débil, el principio es analítico y necesariamente verdadero; en cuanto solamente dice que lo que no está prohibido no está prohibido, nada dice sobre ningún sistema normativo.
- (b) Si el principio es, en cambio, una norma positiva, estaríamos frente a una regla de clausura residual cuya existencia es contingente. Dicha regla autoriza a inferir, a partir del solo hecho de que la norma que prohíbe cierta conducta no pertenece al sistema (permisión débil), la pertenencia al sistema de una norma implícita que

⁴ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 173-177 y 1991 [1984], pp. 218-219 y BULYGIN 2010: 284-285.

⁵ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 175 y 1991 [1984], pp. 219-220.

permite esa conducta (permisión fuerte)⁶. La regla de clausura es de segundo nivel: se refiere a los enunciados del sistema que constituyen el primer nivel y no se incluye a sí misma en esa referencia. Además, es una regla supletoria: solo se puede recurrir a ella una vez comprobado que mediante las reglas ordinarias no se infiere ninguna solución para el caso en cuestión⁷.

Observemos lo dicho en la siguiente tabla que muestra cuatro sistemas posibles:

	i. Existe una norma que permite p	ii. Existe una norma que prohíbe p	Sistema inconsistente respecto de p	Sistema incompleto respecto de p	Permisión Fuerte de p	Permisión Débil de p
1	V	V	V	F	V	F
2	F	V	F	F	F	F
3	V	F	F	F	V	V
4	F	F	F	V	F	V

En el sistema 2 p no está permitido ni en sentido fuerte ni débil. En el sistema 3 p está permitido en ambos sentidos. Como ambos sistemas son consistentes y completos respecto de p , la distinción entre permiso fuerte y débil no es necesaria.

El sistema 1 es inconsistente pero no incompleto respecto de p porque p está regulado. El sistema 4 es incompleto, pero no inconsistente respecto de p porque no hay conflicto de normas. En ambos sistemas la distinción entre permiso fuerte y débil es necesaria. En el sistema 1 p está permitido en sentido fuerte, pero no débil. En el sistema 4 p está permitido en sentido débil, pero no fuerte.

¿Cuál es el efecto que, en este esquema, tiene la existencia de una regla de clausura que autoriza a inferir la existencia de una permisión fuerte a partir de la sola existencia de una permisión débil?

Se suele considerar que los sistemas de derecho penal liberal son completos precisamente porque contienen una regla de este tipo. La famosa regla *nullum crimen sine lege* figura en casi todos los ordenamientos jurídicos liberales y suele interpretarse como una regla que permite todas las conductas no prohibidas por el sistema penal⁸. Pero esto no significa que estos subsistemas sean completos del modo en que lo es el sistema 3 de nuestra tabla.

La regla de clausura autoriza a inferir la permisión de una conducta en un caso dado si del sistema no se infiere ninguna prohibición de esa conducta en ese caso. En este contexto, que una acción esté penalmente permitida solamente significa que su realización

⁶ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 177-179 y 1991 [1984]: 221 y BULYGIN, 2010, p. 285.

⁷ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], p. 191.

⁸ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 196 y 198.

no acarrea sanciones penales⁹. Pero dicha acción débilmente permitida respecto de la cual el sistema es incompleto (sistema 4), puede ser tipificada como delito, en cuyo caso la regla de clausura no se aplica porque no se verifica su supuesto de aplicación (inexistencia de una norma de prohibición). La acción que estaba débilmente permitida (sistema 4) y que era interpretada como permitida en sentido fuerte para excluir su sanción penal, pasa a estar prohibida (sistema 2).

2. *La relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles*

Como Alchourrón y Bulygin reconocen, la objeción más simple y a la vez más fuerte contra la distinción entre permisos fuertes y débiles es la que ataca su relevancia práctica¹⁰. Echave, Urquijo y Guibourg procuran mostrar que el hecho de que una conducta pase de ser no prohibida a ser permitida por una norma no varía las expectativas de quien piensa realizarla o la ha realizado¹¹.

Alchourrón y Bulygin responden a esta objeción argumentando que, si bien ella es correcta mientras limitamos nuestra atención a casos muy simples en los que existe una sola autoridad normativa, la situación cambia cuando aparecen varias autoridades jerárquicamente ordenadas. Si en estos contextos una autoridad normativa dicta una norma permisiva, esta funciona como una limitación de la competencia de las autoridades normativas inferiores. Si una autoridad inferior dicta una norma que prohíbe la conducta permitida por una autoridad superior, tal norma será inválida. Así, solamente las conductas débilmente permitidas, pero no las fuertemente permitidas, podrían ser prohibidas por la autoridad inferior¹². Este es el primer argumento que apoya la relevancia de la distinción entre permisión fuerte y débil.

En contra de este argumento, Atienza y Ruiz Manero afirman que los permisos concedidos por autoridades de rango superior no son más que prohibiciones (de prohibir o sancionar las conductas mencionadas en las normas permisivas) que, indirectamente expresadas, se dirigen a las autoridades normativas subordinadas¹³. Ruiz Manero ataca

⁹ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1975 [1971], pp. 198.

¹⁰ ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991 [1984], pp. 235-236.

¹¹ ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 2008 [1980], pp. 155-158.

¹² ALCHOURRÓN y BULYGIN, 1991 [1984], pp. 236-237.

¹³ Aseguran que Alchourrón y Bulygin entienden las prohibiciones de ejercicio de una competencia como parte de la norma de competencia misma y los critican porque sería preferible ver estas prohibiciones como el contenido de normas regulativas del ejercicio de la competencia. Este es el mismo argumento que dirigen en contra de la interpretación rossiana en donde la garantía constitucional de ciertas libertades es una incompetencia del legislador. A esto puede responderse que, según Alchourrón y Bulygin, las normas permisivas dictadas por una autoridad superior no son normas de incompetencia ni prohibiciones de ejercitar la competencia. La razón por la que funcionan como una limitación de la competencia es que los sistemas jurídicos suelen contener una norma que invalida las normas cuyo contenido contradice el de normas superiores. El argumento de estos autores es más amplio, ya que postula que la relevancia de las normas permisivas siempre puede explicarse en términos de derogación, excepción y definición de normas de mandato o prohibición; ver ATIENZA y RUIZ MANERO, 1994, pp. 817-820 y 830 y 2004, pp. 117-119 y 127-128; RUIZ MANERO, 2005, p. 119 y 2010, pp. 302-303 y ROSS, 2000 [1968], pp. 159-160.

directamente la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles. Argumenta que la situación de una acción que carece de estatus normativo en relación con cierto sistema de normas es equivalente a la situación en la que dicha acción está expresamente permitida por una norma del sistema. Porque, en ambas situaciones, ninguna norma de ese sistema es violada por el sujeto, tanto si realiza la acción como si se abstiene de realizarla. La disponibilidad de la acción para el sujeto, en relación con ese sistema de normas, sería la misma tanto si la acción no está regulada como si la acción está permitida por el sistema¹⁴

Bulygin aclara que la interdefinibilidad de los operadores deónticos significa que tanto las normas que establecen prohibiciones y obligaciones como las normas permisivas pueden ser formuladas, indistintamente, en términos de prohibición, obligación o permisión. Pero esto no significa ni prueba que las normas permisivas sean reemplazables por (o reducibles a) las normas imperativas¹⁵.

Salvado así el primer argumento que apoya la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles, Bulygin formula un argumento nuevo. Este afirma que no es lo mismo introducir una norma que prohíbe p en un sistema en el que p no está prohibida (permisión débil) que en un sistema en donde existe una norma que permite p (permisión fuerte). Que en el primer sistema no se produciría ninguna inconsistencia, mientras el segundo se volvería inconsistente, demostraría de modo concluyente que la ausencia de regulación no es pragmáticamente equivalente a la regulación permisiva¹⁶.

Este argumento se sustenta en la comparación de lo que ocurre cuando se introduce una norma que prohíbe p en los sistemas 4 y 3 de nuestra tabla. Ninguno de estos sistemas es inconsistente pues no hay conflicto de normas respecto de p y en ambos p está permitido en sentido débil. Sin embargo, mientras en el sistema 4 p no está permitido en sentido fuerte, en el sistema 3 sí lo está. El sistema 4 es incompleto y el sistema 3 no es incompleto respecto de p . En el sistema 4 no se produce ninguna inconsistencia porque p no estaba permitido en sentido fuerte, pero se modifica porque deja de ser incompleto; se transforma en un sistema 2. El sistema 3 se modifica porque se vuelve inconsistente, pero sigue siendo completo; se transforma en un sistema 1.

Es preciso notar que la discusión reseñada enfrenta a dos perspectivas diferentes. Alchourrón y Bulygin adjudican relevancia práctica a la distinción entre permiso fuerte y débil desde la perspectiva del legislador, mientras Atienza y Ruiz Manero niegan dicha relevancia desde la perspectiva del ciudadano¹⁷. Esto será comparativamente relevante al analizar la distinción entre inmunidades fuertes y débiles.

¹⁴ RUIZ MANERO, 2005, pp. 118-119 y 2010, p. 300.

¹⁵ BULYGIN, 2010, pp. 287-288 y 290.

¹⁶ BULYGIN, 2010, p. 287.

¹⁷ Agradezco a Sebastián Agüero haber llamado mi atención respecto de este punto.

II. PERMISOS E INMUNIDADES EN CLAVE HOHFELDIANA

La razón para tematizar la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y proyectar en ella la discusión acerca de la distinción entre permisos fuertes y débiles reside en las similitudes que existen entre los permisos y las inmunidades.

Ellos han sido paradigmáticamente puestas de relieve en el modelo explicativo hohfeldiano¹⁸. En este modelo, el concepto de privilegio (o libertad), cuyo correlativo es el concepto de no-derecho, es idéntico al concepto de permiso¹⁹. El lugar que el concepto de privilegio ocupa en su respectiva familia es análogo al ocupado por el concepto de incompetencia en su respectiva familia, cuyo correlativo es el concepto de inmunidad.

En cuanto no es adscriptivo sino descriptivo de posiciones jurídicas subjetivas en contextos de sistemas de normas jurídicas, el discurso de Hohfeld se sitúa en el nivel de las proposiciones normativas²⁰. Una de sus características salientes es el uso ambiguo de los términos correlativos “privilegio/no-derecho” e “incompetencia/inmunidad”: no es claro si ellos son usados para describir posiciones adscritas por ciertas normas (fuertes) o para describir la ausencia de estas normas (débiles)²¹.

1. *El modelo hohfeldiano de las posiciones jurídicas subjetivas*

Hohfeld identifica ocho conceptos jurídicos que considera fundamentales y los analiza conectivamente en un esquema de cuatro relaciones de correlatividad (deber/derecho, privilegio/no-derecho, competencia/sujeción, incompetencia/inmunidad) y cuatro relaciones de oposición (deber/privilegio, derecho/no-derecho, competencia/incompetencia, sujeción/inmunidad)²². Desde el punto de vista lógico, su estrategia es mostrar que los correlativos se implican recíprocamente (son equivalentes lógicos) y los opuestos se niegan mutuamente (son contradictorios lógicos)²³.

Como para Hohfeld “correlatividad” significa mutua implicación, los conceptos correlativos expresan una sola relación desde dos ángulos diferentes y los dos enunciados que pueden referirse a ella son lógicamente equivalentes²⁴. Esto se explica porque Hohfeld presupone que toda relación de correlatividad está constituida por una posición jurídica activa y una posición pasiva que funcionan como dos polos de una batería. Una posición es activa si se define por referencia a una conducta de su titular. Una posición

¹⁸ HOHFELD, 2010 [1913] y 2010 [1917].

¹⁹ Por ejemplo, ROSS, 2000 [1968], p. 165; RUIZ MANERO, 2005, p. 124; BAYÓN, 2009, pp. 69-70.

²⁰ ARRIAGADA, 2018, pp. 6-7.

²¹ ARRIAGADA 2018, pp. 16-18.

²² HOHFELD, 2010 [1913], pp. 35-36 y 64.

²³ Por ejemplo, KRAMER, 2000 [1998], p. 8 y RAINBOLT, 2010, p. 4.

²⁴ HOHFELD, 2010 [1913], pp. 38-39, 55-60 y 2010 [1917]: 73. Ver WILLIAMS, 1956, pp. 1144-1145; RAINBOLT, 1993, p. 95 y 2010, pp. 2 y 4; KRAMER, 2000 [1998], pp. 8, 24, 26, 30-31, 35, 40; CRUZ PARCERO, 2007, pp. 33-34 (nota N° 19 de ese trabajo). Incluso se sostiene que las expresiones correlativas son sinónimas; ROSS 2005 [1958]: 200.

es, en cambio, pasiva cuando se define, no por referencia a una conducta de su titular, sino por referencia a una conducta del titular de la posición jurídica correlativa. Desde esta perspectiva, los deberes, privilegios, competencias e incompetencias son posiciones activas, mientras los derechos, no-derechos, sujeciones e inmunidades son posiciones pasivas²⁵.

Decir que X tiene frente a Y el derecho (pasivo) a que Y realice Z es equivalente a decir que Y tiene frente a X el deber (activo) de realizar Z. Decir que X tiene la competencia (activa) de realizar un acto normativo que cambia la situación jurídica de Y es equivalente a decir que Y está (pasivamente) sujeto a la competencia de X de realizar un acto normativo que cambia su situación. Decir que X tiene frente a Y el privilegio (activo) de hacer Z es equivalente a decir que Y tiene el no-derecho (pasivo) a que X no haga Z. Decir que X es (activamente) incompetente de realizar un acto normativo que cambie la situación jurídica de Y es equivalente a decir que Y se encuentra frente a X en una posición (pasiva) de inmunidad²⁶.

Como para Hohfeld “oposición” significa mutua negación, un privilegio es la negación de un deber de contenido o tenor precisamente opuesto al del privilegio en cuestión²⁷. Es la negación del deber de hacer algo o la negación del deber de no hacer algo²⁸. Por su parte, una competencia ofrece el mismo contraste general con una inmunidad que el que un derecho presenta frente a un privilegio. Una inmunidad es la libertad (privilegio) de una persona frente a la competencia de otro respecto de una relación jurídica.²⁹ Esto es, la negación de una sujeción del mismo contenido que la inmunidad en cuestión, no de una sujeción de contenido opuesto³⁰.

²⁵ Esta clasificación, fundada en un criterio valorativamente neutral, se opone a la mucho más extendida en donde las posiciones de derecho, privilegio, competencia e inmunidad son activas y las posiciones de deber, no-derecho, sujeción e incompetencia son pasivas. Esta última clasificación es descartada porque, en contra de la distinción hohfeldiana entre las relaciones puramente jurídicas de los hechos físicos y psíquicos que las hacen surgir, se apoya un criterio valorativo en el que las posiciones activas son favorables y las pasivas son desfavorables. Acerca de la distinción referida, ver HOHFELD, 2010 [1913], p. 27. Para un desarrollo de las razones para preferir la clasificación que se propone, ver ARRIAGADA, 2018, pp. 11-13.

²⁶ Esto explica que Hohfeld defina: (i) el concepto pasivo de derecho como el correlativo invariable del concepto activo de deber u obligación que, en cambio, es definido como aquello que se debe o no se debe hacer; (ii) el concepto pasivo de sujeción como el correlativo del concepto de competencia que, en cambio, es definido como la posición en la que se encuentra el sujeto de cuya voluntad depende la realización de un cambio en la relación jurídica que se encuentra en juego; (iii) el concepto pasivo de no-derecho como el correlativo del concepto activo de privilegio que en cambio, es definido como el opuesto del concepto activo de deber previamente definido y (iv) el concepto pasivo de inmunidad mediante una analogía con el concepto activo de libertad o privilegio, o bien como el correlativo del concepto activo de incompetencia que es, en cambio, definido como el opuesto del concepto activo de competencia previamente definido; ver HOHFELD, 2010 [1913], pp. 37-39 y 50-60 y ARRIAGADA, 2018, pp. 13-16.

²⁷ HOHFELD, 2010 [1913], p. 39.

²⁸ WILLIAMS, 1956, pp. 1135-1142 y ROSS, 2000 [1968], p. 165.

²⁹ HOHFELD, 2010 [1913], p. 60.

³⁰ Como sostuve en ARRIAGADA, pp. 2018, p. 6. Agradezco a Jorge Rodríguez haber llamado mi atención pertinente a este error.

Decir que alguien tiene el privilegio de no hacer X es equivalente a decir que no tiene el deber de hacer X. Decir que alguien tiene el privilegio de hacer X es equivalente a decir que no tiene el deber de no hacer X. Decir que X tiene una inmunidad frente a Y es equivalente a decir que X no está sujeto a la competencia de Y³¹.

Estas posiciones y relaciones de correlatividad y oposición suelen ser clasificadas en dos familias. Derecho, deber, privilegio y no-derecho se consideran primarias o de primer orden, mientras competencia, sujeción, incompetencia e inmunidad se consideran secundarias o de segundo orden³². Esta clasificación se justifica por el uso implícito que Hohfeld hace de dos distinciones: (i) normas regulativas y normas de competencia³³, y (ii) actos jurídicos no normativos y actos jurídicos normativos³⁴.

En extrema síntesis: (i) Los deberes y derechos son instituidos por normas regulativas y pueden tener por objeto actos jurídicos no normativos, en cuyo caso son posiciones de primer orden. Los privilegios y no-derechos que los niegan se refieren al mismo objeto y, en consecuencia, también son de primer orden; (ii) Las competencias y sujeciones son instituidas por normas de competencia que tienen por objeto actos normativos, por lo que son al menos de segundo orden. Las incompetencias e inmunidades que las niegan se refieren al mismo objeto y, por tanto, tienen su misma jerarquía³⁵.

Esto explica la afirmación³⁶ de que las posiciones y relaciones hohfeldianas de la primera familia pueden, aunque no necesariamente, ser primarias y aquellas de la segunda familia no pueden ser primarias sino al menos de segundo orden³⁷. Esta explicación, a su vez, presupone que las dos familias son independientes³⁸ y soslaya la tesis en que las posiciones de segundo orden son lógicamente reducibles a las de primer orden³⁹.

³¹ ARRIAGADA, 2018, pp. 5-6.

³² KRAMER, 2000 [1998], p. 20; WENAR, 2005, pp. 230-233; GUASTINI, 2016 [2014], pp. 84-87, RAINBOLT, 2010, p. 3 y ARRIAGADA, 2018, pp. 8-9;

³³ Las normas regulativas son entendidas como aquellas que, en un sistema jurídico, califican la realización o abstención de determinados actos o la consecución de determinados fines, como consecuencia de ello, de su observancia e inobservancia no se sigue la validez y la invalidez. Las normas de competencia son entendidas como aquellas que, en un sistema jurídico, determinan o constituyen la posibilidad de producir, modificar o derogar normas válidas o participar en su producción, modificación o derogación, como resultado de esto, la consecuencia de seguirlas es la validez y la de no seguirlas la invalidez; ARRIAGADA, 2018, p. 9.

³⁴ Los actos jurídicos no normativos son aquellos cuya realización y las consecuencias que de ella se siguen no han sido determinadas por normas de competencia. Pueden ser realizados, descritos y comprendidos sin referencia a norma alguna, pero pueden ser calificados por normas jurídicas regulativas; por ejemplo, conducir un automóvil. Los actos jurídicos son normativos (crean, modifican o derogan normas) cuando su realización y las consecuencias que de ello se siguen han sido determinadas por normas de competencia, de suerte que solo pueden ser realizados, descritos y comprendidos de acuerdo con ellas; por ejemplo, otorgar un testamento o dictar una ley; ARRIAGADA, 2018, p. 10.

³⁵ Por supuesto los deberes y derechos instituidos por normas regulativas y los privilegios y no-derechos que los niegan también pueden referirse a actos jurídicos normativos; ARRIAGADA, 2018, pp. 10-11.

³⁶ De autores como KRAMER, 2000 [1998] y RAINBOLT, 2010, p. 3.

³⁷ ARRIAGADA, 2018, p. 11.

³⁸ Un enunciado que afirma o niega una posición en una de ellas no implica un enunciado que afirma o niega una posición en la otra; HOHFELD 2010 [1913], p. 58 y DUARTE D'ALMEIDA, 2016, pp. 558-559.

³⁹ Esta tesis está en ROSS, 2000 [1968], pp. 153-156 y no será discutida aquí.

El esquema hohfeldiano se grafica en la siguiente tabla⁴⁰. Las relaciones de correlatividad se representan con el símbolo del bicondicional (\leftrightarrow). Como cada una de estas relaciones involucra un concepto activo y uno pasivo, el activo es siempre el primero y se marca con negrita. Las relaciones de oposición se representan mediante el símbolo de la contradicción (\perp) y todas ellas involucran o dos conceptos activos o dos pasivos.

<i>Relaciones de primer orden</i>			<i>Relaciones de segundo orden</i>		
<i>deber</i>	\leftrightarrow	derecho	<i>competencia</i>	\leftrightarrow	sujeción
\perp		\perp	\perp		\perp
<i>privilegio</i>	\leftrightarrow	no-derecho	<i>incompetencia</i>	\leftrightarrow	inmunidad

2. *La ambigüedad en el uso de los conceptos de privilegio/no-derecho y de incompetencia/inmunidad*⁴¹

La perspectiva lógica propuesta por Hohfeld sustenta la conclusión de que todos los conceptos hohfeldianos están en el mismo nivel, esto es, no son recíprocamente reducibles, pero son interdefinibles en términos de sus correlativos y opuestos⁴². Los estudiosos de Hohfeld parecen estar, sin embargo, de acuerdo en que los conceptos de privilegio, no-derecho, incompetencia e inmunidad son, a diferencia de los de deber, derecho, competencia y sujeción, puramente negativos. En términos de Guastini, las situaciones de libertad (privilegio), no-derecho, inmunidad e incompetencia carecen de autonomía conceptual en el sentido de que no son otra cosa que la respectiva ausencia de obligación, derecho, sujeción y competencia⁴³.

Esto se explica porque tanto Hohfeld como los estudiosos de su trabajo implícitamente aceptan que los conceptos de privilegio/no-derecho y los de incompetencia/inmunidad son derivados, mientras los conceptos de deber/derecho y los de competencia/sujeción son primitivos. Esto no implica negar que todos los conceptos hohfeldianos están en el mismo nivel esgrimiendo que algunos son lógicamente reducibles a la negación de otros⁴⁴. La diferenciación entre conceptos primitivos y derivados no se funda en el esquema hohfeldiano de relaciones lógicas, sino en la posibilidad de que este sea útil para quienes pueden utilizarlo.

Si dicho esquema tuviera como punto de partida los conceptos de privilegio/no-derecho e incompetencia/inmunidad, sus potenciales usuarios quedarían desconcertados.

⁴⁰ Una tabla semejante puede verse en ARRIAGADA, 2018, p. 25.

⁴¹ Esta sección reproduce parte del análisis realizado en ARRIAGADA, 2018, pp. 16-25.

⁴² Ver, por ejemplo, SPAAK, 2003, p. 90, LINDHAL, 1977, p. 203 y ARRIAGADA, 2018, p. 6.

⁴³ GUASTINI, 2016, pp. 85-86.

⁴⁴ Así, por ejemplo, según HALPIN 1958: 443, los conceptos de privilegio y no-derecho son superfluos porque son reducibles a la negación de los conceptos de deber y derecho. Lo que, en cambio, se podría decir que los conceptos que he llamado derivados no son otra cosa que las clases complementarias de los conceptos que he llamado primitivos; acerca de los conceptos y sus clases complementarias, ver STRAWSON, 1952, pp. 7-9.

La razón es que, desde la perspectiva de cómo funcionan los ordenamientos jurídicos reales, la comprensión de estos conceptos presupone la respectiva comprensión de los conceptos primitivos de deber/derecho y competencia/sujeción. Los conceptos de privilegio/no-derecho y de incompetencia/inmunidad son derivados en el sentido de que su significado jurídico no puede ser comprendido sin referencia respectiva a los conceptos de deber/derecho y competencia/sujeción. Estos últimos son, en cambio, primitivos porque su significado jurídico puede ser comprendido sin referencia a los cuatro primeros. Esta diferenciación es, así, un presupuesto de la utilidad práctica del aparato conceptual de Hohfeld⁴⁵.

Lo que, sin embargo, Hohfeld no explicita es qué significa, en el contexto de la descripción de un orden jurídico, que: (i) una relación de privilegio/no-derecho sea la negación de una relación de deber/derecho de contenido opuesto y (ii) una relación de incompetencia/inmunidad sea la negación de una relación de competencia/sujeción del mismo contenido.

Desde una primera perspectiva, se sostiene que las relaciones hohfeldianas de privilegio/no-derecho y de incompetencia/inmunidad connotan la ausencia respectiva de normas regulativas y normas de competencia⁴⁶. Se trataría, como sugiere Hart, de casos negativos donde no hay norma que interfiera si el individuo opta por realizar o por omitir alguna acción (libertad) o por conservar su posición jurídica inalterada (inmunidad)⁴⁷.

Desde una segunda perspectiva, se considera que las relaciones de privilegio/no-derecho e incompetencia/inmunidad son instituidas por normas que establecen excepciones a relaciones precedentes de deber/derecho y competencia/sujeción. Si el dueño de una propiedad autoriza a un no propietario a entrar en ella liberándolo de su deber de no entrar, se constituye una relación de privilegio/no-derecho que es una excepción a la relación de derecho/deber que generalmente existe entre ellos. De modo semejante, la legislatura tiene la competencia general de alterar las posiciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, pero no tiene la competencia de eliminar su derecho a no ser torturados. Respecto de este estatus normativo, los ciudadanos tienen una inmunidad frente a la competencia de la legislatura a la que normalmente se encuentran sujetos⁴⁸.

Desde esta óptica, las posiciones de privilegio y no-derecho son adscritas por normas permisivas que autorizan a ciertos sujetos la realización de ciertos actos liberándolos del cumplimiento de obligaciones previas y correlativamente niegan a otros sujetos derechos previamente conferidos. Por su parte, las posiciones de incompetencia e inmunidad son

⁴⁵ ARRIAGADA, 2018, pp. 22-25. La distinción entre conceptos primitivos y derivados podría rastrearse en los intentos de mostrar que las permisiones solo tienen sentido en relación con las obligaciones y prohibiciones; ver, por ejemplo, ROSS, 2000 [1968], p. 155 y ECHAVE, URQUIJO y GUIBOURG, 2008 [1980], pp. 157-158. Del mismo modo, las incompetencias e inmunidades solo tienen sentido en relación con las competencias y sujeciones; ARRIAGADA, 2018, p. 23.

⁴⁶ ARRIAGADA, 2016, p. 157.

⁴⁷ HART, 1962 [1953], pp. 118-119 y nota N° 14 del mismo trabajo.

⁴⁸ Por ejemplo, WENAR 2005, pp. 226-227 y 232.

adscritas por normas que revocan los poderes previamente conferidos a ciertos sujetos y correlativamente liberan a otros sujetos de sujeciones precedentes⁴⁹.

La discusión acerca de cuál es la forma correcta de entender el carácter puramente negativo de las relaciones hohfeldianas de privilegio/no-derecho e incompetencia/inmunidad no ha sido zanjada⁵⁰. De hecho, se puede admitir, como Guastini, que los términos privilegio, no-derecho, inmunidad e incompetencia son ambiguos porque pueden ser usados tanto para describir el contenido de normas positivas que instituyen estas situaciones jurídicas como para describir la ausencia de estas normas⁵¹. Nada en el trabajo de Hohfeld indica que la existencia o inexistencia de una norma sea un criterio para distinguir dos diferentes relaciones de privilegio/no-derecho y dos diferentes de relaciones de incompetencia/inmunidad.

Una interpretación posible es que el análisis de Hohfeld presuponga que los sistemas jurídicos que adscriben las situaciones que analiza son completos y consistentes. Completos, en el sentido de que contienen una regla de clausura que autoriza a inferir: (i) a partir de la ausencia de normas adscriptivas de deberes/derechos, la existencia de normas adscriptivas de privilegios/no-derechos y (ii) a partir de la ausencia de normas adscriptivas de competencias/sujeciones, la existencia de normas adscriptivas de incompetencias/inmidades. Consistentes, en el sentido de que: (i) no puede existir una norma que instituye una relación de deber/derecho y, a la vez, una norma que instituye una relación de privilegio/no-derecho que sea contradictoria con la primera y (ii) no puede existir una norma que instituye una relación de competencia/sujeción y, al mismo tiempo, una norma que instituya una relación de incompetencia/inmunidad que sea contradictoria con la primera. Si Hohfeld presupone sistemas completos y consistentes, la distinción de dos diferentes relaciones de privilegio/no-derecho y dos diferentes relaciones de incompetencia/inmunidad no sería necesaria⁵².

Otra interpretación disponible es que el análisis de Hohfeld asuma que las relaciones de libertad/no-derecho e incompetencia/inmunidad que tienen su origen en la ausencia respectiva de normas regulativas prohibitivas y normas competencia son pragmáticamente equivalentes a las que son adscritas, respectivamente, por normas permisivas y normas de incompetencia. La existencia o inexistencia de una norma no implicaría ninguna diferencia en la posición normativa del titular del privilegio o inmunidad.⁵³

Otra interpretación admisible es que Hohfeld no haya advertido las dudas y problemas que produce la ambigüedad con la que utiliza los términos considerados puramente negativos. Esta interpretación es probablemente la más verosímil porque el trabajo es muy anterior a la discusión respecto de si existe o no diferencia y de qué tipo entre las posiciones no normadas y las instituidas por normas permisivas o de incompetencia.

⁴⁹ GUASTINI, 2016 [2014], pp. 85-87.

⁵⁰ Más detalles de las dos interpretaciones de este carácter negativo y sus problemas se pueden ver en ARRIAGADA, 2018, pp. 16-19.

⁵¹ GUASTINI, 2016 [2014], pp. 85-87.

⁵² Ver *supra* sección I.1.

⁵³ Así lo sostiene, respecto de las libertades o privilegios, DUARTE D'ALMEIDA, 2016, p. 562.

3. *Diferencias relevantes entre permisos e inmunidades*

Las similitudes entre los permisos y las inmunidades constituyen la base para introducir la distinción entre inmunidades fuertes y débiles y discutir su relevancia práctica. Pero esta tarea no se puede realizar sin considerar que entre permisos e inmunidades hay al menos cuatro diferencias relevantes.

La primera diferencia consiste en que mientras los permisos pueden, aunque no necesariamente, ser de primer orden, las inmunidades son al menos de segundo orden. Las inmunidades (y las incompetencias), a diferencia de los permisos (y no-derechos), no pueden tener por objeto actos no normativos. El objeto de estas relaciones está constituido por posiciones jurídicas, estatus normativos⁵⁴.

La segunda diferencia consiste en que mientras los permisos pueden ser indirectos o no relacionales, las inmunidades son siempre directas o relacionales. Es posible que haya deberes sin derechos correlativos⁵⁵ y, por tanto, permisos (privilegios) sin no-derechos correlativos. Pero no puede haber competencias sin sujeciones correlativas ni incompetencias sin inmunidades correlativas. Potestad y sujeción son dos conceptos relacionales⁵⁶.

La tercera diferencia consiste en que mientras el concepto de permiso es activo, el de inmunidad es pasivo⁵⁷. Por ello estos dos conceptos no ocupan exactamente el mismo lugar en su respectiva familia. El concepto activo de permiso es el opuesto del concepto activo de deber en la familia de posiciones primarias. El concepto que ocupa el mismo lugar del permiso (privilegio) en la familia de posiciones secundarias es el concepto activo de incompetencia que es el opuesto del concepto activo de competencia. El concepto pasivo de inmunidad, correlativo de incompetencia, es el opuesto del concepto pasivo de sujeción, por lo que ocupa el mismo lugar que el concepto de no-derecho en su respectiva familia⁵⁸.

La cuarta diferencia consiste en que mientras los permisos pueden ser positivos o negativos, las inmunidades son siempre positivas. Un permiso positivo es la autorización para realizar una acción y se opone al deber de no realizar la acción (prohibición). Un permiso negativo es la autorización para no realizar una acción y se opone al deber de realizar la acción (obligación). Como una competencia es siempre positiva porque es la

⁵⁴ Ver *supra* sección II.1.

⁵⁵ KELSEN, 1991 [1960], p. 141, ROSS 2000 [1968], p. 165 y GUASTINI, 2016 [2014], p. 86. Hohfeld no dice nada acerca de la posibilidad de que existan deberes sin derechos correlativos y, por tanto, de si es posible considerar que las obligaciones indirectas o absolutas, como las que generalmente impone el derecho penal, son correlativas a derechos; HART, 1982, pp. 183-185. Esto se explica porque su aproximación es estipulativa o definicional; KRAMER, 2000 [1998], p. 23, RAINBOLT, 2010, p. 3. De acuerdo con las estipulaciones de Hohfeld, todas las posiciones de su esquema son directas o relacionales; WELLMAN, 2002, p. 174. Como consecuencia, se puede concluir que los conceptos hohfeldianos no son comprensivos; DUARTE D'ALMEIDA, 2016, pp. 560-561.

⁵⁶ Por ejemplo, GUASTINI, 2016 [2014], p. 87. De hecho, el cambio de la situación propia implica un cambio en la situación de otro; HOHFELD, 2010 [1913], p. 51.

⁵⁷ Ver *supra* sección II.1.

⁵⁸ Ver la tabla que resume el esquema hohfeldiano en la sección II.1.

posibilidad de alterar válidamente un estatus normativo, la incompetencia también es positiva porque es la imposibilidad de realizar válidamente ese acto de alteración. No hay competencia de no alterar un estatus normativo⁵⁹.

III. INMUNIDADES FUERTES Y DÉBILES: LA RUTA DE ALCHOURRÓN Y BULYGIN

1. *La necesidad de distinguir entre inmunidades fuertes y débiles*

Considerando las semejanzas y diferencias entre los permisos y las inmunidades, la distinción entre permisos fuertes y débiles de Alchourrón y Bulygin puede traslaparse al campo de las inmunidades.

Comenzaré por decir que el término “inmunidad” es ambiguo. (a) Cuando figura en una proposición normativa que describe la existencia de normas, puede expresar uno de dos conceptos descriptivos de inmunidad: (a.1) Un individuo Y se encuentra en una posición de *inmunidad fuerte* en relación con otro individuo X respecto de determinado estatus normativo *p*, si en el sistema existe una norma que, dictada por una autoridad superior a X, instituye la incompetencia de X para alterar *p* y correlativamente la inmunidad de Y.⁶⁰, y (a.2) Un individuo Y se encuentra en una posición de *inmunidad débil* en relación con otro individuo X respecto del estatus normativo *p*, si en el sistema no existe una norma que adscriba a X la competencia para alterar *p* ni a Y la sujeción correlativa. La *inmunidad fuerte* expresa la existencia de una norma de incompetencia/inmunidad. La inmunidad débil expresa la ausencia de una norma de competencia/sujeción.

(b) Si el término “inmunidad” figura, no en una proposición normativa, sino en una norma, expresa el concepto normativo de inmunidad. La inmunidad de Y frente a X respecto del estatus *p* es equivalente a la no sujeción de Y frente a X en relación con *p*, así como la incompetencia de X respecto del estatus *p* de Y es equivalente a la no competencia de X respecto del estatus *p* de Y.

En cuanto posiciones adscritas por normas, inmunidad y sujeción, como competencia e incompetencia, son contradictorias. También son contradictorias la inmunidad débil (la proposición que afirma la inexistencia de una norma que adscribe a un individuo X la competencia para alterar *p* y a otro individuo Y la sujeción correlativa) y la proposición que afirma la existencia de una norma que adscribe a un individuo X la competencia para alterar *p* y a otro individuo Y la sujeción correlativa. Pero no son contradictorias la inmunidad fuerte (la proposición que afirma la existencia de una norma que adscribe una inmunidad a un individuo Y y la incompetencia correlativa de otro individuo X en

⁵⁹ Algo distinto es que el ejercicio de una competencia para alterar el estatus normativo de otro u otros sea facultativo (permitido ejercitarla y no ejercitarla).

⁶⁰ La incompetencia de X y la inmunidad de Y pueden ser instituidas por una norma que así lo declare o una norma que reserve a otro individuo Z la competencia para alterar *p* e instituya la sujeción correlativa de Y. La reserva de competencia en favor de Z y la correspondiente limitación de la competencia de X depende de que sea dispuesta por una autoridad superior a X y a Z; GUASTINI, 1999, p. 440.

relación con p) y la proposición que afirma la existencia de una norma que adscribe a un individuo X la competencia para alterar p y a otro individuo Y la sujeción correlativa.

Ambas proposiciones podrían ser verdaderas si el sistema fuera inconsistente (si incluyera a la vez las dos normas); por consiguiente, la inmunidad fuerte no implica la débil. Si el sistema es consistente, respecto de ningún estatus normativo podría existir, al mismo tiempo, una relación de competencia/sujeción y una relación de incompetencia/inmunidad; por tanto, no habría inmunidades fuertes que no sean débiles.

Si, en cambio, ambas proposiciones son falsas, el sistema es incompleto (ninguna de las dos normas pertenece al sistema). Si el sistema es completo, todos los estatus normativos estarían definidos, como sujetos a competencia o como amparados por inmunidades fuertes. Lo que haría necesario distinguir entre inmunidades (incompetencias) fuertes y débiles es la posibilidad de sistemas normativos inconsistentes e incompletos.

Examinemos la siguiente tabla que muestra cuatro sistemas posibles:

	i. Existe una norma que instituye una relación de incompetencia/inmunidad entre dos individuos (X e Y) respecto del estatus normativo p	ii. Existe una norma que instituye una relación de competencia/sujeción entre dos individuos (X e Y) respecto del estatus normativo p	Sistema inconsistente respecto de p	Sistema incompleto respecto de p	Incompetencia/Inmunidad fuerte respecto de p	Incompetencia/inmunidad débil respecto de p
1	V	V	V	F	V	F
2	F	V	F	F	F	F
3	V	F	F	F	V	V
4	F	F	F	V	F	V

En el sistema 2 no hay inmunidad ni en sentido fuerte ni débil respecto del estatus normativo p . En el sistema 3 hay inmunidad en sentido fuerte y débil respecto de p . Como en ambos casos el sistema es consistente y completo respecto de p , la distinción entre inmunidad fuerte y débil no es necesaria.

El sistema 1 es inconsistente, pero no incompleto respecto de p . El sistema 4 es incompleto, pero no inconsistente respecto de p . Ambos se asemejan en que la distinción entre inmunidad fuerte y débil es necesaria. En el sistema 1 hay inmunidad en sentido fuerte, pero no en sentido débil respecto de p . En el 4 hay inmunidad en sentido débil, pero no en sentido fuerte respecto de p .

El principio análogo al que, en el campo de las posiciones primarias, afirma que lo que no está prohibido está permitido se formula “naturalmente” en sentido inverso en el ámbito de las posiciones secundarias: “las autoridades normativas son incompetentes para realizar actos normativos que no hayan sido expresamente sometidos a su

competencia por autoridades superiores”⁶¹. Enunciado de otro modo, “todo individuo cuyo estatus normativo no está sujeto a la competencia de una autoridad normativa por una autoridad normativa superior, tiene una inmunidad frente a la primera”.

El examen de la relevancia práctica de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles permitirá discutir el significado de este principio, en adelante “PL”, así como el “natural” punto de vista desde el que se formula.

Siguiendo la ruta de Alchourrón y Bulygin, preliminarmente habría que decir que este principio admite diferentes interpretaciones dependiendo de si es considerado una norma o una proposición normativa que describe la existencia de normas: (a) Si se trata de una proposición normativa, podría interpretarse de dos modos dependiendo del significado que asuma la expresión “inmunidad”: (a.1) si “inmunidad” significa inmunidad fuerte, el principio sería una proposición contingente acerca de un sistema normativo que será verdadera si el sistema es completo y falsa si no lo es; y (a.2) si “inmunidad” significa inmunidad débil, el principio sería analítico y necesariamente verdadero; en cuanto solamente dice que el estatus normativo de un individuo que no está sujeto a la competencia de otro individuo no está sujeto a la competencia de ese otro individuo, nada dice acerca de ningún sistema normativo.

(b) Si el principio es, en cambio, una norma positiva, estaríamos frente a una regla de clausura residual, cuya existencia es contingente. Dicha regla autorizaría a inferir, a partir del solo hecho de que la norma que sujeta el estatus normativo de un individuo a la competencia de otro individuo no pertenece al sistema (inmunidad débil), la pertenencia al sistema de una norma que instituye la incompetencia para alterar ese estatus y la inmunidad correlativa (inmunidad fuerte).

2. *La relevancia práctica de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles*

Para poder discutir la relevancia práctica de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles, es preciso asumir, siguiendo a Bulygin, que la interdefinibilidad de los conceptos de competencia/sujeción e incompetencia/inmunidad no significa que las normas que instituyen incompetencias e inmunidades sean reemplazables por (o reducibles a) las normas que instituyen competencias y sujeciones.

El paso siguiente es reconstruir la objeción formulada a la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles para que pueda ser analizada en el campo de las posiciones jurídicas de segundo orden y dirigida a la distinción entre inmunidades fuertes y débiles. La objeción consiste en afirmar que el paso de una situación en la que un estatus normativo p de un individuo Y no está sujeto a la competencia de otro individuo

⁶¹ Aunque la autoridad soberana debe estar exenta de esa limitación. La naturalidad de este punto de vista es captada por Von Wright, al margen de que considere a las normas que regulan la actividad normativa como permisivas. Por esta razón, el punto de vista se formula como la prohibición de dar normas que no tenga permiso explícito de dar; VON WRIGHT, 1970 [1963], pp. 199-200. En el mismo sentido, MAZZARESE, 2012 [2000], p. 45.

X por ninguna norma del sistema a otra situación en la que la incompetencia de X y la inmunidad correlativa de Y son instituidas por una norma no varía las expectativas de Y cuyo estatus normativo es inmune frente a X.

Las situaciones que se comparan son las siguientes: (i) un individuo Y cuyo estatus normativo no puede ser alterado por X porque no hay norma de competencia que adscriba a este la competencia para alterarlo y adscriba a Y la sujeción correlativa, y (ii) un individuo Y cuyo estatus normativo no puede ser alterado porque una norma expresamente instituye la incompetencia de X para alterarlo y la inmunidad correlativa de Y. Habría que decir que la inalterabilidad del estatus normativo de Y, en relación con el sistema de normas, es la misma, tanto si dicho estatus no está sometido a la competencia de X, como si dicho estatus ha sido expresamente excluido de la competencia de X por una norma que instituye su incompetencia y la inmunidad correlativa de Y.

Lo primero que es admisible observar es que, frente a esta objeción, no puede trasladarse el primer argumento esgrimido en apoyo de la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles. La razón es que es lo mismo que un individuo X introduzca una norma que altera el estatus normativo p de un individuo Y si en el sistema no existe una norma que adscribe a X la competencia para alterar el estatus p y adscriba a Y la sujeción correlativa (incompetencia/inmunidad débil) que si en el sistema existe una norma de jerarquía superior que instituye la incompetencia de X para alterar el estatus de Y y la inmunidad correlativa de Y (incompetencia/inmunidad fuerte). El acto y la norma producida por X serán inválidos, sin importar si su falta de competencia se debe a que no hay norma que la haya conferido (incompetencia débil) o a que hay una norma jerárquicamente superior que expresamente la excluye o la reserva a otro individuo (incompetencia fuerte).

Frente a la pregunta de por qué la distinción entre incompetencias/inmunidades fuertes y débiles es irrelevante pueden darse al menos dos respuestas.

La primera es que los sistemas jurídicos competenciales o dinámicos son completos en el mismo sentido que los sistemas de derecho penal liberal. Esto significa que contienen una regla de clausura residual que autoriza a inferir la existencia de normas que instituyen incompetencias/inmunidades a partir de la sola ausencia de normas de primer nivel que instituyen competencias/sujeciones.

Lo afirmado no implica que los sistemas de normas jurídicas de competencia sean del tipo 3. Si un individuo X carece de competencia para alterar el estatus normativo p de otro individuo Y (incompetencia/inmunidad débil), el sistema es del tipo 4 y, por tanto, es incompleto respecto de X e Y en relación con p . La regla de clausura permite concluir que X no puede modificar válidamente dicho estatus (cualquier acto en esta dirección es inválido). Sin embargo, esto no significa que una autoridad superior no pueda conferir a X la competencia para alterar el estatus p de Y. Desde que es introducida la norma que instituye esa relación de competencia/sujeción entre X e Y respecto de p , la regla de clausura no se aplica porque no se verifica su supuesto de aplicación (inexistencia de una norma que instituye la relación de competencia/sujeción respecto de p). La relación de incompetencia/inmunidad débil que existía entre X e Y respecto de p (sistema 4) y que era interpretada como una relación de incompetencia/inmunidad

fuerte para excluir la validez de los actos normativos de X sobre el estatus p de Y pasa a ser una relación de competencia/sujeción (sistema 2).

De acuerdo con esta interpretación, “PL” es una regla de clausura análoga a la de los sistemas de derecho penal liberal. El “natural” punto de vista desde el que este principio se formula se explicaría porque se suele considerar que esta regla de clausura forma parte de todos los sistemas competenciales que conocemos.

La segunda respuesta posible a la irrelevancia de la distinción entre incompetencias/inmунidades fuertes y débiles es que los sistemas competenciales son necesariamente cerrados o clausurados. Esta razón de orden conceptual es la misma que justificaría que las competencias/sujeciones e incompetencias/inmунidades no puedan ser primarias y sean necesariamente relacionales. El objeto de estas relaciones está constituido por actos normativos cuya realización de acuerdo con las normas de competencia que los constituyen hace posible que determinados individuos alteren válidamente los estatus normativos de otros individuos también determinados. Por consiguiente, ningún individuo puede alterar válidamente el estatus de otro sino de acuerdo con las normas que definen su realización y las consecuencias que de ella se siguen.

Según esta interpretación, PL es analítico y esto explicaría el “natural” punto de vista desde el cual se formula. Los actos normativos dirigidos a modificar estatus normativos que no están expresamente sujetos a la competencia de un individuo son inválidos, no por la existencia de una regla de clausura, sino porque forma parte del concepto de sistema normativo competencial o dinámico que ninguna autoridad puede modificar válidamente el estatus normativo de un individuo si no existe una norma que expresamente le confiera competencia para ello.

La razón para descartar que, en el señalado principio, el término “inmunidad” signifique “inmunidad fuerte” es que aquel sería una proposición contingente probablemente falsa porque su verdad dependería de que las reglas de primer nivel del sistema referido lo sitúen en el caso 3 de nuestra tabla. Esto significa que cada vez que no existe una norma de primer nivel que instituye una relación de competencia/sujeción entre dos individuos respecto de determinado estatus normativo (incompetencia/inmunidad débil), existe una norma de primer nivel que instituye, entre esos dos individuos y respecto de ese estatus, una relación de incompetencia/inmunidad (incompetencia/inmunidad fuerte).

Cualquiera sea la respuesta que se dé a la irrelevancia práctica de la distinción entre inmунidades fuertes y débiles, se debe observar que cuando advertimos dicha irrelevancia no es posible distinguir las perspectivas del legislador y del ciudadano, ya que ambas colapsan: tanto si la relación de incompetencia/inmunidad entre dos individuos es fuerte como si es débil, los actos normativos del primero no pueden ser válidos y, por lo mismo, el estatus normativo del segundo es inmune a la alteración.

¿Significa esto que la distinción entre incompetencias/inmунidades fuertes y débiles es completamente irrelevante?

Como ningún individuo puede alterar válidamente el estatus normativo de otro si no existe una norma que instituya la correspondiente relación de competencia/sujeción, la única vía es que se introduzca tal norma en el sistema. En tal supuesto, la relación de incompetencia/inmunidad débil que existía entre dos individuos, X e Y respecto

de p (sistema 4) y que permitía afirmar la invalidez de los actos normativos de X sobre el estatus p de Y pasa a ser una relación de competencia/sujeción sin que se produzca ninguna inconsistencia (sistema 2). Si, en cambio, la norma que instituye la relación de competencia/sujeción entre X e Y respecto de p se introduce en un sistema en que, no solo no existe dicha norma (incompetencia/inmunidad débil), sino que también existe una norma que instituye una relación de incompetencia/inmunidad entre X e Y respecto de p (sistema 3), el sistema se vuelve inconsistente (sistema 1). Estamos frente al segundo argumento que, formulado por Bulygin, apoya la relevancia práctica de la distinción entre permisos fuertes y débiles.

La relevancia de la distinción entre inmunidades fuertes y débiles se muestra, así, si se compara lo que ocurre al introducir, no una norma que altera el estatus p de un individuo Y, sino una norma que instituye una relación de competencia/sujeción entre dos individuos X e Y respecto del estatus p en un sistema del caso 4 y en un sistema del caso 3. No es lo mismo que una autoridad Z, superior a X, introduzca una norma que instituye una relación de competencia entre X e Y respecto del estatus p en un sistema donde p no está sometido a la competencia de X (caso 4) que en un sistema en el que existe una norma que instituye una relación de incompetencia/inmunidad entre X e Y respecto del estatus p (caso 3). Mientras en el primer sistema no se produciría ninguna inconsistencia (se transformaría en el caso 2), el segundo sistema se volvería inconsistente (se transformaría en el caso 1).

BIBLIOGRAFÍA

- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1975 [1971]: *Introducción a la metodología de las ciencias jurídicas y sociales*, Buenos Aires: Astrea.
- ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 1991 [1984]: "Permisos y normas permisivas", en Alchourrón, C. y Bulygin, E, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 215-238.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2016: "Conceptos de derecho subjetivo", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad* (Universidad Carlos III de Madrid), N° 11.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2017: "Normas de competencia y normas acerca de la competencia. Eludiendo las reglas constitutivas. *Revista Doxa*, N° 40.
- ARRIAGADA, María Beatriz, 2018: "Fundamentalidad, interdefinibilidad y circularidad: tres tesis sobre Hohfeld bajo discusión", *Revista Revus Journal for Constitutional Theory and Philosophy of Law*. In print, already online <https://journals.openedition.org/revus/4095>.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, 1994: "Sobre permisos en el derecho". *Revista Doxa*, N° 15-16.
- ATIENZA, Manuel y RUIZ Manero, Juan, 2004: *Las piezas del derecho*, Barcelona: Ariel.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2009: "Sobre el principio de prohibición y las condiciones de verdad de las proposiciones normativas", En Bulygin, E, Atienza, M y Bayón, J.C, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del derecho*, Madrid: Fundación Coloquio Jurídico Europeo, pp. 27-73.
- BULYGIN, Eugenio, 1991 [1988]: "Sobre las normas de competencia", en Alchourrón, C y Bulygin, E, *Análisis lógico y derecho*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, pp. 485-498.

- BULYGIN, Eugenio, 2010: "Sobre la equivalencia pragmática entre permiso y no prohibición". *Revista Doxa*, Nº 33.
- CRUZ PARCERO, Juan Antonio, 2007: *El lenguaje de los derechos. Ensayo para una teoría estructural de los derechos*, Madrid: Trotta.
- DUARTE D'ALMEIDA, Luis, 2016: "Fundamental Legal Concepts: The Hohfeldian Framework". *Philosophy Compass*, Nº 11/10.
- ECHAVE, Delia; URQUIJO, María Eugenia y GUIBOURG, Ricardo, 2008 [1980], *Lógica, proposición y norma*, Buenos Aires: Astrea.
- GUASTINI, Riccardo, 1999 [1996]: *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho* (Trad. de Jordi Ferrer). Barcelona: Gedisa.
- GUASTINI, Riccardo, 1999: "Lagunas y antinomias", *Revista Jurídica Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, Nº 29.
- GUASTINI, Riccardo (2016) [2014]: *La sintaxis del derecho*. Madrid, Marcial Pons (Trad. de Álvaro Núñez Vaquero).
- HALPIN, A. K. W. 1858: "Hohfeld's conceptions: From eight to two". *The Cambridge Journal* (1958), Vol. 44. Nº 3.
- HART, H.L.A, 1962 [1953]: "Definición y teoría en la ciencia jurídica", en *Derecho y moral. Contribuciones a su análisis* (Trad. de Genaro Carrió). Buenos Aires: Depalma, pp. 93-130
- HART, H.L.A., 2009 [1961]: *El concepto de derecho* (Trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- HART, H.L.A, 1983: "Legal Rights", en *Essays on Bentham. Studies in Jurisprudence and Political Theory*, New York; Oxford University Press, pp. 162-193.
- HESSE, Conrado, 2001 [1994]: "Significado de los derechos fundamentales", en Benda (et.al.), *Manual de Derecho Constitucional*, Madrid: Evap-Marcial Pons.
- HOHFELD, Wesley, 2010 [1913]: "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning I", en Walter Wheeler Cook (Ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Heaven/London, Yale University Press, pp. 23-64.
- HOHFELD, Wesley, 2010 [1917]: "Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning II", en Walter Wheeler Cook (Ed.), *Fundamental legal conceptions as applied in judicial reasoning*. New Heaven/London, Yale University Press; pp. 65-114.
- KELSEN, Hans, 1991 [1960]: *Teoría pura del Derecho*, (2ª edición) (Trad. de Roberto Vernengo) México D.F: Porrúa.
- KRAMER, Mathew, 2000 [1998]: "Rights without trimmings", en Mathew H. Kramer (et al.), *A debate over rights*, New York: Oxford University Press, pp 7-111.
- LINDHAL, Lars, 1977: *Position and Change. A Study in Law and Logic*, Dordrecht: Springer.
- MAZZARSE, Tecla, 2012 [2000]: "Permiso fuerte y permiso débil. Notas al margen", en *Lógica, derecho, derechos* (Trad. De María Cristina Redondo), México D.F, Fontamara, pp. 39-64.
- POGGI, Francesca, 2004a: *Norme permissive*, Torino: G. Giappichelli.
- POGGI, Francesca, 2004b: "Sobre las normas permisivas" (Trad. de Hernán Bouvier). *Revista Escuela de Derecho*, Nº 5; pp. 11-32.
- RAINBOLT, George, 1993: "Rights as Normative Constraints on Others", *Philosophy and Phenomenological Research*, Vol. 53, Nº 1.
- RAINBOLT, George, 2010: *The concept of rights*, Dordrecht: Springer.
- ROSS, Alf, 2005 [1958]: *Sobre el derecho y la justicia* (Trad. de Genaro Carrió), Buenos Aires: Eudeba.
- ROSS, Alf, 2000 [1968]: *Lógica de las normas* (Trad. de José Hierro), Colmares: Granada.
- RUIZ MANERO, Juan 2005: "Algunas concepciones del derecho y sus lagunas" en Atria, Bulygin, Navarro, Rodríguez y Ruiz Manero, *Lagunas en el derecho*, Madrid: Marcial Pons, pp. 103-126.

- RUIZ MANERO, Juan, 2010: "Seguimos discutiendo sobre permisos y concepciones del derecho". *Revista Doxa*, N° 33.
- SPAAR, Torben, 2003: "Norms that Confer Competence", *Ratio Juris*, Vol. 16, N° 1.
- VON WRIGHT, Georg, 1970 [1963]: *Norma y acción. Una investigación lógica* (Trad. de Pedro García Ferrero), Madrid: Tecnos.
- STRAWSON, Peter, 1952: *Introduction to logical theory*, London: Methuen & LTD.
- WELLMAN, Carl, 2002: "Legal rights", en Wellman, C (Ed.), *Rights and Duties. Conceptual Analyses of Rights and Duties*, New York/London, Routledge, pp. 171-179.
- WENAR, Leif, 2005: "The nature of rights", *Philosophy & Public Affairs*, Vol.33, N° 3.
- WILLIAMS, Glanville, 1956: "The Concept of Legal Liberty", *Columbia Law Review*, Vol 56, N° 8.

Neoconstitucionalismo, positivismo y validez*

*Esteban Buriticá Arango***

*Kennier Garay Herazo****

RESUMEN

Desde mediados del siglo XX, un segmento importante de la filosofía del derecho ha señalado que el positivismo jurídico ofrece una explicación inadecuada o parcial del concepto de validez en los sistemas constitucionales contemporáneos. Este trabajo trata de mostrar que muchas de esas críticas, basadas en las características institucionales del control de constitucionalidad, y adscritas al denominado “neoconstitucionalismo teórico”, no logran refutar las tesis básicas del positivismo hartiano y no ofrecen tampoco instrumentos teóricos que expliquen de mejor manera las condiciones de validez de las normas jurídicas en los sistemas constitucionales.

Neoconstitucionalismo; positivismo jurídico; validez jurídica

Neoconstitutionalism, positivism and validity

ABSTRACT

Since the mid-twentieth century, an important segment of the philosophy of law has pointed out that legal positivism offers an inadequate or partial explanation of the concept of validity in contemporary constitutional systems. This paper tries to show that many of these criticisms, based on the institutional characteristics of the judicial review of legislation, and ascribed to the so-called “theoretical neo-constitutionalism”, fail to refute the basic theses of the Hartian positivism and do not offer theoretical instruments that explain in a better way the conditions of validity of the legal norms in the constitutional systems.

Neoconstitutionalism; legal positivism; legal validity

* Este artículo expone los resultados de la investigación titulada “Interpretación Constitucional y Control Judicial de la Ley. Sobre la Legitimidad del Control Judicial en la Interpretación de la Constitución”, financiada por la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia.

** Abogado, Universidad de Antioquia, Colombia. Máster en Derecho Constitucional, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España. Máster en Global Rule of Law and Constitutional Democracy, Universidad de Génova, Italia. Miembro del grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia. Correo electrónico: esteban.buriticaa@gmail.com

*** Abogado, Universidad de Antioquia, Colombia. Politólogo, Universidad Nacional de Colombia. Especialista en Derecho Administrativo, Universidad de Antioquia, Colombia. Profesor e investigador del grupo de investigación Derecho, Cultura y Ciudad de la Universidad de San Buenaventura, Medellín, Colombia. Correo electrónico: kenniergaray@gmail.com

Artículo recibido el 3.1.2019 y aceptado para su publicación el 14.10.2019.

I. INTRODUCCIÓN

Desde mediados del siglo XX, un segmento importante de la filosofía del derecho ha acusado al positivismo jurídico de ofrecer una explicación desfigurada o parcial de los actuales sistemas constitucionales¹. Así como el positivismo desarrolló en su momento instrumentos teóricos para el estudio de los sistemas jurídicos en los Estados legislativos modernos, los nuevos Estados constitucionales requerirían –dicen los críticos– una teoría que explique adecuadamente las características principales de su sistema jurídico². Según la opinión más extendida, el carácter específico de los Estados constitucionales radica en su singular arquitectura institucional³. En primer lugar, la Constitución consagra un catálogo más o menos amplio de principios políticos y derechos básicos, redactados en un lenguaje abstracto que suele incluir términos morales. En segundo lugar, el Estado cuenta con una Constitución rígida que impide a las autoridades disponer libremente de ese catálogo de principios y derechos mediante procedimientos legislativos ordinarios. Y en tercer lugar, los Estados constitucionales incorporan un órgano jurisdiccional con la potestad de determinar autoritativamente cuándo una norma debe ser anulada o inaplicada por transgredir los límites constitucionales. Considerados en conjunto, estos rasgos serían la materialización del principio de supremacía sustancial de la Constitución, y estarían asociados a ciertas prácticas cuya explicación rebasa o contradice los postulados del positivismo jurídico, por lo que sería necesaria entonces la adopción de una nueva teoría (general) del derecho que sepa dar cuenta de las características conceptuales de los sistemas constitucionales.

La teoría llamada a desempeñar esa función sería, precisamente, el neoconstitucionalismo⁴ (o constitucionalismo). Aunque –como se verá en el apartado II– no es claro cuál es el significado de la palabra, algunos autores entienden que hace alusión a una teoría del derecho cuyas tesis, adecuadas a los Estados constitucionales, admiten que la identificación, la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas se encuentran conceptualmente relacionadas con un conjunto específico de principios morales incorporados en la Constitución. Así entendido, el neoconstitucionalismo ha ganado un amplio terreno en los países latinoamericanos. En muchos casos, sin embargo, no es sencillo determinar si ese auge corresponde al neoconstitucionalismo ideológico (comprometido con la valoración política de los sistemas constitucionales modernos) o al neoconstitucionalismo metodológico (que postula un conjunto de tesis acerca de la

¹ Ver ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2007, p. 25 y PRIETO SANCHÍS, 2005, pp. 8 y 10.

² Ver PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 15; GARCÍA FIGUEROA, 2009, pp. 82 y 226; y GARCÍA FIGUEROA, 2005, pp. 160 y 164.

³ BAYÓN, 2004, p. 69.

⁴ ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2007, p. 25: “El llamado paradigma neoconstitucionalista no puede verse como la culminación del positivismo jurídico, sino más bien como el final de esa forma de entender el Derecho. El positivismo no es la teoría adecuada para dar cuenta y operar dentro de la nueva realidad del Derecho del Estado constitucional”. Ver también PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 10 y GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 161.

naturaleza del derecho). Algunas de las opiniones más comunes, que hacen parte del neoconstitucionalismo ideológico o teórico, suelen presentarse al mismo tiempo como objeciones conceptuales a los postulados del positivismo jurídico metodológico, particularmente a la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral. Es común que las teorías políticas del Estado constitucional, e incluso los estudios dogmáticos de las constituciones contemporáneas, sean generalizadas a tal punto que aparezcan como una teoría general del derecho incompatible con el positivismo, echando mano de la escasa delimitación que a veces se hace —especialmente a partir del auge de las teorías neoconstitucionalistas— entre la teoría general del derecho, la teoría política y la dogmática constitucional.

En el presente trabajo intentaremos determinar si algunas posturas neoconstitucionalistas acerca de la *validez* de las normas jurídicas constituyen auténticas refutaciones conceptuales al positivismo jurídico excluyente. Nuestro objetivo no es demostrar que el positivismo excluyente es una teoría adecuada del derecho —lo que difícilmente se lograría con las limitaciones de este texto—, sino que algunas de las supuestas incompatibilidades con los criterios de validez en los Estados constitucionales son producto de una descripción inadecuada de dichos sistemas. Con ese propósito elaboraremos, en primer lugar, una breve reseña de la expresión “neoconstitucionalismo”, y reconstruiremos las distintas formas que puede adoptar el concepto neoconstitucionalista de validez. Luego analizaremos dos teorías, consideradas en nuestro medio como neoconstitucionalistas, que conciben la moral como condición de validez jurídica: el antipositivismo de Robert Alexy y el positivismo incluyente. Finalmente, expondremos algunos de los argumentos que el positivismo jurídico excluyente puede sostener exitosamente en favor de la tesis de las fuentes y la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral en el contexto de los sistemas constitucionales.

II. ¿QUÉ ES EL NEOCONSTITUCIONALISMO?

El término “neoconstitucionalismo” es ya bastante familiar en el ámbito académico de los países latinoamericanos y europeos de lengua latina. Fue acuñado originalmente por Susanna Pozzolo en 1997 y desde entonces ha sido ampliamente utilizado por teóricos del derecho constitucional y filósofos del derecho. Posee, sin embargo, una notable ambigüedad que, en ocasiones, le ha costado el rechazo de amplios sectores de la comunidad académica. Siguiendo en este punto a Comanducci —quien a su vez se apoya en la clásica distinción que hiciera Bobbio entre distintas formas de positivismo⁵—, es posible desambiguar el término identificando dos usos principales. Por una parte, hace referencia a los cambios en las estructuras jurídicas y políticas que, a partir

⁵ Ver BOBBIO, 1961 y COMANDUCCI, 2002. Para un análisis similar, ver ATIENZA Y RUIZ MANERO, 2007, p. 11 y GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 176.

de la segunda postguerra, experimentaron varios Estados europeos y, de forma más reciente, la mayoría de Estados latinoamericanos. Por otra parte, alude a un conjunto de discursos teóricos e ideológicos más o menos homogéneos que describen, teorizan y evalúan los cambios históricos de esas estructuras jurídicas y políticas. Dentro de esta última acepción es posible a su vez identificar tres discursos diferentes: el ideológico, el teórico y el metodológico.

Visto como una ideología, el neoconstitucionalismo valora positivamente los cambios políticos y jurídicos del proceso de constitucionalización, especialmente las virtudes de una Constitución rígida que incorpore derechos fundamentales y atribuya competencias a los jueces para ejercer el control de constitucionalidad de las leyes. Por su parte, el neoconstitucionalismo teórico pretende describir los principales rasgos de las constituciones contemporáneas y la manera en que ellos afectan aspectos centrales del ordenamiento y la práctica jurídica: las funciones de los jueces, la interpretación del texto constitucional, la estructura de las normas, entre otros. Finalmente, el neoconstitucionalismo metodológico señala algunas características que definen la naturaleza del derecho y de la ciencia jurídica, en los Estados constitucionales: la imposibilidad de distinguir el derecho que es del derecho que debe ser, así como el carácter normativo (y no neutral) de la ciencia jurídica y la teoría del derecho⁶.

Uno de los aspectos más llamativos del neoconstitucionalismo es que se ha opuesto tradicionalmente a las principales tesis del positivismo ideológico o teórico decimonónico, es decir, a las tesis propias del estatalismo, el legicentrismo y el formalismo⁷. Hay, sin embargo, un conjunto de posturas bien definidas que sin duda hacen parte de la teoría general del derecho y objetan los postulados centrales del positivismo metodológico: la tesis de las fuentes y de la no conexión necesaria entre el derecho y la moral. Hablamos específicamente de las tesis de Alexy, Dworkin, Zagrebelsky y, en ocasiones, del mismo positivismo incluyente, que en el contexto latino han sido tomadas como neoconstitucionalistas⁸. Es por eso que en el presente trabajo haremos alusión exclusivamente a esas teorías como representativas del neoconstitucionalismo metodológico.

III. NEOCONSTITUCIONALISMO Y VALIDEZ

El postulado central del positivismo jurídico de orientación hartiana es la denominada *tesis de las fuentes sociales*: la idea de que la validez de las normas jurídicas depende de hechos sociales y no de su corrección moral⁹. Para que una norma jurídica

⁶ COMANDUCCI, 2002, p. 101.

⁷ COMANDUCCI, 2002, p. 97.

⁸ Al respecto, ver POZZOLO 1998, p. 339; POZZOLO, 2015, p. 363; y PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 10

⁹ Ver MORESO, 2002, p. 95; POZZOLO, 2004, p. 48; BAYÓN, 2002; BAYÓN, 2002b, p. 59; ORUNESU, 2007, p. 25; JIMÉNEZ CANO, 2008, p. 179; RAZ, 1984, pp. 59 y ss; MARMOR, 2011, p. 4; y COLEMAN, 2009, p. 383.

sea válida, dice la tesis de las fuentes, basta con que sea creada mediante prácticas sociales o procedimientos (legislación, costumbre, jurisprudencia), reconocidos por otras normas jurídicas y, en última instancia, por la regla de reconocimiento, como fuentes de derecho. Esta tesis implica, por su parte, la tesis de la separación conceptual entre el derecho y la moral, de que la validez de las normas jurídicas y su corrección moral son aspectos independientes: si la identificación de las normas jurídicas válidas requiere únicamente de la constatación de hechos sociales, entonces la corrección moral no es condición suficiente ni necesaria de validez¹⁰.

Para el neoconstitucionalismo, estas tesis no explican adecuadamente la validez de las normas en los sistemas constitucionales. Debido a que las constituciones contemporáneas incorporan un conjunto de principios y derechos con contenido moral que condicionan materialmente la validez de todas las normas del sistema¹¹, la tesis de las fuentes y de la separación entre el derecho y la moral no tendrían sentido: una norma es válida no solo (ni necesariamente) porque haya sido creada por medio de una fuente, sino también (o exclusivamente) porque es coherente con los principios morales previstos en la Constitución.

Hay al menos dos rasgos de los sistemas constitucionales que parecen respaldar estas críticas y servir como contraejemplos a las tesis positivistas de las fuentes y de la separación conceptual. En primer lugar, para determinar cuándo una norma es contraria a la Constitución (y, por tanto, inválida o inaplicable), se debe acudir con bastante frecuencia a razonamientos morales, ya que el contenido de los principios y derechos que sirven como parámetro para evaluar la constitucionalidad de las leyes no suele figurar detalladamente en la Constitución. De esa manera se puede concluir, por ejemplo, que el derecho al libre desarrollo de la personalidad es adverso a las normas que penalizan el consumo de ciertas drogas, o que el derecho a la libre expresión prohíbe la penalización de la quema de banderas. En estos casos, la invalidez está fundamentada en criterios morales que constituirían a su vez –y este es el punto esencial– criterios de validez jurídica, lo que demostraría la insuficiencia de la tesis de las fuentes.

En segundo lugar, en los Estados constitucionales también suele ser necesario acudir a razonamientos morales para fijar las reglas que delimitan el sentido de los principios constitucionales. Mediante ese razonamiento se puede concluir, por ejemplo, que el derecho a la libertad de expresión implica el derecho de los mayores de edad a producir y comercializar pornografía. La particularidad de esta regla radicaría en que, si bien carece de una fuente en estricto sentido, es una derivación directa de la Constitución y,

¹⁰ La tesis de las fuentes también implica la tesis de la discrecionalidad judicial: si no existe una norma jurídica (i.e. creada mediante una fuente) aplicable al caso, entonces el fallo del juez es discrecional y creador de derecho.

¹¹ PRIETO SANCHÍS, 2005, p. 50: “La ‘rematerialización’ de los textos constitucionales de la que antes se habló supone precisamente la humidificación o positivización de una ética que se erige así en criterio de validez. Las normas del sistema ya no solo deberán respetar determinados requisitos formales y procedimentales, sino que habrán de ser congruentes con principios y valores que son jurídicos y morales al tiempo”. Ver también GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 227.

por tanto, una norma jurídicamente válida. Esto demostraría nuevamente que el sistema jurídico constitucional tendría normas cuyo criterio de validez es la corrección moral y no las fuentes sociales.

Estas dos características de los sistemas constitucionales, a las que volveré más adelante, supondrían una relación necesaria entre la moral y el derecho: en el primer caso, la moral es una condición necesaria de validez; y, en el segundo, una condición suficiente. De esta manera, según sean tomadas individual o conjuntamente, ambas características pueden dar lugar –junto con la tesis de las fuentes sociales– a varios modelos explicativos de la validez jurídica. Usando el lenguaje de la lógica de predicados, pueden ilustrarse mediante las siguientes fórmulas:

$$(1) \quad \forall x (Mx \wedge Fx) \leftrightarrow Vx$$

$$(2) \quad \forall x (Mx \vee Fx) \leftrightarrow Vx$$

$$(3) \quad \forall x Mx \leftrightarrow Vx, \text{ que es equivalente a } (3') (x) Mx \vee (Mx \wedge Fx) \leftrightarrow Vx$$

Conforme al modelo (1), las normas jurídicas son válidas si y solo si han sido creadas mediante prácticas reconocidas como fuentes de derecho y satisfacen simultáneamente ciertas exigencias morales, es decir, la moral (M) y las fuentes sociales (F) constituyen condiciones conjuntamente suficientes e individualmente necesarias de validez. Por tanto, las normas que carezcan de una fuente social o cuyo contenido no se adecue a ciertas exigencias éticas no son normas válidas. Conforme con el modelo (2), las normas jurídicas son válidas si y solo si satisfacen o bien el requisito de las fuentes sociales o bien el requisito de la corrección moral. Una norma injusta puede ser jurídicamente válida siempre que haya sido creada mediante alguno de los procedimientos reconocidos como fuentes sociales, y viceversa, una norma sin fuente social puede ser jurídicamente válida siempre que se ajuste a ciertas exigencias de moralidad. Conforme con el modelo (3), las normas jurídicas son válidas si y solo si satisfacen ciertas condiciones morales, por lo que las fuentes intervendrían solo de manera contingente en la creación de normas jurídicas válidas.

Vistos como *reglas que definen el concepto de validez jurídica de un sistema*, los modelos (1), (2) y (3) serían *en principio* compatibles no solo con teorías iusnaturalistas sino también con el positivismo jurídico incluyente. La diferencia entre uno y otro caso radicaría en el carácter convencional o no convencional de la regla de reconocimiento. Si se asume una teoría iusnaturalista, los criterios de validez que aluden a las fuentes sociales o a principios morales no tendrían un sustento convencional sino moral: decir que los criterios de validez jurídica se ajustan a alguno de los tres modelos no dependería en última instancia de prácticas sociales o actos humanos, sino de alguna exigencia de la racionalidad práctica o alguna ley del derecho natural. Pero si, por otra parte, se asume una teoría convencionalista, cualquiera de los tres modelos estaría sustentado en prácticas sociales convencionales: el que las fuentes sociales o determinadas exigencias morales sean condiciones de validez se sustenta en prácticas sociales de reconocimiento. Dicho de forma más simple, las equivalencias expresadas en (1), (2) y (3) pueden definir las condiciones

de validez de un sistema jurídico, ya sea incorporadas en una regla de reconocimiento convencional, simple o compleja (positivismo jurídico inclusivo)¹², ya sea concebidas como parte de la naturaleza misma del derecho (iusnaturalismo)¹³.

El modelo (1), por ejemplo, corresponde a la célebre tesis de Agustín de Hipona, según este, “el derecho injusto no es derecho”. Si una norma no satisface las condiciones de moralidad, entonces no es jurídicamente válida, aunque haya emanado de una fuente de derecho. Recientemente, Beyleveld y Brownsword¹⁴ han señalado algo parecido: “los criterios morales no se relacionan solo de manera contingente con el razonamiento jurídico; los agentes deben (so pena de contradecir que son agentes) considerarlos internos al razonamiento jurídico; de lo cual se deduce que deben considerar los defectos de validez moral... como defectos de validez legal” (la traducción es nuestra).

Por su parte, el modelo (2) puede ilustrar satisfactoriamente la idea, popularizada por Dworkin, de que ciertos principios son jurídicamente válidos solo en virtud de su contenido moralmente correcto, o que ciertas normas son jurídicamente válidas porque han sido “derivadas” de los principios morales previstos en la Constitución y pueden ser utilizadas por el juez para solucionar casos no directamente regulados por las normas que han sido creadas por medio de fuentes¹⁵. También podría ilustrar lo que Alexy¹⁶ ha denominado en los últimos años “no positivismo súper-incluyente”, cuya tesis central es que la validez de las normas que pertenecen al sistema en virtud de su fuente no resulta en modo alguno afectada por su incorrección moral. En este segundo caso, la condición suficiente de validez es la fuente, mientras que en el primero lo es la corrección moral.

Finalmente, el modelo (3) parece reflejar correctamente lo que Bayón ha denominado críticamente, aludiendo a un caso extremo (y ficticio) de positivismo incluyente, “una convención que se autoanula”, es decir, “una regla de reconocimiento que se limitara a establecer que se ha de hacer lo que sea moralmente correcto”¹⁷. Un sistema normativo que incorpore una convención que se autoanula carecería de fuentes sociales y todas las normas jurídicas serían producto de las meras convicciones morales de los jueces y ciudadanos.

En las próximas secciones analizaremos en detalle dos teorías, consideradas en nuestro medio como neoconstitucionalistas, que conciben la moral como condición de validez jurídica: el antipositivismo de Robert Alexy y el positivismo jurídico incluyente.

1. *El antipositivismo de Robert Alexy*

Alexy fundamenta la conexión necesaria entre el derecho y la moral en las tesis de la pretensión de corrección, de la injusticia extrema y de la incorporación. La tesis de la

¹² Sobre la regla de reconocimiento simple y compleja, ver BAYÓN, 2002b, p. 71.

¹³ Para un análisis similar, ver GARCÍA FIGUEROA, 2005, p. 172.

¹⁴ BEYLEVELD & BROWNSWORD, 2001, p. 76.

¹⁵ DWORKIN, 1996, p. 7. Ver también: BAYÓN (2002b, p. 72).

¹⁶ Ver ALEXY, 2010, p. 176; ALEXY, 2017, p. 328; y ALEXY 2013, p. 303.

¹⁷ BAYÓN, 2002b, p. 71.

pretensión de corrección, en primer lugar, sostiene que “tanto las normas aisladas y las decisiones judiciales aisladas como así también los sistemas jurídicos en tanto un todo formulan necesariamente una pretensión de corrección”¹⁸. Sin embargo, como señala Alexy, las normas que no formulan o no satisfacen la pretensión de corrección –pero que pertenecen a un sistema que sí la formula– seguirían siendo a pesar de todo normas jurídicas válidas (aunque defectuosas). Como señala Bayón¹⁹, los alcances de esta tesis son más bien limitados: especifica el tipo de prácticas y convenciones sociales en las que se asienta el derecho, señalando que una práctica social desprovista de una pretensión de corrección –como sucede en los órdenes absurdos y los depredatorios– “quedaría fuera de la denotación del término derecho”. La tesis de la corrección no implica entonces que la moral sea una condición de validez de las normas jurídicas, y es compatible con el positivismo jurídico²⁰.

El argumento de la injusticia, por su parte, sí es incompatible con el positivismo jurídico. Sostiene que “las normas promulgadas conforme al ordenamiento y socialmente eficaces pierden su carácter jurídico o su validez jurídica cuando son extremadamente injustas”²¹. A diferencia de la formulación de Agustín de Hipona, el argumento de la justicia no viene a sostener que todas las normas injustas carecen de naturaleza jurídica, sino tan solo las extremadamente injustas. Para Alexy, sin embargo, este argumento no tiene un carácter lingüístico-conceptual, sino normativo: en su opinión, la ambigüedad del concepto “derecho” impide aducir fundamentaciones conceptuales a favor o en contra del argumento de la injusticia²². Más bien debe acudir a argumentos normativos relacionados, entre otros, con la materialización de principios mínimos de justicia (los derechos humanos), la satisfacción de la pretensión de corrección y el equilibrio adecuado entre justicia y seguridad jurídica, así como a un argumento epistémico, según esto, los enunciados morales pueden ser fundamentados racionalmente. Estos argumentos, en opinión de Alexy, demostrarían una especie de conexión normativamente necesaria (clasificatoria) entre la corrección moral y la validez de las normas jurídicas²³.

El argumento de los principios, finalmente, sostiene que todos los sistemas jurídicos incorporan necesariamente principios con contenido moral²⁴. Para demostrar la adecuación de esta tesis, Alexy acude a una estrategia ya explorada por Dworkin hace años, y desarrollada en varios pasos: mostrar primero cómo los jueces aplican principios morales que no han sido incorporados en el sistema jurídico mediante fuentes; asegurar luego que esos principios son considerados por los jueces como jurídicamente vinculantes; y asumir, por último, que no existen razones para negarles naturaleza

¹⁸ ALEXY, 1997, p. 41

¹⁹ BAYÓN, 2002.

²⁰ RAZ, 2007, p. 28: “Si existe un argumento contra el positivismo, la tesis de la corrección no contribuye a él (porque ‘el positivismo la puede sostener’)” (la traducción es nuestra) .

²¹ ALEXY, 2001, p. 76

²² ALEXY, 1997, p. 46 y ALEXY 2001, p. 84.

²³ ALEXY, 1997, p. 45

²⁴ Ver ALEXY, 1997, p. 76.

jurídica. El corolario de la tesis es que los principios morales, además de pertenecer al sistema jurídico y ser vinculantes en virtud de su contenido, pueden ser racionalmente fundamentados.

Alexy construye de esta manera un concepto de validez en el que la moralidad ocupa un lugar central. Retomando los modelos descritos en el acápite anterior, es claro que el argumento de la justicia corresponde a alguna versión del modelo (2), en donde una norma jurídica es válida si ha sido creada conforme a las fuentes sociales convencionales y satisface ciertas condiciones morales (i.e. no es extremadamente injusta); y el argumento de los principios se corresponde a alguna versión del modelo (3), de que *cierto tipo* de normas jurídicas (los principios) son válidas en virtud de su contenido moralmente correcto. Considerados conjuntamente, por tanto, el modelo de validez jurídica adoptado por Alexy puede expresarse como una versión de (3):

$$(3'') \quad \forall x (M_1x \vee (M_2x \wedge Fx)) \leftrightarrow Vx,$$

donde M_1 alude a las propiedades morales que hacen válidos a los principios (condición suficiente), y M_2 a la ausencia de injusticia extrema (condición necesaria).

De esta manera, como señala Alexy, el argumento de la injusticia vendría a restringir, y el de los principios a ampliar, la tesis positivista de las fuentes sociales: “el argumento de la justicia exige una restricción de los criterios positivistas y el argumento de los principios, su complementación”²⁵. Así queda plasmado en la misma norma fundamental que, siendo la encargada de “fijar los criterios de lo que es derecho”, estaría incorporada en todos los sistemas jurídicos posibles: “Si una Constitución ha sido realmente promulgada, es socialmente eficaz y las normas de la Constitución no son extremadamente injustas, está jurídicamente ordenado comportarse de acuerdo con esta Constitución tal como corresponde a la pretensión de corrección”²⁶.

Así entendidos, los tres argumentos formulados por Alexy están orientados a rebatir los postulados básicos del positivismo jurídico. No es nuestro propósito, sin embargo, explorar aquí los posibles desaciertos e imprecisiones que aquejan toda su fundamentación. Esa labor ya ha sido emprendida –si se nos permite, de manera exitosa– por varios autores²⁷. Más bien, la idea respecto de la que nos interesa llamar la atención es que, según el neoconstitucionalismo, son este tipo de conclusiones a las que debe llegar la teoría del derecho para explicar adecuadamente las características de los sistemas constitucionales contemporáneos (aunque, en el caso de Alexy, serían probablemente las características de todo sistema jurídico posible).

²⁵ ALEXY, 1997, p. 107.

²⁶ ALEXY, 1997, p. 105.

²⁷ Ver RAZ, 2007; BULYGIN, 2000; y BETEGÓN, 1998.

2. *El positivismo jurídico incluyente (incorporacionismo)*

A diferencia de lo que ocurre con posturas antipositivistas como las de Alexy o Dworkin, cuyas objeciones al positivismo pretenden demostrar al mismo tiempo la adecuación de tesis afines a la doctrina del derecho natural, el positivismo jurídico incluyente (o incorporacionismo) solo reclama algunas modificaciones que permitirían conciliar los postulados positivistas básicos con la existencia de criterios morales de validez.

La estrategia consiste en descomponer la tesis de las fuentes sociales en la forma sugerida originalmente por Hart: por una parte, sostener que la regla de reconocimiento del sistema jurídico puede incorporar criterios morales (ideales) de validez y, por otra, asumir que la regla de reconocimiento no pierde por ello su carácter convencional²⁸. Lo que vendría a sostener el incorporacionismo sería entonces que la teoría positivista no está necesariamente comprometida con la tesis de las fuentes sociales, sino con la denominada *tesis convencionalista*, según esta, los criterios de validez del sistema jurídico se sustentan en una regla convencional de reconocimiento. Y aunque no es muy claro qué deba entenderse en todo caso por “convención”, para el incorporacionismo es posible que esa regla de reconocimiento incorpore no solo criterios de validez relacionados con fuentes sociales, sino también criterios de moralidad esencialmente controvertidos²⁹. Los sistemas constitucionales serían ejemplos claros de esos sistemas.

Nótese que, si bien el incorporacionismo no desecha por completo la tesis de las fuentes, sí le atribuye un carácter relativo: el que ciertos hechos sociales sean considerados fuentes de derecho en un sistema jurídico depende de su inclusión en una regla de reconocimiento cuyo contenido, como el de toda regla convencional, es contingente. Es por esto que es posible construir dos versiones distintas de la tesis de las fuentes sociales: la versión fuerte, de que en todo sistema jurídico las fuentes constituyen condiciones necesarias y suficientes de validez; y la versión débil, en donde ese vínculo entre las fuentes sociales y validez de las normas es solo contingente³⁰. Mientras el positivismo excluyente adopta la versión fuerte, el positivismo incluyente asumiría la versión débil. Y así como el primero tiene implicaciones concretas en las tesis de la separación, el positivismo incluyente también posee su propia versión de ella: las relaciones entre el derecho y la moral son contingentes, pues la validez de las normas jurídicas puede estar sujeta –según lo disponga la regla de reconocimiento– o bien a criterios de moralidad o bien solo a fuentes sociales³¹.

²⁸ HART, 1961, p. 252: “En algunos sistemas como en Estados Unidos, los criterios últimos de validez jurídica explícitamente incorporan principios de justicia o valores morales sustantivos”. Ver también HART, 2000, pp. 33 y 37 y COLEMAN, 2009, p. 376.

²⁹ SOPER, 1977, p. 511: “En el nivel básico, uno puede encontrar una regla social que establece instrucciones redactadas en términos normativos para la identificación de estándares jurídicos; en un nivel secundario, uno puede descubrir argumentos normativos sobre si se han seguido esas instrucciones” (la traducción es nuestra). La misma idea es expuesta por LYONS, 1977, p. 425; COLEMAN, 1989, p. 74; WALUCHOW, 2003, p. 81; y MORESO, 2002, p. 93.

³⁰ Ver RAZ, 1982, p. 58 y BAYÓN, 2002.

³¹ LYONS, 1977, p. 426: El positivismo sostiene “que no es necesariamente el caso que una regla deba satisfacer estándares morales particulares para contar como derecho. Pero el hecho de que la calificación

Así planteado, el incorporacionismo sería compatible con los modelos (1), (2) y (3): la regla de reconocimiento convencional puede disponer de manera alternativa que las fuentes sociales o la moralidad sean, individual o conjuntamente, condiciones suficientes o necesarias de validez. A diferencia de lo que sucede con la norma fundamental de Alexy³², cuyo contenido viene determinado por la misma naturaleza del derecho, para el positivismo incluyente depende en última instancia de convenciones sociales.

Existen, no obstante, algunas reservas acerca de si una regla de reconocimiento como la expresada en el modelo (3), que considera la moral como condición necesaria y suficiente de validez, es compatible con las características que asociamos habitualmente al derecho. Bayón, por ejemplo, considera que una regla en donde “se ha de hacer lo que es moralmente correcto” carece de algunas de las características esenciales de un sistema jurídico: “Un ‘derecho’ semejante sería un sistema estático, no dinámico, y carecería de los rasgos mínimos que nos permitirían hablar de un sistema jurídico en sentido estricto”³³. Por tanto, la alternativa más plausible para el positivismo incluyente sería –y así lo han entendido sus mismos defensores– la que atribuye a las reglas de reconocimiento un contenido complejo, que combina criterios basados en fuentes sociales con criterios de moralidad³⁴.

Esta manera de explicar el rol que cumple la moralidad entre los criterios de validez jurídica ha sido objeto de importantes críticas³⁵. Sin embargo, para los propósitos de este trabajo basta con tener en cuenta que es la incorporación de principios morales, mediante una regla de reconocimiento convencional, lo que el positivismo incluyente considera indispensable para explicar la naturaleza de los sistemas constitucionales.

IV. SISTEMAS CONSTITUCIONALES Y POSITIVISMO JURÍDICO (EXCLUYENTE)

Como se ha ido sugiriendo a lo largo de este texto, algunas teorías afines al neoconstitucionalismo objetan total o parcialmente el positivismo jurídico como una teoría de los sistemas constitucionales. Su argumento principal alude a la supuesta incapacidad del positivismo para describir ciertos rasgos que, a nivel teórico, solo podrían ser explicados con éxito si se renuncia a la tesis de las fuentes sociales. Para el neoconstitucionalismo, los rasgos institucionales de los Estados constitucionales (catálogo de derechos, rigidez constitucional y control de constitucionalidad) hacen que la moral puede convertirse en un criterio de validez jurídica. Sin embargo, como se indicará a continuación, existen importantes razones para creer que el positivismo posee los instrumentos teóricos necesarios para explicar esas prácticas institucionales.

en virtud del ‘contenido’ no tenga que ocurrir en los sistemas legales no implica que no pueda ocurrir” (la traducción es nuestra).

³² ALEXY, 1997.

³³ BAYÓN, 2002b, p. 71.

³⁴ BAYÓN, 2002b, p. 71 y SEBOK, 2004, p. 302.

³⁵ Al respecto, puede verse la crítica expuesta por BAYÓN, 2002b, p. 74, acerca de la consistencia interna del positivismo excluyente, y la respuesta de ORUNESU, 2007.

Tomemos, en primer lugar, la figura del control de constitucionalidad de las leyes. Lo primero que debe admitirse es que, efectivamente, en los sistemas constitucionales ciertos jueces poseen la facultad de inaplicar o invalidar normas jurídicas, y que muchas veces los argumentos utilizados para concluir que las normas son constitucionales o inconstitucionales son de índole moral. Es claro, por tanto, que la adecuación de las normas a los principios constitucionales, cuyo contenido es fijado casi siempre mediante un razonamiento práctico, se convierte *de hecho* en un criterio *para que los jueces competentes declaren* la invalidez de la norma. Esto no es equivalente a decir, sin embargo, que a nivel conceptual la moral hace las veces de criterio de validez de las normas jurídicas. Si siempre es necesario el pronunciamiento³⁶ de una autoridad judicial para determinar si una norma promulgada por el legislador u otra autoridad normativa es inconstitucional, entonces los argumentos morales no constituyen condiciones suficientes para determinar que se trata de una norma inválida. Y si asumimos además que en algunas ocasiones los jueces pueden declarar la inconstitucionalidad sin acudir a argumentos morales correctos (porque pueden equivocarse o eludirlos a sabiendas), entonces esos argumentos no constituyen tampoco una condición necesaria para que las normas creadas por medio de una fuente social sean declaradas inválidas³⁷. Así entendida, la declaración de inconstitucionalidad de normas jurídicas en los Estados contemporáneos puede caracterizarse mediante la fórmula

$$(4) \quad \forall x \, R x \rightarrow \neg V x,$$

donde el acto de rechazo R (es decir, la declaratoria de inconstitucionalidad) constituye condición suficiente para la invalidez de una norma emanada de una fuente social (F).

Algo similar sucede cuando nos damos cuenta de que los jueces no se limitan a declarar inválidas las normas que no se ajustan a los principios constitucionales, sino que además determinan mediante razonamientos morales cuál es el contenido de esos principios, es decir, cuáles son las reglas que pueden “derivarse” directamente de ellos. Es cierto que para llegar a este tipo de conclusiones los jueces suelen recurrir a razonamientos prácticos complejos y que muchas veces son las razones morales las que motivan sus decisiones. Sin embargo, también es cierto que la incorporación de la regla que satisface de mejor

³⁶ HIMMA, 2009, p. 120: “Una norma debidamente promulgada es jurídicamente válida a menos que sea declarada inconstitucional de acuerdo a lo que la mayoría de los jueces deciden que es, como una materia objetiva y desde un punto de vista moral, la mejor interpretación de las normas sustantivas de la Constitución”. Un punto de vista contrario puede encontrarse en WALUCHOW, 2003, p. 175, para quien en el sistema jurídico canadiense “las inconsistencias no comienzan a existir solo cuando los jueces declaran que existen. Al contrario, un juez declarará que hay inconsistencia solo porque cree que ya existe un conflicto jurídico en virtud de la Carta y sus diversas disposiciones”.

³⁷ HIMMA, 2009, p. 102, refiriéndose a la Corte Suprema de EE.UU., señala precisamente que una de las características de las decisiones judiciales es que son vinculantes aun cuando sean consideradas incorrectas: “... el Tribunal Supremo puede obligar jurídicamente a otros funcionarios con una decisión que es equivocada a la luz de la teoría de interpretación “correcta” (si es que la hay)” (la traducción es nuestra).

manera los principios constitucionales solo se produce una vez se haya tomado la decisión que así lo dispone. En ese sentido, ya que en todo caso es necesario el pronunciamiento de la autoridad judicial, la moral no constituye una condición suficiente para la validez de la regla “derivada”. Y, una vez más, puesto que el fallo no siempre va a estar motivado correctamente (sea porque el juez se equivoca o toma una decisión errada a sabiendas), entonces la moral tampoco constituye una condición necesaria.

Para contextualizar estas ideas podemos acudir a algunos rasgos comunes de los sistemas constitucionales. Por una parte, no es común encontrar en los textos constitucionales una norma que señale que las normas no acordes con determinados principios son *automáticamente* normas inválidas, es decir, que no necesiten de decisión previa para ser eliminadas del sistema jurídico³⁸. Tampoco lo es encontrar disposiciones expresas que declaren válidas *a priori* las normas que satisfacen las exigencias de los principios constitucionales, sin la necesidad de un acto de creación. Lo que en realidad hacen las constituciones contemporáneas es asegurar que ciertas instituciones jurisdiccionales desempeñen funciones de control constitucional, otorgándoles competencia para invalidar o crear normas jurídicas. Además, la importancia que le atribuye la Constitución a principios como los de legalidad, seguridad jurídica e irretroactividad muestran que la existencia de criterios morales (suficientes o necesarios) de validez resultaría contraria a las mismas disposiciones constitucionales. En definitiva, como señala Pozzolo, “es siempre una decisión dotada de autoridad jurídica la que determina... el sentido específico de los principios”³⁹ que permiten suprimir normas o incorporarlas al sistema jurídico.

Asimismo, algunas de las impresiones más comunes acerca de la validez en los sistemas constitucionales son compatibles con la tesis de las fuentes sociales. Aun cuando sea clara la contradicción entre una norma constitucional y una de inferior jerarquía, los juristas asumen por lo general que esta última es una norma válida y al menos *prima facie* aplicable hasta tanto no haya sido eliminada del sistema mediante un acto de autoridad, lo que por supuesto no impide que existan reparos acerca de la corrección sustancial de la norma y se formen opiniones fundadas acerca de la conveniencia de invalidarla.

En suma, estos argumentos parecen mostrar que una explicación adecuada de los criterios de validez en los sistemas constitucionales no requiere adoptar ninguno de los modelos (1)-(3). El modelo que mejor describe los criterios de validez sería, por tanto, el expresado por la equivalencia

³⁸ Lo que sí es posible encontrar en algunos sistemas constitucionales son disposiciones que permiten a los tribunales efectuar una declaratoria de inconstitucionalidad con carácter “retroactivo” (por ejemplo, el artículo 45 de la Ley 270 de 1996 en Colombia). Sin embargo, la necesidad de que sea la misma Corte quien determine su carácter “retroactivo” es una instancia clara de la tesis de las fuentes sociales.

³⁹ POZZOLO, 2014, p. 384.

$$(5) \quad \forall x Fx \leftrightarrow Vx^{40},$$

según esta, una norma es válida si y solo si emana de alguna fuente social, y puede ser reformulada como

$$(6) \quad \forall x (Fx \wedge \neg Rx) \leftrightarrow Vx,$$

según lo anterior, una norma jurídica es válida si y solo si ha emanado de una fuente social (F) y no ha sido anulada o derogada mediante un acto de rechazo (R). Nótese que (6) implica

$$(6') \quad \forall x (\neg Fx \vee Rx) \leftrightarrow \neg Vx$$

$$(6'') \quad \forall x (Fx \wedge \neg Rx \wedge (\neg Mx \vee Mx)) \leftrightarrow Vx$$

Ahora bien, los incorporacionistas aún pueden objetar —con razón— que lo dicho hasta ahora prueba que en algunos sistemas jurídicos constitucionales la moral no es criterio de validez, pero no que sea imposible la existencia de sistemas en los que sí lo sea. En efecto, hasta ahora nos hemos limitado a señalar que en *algunos* sistemas las competencias de los jueces para invalidar (o crear) normas jurídicas están diseñadas de tal manera que las normas incompatibles (o compatibles) con la Constitución solo son inválidas (o válidas) cuando así lo dispone un acto de autoridad. Aunque estos rasgos institucionales sirvan como contraejemplos claros para una teoría como la de Alexy, de que la conexión necesaria entre el derecho y la moral se desprende de la misma naturaleza del derecho⁴¹, no lo son para el incorporacionismo, que asume la tesis de la vinculación contingente y no necesaria entre el derecho y la moral.

Para demostrar, por tanto, que sí es posible la existencia de una regla de reconocimiento compleja, podrían señalarse que los argumentos expuestos hasta ahora surgen de una interpretación equivocada de la Constitución, pues aunque de hecho no existan normas expresas que invaliden automáticamente las normas inconstitucionales, existen sin embargo convenciones interpretativas en el sentido de que sí lo hacen. O, por otra parte, sostener que a pesar de no encontrar abundantes ejemplos en la actualidad, aún son posibles o de hecho existen las Constituciones que disponen expresamente la validez o invalidez de una norma jurídica “derivada” de la Constitución sin la necesidad de una decisión de autoridad previa⁴². De esta manera se probaría que el modelo (6) no explica

⁴⁰ Una formulación similar propone RAZ, 1982, p. 59: “(1) Una condición social es necesaria para identificar la existencia y el contenido del derecho... (2) Una condición social es suficiente para identificar la existencia y contenido del derecho”.

⁴¹ Ver ALEXY, 1997, p. 105.

⁴² WALUCHOW, 2003, p. 175: Conforme a la Constitución canadiense “...cualquier medida jurídica... que sea inconsistente con las secciones 7 y 15 de la Carta carece de fuerza o efecto, independientemente de la decisión de un juez en un caso constitucional”.

adecuadamente los criterios de validez de todos los sistemas jurídicos, y ni siquiera de todos los sistemas constitucionales. Por tanto, para que el positivismo excluyente sea correcto como teoría general, debe adoptar un modelo de validez que excluya, por razones conceptuales, la posibilidad de que la moral sea una condición relevante de validez, es decir, debe fundamentar un modelo como

$$(7) \quad \Box \forall x (Fx \wedge \neg Rx) \leftrightarrow Vx,$$

que implica

$$(7') \quad \Box \forall x (Fx \wedge \neg Rx \wedge (\neg Mx \vee Mx)) \leftrightarrow Vx,$$

donde el operador alético de necesidad (\Box) expresa el carácter conceptualmente necesario de las condiciones de validez.

La tarea consiste entonces en objetar la idea de que una regla de reconocimiento representada por los modelos (1), (2) o (3) pueda condicionar la validez de las normas al cumplimiento de criterios morales sustantivos. Nuestra opinión al respecto es que, aun adoptando tal regla de reconocimiento, sería imposible concebir la moral como un criterio de validez, y nos gustaría ahora señalar por qué.

Una característica importante del positivismo jurídico es que explica las condiciones de validez como hechos (fuentes) reconocidos convencionalmente (por reglas de reconocimiento) que permiten identificar normas jurídicas válidas. Por tanto, la identificación de las disposiciones normativas que expresan las normas jurídicas es en algún sentido *objetiva*, es decir, no depende de las preferencias del juez, o en general de quien pretenda aplicar o seguir la norma. De forma similar, como señala Bayón, los criterios interpretativos que permiten asignar significado a las disposiciones normativas creadas mediante fuentes sociales deben ser para el positivismo jurídico, en algún sentido, objetivos⁴³, aunque puedan admitir un grado más o menos amplio de indeterminación (por problemas de vaguedad, ambigüedad, antinomias, etc.). Ello implica, entre otras cosas, que identificar una norma jurídicamente válida es para el positivismo jurídico, en algún grado, una cuestión de verificación y no de decisión o creación⁴⁴: todas las características que constituyen una regla social son empíricamente observables⁴⁵. Si no fuese así, no podría hablarse de “sistemas jurídicos” en sentido estricto, pues no sería posible determinar la existencia de normas jurídicas previas a las sentencias proferidas por los jueces o a los actos de seguimiento. Por último, si la identificación de la existencia y el

⁴³ BAYÓN (2002b, p. 59).

⁴⁴ JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 107: “...al positivismo jurídico... le atañe un compromiso metodológico con alguna teoría verificacionista de la verdad en sentido amplio, es decir de un enfoque metodológico que rechaza o descarta el realismo ‘indescifrable’, esto es, un realismo fundamentado en verdades *resistentes* al descubrimiento humano o que trasciendan la habilidad o la capacidad *normal* para averiguarlos”.

⁴⁵ HIMMA, 2009, p. 100 (la traducción es nuestra).

contenido de las normas jurídicas no estuviesen gobernados por criterios verificables y el derecho fuese, por tanto, globalmente indeterminado, no sería posible hablar de un sistema jurídico preexistente, sino tan solo de actos de decisión pura.

Por tanto, si el incorporacionismo insiste en la posibilidad de una regla de reconocimiento compleja, que incluya criterios morales de validez, debe asumir simultáneamente alguna clase de objetivismo moral que explique cómo pueden los principios constitucionales tener un contenido moralmente correcto. Debe rechazar, por tanto, al menos dos de las posibles alternativas acerca de la naturaleza de los juicios morales involucrados en la interpretación constitucional: concebirlos como parte de una moral subjetiva o de una moral social. Algunos teóricos del derecho han sido insistentes en este punto⁴⁶. Si asumimos, en primer lugar, que los criterios morales de validez jurídica son el producto de convenciones o acuerdos sociales, entonces el incorporacionismo sería indistinguible del positivismo excluyente, pues solo estaría señalando que ciertas convenciones sociales –creencias morales compartidas– son criterios de validez jurídica. El contenido de los principios constitucionales y la validez de las normas jurídicas sujetas a ellos dependerían de esa manera solo de hechos sociales convencionales. Y si el incorporacionismo asume, en segundo lugar, que los criterios morales de validez son de naturaleza subjetiva, es decir, que dependen exclusivamente de los deseos, emociones y creencias del intérprete, entonces no estaría en capacidad de mostrar la existencia de aquellas normas jurídicas cuya validez dependa de criterios morales (terminaría mostrando, como el positivismo excluyente, que los jueces deciden discrecionalmente). En definitiva, para que el incorporacionismo sea consistente con sus tesis más básicas, es necesario que sustente alguna forma de objetivismo moral⁴⁷. En palabras de Bayón:

...si un criterio de pertenencia basado en el contenido tiene que establecer como condición de verdad de una proposición que afirme que una norma pertenece al derecho no el hecho social de que en una comunidad se crea que es moralmente correcta, sino el que «realmente lo sea», entonces no puede haber regla de reconocimiento compleja –ni por tanto incorporacionismo– sin objetivismo moral⁴⁸.

Ahora bien, nuestra opinión es que demostrar la verdad o corrección objetivas de un principio moral enfrenta dificultades teóricas insalvables y que, por tanto, el modelo (7) es el que explica adecuadamente el concepto de validez jurídica. Sin embargo, indicar de forma pormenorizada cuáles son esas dificultades excede por mucho los alcances de este escrito. Muy esquemáticamente, podemos decir que los enunciados que expresan

⁴⁶ Al respecto, ver BAYÓN, 2002b, p. 73; JIMÉNEZ CANO, 2008, p. 227 y ORUNESU, 2007, p. 34. Una posición contraria es la expuesta por MORESO, 2002.

⁴⁷ MORESO Y VILAJOSANA, 2004, p. 200: "Si el objetivismo moral es una doctrina falsa, entonces el positivismo exclusivo es una teoría del derecho adecuada".

⁴⁸ BAYÓN, 2002b, p. 74.

valores morales, entendidos como enunciados prescriptivos⁴⁹, atribuyen a ciertas acciones o estados de cosas un conjunto de propiedades (morales) que no poseen una existencia de naturaleza empírica o no empírica⁵⁰, que trascienda las meras preferencias o deseos del agente (subjektivismo ontológico). Y aunque demostrar la inexistencia de propiedades objetivas parezca ser una tarea imposible, podemos decir en todo caso que su conocimiento escapa a las capacidades cognoscitivas de las personas, y que no existen circunstancias o procedimientos ideales, ni puntos de vista privilegiados, que nos permitan conocerlas (subjektivismo epistemológico)⁵¹. Podemos decir también que el objetivismo ontológico y epistemológico descansan sobre la idea extraña de que las acciones y los estados de cosas tienen propiedades o relaciones completamente distintas a las de cualquier otra en el mundo, que esas propiedades o relaciones solo pueden ser percibidas por medio de alguna intuición o capacidad cognitiva singular o que son accesibles en condiciones ideales. Esto riñe con una visión más austera del mundo que no supone la existencia de propiedades, relaciones o cualidades diferentes de las percibidas mediante nuestras capacidades normales, y que solo es compatible con alguna forma de subjektivismo moral que explique, en función de nuestras actitudes o preferencias subjetivas, la particular inclinación a creer en valores objetivos⁵².

Ahora bien, los argumentos metaéticos contra el objetivismo moral no parecen ser los únicos que permiten objetar el incorporacionismo. También podemos construir un argumento menos ambicioso que muestra la irrelevancia de adoptar el objetivismo moral para identificar las normas válidas en los sistemas constitucionales, y no, en general, en cualquier mundo posible. Recordemos que, para el neoconstitucionalismo, la moral constituye un criterio de validez particularmente importante en los sistemas constitucionales. Y, como veremos en el siguiente apartado, la existencia de desacuerdos profundos entre jueces y ciudadanos acerca del contenido de algunas cláusulas constitucionales desestiman la presunta necesidad de adoptar el objetivismo moral para explicar el concepto de validez.

⁴⁹ Decir que los enunciados morales tienen un carácter prescriptivo implica rechazar el cognoscitvismo ético que atribuye un carácter meramente descriptivo a expresiones como “bueno”, “justo” o “debido”. Ver MACKIE, 1977, p. 24 y HARE, 1952, p. 1. Adoptar una postura no cognoscitivista no implica, por supuesto, negar que los enunciados morales no tengan también una función referencial. Ver BAYÓN, 1991, p. 140.

⁵⁰ Esto implica el rechazo de teorías naturalistas, como la de Boyd, que atribuye a las propiedades morales una naturaleza empírica; o intuicionistas, como la de Moore, que les atribuye una naturaleza no empírica. Ver LUQUE SÁNCHEZ, 2011.

⁵¹ Esto implica un rechazo de las teorías constructivistas que, abrazando el objetivismo epistemológico, se apartan del objetivismo ontológico. MORESO, 2009, p. 104: “No se trata de hechos externos al propio procedimiento de construcción, sino de hechos que son el resultado del proceso de construcción, de *hechos contruidos*, podríamos decir”. Ver también Chiassoni, 2011, p. 163. El punto más sensible del constructivismo se encuentra precisamente en la fundamentación de las condiciones ideales que definen el procedimiento.

⁵² Ver BAYÓN, 1991, p. 217.

V. POSITIVISMO JURÍDICO Y LA IRRELEVANCIA DEL OBJETIVISMO MORAL

Hemos dicho que concebir los principios constitucionales de contenido moral como criterios de validez jurídica implica adoptar el objetivismo moral. Sin embargo, una cosa es decir que las propiedades morales sean objetivas y otra muy distinta que sean además accesibles, es decir, que existan métodos intersubjetivamente válidos para verificarlas, o acuerdos relativamente amplios entre jueces y ciudadanos acerca de cuáles son esos métodos. Sabemos bien que entre tribunales y ciudadanos suelen existir profundos desacuerdos acerca del contenido de los principios constitucionales y que muchas veces esos desacuerdos son de buena fe: no obedecen la mezquindad o a meros intereses particulares de quienes discuten. Por supuesto, la mera existencia de desacuerdos no es una prueba contundente contra el objetivismo moral, y por eso el incorporacionismo siempre podrá alegar que pese a las profundas controversias que existen en la práctica aún sigue existiendo una (única) respuesta correcta. Esta postura es válida y solo puede ser objetada, según creemos, refutando el objetivismo moral. En todo caso, aquí podemos demostrar que al menos en los sistemas constitucionales y en todos aquellos sistemas en los que la sociedad esté dividida por profundas controversias respecto del contenido de principios constitucionales, la tesis de que existe una moral objetiva que condiciona la validez de las normas jurídicas termina convirtiéndose –como lo ha señalado Jiménez Cano⁵³– en una tesis irrelevante.

Los desacuerdos acerca de la interpretación de los principios constitucionales son tan comunes como diversos. Los jueces suelen discutir no solo por el contenido de las disposiciones jurídicas (especialmente de aquellas que expresan normas de contenido abstracto, como los principios), sino también referente a las técnicas o métodos de interpretación que deben aplicárseles. Estos desacuerdos se reflejan a menudo en fenómenos como los cambios de precedente, los votos disidentes y el alcance diverso que atribuyen varios tribunales a disposiciones constitucionales idénticas. En este contexto, cada juez identificaría como válidas o inválidas normas distintas y sería en última instancia una autoridad suprema (judicial o legislativa) quien ponga fin a la controversia.

Tomemos como ejemplo un cambio de precedente de la Corte Constitucional colombiana⁵⁴. En la Sentencia C-098/ 1996, la Corte señaló en una votación de siete a dos que la Constitución no otorgaba a las parejas homosexuales el derecho a constituir vínculos jurídicos de carácter marital y patrimonial, por lo que las leyes que lo permitían solo para las parejas heterosexuales no podían ser declaradas inconstitucionales. Para la Corte el tratamiento que daba la ley a las uniones heterosexuales no era un “privilegio odioso” que vulnerara los derechos constitucionales de la población homosexual, sino una distinción fundamentada en aspectos *relevantes* como la capacidad de procreación. En la Sentencia C-075 de 2007, sin embargo, la Corte cambiaría su posición, considerando

⁵³ JIMÉNEZ CANO, 2013, p. 106.

⁵⁴ Nótese que cambios de precedente como este son bastante comunes en los tribunales constitucionales. Ejemplos célebres pueden ser, en Estados Unidos, *Plessy v. Ferguson* y *Brown v. Board of Education*, o *Lochner v. New York* y *West Coast Hotel v. Parrish*.

en una votación de seis a tres que el trato jurídicamente diferenciado entre las parejas heterosexuales y homosexuales era inconstitucional por vulnerar derechos fundamentales como la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad. En su opinión, era indudable que a la luz de la Constitución “no existen razones objetivas que justifiquen un tratamiento diferenciado”.

Como se puede ver, el contenido que le atribuye la Corte a las normas constitucionales es en ambos casos diferente, e incluso total o parcialmente contradictorio. Ahora bien, si el incorporacionismo insiste en el objetivismo moral, ¿cómo puede explicar estos cambios de precedente sin contradecirse a sí mismo? Al parecer solo puede recurrir a dos alternativas igualmente implausibles.

Puede señalar, en primer lugar, que solo una de las interpretaciones es equivocada, y que el cambio de precedente era necesario para tener certeza acerca de cuál era el contenido verdadero o correcto de la Constitución. Admite en consecuencia que, por ejemplo, la norma N_1 declarada inicialmente válida por el tribunal constitucional era a pesar de todo inválida y nunca perteneció al sistema jurídico. Aunque por obvias razones no podemos objetar de fondo esta tesis (que se sustenta en el objetivismo moral), es fácil advertir las dificultades que afronta. No parece existir un acuerdo, en principio, acerca de un criterio que permita determinar cuál de las dos decisiones proferidas por el tribunal constitucional refleja el verdadero contenido de la Constitución. En la práctica sería perfectamente posible que los jueces y ciudadanos disientan acerca de si una o ambas decisiones del tribunal son correctas y, por tanto, acerca de si la norma N_1 es (o haya sido en determinado lapso) válida o inválida. En el caso propuesto, por ejemplo, nada permite descartar que –aun existiendo una moral objetiva– ambas decisiones sean consideradas correctas por algún intérprete y que, en opinión de este, la decisión del tribunal no afecte la validez de la norma en cuestión. Por último, aunque existiera un criterio objetivo que determinara el contenido correcto de la Constitución, las controversias recurrentes indicarían que los participantes lo desconocen de hecho y que la moral no actuaría por tanto como un criterio de validez jurídica.

Pero, en segundo lugar, los incorporacionistas aún podrían señalar que ambas decisiones del tribunal –en este caso y en cualquier otro– son necesariamente correctas, a pesar de la contradicción. Según este punto de vista, los principios de moral objetiva previstos en la Constitución pueden avalar decisiones contrarias de los tribunales acerca de si una norma es válida o inválida. El principio de igualdad y no discriminación, por ejemplo, puede avalar u objetar en igual magnitud las normas que prohíben a las parejas homosexuales contraer vínculos maritales como las parejas heterosexuales.

Es fácil advertir, no obstante, las dificultades que afronta esta alternativa: se corre el riesgo de aceptar que las decisiones del tribunal constitucional coinciden siempre con el contenido de la moral objetiva (el tribunal se convierte, en términos prácticos, en una especie de “autoridad moral” infalible) y, en consecuencia, el incorporacionismo se hace indistinguible –también en términos prácticos– del positivismo jurídico: porque la validez de las normas jurídicas dependería, en última instancia, de una decisión adoptada por el tribunal constitucional.

VI. CONCLUSIONES

En este trabajo hemos analizado una de las objeciones formuladas por el neoconstitucionalismo al positivismo jurídico excluyente, según esto, la validez de las normas jurídicas en los sistemas constitucionales contemporáneos no depende exclusivamente de fuentes sociales, sino también de la corrección moral. Tomando como referente las tesis de Alexy y de algunos positivistas incluyentes, identificamos cuatro modelos que pueden explicar alternativamente el concepto neoconstitucionalista de validez. Indicamos, en primer lugar, que las funciones de los tribunales constitucionales pueden ser explicadas sin mayores dificultades por el positivismo excluyente, pues en últimas lo que permite identificar una norma jurídica como inválida es siempre un hecho social, y que el uso de argumentos morales en instancias judiciales no implica la moral que se convierta en un criterio de validez. En segundo lugar, señalamos que aun suponiendo la verdad del objetivismo moral –al que está ligado necesariamente el positivismo incluyente– no es posible explicar de manera plausible aquellos casos en los que el contenido moral de las normas constitucionales es controvertido. En ese sentido, lo que en realidad estaría haciendo el neoconstitucionalismo es generalizar de manera inadecuada ciertas características institucionales de los sistemas constitucionales para postularlas como tesis plausibles de teoría general del derecho.

Somos conscientes de que las posiciones neoconstitucionalistas pueden ser refinadas muchísimo más y que quizás hemos expuesto una versión extremadamente simplificada de ellas. Aun así, en este trabajo podemos haber ofrecido algunas luces acerca del carácter implausible de las críticas neoconstitucionalistas contra el positivismo jurídico.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUSTÍN DE HIPONA: *De libero arbitrio*, http://www.Augustinus.It/latino/libero_arbitrio/
- ALEXY, Robert, 1997: *El concepto y la validez del derecho*, Barcelona, Gedisa.
- ALEXY, Robert, 2001: “Una defensa de la fórmula de Radbruch”, *Anuario da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, volumen 5, pp. 75-96.
- ALEXY, Robert, 2008: *El concepto y la naturaleza del Derecho*, Barcelona, Marcial Pons.
- ALEXY, Robert, 2010: “The Dual Nature of Law”, *Ratio Iuris*, volumen 23, Nº 2, pp. 167-182.
- ALEXY, Robert, 2013: “Some Reflections on the Ideal Dimension of Law and on the Legal Philosophy of John Finnis”, *The American Journal of Jurisprudence*, volumen 58, Nº 2, pp. 97-110.
- ALEXY, Robert, 2017: “The Ideal Dimension of Law”, en George Duke & Robert George (editors), *The Cambridge Companion to Natural Law Jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press, pp. 314-341.
- ATIENZA, Manuel & Ruiz Manero, Juan, 2007: “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, *Isonomía*, volumen 27, pp. 7-28.
- BAYÓN, Juan Carlos, 1991: *La normatividad del derecho. Deber jurídico y razones para la acción*. Madrid: CEPC.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2002: “El contenido mínimo del positivismo jurídico”, en Virgilio Zapatero Gómez (editor), *Horizontes de la filosofía del derecho vol 2*, Alcalá de Henares, Universidad de Alcalá, pp. 33-54.

- BAYÓN, Juan Carlos, 2002b: "Derecho, convencionalismo y controversia", en Pablo Navarro y María Cristina Redondo (editores), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica, moral y política*, Barcelona, Gedisa, pp. 57-92.
- BAYÓN, Juan Carlos, 2004: "Democracia y Derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", en: Jerónimo Betegón, Francisco Laporta, Juan Ramón de Páramo y Luis Prieto Sanchís (editores), *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, pp. 67-138.
- BETEGÓN, Jerónimo, 1998: "Sobre la pretendida corrección de la pretensión de corrección", *Doxa*, volumen 21, pp. 171-192.
- BEYLEVELD, Deryck y BROWNSWORD, Roger, 2001: *Human Dignity in Bioethics and Biolaw*, Oxford, Oxford University Press.
- BOBBIO, Norberto, 1961: "Sul positivismo giuridico", *Rivista de filosofía*, volumen 52, pp. 14-34.
- BULYGIN, Eugenio, 2000: "Alexy's Thesis of the Necessary Connection between Law and Morality", *Ratio Juris*, volumen 13, N° 2, pp. 133-137.
- CHIASSONI, Pierluigi, 2011: "Tres Ejercicios para una crítica al objetivismo moral", en: Ferrer Beltrán, Jordi y Ratti, Giovanni Battista (editores), *El realismo jurídico genovés*, Madrid, Marcial Pons.
- COLEMAN, Jules, 1989: "On the Relationship Between Law and Morality", *Ratio Juris*, volumen 2, N° 1, pp. 66-78.
- COLEMAN, Jules, 2009: "Beyond inclusive legal positivism", *Ratio Juris*, volumen 22, N° 3, pp. 359-394.
- COMANDUCCI, Paolo, 2002: "Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico", *Isonomía*, volumen 16, pp. 89-112.
- DWORKIN, Ronald, 1996: *Freedom's Law*, Oxford: Oxford University Press.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, 2005: "La teoría del derecho en tiempos del constitucionalismo", en Miguel Carbonell (editor), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, pp. 159-186.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, 2009: *Criaturas de la Moralidad*, Madrid: Trotta.
- HARE, R. M., 1952: *The Language of Morals*, Clarendon Press, Oxford: pp. 1-16
- HART, Herbert, 1961: *The concept of law*, Oxford, The Clarendon Press. (Las citas son tomadas de la edición española: Hart, Herbert, 1998: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot)
- HART, Herbert, 2000: *Postscriptum al concepto de derecho*, México, UNAM.
- HIMMA, Kenneth Einar, 2009: "Understanding the relationship between the U.S. constitution and the conventional rule of recognition", en Matthew Adler, Kenneth Himma (editores), *The rule of recognition and the U.S. constitution*, Oxford, Oxford University Press, pp. 95-120.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto, 2008: *Una metateoría del positivismo jurídico*, Barcelona, Marcial Pons.
- JIMÉNEZ CANO, Roberto, 2013: "Una defensa del positivismo jurídico (excluyente)", *Isonomía*, volumen 39, pp. 83-126.
- LYONS, David, 1977: "Principles, Positivism and Legal Theory", *The Yale Law Journal*, volumen 87, N° 2, pp. 415-435.
- LUQUE SÁNCHEZ, Pau, 2011: Las dos vías del realismo moral, *Discusiones*, volumen 10, pp. 275-283.
- MACKIE, John Leslie, 1977: *Ethics: Inventing Right and Wrong*, Penguin, New York: pp. 16-42.
- MARMOR, Andrei, 2011: *Philosophy of Law*, Princeton and Oxford, Princeton University Press.
- MORESO, José Juan, 2002: "En defensa del positivismo jurídico inclusivo", en Pablo Navarro y María Cristina Redondo (editores), *La relevancia del derecho: ensayos de filosofía jurídica moral y política*, Barcelona, Gedisa.
- MORESO, José Juan, 2003: "Comanducci sobre el neoconstitucionalismo", *Seminario Albert Calsamiglia*, Barcelona; Universidad Pompeu Fabra, pp. 1-10.
- MORESO, José Juan, 2004: "El positivismo jurídico y la aplicación del derecho", *Doxa*, volumen 27, pp. 45-62.

- MORESO, José Juan y VILAJOSANA, Josep, 2004: *Introducción a la teoría del derecho*, Madrid, Marcial Pons.
- ORUNESU, Claudina, 2007: *Positivismo jurídico y sistemas constitucionales*, Madrid, Marcial Pons.
- POZZOLO, Susanna, 1998: "Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional", *Doxa*, volumen 21, Nº 2, pp. 339-353.
- POZZOLO, Susanna, 2015: "Apuntes sobre Neoconstitucionalismo", en Jose Luis Fabra Zamora y Álvaro Núñez Vaquero (editores), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho, Volumen I*, México, UNAM, pp. 363-404.
- PRIETO Sanchís, Luis, 2005: *Constitucionalismo y positivismo*, México, Fontamara.
- RATTI, Giovanni Battista, 2015: "Neoconstitucionalismo negativo y neoconstitucionalismo positivo", *Ius Humani. Revista de Derecho*, volumen 4, pp. 227-261.
- RAZ, Joseph, 1982: *La autoridad del derecho*, México, UNAM.
- RAZ, Joseph, 2007: "The Argument from Justice, or How Not to Reply to Legal Positivism", en George Pavlakos (editor), *Law, Rights and Discourse. The Legal Philosophy of Robert Alexy*, Portland, Oregon, Hart Publishing, pp. 17-36.
- SEBOK, Anthony, 2004: *Legal positivism in American jurisprudence*, Cambridge, Cambridge University Press.
- SOPER, Philip, 1977: "Legal theory and the obligation of a judge: The Hart/Dworkin dispute", *Michigan Law Review*, volumen 75, Nº 3, pp. 473-519.
- WALUCHOW, Wilfried, 2003: *Inclusive legal positivism*, Oxford, Oxford University Press.

DOI: 10.4067/S0718-09502020000100053

Burocracias legislativas: etnografía sobre los funcionarios de nivel medio en Chile

*Mayra Feddersen Martínez**

RESUMEN

Mediante una etnografía de la Administración realizada al interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública entre marzo de 2015 y 2016, estudié cómo funcionarios de medio nivel participaban en la formulación del anteproyecto de migraciones, logrando cristalizar sus argumentos o forzando una posición contraria en el proyecto que surgió de la presidencia. La principal conclusión de esta investigación es que el trabajo de persuasión que ejecutaban estos sujetos, se realizaba en las sombras de la ley, aprovechando las redes de contacto que estos funcionarios poseían y el poder político que surgía de su cargo y de la confianza conferida. Se exceptúan de esta conclusión los funcionarios de medio nivel que trabajaban para el Ministerio de Hacienda y la Dirección de Presupuestos, cuyo poder parecía ser incuestionable. Mediante este trabajo es posible vislumbrar cómo nuevos actores comienzan a surgir y ocupar los espacios que han sido desocupados por los partidos políticos al interior de la Administración del Estado.

Burocracias; discrecionalidad administrativa; facultades legislativas

Legislative bureaucracies: Ethnography of middle level bureaucrats in Chile

ABSTRACT

Based on an ethnography of Chile's public administration conducted inside the Ministry of Interior and Public Security between March 2015 and 2016, I studied how mid-level officials participated in the formulation of the 2017 immigration bill, seeking to crystallize their arguments or forcing a contrary position in the draft that finally emerged from the presidency. The main conclusion of this research is that these mid-level officials navigated the bureaucracy in the shadows of the law, taking advantage of the contact networks that they possessed and the political power that emerged from their position and from the authority's trust on them. Mid-level officials who worked for the Ministry of Finance and the Budget Office were outliers. Their power seemed to be unquestioned. Faced with the weakening of political parties, new actors are beginning to occupy the spaces that politicians are emptying.

Bureaucracies; administrative discretion; legislative functions

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad Diego Portales, Chile. Abogada. Doctora en Filosofía con especialidad en Jurisprudencia y Políticas Sociales, Universidad de California-Berkeley, Estados Unidos. Profesora de Derecho, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: mayra.feddersen@uai.cl
Artículo recibido el 25.1.2019 y aceptado para su publicación el 30.4.2019.

I. INTRODUCCIÓN

Esta investigación tiene como propósito explorar cómo los funcionarios de medio nivel participan en la formación de los proyectos de ley que emanan del Presidente de la República (en adelante “el Presidente”). Con esto se busca evidenciar una realidad que no ha sido relevada por los estudiosos de la administración pública, al desconocer el rol creador que tienen los sujetos que se encuentran operando entre los funcionarios de alto y de bajo nivel o de ventanilla. Por una parte, los teóricos de la administración pública se han enfocado en escribir acerca de las formas y límites de la discrecionalidad administrativa, olvidando a los sujetos que le dan contenido a estas normas¹. Por otra parte, los académicos de las ciencias políticas y del derecho han analizado el Congreso nacional y el proceso legislativo, pero solo unos pocos han mirado el trascendental papel del Ejecutivo y de sus colaboradores, directos e indirectos, en la elaboración de la voluntad legislativa, que en el caso chileno corresponde a más del setenta por ciento de los proyectos de ley que llegan a ser ley².

En este trabajo, en cambio, se asume que existen funcionarios en la Administración del Estado que participan activamente de la formación de la voluntad del Ejecutivo, logrando cristalizar sus argumentos o forzando una posición contraria en los proyectos que redacta el Presidente. Lo inusual es que este trabajo de persuasión y convencimiento se realiza en las sombras de la ley, capitalizando respecto de atributos personales, redes de contacto y poder político. Un actor clave en este espacio es el Ministerio de Hacienda, por medio de su Dirección de Presupuestos, quien en la práctica sella el futuro de los proyectos que se discuten en la Administración³.

En efecto, en este trabajo se puede comprobar el significativo rol que tuvieron los funcionarios de medio nivel en la formación de la voluntad ejecutiva en la discusión del anteproyecto de migraciones elaborado durante la segunda administración de la presidenta Michelle Bachelet, entre 2014 y 2018. Algunos de estos funcionarios fueron nombrados directamente por el Presidente o fueron seleccionados tras un proceso realizado por la Alta Dirección Pública⁴. Con independencia de su nombramiento, estos sujetos se ubican en este lugar de la Administración por la función y las potestades que desempeñan. Por un lado, ejercen una tarea de administración, es decir de implementación y de ejecución de los mandatos del legislador o del Presidente. Por otro lado, tienen en la práctica mayores grados de libertad al operar en ámbitos técnicos en los que desarrollan una expertise única y colaboran directamente con el público al que tienen que servir. La manera cómo ejercen sus tareas es lo que les entrega autonomía en relación con quien los nombró o a quien le responden, logrando diferenciarse políticamente y generando

¹ SÁNCHEZ, 1994, pp. 121-131; DESDENTADO, 1997, pp. 85-100; CIRIANO, 2000, pp. 249-273; ALONSO, 1998, pp. 320-347.

² ESCUDERO, 2018, p. 137; OSORIO, 2018, pp. 302-303. BRONFMAN, 2016, p. 386.

³ AHUMADA, 2014, p. 157; OSORIO, 2018, p. 307. MARTÍNEZ, 2018, p. 111. Estos autores también reconocieron el importante rol de Hacienda y de la DIPRES en la formulación de las políticas públicas.

⁴ Ley 19.882, 2003, art. 1. MORALES, 2014, p. 427.

capacidades organizacionales que les posibilitan maniobrar astutamente los espacios de discrecionalidad o de indeterminación que les da la norma que los crea y regula⁵.

El propósito de este trabajo es dar cuenta de una experiencia concreta en que funcionarios de medio nivel desarrollaron funciones legislativas al interior de la Administración. Este hallazgo resulta interesante porque presenta al Ejecutivo como un poder del Estado en donde coexisten tensiones, posiciones contradictorias y voluntades que difieren a las de su máxima autoridad y a las de sus funcionarios de exclusiva confianza.

Atender a los funcionarios de medio nivel permite explorar espacios de la Administración pública que han sido olvidados. La lejanía del Presidente los protege y los restringe. Como no tienen llegada directa, estos funcionarios han de desarrollar habilidades propias que les permitan convencer a sus superiores y aproximarse a los oídos de la autoridad máxima. Sin embargo, como se encuentran en el tercer o cuarto lugar de jerarquía dentro de su organismo⁶, tienen la suficiente estabilidad en el cargo para generar relaciones cercanas con sus bases, lo que les otorga mayores niveles de legitimidad. Así, estos funcionarios se encuentran en una situación ideal para impactar en la creación y la implementación de normas, alterando la realidad jurídica al interior y fuera de la organización a la que pertenecen.

Este artículo está dividido en cinco partes. En la primera sección se explica el espacio jurídico en el que se mueven los funcionarios de medio nivel. Se trata de un espacio normado, pero que en la práctica cuenta con amplios márgenes de discrecionalidad. En la segunda sección, el artículo describe el marco jurídico que regula la elaboración de los proyectos de ley del Presidente y que constituye los límites formales a los que están sometidos los sujetos que intervienen en su formulación. En la tercera parte se explicita la forma cómo esta investigadora tuvo acceso a los datos que permiten sostener la tesis de este trabajo y conocer de primera fuente el rol que ejercieron los funcionarios de medio nivel en la elaboración del anteproyecto de migraciones de 2017. Con una noción acerca de la discrecionalidad, el procedimiento específico y revelada la estrategia de acceso a los datos, se puede comprender los hallazgos efectuados. En la cuarta sección se exponen los resultados de la investigación. El trabajo pone énfasis en las habilidades personales y políticas de los funcionarios de medio nivel y en el predominante rol del Ministerio de Hacienda y de su Dirección de Presupuestos. En la última sección se presenta un resumen y se discuten las implicancias de esta investigación.

⁵ CARPENTER, 2001, pp. 354-355.

⁶ CORDERO, 2015, p. 196. El órgano es la unidad diferenciada del aparato administrativo sobre el que recaen las competencias. El organismo engloba a los órganos y los representa judicialmente.

II. POTESTADES DISCRECIONALES DE LA ADMINISTRACIÓN

Abundante tinta se ha vertido sobre la discrecionalidad administrativa y su correlato, el principio de legalidad⁷. Se asume que sin estos resguardos la autoridad podría excederse y abusar del poder sin dificultades. Desde un punto de vista empírico, sin embargo, ni siquiera el regulador más celoso lograría constreñir completamente a los sujetos que norma. Siempre quedarán espacios de libertad en los que se podrá innovar.

Atendido la realidad expuesta, la doctrina ha intentado reducir los espacios de "libertad" con el fin de evitar que ellos se transformen en ámbitos de arbitrariedad. En los sistemas de derecho continental, ello se ha reflejado en fortalecer el principio de legalidad y en imponer límites al ejercicio de la discrecionalidad precisando estándares de acción para la Administración⁸.

Aun cuando se restringiera *ex ante* o *ex post* la actividad de la Administración, es innegable que, en el desempeño de sus funciones, el funcionario adoptó una decisión, desechando o priorizando sus posibilidades. Estas alternativas que poseía, en la forma más amplia de opciones que le dio el legislador, o más limitado, de interpretaciones que realizó respecto del lenguaje de su mandato⁹, escaparon al ámbito netamente jurídico, abriéndole un espacio de juicio político.

En efecto, toda decisión involucra una acción consciente y un ejercicio de discrecionalidad¹⁰. Para reducir la incertidumbre que esto genera, se ha intentado precisar la función que ejerce el órgano. Así, cuando la Administración realiza funciones de carácter político o adopta decisiones que tienen esa naturaleza¹¹, el grado de discrecionalidad es mayor, pues los límites legales a los que está expuesta son menores. Ahora bien, cuando realiza actividades típicamente administrativas o ejecutivas¹², la discrecionalidad que posee es menor, pues las normas fijan sus parámetros de acción. Sin embargo, habrá casos en que concurren ambos tipos de funciones, políticas y administrativas. En estas circunstancias, atender al nivel de discrecionalidad será central, ya que de ello dependerá

⁷ Por ejemplo, revisar la doctrina nacional SOTO KLOSS, 1996, pp. 11-43; SILVA CIMMA, 1996, pp. 21-24; BERMUDEZ, 2011, pp. 64-66; CORDERO, 2015, p. 76; VALDIVIA, 2018, pp. 141-155.

⁸ CORDERO, 2015, p. 83. Para Luis Cordero la discrecionalidad es estructural, es decir, que se encuentra presente en todas las actuaciones y decisiones de los órganos ejecutores. Así, lo relevante no es limitar la discrecionalidad, sino determinar cuáles son los estándares básicos para poder ser titular de ella y cuáles son los mecanismos de control de su ejercicio.

⁹ CORDERO, 2015, pp. 83-89. La doctrina distingue entre conceptos jurídicos indeterminados y discrecionalidad. Los primeros se refieren a márgenes de apreciación que se originan por imprecisiones del lenguaje, mientras que los segundos son decisiones conscientes del legislador de entregarle a la administración opciones, todas igualmente válidas.

¹⁰ DWORKIN, 1977, pp. 31-32.

¹¹ CIRIANO, 2000, p. 255. Para este autor, la discrecionalidad política en sentido amplio significa la facultad que tiene la Administración para modificar de un modo general la realidad en la que actúa, de acuerdo con criterios políticos de conveniencia u oportunidad para los intereses generales.

¹² CIRIANO, 2000, p. 256. Para Ciriano, la discrecionalidad es administrativa cuando implica la concreción de decisiones más generales a casos singulares y donde las decisiones resultan de la interpretación de las normas a circunstancias concretas.

el nivel de especificidad con el que estará regulado su actuar y la intensidad del control que se pueda realizar acerca de sus acciones¹³.

Con todo, incluso determinando el tipo de funciones que ejerce la Administración, la discrecionalidad es inevitable. En efecto, así como lo expresó Ciriano analizando la discrecionalidad económica, en la práctica, es muy difícil diferenciar entre las funciones de gobierno y de administración¹⁴. En muchas ocasiones las decisiones tienen un alto componente político, incluso cuando la determinación la adopta un órgano administrativo ejecutando un mandato legal¹⁵.

En este trabajo parto de la base que los funcionarios que conforman la Administración tienen un margen de acción, posibilitado en un ejercicio de discrecionalidad, cualquiera sea su fuente de atribución o su tipo¹⁶. Este marco puede ser más o menos amplio, según se explicó anteriormente, dependiendo del nivel de detalle de su regulación y de la función que ejerza el órgano. En el caso bajo análisis, los funcionarios realizaron una actividad de legislación en las que, en principio, existirían mayores niveles de “libertad”.

A continuación revisaremos los límites que se le imponen, para luego estudiar si estas restricciones se reproducen en la práctica. Lo anterior con el objeto de determinar cómo los funcionarios de medio nivel ejercen funciones legislativas al interior de la Administración Pública.

III. LEYES DE INICIATIVA EXCLUSIVA DEL PRESIDENTE

Para comprender el procedimiento que rige esta materia, esta sección profundizará respecto de las reglas que han regulado este trámite y algunas interrogantes que surgen de su aplicación.

1. *Los instructivos presidenciales*

Desde 1990 se han dictado dos instructivos presidenciales que establecen el procedimiento acerca de tramitación de los proyectos de ley que se originan en mensajes presidenciales¹⁷. El primero de ellos lo dictó el presidente Eduardo Frei Ruiz-Tagle el 18 de marzo de 1994, asignándole el número 211 (en adelante “la instrucción de 1994”). El 14 de marzo de 2016 la presidenta Michelle Bachelet dictó una actualización del

¹³ CIRIANO, 2000, p. 254.

¹⁴ CIRIANO, 2000, p. 249.

¹⁵ CIRIANO, 2000, pp. 251-252.

¹⁶ ALONSO, 1998, pp. 332-333. DESDENTADO, 1997, p. 86. SÁNCHEZ, 1994, pp. 121-130.

¹⁷ CORDERO, 2015, p. 177. Los instructivos son las órdenes que la autoridad administrativa imparte a los funcionarios dependientes, relacionados con el correcto funcionamiento de la ley administrativa o con la necesidad de desarrollar una más eficaz y expedita administración. No son normas oponibles a los particulares y no están sujetas a la toma de razón de la Contraloría General de la República. Mediante ellas no se puede derogar o contradecir un reglamento, decreto u otro acto administrativo de mayor jerarquía normativa.

instructivo de 1994, aprobando su instructivo Nº 1 de 2016 (en adelante “la instrucción de 2016”).

Pese al tiempo transcurrido entre ambos, la similitud entre ellos permite sostener que existe un procedimiento bastante asentado en la forma de tramitar los anteproyectos de ley. Revisado el procedimiento en detalle, se consagran 4 grandes etapas: iniciación, análisis, consulta y firma.

Los proyectos se inician por un ministro o por un Comité Interministerial al Ministerio Secretaría General de la Presidencia (en adelante SEGPRES). Estos pueden adoptar la forma de “sugerencias de ideas matrices” o constituir derechamente un “anteproyecto de ley”. El instructivo de 2016 incluyó también “propuestas de indicaciones”¹⁸.

Iniciado el proyecto, se produce la etapa de análisis. SEGPRES y el Ministerio de Hacienda revisan los antecedentes. Si SEGPRES consideraba que abarca materias de competencia de otros ministerios, los consulta. De existir divergencias, se conforma una comisión *ad hoc*. De producirse acuerdo, se finaliza mediante la firma, la que se podría realizar en ceremonia pública o de forma privada.

El Ministerio Secretaría General de la Presidencia centralizó todas las actividades de coordinación referidas a la producción de los mensajes presidenciales. Es importante señalar que esta participación no se limitó a la mera gestión de los intereses de los ministerios respectivos, sino que involucró un análisis sustantivo de las propuestas, la designación de asesores por proyecto y la asesoría luego que el proyecto fuera enviado al Congreso¹⁹.

Una segunda novedad que introdujo el instructivo de 2016 es que reguló los antecedentes que se debían acompañar con la propuesta legislativa, exigiendo que se incluyera un borrador con los fundamentos, objetivos y contenidos del proyecto (y si eran indicaciones una descripción de las ideas matrices que las justificaban), un preinforme financiero con el detalle de los gastos que se estimaron necesarios para la implementación y una minuta resumen del proyecto de ley o de las indicaciones²⁰.

La Dirección de Presupuestos y el Ministerio de Hacienda cumplen un rol central dentro del procedimiento de tramitación de los mensajes. Según señaló el instructivo de 1994, consultada la Dirección de Presupuestos “no podrá procederse a su redacción definitiva sin su opinión favorable”. Enfatizó el mismo punto el instructivo de 2016, pero añadió a la opinión favorable de la Dirección de Presupuestos también la del Ministerio

¹⁸ En este punto existe una diferencia con la instrucción de 1994, la que consagró un procedimiento desformalizado respecto de las indicaciones, flexibilizando este trámite. La instrucción de 2016 sometió a las indicaciones al mismo trámite que los proyectos iniciados como sugerencia de ideas matrices o como anteproyecto.

¹⁹ Ley 18.993, 1990. Esta ley confiere al Ministerio Secretaría de la Presidencia la potestad de asesorar al Presidente de la República en sus relaciones con el Congreso y a su división jurídico-legislativa la facultad de estudiar y revisar los anteproyectos, pudiendo proponer opciones legislativas al Presidente (arts. 2 a) y 6). Ver también el artículo 9 letras a, b, c y d del Reglamento orgánico del Ministerio Secretaría General de la Presidencia, Decreto 7 de 1991 (última modificación en 2017).

²⁰ Constitución Política. El artículo 67 inciso 4 de la Constitución preceptúa “no podrá el Congreso aprobar ningún nuevo gasto con fondos de la Nación sin que se indiquen al mismo tiempo las fuentes de recursos necesarios para atender a dicho gasto”.

de Hacienda. La relevancia que se le concedió a este ministerio es concordante con los hallazgos de esta investigación, como se verá más adelante.

Resulta llamativo el papel (o su ausencia) que se le entregó a la sociedad civil durante la tramitación del mensaje. En el instructivo de 1994 se otorgó la facultad a SEGPRES “con plena participación del Ministerio de origen [para oír] a todos los sectores públicos o privados que así lo soliciten y mante[er] permanentemente informado al Presidente de la República”. El instructivo de 2016 contiene una disposición completamente opuesta. Este estableció la reserva del articulado, basándose en una de las causales admisibles de secreto conforme lo preceptúa el art. 21 de la Ley 20.285 sobre Acceso a la Información Pública. Ello sería concordante con alguna jurisprudencia del Tribunal Constitucional²¹ y del Consejo para la Transparencia²².

Por último, el instructivo de 2016 reguló cuestiones accesorias a la tramitación, como la consulta indígena, el seguimiento de los proyectos en el Congreso, las urgencias, el patrocinio de mociones y las etapas de promulgación y publicación²³.

En resumen, de la revisión de los dos instructivos que existen respecto de la materia y de las normas que rigen a SEGPRES, la formulación de los mensajes presidenciales se realiza en coordinación con los ministerios y siempre y cuando posea el visto bueno del Ministerio de Hacienda.

2. *Interrogantes acerca del procedimiento de tramitación de los mensajes*

Los anteproyectos del Presidente deben ser “patrocinados” por este o por un ministro o por un comité interministerial dirigido por SEGPRES. Ninguno de los instructivos detalla quién podría ser el autor de dicha iniciativa. Una interpretación de estas normas podría llevar a concluir que quienes patrocinan son también quienes redactan. Sin embargo, dicha aseveración no es del todo correcta, como lo demostrará esta investigación.

Pese a la relevancia de esta materia, existe poca evidencia empírica que dé cuenta de los actores que intervienen en el proceso de formación de la ley en el Ejecutivo, y menos existe información de las estrategias que desarrollan estos distintos sujetos para convencer a la máxima autoridad en la pertinencia de sus posiciones. Así, para Osorio existen diferentes sujetos que participan de la formulación de la política pública, destacando al Presidente, a sus asesores, al gabinete ministerial, al Ministerio de Hacienda y a la Dirección de Presupuestos²⁴. Huneeus, en tanto, enfatiza el rol de los tecnócratas, los asesores que proveen de asistencia directa al Presidente. Para este autor, de forma creciente desde el retorno a la democracia, los partidos políticos han ido perdiendo

²¹ Tribunal Constitucional, 13.01.13, rol N° 2246-12. El tribunal ha sostenido que el espacio para el debate de los proyectos de ley está en el Congreso Nacional.

²² Consejo para la Transparencia, 01.10.14, rol C2121-14 y 21.07.17, rol C2576-17.

²³ No analizaré estos aspectos, porque escapan a los objetivos de este artículo, que es referirme a la participación de los funcionarios de la Administración antes que los mensajes presidenciales sean enviados al Congreso.

²⁴ OSORIO, 2018, pp. 302-307.

su capacidad de influir en la generación de políticas públicas, siendo desplazados por expertos sin experiencia política²⁵.

El rol que desempeñan los asesores del Presidente o de los ministros se confirma en mi investigación. En efecto, en la elaboración del primer proyecto de ley del presidente Sebastián Piñera, Rodrigo Ubilla, el Subsecretario de Interior, contrató a un ingeniero que había trabajado previamente como asesor parlamentario para redactar el anteproyecto del Ejecutivo (entrevista 40 y notas de campo). Esta misma fórmula se ocupó en 2018 para redactar las indicaciones al proyecto de Extranjería y Migración que estaba en el Congreso desde el 2013, encomendándolas a tres profesionales, dos abogados y un administrador público²⁶.

En los instructivos presidenciales revisados se incluye a varios actores, dentro de estos no se menciona expresamente a los asesores. ¿Significa ello una derogación de la dirección presidencial? No. Lo que este olvido deja en evidencia es la complejidad que existe en el procedimiento de formulación de los mensajes presidenciales y la escasa evidencia disponible acerca de este proceso. La opacidad de este, “torna frágil el proceso de formulación de políticas públicas, dado que puede concentrarse un poder excesivo en un grupo limitado de actores...”²⁷ en los que es más difícil ejercer algún grado de *accountability*²⁸.

El trabajo de campo en el que se construye esta investigación es una primera aproximación para aclarar esta gran incógnita. Gracias al estudio etnográfico, según relataré en detalle a continuación, de un proceso específico en donde observé la forma cómo se gestaba la voluntad ejecutiva, puedo otorgar ciertas luces respecto de la forma cómo interactúan distintos funcionarios para producir esta voluntad.

Además de identificar a los actores que participaron del proceso de formulación del anteproyecto de la nueva ley de migraciones que redactó la expresidenta Michelle Bachelet y que fue enviado al Congreso en 2017²⁹, me propongo revelar las principales estrategias que estos actores ejecutaron para convencer a la máxima autoridad del país. Con ello, estoy contribuyendo a la literatura disponible concerniente a discrecionalidad y aportando con elementos objetivos para determinar la intensidad de discrecionalidad que ejercen estos funcionarios cuando actúan dentro de la esfera de sus funciones legislativas y el grado de influencia que poseen cuando intervienen en la formulación de la ley³⁰.

²⁵ HUNEEUS, 2018, p. 33.

²⁶ ARTAZA, 2018.

²⁷ OSORIO, 2018, p. 303.

²⁸ Ley 20.730, 2014. El artículo 3 señala los sujetos pasivos de la ley. En este listado no están incluidos expresamente los asesores. Sin embargo, indica el inciso segundo que podrán quedar cubiertos quienes tengan atribuciones decisorias relevantes o influyan decisivamente en quienes tengan dichas atribuciones, y reciban por ello regularmente una remuneración. Todos los años, el jefe superior del servicio debe publicar en la página *web* una resolución que incluya un listado de estas personas.

²⁹ Boletín 11395-06.

³⁰ OSORIO, 2018, p. 303. Osorio no estudia empíricamente el peso que ejerce cada actor en la formulación de la política pública, sino que afirma que su grado de influencia se desprende del rol que le asigne el Presidente, debido a la naturaleza presidencial del régimen político chileno.

Antes de entregar mis resultados, revisaré la metodología que me permitió llegar a las conclusiones que estoy presentando.

IV. METODOLOGÍA

La metodología de este estudio es etnográfica³¹ y la principal parte del trabajo en terrero se realizó desde el 1 de febrero de 2015 al 1 de marzo de 2016. Luego de una afiliación informal con el Departamento de Extranjería y Migraciones (en adelante el “Departamento”) entre mayo y junio de 2014, obtuve una autorización de su jefe nacional para realizar observaciones en terrero por un año consecutivo partiendo en marzo de 2015, en el marco de su plan de impulsar una nueva ley de migraciones para Chile.

La inquietud de explorar el rol de los funcionarios de la Administración en la formulación de los proyectos de ley del Presidente surgió de manera inductiva cuando me encontraba reflexionando acerca de mi primer acercamiento al Departamento cuando pensaba en una manera de reintegrarme al trabajo de este órgano³². En julio de 2014, el Presidente firmó un decreto supremo que creaba el Consejo de Política Migratoria (en adelante el “Consejo Político”), cuya función era proponer la política migratoria de Chile³³. El Departamento de Extranjería había sido nombrado la secretaría técnica de ese Consejo. En dicho documento se estableció la obligación de reunir al Consejo dos veces al semestre. A septiembre de 2014, cuando me comuniqué con el director nacional, no se habían reunido. Aproveché la oportunidad de proponerme como secretaria de actas de dicho Consejo y ofrecerme para hacerme cargo de su coordinación ejecutiva. Al poco andar y gracias a mi posición de asesora en políticas migratorias y de abogada en el Departamento de Extranjería, pude encargarme, además de gestionar el Consejo Político, de coordinar el Consejo Técnico de Política Migratoria³⁴ y de participar en los equipos

³¹ La principal diferencia entre la etnografía y otras metodologías cualitativas es que el investigar se inserta en el espacio estudiado y se convierte en un participante más. El nivel de involucramiento puede variar dependiendo del grado de inserción que tenga el investigador. Así, este podrá ser un simple observador, un investigador que observa y participa, y un participante más, completamente integrado. El acceso y profundidad de los hallazgos variaría según los distintos roles que el investigador logre. Con todo, es admisible recalcar que con la etnografía no se busca realizar generalizaciones a base de una muestra probabilística, como ocurre con las metodologías cuantitativas, sino más bien entender los procesos que sostienen ciertos actores y las dinámicas en un contexto específico. ADLER Y ADLER, 1987; EMERSON *et al.*, 2011, pp. 1-18.

³² CHARMAZ, 2006, pp. 10-11.

³³ Decreto 1393, 2014. El Consejo de Política Migratoria estaba compuesto por el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y la Subsecretaría del Interior, el Ministerio de Relaciones Exteriores, el Ministerio Secretaría General de la Presidencia, el Ministerio de Desarrollo Social, el Ministerio de Trabajo, el Ministerio de Salud, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, el Ministerio de la Mujer y de la Equidad de Género. A su primera sesión se invitó al Ministerio de Hacienda y al Ministerio de Defensa, ninguno de los dos integraba formalmente el Consejo.

³⁴ Decreto 1147, 2015. La función principal del Consejo Técnico de Política Migratoria era generar los insumos técnicos para que el Consejo de Política pudiera funcionar. Estaba compuesto por los 8 ministerios que conformaban el Consejo de Política, además de varios órganos dependientes y de servicios públicos.

redactores del anteproyecto de ley de migraciones que elaboraba el Departamento y el Ministerio del Interior y Seguridad Pública.

Durante mi trabajo en el Departamento tomé nota de 2.340 horas de interacciones que se dieron en las salas de reuniones, oficinas, pasillos, ascensores, trayectos y actividades sociales. Observé y conversé informalmente con abogados, asesores, administradores, embajadores y usuarios. Entrevisté formalmente a más de 71 actores con interés en la política pública objeto de mi análisis. Así, contacté a funcionarios de los distintos ministerios que tenían interés en la política migratoria (funcionarios de medio nivel), a funcionarios de municipalidad que se relacionaban directamente con inmigrantes (principalmente operadores y administradores), a parlamentarios de las zonas del país con mayor presencia migrante, a organizaciones de migrantes y representantes de organismos internacionales y a asociaciones gremiales.

Por último, entrevisté a abogados defensores de migrantes y a académicos expertos en la temática. En todas mis entrevistas, seguí una pauta común de preguntas tendientes a determinar el perfil del entrevistado, su experiencia e interés en la temática y su conocimiento acerca del papel que las normas, tribunales, organizaciones civiles, partidos políticos y la Administración han tenido en la definición de la política migratoria en Chile. Esta pauta se fue adaptando a medida que la conversación progresaba, atendiendo la experiencia particular del sujeto entrevistado³⁵.

Gracias a la etnografía y a las entrevistas semiestructuradas pude desarrollar una perspectiva enfocada en los funcionarios, y en particular en la interpretación acerca de la forma cómo estos iban construyendo sentido en sus interacciones y comportamientos al interior de la Administración cuando estaban involucrados en actividades aledañas o directas a la formulación de un mensaje presidencial en la temática migratoria.

Sumado a estas fuentes de información, revisé documentos proporcionados por las diferentes personas entrevistadas y otros que llegaron a mi poder en el contexto de mi trabajo como asesora del Departamento. Dentro de estos documentos obtuve estadísticas, presentaciones en formato ppt, informes de gestión, planes de trabajo, documentos de trabajo, proyectos de circulares u oficios, leyes, reglamentos y decretos.

Para la realización de esta investigación conté con los permisos del comité de ética de la Universidad de California Berkeley. En virtud de lo anterior, toda la información que se proporcionará intentará resguardar la identidad de los informantes, alterando sus nombres y en la medida que resulte necesario el contexto en que fueron emitidas para resguardar su anonimato.

V. RESULTADOS

Durante la formación del anteproyecto de nueva ley de migraciones de 2017, pude identificar dos grandes estrategias utilizadas por los diferentes actores que participaron

³⁵ WEISS, 1995.

de la formulación de esta. A su vez, encontré que el Ministerio de Hacienda ejercía una influencia que excedía sus atribuciones legales. Revisaré primero las estrategias y luego el papel del Ministerio de Hacienda.

1. *Las estrategias de los funcionarios de nivel medio*

Los funcionarios ocupaban dos estrategias principales. Por un lado, estos ponían en operación sus contactos previos y generaban nuevas redes que les permitiesen aproximarse a los oídos (o despacho) del Presidente³⁶. El uso de las redes sociales como una forma de obtener beneficios individuales no es un tema nuevo en la sociología³⁷ y ha dado lugar a toda una línea de investigación dedicada al análisis de las redes³⁸. Por otro lado, los funcionarios de la Administración hacían un uso estratégico del poder político que poseían. Este poder surgía en algunos casos de la misma ley que les otorgaba competencia, en cuyo evento revestía de mayor intensidad; en otras circunstancias, el poder dependía de los atributos personales del sujeto que lo detentaba y era por esta razón más frágil. A continuación revisaré ambas estrategias, ilustrándolas con ejemplos concretos extraídos de mi investigación de campo.

a) Capitalizar los contactos previos y generar nuevos

Los funcionarios que se encuentran en un tercer o cuarto grado de jerarquía en la Administración no tienen un contacto directo con el Presidente. Su relación con este es exclusivamente por intermedio de su superior jerárquico, en el caso de los órganos dependientes, o indirectamente por medio de los ministros con quienes tienen una relación de tutela, si son órganos descentralizados³⁹. En este contexto, los contactos previos que tenga el funcionario de nivel medio y los que pueda desarrollar serán fundamentales para aumentar su capacidad de impactar la política pública que se elabore en el Ejecutivo.

La estructura centralizada y jerárquica de la Administración en Chile dificulta que los órganos que se encuentran en los niveles más bajos de la jerarquía posean algún grado de influencia en la política pública del Ejecutivo. Sin embargo, la escasa relevancia administrativa puede ser contrarrestada con una nutrida red de contactos.

En efecto, el Departamento se ubica al interior del Ministerio del Interior y Seguridad Pública⁴⁰, depende directamente de la Subsecretaría del Interior⁴¹, y funciona como un departamento⁴². Por muchos años, el Departamento de Extranjería operó al margen del

³⁶ OTTONE, 2016, p. 93. Como lo expresa este autor, la confianza y los lazos previos son factores claves para asesorar al Presidente.

³⁷ BOURDIEU, 1986, pp. 241-258.

³⁸ LATOUR, 2005.

³⁹ CORDERO, 2015, p. 190.

⁴⁰ Decreto Ley 1094, 1975, art. 91. Decreto con fuerza de ley 7.912, 1927, art. 3 f)

⁴¹ Ley 20.502, 2011, art. 9.

⁴² Ley 18.575, 2001, art 27.

Ministerio del Interior. Los jefes del Departamento nunca eran citados ni considerados por su jefe directo (entrevista 53 y 41). La escasa relevancia quedaba demostrada en que la tramitación de las causas contenciosas y la elaboración de los proyectos legislativos eran encargados a un asesor externo (entrevista 53). Lentamente, la situación del Departamento comenzó a cambiar. El vuelco más claro se produjo en 2014 cuando se integró un “político emergente” (entrevista 20). Este sujeto tenía experiencia en la administración y en la política. Desde la Universidad militaba activamente en un partido y antes de egresar había comenzado a trabajar dentro del gobierno. Así, por ejemplo, antes de ser designado jefe del Departamento de Extranjería, había trabajado en el Ministerio del Trabajo, de Salud, de Obras Públicas y en el gabinete del Ministro del Interior. Su conocimiento político unido con su experiencia dentro de la Administración, favorecieron su rápida integración (a pesar de su inexperiencia con el tema) y pueden explicar los significativos avances que este sujeto efectuó en los casi cuatro años que ocupó el cargo⁴³.

La valoración que este sujeto tenía de la importancia de los contactos quedó en evidencia muy tempranamente en su administración. Así, una vez que asumió el cargo, su primera actividad fue reanudar las relaciones con las organizaciones de migrantes, modificando la tensa relación que existía previamente (entrevistas 3, 4, 6, 8, 10, 12, 15).

Junto con lo anterior, hizo uso de los contactos que poseía al interior del Ministerio del Interior y de la presidencia para lograr que la Presidenta participara de varias actividades que organizó para dar visibilidad a su institución. De este modo, entre el 2015 y el 2016, Michelle Bachelet entregó cartas de nacionalización a los refugiados que venían de Palestina (22 de junio de 2015)⁴⁴, inauguró la nueva sede del Departamento en Fanor Velasco (18 de mayo de 2016)⁴⁵ y otorgó las cartas de nacionalidad a los hijos de los refugiados palestinos (20 de junio de 2016)⁴⁶. Pese a estas apariciones y apoyos simbólicos del jefe superior del país, la participación del Presidente no se tradujo en un apoyo al trabajo prelegislativo que estaba realizando el jefe del Departamento.

Los ejemplos que se han descrito previamente permiten ilustrar la importancia de las redes de contacto, y cómo por su intermedio una institución que tiene escaso poder dentro de la Administración puede servirse de estas redes para dar visibilidad a su institución y de paso justificar acciones que sobrepasan sus limitadas atribuciones legales. Esta estrategia no solo era utilizada por el Departamento. Funcionarios al interior del Ministerio de Salud se beneficiaron de su conocimiento y experiencia en la Administración para lograr que se aprobara una circular que permitía entregar asistencia de salud a inmigrantes que se encontraran sin sus papeles al día (notas de campo). Esta misma estrategia fue utilizada para obtener la firma de los ministros, por intermedio de sus jefes de gabinete, para la creación del Consejo Político (entrevista 57 y notas de

⁴³ ROJAS Y SILVA, 2016, pp. 7-9.

⁴⁴ EXTRANJERÍA, 2019.

⁴⁵ EXTRANJERÍA, 2019.

⁴⁶ EXTRANJERÍA, 2019.

campo) y para la aprobación y firma del instructivo presidencial N° 5 de 2015 (notas de campo)⁴⁷.

Las redes también pueden limitar la acción de alguna institución o de algún funcionario. Jaime era un especialista en migraciones y cuando lo conocí era el encargado de la unidad de migraciones de su Ministerio. En su entrevista, me comentó que recibía llamadas anónimas a su teléfono para amedrentarlo. Estas mismas personas lo criticaban frente a sus superiores para acusarlo de sus dichos, de sus acciones, esperando que se limitara su actuar (entrevista 44). Esta presión puede explicar por qué este funcionario fue desvinculado de su cargo al cabo de un año de gestión.

El uso de las redes de contacto al interior de la Administración no era una estrategia empleada únicamente por los funcionarios del Ejecutivo. El capital social que poseían algunas personas que se encontraban fuera de la Administración, les permitía conseguir entrevistas y conversar directamente con las autoridades, fuera de los canales institucionales. Las fuentes de sus contactos eran diversas. Para algunos provenían de su experiencia profesional. Muchas personas que habían trabajado en alguna organización de migrantes ahora trabajaban para una municipalidad o para el Estado. Para otras, los contactos provenían de sus redes personales, porque conocían a las autoridades que participaban en sus actividades escolares o religiosas (entrevista 15).

En resumen, las redes de contacto abrían oportunidades para los funcionarios que no tenían competencias, o cuyas competencias estaban limitadas a la ejecución de una labor netamente administrativa. Del mismo modo, estas redes le servían a las organizaciones que se encontraban fuera de la Administración, pero que exigían un rol en la definición de las políticas públicas. Ahora bien, las redes de contacto por sí solas no fueron capaces de generar los resultados esperados por el sujeto que las movía. Además de ello, el funcionario tenía que detentar algún grado de poder político que le asegurare que sus pretensiones serían oídas y correspondidas.

b) El uso estratégico del poder político

El primer paso para la existencia del poder político es que exista una potestad conferida por ley, o que, en su defecto, que el sujeto actúe dentro de las facultades y en el marco de la confianza que le asignó su autoridad directa. El segundo paso, es que el funcionario decida hacer uso de este espacio de poder, con independencia de su origen, y actúe consecuentemente.

La ley asignó potestades a la Administración, la que quedó habilitada para actuar dentro de los límites y con los propósitos fijados al momento de consagrarse⁴⁸. Pues bien, a la potestad no le corresponde ningún deber, positivo ni negativo, sino una simple sujeción de otros sujetos. Por ello se dice que la potestad genera una situación pasiva de inercia, es decir, un sometimiento a los efectos que produce con la imposibilidad de

⁴⁷ Instructivo Presidencial 5, 2015.

⁴⁸ CORDERO, 2015, p. 79.

excusarse de soportarlos⁴⁹. De lo expuesto se desprende que la potestad existe como tal desde que el legislador la aprueba. Sin embargo, ella producirá efectos jurídicos desde el momento en que el funcionario en el que recae decida ponerla en ejercicio.

Lo interesante y controvertido es determinar cuándo el sujeto hará uso de su potestad. Si bien el qué y el cómo están determinados por la ley, el cuándo podría convertirse en un ejercicio político (salvo que la misma ley establezca un plazo, en cuyo caso el funcionario no tiene libertad para elegir el momento en que pondrá en movimiento su poder o facultad). Los funcionarios de medio nivel con los que me relacioné, hacían un uso estratégico de sus potestades para conseguir objetivos políticos concretos.

Por ejemplo, el jefe del Departamento aceptó su nombramiento porque consideró que podría “consolidar y justificar su paso por el Estado y por la actividad política”. Él venía a ocupar su cargo para “hacerlo todo. Y eso hace que cuando me preguntas acerca de lo que hago, la verdad es que hago más de lo que es mi cargo” (entrevista 57). Explicando aún más su motivación y la extensión de sus acciones, me dijo:

“Un jefe de departamento debería limitarse a administrar lo que sus competencias y atribuciones y las propias normas le señalen, no es la opción que tomé yo, por tanto aparte de administrar la fábrica, que es esta capacidad de la institución o del departamento de producir visas, permanencias definitivas y nacionalizaciones, yo llegué con la idea de agregar, de darle un valor a este departamento y ese mayor valor está dado por una capacidad de gestión política, de innovación respecto de su forma de operar, y respecto sobre todo, del sentido que tiene el trabajo” (entrevista 57).

En los hechos, el entendimiento de este funcionario de su rol en la Administración y de su función significó que entre 2014 y finales de 2015 dictó 25 circulares, participó de la generación de dos decretos supremos⁵⁰, creó dos nuevas visas⁵¹, modificó el reglamento de extranjería⁵², realizó una consulta ciudadana en 8 ciudades del país en donde recabó opiniones acerca de una nueva ley de migraciones⁵³ y cambió la imagen corporativa de su Departamento⁵⁴.

⁴⁹ CORDERO, 2015, p. 80.

⁵⁰ El decreto supremo que crea el Consejo de Política Migratoria y el decreto supremo que crea el Consejo Técnico de Política Migratoria, que se explicaron previamente.

⁵¹ Circular 6, 2015 instruye sobre visación temporaria de unión civil; Circular 7, 2015 instruye sobre visación temporaria por motivos laborales.

⁵² Decreto 1930, 2015.

⁵³ Migraciones para el Chile que viene, conclusiones Encuentros Consultivos, Nueva Ley de Migraciones, enero de 2015. La consulta ciudadana contó con la participación de 621 organizaciones y se generaron 196 propuestas.

⁵⁴ En la primera ceremonia en donde se otorgó el sello migrante, el 8 de octubre de 2015, el jefe del departamento de extranjería comenzó a instalar el nombre de “Migraciones Chile” para referirse a su organización (notas de campo). Este nombre aún se emplea en algunos de los trípticos informativos que el departamento usa para publicitar cambios, en su cuenta de Facebook y de Twitter. <https://www.facebook.com/dpto.extranjeria/> y <https://twitter.com/dptoextranjeria?lang=en> (consultado el 10/01/19).

Algunos funcionarios al interior del Ministerio de Relaciones Exteriores también hacían uso político de las potestades que les confería la ley para dirigir la agenda gubernamental de migraciones. Es importante tener presente que respecto de extranjería, las competencias de este ministerio se limitaron al otorgamiento y prórrogas de los permisos de residencia fuera del país⁵⁵. Pese a lo anterior, entre 2014 y 2016 mantuvieron un activo involucramiento al interior del país. Por ejemplo, en septiembre de 2014, el ministro de Relaciones Exteriores firmó con el coordinador residente de las Naciones Unidas un convenio de colaboración para definir las áreas principales en las que esta institución centraría su asistencia para el período 2015-2018⁵⁶. En virtud de este convenio, funcionarios del Ministerio de Relaciones Exteriores participaron activamente de las actividades organizadas por la Organización Internacional de las Migraciones para apoyar el trabajo que estaban realizando en las municipalidades con los migrantes de y fuera de la Región Metropolitana (notas de campo).

Otro ejemplo en donde este ministerio actuó ejerciendo sus facultades generales de representar a Chile en foros internacionales⁵⁷, pero a espaldas del Ministerio del Interior, tuvo lugar en la Conferencia Sudamericana de Migraciones que se llevó a cabo en Santiago de Chile en octubre de 2015. En dicha oportunidad, los funcionarios a cargo informaron del programa de la conferencia cuando quedaba un mes para su realización, limitando las posibilidades de modificarlo (notas de campo). Solo posteriormente y luego que el Ministerio del Interior criticó su actuar, se abrieron a recibir las sugerencias de otros funcionarios y a darles algún rol en la definición de la agenda de la conferencia (notas de campo).

Un ejemplo de pérdida de poder político permite aclarar mejor la relevancia del cuándo se ejerce una decisión política. En el 2014 se había contratado al alero de la subsecretaría de servicios sociales a un asesor encargado de desarrollar una agenda migratoria al interior de este ministerio. En el 2015 esta persona aceptó otro cargo de mayor responsabilidad en la Administración. Lo reemplazó otra persona que tenía conocimiento y experiencia en migraciones. Para el año 2015 su unidad contaba con 2 funcionarios más y se financiaba con un programa piloto. Pese a la ejecución del programa en 2015, no se renovó el piloto para el año siguiente. En enero de 2016 se le pidió la renuncia al

⁵⁵ Decreto Ley 1094, 1975, art. 92 y 93. Este ministerio también tienen competencia en materia de refugio y de residencias oficiales.

⁵⁶ NACIONES UNIDAS, 2015-2018.

⁵⁷ Ley 21.080, 2018, art. 1. "El Ministerio de Relaciones Exteriores, es la Secretaría de Estado encargada de colaborar con el Presidente de la República en el diseño, planificación, prospección, conducción, coordinación, ejecución, control e información de la política exterior que este formule, proponiendo y evaluando las políticas y planes orientadas a fortalecer la presencia internacional del país, y velando por los intereses de Chile, con el propósito de elevar la calidad del desarrollo, seguridad y bienestar nacional. La representación de Chile ante otros Estados, organizaciones y foros internacionales de competencia de esta Secretaría de Estado se ejercerá a través de las misiones diplomáticas, representaciones permanentes ante organizaciones internacionales y misiones especiales en el exterior de su dependencia. No obstante, aquellas que no sean dependientes del Ministerio de Relaciones Exteriores deberán coordinarse con esta Secretaría de Estado en el ejercicio de sus funciones".

entonces jefe de la unidad, aduciendo falta de recursos (entrevista 44). Sin embargo, en febrero de 2016 se nombró a una sucesora, con la instrucción de liderar esta temática dentro y fuera del Ejecutivo (notas de campo). Sin embargo, luego de algunos meses, la unidad terminó cerrándose. Los cambios de cabeza, y finalmente su terminación, dan cuenta de la fragilidad de la unidad dentro del ministerio. Ante la ausencia de una disposición legal que la justificara, las acciones de quienes la conformaban dependían de mantener la confianza de quien los había elegido para dicha función.

En resumen, el poder político que detenta un funcionario de la Administración le permite hacer un uso estratégico de las potestades que le confiere la ley o de las facultades que le reconoce la autoridad que lo nombra. Esto durante o mientras se mantenga su poder. En algunas ocasiones, como se ejemplificó previamente, el poder político permitió hacer una interpretación extensiva de sus atribuciones e ir más allá incluso de la letra de la ley. Pese a lo descrito, un ministerio se restaba de estas estrategias. A ello me aboco a continuación.

2. *El papel del Ministerio de Hacienda*

Un lugar aparte merece el Ministerio de Hacienda. Ello porque estos órganos además de ejercer las dos estrategias revisadas anteriormente, esto es un manejo astuto de sus redes y de su poder político (entrevista 2), tenían un poder *de facto* que les daba una autoridad incuestionable.

En lo que respecta a la formulación de la voluntad del Ejecutivo, el procedimiento cambiaba según quien iniciara el anteproyecto. Por ejemplo, me relató un entrevistado que, “en un proyecto que venía apoyado por el Ministro del Interior, el proyecto [venía] más o menos preparado y en pocas semanas se nos impuso la necesidad de hacerles observaciones, comentarios, pero el proyecto iba sí o sí” (entrevista 65). Otro entrevistado me confirmó este mismo antecedente. Lo anterior concuerda con lo expuesto más arriba, en cuanto el poder político que tenga un ministro determina su grado de influencia dentro de la Administración (entrevista 2).

La investigación de campo deja en evidencia que el instructivo que dictó la presidenta Bachelet tenía como objetivo ordenar la tramitación de los anteproyectos de ley al interior del Ejecutivo. Sin embargo, el efecto real que produjo fue que ordenó los proyectos que no tenían prioridad, o que provenían de los ministerios con menor relevancia. En estos casos, se sometían a las etapas que se mencionaban o estas podían variar según si el funcionario hacía uso de las dos estrategias revisadas previamente. Con todo, la excepción era el Ministerio de Hacienda. Un funcionario que había trabajado por más de 20 años en SEGPRES, me indicó que si un proyecto era propuesto por el Ministerio de Hacienda, este no seguía ningún procedimiento, sino que iba directamente al Presidente (entrevista 2).

Esta información es concordante con los hallazgos de esta investigación. El funcionario que trabajó en SEGPRES durante el segundo período de Michelle Bachelet y que probablemente redactó el instructivo de 2016, me aclaró,

“No existe un sistema, siempre se ha tratado de poner un sistema único de procedimientos para la generación de proyectos de ley en el Ejecutivo. Sin embargo, a más político el proyecto de ley, más particular o único es el proceso de deliberación al interior del Ejecutivo” (entrevista 65).

Dentro del Ejecutivo, el Ministerio de Hacienda tiene significativos poderes políticos. Según fue señalado anteriormente, el Ministerio de Hacienda no consulta con ningún ministerio cuando quiere promover un proyecto de ley. El ministro va directamente al Presidente (entrevista 2)⁵⁸. Pareciera que este estatus prioritario se irradiara a todos los funcionarios que trabajan en esta institución, ya que actuarían como si su ministerio tuviese control en las prioridades legislativas.

La participación de los representantes del Ministerio de Hacienda en el anteproyecto de migración comenzó después de la convocatoria del Consejo Político, once meses después de que el departamento de extranjería había comenzado a redactar su borrador. Este comité extendido (en adelante “el comité extendido”) se juntó por primera vez el 17 de noviembre de 2015. Desde esa fecha hasta el 8 de diciembre se reunió dos veces por semana. En la primera reunión los representantes del Ministerio de Hacienda aclararon que asistían solo para escuchar la discusión, pero que no iban a ofrecer ninguna opinión oficial hasta el final. Después de la tercera reunión, dejaron de asistir (notas de campo).

A causa de la postura de los representantes del Ministerio de Hacienda, la relación con sus funcionarios se tramitó por cuerda separada y privada. Solo después de insistir activamente de la importancia de su presencia durante la discusión del “comité extendido”, acordaron reunirse privadamente con el equipo que lideraba los esfuerzos de coordinación. El 22 de diciembre de 2015 fue la primera reunión en las dependencias del departamento de extranjería. Los tres representantes del Ministerio de Hacienda criticaron duramente el proyecto, señalando que no tenía un enfoque claro ni definido. En su opinión, “no estaba cerca de un primer borrador”. Este comentario se produjo luego de 11 meses de trabajo al interior del Ministerio del Interior, lo que incluía dos comités internos y un comité en donde se trabajó con los asesores de gabinete del ministro del Interior.

La segunda reunión tuvo lugar en las oficinas del ministro de Hacienda, el 7 de enero de 2016. La cita terminó abruptamente cuando su máximo representante aclaró que había estado realizando averiguaciones al interior de su ministerio para conocer la agenda legislativa del Presidente. Según el funcionario, la Dirección de Presupuestos no tenía el anteproyecto en su agenda. Por lo anterior, sugirió terminar la reunión y discutir esta situación con las autoridades del Ministerio del Interior. Concluyó recomendando que

“Si el Departamento quería avanzar, tenía que reorientar sus estrategias, ya sea presentar una ley amplia sin costo o proponer enmiendas concretas a la ley de extranjería. Si decidía continuar con el proyecto tal como estaba, requeriría del apoyo expreso de su ministro, y eso llevaría mucho más tiempo” (notas de campo).

⁵⁸ Otros autores también han destacado este rol. Ver nota N° 4.

A pesar de la tardía intervención, los representantes del Ministerio de Hacienda determinaron que no correspondía continuar con el borrador del anteproyecto de migración, y por esta razón, con la agenda del Departamento de Extranjería, ya que ello no se encontraba dentro de la priorización que hacía su ministerio. Indirectamente, desacreditaron el trabajo del “comité extendido” y desconocieron la instrucción que se había generado por parte del Consejo Político. Así, sin mayor conocimiento del fondo del asunto, cimentaron el anteproyecto de migración.

En resumen, y con la excepción del Ministerio de Hacienda, los funcionarios de medio nivel que participaron de la formación de la voluntad presidencial hicieron uso de herramientas extralegales para asegurar que su posición fuera escuchada por sus superiores. Pese al fracaso de sus esfuerzos, el trabajo no fue en vano, en cuanto su propuesta sirvió de base para el proyecto que finalmente envió la presidenta Michelle Bachelet al Congreso en 2017⁵⁹.

VI. CONCLUSIONES

En este artículo me propuse describir cómo los funcionarios de medio nivel participaban de la formación de la voluntad del Ejecutivo, expresada en los proyectos de ley que este presenta en el Congreso nacional. Este objetivo no se puede cumplir si no se aceptan dos presupuestos de base. Por un lado, se reconoce el rol central que cumple el Ejecutivo en el proceso legislativo, tanto en la iniciativa de los proyectos como en su discusión. Por otro lado, y ante la evidencia del debilitamiento de los partidos políticos, se comienza a asumir que el espacio dejado por estos comienza a ser llenado por otros actores.

En este trabajo se reconoció un rol creador a los funcionarios de medio nivel, esto es a aquellos funcionarios que operaban en ámbitos en donde lograron desarrollar una *expertise* única y a su vez colaborar directamente con el público al que sirven. No son marionetas del Presidente, sino que tienen un poder de acción que puede ser coincidente o contrario a la voluntad de la máxima autoridad. En el ejercicio de sus cargos, estos funcionarios adquirieron algún grado de autonomía respecto del Presidente que los ha elegido o que los supervisa.

En el anteproyecto de ley de migraciones se puede observar dos estrategias empleadas por estos funcionarios para promover sus agendas políticas dentro de la Administración. Así, mediante el aprovechamiento de sus redes de contactos, estos funcionarios podían disminuir la distancia entre ellos y el Presidente, logrando en algunas ocasiones convencer a la máxima autoridad de sus preferencias. A su vez, administrando estratégicamente el poder político que les otorgaba su cargo, interpretaban extensivamente sus potestades para justificar acciones que iban más allá de la descripción de su posición, bajo un entendimiento amplio de su función pública. Basados en estas dos estrategias, funcionarios con

⁵⁹ Boletín 11395-06.

pocas atribuciones legales lograron imponer sus preferencias más allá de sus órganos y de sus funcionarios dependientes. Pues bien, la excepción a estos hallazgos son los funcionarios que trabajan en el Ministerio de Hacienda y en la Dirección de Presupuestos, los que reclaman y ejercen un poder superior y pueden decidir el futuro de un anteproyecto de ley dentro del Ejecutivo.

Asumiendo la iniciativa de otros actores, distintos del Presidente, surge una nueva problemática que será necesario atender en futuras investigaciones. Ante la opacidad que reina en el proceso de formulación de las políticas públicas al interior del Ejecutivo, el poder se puede concentrar en un número reducido de actores, en los que existen menos mecanismos institucionales de fiscalización. Entender el contexto y la forma cómo se desenvuelven estos sujetos resulta fundamental para asegurar que las decisiones representen los intereses de todos quienes serán regulados por dichos actos.

BIBLIOGRAFÍA

Libro:

- ADLER, Patricia A., and ADLER, Peter, 1987: *Membership Roles in Field Research*. Vol. 6. Sage.
- ALONSO MAS, María José Alonso, 1998: *La Solución Justa en las Resoluciones Administrativas*. Universitat de Valencia.
- BERMÚDEZ SOTO, Jorge, 2010: *Derecho Administrativo General*. Abeledo Perrot-Legal Publishing.
- CARPENTER, Daniel P., 2001: *The Forging of Bureaucratic Autonomy: Reputations, Networks, and Policy Innovation in Executive Agencies, 1862-1928*. Princeton University Press.
- CHARMAZ, Kathy, 2006: *Constructing Grounded Theory. A Practical Guide through Qualitative Analysis*. Sage.
- CIRIANO, Vela; CÉSAR, David, 2000: *Administración Económica y Discrecionalidad: Un Análisis Normativo y Jurisprudencial*. Lex Nova.
- CORDERO VEGA, Luis, 2015: *Lecciones de Derecho Administrativo*. Thomson Reuters.
- DESDENTADO DAROCA, Eva, 1997: *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico Construcción Teórica y Análisis Jurisprudencial*. Thomson Reuters Aranzadi.
- DWORKIN, Ronald, 1977: *Taking Rights Seriously*. Harvard University Press.
- EMERSON, Robert M.; FRETZ, Rachel I., and SHAW, Linda L., 2011: *Writing Ethnographic Fieldnotes*. University of Chicago Press.
- HUNEEUS, Carlos, and AVEDAÑO, Octavio, 2018: *El Sistema Político de Chile*. Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio. Ciencias Políticas. LOM.
- LATOUR, Bruno, 2005: *Reassembling the Social: An Introduction to Actor-Network-Theory*. Oxford University Press.
- OTTONE, Ernesto, 2016: *El Segundo Piso. Un Ejercicio de la Memoria*. Debate.
- SÁNCHEZ MORÓN, Miguel, 1994: *Discrecionalidad Administrativa y Control Judicial*. Tecnos.
- SILVA CIMMA, Enrique y VERGUGO LAY, Aliro 1996: *1 Derecho Administrativo Chileno y Comparado: Introducción y Fuentes*. Principios Fundamentales del Derecho Público y Estado Solidario. Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: *Derecho Administrativo: Bases Fundamentales*. Tomo II. El principio de juridicidad. Ed. Jurídica de Chile.
- VALDIVIA, José Miguel, 2018: *Manual de Derecho Administrativo*. Tirant Lo Blanch.

WEISS, Robert S., 1995: *Learning from Strangers: The Art and Method of Qualitative Interview Studies*. Simon and Schuster.

Capítulo de libro:

- ESCUADERO, María Cristina, 2018: “El Congreso Nacional: Organización y Funciones”, en *El Sistema Político de Chile*, Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio, pp. 119-51. Ciencias Políticas. Santiago: LOM.
- HEISS, Claudia, and SZMULEWICKS, Esteban, 2018: “La Constitución Política de 1980”, en *El Sistema Político de Chile*, Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio, pp. 85-117. Ciencias Políticas. Santiago: LOM.
- HUNEEUS, Carlos, 2018: “La Democracia Semisoberana y La Representación Política Tecnocrática”, en *El Sistema Político de Chile*, Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio, pp. 19-54. Ciencias Políticas. Santiago: LOM.
- HUNEEUS, Carlos, 2018. “Los Partidos Políticos y Su Debilitamiento”, en *El Sistema Político de Chile*, Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio, pp. 153-91. Ciencias Políticas. Santiago: LOM.
- MARTÍNEZ, Christopher, 2018: “La Presidencia En El Chile de La Posdictadura”, en *El Sistema Político de Chile*, Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio, pp. 85-117. Ciencias Políticas. Santiago: LOM.
- OSORIO Gonnet, Cecilia, 2018: “Formulación de Políticas Públicas En Chile”, en *El Sistema Político de Chile*, Huneeus, Carlos y Avedaño, Octavio, pp. 301-31. Ciencias Políticas. Santiago: LOM.

Artículo de revista:

- AHUMADA FRANCO, Paula, 2014: “La Administración Presidencial y El Control de La Burocracia”. *Revista de Derecho Público*, Nº 76: 149-168. <https://doi.org/10.5354/0719-5249.2014.35375>.
- BRONFMAN VARGAS, Alan, 2016: “Presidencialismo y el poder presidencial en el proceso legislativo chileno”. *Revista chilena de derecho* 43: 369-400. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372016000200002&nrm=iso.
- MORALES CASETTI, Marjorie, 2014: “Nueva gestión pública en Chile”. *Revista de Ciencia Política (Santiago)* 34: 417-38. https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-090X2014000200004&nrm=iso.

Documento en formato electrónico:

- ROJAS PEDEMENTE, Nicolás, and SILVA DITTBORN, Claudia, 2016: “La Migración en Chile: Breve Reporte y Caracterización”. Informe Observatorio Iberoamericano sobre Movilidad Humana Migraciones y Desarrollo, 44, disponible en https://www.extranjeria.gob.cl/media/2016/08/informe_julio_agosto_2016.pdf [fecha de consulta 16.01.19]
- NACIONES UNIDAS, Marco de Asistencia para el Desarrollo del Sistema de Naciones Unidas en Chile 2015-2018 (en poder de la autora).

Normas jurídicas:

- CONSTITUCIÓN POLÍTICA, decreto 100 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Constitución Política de la República de Chile con fecha de 22 de septiembre de 2005.
- LEY 18.993 que crea Ministerio Secretaría General de la Presidencia de la República con fecha de 21 de agosto de 1990.

- LEY 18.575 Ley Orgánica Constitucional de bases generales de la Administración del Estado con fecha 5 de diciembre de 1986.
- LEY 19.882 regula nueva política de personal a los funcionarios públicos que indica con fecha 23 de junio de 2003.
- LEY 20.730 regula el *lobby* y las gestiones que representen intereses particulares ante las autoridades y funcionarios con fecha 8 de marzo de 2014.
- LEY 20.502 crea el Ministerio del Interior y Seguridad Pública y el Servicio Nacional para la Prevención y Rehabilitación del Consumo de Drogas y Alcohol, y modifica diversos cuerpos legales con fecha 21 de febrero de 2011.
- LEY 21.080 modifica diversos cuerpos legales con el objeto de modernizar el Ministerio de Relaciones Exteriores con fecha 20 de marzo de 2018.
- DECRETO CON FUERZA DE LEY 7.912 decreto que organiza las Secretarías del Estado con fecha 5 de diciembre de 1927.
- DECRETO LEY 1094 establece Normas sobre Extranjeros en Chile con fecha 19 de julio de 1975.
- DECRETO 1393 crea Consejo de Política Migratoria con fecha 22 de septiembre de 2014.
- DECRETO 1147 crea Consejo Técnico de Política Migratoria con fecha 28 de agosto de 2015.
- CIRCULAR 6, 2015 instruye sobre visación temporaria de unión civil.
- CIRCULAR 7, 2015 instruye sobre visación por motivos laborales.
- INSTRUCTIVO PRESIDENCIAL 5 de 2015, Lineamientos e Instrucciones para la Política Nacional Migratoria de fecha 6 de noviembre de 2015.
- PROYECTO DE LEY DE MIGRACIÓN Y EXTRANJERÍA, Boletín 8970-06.
- PROYECTO DE NUEVA LEY DE MIGRACIONES, Boletín 11395-06.

Sentencias:

- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 13 de enero de 2013, rol 2246-12.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, sentencia de fecha 1 de octubre de 2014, rol C2121-14.
- CONSEJO PARA LA TRANSPARENCIA, sentencia de fecha 21 de julio de 2017, rol C2576-17.

Prensa:

- ARTAZA, 2018: Los Rostros Detrás de la Política Migratoria de Piñera, *La Tercera*, 22 de diciembre de 2018. Consultado el 08/01/2019. Disponible en <https://www.latercera.com/reportajes/noticia/los-rostros-detras-de-la-politica-migratoria-de-pinera/457225/>
- EXTRANJERÍA, NOTICIAS, Presidenta Bachelet encabeza entrega de cartas de nacionalización a refugiados Palestinos, disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2015/06/24/presidenta-bachelet-encabeza-entrega-de-cartasde-nacionalizacion-a-refugiados-palestinos/> [consultado el 09/01/19].
- EXTRANJERÍA, NOTICIAS, Presidenta Bachelet inaugura nueva sucursal del Departamento de Extranjería y Migración, disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/05/18/presidenta-bachelet-inaugura-nueva-sucursal-del-departamento-de-extranjeria-y-migracion/> [consultado el 09/01/19].
- EXTRANJERÍA, NOTICIAS, Presidenta entregó cartas de nacionalización a hijos de refugiados palestinos, disponible en <https://www.extranjeria.gob.cl/noticias/2016/06/21/presidenta-entrego-cartas-de-nacionalizacion-a-hijos-de-refugiados-palestinos/> [consultado el 09/01/19].

Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos

*Marcela Acuña San Martín**

RESUMEN

A diferencia de lo que ocurre con otros derechos de la relación paterno-filial, el legislador no define qué es el cuidado personal de los hijos, ni lo dota de contenido. La ausencia de conceptualización legal conlleva que no se encuentre delimitado el ámbito de realidad protegido por el derecho. El trabajo delimita el contenido actual del derecho-deber de cuidado personal de los hijos a partir del análisis de elementos que conjugados aportan una concepción integral.

Cuidado personal de los hijos; custodia; corresponsabilidad parental

Right-duty personal care of children essential content

ABSTRACT

Unlike other rights of the paternal-filial relationship, legislator does not define what is personal care of children, nor does provide its content. The absence of legal conceptualization implies that the scope of reality protected by law is not delimited. The work delimits the current content of personal care of children right-duty, starting from the analysis of five elements that combine a comprehensive conception.

Personal care of children; custody; parental responsibility

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Austral de Chile. Abogada. Doctora en Derecho, Universidad de Zaragoza, España. Profesora de Derecho, Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: acunasm@utalca.cl

Trabajo realizado en el marco del Proyecto Fondecyt N° 11160064, "Contenido esencial y límites del derecho-deber de cuidado personal de los hijos: propuesta de configuración integral", del que la autora es investigadora responsable.

Artículo recibido el 26.9.2017 y aceptado para su publicación el 15.1.2018.

I. INTRODUCCIÓN

Como consecuencia de la relación paterno-filial nacen entre padres e hijos ciertos derechos, deberes y funciones que los vinculan, entre ellos el *derecho-deber* de cuidar a los hijos. Cuando los padres viven juntos este *derecho-deber* se ejercita ordinariamente como desenvolvimiento de la vida en común de la familia, y consecuencia normal de su ejercicio es la formación de una comunidad de vida. Tal realidad se altera cuando los padres viven separados.

La situación de los hijos cuyos padres no conviven se ha convertido en un tema de alta relevancia social, jurídica y política. El aumento de los nacimientos fuera del matrimonio así como la consolidación de la figura del divorcio explican en parte la actualidad de los aspectos humanos subyacentes y de los problemas propiamente jurídicos de aquella situación; otro tanto se advierte de instrumentos internacionales que interesan a la mejor protección de la familia y de los propios hijos. Si bien algunos instrumentos no son recientes, sí lo es la paulatina adaptación de los ordenamientos a las directrices que ellos imponen. Un lugar privilegiado lo ocupa la Convención de Derechos del Niño (CDN).

Gran parte de las recientes reformas de derecho familiar en diversos ordenamientos han ido fortaleciendo las figuras de cuidado personal por medio de la paulina consideración de los derechos de los hijos, el abandono progresivo de los estereotipos de género y la incorporación de la modalidad de cuidado personal compartido. Siguiendo esa tendencia legal, el mayor desarrollo doctrinal del cuidado personal cuando los padres no conviven, ha estado destinado a la valoración de las reglas de atribución, así como al examen de las modalidades de cuidado. No ocurre lo mismo con la determinación del contenido esencial del *derecho-deber* de cuidado personal; este es el problema jurídico con menor atención legal, doctrinal y judicial.

Este trabajo aborda la delimitación del contenido esencial del *derecho-deber* de cuidado personal de los hijos, para ello, la primera parte revisa críticamente el estado de la cuestión, y un segundo apartado se aboca al análisis de diversos elementos que contribuyen a deslindar el contenido del cuidado personal, el que desde ya puede advertirse, se ha reducido sustancialmente. Se finaliza con las conclusiones.

II. ESTADO DEL ARTE EN RELACIÓN CON EL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

1. *Problemáticas en torno al contenido del cuidado personal*

A diferencia de lo que ocurre con la patria potestad o con el derecho de relación directa y regular, el legislador no define qué es el cuidado personal, ni lo dota de contenido. La ausencia de conceptualización legal conlleva que no se encuentre delimitado el ámbito de realidad protegido por el derecho, lo que es causa de complejidades y problemas a la hora de situar el cuidado en relación con otros derechos de la relación paterno-filial, como el uso de la vivienda familiar, la determinación de la pensión alimenticia y muy

especialmente con el *derecho-deber* de relación directa y regular del padre no cuidador. A ello se suman posibles tensiones con los derechos de los hijos, en la medida que los temas de cuidado sean vistos exclusivamente desde la óptica de los padres.

La ausencia de definición y regulación legal del contenido del cuidado, ha provocado dispersión doctrinal a la hora de determinar su contenido y alcance. La literatura evidencia ausencia de uniformidad, con posturas que incluso no son consistentes con los actuales principios inspiradores de las relaciones personales paterno-filiales y con los derechos de los hijos; pero lo más notable del asunto es la amplia incidencia de la decisión de atribuir a un padre el cuidado de sus hijos por la estrecha relación que este tiene con otros derechos circundantes (derecho de relación directa y regular, patria potestad, derecho de alimentos, entre otros). La ley no aclara estos puntos, a lo que se suma la normal indefinición en las sentencias.

Las decisiones respecto de la atribución del cuidado personal de un hijo representan la puerta de entrada al ejercicio de otras funciones y a la determinación del modo de cumplimiento de otros deberes de la relación paterno-filial. Partiendo de la modalidad de cuidado, el juez deberá fijar o los padres habrán de pactar los restantes extremos que atañen a los hijos menores de edad. Un tema complejo es el de la toma de decisiones, esto es, la determinación de qué decisiones competen a ambos padres como derivación del vínculo filiativo, y cuáles corresponden en exclusiva al progenitor cuidador.

Lo expuesto deja ver un filón no agotado de cuestiones tanto conceptuales como prácticas en torno al contenido del cuidado que requieren ser cuidadosamente exploradas. Tal exploración debe tener presente que la dotación de contenido es una labor delicada, que en ningún caso puede implicar generar una lista cerrada y rígida de actuaciones o comportamientos del padre cuidador, por cuanto ello implicaría desconocer la naturaleza de las relaciones de familia y en particular de las paterno-filiales que tienen un carácter íntimo y muy individualizado, por tanto, el acercamiento debe hacerse desde unas ideas generales que otorguen suficiente amplitud de adaptación a los diversos casos.

2. *Regulación del cuidado personal de los hijos*

El cuidado personal de los hijos es una función tuitiva derivada de la relación de filiación, que viene a concretar en parte la preocupación fundamental de los padres señalada en el art. 222 CC. Normativamente se encuentra tratado en los arts. 224 a 227 CC, dentro del título *De los derechos y obligaciones entre los padres y los hijos*; en ellos no se define el cuidado personal, no se fija su contenido, ni se especifica qué atribuciones, deberes y facultades otorga a su titular. Ni las actuales normas, ni las que les precedieron, se pronuncian acerca del tema, lo que da cuenta de una carencia de regulación sistemática de un aspecto relevante de la autoridad parental, que impacta en el ámbito funcional de las relaciones paterno-filiales, esto es, en su ejercicio. Dicha carencia ha sido denunciada como parte de la explicación de por qué se percibe socialmente una asimetría tan radical entre la posición de los padres luego de una separación¹. La determinación

¹ TAPIA, 2013, p. 478.

más igualitaria de quien asume el cuidado de los hijos, no soluciona los problemas de exclusión de uno de los padres en la medida que no esté claro qué facultades o atribuciones reporta a su titular; si el titular del cuidado personal sigue convencido de que tiene un poder absoluto –exclusivo y excluyente– acerca de aspectos sensibles de la vida de los hijos, los problemas de fondo no se habrán solucionado con las nuevas normas de atribución de cuidado por muy igualitarias o equitativas que aparezcan en el papel.

Para la adecuada apreciación de esta situación resulta pertinente revisar brevemente la regulación del cuidado personal de los hijos antes y después de la reforma de la Ley 20.680 de 2013, con enfoque principal en su contenido.

2.a) Cuidado personal antes de la reforma de la Ley 20.680

La Ley 19.585 concedió gran preponderancia al cuidado personal de los hijos dentro de las instituciones propias de la autoridad parental, a tal punto que esta última pasó a ser una categoría accesoria al cuidado², convirtiendo a este en la figura central de la relación de filiación.

Si bien no se definió qué era el cuidado personal, el art. 224 CC hablaba del *cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos*, con lo que dos de las más importantes funciones parentales aparecían ligadas al cuidado, siendo posible sostener que quien detentaba el cuidado tenía a su cargo la crianza y educación de los hijos³.

La modalidad de cuidado personal revestía enorme importancia en la centralidad misma de las relaciones paterno-filiales: quien tenía el cuidado personal no solo detentaba el deber abstracto de criarlo y educarlo, sino muy especialmente actuaciones prácticas concretas como decisiones en torno a su salud, colegio, deportes, amigos, religión, cercanía o distancia con determinados parientes, hábitos alimenticios o de higiene, etc., y, además, salvo acuerdo o decisión judicial contraria, quien tenía el cuidado personal ejercía también la patria potestad⁴.

El resto de la regulación del cuidado personal, referido a su ejercicio, es bien conocido: ejercicio de consuno en vida conjunta de los padres; ejercicio individual en caso de vida separada, con preferencia legal materna y posibilidad de modificación por acuerdo solemne o sentencia judicial de probarse maltrato, descuido u otra causa calificada cuando el interés del hijo lo hiciera indispensable. Los conflictos jurídicos en torno al cuidado se centraban en su titularidad, pues esta concedía un cúmulo de facultades al padre a quien se le atribuía, dejando al otro padre con un derecho residual a relacionarse con su hijo⁵. Una de las principales observaciones a la regla legal de preferencia materna era que

² BARCIA, 2013, p. 24.

³ Se aludía al cuidado de la crianza de los hijos y al cuidado de la educación. MEZA, 1979, p. 519; LÓPEZ, 2001, p. 110; SCHMIDT, 2004, p. 42 y RUZ, 2012, p. 462 y 463.

⁴ ABELIUK, 2003, p. 321; ACUÑA, 2011, p. 380. Cfr. art. 245 inc. 1º CC previo a la reforma de 2013.

⁵ Se aludía al paradigma ancestral en el que se piensa que, producida la separación, los hijos deben ser criados por la madre, limitándose el padre a desempeñar un rol de proveedor por medio del pago de obligaciones alimenticias. ARANCIBIA Y CORNEJO, 2014, p. 304.

si bien permitía disminuir la judicialización en ausencia de acuerdos, peligrosamente generaba una concentración de poderes y facultades en uno de los padres privando al otro prácticamente de todos los efectos esenciales que configuran la relación de filiación⁶.

Siguiendo la parquedad legal, la doctrina se ocupaba principalmente de la revisión de las normas de atribución y escasamente de conceptualizar el cuidado personal, advirtiéndose incluso que no se puede delimitar claramente, pudiendo a lo más decirse que se relaciona con la idea de qué progenitor convive con los hijos⁷. Dentro de los autores que acometieron tal labor se entendía que el cuidado personal se refiere o es: *el derecho paternal a la crianza, educación y establecimiento del menor de edad, o como el deber de alimentar, corregir y otorgar por lo menos una educación básica y un oficio de profesión al hijo*⁸; *el derecho de los padres de tener a sus hijos en su compañía*⁹; *el Derecho de los padres a tener a sus hijos en su compañía proporcionándoles residencia, alimentos y educación*¹⁰; *aquel derecho puro de familia, que presuponiendo una convivencia inmediata y permanente con el menor, permite cumplir dinámicamente con los deberes de crianza y educación*¹¹; *cuidado personal como tenencia física y responsabilidad primera en su cuidado*¹²; *figura que comprende no solo la crianza y educación sino la realización de todo lo necesario para el desarrollo espiritual y material del hijo*¹³; *el derecho-deber de los padres de criar, educar y tener a los hijos en su compañía con el fin de guiarlos en su desarrollo y realización material y espiritual*¹⁴.

Las diversas conceptualizaciones en su mayoría concebían el cuidado personal desde la óptica de los padres, como un derecho de estos, con un contenido vinculado a la crianza y educación, adicionando en algunos casos algún otro atributo. Algunas definiciones se concentran solo en el aspecto material de la tenencia física o compañía. Cualquiera sea el caso, se entendía que las funciones de crianza y educación quedaban radicadas exclusivamente en el padre cuidador, lo que generaba en la ley y en la práctica, la marginación del otro padre.

2.b) Regulación actual del cuidado personal

A partir de la Ley 20.680 la regulación de la relación paterno-filial ha superado las normas que mantenían la preferencia en favor de la mujer; consolida el acuerdo como mecanismo decisorio prioritario; elimina las altas exigencias para que el juez pueda alterar el régimen de cuidado que estuviere vigente, contemplando criterios de resolución judicial de las disputas por la titularidad del cuidado que permiten que se haga una

⁶ ACUÑA, 2011, p. 385.

⁷ LATHROP, 2013a, p. 90.

⁸ BAVESTRELLO, 2003, p. 61.

⁹ SCHMIDT Y VELOSO, 2001, p. 273.

¹⁰ GÓMEZ DE LA TORRE, 2007, p. 135.

¹¹ ASCENCIO, 2000, p. 42.

¹² DOMÍNGUEZ, 2010, p. 1.

¹³ LATHROP, 2005, p. 6.

¹⁴ ACUÑA, 2011, p. 379.

revisión de los elementos que son centrales para la verificación del interés superior del hijo en el caso concreto; incorpora la modalidad de cuidado personal compartido; fortalece el derecho de relación directa y regular; reconoce el derecho del niño a relacionarse con sus abuelos; y equilibra algunos aspectos de la patria potestad.

Pese a las carencias particulares que pudieran presentar las específicas regulaciones, es innegable la trascendencia de estas en pos del bienestar de los hijos y del establecimiento de relaciones más equitativas entre los padres. Sin embargo, las normas no se pronuncian sobre el contenido del *derecho-deber* de cuidado; los arts. 224 y 225 CC se dedican a fijar las reglas de titularidad y modalidades del cuidado personal en las distintas hipótesis posibles (según si los padres viven juntos o separados), sin delimitación de las implicancias prácticas que acarrea detentar el cuidado personal de un hijo, dando lugar a un vacío normativo relevante, en cuanto es el ejercicio del derecho el que genera conflictos entre los padres y puede lesionar los derechos de los hijos.

La doctrina posterior a la reforma ha avanzado algunas ideas; se sostiene que el cuidado personal se refiere al conjunto de obligaciones y facultades derivadas de convivir o compartir la vida cotidiana de los hijos¹⁵; lo que, aunque aparezca limitado al criterio de “la vida cotidiana”, resulta de una vaga amplitud: ¿Cuáles son ese conjunto de obligaciones y facultades? ¿Qué cuestiones forman parte de la vida cotidiana? También se ha dicho que el cuidado personal de los hijos se refiere a los cuidados y atenciones diarias y habituales del hijo¹⁶, lo que también exige hacer precisiones.

III. ELEMENTOS PARA LA CONSTRUCCIÓN DEL CONTENIDO ESENCIAL DEL CUIDADO PERSONAL DE LOS HIJOS

Si bien la reforma gestada por la Ley 20.680 ha sido planteada como una que introduce modificaciones al CC y a otros cuerpos legales con el objeto de proteger la integridad del menor en caso de que sus padres vivan separados, lo cierto es que de manera significativa sus normas y principios comportan una suerte de “reinención” del cuidado personal y de la relación paterno-filial. Pese a no contemplar definición ni precisión del contenido del cuidado, sí proporciona algunas piezas que adecuadamente conjugadas permiten hacer una delimitación de su contenido esencial actual. En función de ello se propone el análisis de los siguientes elementos.

1. *Principio de corresponsabilidad parental*

La Ley 20.680 introdujo este principio jurídico, cuyo antecedente más directo se encuentra en el art. 18 CDN, conforme con este, *ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño. Incumbirá a los padres, o en su caso, a*

¹⁵ LEPIN, 2013, p. 290. El autor sigue la definición del art. 648 del Código Civil y Comercial argentino.

¹⁶ ACUÑA, 2016a, p. 487.

*los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño*¹⁷. Siguiendo esa idea matriz, el art. 224 CC expresa que el cuidado de los hijos se basará en el principio de corresponsabilidad, en *virtud del cual ambos padres, vivan juntos o separados, participarán en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos*.

El principio significa que ambos padres se responsabilizan y participan, concurren y asumen en común las funciones de crianza y educación de los hijos. Las expresiones distribución o reparto que emplean algunas definiciones, por muy equitativo que sea, choca frontalmente con lo que se quiere comunicar, pues en realidad si los padres se reparten las funciones y uno se ocupa de la crianza habitual y otro de los esparcimientos, uno de los gastos y otro de la gestión, realmente no hay corresponsabilidad¹⁸.

El principio impone a los padres la participación en la vida de sus hijos; no se trata de un ejercicio opcional. Si bien respecto de los hijos la responsabilidad parental es un deber, mirado en relación con el Estado, implica una posición privilegiada en cuanto a la educación y crianza, justificada bajo el supuesto de que la mayoría de los padres quieren el bien de sus hijos, tanto así que se ocupan del cuidado, crianza y educación porque están interesados en el bienestar de sus hijos y no debido a la imposición de un deber legal¹⁹. Si dicha justificación en el caso concreto no está presente, como ocurre en casos de negligencia parental o maltrato, los padres pierden tal privilegio²⁰.

El principio opera tanto cuando los padres viven juntos como cuando viven separados, resultando evidente que sus implicancias más importantes se manifiestan en vida separada, particularmente cuando hay desacuerdos. En ese momento se hace particularmente relevante entender que si bien el legislador puede optar por un fraccionamiento de las relaciones (cuidado personal individual para un padre y relación directa y regular para el otro), la corresponsabilidad se erige como un contensor que aspira a mantener a ambos padres participando y responsabilizándose de la vida de sus hijos.

Aunque se ha denunciado una cierta inconsistencia entre la consagración del principio de corresponsabilidad parental y la regulación del cuidado personal individual²¹, el primero tiene un campo de influencia mucho más amplio que el solo cuidado compartido,

¹⁷ La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, marca un punto de inflexión en materia de la responsabilidad de los padres, al reconocer la función del padre y madre en la familia y en la educación de los hijos, y afirmar que el papel de la mujer en la procreación no debe ser causa de discriminación, sino que la educación de los niños exige la responsabilidad compartida entre hombres y mujeres y la sociedad en su conjunto (preámbulo). Su art. 5 letra b) alude al *reconocimiento de la responsabilidad común de hombres y mujeres en cuanto a la educación y al desarrollo de sus hijos, en la inteligencia de que el interés de los hijos constituirá la consideración primordial en todos los casos*.

¹⁸ ACUÑA, 2013, p. 29.

¹⁹ BRIDGEMAN, 2017, p. 61.

²⁰ EEKELAAR, 2017, p. 30.

²¹ Apunta a tal inconsistencia BARCIA, 2013, p. 33. En relación con ordenamientos europeos se afirma que la apreciación generalizada de que la custodia compartida está implantada en los países de la Unión Europea es inexacta y encuentra explicación en la errada equiparación que se ha hecho entre "custodia compartida" y responsabilidad parental, que son en realidad categorías jurídicas distintas; lo que gran parte de esos países regulan es la responsabilidad parental que en la gran mayoría de ellos se comparte permitiendo

en el que incide relevantemente²². La Ley 20.680 se orienta en aquella dirección al señalar en el art. 229 inc. 4º CC que el principio opera cuando hay distribución asimétrica del cuidado personal de los hijos, con lo que el progenitor que no tiene el cuidado debe igualmente participar en forma activa, equitativa y permanente en la crianza y educación de sus hijos²³. En torno a la perfecta compatibilidad entre la corresponsabilidad y el cuidado personal en uno de los padres se han pronunciado la Corte Suprema²⁴, el Tribunal Constitucional²⁵ y parte de la doctrina nacional reciente²⁶.

Desde otro ángulo se señala que el principio carecería de efectividad, que no existe acción para exigir su concreción por parte del padre no custodio²⁷, que el juez estaría impedido de hacerlo efectivo²⁸. La ausencia de una expresa y específica acción desde mi punto de vista si bien es una cuestión que ensombrece el panorama, no es un obstáculo absoluto. Aunque es efectivo que los mecanismos para hacer cumplir en general los deberes paterno-filiales son imperfectos, el juez de familia cuenta con herramientas para hacer efectiva la corresponsabilidad en consideración al interés superior de los hijos²⁹, lo que puede concretarse con mejores especificaciones en las sentencias.

En los hechos es indudable que el padre no cuidador tendrá varios problemas para hacer real su participación: algunos determinados por la ausencia de especificaciones en la sentencia acerca de ciertas facultades o decisiones que no queda claro si son propias del cuidado o deben ejercitarse en el marco de la corresponsabilidad; otros se originan por la escasa convivencia de estos progenitores con sus hijos, pues aunque en términos estrictamente legales aquel padre tenga reconocida su participación, su mermada relación influirá en el cumplimiento de los deberes; por el contrario, será más hacedero un desempeño adecuado para el padre que tiene el cuidado personal.

Dentro de los avances en la materialización del principio se encuentra el Ordinario 27 de 2016 de la Superintendencia de Educación, conforme con esto, los sostenedores, las autoridades y en general todos los funcionarios de establecimientos educacionales, en relación con el padre y madre, aunque no sean apoderados y no tengan el cuidado personal de sus hijos, están obligados a garantizar y respetar su derecho a asociarse y

que ambos progenitores tengan parte activa en la toma de decisiones fundamentales respecto de sus hijos. ARAMBURU, 2006, p. 53.

²² No solo en situaciones de cuidado compartido los padres deben compartir en forma equitativa los deberes y derechos respecto de los hijos, sino cualquiera sea el régimen de cuidado o visitas. TAPIA, 2013, p. 480.

²³ ACUÑA, 2013, p. 30.

²⁴ Corte Suprema, 4.9.2014, rol 21334-2014.

²⁵ Tribunal Constitucional, 16.6.2015, rol Nº 2699-14-INA.

²⁶ QUINTANA, 2014, p. 253; RODRÍGUEZ, 2014, p. 80.

²⁷ LEPIN, 2013, p. 295.

²⁸ ETCHEBERRY, 2014, p. 65; OTÁROLA, 2013, p. 19.

²⁹ Así, conociendo de procesos de separación o divorcio, al evaluar los acuerdos presentados por los cónyuges el juez debe verificar si resguardan el interés superior de los hijos y puede proceder en la sentencia a subsanar sus deficiencias o modificarlos si fueren incompletos o insuficientes (arts. 27 y 31 Ley de Matrimonio Civil).

participar en las organizaciones de padres y apoderados; su derecho a participar en las reuniones de apoderados; su derecho a tener acceso a los informes educativos del alumno de la misma forma que el padre o madre que está registrado como apoderado ante el establecimiento y su derecho a participar en actividades extraescolares.

La concreción del principio implica que si bien decisiones de todos los días deben ser tomadas por quien tiene el cuidado, las decisiones más importantes deben ser adoptadas de común acuerdo; dentro de ellas claramente debe estar la decisión respecto de la educación del hijo³⁰. La determinación de cuáles son decisiones propias de la responsabilidad común requiere ser precisado caso a caso por la ausencia de especificaciones legales³¹. No es propósito de este trabajo ahondar en estas cuestiones más propias de la corresponsabilidad y que requieren otros análisis, pero sí interesa decir que estas especificaciones podrían venir señaladas en las sentencias que resuelven procesos matrimoniales o causas de cuidado personal o de relación directa y regular, o en los acuerdos de los propios padres. La Corte Suprema ha adelantado un criterio para esta determinación, como se verá.

La corresponsabilidad exige un involucramiento directo y continuo de ambos padres en la crianza del hijo, abarcando desde el *derecho-deber* que tiene cada padre para definir cómo será criado su hijo y qué valores serán transmitidos en un ambiente de cariño que incentive su desarrollo intelectual, hasta la toma de decisiones respecto de su enseñanza, comprendiendo aspectos académicos y sociales³². El ejercicio no se estanca en las funciones recogidas en la ley (crianza y educación), sino que incluye la capacidad de los padres para vincularse con sus hijos, responder a sus necesidades, establecer modelos de crianza y transmitir afectos³³. La responsabilidad parental da cuenta de obligaciones continuadas que exigen una conducta permanente de los padres; el interés de los hijos constituye el límite de su actuar, por tanto, la libertad de criar y educar a los hijos no es ilimitada; pueden existir restricciones en protección del interés de los hijos³⁴.

Los amplios términos en que es reconocido el principio de corresponsabilidad parental parecen restringir el contenido del cuidado personal a un elemento más bien de carácter material, referido a quién vivirá con el hijo y lo tendrá bajo su cuidado directo.

³⁰ ETCHEBERRY, 2014, p. 64; NEGRONI, 2014, p. 116. Lepin reduce el contenido del principio a aspectos de la vida diaria o cotidiana del hijo, mismos aspectos que en su concepto son propios del cuidado personal, con lo que no se advierte en qué radica para el autor la diferenciación entre el principio y el cuidado personal. LEPIN, 2013, p. 295.

³¹ El Código Civil y Comercial argentino dentro del ejercicio de la responsabilidad parental proporciona un listado de actos que requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores (art. 645), los que pueden ser empleados de modo referencial. Si uno de los progenitores no da su consentimiento o media imposibilidad para prestarlo, resuelve el juez y, cuando el acto involucra a hijos adolescentes, es necesario su consentimiento expreso.

³² ARANCIBIA Y CORNEJO, 2014, p. 303.

³³ SALLÉS Y GER, 2011, pp. 25 y ss.; BRIDGEMAN, 2017, p. 57.

³⁴ Acerca de algunas limitaciones a la actuación de los padres se puede ver LATHROP, 2017, p. 242.

2. *Modificación de la referencia al cuidado personal en el artículo 224 del CC*

Cuando los padres viven juntos *toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de sus hijos*. Previo a la Ley 20.680, el art. 224 CC establecía: *toca de consuno a los padres, o al padre o madre sobreviviente, el cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos*. Ambas normas parecen similares, pero no lo son, pues si bien recogen la solución evidente para el caso de vida conjunta de los padres (ejercicio de consuno), no es menos cierto que, antes de la reforma el cuidado personal aparecía indisolublemente ligado a la crianza y educación de los hijos, de tal modo que podía estimarse que estas funciones eran su contenido esencial.

El actual texto elimina tal asociación y radica dichas funciones en la responsabilidad común de los padres. El cuidado personal parece reservado a los cuidados y atenciones diarias y habituales de los hijos³⁵. Lo anterior, sumado a la relevancia del principio de corresponsabilidad parental, lleva a concluir que efectivamente se ha reducido el ámbito de realidad cubierto por el cuidado personal³⁶, al menos en la letra de la ley; en la realidad aplicativa pareciera existir aún la percepción de que el cuidado personal otorga más facultades.

La idea de reducción de contenido se ha venido desarrollando en otras latitudes, estimándose que el contenido de la guarda o custodia debe quedar limitado a la convivencia o tenencia del menor y debe desaparecer la creencia errónea de que el progenitor custodio es el que ostenta el poder sobre el hijo³⁷. En el ordenamiento español por ejemplo, la guarda y custodia se identifica con el cuidado y atención diario que se ejerce mediante la convivencia habitual³⁸; engloba el cuidado directo y para su correcto desempeño implicaría una situación de convivencia con el hijo³⁹; no se confunde la patria potestad con la guarda y custodia⁴⁰; esta es un concreto aspecto del ejercicio de la primera, que se vincula con el cuidado diario⁴¹; y por tanto abarca las obligaciones que se originan en esa vida diaria, por ello el progenitor guardador decide en la esfera ordinaria o urgente del hijo, requiriendo la presencia del otro progenitor para concluir actos que excedan de aquella⁴². El Código Civil y Comercial argentino, también expresa

³⁵ ACUÑA, 2016a, p. 489.

³⁶ BARCIA, 2013, p. 33.

³⁷ Así VIÑAS, 2012, p. 5; GARCÍA, 2015, p. 45.

³⁸ SAN SEGUNDO, 2010, p. 138.

³⁹ RABADÁN, 2011, p. 61.

⁴⁰ GETE-ALONSO Y SOLÉ, 2015, p. 456; SERRANO, 2010, p. 56; RAGEL, 2001, p. 285.

⁴¹ MORÁN, 2010, p. 79.

⁴² GUILARTE, 2014, p. 23-24; GETE-ALONSO Y SOLÉ, 2015, p. 456; RABADÁN, 2011, p. 61. La idea de un contenido esencialmente material (convivencia) de la guarda, si bien es mayoritaria, no es única. También se ha propuesto en torno al concepto dos acepciones: la primera restringida, donde la guarda y custodia de los hijos consiste en el cuidado personal, directo, diario y continuo que se entrega por medio de la convivencia; la segunda más amplia, donde la guarda y custodia comprende el conjunto de prestaciones de carácter personal a través de las cuales se cumplen los deberes parentales, sin restringir su contenido al hecho de vivir con el hijo, por lo que resulta más cercana a nuestra autoridad parental. LÓPEZ, 2011, p. 275.

un contenido reducido al identificar el cuidado personal con los deberes y facultades de los progenitores referidos a la vida cotidiana del hijo (art. 648)⁴³ y necesariamente comprende la convivencia con el progenitor⁴⁴.

Conforme con nuestra regulación pertenecen a ambos padres todas las funciones tuitivas relativas a crianza y educación que no dependen de la convivencia diaria, especialmente la toma de las decisiones de mayor trascendencia en relación con los hijos, pues estas son derivación de la relación paterno-filial y a ellas están vinculados ambos padres. El progenitor no cuidador mantiene intactas las facultades derivadas de la relación paterno-filial; en abstracto, la modalidad de repartición del tiempo del niño no tiene ningún efecto jurídico diferenciador en las calidades de padre y madre; el cuidado personal solo define el deber de mantener a un hijo en el hogar y atender sus necesidades diarias, aunque en la práctica, como he dicho, es evidente que aquel tendrá mayor dificultad para el cumplimiento de los deberes inherentes a ella.

La Corte Suprema ha expresado que los arts. 225 y 225-2 CC –en plena consonancia con las tendencias comparadas y los pactos internacionales suscritos por Chile–, “han desplazado el foco desde la inhabilidad como una forma de reprobación o sanción de los padres, hacia una interpretación centrada en el niño como sujeto de derechos, respecto de quién ambos padres deben tomar parte activa en las decisiones fundamentales relativas a su crianza y desarrollo, con el interés superior del hijo como preocupación esencial”⁴⁵. La Corte introduce el criterio de las “decisiones fundamentales” respecto del hijo, que competen a ambos padres, no solo al cuidador⁴⁶.

Al mismo tiempo que el cuidado personal ha sufrido una transformación estructural en lo que podía ser considerado su núcleo duro (crianza y educación), se refuerza su carácter de función básica y elemental dentro de la autoridad parental⁴⁷. La finalidad que lo guía sigue siendo el interés superior de los hijos, lo que resulta particularmente relevante en términos de su contenido y ejercicio porque un derecho –y muy especialmente un *derecho-deber*– se encuentra limitado por su finalidad.

3. Criterios de atribución del cuidado personal

Consciente de que los pronunciamientos judiciales acerca del cuidado personal repercuten notablemente en la vida de progenitores e hijos, la ley obliga a los jueces a

⁴³ No es solo la guarda material, sino también es estar, velar y hacer por el hijo. MAZZINGHI Y MAZZINGHI, 2016, p. 48.

⁴⁴ MIZRAHI, 2016, p. 365.

⁴⁵ Corte Suprema, 11.7.2017, rol 4827-2017 y 19.7.2017, rol: 4951-2017.

⁴⁶ En España las Audiencias Provinciales hacen pronunciamientos expresos sobre la participación en la toma de decisiones relativas a los hijos. AP Asturias, 207/2010, de 2 junio (JUR\2010\250698); AP A Coruña, 147/2012, de 23 de marzo (id. vlex: VLEX-365849250).

⁴⁷ Para un nuevo texto constitucional que considere los derechos de los NNA se propone tener en cuenta, entre otras cuestiones, la consagración del cuidado como función básica. LATHROP, 2017, p. 248.

un análisis acabado de todas las circunstancias que confluyen en el caso⁴⁸; y los obliga a motivar adecuadamente sus decisiones, labor que requiere el ejercicio efectivo del rol tutelar del juez y no se satisface con la alusión al interés superior del niño en abstracto como una declaración retórica, sino que importa considerar el interés en concreto. En el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, el juez debe considerar y ponderar conjuntamente los criterios y circunstancias del nuevo art. 225-2 CC; a partir de ahí, el interés del hijo ya no podrá ser asimilado automáticamente y mecánicamente a la custodia materna en todos los casos; no puede asociarse exclusivamente con un bienestar económico; y no corresponde tampoco que los jueces sin más se conformen con mantener el cuidado personal en aquel de los padres con quien los hijos están conviviendo, por cuanto la regla legal es provisoria y no un estándar de priorización legal a que deba someterse el juez. Lo único que interesa es desentrañar cuál de los padres está en condiciones de proveer mejor a su interés superior; para ello los jueces deben basarse en la evidencia acerca de los datos objetivos contenidos en la prueba recogida⁴⁹.

En lo que interesa a este trabajo, el art. 225-2 CC dispone que en el establecimiento del régimen y ejercicio del cuidado personal, se considerarán y ponderarán conjuntamente, entre otros: b) La aptitud de los padres para garantizar el bienestar del hijo y la posibilidad de procurarle un entorno adecuado, según su edad; c) La contribución a la mantención del hijo mientras estuvo bajo el cuidado personal del otro padre, pudiendo hacerlo; d) la actitud de cada uno de los padres para cooperar con el otro, con el fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular, para lo que considerará especialmente lo dispuesto en el inciso quinto del artículo 229; y e) La dedicación efectiva que cada uno de los padres procuraba al hijo antes de la separación y, especialmente, la que pueda seguir desarrollando de acuerdo con sus posibilidades.

La norma es evaluada en general positivamente⁵⁰ en cuanto las circunstancias y criterios contribuyen a contrarrestar la arbitrariedad que pudiera presentarse por la abstracción del principio del interés superior del hijo⁵¹; los criterios sirven para construir o integrar en concreto su interés superior⁵²; por otro lado, se desvincula el cambio de cuidador del carácter sancionatorio que tenía la decisión judicial antes de la reforma⁵³.

Una atenta lectura permite advertir, además, que el legislador ha incorporado al léxico de la relación paterno-filial exigencias concretas de comportamientos con expresiones específicas como colaborar o garantizar el bienestar de los hijos, entre otras. Estas expresiones van perfilando un modo deseable de actuación del padre cuidador. A partir

⁴⁸ QUINTANA, 2014, p. 243.

⁴⁹ Corte Suprema, 23.5.2017, rol 9986116.

⁵⁰ Se ha advertido de los peligros de una errónea aplicación de algunos criterios. Así, respecto de la letra d) del art. 225-2, se estima que podría llevar a la jurisprudencia nuevamente por el camino de la preferencia materna, al menos en aquellos hogares en que la madre desempeña el trabajo doméstico y el padre el remunerado. TURNER, 2013.

⁵¹ LATHROP, 2013b, p. 7.

⁵² ETCHEBERRY, 2014, p. 69; RODRÍGUEZ, 2014, p. 90.

⁵³ TAPIA, 2013, p. 488.

de ahí es posible sostener que para la ley el cuidado de un hijo supone (en términos de contenido), entre otras cosas, garantizar el bienestar del hijo, procurarle un entorno adecuado, dedicación efectiva y vinculación afectiva, cooperar con el otro padre con el fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular⁵⁴.

La ley que contribuye en las construcciones sociales y en las interpretaciones individuales, ha fijado aquí –al igual que cuando conceptualiza la corresponsabilidad parental– estándares mínimos de actuación de los padres elevando el patrón de exigencias.

Otro aspecto que aparece de dichos criterios y circunstancias es que el ejercicio del cuidado se encuentra funcionalizado. Hoy más que antes se hace manifiesto que la actuación del cuidador se encuentra condicionada, supeditada o puesta al servicio del bienestar del hijo, respecto de esto, los padres aparecen como garantes⁵⁵.

4. *El derecho de relación directa y regular*

El contenido del cuidado personal no puede ser contemplado de manera aislada; hay que ponerlo en relación con los restantes *derecho-deberes* de la relación paterno-filial, especialmente con el derecho de relación directa y regular, que constituye la forma que los hijos tienen para relacionarse con el padre no cuidador. Ambos institutos miran al interés del hijo; se trata de dos formas de relacionarse con ellos, uno de modo habitual y constante, el otro según la periodicidad que se determine en el régimen específico⁵⁶. El interés protegido es el mismo, el desarrollo integral del hijo por medio de la preservación de su relación con ambos progenitores.

El derecho de relación directa y regular del art. 229 CC ha sido completamente rediseñado por la Ley 20.680, fortaleciéndolo de modo coherente con el principio de corresponsabilidad parental; hoy *se entiende por relación directa y regular aquella que propende a que el vínculo familiar entre el padre o madre que no ejerce el cuidado personal y su hijo se mantenga a través de un contacto periódico y estable*. Su nuevo inc. 4º, conforme con esto, el juez debe asegurar la mayor participación y corresponsabilidad de los padres en la vida del hijo, se alinea a la tendencia creciente dirigida a sostener que el derecho a mantener un régimen de comunicación no solo implica asignar contacto y comunicación, sino

⁵⁴ No es extraña la consideración legal de deberes expresos de colaboración. En Argentina, donde el cuidado individual es excepcional, en los casos en que opera, se regulan deberes de colaboración y de información respecto de cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo (arts. 652 y 653). Para los efectos de decidir el cuidado individual el juez debe ponderar, entre otras cuestiones, la prioridad del padre que facilita mantener un trato regular con el otro (art. 653). En Italia el juez puede confiar la custodia a uno de los padres cuando el cuidado compartido es contrario al interés del niño, en cuyo caso el padre al que se confían en exclusiva los hijos tiene el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental, lo que se atempera con dos medidas: las decisiones de mayor importancia para los niños deben ser adoptadas por ambos padres; y el padre no cuidador tiene el derecho y el deber de supervisar su instrucción y educación pudiendo recurrir al juez cuando considere que se han tomado decisiones perjudiciales a los intereses del hijo (art. 337 quater Código Civil italiano).

⁵⁵ ACUÑA, 2014, p. 63 y ss.

⁵⁶ Así lo entiende RODRÍGUEZ, 2010, p. 87.

también el derecho a participar activamente en las decisiones relevantes de la vida del hijo⁵⁷. Bien podría concluirse que la diferencia esencial entre el progenitor cuidador y el padre que no tiene el cuidado, no serían tanto las funciones que se les otorgan como sí los tiempos de estancia de los hijos en su compañía; cualquiera sea el caso, lo que sí resulta indiscutible es que el derecho de relación tiene hoy un contenido más rico y complejo del que le fuera tradicionalmente asignado, permitiendo por su ejercicio cumplir funciones familiares en un contexto de responsabilidad parental⁵⁸.

Así regulado el derecho de relación y puesto en concordancia con el criterio del art. 225-2 letra d) CC, genera para el progenitor cuidador tanto deberes positivos como negativos: el titular del cuidado personal debe *cooperar con el otro* (padre), *con el fin de asegurar la máxima estabilidad al hijo y garantizar la relación directa y regular* (deber positivo) y debe, al mismo tiempo, conforme con el inc. 5° del art. 229 CC *no obstaculizar el régimen de relación directa y regular que se establezca a favor del otro padre* (deber negativo)⁵⁹.

La determinación del régimen de relación directa y regular implica que la posición jurídica del padre cuidador se caracteriza por una situación de deber jurídico, cuyas cargas principales son cooperar con el otro padre, asegurar la máxima estabilidad del hijo, garantizar la relación directa y regular y no obstaculizar su ejercicio. La cooperación como parte del ejercicio del cuidado personal viene impuesta por ley; la obstrucción al ejercicio del derecho de relación es una conducta antijurídica, un ejercicio inadecuado o abusivo del cuidado personal con consecuencias jurídicas⁶⁰.

5. Consideración de los hijos en las relaciones de familia

Todo análisis que se haga del cuidado personal resulta incompleto si no se incorpora la perspectiva de los hijos como interesados y protagonistas fundamentales del derecho. Resulta pertinente, por tanto, explorar algunas disposiciones de la CDN que imponen nuevos estándares a las relaciones paterno-filiales.

En términos generales, la Convención reconoce que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión (Preámbulo); que tiene derecho a ser cuidado por sus padres y a preservar sus relaciones familiares (arts. 7 y 8); que los Estados Partes deben tener en cuenta los derechos y deberes de sus padres y deben respetar las responsabilidades, los derechos y los deberes de estos (principalmente) de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que ejerza sus derechos (art. 5), reconociendo que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo

⁵⁷ TAPIA, 2013, p. 490.

⁵⁸ ACUÑA, 2014, p. 54.

⁵⁹ En España se postula que el custodio debe fomentar, favorecer y facilitar los contactos del hijo con el otro padre. RAGEL, 2003, p. 116; DE LA IGLESIA, 2008, p. 2514.

⁶⁰ Respecto de dichas consecuencias se puede consultar ETCHEBERRY, 2014, p. 71 y 72; ACUÑA, 2016b; ACUÑA, 2017, p. 411 y ss.

que respecta a su crianza y desarrollo (art. 18). En lo particular, dos cuestiones resultan directamente relevantes.

5.a) Interés superior de los hijos

Conforme con el art. 222 CC “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo, para lo cual procurarán su mayor realización espiritual y material posible, y lo guiarán en el ejercicio de los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana de modo conforme a la evolución de sus facultades”, de ello resulta una categórica afirmación: el interés jurídicamente tutelado en la regulación civil de las relaciones paterno-filiales es uno solo: el interés superior de los hijos⁶¹.

El ejercicio de todos los *derecho-deberes* derivados de la relación paterno-filial (cuidado personal, educación, facultad de corrección, derecho de relación directa y regular, etc.) conlleva una actuación en interés de los hijos⁶². Su ejercicio no queda a discreción del progenitor titular, ni a merced del beneplácito del que ejerce el cuidado personal⁶³.

El principio de interés superior de los hijos en las relaciones paterno-filiales fue introducido por la Ley 19.585 limitado a dos niveles⁶⁴: en general en el art. 222 inc. 2º (actual inc. 1º) y luego, como criterio para decidir la entrega judicial del niño a uno de los padres (antiguo art. 225 inc. 3º CC). La Ley 20.680 amplió el ámbito de influencia del principio realizando su carácter transversal.

El contenido del interés del niño, como es sabido, debe determinarse en cada caso concreto ajustándose a la situación específica del niño, sus necesidades personales y su momento evolutivo. La Observación General N° 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño, considera que “Al evaluar el interés superior del niño, el juez debe tener en cuenta el derecho del niño a conservar la relación con ambos progenitores, junto con los demás elementos pertinentes para el caso”. Durante la tramitación de la Ley 20.680, en el primer informe de la Comisión de Constitución, se enfatizó que el interés superior del niño debe verificarse por parte del juez en el caso concreto y no debe basarse en supuestos o presunciones generales respecto del bienestar de aquel⁶⁵. La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que su determinación en casos de cuidado debe hacerse a partir de la evaluación de los comportamientos parentales específicos y su impacto

⁶¹ El interés superior del hijo representa hoy el punto fundamental de la reglamentación de la familia: LATHROP, 2008, p. 25.

⁶² En igual sentido RODRÍGUEZ, 2010, p. 16.

⁶³ El Código Civil francés entiende la autoridad parental como un conjunto de derechos y deberes cuya finalidad es el interés del niño (art. 371-1); en Argentina también se la concibe para la protección, desarrollo y formación integral del hijo (art. 638); por su parte el Código Civil español declara que la patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental (art. 154).

⁶⁴ TURNER, 2013.

⁶⁵ Historia de la Ley 20.680.

negativo en el bienestar y desarrollo del niño, los daños o riesgos reales y probados, y no especulaciones o imaginarios⁶⁶.

La CDN contiene elementos para determinar cuál es el interés superior de un niño en el ámbito de su cuidado personal: la identidad del niño, que incluye la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de relaciones con su familia (arts. 8 y 9); y la opinión del niño (art. 12), que debiera ser escuchada no solo por el juez, sino también por los padres. La legislación nacional, salvo en el caso del derecho de relación directa y regular⁶⁷, únicamente considera el deber del juez de oír a los niños, en una materia que exige un protagonismo mayor de los hijos⁶⁸. Un buen modelo al respecto aparece en el inc. final del art. 371-1 del CC francés al disponer *Les parents associent l'enfant aux décisions qui le concernent, selon son âge et son degré de maturité* (Los padres harán partícipe al niño de las decisiones que le conciernen, teniendo en cuenta su edad y su grado de madurez); algo similar al final del art. 154 del CC español⁶⁹.

5.b) Derecho a relacionarse con ambos padres

El ejercicio de la autoridad parental se ha visto enriquecido por el derecho del niño a mantener relaciones con ambos padres y el derecho de estos últimos a tener un lugar en la vida cotidiana del niño⁷⁰. La CDN establece que los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño (art. 9.3). Esta disposición es reconocida como aquella que afirma la coparentalidad⁷¹. Íntimamente vinculado con ella se encuentra el art. 7.1 CDN que establece el derecho del niño a *ser cuidado por ellos*. El derecho del niño a no ser separado de sus padres, implica que su interés superior reclama que crezca en compañía de ambos padres y que cada uno de ellos cumpla sus respectivos e igualmente importantes papeles en la crianza, salvo, cuando circunstancias particularmente graves autorizan la separación por ser contrarias a su interés o cuando la vida con ambos padres se hace imposible por vivir estos separados⁷².

El principio de coparentalidad se encuentra garantizado también en la Carta Europea de los Derechos del Niño: “Todo niño tiene derecho a gozar de sus padres. El padre y madre tiene una responsabilidad conjunta en cuanto a su desarrollo y educación...”. “En caso de separación de hecho, legal divorcio o nulidad, el hijo tiene derecho a mantener

⁶⁶ CIDH, 24.2.2012, Átala Riffo y niñas vs Chile.

⁶⁷ Cfr. inc. tercero del 229 CC.

⁶⁸ Cfr. art. 225-2 letra f); art. 227 y art. 242 CC.

⁶⁹ Art. 154 CC español, párrafo 4º: Si los hijos tuvieran suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

⁷⁰ TOBÓN, 2010, p. 80.

⁷¹ Entre otras, MUÑOZ, 2011, p. 159; LATHROP, 2008, p. 28.

⁷² SALANOVA, 1995, p. 231 y ss.

contacto directo y permanente con los dos padres, teniendo ambos las mismas obligaciones” (arts. 8.11 y 13).

Subyace a la normativa jurídica interna relativa al cuidado personal de los hijos, por un lado, la consideración, *prima facie*, de ser los padres quienes están en mejor posición de asegurarles la mayor realización espiritual y material posible y, por otro, el derecho de los hijos a ser criados y cuidados por sus padres; la asunción por terceros del cuidado constituye una situación de excepción que amerita la concurrencia de circunstancias específicas y calificadas⁷³. Lo anterior se levanta sobre la creencia del beneficio que dicho contacto y cuidado le reporta al hijo, aunque obviamente lo relevante es la calidad de la relación. En Reino Unido, donde el cuidado, custodia o parentalidad está referida principalmente a los tiempos de residencia con uno u otro padre, las investigaciones sugieren que los intereses de los niños luego de la separación parental están más fuertemente relacionados con la calidad de la parentalidad que reciben que con un patrón de cuidado o cantidad de tiempo en particular⁷⁴.

IV. CONCLUSIONES

El contenido del cuidado personal de los hijos no aparece legalmente especificado de modo directo, pero del análisis de varios elementos que consideran las transformaciones establecidas por la Ley 20.680 de 2013, los derechos del padre no cuidador y los derechos de los hijos, es posible afirmar que el cuidado personal se refiere hoy a los cuidados y atenciones diarias y habituales del hijo, supone la convivencia con este y habilita al ejerciente para tomar las decisiones corrientes y cotidianas que se refieran al hijo, al tiempo que le impone ciertos deberes.

Como función emanada de la autoridad parental, el cuidado personal no es un derecho absoluto, porque se ejerce en interés de los hijos. Es una función básica –y por lo mismo trascendente– de la relación de filiación, que se encuentra subordinada al interés y beneficio preferente del hijo, pues este es protagonista principal del derecho.

La recepción expresa del principio de corresponsabilidad parental y con ello del deber de ambos padres de participar activa, equitativa y permanentemente en la crianza y educación de los hijos, vivan juntos o separados, ha situado las funciones de crianza y educación tradicionalmente asociadas al contenido exclusivo del cuidado personal, en ambos padres como una consecuencia directa de la relación de filiación, dando lugar a una visión más equilibrada de los roles parentales, al tiempo que se respetan los derechos de los hijos a relacionarse con ambos padres y a ser guiados y educados por ellos. El cuidado personal no implica hoy para el padre cuidador facultades excluyentes o una mejor posición frente del padre no cuidador, al menos, en cuanto a las funciones de

⁷³ Cfr. art. 226 CC.

⁷⁴ MACLEAN, 2017, p. 174-175. La misma autora explica que la parentalidad compartida (custodia compartida) es diferente de la responsabilidad parental que ambos padres conservan después de la separación (p. 165).

crianza y educación de los hijos. Desde este punto de vista, se ha reducido el contenido del cuidado personal y se ha proporcionado una nueva mirada a la responsabilidad parental, lo que tiene particular relevancia luego de una crisis familiar y en todos los eventos en que los padres viven separados.

La reducción antedicha no implica que el cuidado aparezca restringido únicamente a una función de carácter material, referida solo a la residencia y convivencia habitual con el hijo; el renovado enfoque de la relación paterno-filial en perspectiva del bien de los hijos también ha traído como consecuencia el establecimiento expreso de varios deberes que forman parte del contenido actual del cuidado; especialmente de cooperación con el otro padre y de garantía de la estabilidad del hijo.

Esta nueva perspectiva da un vuelco al sistema anteriormente imperante basado, entre otros caracteres, en el amplio poder del padre cuidador y la preponderancia de sus intereses, para construir otro que, cimentado en el superior interés del hijo y la corresponsabilidad parental, demanda la participación de ambos padres en su crianza y educación.

BIBLIOGRAFÍA

- ABELIUK, René, 2003: *La filiación y sus efectos*, tomo I, Santiago Editorial Jurídica de Chile.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2011: *Efectos Jurídicos del Divorcio*, Santiago, Thomson Reuters.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2013: “El principio de corresponsabilidad parental”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, año 20, Nº 2.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2014: *Derecho de Relación Directa y regular*, Santiago, Thomson Reuters.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2016a: “Relaciones Jurídicas entre los padres y el (la) hijo (a). Filiación”, en Del Picó, Jorge (coord.), *Derecho de Familia*, pp. 419-572, Santiago, Thomson Reuters.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2016b: “Ejercicio abusivo del cuidado personal que daña a los hijos”, Columna de Análisis Jurídico, El Mercurio Legal.
- ACUÑA SAN MARTÍN, Marcela, 2017: “Modificación del cuidado personal de los hijos por obstaculizar el ejercicio del derecho de relación directa y regular”, en Guzmán Brito, Alejandro (ed.), *Aportaciones adicionales a nuevos horizontes en el Derecho Privado*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso.
- ARAMBURU, Isabel, 2006: *Estudio de derecho comparado sobre la regulación de la custodia compartida*, Madrid, Themis.
- ARANCIBIA, María; CORNEJO, Pablo, 2014: “El derecho de familia en Chile. Evolución y nuevos desafíos”. *Ius et Praxis*, Año 20, Nº 1.
- ASCENCIO HERNÁNDEZ, Alicia, 2000: *El cuidado de los hijos en la familia disociada. Criterios de atribución*, Universidad Adolfo Ibáñez.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2013: “Hacia un sistema de filiación que consagre facultades y derechos específicos para el padre no custodio”, *Revista de Derecho* (Valdivia), Vol. XXVI, Nº 2.
- BAVESTRELLO, Irma, 2003: *Derecho de Menores*. Santiago, LexisNexis.
- BOSSERT, Gustavo y ZANNONI, Eduardo, 2016: *Manual de derecho de familia*, 7ª edición, Buenos Aires, Astrea.
- BRIDGEMAN, Jo, 2017: “Responsabilidad: protegiendo el bienestar y promoviendo la autonomía”, en Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (coords), *Responsabilidad parental*, Santiago, Thomson Reuters.

- DE LA IGLESIA MONJE, María, 2008: "Las funciones del progenitor custodio y el derecho de visitas del no custodio (I)", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Madrid, N° 710.
- DOMÍNGUEZ, Carmen, 2010: "Cuidado personal de los hijos ¿deber compartido?", Santiago, Centro de la Familia UC.
- EKELAAR, John, 2017: "Responsabilidad parental como privilegio", en Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (coords.), *Responsabilidad parental*, Santiago, Thomson Reuters.
- ETCHEBERRY, Leonor, 2014: "Análisis Crítico de la ley N° 20.680". Estudios de Derecho Civil IX, Santiago, Thomson Reuters.
- GARCÍA PRESAS, Inmaculada, 2015: *Guarda y Custodia de los hijos*, Lisboa, Juruá.
- GETE-ALONSO Y CALERA, María y SOLÉ, Judith, 2015: *Custodia Compartida Derecho de los hijos y de los padres*. Navarra, Aranzadi.
- GÓMEZ DE LA TORRE, Maricruz, 2007: *El sistema filiativo chileno*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GUILARTE MARTÍN-CALERO, Cristina, 2014: *La concreción del interés del menor en la jurisprudencia del tribunal supremo*, Valencia, Tirant lo Blanch.
- LATHROP, Fabiola, 2005: *Cuidado personal de los hijos*, Santiago, Puntotex.
- LATHROP, Fabiola, 2008: "Algunas consideraciones en torno a la custodia compartida de los hijos", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 10.
- LATHROP, Fabiola, 2013a: *Cuidado Personal y Relación Directa y Regular. Estudio Exploratorio en los Tribunales de Familia de la Región Metropolitana*, Santiago, AbeledoPerrot.
- LATHROP, Fabiola, 2013b: "Comentarios a la reforma al Código Civil en materia de efectos de la filiación", Santiago, *La Semana Jurídica*, N° 58.
- LATHROP, Fabiola, 2017: "Derecho a la vida familiar, responsabilidad parental y derechos del niño, niña y adolescente", en Acuña San Martín, Marcela y Del Picó Rubio, Jorge (editores), *Estudios de Derecho Familiar*, Talca, Editorial Universidad de Talca.
- LEPIN, Cristián, 2013: "Reformas a las relaciones paterno filiales. Análisis de la ley 20.680". *Revista de Derecho*, Escuela de Postgrado, N° 3.
- LÓPEZ RIVERA, Gisella, 2001: *Nuevo estatuto de filiación y los derechos esenciales*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur.
- LÓPEZ SAN LUIS, Rocío, 2011: "Recientes criterios legislativos y jurisprudenciales sobre la custodia compartida", en Rodríguez y Bravo (editoras): *Experiencias jurídicas e identidades femeninas*, Madrid, Dykinson, pp. 270-293.
- MACLEAN, Mavis, 2017: "El cuidado de los niños después de la separación de sus padres: ¿ayuda a los niños la legislación sobre tiempo de parentalidad compartida?", en Lathrop, Fabiola y Espejo, Nicolás (coords.), *Responsabilidad parental*, Santiago, Thomson Reuters.
- MAZZINGHI, Jorge y MAZZINGHI, Esteban, 2016: *Responsabilidad parental y alimentos a favor de los hijos*, Buenos Aires, El Derecho.
- MEZA BARRROS, Ramón, 1979: *Manual de derecho de la familia*, tomo II, 2ª edición, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- MIZRAHI, Mauricio, 2016: *Responsabilidad parental*, Buenos Aires, Astrea.
- MORÁN GONZÁLEZ, Isabel, 2010: "El ministerio fiscal y los sistemas de guarda y custodia: especial referencia a la custodia compartida y los criterios de atribución en beneficio del menor", en Tapia, José (dir.), *Custodia Compartida y protección de menores*, Madrid, CGPJ.
- MUÑOZ SEGUEL, Susana, 2011: "La mediación como instancia para la revalorización del rol paterno. Estudio exploratorio-documental", *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Santiago, Vol. 2, N° 2.
- NEGRONI, Gloria, 2014: "Corresponsabilidad parental: un cambio de enfoque radical", Santiago, *Revista de Derecho de Familia*, N° 1.

- OTÁROLA, Yasna, 2013: "La autoridad parental conjunta, independiente de quien tiene el cuidado personal de los hijos, si los padres viven separados en Chile". Santiago, *Anuario IDEJ*.
- QUINTANA, María Soledad, 2014: "La titularidad del cuidado personal y el ejercicio de la relación directa y regular a la luz de la jurisprudencia actual". *Revista de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLIII.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LAFUENTE, Fuensanta, 2011: *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Navarra, Aranzadi.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis, 2001: *La guarda y custodia de los hijos*, Madrid, Derecho Privado y Constitución, Nº 15.
- RAGEL SÁNCHEZ, Luis, 2003: *Nulidad, separación y divorcio en la jurisprudencia*, Madrid, Reus.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, 2010: *El cuidado personal de niños y adolescentes en el nuevo derecho chileno de familia*, Santiago, AbeledoPerrot.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, 2014: "Nuevas normas sobre cuidado personal, relación directa y regular, y patria potestad en el Código Civil chileno. Reformas introducidas por la Ley 20.680 de 2013". *Revista de Derecho de Familia*, Nº 1.
- RUZ, Gonzalo, 2012: *Explicaciones de derecho civil*, tomo V, Santiago, LegalPublishing.
- SALANOVA, Marta, 1995: "El derecho del menor a no ser separado de sus padres", *Derecho Privado y Constitución*, Nº 7.
- SALLÉS, Cristina y GER, Sandra, 2011: "Las competencias parentales en la familia contemporánea: descripción, promoción y evaluación". *Revista de intervención socioeducativa*, Nº 49.
- SAN SEGUNDO, Teresa, 2010: "Maltrato y separación: repercusiones en los hijos", en Tapia, José (dir.), *Custodia Compartida y protección de menores*, Madrid, CGPJ.
- SCHMIDT, Claudia y VELOSO, Paulina, 2001: *La Filiación en el nuevo derecho de familia*, Santiago, LexisNexis.
- SCHMIDT, Claudia, 2004: *Instituciones de derecho de familia*, Santiago, LexisNexis.
- SERRANO CASTRO, Francisco, 2010: *Relaciones paterno-filiales*, Madrid, El Derecho.
- TAPIA, Mauricio, 2013: "Comentarios críticos a la reforma del cuidado personal de los hijos (Ley 20.680)", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 21.
- TOBÓN BERRÍOS, Luz, 2010: "Las relaciones paterno filiales de carácter personal en el derecho francés", Medellín, *Revista Vínculos*, Vol. 1, Nº 1.
- TURNER SAELZER, Susan, 2013: "La nueva regulación legal del cuidado personal de los hijos en caso de separación de sus padres", <http://www.derecho.uach.cl/noticias/?p=3062>. [Fecha consulta: 15.3.2017]
- VIÑAS, Dolores, 2012: "Medidas relativas a los hijos menores en caso de ruptura. Especial referencia a la guarda", Barcelona, InDret.

Normas jurídicas citadas:

Código Civil

CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO, adoptada con fecha 20 de noviembre de 1989.

Publicada en Chile con fecha 27 de septiembre de 1990.

LEY 20.680, publicada el 21 de junio de 2013.

Jurisprudencia citada:

CORTE SUPREMA, sentencia de 11 de julio de 2017, rol 4827-2017

CORTE SUPREMA, sentencia de 19 de julio de 2017, rol: 4951-2017.

CORTE SUPREMA, sentencia de 23 de mayo de 2017, rol 9986116.

CORTE SUPREMA, sentencia de 4 septiembre 2014, rol 21334-2014.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de 16 de junio de 2015, rol N° 2699-14-INA.

CIDH, sentencia de 24 de febrero de 2012, Átala Riffo y niñas vs. Chile.

El concurso *post mortem* de la herencia

*Guillermo Caballero Germain**
*Susana Espada Mallorquín***

RESUMEN

El presente trabajo afirma la vigencia del concurso post mortem en nuestro ordenamiento, a pesar del silencio de la actual legislación concursal. Las reglas sucesorias sobre pago de las deudas hereditarias son concebidas en nuestro Código Civil sobre el supuesto implícito de la solvencia de la herencia. Por esa razón, el concurso post mortem es una pieza relevante de nuestro sistema de Derecho privado, al extender la aplicación de las reglas concursales a un supuesto de hecho distinto (la herencia insolvente) y de esa forma continuar la tutela dispensada por el derecho sucesorio a los acreedores hereditarios, ahora en un escenario de insolvencia.

Procedimiento concursal; herencia insolvente; derechos acreedores

The Decedent's state bankruptcy

ABSTRACT

This paper argues the validity of applying Bankruptcy rules to an insolvent decedents' estate, notwithstanding the silence of our current Bankruptcy Law. The inheritance rules about debts were designed in our Civil Code under the implicit assumption that the deceased person's estate is solvent. For this reason, post mortem bankruptcy is a key element of our Private Law system, by extending the application of Bankruptcy rules to a new factual situation (the insolvency of a deceased person's estate) and thus continues to protect inheritance creditors under the Law of Succession, now in an insolvency scenario.

Bankruptcy procedure; insolvent decedents state; creditors' rights

* Licenciado en Ciencias Jurídicas, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Abogado. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesor de Derecho Comercial, Universidad de Chile. Correo electrónico: gcaballero@derecho.uchile.cl

** Licenciada y Doctora en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid, España. Profesora de Derecho Civil, Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Correo electrónico: susana.espada@uai.cl

Artículo recibido el 12.1.2019 y aceptado para su publicación el 20.5.2019.

I. INTRODUCCIÓN

La discusión acerca de la posibilidad de sujetar una herencia a un procedimiento concursal es una pregunta acerca de la preeminencia entre dos sistemas de reglas con funciones distintas respecto de los acreedores, a saber, el derecho sucesorio cuya función principal, aunque no exclusiva, es asegurar la continuidad de las relaciones jurídicas del causante con sus acreedores y el derecho concursal cuya finalidad primordial, aunque tampoco única, es ofrecer una tutela colectiva de los intereses de los acreedores¹. Precisamente por lo anterior, la decisión de política jurídica acerca de cuál sea el régimen adecuado para resolver los problemas de una herencia insolvente tiene importantes consecuencias para los acreedores del deudor fallecido.

Tras la entrada en vigencia de la Ley 20.720 sobre reorganización y liquidación de empresas y personas (LRLEP), la doctrina mayoritaria niega la posibilidad de iniciar un procedimiento concursal respecto del patrimonio de un deudor fallecido (concurso *post mortem*)². Consideramos que la decisión de política jurídica de dar preeminencia a las reglas concursales por sobre las sucesorias en caso de insolvencia del patrimonio del causante en nuestro ordenamiento, si bien ha sido oscurecida con la entrada en vigencia de la LRLEP, no ha sido modificada. Esta tesis se desarrolla a lo largo del trabajo partiendo por aclarar, en la sección II, que las reglas sucesorias respecto del pago de las deudas hereditarias se construyen sobre el presupuesto de la suficiencia de los bienes de la herencia para satisfacer a los acreedores hereditarios y, por esa razón, no es posible encontrar una solución satisfactoria en las reglas sucesorias a los problemas entre los acreedores hereditarios. La tercera parte muestra cómo el derecho concursal ofrece ventajas para solucionar los problemas entre los acreedores hereditarios derivados de una herencia insolvente. En dicha parte se demuestra que la (enraizada) vigencia del concurso *post mortem* en nuestro ordenamiento jurídico no se ha visto alterada sustancialmente por la LRLEP, aunque sí oscurecida, al punto de inclinar a nuestra doctrina (aun a regañadientes) a negar la posibilidad del concurso de la herencia tras el fallecimiento del deudor. Entendemos que esa (indeseada) conclusión puede evitarse si, en vez de fijar la atención solo en las reglas concursales, se realiza una interpretación sistemática del Código Civil y la LRLEP. Para finalizar, esbozamos los elementos básicos del régimen actual del concurso *post mortem*, según se trata de una herencia yacente o aceptada.

¹ SAINT-ALARY-HOUIN, 2013, p. 82; GERBAUDO, 2017, p. 49; RUZ, 2017, p. 753.

² Respecto del concurso de la herencia, doctrinalmente se distingue según si la muerte del deudor acaece antes del inicio (concurso *post mortem*) o durante la secuela (concurso *ante mortem*) del procedimiento concursal (YÁÑEZ, 2011, p. 3340; CUQUERELLA I MIRALLES, 2018, p. 21). En este trabajo nos ocupamos exclusivamente del procedimiento concursal de liquidación *post mortem*.

II. LA SOLVENCIA COMO PRESUPUESTO (IMPLÍCITO) DEL RÉGIMEN SUCESORIO

El problema que se aborda en el presente artículo presenta varias aristas debido a que los fundamentos jurídicos de las normas que le resultan aplicables son diversos y se encuentran en leyes cuyas lógicas no son necesariamente convergentes. Si comenzamos brevemente por los fundamentos de la sucesión por causa de muerte, tradicionalmente se mencionan dos. Asimismo, resolver el problema de que un patrimonio quede sin titular y, por otro, ser un mecanismo de subrogación personal para evitar que la muerte extinga relaciones jurídicas que se debieran conservar, porque la figura del difunto no es determinante ni imprescindible³. Esto deriva en la clásica discusión doctrinal acerca de si la sucesión es en la persona o en los bienes del difunto, a lo que responden dos sistemas antagónicos de sucesión: el romano y el germánico. En Chile, el sistema es de sucesión en la persona, pues Andrés Bello siguió el sistema romano. Así, los herederos –artículos 951, 954 y 1097 CC– representan a la persona del difunto para sucederle en todos sus derechos y obligaciones transmisibles o en una cuota de los mismos. Dicho esto, desde la perspectiva del presente artículo, para los acreedores se puede decir que existe una regla en donde la persona que contrate con un sujeto también lo hace con sus herederos, ya que en caso de fallecimiento de su deudor, ellos serán quienes en su calidad de continuadores de la personalidad del causante están obligados al pago de las deudas.

1. *Las reglas sucesorias sobre el pago de las deudas hereditarias*

La regulación del pago de las deudas hereditarias se aborda entre los artículos 1354 y 1377 CC. Sin embargo, la regla esencial es el artículo 959 N° 2 CC relativo a las bajas generales de la herencia, ya que para poder determinar el acervo líquido o partible, previamente es necesario pagar las deudas hereditarias que el causante tenía en vida, por ello “antes es pagar que heredar”⁴.

No obstante, en la práctica es posible que estas deudas no se hayan pagado al momento de repartir, total o parcialmente, los bienes entre los herederos. Esto puede deberse a que no se haya tenido noticia de ellas, o porque los bienes de la herencia no hayan sido suficientes para cubrirlas o simplemente porque los herederos hayan procedido a repartirse o disponer de los bienes sin proceder al previo pago o sin asegurarlo; surgiendo en esos últimos casos su responsabilidad. De igual forma, si los herederos tras el fallecimiento del causante/deudor permanecen en indivisión, sin asumir el pago, los acreedores van a poder exigirles el pago, según se explicará seguidamente.

³ ELORRIAGA, 2015, pp. 7-8.

⁴ CARMONA, 2018, p. 696; ROCA, 2005, p. 7.

a) La división del pago de las deudas hereditarias y sus excepciones

Tras el fallecimiento, las deudas del causante se dividen de pleno derecho entre los herederos a prorrata de lo que les corresponda en la herencia (incisos 1 y 2 del artículo 1354 CC). Como resultado de esta división: a) La obligación entre los herederos pasa a ser simplemente conjunta, pues el acreedor solo podrá demandar a cada uno de los herederos por su cuota o parte dentro de la obligación (arts. 1511 y 1526 CC); b) La insolvencia de uno de los herederos no grava a los otros (arts. 1355 y 1287 N° 2 CC); c) Si la obligación era solidaria, esta termina con la muerte del causante (art. 1523 CC); d) Se produce la confusión parcial de las deudas y de los créditos del causante con los del heredero (art. 1357 CC); e) La interrupción de la prescripción que obra en perjuicio de uno de los herederos no perjudica a los otros (art. 2519 CC); f) Por regla general, se produce la división de la pena que se hubiera estipulado (art. 1540 CC) y g) si uno de los coherederos paga la totalidad de la deuda hereditaria o una porción superior a la parte de la deuda que le corresponde, tiene derecho a dirigir una acción contra el resto de los herederos para recuperar todo lo que haya pagado en exceso⁵.

Por todo ello, la regla de la división de las deudas evidencia que en la ponderación de intereses entre herederos y acreedores del causante, por cuestiones de política legislativa, se ha optado por evitar los conflictos al interior de la herencia y derivar a los acreedores los costos de esta división y los riesgos del impago por insolvencia de los herederos.

b) El momento y la forma de pago de los acreedores hereditarios

Respecto del momento en que se pagan a los acreedores hereditarios no se establece ningún tipo de procedimiento en el Código Civil. Si los acreedores no adoptan alguna de las medidas precautorias previstas, nada impedirá que un heredero que acepte pura y simplemente venda todos los bienes hasta quedar en la insolvencia o incluso que los acreedores de ese heredero actúen antes que los acreedores del causante sobre los bienes heredados para el pago de sus deudas o que acreedores más “avezados” cobren sus créditos antes que otros acreedores del causante con mejor derecho.

Sobre la forma de pago, la única regla sucesoria es el artículo 1374 CC, donde los acreedores del causante se van pagando a medida que se vayan presentando a los herederos. Dicha regla solo se ve alterada en dos ocasiones. La primera es el principal objeto de estudio de este artículo, ya que se establece que en aquellos casos en los que la herencia esté en situación de insolvencia, podrá declararse el “concurso” a petición de los herederos o de cualquier acreedor y, en ese caso, los acreedores del causante se pagarán conforme con las reglas especiales previstas al respecto.

El segundo caso en el que la regla de la presentación se ve matizada, es en los casos de oposición, cuando otros acreedores aleguen mejor derecho o que el crédito no existe,

⁵ El Código Civil contempla excepciones a esta regla de divisibilidad (arts. 1354; 1526; 1368 y 1372 CC) (ELORRIAGA, 2015, pp. 673-674).

o que ya está pagado. Si bien esta regla es lógica, en la práctica ante la ausencia de un procedimiento que regule efectivamente la forma de realizar dichos pagos, difícilmente los acreedores hereditarios van a tener una instancia idónea y oportuna para alegar dicha oposición.

2. *La tutela sucesoria del acreedor*

En el ámbito sucesorio se prevén medidas destinadas a proteger a los acreedores hereditarios de los efectos perversos que la divisibilidad del crédito puede traer consigo y a garantizar el cobro con bienes del causante, pero no se establecen medidas específicas para las situaciones de insolvencia del fallecido, más allá de la remisión del artículo 1374 CC a las reglas concursales. Respecto de las primeras medidas citadas, las que más interesan a este estudio son: el beneficio de separación, la formación de la hijuela pagadora de deudas y la herencia yacente. Consideramos que estas medidas parten de la solvencia de la herencia, ya que ninguna de ellas sirve para solucionar el problema de la insolvencia del deudor fallecido, pues lo que pretenden es, respectivamente, mitigar los perjuicios que la regla sucesoria de la divisibilidad de los créditos puede irrogar a los acreedores; o los problemas y perjuicios derivados de la confusión de los patrimonios del heredero y del causante; o los perjuicios por la ausencia de aceptación por parte de los herederos y las dificultades para materializar el cobro en esos casos.

a) El beneficio de separación

Se trata de una medida en beneficio de los acreedores hereditarios y testamentarios que procura que los bienes heredados se destinen de forma preferente al pago de sus créditos, evitando que se confundan con los bienes propios de los herederos (art. 1378 CC)⁶. La legitimación activa corresponde tanto a los acreedores cuyos créditos sean actualmente exigibles como a plazo o condición (art. 1379 CC); eso sí, dicho beneficio no puede ser solicitado por los acreedores del heredero (art. 1381 CC).

Para los herederos el efecto es que no impide que se hagan dueños de lo heredado, conservando su administración y disposición; eso sí con la limitación objetiva del artículo 1384 CC que permite a los acreedores separatistas impugnar todos los actos de enajenación de bienes efectuados por los herederos en los seis meses siguientes a la apertura de la sucesión, en la medida que estas enajenaciones no hayan tenido como objeto el pago de créditos hereditarios o testamentarios. Pasados los seis meses la mayoría de la

⁶ Cuando los herederos aceptan la herencia con beneficio de inventario (art. 1247 CC), según la doctrina mayoritaria en Chile, no se produce la separación de patrimonios, es decir, los patrimonios se confunden, por lo que los acreedores del causante podrían dirigirse tanto en contra de los bienes que heredó como en contra de los bienes propios que el heredero tenía antes de la muerte de aquel. La limitación de responsabilidad es respecto del valor de los bienes, pero no significa que solo pueda proceder en contra de los bienes que componen la sucesión. En este sentido CLARO, 2013, p. 102; DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, 2011, pp. 71-75 y SOMARRIVA, 2003, pp. 469-471. En contra ELORRIAGA, 2010, pp. 585-591.

doctrina estima que el acto solo podría ser impugnado conforme con las reglas generales de la acción pauliana⁷.

Respecto de los acreedores beneficiados, su principal efecto es la posibilidad del ejercicio de una acción que les concede la preferencia de pago respecto de los acreedores del heredero y de los hereditarios sin beneficio. La acción la dirigen contra los herederos para que sus créditos se paguen con preferencia a los acreedores personales del heredero. Si terminada la ejecución contra los bienes del difunto, quedan bienes, los acreedores personales del heredero y los testamentarios y hereditarios sin beneficio pueden cobrar en ellos sus créditos (art. 1382 N° 2 CC). Eso sí, no obtienen esta preferencia respecto de los bienes del heredero. Luego si los bienes del causante no son suficientes, podrán ir contra los bienes del heredero, pero en ese caso concurren con el resto de acreedores del heredero sin preferencia (art. 1383 CC) y opera la regla general de que el que “primero llega” cobra (art. 1374 CC).

Sin lugar a dudas, esta medida de tutela de los acreedores presume que el causante era solvente, pues su objetivo es proteger el patrimonio hereditario para garantizar que con sus bienes se paguen los créditos. Sin embargo, si el causante era insolvente al momento de su fallecimiento, de nada le va a servir esta medida al acreedor.

b) La hijuela pagadora de deudas

Con la formación de la hijuela pagadora de deudas lo que se pretende es asegurar el pago a los acreedores con el haber hereditario, por lo que, de nuevo, se parte de la solvencia del causante en el proceso de liquidación (artículos 1286, 1287 y 1336 CC). La formación de la hijuela es una forma de hacer efectiva la regla del artículo 959 N° 2 CC que consagra que las deudas hereditarias son una baja general de la herencia y que, como tal, deben pagarse antes de la partición y solo cuando esto no sea posible se reservan bienes para su pago por medio de la hijuela pagadora de deudas⁸.

Esta reserva de bienes implica que los herederos son comuneros respecto de los bienes que integran la hijuela y que deben destinarlos al pago de deudas, respondiendo de los perjuicios que se deriven por no hacerlo. Dichos perjuicios básicamente se refieren a la divisibilidad de las deudas y a la posible insolvencia de los herederos que impida a los acreedores cobrar la totalidad del crédito por la confusión de patrimonios. La formación de la hijuela es una medida que el legislador establece para moderar el efecto de la división a prorrata de las deudas y de la regla de que la cuota del heredero insolvente no grava los demás (art. 1355 CC)⁹. En este sentido Carmona destaca que en realidad la división de deudas tiene plenamente efectos nocivos para los acreedores solo en un caso,

⁷ Vid. los problemas interpretativos del artículo 1384 CC y 1380.2 CC sobre el ejercicio de la acción en DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, 2011, p. 89; SOMARRIVA, 2003, p. 655 y ELORRIAGA, 2015, p. 749.

⁸ CARMONA señala que en las Partidas quedaba claro que “antes es pagar que heredar”, lo que implica concebir el carácter residual de la herencia y la obligación de pagar las deudas con los bienes del causante antes de efectuar la partición (CARMONA, León, 2018, pp. 695-698).

⁹ ELORRIAGA, 2015, pp. 670-671.

debido a la obligación legal de la formación de este lote o hijuela pagadora de deuda. Así, cuando una deuda es considerada en la formación de la hijuela, el acreedor puede cobrar sobre dichos bienes, sin que en principio sufra perjuicios; si los herederos no hubieran considerado una deuda estando en su conocimiento la existencia de la misma, van a responder ante el acreedor por los perjuicios derivados de esta omisión, sin que aplique la regla del heredero insolvente (art. 1355 CC); pero si los herederos no estaban en conocimiento de la existencia de una deuda y con justa causa no la consideraron en la formación de la hijuela, este es el caso en el que no serán responsables de los perjuicios y la cuota del heredero insolvente no gravará al resto¹⁰. Por tanto existe una obligación personal por parte de los herederos de destinar preferentemente parte de los bienes de la herencia al pago de las deudas del causante (hijuela), porque de no hacerlo deberán responder de los perjuicios que cause esta omisión.

De nuevo, esta medida solo tiene sentido si el causante es solvente y a lo que va destinada primordialmente es a proteger al acreedor hereditario de un proceder indebido del heredero en el proceso de liquidación.

c) La herencia yacente

Para concluir estas medidas de tutela podemos destacar la posibilidad de declarar la herencia yacente cuando esta no ha sido aceptada por algún heredero dentro de los quince días siguientes a la apertura de la sucesión, siempre que no exista albacea con tenencia de bienes designado en testamento, o si lo hubiere, este no haya aceptado el cargo (art. 1240 CC).

El sentido de la declaración de herencia yacente es la protección de los acreedores hereditarios y testamentarios, ya que salvo en los casos del artículo 1232 CC, los herederos no tienen plazo para aceptar o repudiar y, por ello, pueden tomarse todo el tiempo que estimen oportuno para aceptar o repudiar. El exceso de tiempo en pronunciarse puede perjudicar los intereses de los acreedores. Así se les confiere a estos acreedores hereditarios la facultad de pedir la declaración de herencia yacente por resolución judicial y que se nombre un curador de bienes con facultades administrativas, destinadas a custodiar y conservar el patrimonio del causante y a realizar las gestiones que sean necesarias para efectuar el cobro de los créditos y el pago de las deudas conforme a las reglas sucesorias anteriores (arts. 487, 488 y 489 CC).

Por tanto, de nuevo, esta medida no prevé reglas específicas en el caso de que el patrimonio sea insuficiente para el cobro de los créditos, sino que protege a los acreedores de la excesiva dilación de los herederos en aceptar la herencia, nombrando un curador de los bienes que existan; curador que va a actuar conforme con las reglas generales que como hemos sostenido presumen la solvencia del fallecido.

Luego como conclusión podemos afirmar que las medidas de protección del pago de las deudas hereditarias establecidas en el Código Civil, parten todas de la solvencia

¹⁰ CARMONA, 2018, pp. 709-710.

del patrimonio del fallecido y se conciben como una protección de ese patrimonio; son medidas de contrapeso a las reglas sucesorias de: a) divisibilidad de las deudas; b) de presunción de aceptación pura y simple que implica la confusión de patrimonios y c) de la regla de que la cuota del heredero insolvente no grava los demás herederos.

3. *La extinción de la responsabilidad del heredero*

Vistas las reglas sucesorias respecto del pago de las deudas hereditarias y las medidas preventivas que para asegurar el cumplimiento, podemos finalizar este análisis determinando cuándo se extingue la responsabilidad de los herederos por el pago de las deudas.

Respecto de los herederos que no aceptan a beneficio de inventario esta responsabilidad por el pago perdurará mientras este sea exigible, ya que al operar la subrogación personal en el crédito del causante, el heredero no beneficiario responderá de su pago no solo con el patrimonio heredado sino con sus propios bienes presentes y futuros (arts. 951, 1097 y 1437 CC). Sin embargo, si los herederos aceptan a beneficio de inventario (lo que sería lógico que sucediera en la práctica si la herencia estuviera en situación de insolvencia), existen dos casuales —contempladas en los artículos 1261 y 1262 CC, respectivamente— que determinan la extinción de la responsabilidad por el pago de deudas que son: el abandono de los bienes y el agotamiento de los bienes.

Respecto del abandono de bienes a los acreedores, el artículo 1261 CC determina que el heredero podrá en todo tiempo exonerarse de sus obligaciones abandonando a los acreedores los bienes de la sucesión que deba entregar en la especie y el saldo restante, obteniendo de ellos o del juez la aprobación de la cuenta de su administración. Este abandono debe comprender todos los bienes heredados y hacerse en favor de todos los acreedores hereditarios y legatarios.

La otra causa de extinción es el agotamiento de los bienes hereditarios para el pago de las deudas, donde agotados los bienes hereditarios en la satisfacción de los créditos hereditarios y testamentarios y, rendida que sea la cuenta de administración por el heredero beneficiario, la responsabilidad de este queda agotada (arts. 1262 y 1263 CC). Esto le permite al heredero beneficiario la excepción perentoria señalada en el artículo 1263 CC, siempre que otros acreedores hereditarios o testamentarios pretendan cobrar créditos que vayan más allá del valor heredado. Para este efecto deberá acreditar que los bienes han sido consumidos en estas operaciones presentando una cuenta exacta y en lo posible documentada de todas las inversiones que con este propósito haya efectuado. Eso sí, extinguida la responsabilidad del heredero beneficiario por cualquiera de las causas anteriores, los acreedores hereditarios y testamentarios están legitimados para interponer tercerías de dominio para perseguir los bienes del causante (art. 520 Nº 4 CPC)¹¹.

De nuevo estas reglas presuponen que el causante tiene bienes suficientes para responder del pago de sus deudas, pero que los acreedores hereditarios deben cobrar sus deudas sin exceder el límite de responsabilidad del heredero beneficiario.

¹¹ DOMÍNGUEZ y DOMÍNGUEZ, 2011, p. 78.

III. EL DERECHO CONCURSAL COMO LA RESPUESTA IDÓNEA AL PROBLEMA DE LA HERENCIA INSOLVENTE

El derecho sucesorio carece de las reglas para satisfacer adecuadamente los intereses de los acreedores hereditarios en caso de ser insuficiente la herencia. Conforme con las reglas sucesorias antes examinadas, en caso de insolvencia de la herencia, los acreedores hereditarios deben ser pagados a medida que sean exigibles sus créditos, de modo que los primeros acreedores en cobrar podrán obtener el pago de su crédito, no así quienes lo hagan una vez agotados los recursos de la herencia (*prior in tempore, potior in iure*). La solución es manifiestamente insatisfactoria. La irracionalidad de la “solución” sucesoria al problema de la herencia insolvente surge a consecuencia de dejar esta de ser solo una cuestión de continuación de las relaciones jurídicas del causante, para transformarse principalmente en un conflicto entre acreedores (del causante). En este supuesto, el derecho concursal aparece como una mejor respuesta, según se explicará seguidamente.

Las ventajas de la solución concursal para los acreedores (hereditarios) frente a un patrimonio insolvente son bien conocidas. Desde una perspectiva económica, las dificultades entre los acreedores de un deudor insolvente suelen explicarse aludiendo al “dilema del prisionero” y a “la tragedia de los comunes”. Siguiendo el ya clásico trabajo de Jackson¹², supóngase que A1 y A2 han prestado 1.000.000 a D, un modesto productor de hielo en cubos, para lo que cuenta con una máquina para producir cubos de hielo y empaquetarlos, un congelador industrial y una camioneta de reparto. Ambos acreedores saben del mal estado de los negocios de D, pero A1 demanda primero judicialmente el pago de su crédito (a un costo de 20.000) y lo obtiene en su totalidad, dejando solo 200.000 disponible para A2.

En este caso, la conducta de A1 es racional desde un punto de vista individual (logró pagarse), sin embargo, para el conjunto de acreedores, esta solución no es satisfactoria. Como lo muestra la teoría del dilema del prisionero, la conducta individual puede llevar a resultados subóptimos. En nuestro caso, si A1 y A2 actuaran coordinadamente, ambos acreedores podrían obtener 600.000 y ahorrarse el costo de litigar individualmente y de monitorear el comportamiento del otro acreedor, con el fin de asegurarse de ser el primero en demandar.

Adicionalmente, la ejecución de algunos bienes por parte de A1 para obtener el pago de su crédito (por ejemplo, el congelador industrial) puede afectar el valor de los activos de D. En efecto, considerados individualmente los activos necesarios para producir hielo tienen un valor inferior a todos ellos operando conjuntamente (*going concern value*). Desde un punto de vista económico, la ejecución individual de A1 es una conducta racional al permitirle obtener el pago íntegro de su crédito. Sin embargo, nuevamente, esa conducta es subóptima desde una perspectiva colectiva, pues genera una externalidad negativa (en nuestro caso, la pérdida del valor en marcha), cuyo costo debe soportar A2 (tragedia de los comunes).

¹² Seguimos en esta sección a JACKSON, 1982, pp. 860-868; *ibidem*, 1986, pp. 8-17.

Por último, A1 debe soportar enteramente el costo de 20.000 de llevar adelante una ejecución individual. Si los costos de la ejecución colectiva ascienden a 30.000 y A1 y A2 decidieran sustituir el ejercicio de sus acciones individuales por un procedimiento colectivo, ahorrarían 10.000, obteniendo, en conjunto, un mejor resultado.

Como se aprecia, la opción por un procedimiento de ejecución colectiva (y no individual) genera importantes ventajas para los acreedores, de modo que es posible afirmar que habrían llegado a un acuerdo como ese si A1 y A2 hubieran tenido la posibilidad de negociar *ex ante* saber de la insolvencia de D (*creditor's bargain*)¹³. Sin embargo, es improbable que los acreedores voluntariamente lleguen a un acuerdo de esa naturaleza por el significativo riesgo de comportamiento estratégico de algún acreedor. Así, de no existir un acuerdo entre todos ellos o una regulación para explotar el patrimonio del deudor de un modo eficiente, este desaparecerá sin obtener los acreedores el máximo pago proporcional de sus créditos. El derecho concursal ofrece un mecanismo de coordinación compulsivo de los acreedores mediante un único procedimiento colectivo, generando las condiciones para alcanzar una solución global capaz de maximizar las posibilidades de pago de cada uno de ellos¹⁴. El Derecho concursal es la tecnología jurídica actualmente disponible más apta para enfrentar la insolvencia de un patrimonio. Precisamente por esa razón, si un deudor insolvente está vivo, él o sus acreedores pueden iniciar un procedimiento concursal, aprovechando las ventajas del mismo respecto del derecho común. No se advierten razones de fondo para llegar a una conclusión distinta si esa insolvencia es conocida con posterioridad a la muerte del deudor¹⁵.

IV. LA VIGENCIA DEL CONCURSO *POST MORTEM*

1. *La herencia insolvente en nuestro ordenamiento concursal*

a) El régimen previo a la LRLEP

La regulación *expresa* del concurso *post mortem* fue una constante en nuestro ordenamiento mercantil, al menos, desde la entrada en vigencia de nuestro Código de Comercio inspirado en la ley concursal francesa de 1838¹⁶. Este texto sirvió de antecedente al recogido en la Ley 4558, idéntico al contenido más tarde en la Ley 18.175, publicada en el Diario Oficial de 28 de octubre de 1982, sobre Quiebras, que a su turno fue la

¹³ JACKSON, 1982, p. 860. Para una visión crítica del modelo de *creditor's bargain*, entre muchos, FINCH, 1997, pp. 236-250.

¹⁴ JACKSON, 1982, p. 867.

¹⁵ Por todas esas razones el concurso *post mortem* es la tendencia en el Derecho comparado (entre otros, *Code de Commerce* francés (arts. L631-3; L640-3; L526-15), Ley 22/2003, de 9 de julio española (arts. 1,3 y 182); Ley 24522/1995 de Concursos argentina y Ley 18387/2008 de Declaración del concurso y reorganización empresarial uruguaya).

¹⁶ LEÓN, 1950, p. 11.

fuente del artículo 50 del Libro IV del Código de Comercio, vigente hasta la dictación de la LRLEP en los términos siguientes:

La sucesión del deudor podrá ser declarada en quiebra a petición de los herederos o de cualquier acreedor, siempre que la causa que la determine se hubiere producido antes de la muerte del deudor y que la solicitud se presente dentro del año siguiente al fallecimiento. La declaración de quiebra producirá de derecho el beneficio de separación a favor de los acreedores del difunto (...) Las disposiciones de la quiebra se aplicarán solo al patrimonio del causante.

Quizás la diferencia más notable, a los efectos de esta investigación, entre la regla original de nuestro Código de Comercio y el texto vigente hasta el 2014 consiste en la ampliación del ámbito de aplicación subjetivo del concurso *post mortem* desde un comerciante a toda persona natural, a partir, al menos, de la Ley 4558¹⁷. Durante este largo período, la doctrina mayoritaria se muestra favorable a la existencia de la figura en estudio y ofrece distintas explicaciones acerca de su naturaleza¹⁸. En cambio, otros autores la critican por no existir un sujeto pasivo del procedimiento concursal¹⁹. Sin embargo, existe unanimidad en que el concurso *post mortem* comprende exclusivamente los bienes del causante (no los de los herederos), con independencia de existir o no aceptación de la herencia por parte de uno o más de los herederos, según expresamente señalan los textos legales antes transcritos²⁰.

Las notas elementales del régimen del concurso de la herencia en el período anterior a la LRLEP pueden resumirse de la forma siguiente: el concurso podía iniciarse, tanto respecto de un comerciante como un deudor civil, a petición de un heredero o de un acreedor, conforme con las causales, respectivamente, del concurso voluntario o involuntario²¹. Estas debían haberse producido antes de la muerte del deudor²². También

¹⁷ PALMA, 1940, p. 25; LEÓN, 1950, p. 12. Aunque esa extensión subjetiva ya tuvo vigencia (efímera) en nuestro ordenamiento conforme con Decreto Ley de 8 de febrero de 1837, que regulaba el concurso de acreedores sin distinguir entre comerciantes y no comerciantes (PUGA, 2004, p. 227; GOLDENBERG, 2018, Secc. IV).

¹⁸ PALMA, 1940, p. 26, si bien sostiene ser “una quiebra sin fallido”, no es contrario al instituto (sigue este planteamiento, SANDOVAL, 2007, p. 118); LEÓN, 1950, p. 11, quien la califica de ficción; PUELMA, 1983, p. 27, sostiene es una “situación especialísima”; PUGA, 2004, p. 226, entiende que se trata de “una quiebra contra la universalidad jurídica contenida en el patrimonio de los herederos”.

¹⁹ VARELA sostiene que la “quiebra póstuma va contra todos los principios jurídicos, pues, en efecto, en todo juicio es necesario que exista un sujeto pasivo de la acción, y en el caso en análisis el sujeto pasivo no es el difunto, tampoco los herederos, ya que se trata de la quiebra de la sucesión y por otra parte esta no es persona jurídica. // Se trata de una institución admitida por razones de orden práctico” (VARELA, 1962, p. 11). En igual sentido, GÓMEZ y EYZAGUIRRE, 2011, pp. 77-78.

²⁰ LEÓN, 1950, p. 8; PUELMA, 1983, p. 27; PUGA, 2004, p. 227; SANDOVAL, 2007, p. 120.

²¹ LEÓN, 1950, p. 17 agrega al síndico como legitimado activo respecto de la causal de fuga.

²² PALMA, 1940, p. 25; LEÓN, 1950, pp. 12; 16 y 17, quien informa que se eliminó del proyecto del Poder Ejecutivo la producción de la causal después del fallecimiento del causante (LEÓN, 1950, pp. 20 y 21); GÓMEZ y EYZAGUIRRE, 2011, p. 77; SANDOVAL, 2007, 119. En contra, PUGA, 2004, p. 228. La jurisprudencia no fue uniforme (LEÓN, 1950, p. 21).

mayoritariamente se estimaba que la solicitud de quiebra debía presentarse (no declararse la quiebra) dentro del año siguiente al fallecimiento del deudor²³. Finalmente, el concurso *post mortem* solo producía efectos patrimoniales. En concordancia con esta idea, León sostiene que no es posible calificar penalmente el concurso *post mortem* debido a que la calidad de comerciante no se transmite a los herederos, lo que no impide seguir adelante las acciones contra quienes sean cómplices o encubridores²⁴.

b) El silencio de la LRLEP sobre el concurso *post mortem*

La LRLEP omite mencionar el concurso *post mortem*. Ni en el Mensaje contenido en el proyecto de ley, ni durante su tramitación legislativa se hace referencia alguna a esta figura, no obstante tratarse de una regla concursal de antigua tradición en nuestro ordenamiento concursal, según ya ha quedado dicho²⁵. Precisamente por lo anterior, Corral ha calificado esta situación como una decisión “irreflexiva”²⁶. Ante este escenario, desde la entrada en vigencia de la LRLEP, la doctrina afirma unánimemente la imposibilidad de iniciar, tras la muerte de un deudor, un procedimiento concursal de liquidación respecto de una sucesión insolvente²⁷. El raciocinio para arribar a esa conclusión es el siguiente: i) el régimen concursal previo establecía expresamente el concurso *post mortem*; ii) la LRLEP omite el concurso *post mortem* y circunscribe el ámbito de aplicación de los procedimientos concursales a personas jurídicas de Derecho privado y a personas naturales; iii) la herencia no es una persona; y iv) la LRLEP no permite el concurso *post mortem*²⁸.

Como corolario de lo anterior, si el patrimonio hereditario es insolvente, los acreedores solo podrán iniciar un procedimiento concursal de liquidación si un heredero ha aceptado la herencia pura y simplemente y a su respecto concurre alguna de las causas legales para iniciar un procedimiento concursal de liquidación²⁹. Además, si el procedimiento concursal de liquidación se ha iniciado en vida del deudor y este fallece durante la secuela del mismo (concurso *ante mortem*), la doctrina sostiene que el procedimiento concursal debe continuar contra los herederos³⁰.

Como ya ha quedado indicado, no existen antecedentes en el proceso de formación de la LRLEP para explicar la ausencia de regulación del concurso *post mortem*. Sin embargo, la doctrina ha propuesto algunas. Puga justifica la omisión del concurso *post*

²³ PALMA, 1940, p. 26; LEÓN, 1950, p. 18; PUELMA, 1983, p. 27; SANDOVAL, 2007, p. 119; GÓMEZ y EYZAGUIRRE, 2011, p. 78. En contra, PUGA, 2004, p. 228.

²⁴ PALMA, 1940, p. 26; LEÓN, 1950, pp. 28, 31 y 32.

²⁵ BCN, s.f., *passim*.

²⁶ CORRAL, 2014, p. 1.

²⁷ PUGA, 2014, p. 214; CORRAL, 2014, p. 1; SANDOVAL, 2016, p. 146; RUZ, 2017, p. 754; JEQUIER, 2019, p. 181.

²⁸ Por todos, CORRAL, 2015, pp. 17-18.

²⁹ CORRAL, 2015, p. 18.

³⁰ CORRAL, 2015, p. 18; RUZ, 2017, pp. 754-755.

mortem al tratarse de una figura en desuso³¹. Sin embargo, los datos recolectados refutan esta afirmación: se trata de un supuesto de ocurrencia esporádica, pero no inexistente³². No obstante, la utilidad de una regla no debe medirse por la frecuencia de su uso; basta un caso para justificar la vigencia de la misma³³.

Tampoco es convincente justificar la omisión del concurso *post mortem* debido a la inexistencia de un sujeto pasivo. Conviene recordar que esta antigua crítica –formulada por la doctrina francesa tras la entrada en vigencia del Code de Commerce de 1807, a propósito del reconocimiento jurisprudencial de la figura y más tarde recogida por parte de la doctrina nacional– se vinculaba al carácter delictual de la bancarota: si la muerte del deudor extinguía la responsabilidad penal del concursado, carecía de sentido permitir un procedimiento concursal *post mortem*³⁴. Este predicamento no puede prosperar en la actualidad, al ser una de las ideas matrices de la LRLEP la despenalización y la superación del carácter infamante del concurso³⁵. La función actual del derecho concursal es, principalmente, satisfacer de la mejor forma el interés de todos los acreedores³⁶. Y es precisamente en atención del interés de los acreedores hereditarios que el concurso *post mortem* prescinde del elemento personal –como lo venía sosteniendo la doctrina mayoritariamente³⁷– y se centra en la existencia de un patrimonio insolvente, en concordancia con la textura abierta del sujeto pasivo del procedimiento concursal³⁸.

Por su parte, Ruz hace presente que, desde un punto de vista procedimental, carece la figura de utilidad práctica ante la necesidad de notificar a todos los herederos³⁹. Ciertamente los gastos asociados al ejercicio de un derecho pueden inhibir al titular de ejecutarlo, pero ello no es *per se* un argumento para eliminar ese derecho. Por lo demás,

³¹ PUGA, 2014, p. 214.

³² No obstante, la escasísima jurisprudencia y la ausencia de datos oficiales, hemos encontrado varios casos de concurso *post mortem*: Sucesión Julio Rigaud; Sucesión Orlando Concha Cerda (citados por LEÓN, 1950, p. 21); Sucesión de Ricardo Dallaserza Zadra; Sucesión Alberto Germany Germany (citados por ORTEGA, 2012, pp. 712 y 810) y Sucesión Carlos Recabarren Beysan (SIR, 2014, p. 1). La escasez de concursos *post mortem* contrasta con otros países donde es posible acceder a fuentes oficiales. Así, en España, se informa de la existencia de 21 concursos *post mortem* vigentes al 15 de julio de 2017 (CUQUERELLA I MIRALLES, 2018, p. 21).

³³ Hart que afirma que no hay una necesaria conexión entre la validez de una regla particular y su eficacia, salvo que se incluya expresamente la regla del desuso en el sistema (HART, 1963, pp. 77-82 y 129). Kelsen destaca que solo en los ordenamientos donde las costumbre en general sea un hecho productor de derecho, el derecho escrito podría llegar a ser derogado por un derecho consuetudinario (pérdida de eficacia/validez por *desuetudo*) (KELSEN, 2000, p. 224).

³⁴ GADRAT, 1841, p. 30.

³⁵ BCN, s.f., pp. 9; 10 y 208.

³⁶ Aunque no el único fin (CABALLERO, 2018, p. 147).

³⁷ PALMA, 1940, p. 26; SANDOVAL, 2007, p. 118; LEÓN, 1950, p. 11; PUGA, 2004, p. 226; PUELMA, 1983, p. 27.

³⁸ Se ha sostenido que la determinación del sujeto pasivo bajo la LRLEP es una controversia abierta, como, por ejemplo, respecto de los Fondos de Inversión Privada, carentes de personalidad jurídica (CONTADOR y PALACIOS, 2015, p. 16).

³⁹ RUZ, 2017, p. 760,

se trata de un problema común a todos los casos de pluralidad de obligados (por ejemplo, una comunidad), sin que hasta ahora se haya propuesto la eliminación de las mismas.

2. *La vigencia del concurso post mortem*

El concurso *post mortem* pone en contacto dos sistemas de normas: el derecho sucesorio y el derecho concursal. Desde la entrada en vigencia de la LRLEP, se ha tratado la procedencia del concurso *post mortem* desde una perspectiva exclusivamente concursal, dejando en un segundo plano la faz sucesoria. Se ha atendido principalmente a las reglas determinantes del ámbito de aplicación de la LRLEP con el fin de responder (negativamente) a la cuestión de si nuestro ordenamiento contempla el concurso *post mortem*. En nuestra opinión, esa aproximación no es correcta, pues desatiende el reenvío a las reglas concursales previsto en el artículo 1374 CC para el caso de una herencia insolvente.

Frente a este planteamiento, podría rebatirse que nos encontramos ante un caso de derogación tácita del artículo 1374 CC. En nuestra opinión, el antagonismo normativo necesario para que dicha derogación se produzca no existe⁴⁰. La aplicación de las reglas concursales al supuesto de hecho complementario establecido en el Código Civil es coincidente con el fin perseguido por la LRLEP de crear un régimen concursal especialmente adecuado para las personas naturales⁴¹. Adicionalmente, ya ha quedado demostrado que las reglas sucesorias suponen la suficiencia de bienes del causante para responder del pago de sus deudas y, por consiguiente, el reenvío que el artículo 1374 CC realiza al régimen concursal no puede ser suprimido sin afectar la coherencia interna de nuestro ordenamiento de derecho privado patrimonial (*supra* 1.2.).

La “omisión irreflexiva” de los legisladores de la LRLEP no constituye un silencio elocuente normativo capaz de derogar o modificar el sentido del artículo 1374 CC, sino una manifestación de la idea de eliminar del texto concursal la repetición de ciertas normas del derecho común, como lo demuestra la desaparición simultánea tanto de la regla del artículo 50 sobre el concurso *post mortem*, como de las reglas sobre el concurso de la mujer casada en sociedad conyugal o del menor adulto y otros incapaces (artículos 48 y 49 del Libro IV del Código de Comercio)⁴².

Por nuestra parte consideramos que el artículo 1374 CC está vigente y que hoy es posible declarar un concurso *post mortem*. El régimen del concurso *post mortem* tiene como fuente inicial el derecho sucesorio y como destino las reglas de la LRLEP. El referido punto de partida viene dado por el artículo 1374 CC, que, en su primer segmento, reenvía a las reglas de derecho concursal en caso de existir “concurso de acreedores”. Conviene insistir en que esta no es una norma sucesoria aislada, sino parte de un conjunto de reglas previstas en el Código Civil para el caso de una herencia insolvente, como se desprende de la calificación como créditos de primera clase de las expensas funerales necesarias del

⁴⁰ BASCUÑÁN, 2000, p. 236.

⁴¹ BCN, s.f., pp. 7 y 10.

⁴² PUGA, 2014, p. 233.

deudor difunto y de los gastos de enfermedad del deudor, todas estas adquieren pleno sentido precisamente en el supuesto de una herencia insolvente (arts. 2472 N° 1 y 2 y 2487 CC y 4° Ley 16.271).

Teniendo en consideración que la LRLEP es el punto de llegada (y no la fuente), carece de sentido resolver la procedencia del concurso *post mortem* siguiendo una interpretación literal de los preceptos concursales sobre la noción de “deudor” de la LRLEP. El concurso *post mortem* constituye un supuesto de hecho adicional al que se extiende la aplicación de la LRLEP por mandato –vale la pena insistir– del Código Civil.

A esta interpretación sistemática de las reglas civiles y concursales vigentes –ya suficiente para dar cabida entre nosotros al concurso *post mortem*– puede sumarse un argumento histórico: la coincidencia del régimen actual con aquel contemporáneo a la dictación de nuestro Código Civil en cuanto a que, en ambos casos, la fuente del concurso *post mortem* es el Código Civil y no la ley concursal. Para ello es menester recordar que a la época de entrada en vigor del Código Civil regía el Decreto Ley de 8 de febrero de 1837, que establecía que, compareciendo más de dos acreedores opositores, con títulos distintos, alegando prelación, “el juez por el mismo auto en que ordene la citación prevenida en el artículo 72, o por otro posterior, decretará llanamente que se forme concurso a los bienes del deudor” (art. 82)⁴³. De modo que cuando Bello alude al “concurso de acreedores” tiene en mente el concurso regulado en el referido Decreto Ley, aplicable tanto a deudores civiles como comerciantes. Así, nuestro Código Civil fue y es la fuente del concurso *post mortem* en nuestro ordenamiento.

Por todo lo anterior, no concordamos con la interpretación ofrecida por la doctrina mayoritaria en el sentido de que la LRLEP ha limitado “ahora” el ámbito de aplicación del artículo 1374 CC, circunscribiéndolo solamente al concurso *ante mortem*⁴⁴. Desde el punto de vista de los acreedores, antes y después de la muerte del deudor, el problema es el mismo: la insolvencia. El reenvío (expreso) a las reglas concursales en caso de una herencia insolvente establecido en el Código Civil es enteramente coherente con el diseño del régimen sucesorio bajo el supuesto (implícito) de un patrimonio solvente. Restringir “ahora” el ámbito de aplicación del artículo 1374 (2472 N° 1 y 2 y 2487) CC solo al concurso *ante mortem* incurre en una petición de principio, pues da por resuelto el problema sustancial: ¿Basta el silencio de la LRLEP para eliminar el concurso *post mortem*?

En nuestra opinión, la respuesta es, como ya indicamos, negativa. A los argumentos antes ofrecidos, ahora podemos agregar que para arribar a esa conclusión basta dar a las reglas sucesorias el mismo trato dispensado por la referida doctrina a las reglas civiles y

⁴³ Podría objetarse a lo expuesto la imposibilidad de concurrencia del supuesto de hecho (dos acreedores opositores, con títulos distintos, alegando prelación) tras la muerte del causante al operar la subrogación personal de éste en los herederos. A ello puede rebatirse, dada las limitaciones editoriales, atendiendo al caso más simple: tratándose de una herencia yacente el referido supuesto de hecho puede concurrir, pues en ese caso las ejecuciones se seguirán en contra del curador de bienes, según afirma la doctrina (SANTA CRUZ, 1913, pp. 122-127) y la jurisprudencia (Corte Suprema, 3.4.2000, rol 4237-1999).

⁴⁴ CORRAL, 2015, p. 18; RUZ, 2017, p. 755; JEQUIER, 2019, p. 181. Manifiesta sus dudas ELORRIAGA, 2015, pp. 685-686.

procesales. Quienes afirman la sola vigencia del concurso *ante mortem* buscan su fuente fuera de la LRLEP (arts. 1377 CC y 5 CPC.). La misma operación se debe realizar respecto del concurso *post mortem*: su fuente también está fuera de la legislación concursal, en el Código Civil, cuya vigencia y alcance no son alterados por el silencio de la LRLEP. Por el contrario, vincular la posibilidad de aplicación del régimen concursal al hecho de haberse este iniciado o no en vida del deudor, implica un imperio de la sucesión procesal por sobre criterios sustantivos. Si el derecho a iniciar un procedimiento concursal se extingue por la muerte del deudor según la nueva ley concursal, debería proceder dicha extinción con independencia de si se inició o no el concurso en vida del deudor.

3. Descripción elemental del régimen actual del concurso *post mortem*

Comprobada la admisibilidad del concurso *post mortem* en el estado actual de nuestro ordenamiento es conveniente describir las notas elementales del régimen vigente, distinguiendo las de aplicación general (1), de aquellas propias del concurso, según se trate de una herencia aceptada (2) o yacente (3).

1) Normas comunes

El concurso de una herencia yacente procede respecto de una persona natural, con independencia de su calificación como empresa deudora o como persona deudora, aunque ello tendrá relevancia con el fin de determinar el procedimiento concursal aplicable. No existe un plazo especial para la presentación de la solicitud de inicio de un concurso *post mortem*, como sucede sin dificultad en otros ordenamientos⁴⁵. Los bienes objeto de concurso *post mortem* presentan ciertas particularidades. De acuerdo con las reglas generales deben excluirse del procedimiento concursal de liquidación los bienes no afectos al concurso; esto es, los bienes inembargables (arts. 1618 CC y 445 CPC) y los beneficios líquidos de aquellos adquiridos a títulos onerosos con posterioridad a la dictación de la resolución de liquidación (art. 133 LRLEP). En cambio, en el caso del concurso *post mortem* la noción de bien inembargable debe ser interpretada restrictivamente en atención al hecho de la muerte del deudor y, por consiguiente, la carencia de sentido de excluir los bienes vinculados a su profesión.

Finalmente, el concurso *post mortem* solo producirá efectos patrimoniales (pues, por ejemplo, carece de sentido inhabilitar al deudor fallecido para ciertos cargos). Asimismo, si bien la responsabilidad penal del deudor derivada de la comisión de un delito concursal se extingue con la muerte, ello no impide perseguir la responsabilidad penal contra quienes hayan participado en la comisión de los mismos (arts. 93 N° 1, 463 quater y 464 ter CP).

⁴⁵ Así en el ordenamiento español (CUQUERELLA I MIRALLES, 2018, pp. 96-97).

2) El concurso de la herencia aceptada

Los herederos pueden aceptar la herencia pura y simplemente o a beneficio de inventario (*supra* I.1.2), aunque esa distinción tiene un impacto reducido en el régimen del concurso *post mortem*.

i. Legitimación para solicitar el concurso

En todos los casos de aceptación de un heredero, este (aun cuando sean varios) está legitimado para solicitar el inicio de un procedimiento concursal en su calidad de continuador de la persona del deudor. Esta legitimación es coherente con la supresión de las prohibiciones de solicitar el concurso entre cónyuges y entre padres e hijos (art. 46 del Libro IV del Código de Comercio)⁴⁶. Este procedimiento concursal tiene naturaleza voluntaria y, por consiguiente, entre otros efectos, el heredero solicitante no debe acompañar a la demanda una boleta de garantía⁴⁷.

ii. Continuidad versus separación de patrimonios

Ruz sostiene la incompatibilidad entre la ficción de continuidad de la persona del causante en los herederos aceptantes de una herencia y la aplicación del concurso *post mortem*⁴⁸. En nuestra opinión, si el causante era insolvente, la continuidad de la persona del causante perdura, tanto si los herederos aceptan a beneficio de inventario, como si lo hacen pura y simplemente. La principal disonancia entre las reglas sucesorias y las concursales tiene que ver con la necesaria separación de patrimonios derivada de la resolución de liquidación, según se explicará en los apartados siguientes. No cabe duda de que si el heredero acepta pura y simplemente una herencia –conforme con las reglas sucesorias– se confunde su patrimonio con el hereditario y deberá responder con todos sus bienes (presentes y futuros) de las deudas propias, pero también de las que hubiera contraído el causante (art. 951 y 1097 CC). Si el heredero acepta pura y simplemente y la suma del patrimonio hereditario y propio no alcanza para cubrir sus deudas (propias y hereditarias), puede iniciarse en su contra un procedimiento concursal de liquidación, de acuerdo con la LRLEP⁴⁹.

Supongamos ahora que el patrimonio hereditario alcanzaba para pagar 90% de las deudas hereditarias, pero tras la aceptación de la herencia de forma pura y simple, el patrimonio total del heredero solo alcanza para pagar 40% de las deudas (propias y hereditarias). La cuestión relevante a este estudio es si en este caso es posible iniciar

⁴⁶ Aunque ya la doctrina entendía la legitimación de los herederos como una excepción a esta prohibición (LEÓN, 1950, p. 16).

⁴⁷ Ruz, 2017, p. 756, afirma que el derecho a solicitar el concurso es “trasmitido, en principio, *mortis causa*”.

⁴⁸ Ruz, 2017, p. 753.

⁴⁹ Ruz, 2017, p. 755.

simultáneamente un procedimiento concursal *post mortem*, con el fin de conservar la preeminencia de los acreedores hereditarios sobre los bienes del causante (*supra* II). En nuestra opinión, la respuesta es favorable, teniendo lugar dos procedimientos concursales, uno respecto de la herencia y otro respecto del heredero⁵⁰. En este caso, la declaración de concurso *post mortem* implica volver a separar el patrimonio hereditario del patrimonio propio del heredero. Esto se debe a que la remisión del Código Civil a las reglas especiales del concurso para determinar el acervo líquido o partible significa que la regla concursal por su especialidad es la que determina la manera de hacer frente al pago de deudas en situaciones de insolvencia, tutelando la preeminencia de los acreedores hereditarios respecto de los bienes de la herencia; es decir, determina la forma de cálculo para pasar del acervo ilíquido al líquido o partible. La (nueva) separación entre el patrimonio hereditario y el patrimonio propio del heredero es consecuencia inmediata de la resolución de liquidación del concurso *post mortem*, en cuanto ordena el desasimio de los bienes hereditarios por parte de los herederos y la incautación de los mismos por parte del liquidador (arts. 130 Nº 1 y 163 LRLEP).

La regla sucesoria de la continuidad de la persona del causante en los herederos perdura, pero modulada por el régimen concursal: si bien la regla concursal revierte la regla sucesoria de la confusión de patrimonios, dando lugar en este caso a dos concursos (el de la herencia y el personal del heredero), la continuidad de la persona del causante en los herederos sigue vigente en cuanto que los acreedores hereditarios insatisfechos en el proceso concursal de la herencia podrán concurrir al proceso concursal del heredero que ha aceptado pura y simplemente. Esto último implica negar la procedencia del beneficio de la exoneración legal de los saldos insolutos en el caso del concurso *post mortem* no solo por aplicación de la regla de continuidad, sino también por una interpretación restrictiva del ámbito de aplicación del *discharge*⁵¹. La *ratio* de esta limitación descansa sobre la incompatibilidad de la finalidad de la norma con el supuesto de hecho en estudio: el causante no está agobiado por sus deudas ni puede iniciar nuevamente una actividad productiva y generar ingresos suficientes para cubrir los gastos personales y familiares, libre de las cargas crediticias excesivas previas al inicio del procedimiento concursal⁵². Podría objetarse que los interesados en el *discharge* sean los herederos, pues de esa forma verán extinguidas las deudas hereditarias. Sin embargo, esa argumentación no es convincente. La exoneración legal de los saldos insolutos de una persona natural constituye una profunda alteración del Derecho común justificada en una situación de necesidad personalísima, intransmisible a los herederos. Lo anterior, por cierto, no impide que un heredero sobreendeudado pueda obtener el *discharge* a consecuencia del término de su propio concurso.

⁵⁰ La fracción de masas concursales separadas también sucede en el caso del peculio profesional del menor adulto (PUGA, 2014, p. 233).

⁵¹ A favor de concederlo, RUZ, 2017, p. 761.

⁵² CABALLERO, 2018, p. 148.

Si el heredero acepta a beneficio de inventario se sigue un régimen similar al descrito para el caso de la aceptación pura y simple, salvo que, una vez agotado el valor de los bienes de la herencia, de existir acreedores hereditarios insatisfechos, estos no van a poder acudir al patrimonio personal de los herederos beneficiados.

3) El concurso de la herencia yacente

La solicitud de inicio de un procedimiento concursal involuntario de liquidación de una herencia yacente puede ser presentada por un acreedor hereditario (arts. 117 y 282 LRLEP). Esta legitimación podría parecer menos clara tratándose del curador y el albacea de conformidad con las causales del concurso voluntario. Sin embargo, respecto del curador, la regla general del artículo 487 CC, permite afirmar que dicho curador de la herencia yacente cuenta entre sus facultades legales administrativas la de pagar las deudas hereditarias, por lo que si para que esto se produzca es preciso iniciar un concurso, lo entendemos legitimado para solicitarlo, concurriendo los requisitos establecidos en la LRLEP. Por idéntico argumento podrá solicitarlo el albacea, con o sin tenencia de bienes, en virtud de los artículos 1286 y 1288 CC, al ser una de sus facultades legales la de pagar las deudas hereditarias.

En nuestra opinión, si bien el concurso *post mortem* tiene lugar al haberse producido la insolvencia antes de la muerte del deudor, en el caso de la herencia yacente también esa insolvencia puede concurrir con posterioridad a la muerte del causante, por ejemplo, debido a un hecho que afecta el activo hereditario (pérdida de un bien valioso). No se advierte razón para impedir el ingreso de una herencia yacente al procedimiento concursal si la insolvencia concurre una vez fallecido el deudor y, en cambio, son manifiestas las ventajas, según esperamos haber demostrado.

V. CONCLUSIONES

La doctrina mayoritaria niega la procedencia del concurso *post mortem* en razón de la ausencia de una regla concursal expresa y del ámbito subjetivo de la LRLEP. Esta opinión deja sin solución el conflicto real entre acreedores derivado de la existencia de un patrimonio (hereditario) insolvente tras el fallecimiento.

El presente artículo plantea un giro en la perspectiva de análisis desde el artículo 1374 CC. Este precepto asume que las reglas sucesorias civiles parten de la solvencia del patrimonio del causante y, por ello, reenvían a las reglas concursales en caso de una herencia insolvente, pues dichas reglas son la mejor herramienta disponible para solucionar los conflictos entre los acreedores en esos casos. Esta tesis ofrece una solución al problema del concurso *post mortem* de la herencia y armoniza, a su vez, los dos sistemas reglas involucrados, respetando tanto la lógicas civil de la liquidación hereditaria como las reglas de la liquidación concursal para resolver supuestos de insolvencia.

BIBLIOGRAFÍA

- BASCUÑÁN, Antonio, 2000: "Sobre la distinción entre derogación expresa y tácita", *Anuario de Filosofía jurídica y social*, Valparaíso, EDEVAL, pp. 227-261.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL DE CHILE [BCN]: *Historia de la Ley N° 20.720*. Disponible en <http://www.bcn.cl/historiadelailey/nc/historia-de-la-ley/4343/> [Fecha de consulta: 22.11.2018]
- CABALLERO, Guillermo, 2018: "Sobreendeudamiento y exoneración legal de los saldos insolutos en el procedimiento concursal del consumidor", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 3, pp. 133-172.
- CARMONA, León, 2018: "La hijuela pagadora de deudas y la responsabilidad por las deudas hereditarias", *Revista Ius et Praxis*, Vol. 24, N° 1, pp. 693-724.
- CLARO, Luis, 2013: *Explicaciones de Derecho civil chileno y comparado*, Santiago Editorial Jurídica, tomo XVII.
- CONTADOR, Nelson y PALACIOS, Cristián, 2015: *Procedimientos concursales*, Santiago, Thomson Reuters.
- CORRAL, Hernán, 2015: "El nuevo régimen concursal: Nota sobre su impacto en materias de Derecho Civil", *Gaceta Jurídica*, N° 425, pp. 17-19.
- CORRAL, Hernán, 2014: *La irreflexiva supresión de la quiebra de la sucesión hereditaria*, Derecho y Academia. Disponible en <https://corraltalciani.wordpress.com/2014/10/27/> [Fecha de consulta: 7.11.2018].
- CUQUERELLA I MIRALLES, Pau, 2018: *La herencia en el laberinto concursal*, Valencia, Tirant lo Blanch privado, N° 122.
- DOMÍNGUEZ, Ramón y DOMÍNGUEZ, Ramón, 2011: *Derecho Sucesorio*, tomo I, Santiago, Editorial Jurídica.
- ELORRIAGA, Fabián, 2015: *Derecho Sucesorio*, Santiago, Legal Publishing.
- FINCH, Vanessa, 1997: "The Measures of Insolvency Law", *Oxford Journal of Legal Studies* Vol. 17 N° 2, pp. 227-251.
- GADRAT, Jean-Paul-Vincent, 1841: *Traité des faillites et banqueroutes d'après la loi du 28 mai 1838*, Imprimerie de Delsol, Toulouse; Paris Librairie de Thorel.
- GERBAUDO, Germán, 2017: "Concurso de la herencia en el Derecho Concursal Argentino. Discordancias entre el Código Civil y Comercial de la Nación y la Ley de Concursos y Quiebras", *Revista Lex Mercatoria*, N° 7, pp. 49-54.
- GOLDENBERG, Juan Luis, 2018: "La evolución del Derecho concursal chileno», en Jaime Alcalde Silva y José Miguel Embid Irujo (Dir.), *La modernización del Derecho Mercantil. Estudios con ocasión del sesquicentenario del Código de Comercio de la República de Chile (1865-2015)*, Madrid, Marcial Pons, pp. 591-606 (en prensa).
- GÓMEZ, Rafael y EYZAGUIRRE, Gonzalo, 2011: *El Derecho de quiebras*, Santiago, Editorial Jurídica.
- HART, Herbert, 1963: *El concepto de Derecho*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot.
- JACKSON, Thomas, 1982: "Bankruptcy, Non-Bankruptcy Entitlements, and the Creditors' Bargain", *Yale Law Journal*, N° 91, pp. 857-907.
- JACKSON, Thomas, 1986: *The logic and limits of Bankruptcy Law*, Washington, D.C., BearBooks.
- JEQUIER, Eduardo, 2019: *Curso de Derecho Comercial*, tomo III, Vol. 1, Santiago, Thomson Reuters.
- KELSEN, Hans, 2000: *Teoría pura del Derecho*, 11 ed., México, Porrúa.
- LEÓN, Carlos, 1950: *La quiebra de la sucesión del deudor*, Valparaíso, Imprenta Diario El Heraldo.
- ORTEGA, Hermes, 2012: Sistematización de jurisprudencia de los tribunales superiores de justicia, respecto de la ley de quiebras, entre los años 1982 y 2011. Disponible en <http://repositorio.uchile.cl/handle/2250/114715> [Fecha de consulta: 11.12.2018]
- PALMA, Gabriel, 1940: *Legislación de quiebras*, Santiago. Talleres Gráficos "Samaniego".

- PUELMA, Álvaro, 1983: *Curso de Derecho de quiebras*, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- PUGA, Juan Esteban, 2004: *Derecho concursal El juicio de quiebras*, tomo 1, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- PUGA, Juan Esteban, 2014: *El procedimiento concursal de liquidación*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago.
- ROCA, Encarna, 2005: "L'herència insolvent", *InDret*, 2/2005.
- RUZ, Gonzalo, 2017: *Nuevo Derecho concursal chileno*, Santiago, Editorial Jurídica.
- SAINT-ALARY-HOUIN, Corinne, 2013: "Décès du débiteur et procédure collective", *Revue des procédures collectives civiles et commerciales*, N° 1, Janvier-Février, pp. 81-85.
- SANDOVAL, Ricardo, 2007: *Derecho Comercial. La insolvencia de la empresa. Derecho de quiebras. Cesión de bienes*, tercera edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- SANDOVAL, Ricardo, 2016: *Reorganización y liquidación de empresas y personas. Derecho concursal*, séptima edición, Santiago, Editorial Jurídica.
- SANTA CRUZ, Gonzalo, 1913: *El problema jurídico de la herencia yacente*, Santiago, Imprenta Barcelona.
- SOMARRIVA, Manuel, 2003: *Derecho sucesorio*, tomo II, Santiago, Editorial Jurídica.
- SUPERINTENDENCIA DE INSOLVENCIA Y REEMPRENDIMIENTO [SIR], 2014: *Convenios simplemente judiciales publicados en el Diario Oficial período 29.01.2006 y el 30.08.2014*. Disponible en http://www.superir.gob.cl/wp-content/uploads/2014/10/2014_AGO_CONVENIOS_SIMPLEMENTE.pdf [Fecha de consulta: 11.12.2018]
- VARELA, Raúl, 1962: *Curso de Derecho comercial. Quiebras*, Santiago, Editorial Universitaria.
- YAÑEZ, Fátima, 2011: "El fallimento *post mortem* y la separación de patrimonios en el ordenamiento italiano", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, N° 728, pp. 3337-3366.

Jurisprudencia citada:

- CORTE SUPREMA, rol 4237-2000, *Banco Santiago con Sucesión Bernardino Gallegos Mellado*, sentencia de 3 de abril de 2000.

Bienes digitales personales y sucesión *mortis causa*: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español

*Jorge Luis Ordelin Font**
*Salette Oro Boff***

RESUMEN

Debido a la importancia que adquieren los bienes digitales en nuestra vida es necesario valorar la posibilidad de su disposición mortis causa, sin embargo, mientras algunos bienes digitales pueden ser transmitidos mortis causa otros no lo pueden ser por tener un marcado carácter personal. El presente artículo tiene como objetivo analizar la figura del testamento digital en el ordenamiento jurídico español, a partir de los presupuestos teóricos y normativos del Derecho de Sucesiones y la protección post mortem de los bienes digitales. Para ello se estudian las principales posiciones doctrinales y legislativas que existen en relación con los tipos de instrumentos, dispositivos, su naturaleza jurídica, contenido y alcance, así como las principales obligaciones de los encargados de cumplir dichas manifestaciones.

Testamento digital; albacea digital; bienes digitales

Personal digital assets and succession mortis causa: The regulation of the digital will in the Spanish legal system

ABSTRACT

Given the importance acquired by digital goods in our lives, it is necessary to assess the possibility of their disposition mortis causa, however, while some digital assets can be transmitted mortis causa, others cannot be because they have a marked personal character. The objective of this

* Doctor en Ciencias Jurídicas por el Tribunal Nacional Permanente de Grados Científicos de la República de Cuba. Investigador posdoctoral del Programa Nacional de Posdoctorado PNPD/CAPES, Programa de Posgraduación *Stricto Sensu* en Derecho de la Faculdade Meridional IMED, Brasil. Correo electrónico: jlordelin@gmail.com

** Doctora en Derecho, Universidad de Vale do Rio dos Sinos, Brasil. Posdoctorada en Derecho, Universidad Federal de Santa Catarina, Brasil. Profesora del Programa de Pos graduación en Derecho, IMED, Brasil. Correo electrónico: salete.oro.boff@gmail.com >

El presente artículo se realiza con el apoyo del Programa Nacional de Posdoctorado PNPD/CAPES, en el marco de las actividades académicas e investigativas del Programa de Posgraduación *Stricto Sensu* en Derecho de la Faculdade Meridional IMED, Brasil.

Artículo recibido el 14.2.2019 y aceptado para su publicación el 4.9.2019.

article is to analyze the figure of the digital testament in the Spanish legal system, based on the theoretical and normative assumptions of Succession Law and the post-mortem protection of digital assets. To this end, are studied, the main doctrinal and legislative positions that exist in relation to the types of dispositive instruments, their legal nature, content and scope, as well as the main obligations of those in charge of fulfilling these manifestations.

Digital will; digital executor; digital assets

I. INTRODUCCIÓN

La aprobación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (en adelante LOPDPDD) en España, ha traído consigo el reconocimiento dentro del ordenamiento jurídico español de los denominados derechos digitales. Sobre los que confluyen figuras, derechos e instituciones de diversa magnitud e importancia y no existe claridad en relación con su naturaleza jurídica, más allá del ámbito en que estos derechos son ejercidos y el derecho al olvido en búsquedas de internet, entre otros¹.

Una de las principales novedades que trae la legislación española es el derecho al testamento digital, que implica la posibilidad de disponer de estos luego del fallecimiento de su titular. Sobre esta figura existen múltiples interrogantes, no solo desde el plano teórico teniendo en cuenta los propios fundamentos del Derecho de Sucesiones, sino también desde la propia regulación de esta figura en otras legislaciones como son la Ley 10/2017, de 27 de junio, de las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña (en adelante Ley de voluntades digitales), dentro de la propia España, así como otros países, Francia, con la Ley por una República Digital (en adelante Ley 2016-1321), o la propuesta de unificación de legislación que hace la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws en la *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (en adelante RUFADAA). En correspondencia con ello el presente artículo tiene como objetivo analizar la figura del testamento digital a partir de los presupuestos teóricos y normativos del Derecho de Sucesiones y la protección *post mortem* de los bienes digitales, con especial referencia en el ordenamiento jurídico español.

II. LA DISPOSICIÓN *POST MORTEM* DE LOS BIENES DIGITALES PERSONALES

El desarrollo de la tecnología y la utilización de esta para realizar actividades de la vida diaria implica la existencia de un conjunto de bienes digitales que conforman el patrimonio digital de una persona. Los bienes o activos digitales, preferimos llamarlos

¹ Título X, Ley Orgánica 3, 2018.

bienes, no son más que todo aquello que alguien posee almacenado en un archivo digital, ya se encuentre en un dispositivo determinado o en otro lugar, por medio de un contrato con el propietario, lo que incluye el almacenamiento en la nube².

Dentro de dicha categoría se encuentran un conjunto de bienes, de disímil naturaleza, de carácter digital, que pueden o no poseer un valor económico y estar almacenados de manera local u *online*. Dentro de ellos pudiéramos mencionar las cuentas *online* que permiten el acceso a servicios digitales como almacenamiento en la nube, sistemas de pagos, sistemas de comunicación, y contenidos, entre otros. Empero también debemos mencionar bienes digitales que pueden o no encontrarse en estas cuentas como son música o libros en formato digital, mensajes de correo electrónico, datos íntimos, fotos publicadas en una red social, opiniones vertidas en foros o en *blogs*, videos y escritos almacenados en la nube, entre otros.

Algunos de estos bienes tienen un marcado carácter patrimonial (*bitcoins*, saldos positivos en Paypal), sin embargo, otros bienes como las fotos, mensajes privados y videos, no tienen este carácter patrimonial y no son susceptibles de valoración económica. Tanto en uno como en otro supuesto existe la interrogante del destino de estos bienes posterior al fallecimiento de su titular. Mientras los primeros son susceptibles de transmisión *mortis causa* por las tradicionales normas del Derecho de Sucesiones, en los segundos la situación es más polémica, máxime si se tiene en cuenta que para el acceso a los bienes de carácter patrimonial es necesario contar con el acceso a bienes de carácter personal como cuentas y contraseñas que lo permitan.

No existe una solución única para la regulación de la transmisión *mortis causa* de los bienes digitales. En la actualidad se debate entre la conciliación de los bienes digitales patrimoniales que son susceptibles de transmisión *mortis causa* como parte de la herencia y el respeto y protección de los bienes digitales de carácter personal que encuentran un ámbito de protección normativa en el concepto de dato personal.

En esta materia no existe un modelo único de disposición. Aun son pocos los ordenamientos jurídicos que reconocen esta posibilidad, al considerar que tras la muerte del titular del dato personal se extinguen todos los posibles derechos sobre este³. Sin embargo, ya comienza a entreverse su regulación en algunos ordenamientos jurídicos:

En Francia, por ejemplo, se reconoce que las instrucciones pueden ser generales o específicas. Las primeras se refieren a todos los datos personales del titular, mientras que, las segundas solo contemplan determinados tipos de datos personales que están registrados ante proveedores de servicios particulares. Las diferencias entre uno u otro tipo de instrucción están definidas por la manera que se dispone el ejercicio de los derechos de

² LEE, 2015, p. 660.

³ En México, según lo dispuesto en el artículo 53 apartado 1 de la Ley Federal de Protección de Datos Personales, tras la muerte del titular del dato la solicitud de protección de estos es sobreseída. En Brasil la sucesión digital no ha sido objeto de regulación ni en la Ley 12.965, de 23 de abril de 2014, conocida como Marco Civil de la Internet que establece los derechos y garantías de los usuarios de la red, así como tampoco en la Ley 13.709, de 14 de agosto de 2018 que establece el régimen jurídico de protección de datos personales.

conservación, eliminación y la comunicación de los datos posterior a su muerte. Tanto en uno como en otro caso las instrucciones pueden ser revocadas en cualquier momento (art. 40-1. II Ley 78-17)⁴, y su cumplimiento tiene lugar sin perjuicio de las disposiciones aplicables a los registros públicos que contienen datos personales⁵.

La ley de voluntades digitales de Cataluña, además del testamento, el codicilo o las memorias testamentarias reconoció la instrumentación del documento de voluntades digitales, susceptible de inscripción en un registro electrónico de igual nombre. Este documento contiene “las disposiciones establecidas por una persona para que, después de su muerte, el heredero o el albacea universal, en su caso, o la persona designada para ejecutarlas actúe ante los prestadores de servicios digitales con quienes el causante tenga cuentas activas”⁶, y no produce efectos si existen disposiciones de última voluntad⁷.

La magistrada española Roca Trías en el voto particular discrepante que formulara a la Sentencia del Pleno del Tribunal Constitucional español dictada en el recurso de inconstitucionalidad 4751-2017, del pasado 17 de enero de 2019 delimitó la naturaleza jurídica de este instrumento. Al respecto precisó que aun cuando se denominara a este tipo de instrumento testamento digital, en rigor no es tal, no pudiendo ser entendido como un tipo de testamento o un testamento especial, ya que “no contiene una verdadera ordenación de la sucesión, tan siquiera de los materiales o archivos digitales del causante”⁸.

Sin embargo, lo anteriormente señalado no ha sido óbice para que la recientemente adoptada LOPDPDD regule como un derecho digital el testamento digital⁹. La norma si bien resulta novedosa, al menos en el contexto jurídico iberoamericano, al reconocer el derecho de disposición de los datos posterior a la muerte de su titular y el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información. Pareciendo por momentos regular dos cuestiones diferentes, sin tener en cuenta la especial relación que existe entre ambas. Ello provoca que la regulación realizada no sea la más feliz, y contraste incluso, en algunos aspectos, con la norma autonómica. A diferencia de aquella no precisa si la utilización del término testamento se hace en su sentido tradicional o si incluye otros posibles instrumentos en los que puede constar las voluntades digitales *post mortem*.

La regulación española difiere también de la propuesta que realiza la RUFADAA para el ordenamiento jurídico norteamericano. Al utilizar el término *will* incluye al codicilo, al instrumento testamentario que solo designa a un ejecutor, y también al que

⁴ Art. 63, Ley Nº 2016-1321, 2016.

⁵ Art. 63, Ley Nº 2016-1321, 2016.

⁶ Art. 6 añade un artículo, el 411-10.1, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña. Ley 10, 2017.

⁷ Art. 6 añade un artículo, el 411-10.3, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña. Ley 10, 2017.

⁸ Tribunal Constitucional español, 17.01.2019, recurso de inconstitucionalidad Nº 4751-2017.

⁹ Art. 96. Ley Orgánica 3, 2018.

lo revoca o revisa¹⁰. También se establece un sistema de prioridad en relación con los instrumentos en virtud de los cuales se puede realizar actos de disposición del activo digital. La persona en vida puede utilizar una herramienta en línea para indicar al proveedor de servicios la persona a quien podrá revelar, divulgar o ser destinatario de alguno o de todos sus activos digitales incluyendo el contenido de las comunicaciones electrónicas. Disposición que podrá modificar o eliminar las veces que quiera¹¹.

Este acto dispositivo tiene preeminencia sobre aquellas formas de disposición que utilizan otros instrumentos, como son, el testamento, los poderes, y otra forma de designación de un fiduciario de todo o alguno de los activos digitales¹². De esta forma se soluciona la existencia de un posible conflicto entre las instrucciones proporcionadas por el usuario de la herramienta en línea, y aquellos otros actos dispositivos patrimoniales *post mortem* que pudo haber realizado el fallecido utilizando otros medios o instrumentos.

Solo en el supuesto que no se proporcionen dichas instrucciones en los instrumentos anteriormente referidos es que se podrán aplicar los términos de servicio que rigen el acceso y utilización de los servicios en el entorno digital. Si dichos términos no contemplaran el acceso del fiduciario a los activos digitales, se aplican las reglas predeterminadas previstas en la ley. De esta forma queda diseñado un claro sistema de prioridad de tres niveles para determinar la intención del usuario respecto de cualquier activo digital posterior a su fallecimiento o discapacidad.

La semejanza entre los modelos francés, español y estadounidense se halla precisamente en el valor que le conceden a la autonomía de la voluntad, y difieren, precisamente, en la forma en que esta se ejecuta y materializa. Mientras el modelo norteamericano propone una conciliación entre la práctica sucesoria y la protección de la privacidad de los titulares de las bienes digitales posterior a su muerte, el modelo francés se fundamenta en la disposición de los datos personales y su protección *post mortem*, lo que también pareciera ocurrir en el español, aunque en este último se regula por un lado el tratamiento de los datos de las personas fallecidas y por el otro el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información sobre personas fallecidas. En este último supuesto existe el riesgo de existencia de diversos instrumentos que contengan voluntades relacionadas con bienes digitales en dependencia de su tipo, personal o no.

Cuando el ejercicio de las facultades concedidas por el ordenamiento jurídico tienen lugar directamente ante el proveedor del servicio, existe el riesgo de que no todos los proveedores cuenten con la herramienta digital necesaria para realizar este acto dispositivo. En este caso es necesario autorizar otros instrumentos para disponer de aquellos activos que se encuentran alojados ante proveedores de servicios que no ofrecen dicha solución.

Además, como afirman Conway y Grattan, la existencia de un conjunto de proveedores de servicios ante quienes hacer efectiva la solicitud de acceso revela otro problema. Los activos digitales pueden ubicarse en diversos servidores a cargo de una variedad de

¹⁰ § 2. 27, RUFADAA, 2015.

¹¹ § 4. a), RUFADAA, 2015.

¹² § 4 b), RUFADAA, 2015.

proveedores de servicios que operan mediante compañías globales y que operan bajo la normativa de múltiples jurisdicciones. Ello evidencia la necesidad de que el tema del acceso *post mortem* de los bienes digitales requiera un enfoque internacional sobre la determinación de la ley aplicable en este tipo de casos¹³.

Vista esta diversidad de instrumentos en el que es posible disponer de los bienes digitales, luego del fallecimiento de su titular, es necesario preguntarnos si podemos hablar de un testamento digital.

1. *El testamento digital: sentido y alcance*

El testamento en su concepción tradicional, desde el Derecho de Sucesiones, ha sido concebido como la ley de la sucesión, llamada a regular la situación jurídica que se producirá a la muerte de su autor¹⁴. Como acto jurídico la disposición para después de la muerte del declarante es precisamente la esencia de la disposición *mortis causa*¹⁵. En esencia este es el concepto adoptado por el Código Civil español al considerar como tal “El acto por el cual una persona dispone para después de su muerte de todos sus bienes o de parte de ellos se llama testamento”¹⁶.

Partiendo de estas concepciones la doctrina se encuentra dividida en la admisión o no del testamento digital. Para ello debe distinguirse entre esta figura y el testamento *online*. El primero no es más que el instrumento en el que “una persona manifiesta que desea que su patrimonio digital se transfiera o transmita a otra persona o personas que quedarán al cargo del mismo”¹⁷, el “documento legal que permite a una persona dar instrucciones acerca de qué hacer con su presencia digital una vez que fallezca”¹⁸ distinto del testamento *online* que es, según Giner Gandía, aquel que se realiza por medios digitales¹⁹.

Otros autores consideran improcedente hablar de un testamento digital como figura particular distinto del testamento tradicional. Para Lluch Cerdá, por ejemplo, no existe esta figura, debido a que no es trascendente el formato o ubicación de estos²⁰. Cuando el artículo 96 de la LOPDPDD se refiere al derecho al testamento digital y establece las reglas para el acceso a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información respecto de personas fallecidas no está utilizando el término de “testamento” en su sentido tradicional, aun cuando nada obsta para que en los testamentos tradicionales existan disposiciones relacionadas con los bienes digitales.

¹³ CONWAY y GRATTAN, 2017, p. 114.

¹⁴ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, 2006, p. 443.

¹⁵ LACRUZ y SANCHO, 1988, p. 217.

¹⁶ Art. 667. Real Decreto, Código Civil, 1889.

¹⁷ MÁRQUEZ, 2016, p. 2.

¹⁸ GINER, 2016, p. 57.

¹⁹ GINER, 2016, p. 57.

²⁰ LLUCH, 2016, p. 18.

Siguiendo a Jordano Barea, el contenido del testamento puede clasificarse entre declaraciones normales y típicas, instrumentales y accesorias y las declaraciones anómalas, dentro de estas últimas se identifican las típicas, las atípicas y los actos jurídicos *mortis causa*²¹. Dentro de las disposiciones anómalas pueden encontrarse las relacionadas con el tipo de bienes a los que nos hemos estado refiriendo. Como afirma Álvarez Lata, es innegable “la inclusión en el testamento de disposiciones denominadas anómalas o atípicas, entre las que se encuentran disposiciones de carácter no patrimonial”²². Aun cuando el testamento no contenga disposiciones patrimoniales la inclusión de las disposiciones anómalas es posible, ya que como señalan Lacruz Berdejo y Sancho Rebullida, lo que la ley requiere es la forma testamentaria y no la disposición de bienes²³.

Admitida esta posibilidad es necesario determinar si estas disposiciones son parte del contenido material del testamento o, este es solo un vehículo formal para realizar estas. Dicha disquisición no es una cuestión baladí, si se toma en cuenta que, en dependencia de la posición que se adopte, así será el régimen jurídico aplicable. El primer supuesto implica que estas disposiciones correrán la misma suerte que las relacionadas con la figura del testamento, en especial la revocación, capacidad del testador, vicios del consentimiento, entre otras; mientras que, en el segundo caso, estarían determinadas por el régimen jurídico de este tipo de acto jurídico²⁴.

En este sentido Roca Trías, refiriéndose a las voluntades digitales reguladas en la Ley de Cataluña, manifiesta que el hecho de que estas voluntades tengan eficacia posterior a la muerte de la persona no significa que tengan naturaleza testamentaria²⁵. Aunque es de importancia precisar que la naturaleza testamentaria del acto sí existe cuando de forma ordenada se quiere transmitir bienes digitales que son susceptibles de transmisión *mortis causa*.

La inclusión de disposiciones relativas a los activos digitales personales en el testamento no tiene en cuenta la diferencia que existe entre la capacidad para testar y la capacidad para ser titular de bienes digitales. Mientras la primera es común adquirirla con la mayoría de edad o a partir de una edad determinada²⁶, la otra varía en dependencia de los términos y condiciones establecidos por los términos y condiciones del servicio brindado, en el caso de algunas redes sociales, por ejemplo, la edad es de 13 años. A nuestro juicio el testamento solo es un instrumento para disponer de este tipo de bienes, mas no es el único. Si se considera que el concepto de testamento digital, tal como lo hace la actual normativa española, se refiere únicamente al testamento entendido en su

²¹ Dentro de las típicas el autor menciona el nombramiento de cargos tutelares, la rehabilitación del indigno, dentro de las atípicas las disposiciones sobre derechos de autor y, como actos jurídicos *mortis causa* menciona el reconocimiento de hijos no matrimoniales. FAUS, 2004, y LACRUZ y SANCHO, 1988, p. 220.

²² ÁLVAREZ, 2002, p. 114.

²³ LACRUZ y SANCHO, 1988, p. 221.

²⁴ ÁLVAREZ, 2002, p. 114.

²⁵ Tribunal Constitucional español, 17.01.2019, recurso de inconstitucionalidad N° 4751-2017.

²⁶ En España la edad para otorgar testamento es de 14 años, según lo dispuesto en el artículo 663 del Código Civil.

concepción tradicional, se corre el riesgo de que existiendo patrimonio digital la persona no pueda disponer de este por no poseer la *testamenti factio activa*. En este sentido debemos reconocer que la regulación realizada en la LOPDPDD es confusa.

En la LOPDPDD tampoco es claro la existencia de un orden de prioridad en el que claramente quede expuesto cómo tener en cuenta la voluntad manifestada en el testamento o en otros instrumentos. Por ejemplo, en el caso del fallecimiento de menores la norma establece que las facultades podrán ser ejercitadas también por los representantes legales o, en el marco de sus competencias, por el Ministerio Fiscal, quien podrá actuar de oficio o a instancia de cualquier persona física o jurídica interesada. Mientras que, en el supuesto del fallecimiento de personas con discapacidad, estas facultades también podrán ser ejercidas por quienes hubiesen sido designados para el ejercicio de funciones de apoyo, si estas facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado²⁷.

En el caso de los menores no es claro si el menor en respeto de su capacidad progresiva podría disponer de sus bienes digitales personales conforme al grado de madurez alcanzado y según su voluntad, y en caso de que así sea, si además de la persona designada esta tendría que cumplir la voluntad del menor de conjunto con sus representantes legales, en el supuesto que ambas responsabilidades no recayeran sobre la misma persona. De otro lado, y en relación con el acto dispositivo de los discapacitados, con la promulgación de la LOPDPDD se añade la expresión referida a “si tales facultades se entendieran comprendidas en las medidas de apoyo prestadas por el designado”. Lo que es consustancial con las reformas que en materia de discapacidad se prevén en el ordenamiento jurídico español.

El vigente Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad propone la regulación de “las medidas de apoyo necesarias para que las personas mayores de edad o emancipadas que las precisen para el adecuado ejercicio de su capacidad jurídica puedan desarrollar plenamente su personalidad y desenvolverse jurídicamente en condiciones de igualdad”²⁸. Sin embargo, la mayor dificultad en cuanto a la materialización de dicha regulación legal se halla en el hecho de que las medidas de apoyo previstas en el proyecto tienen como limitante que se extinguen tras la muerte del causante discapacitado²⁹.

En la normativa española también resulta ambigua la posibilidad de la coexistencia de un testamento que contenga solo disposiciones relacionadas con bienes susceptibles de

²⁷ Art. 3.3. y 96.d), Ley Orgánica 3, 2018.

²⁸ Art. 21 en el que se propone la modificación al Título XI del Código Civil español, art. 248, Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, 2018, pp. 247-310.

²⁹ Aunque el proyecto de reforma del Código Civil no aborda este particular, la Ley de las voluntades digitales sí brinda la posibilidad en el caso de los poderes preventivos. Sin embargo, nada se dice acerca de la posibilidad de que estos puedan ser ejecutado una vez que la persona haya fallecido. *Cfr.* Art. 1.4 (Modifica el artículo 222-2, con relación a las voluntades digitales en caso de pérdida sobrevenida de capacidad), Ley 10, 2017, y art. 57 del Anteproyecto de Ley de reforma del Código Civil español en materia de personas con discapacidad, 2018, pp. 247-310.

transmisión *mortis causa* y, en otro instrumento, disposiciones acerca de bienes digitales no personales. Tampoco existe certeza respecto de qué sucede cuando se ha utilizado el testamento como vehículo para realizar disposiciones digitales y este es revocado por un testamento posterior que nada dice en relación con este particular.

Es importante señalar que la eficacia del acto dispositivo se halla condicionada por la determinación de la persona que ha de cumplir el encargo y la precisión del alcance de este, sobre aquellos actos que pueden o no realizarse con dichos bienes. A continuación, pasaremos a analizar las principales disposiciones.

III. PERSONAS LEGITIMADAS PARA LA DISPOSICIÓN DE LOS BIENES DIGITALES DE CARÁCTER PERSONAL

En el instrumento es necesario que se especifique la persona encargada de acceder y gestionar los bienes digitales. Al respecto se discute si nos encontramos en presencia de un mero ejecutor de las voluntades del testador o un albacea. Hay que tener en cuenta que este último no solo ejecuta la voluntad del testador, sino también “vela para que se lleven a la práctica las últimas voluntades”³⁰. Por ello, si bien un albacea puede ejecutar las voluntades digitales no toda persona encargada de acceder y gestionar a estos bienes puede ser considerada albacea. A nuestro juicio para diferenciar uno de otro caso es necesario tener en cuenta cuáles son las instrucciones que han sido ofrecidas por el titular de los activos digitales.

La posición mayoritaria considera que las funciones del albacea digital se ejercen de igual manera que sucede con los bienes no virtuales³¹. El albacea digital no tiene ninguna diferencia con el albacea tradicional a no ser por el tipo de bienes que gestionará. En consecuencia, se le deberá aplicar el régimen legal previsto para este último, en particular lo relacionado con el carácter personalísimo del cargo, su voluntariedad, gratuidad y temporalidad³².

Las legislaciones no en todos los casos reconocen expresamente a la persona designada como un albacea digital. En la legislación francesa, se reconoce que en virtud de las directivas puede designarse una persona responsable de su ejecución, quien tiene el derecho de tomar nota de dichas directivas, así como solicitar su implementación a pres-tadores de servicios que controlan dichos datos (art. 40-1. II Ley 78-17)³³. La propuesta

³⁰ ALBALADEJO GARCÍA, 1990, p. 3.

³¹ MÁRQUEZ, 2016, p. 2.

³² Según el Código Civil español el albacea deberá cumplir el encargo en el período de un año si el testador no ha fijado plazo de forma expresa. Este plazo podrá ser prorrogado por un año y si luego de este aún no se ha cumplido con la voluntad del testador el Secretario Judicial o el notario podrán conceder otra prórroga por el tiempo que consideren necesario según las circunstancias del caso. También los herederos y legatarios pueden de muto acuerdo prorrogar el plazo por el tiempo que crean necesario, aunque si el acuerdo es alcanzado solo por la mayoría esta prórroga no podrá exceder del año. Arts. 904, 905, y 906, Real Decreto. Código Civil, 1889.

³³ Art. 63, Ley 2016-1321 (el énfasis es nuestro).

estadounidense habla de la figura del “fiduciario” en sentido amplio, para referirse tanto al representante personal, al sucesor como al agente o fideicomisario³⁴. En este caso se considera que la persona tiene autoridad sobre la propiedad del difunto, en especial sobre aquella que contenga un activo digital sobre el cual este último haya ostentado algún tipo de derecho o interés, aunque nunca podrá ser considerado propietario del activo y por tanto no podrá realizar transacciones con este.

En la actual LOPDPDD el uso del término albacea es controvertido. El legislador eliminó el concepto de albacea testamentario que aparecía recogido en el artículo 3 del Proyecto de Ley Orgánica³⁵, en el artículo que lo sustituye reconoció la posibilidad de que el encargo pueda ser realizado tanto por una persona natural como por una persona jurídica, sin embargo, al momento de introducir el artículo 96 y regular la figura del testamento digital lo retoma y establece el “albacea testamentario así como aquella persona o institución a la que el fallecido hubiese designado expresamente”³⁶.

No son claras las razones que conllevaron al legislador a eliminar el término de un artículo y retomarlo en otro. Una posible explicación sería el establecimiento de un régimen distinto para la gestión de los datos de las personas fallecidas y otro para la figura del testamento digital. Lo que a su vez provoca una distinción entre la figura del albacea testamentario y la persona o institución designada por el fallecido para el ejercicio *post mortem* del encargo, sea este acerca de los datos personales o de los contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información.

No queda claro si pueden coincidir o no dichas figuras en una misma persona o, por el contrario, el albacea pudiera quedar legitimado cuando aquella no fuera designada. En la designación de la persona encargada de cumplir la voluntad del titular de los bienes pueden coincidir múltiples variantes, desde la designación de un tercero encargado de esta gestión, el encargo a los propios herederos, hasta la designación de varias personas según el tipo de bien digital que se trate gestionar, teniendo en cuenta su preparación y conocimiento. También es posible que se nombre un tercero y al propio tiempo exista un albacea encargado de la gestión y administración del resto de los bienes que no son digitales. En este supuesto podríamos encontrarnos, según las instrucciones brindadas, en presencia de dos albaceas cuyo objeto de gestión difiere.

Debido a la complejidad de algunos de estos bienes existe la interrogante de si es necesario o no tener conocimientos respecto de tecnología para poder ejecutar el encargo realizado, o si solo con la contratación de especialistas en la materia ya es suficiente. Todo parece indicar que no es necesario, aunque autores como Lluç Cerdá plantean la necesidad de que el albacea comprenda el alcance de su misión, medios que precisa y cómo puede ejecutarla. Para este autor, estos no son más que los recursos técnicos

³⁴ § 2.14, RUFADAA, 2015.

³⁵ Proyecto de Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal, 2017.

³⁶ Art. 96.1.b), Ley Orgánica 3, 2018.

necesarios para ejecutar las instrucciones y decisiones del causante, los que deben ser provistos de conjunto con recursos legales y financieros³⁷.

Uno de los puntos más peliagudos del cumplimiento del encargo por parte de un tercero designado es su relacionamiento con los herederos o legatarios del causante, autores como González Granado plantean que, “la actuación del llamado (por analogía) albacea digital, puede colisionar y debe ceder ante los derechos de los herederos en cuanto se refiera a cualquier relación jurídica transmisible”³⁸. Sin embargo, esta afirmación no es del todo cierta ya que la actuación de la persona designada no se sustenta una colisión sino, más bien, en un actuar coordinado con los herederos y legatarios para cumplir lo así dispuesto por el titular de los bienes digitales. Incluso es posible que, en correspondencia con el tipo de bienes, el tercero pueda ejercer por un determinado período la gestión y defensa de los bienes digitales de carácter personal y, al propio tiempo, pueda actuar como administrador de los bienes digitales transmisibles *mortis causa*, y repartir los frutos de dicha administración entre herederos y legatarios.

Para evitar cualquier tipo de “contradicción” entre los herederos y los encargados de cumplir las voluntades del causante las legislaciones optan por establecer un sistema de prioridad de unos sujetos sobre otros. La ley catalana, por ejemplo, establece que, en defecto de designación, el heredero, el albacea o el administrador de la herencia pueden ejecutar las voluntades digitales o encargar su ejecución a otra persona³⁹. La legislación francesa reguló de manera más mesurada dicha posición y reconoce que en ausencia de una designación o, a menos que se indique lo contrario, en el caso de la muerte de la persona designada, los herederos tienen derecho a conocer las directivas y solicitar su implementación a dichos prestadores de servicios (art. 40-1. II Ley 78-17)⁴⁰. Los herederos podrán ejercer los derechos después de la muerte a los efectos y solo en la medida necesaria para organizar y liquidar el patrimonio de los fallecidos, en particular para identificar y obtener información útil para ello, así como también podrán recibir comunicación de bienes digitales o datos similares a memorias familiares que puedan, según la legislación civil, ser transmisible a los herederos (art. 40-1.III Ley 78-17)⁴¹.

En el ordenamiento jurídico francés los herederos pueden comunicar a los proveedores de servicios la muerte del causante con la finalidad de que cierren sus cuentas de usuario de manera definitiva, así como que se continúen procesando sus datos. En correspondencia con ello podrán solicitar a dichos proveedores una prueba gratuita de ello (art. 40-1.III Ley 78-17)⁴². Los desacuerdos entre los herederos respecto del ejercicio de cualquiera de los derechos reconocidos en la ley específicamente los relacionados con el acceso de sus datos a los efectos de la liquidación del patrimonio y el cierre de las cuentas se resolverán ante el tribunal de distrito competente (art. 40-1.III Ley

³⁷ LLUCH, 2016, p. 20.

³⁸ GONZÁLEZ, 2016, p. 42.

³⁹ Artículo 7, modifica el artículo 421-2, Ley 10, 2017.

⁴⁰ Art. 63 Ley N° 2016-1321, 2016.

⁴¹ Art. 63 Ley N° 2016-1321, 2016.

⁴² Art. 63, Ley N° 2016-1321, 2016

78-17)⁴³. La norma no precisa si es necesario el consentimiento de todos o de algunos de los herederos para el ejercicio de sus derechos reconocidos, ante esta laguna solo será posible aplicar las disposiciones que existen sobre la comunidad hereditaria dentro del ordenamiento jurídico francés. Aun cuando estas normas solo estén referidas a los actos dispositivos de la herencia de bienes materiales.

La sustitución no es clara en la actual regulación española donde el término de “herederos” contemplado en el Proyecto de Ley Orgánica fue modificado por la expresión “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos”, quienes pueden dirigirse al responsable o encargado del tratamiento al objeto de solicitar el acceso a los datos personales de aquella⁴⁴ o acceder a contenidos gestionados por prestadores de servicios de la sociedad de la información e impartirles las instrucciones que estimen oportunas acerca de la utilización, destino o supresión de estos⁴⁵.

La norma en sí es contradictoria porque utiliza los términos de “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho”, así como “herederos”, sin precisar si los primeros son quienes están debidamente autorizados por el titular de los datos, lo que no es claro, aunque así pudiera colegirse a partir de la interpretación del apartado segundo del precepto cuando señala “las personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente para ello podrán también solicitar”. Empero, la disposición es extremadamente ambigua en la expresión “personas vinculadas al fallecido por razones familiares o de hecho así como sus herederos” no se corresponden con “personas o instituciones a las que el fallecido hubiese designado expresamente”. Mientras que en la primera solo es posible hablar de personas naturales, a menos que el término “de hecho” sea considerado también para las personas jurídicas, en la segunda es claro que tiene lugar ambos tipos de personas. Ello sin tener en cuenta que es posible admitir bajo la primera un sinnúmero de “familiares”, y el concepto de “hecho” es más que paradójico. Si entendemos que este último se refiere a las relaciones de pareja su utilización en este precepto es improcedente porque una relación de hecho es también una relación familiar.

IV. INSTRUCCIONES Y OBLIGACIONES: CONTENIDO Y ALCANCE DE LAS DISPOSICIONES

El primer particular que debe ser resuelto en relación con el alcance de la manifestación es el referido al acceso que podrá tener el encargado. La voluntad debe establecer claramente si este acceso implica el contenido de las comunicaciones electrónicas, o solo el necesario para la rectificación y eliminación de datos o la liquidación del caudal

⁴³ Art. 63 Ley Nº 2016-1321, 2016.

⁴⁴ Art. 3.1. Ley Orgánica 3, 2018.

⁴⁵ Art. 96.1. a) Ley Orgánica 3, 2018.

hereditario. Como afirma Santos Morón, la regla debe ser la de no presumir la voluntad del fallecido en relación con el acceso al contenido de las comunicaciones electrónicas, así como las personas o entidades con quienes este mantuvo comunicaciones. Solo podrá concederse dicho acceso en el estricto caso que así lo haya manifestado de forma expresa el fallecido, con el fin de garantizar el respeto de lo que fuera su intimidad⁴⁶.

Aun cuando se establezca por la norma tal presunción nada obsta para que en el propio instrumento de disposición se haga expresa alusión a este particular haciendo especial énfasis en aquella información que su titular no desea que se conceda acceso, como pueden ser aquellas que son expresión de una doble identidad virtual de su titular⁴⁷ y que no están directamente relacionadas con la adjudicación de la herencia.

En España, la normativa autonómica considera que si el causante no lo ha establecido, la persona que le corresponde ejecutar las voluntades anticipadas no podrá acceder a los contenidos de sus cuentas y archivos digitales, salvo que obtenga la correspondiente autorización judicial⁴⁸; mientras que la ley orgánica ha optado por la presunción contraria, con la puesta en riesgo y vulnerabilidad del derecho a la privacidad del causante que también merece ser protegido posterior a su fallecimiento. La LOPDPDD trata como excepción la negativa de acceso. Este solo es prohibido cuando la persona fallecida así lo hubiere dispuesto expresamente o lo estableciera la ley, aunque dicha prohibición no podrá afectar el derecho de los herederos a acceder a los datos de carácter patrimonial del causante⁴⁹ o a los contenidos que pudiesen formar parte del caudal relicto⁵⁰.

Las previsiones realizadas en materia de acceso en la RUFADAA son más precisas y certeras. El acceso a los contenidos de las comunicaciones electrónicas del usuario solo podrá ser realizado si el usuario fallecido así lo consintió o un tribunal lo autorizó⁵¹. El proveedor de servicios solo está obligado a dar a conocer a la persona autorizada por el fallecido el catálogo de las comunicaciones electrónicas enviadas o recibidas por el usuario y los activos digitales que son necesarios para la administración del patrimonio⁵². Este catálogo es distinto del contenido de las comunicaciones electrónicas, cuyo régimen legal se encuentra regulado en la Ley de Privacidad⁵³.

La RUFADAA propone que los proveedores no podrán revelar aquellos activos digitales que fueron eliminados por el usuario⁵⁴, se presume, con razón, que el acto de

⁴⁶ SANTOS, 2018, pp. 426 y 438.

⁴⁷ Es la identidad utilizada en las aplicaciones y cuentas de acceso en Internet. Debe diferenciarse entre identidad virtual y la identidad digital, esta última no es más que la identidad personal en el entorno virtual, mientras es posible tener varias identidades virtuales la identidad digital es única, ya que se construye a partir de nuestra interacción en el ciberespacio. GARCÍA HERRERA, 2017, p. 3.

⁴⁸ Art. 6 añade un artículo, el 411-10.6, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña. Ley 10, 2017.

⁴⁹ Art. 3.1. Ley Orgánica 3, 2018.

⁵⁰ Art. 96.1. a) Ley Orgánica 3, 2018.

⁵¹ § 7, RUFADAA, 2015.

⁵² § 8, RUFADAA, 2015.

⁵³ NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, 2015, p. 15.

⁵⁴ § 6 c) RUFADAA, 2015.

eliminación de un activo digital es indicativo de que el fallecido no tenía intención de que existiera un acceso por parte de terceros a este, ya fuera el fiduciario o sus herederos. Asimismo, se precisa que el acceso no implica además de los activos digitales que se encuentran en poder de un determinado proveedor de servicios también, aquellos que se encuentren en los bienes tangibles del difunto, como son las computadoras portátiles, teléfonos inteligentes o medios de almacenamiento, entre otros.

Establecido el acceso a los activos digitales es imprescindible determinar el contenido de las acciones que se pueden desarrollar. Según la ley catalana, en virtud de estas voluntades digitales las personas pueden ordenar las acciones que consideren más adecuadas para facilitar, tras su muerte, la extinción de su personalidad en los entornos digitales, o la perpetuación de la memoria con la conservación de los elementos que se determinen, así como cualquier otra solución que el causante pudiera considerar pertinente en el ejercicio de la libertad civil que le corresponde en vida⁵⁵. La norma concretamente reconoce la posibilidad de: a) comunicar a los prestadores de servicios digitales la defunción del causante. b) solicitar a los prestadores de servicios digitales que se cancelen sus cuentas activas. c) solicitar a los prestadores de servicios digitales que ejecuten las cláusulas contractuales o que se activen las políticas establecidas para los casos de defunción de los titulares de cuentas activas y, si procede, que le entreguen una copia de los archivos digitales que estén en sus servidores⁵⁶.

Para Roca Trías se trata de “la realización de actividades muy concretas que están directamente relacionadas con el ejercicio de derechos personalísimos de carácter patrimonial, por tanto, no transmisibles *mortis causa* (...)”⁵⁷. La ley orgánica no es tan exhaustiva en su regulación como la normativa autonómica, aunque considera que las personas legitimadas por el usuario podrán decidir acerca del mantenimiento o eliminación de los perfiles personales de personas fallecidas en redes sociales o servicios equivalentes, a menos que el fallecido hubiera decidido otra cosa, en cuyo caso se estará a dichas instrucciones⁵⁸.

Tanto en uno como en otro supuesto debe entenderse que estas normas jurídicas no establecen un régimen taxativo de posibles acciones a realizar por parte del encargado. Según las circunstancias de cada supuesto y las instrucciones emitidas por el titular podrán o no realizarse determinadas actividades para la ejecución del encargo. Ambas condiciones deberán ser tenidas en cuenta para interpretar el alcance de la voluntad del fallecido.

⁵⁵ Preámbulo de la Ley 10, 2017.

⁵⁶ Art. 6 añade un artículo, el 411-10.2, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña. Ley 10, 2017.

⁵⁷ Tribunal Constitucional español, 17.01.2019, recurso de inconstitucionalidad, Nº 4751-2017.

⁵⁸ Art. 96. 2, Ley Orgánica 3/2018.

1. *Especiales previsiones para la adopción de las instrucciones*

Existen múltiples barreras que deben enfrentarse al momento de redactar las disposiciones relativas a los bienes digitales, al menos en la forma que tradicionalmente se redactan este tipo de cláusulas en los instrumentos de última voluntad, porque hay que tener especial cuidado en relación con la forma en la que queden redactadas dichas disposiciones con el fin de impedir posteriormente que se enerve la ejecución de la voluntad testamentaria.

La primera dificultad que surge está relacionada con la delimitación dentro del testamento del patrimonio digital y su distinción del resto de los bienes. Las disposiciones relativas a bienes de índole digital no son iguales que las del resto de los bienes materiales.

Las instrucciones y disposiciones deben diferenciarse según el tipo de bien digital de que se trate, no solo para garantizar el correspondiente acceso a los mismos, sino también, teniendo en cuenta que no existen normas claras para la valuación de algunos de estos. Cuando dichos bienes son integrados a la masa hereditaria deberán ser objeto de operaciones conexas a la partición hereditaria como son la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes y la colación. Por ejemplo, una cuenta de Bitcoin puede tener un valor distinto entre el momento de la aceptación de la herencia y su adjudicación. Ello abre una interrogante acerca de la posibilidad de aceptar la condición de heredero o legatario de bienes digitales sin tener en cuenta el valor de los bienes, o “a ciegas” como afirma Lluç Cerdá⁵⁹.

Asimismo, en el supuesto que el testador haya declarado las cuentas que posee y sus respectivas contraseñas es necesario la introducción de una cláusula especial que prohíba la obtención de copias de claves de acceso a cualquier persona que no sea el encargado de gestionarlas⁶⁰. En consecuencia, las personas legitimadas a obtener copias del testamento podrán o no ver limitado el acceso a dichas copias en dependencia de lo dispuesto por el testador.

El número de cuentas y bienes puede ir en aumento o desaparecer entre el período que se otorga el testamento y la fecha en que la persona fallece, ello sin contar que estas cuentas están protegidas por contraseñas que suelen cambiarse periódicamente. De esta forma resulta improcedente que se realice una enumeración taxativa de las cuentas y contraseñas en un testamento. Aunque para autores como Lluç Cerdá esto no es un problema, todo lo contrario, es algo muy sencillo de resolver, ya que solo es necesario, a juicio del autor, una persona de confianza suficiente para compartir estos datos de acceso⁶¹.

Sin dudas es una interesante y fácil posición, sin embargo, deberíamos tener en cuenta si ello es lo que se pretende con esta institución, para generar una verdadera garantía

⁵⁹ LLUCH, 2016, p. 19.

⁶⁰ GONZÁLEZ, 2016, p. 42.

⁶¹ LLUCH, 2016, p. 18.

de que el encargo posterior a la muerte del titular de dichos bienes será debidamente cumplido. Nada obsta para que esta solución pueda ser llevada a cabo, empero existen reticencias en relación con su seguridad. Vale la pena preguntarnos cuántas personas confiarán sus datos en vida sabiendo que existe un riesgo de que la persona pueda tener acceso a ello, máxime si se tiene en cuenta que los cambios de contraseñas se realizan para surtir efectos desde el mismo momento en que se realizan y no a futuro, y nadie tiene certeza acerca de la fecha de su muerte. La solución propuesta podría tipificar un supuesto de suplantación de identidad sino se comunica al proveedor de servicios el fallecimiento del titular de las cuentas. Precisamente la garantía que ofrece el nombramiento de un tercero para que gestione los bienes digitales posterior al fallecimiento de su titular es evitar el robo de su identidad.

Otro aspecto importante de tener en cuenta cuando se adoptan las instrucciones dentro de este tipo de acto es cuando nos encontramos en presencia del testamento digital inverso, entendiendo por tal aquel acto dispositivo en el que se obliga a la persona encargada a borrar todo el contenido del patrimonio digital que poseía en vida el fallecido⁶². En este caso la obligación de la persona designada es precisamente garantizar y velar porque los proveedores de servicios cumplan con la voluntad del causante, es decir, la eliminación de los archivos. Esta facultad tiene como principal límite el hecho de que dicha eliminación no puede devenir en impedimento para el ejercicio del derecho de terceros a la liquidación del caudal hereditario.

También se propone que una empresa gestora del acervo digital quede a cargo de toda la información posible sobre cuentas, correos electrónicos, datos de acceso, mientras que en el testamento o en el instrumento queden establecidas las instrucciones respecto de qué hacer con este tipo de bienes y quién o quiénes estarían a cargo de dicha gestión, así como del correspondiente acceso⁶³. Esta solución resulta interesante, aunque también controvertida, en particular si se tiene en cuenta que estaríamos en presencia de un contrato con un proveedor de servicios que tendría efectos jurídicos posterior a la muerte de una de las partes. Por ello sería prudente no solo disponer que la empresa se encargara directamente de la gestión de estos bienes, sino también nombrar un tercero encargado de velar que la empresa cumpla con dicho encargo, al propio tiempo que deduzca del acervo hereditario los correspondientes pagos que este servicio arrojaría⁶⁴.

Llopis Benlloch sugiere que unido al otorgamiento del testamento se contrate un servicio de depósito de archivos o de gestión de patrimonio digital, o que se contacte a un notario que tenga conocimiento de este tipo de disposiciones⁶⁵. En este caso el notario también interviene a los efectos de autorizar la correspondiente acta de depósito para

⁶² MÁRQUEZ, 2016, p. 2.

⁶³ DOMÍNGUEZ, 2016, p. 62.

⁶⁴ Esta posibilidad queda establecida en la normativa autonómica catalana en la que se establece que, si el causante no lo ha establecido de otro modo, los gastos originados por la ejecución de las voluntades digitales corren a cargo del activo hereditario. *Vid.* Art. 6 añade un artículo, el 411-10.7, al capítulo I del título I del libro cuarto del Código Civil de Cataluña, Ley 10, 2017.

⁶⁵ LLOPIS, 2016, p. 47.

dar fe de la existencia del acto de depósito al propio tiempo que comunica su existencia al Registro General de Actos de Última Voluntad⁶⁶.

Como se colige, son innumerables las posibles instrucciones emitidas como voluntades digitales posterior al fallecimiento. Sin embargo, consideramos que, además de estas, es necesario que las leyes establezcan con precisión la naturaleza, extensión y limitación de la autoridad de la persona designada para ejecutar dichas voluntades. La ley debe actuar en sustitución o como complemento de las disposiciones realizadas por el titular del bien digital.

2. *Las obligaciones de la persona designada para ejecutar la voluntad del titular*

Con excepción de la propuesta realizada por RUFADAA las disposiciones normativas consultadas no hacen referencia a los deberes y obligaciones del encargado de cumplir con las disposiciones del titular de los bienes digitales. Por ello es necesario acudir a la figura del albacea como ya apuntábamos. Sin embargo, a nuestro juicio ello no es suficiente para delimitar con claridad el ámbito de actuación del encargado, ya que además de las necesarias instrucciones es necesario un mínimo de funciones que permitan determinar el régimen de responsabilidad de este en el supuesto de un incumplimiento parcial o total de la voluntad del titular de los activos digitales.

Según Lee, refiriéndose a esta figura en Estados Unidos, el régimen de acceso del fiduciario se sustenta en el concepto de neutralidad de los medios o activos, que implica que si el fiduciario, según la ley vigente, tiene acceso a un activo tangible perteneciente al difunto, también debe tener acceso similar al activo digital, aun cuando este se encuentre en poder de un proveedor de servicios de internet⁶⁷. En la gestión de los activos digitales el fiduciario tiene las mismas obligaciones legales que aquellas que le son impuestas a un fiduciario encargado de administrar bienes materiales, en especial, el deber de cuidado, el deber de lealtad y el deber de confidencialidad. Siendo responsable ante el incumplimiento de cualquiera de estos deberes.

Al ejercer sus responsabilidades, el fiduciario está sujeto a las mismas limitaciones que el usuario en general, al igual que este puede impugnar las disposiciones de un acuerdo de términos de servicio y solicitar la cancelación de una cuenta, siempre y cuando ello no viole o impida el ejercicio de sus deberes⁶⁸. También se encuentra sujeto a los términos aplicables al servicio, excepto en la medida en que lo dispuesto en dichos términos de servicio quede anulado por estar en contra de lo establecido en relación con los instrumentos que pueden ser utilizados para realizar el acto dispositivo. Asimismo podrá identificar los activos que tienen un valor real o sentimental, honrando los deseos del difunto sobre quienes pueden o no tener acceso a dichos activos⁶⁹.

⁶⁶ SALAMANCA, 2016, p. 37.

⁶⁷ LEE, 2015, p. 656.

⁶⁸ § 15 g), RUFADAA, 2015.

⁶⁹ LEE, 2015, p. 662 y 663.

El fiduciario también está obligado a cumplir con los deberes impuesto por las funciones de su cargo y a la aplicación de otras leyes como son las de Derechos de autor⁷⁰. Esto es polémico sobre todo en aquellos casos en que el usuario ha obtenido el archivo digital de manera fraudulenta o ilícita.

Pese a que las disposiciones de la RUFADAA constituyen un modelo de los derechos y obligaciones de quienes tienen el encargo de cumplir la voluntad del titular de los bienes digitales, la norma no ha estado exenta de críticas. En este sentido Lee considera que los derechos del fiduciario deben ser definidos desde una perspectiva de control y no solo desde el acceso, como en su opinión se ha realizado. Para este autor es necesario delinear claramente los poderes del fiduciario en este ámbito para que, a su vez, pueda ejecutar sus deberes. En su criterio el hecho de que el fiduciario pueda hacer lo mismo que el titular de la cuenta es un concepto demasiado amplio que está limitado por las propias obligaciones de los fiduciarios, especialmente en materia de autorización y consentimiento⁷¹.

Como ya hemos afirmado los deberes y obligaciones del encargado no son objeto de regulación en los ordenamientos jurídicos de tradición romano-francés que hemos analizado. A nuestro juicio esta es una tarea pendiente. Aun cuando puede acudir a las regulaciones que sobre la figura del albacea se realizan en las tradicionales normas sucesorias, los adelantos tecnológicos y las particularidades de los bienes digitales precisan que así sea. El encargado de cumplir las últimas voluntades digitales no es un mero ejecutor de estas, también debe velar por el respeto de la privacidad del titular de los bienes y defender sus intereses ante los prestadores de servicios. Con el establecimiento mínimo de obligaciones y facultades del encargado se garantiza la efectividad del encargo ante los prestadores del servicio y el cumplimiento de la voluntad del titular.

V. CONCLUSIONES

A partir de lo analizado podemos concluir que el derecho al testamento digital consagrado en el artículo 96 de LOPDPDD no puede ser entendido como la figura del testamento en su concepción tradicional, sino la posibilidad de disponer de bienes digitales para luego del fallecimiento de su titular. La norma no establece una distinción en relación con el tipo de bien digital, personal o no, sin embargo, tampoco es claro en relación con la conciliación de los instrumentos que pueden ser utilizados para disponer entre uno u otro tipo de bien. La ley debe establecer de manera clara un orden de prioridad de estos instrumentos y su relación con el resto de las disposiciones sobre otros bienes digitales. El testamento entendido en su concepción tradicional solo es un mero vehículo para la realización de estas.

⁷⁰ §15 b. IV. RUFADAA, 2015.

⁷¹ LEE, 2015, p. 697.

Pese a las críticas que pudieran realizarse a la norma esta constituye un importante avance en la materia en los ordenamientos jurídicos que pertenecen al sistema romano francés. Toma como base la autonomía de la voluntad necesario para garantizar que el titular de los bienes digitales pueda disponer de estos para luego de su fallecimiento.

La eficacia del acto dispositivo se halla condicionada por la determinación del régimen de acceso y alcance de las facultades del encargado. Bajo el respeto de la autonomía de la voluntad en estos instrumentos deben constar de manera clara y precisa las principales instrucciones que este debe cumplir para la ejecución del encargo, ello incluye al menos: a) la determinación de la o las personas que podrán tener acceso a estos bienes incluyendo aquellos de carácter personal, b) instrucciones específicas sobre aquellos actos que pueden o no realizarse con dichos bienes, c) la posibilidad de dirigirse directamente a los proveedores de servicios, entre otros.

La ley debe prever un mínimo de facultades y obligaciones en el supuesto de que el titular de los bienes digitales no haya realizado dicha determinación y solo se haya limitado a realizar el nombramiento de o de los encargados. Cualquier propuesta que se haga al respecto debe partir del reconocimiento de que el acceso al contenido de carácter personal del titular solo será posible cuando así lo haya dispuesto el titular. Asimismo, debe distinguirse entre aquel acceso que es necesario para realizar la adjudicación de los bienes digitales con contenido patrimonial y el acceso a los bienes de carácter personal, estableciéndose un equilibrio entre el derecho a la herencia y el derecho al respeto a la privacidad posterior al fallecimiento.

El ejercicio del poder de disposición no puede suponer un perjuicio económico para el prestador de servicios, mientras que por otro lado este no puede limitar o menoscabar la ejecución del encargo, que debe ser realizado conforme la voluntad del titular de los bienes y en el marco de la legalidad. En definitiva se trata de conciliar intereses contrarios, pero no necesariamente antagónicos.

BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, 1990: "Sección undécima. De los albaceas o testamentarios", en Comentario al Código Civil español, tomo XII, Vol 2º: Artículos 892 a 911 del Código Civil, 2ª edición. Disponible en <http://www.vlex.com/vid/228705>. [Fecha de consulta: 20.05.2018].
- ÁLVAREZ LATA, Natalia, 2002: "Algunas cuestiones sobre el contenido atípico del testamento", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, N° 6, pp. 113-132. Disponible en <https://core.ac.uk/download/pdf/61894038.pdf>. [Fecha de consulta 20. 11. 2018].
- CONWAY, H.; GRATTAN, S., 2017: "The 'New' New Property: Dealing with Digital Assets on Death", en Conway, H., Hickey, R. (Eds.), *Modern Studies in Property Law*, Volume 9, 1st ed., Hart Publishing, Oxford.
- DOMÍNGUEZ MERINO, Óscar, 2016: "¿Cómo influye el testamento digital en el SEO?", en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro.
- DÍEZ-PICAZO, Luis; GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, 2006: *Sistema de Derecho Civil Volumen VI Derecho de Familia*, España, Editorial Tecnos.

- FAUS, Manuel, 2004: "Sección: Sucesión testada: La legítima y la mejora en derecho común", en *Breviario civil. 5: Las sucesiones*, España, VLEX-226990.
- GARCÍA HERRERA, V., 2017: "La disposición sucesoria del patrimonio digital", en *Actualidad Civil*, Nº 7-8.
- INER GANDÍA, Judith, 2016: "El testamento digital sí existe y ya ha llegado", en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro.
- GONZÁLEZ GRANADO, Javier, 2016: "Sólo se muere una vez: ¿Herencia digital?", Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro.
- LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, 1988: *Derecho de Sucesiones*, Madrid, Librería Bosch.
- LEE, Jeehyeon (Jenny), 2015: "Death and Live Feeds: Privacy Protection in Fiduciary Access to Digital Assets", *Columbia Business Law Review*, Nº 654.
- LLOPIS BENLLOCH, José Carmelo, 2016: "Con la muerte digital no se juega: el testamento online no existe", en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro.
- LLUCH CERDÁ, Carlos, 2016: "El reto de una muerte digital... digna", en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro.
- MÁRQUEZ VILLÉN, Francisco José, 2016: "Testamento digital Nuevas tecnologías y Derecho", publicaciones de *In Diem abogados*. Disponible en <https://www.in-diem.com/.../CUADERNOS-IN-DIEM-Abogados-Testamento-Digital-2p...>, [Fecha de consulta 20.11. 2018].
- NATIONAL CONFERENCE OF COMMISSIONERS ON UNIFORM STATE LAWS, 2015: *Revised Uniform Fiduciary Access to Digital Assets Act* (con notas y comentarios). Disponible en <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0> [Fecha de consulta 12. 05. 2018].
- SALAMANCA RODRÍGUEZ, Francisco Rosales de 2016: "Testamento digital", en Oliva León, Ricardo y Valero Barceló, Sonsoles (coord.), *Testamento ¿Digital?*, edición especial, España, Colección Desafíos legales, Juristas con futuro.
- SANTOS MORÓN, María José, 2018: "La denominada "herencia digital": ¿necesidad de regulación? Estudio de derecho español y comparado", en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, Vol. 10, Nº 1, marzo.

Normas jurídicas citadas:

- REGLAMENTO (UE) 2016/679 DEL PARLAMENTO EUROPEO Y EL CONSEJO, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos (Reglamento General de Protección de Datos).
- REVISED UNIFORM FIDUCIARY ACCESS TO DIGITAL ASSETS ACT (2015), redactado por the National Conference of Commissioners on Uniform State Laws y aprobado en la Conferencia Anual, Williamsburg, Virginia July 10-July 16, 2015. Disponible en <https://www.uniformlaws.org/HigherLogic/System/DownloadDocumentFile.ashx?DocumentFileKey=112ab648-b257-97f2-48c2-61fe109a0b33&forceDialog=0> [Fecha de consulta 12. 05. 2018].
- REAL DECRETO de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil, publicado en la Gaceta de Madrid, Nº 206, de 25 de julio de 1889.

- LEY N° 2016-1321 de 7 de octubre de 2016, por una República Digital, publicado en el Jornal Oficial de la República Francesa el 8 de octubre de 2016.
- LEY 10/2017, de 27 de junio, De las voluntades digitales y de modificación de los libros segundo y cuarto del Código Civil de Cataluña, Boletín Oficial del Estado, N° 173, viernes 21 de julio de 2017.
- LEY ORGÁNICA 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Boletín Oficial del Estado N° 294, 6 de diciembre de 2018.
- LEY N° 12.965, de 23 de abril de 2014, establece los principios, garantías, derechos y deberes para el uso de Internet en Brasil, Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil.
- LEY N° 13.709, de 14 de agosto de 2018, sobre la protección de datos personales, Congreso Nacional de la República Federativa de Brasil.
- LEY FEDERAL DE PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN POSESIÓN DE LOS PARTICULARES DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 5 de julio de 2010.
- PROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE PROTECCIÓN DE DATOS DE CARÁCTER PERSONAL, 21 de noviembre de 2017, en Proyecto de Ley de 24 de noviembre de 2017, N° 13-1 (21/000013).

Jurisprudencia citada:

- AGENCIA ESPAÑOLA DE PROTECCIÓN DE DATO, Procedimiento N°: TD/01859/2016, Recurso de Reposición N° RR/00428/2017.
- TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, sentencia de 17 de enero de 2019 sobre el recurso de inconstitucionalidad N° 4751-2017, ponente magistrado Andrés Ollero, con el voto particular discrepante de la Magistrada doña Encarnación Roca Trías. Disponible en https://www.iustel.com/diario_del_derecho/noticia.asp?ref_iustel=1184958&utm_source=DD&utm_medium=email&utm_campaign=30/1/2019 [Fecha de consulta 30.01.2019].

La devolución de la cantidad pagada en la jurisprudencia: desencaje con la garantía legal

*Alfredo Ferrante**

RESUMEN

El artículo se propone, dentro de la ley respecto de protección de los derechos de los consumidores, desenrañar las vicisitudes jurisprudenciales de la devolución de la cantidad pagada –entendida por la doctrina chilena como resolución– por defectos cualitativos del bien, constatando una confusión conceptual entre la indemnización de daños, la devolución del precio y la resolución del contrato. De este modo, se realiza una sistematización que clarifique sus ámbitos de aplicación en la jurisprudencia de consumo nacional.

Compraventa; consumidor; remedios contractuales

The “refund of the amount paid” and the jurisprudential approach: Mismatches in the product guarantees for consumers

ABSTRACT

The paper aims, within the Consumer Act, to unravel the jurisprudential vicissitudes of right to “refund of the amount paid” - understood by the Chilean doctrine as a termination of contract - in case of the lack of conformity of the good; noting a conceptual confusion between the damages, the “refund of the amount paid” and the termination of the contract. In this way, a systematization is carried out that clarifies its scopes of application in the jurisprudence of Chilean consumer law.

Sales contract; consumer; remedies

* Licenciado en Derecho, Università di Pisa, Italia. Doctor Europeo en Derecho Civil, Universidad de Oviedo, España. Profesor de Derecho Civil, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: aferrante@uahurtado.cl

La presente publicación se enmarca en el proyecto FONDECYT N° 1171251, del que el autor es investigador responsable.

Artículo recibido el 22.1.2019 y aceptado para su publicación el 3.9.2019.

I. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

Frente a la disconformidad material del bien, la ley acerca de protección a los derechos de los consumidores¹ no prevé expresamente entre sus remedios a la resolución del contrato. Asimismo, se habla de un derecho a la devolución del precio pagado (art. 19) o de la cantidad pagada (arts. 20 y 21), aspecto que la doctrina ha asimilado a la resolución, pero que no se ha analizado con profundidad desde el punto de vista jurisprudencial (véase *infra* II).

La finalidad de este estudio es demostrar la confusión que existe en la coexistencia de los distintos remedios por disconformidad material en la Ley 19.496 y que la opinión de los tribunales respecto de ciertas cuestiones que suscita su administración no ha sido consistente. Para estos efectos se analizará la aplicación que en la jurisprudencia² se realiza del “derecho a la devolución”, ciñéndose esencialmente a la interpretación en caso de defecto cualitativo y no cuantitativo³. Se evidenciarán, por un lado, las eventuales incongruencias y la heterogeneidad en su interpretación y, por otro, los diversos problemas que pueden resolverse al interior del sistema de tutela, con cargo a las ideas de jerarquía en la relación entre este derecho y su integración en la garantía legal y la indemnización.

Después de analizar brevemente la postura de la doctrina (sub. II), se procederá a revisar cómo la acción de daños y perjuicios llega a opacar a nivel general la garantía legal (sub. III), dando lugar a una reinterpretación *sui generis* del derecho a la devolución de la cantidad pagada (sub. IV).

II. EL ESTADO DE LA DOCTRINA COMO PRESUPUESTO Y NECESIDAD DE ESTE ESTUDIO

A la hora de contextualizar y definir los remedios frente a la falta de conformidad del bien defectuoso en la compraventa de consumo, la doctrina que ha examinado la

¹ Ley 19.496, de 1997. Donde no se hallan especificadas otras disposiciones normativas, debe entenderse que la referencia se ha hecho a esta ley.

² El estudio se focalizará en determinados aspectos que los pronunciamientos de los tribunales destacan con la finalidad de analizar críticamente la devolución de la cantidad pagada frente a la disconformidad material. No se analizarán aquí otros aspectos jurisprudenciales como pueden ser las condiciones o el ámbito de aplicación de este remedio. Para esto se reenvía, por ejemplo, a BARRIENTOS (2016), p. 201 y ss.

³ En este segundo caso (enmarcado en el art. 19), parecería más obvio que el problema es meramente restitutorio, por cuanto la contraprestación del consumidor no se ha entregado y por ello debe procederse solo a aquel importe que se ha pagado “en exceso”, cada vez que la cantidad o el contenido neto ha resultado inferior al indicado.

garantía legal⁴ no ha dedicado un estudio profundizado a la devolución del precio (art. 19) o de la cantidad pagada (arts. 20 y 21) en la Ley 19.496⁵, en tanto medio de tutela⁶.

Al referirse a esta tutela, el legislador utiliza una peculiar terminología que la doctrina ha asociado con la resolución del contrato. En este sentido, se han identificado estos dos términos como sinónimos⁷.

Por ello se habla de “resolución o devolución de cantidad pagada”⁸ y la literatura que más ha profundizado en este ámbito mantiene una posición constante en esta asimilación⁹. La reiteración de esta postura hace que lo que era inicialmente una suposición, pareciera a lo largo de los años transformarse en una certeza¹⁰. Incluso, también en relación con los servicios de consumo, la devolución del precio se ha equiparado a la resolución¹¹.

Del análisis de los autores que han tratado la materia se observa que se han limitado a asociar este remedio a la resolución del contrato, sin destacar ciertas características o aristas que el análisis jurisprudencial puede aportar. En concreto, las obras que han examinado los pronunciamientos de los tribunales¹² no tratan este tema, y quienes sí lo han hecho lo han revisado de manera escueta¹³, o circunscribiendo el problema solo a la gravedad o esencialidad que debe tener la disconformidad material¹⁴.

Finalmente, también es admisible constatar que la dogmática acerca de la resolución del contrato y la tutela de comprador en el ámbito tradicional codificado¹⁵, no ha tratado indirecta ni complementariamente este tema, así como tampoco lo han hecho

⁴ Respecto de esta, véase, por todos, BARRIENTOS (2016).

⁵ Se ha destacado que, más que la alusión a la “cantidad” pagada, debe entenderse la devolución del dinero, por lo que dicha cantidad debería ser reajustada a tenor del art. 27 de la Ley 19.496: CORRAL (1999), p. 171. En sentido parecido también PEÑAILILLO, (2003), p. 431, que alude a que ello “abandona el natural concepto de precio”.

⁶ Se utilizarán aquí indistintamente los términos “remedio” y “medio de tutela. Una aclaración en la etimología de la palabra remedios: FERRANTE (2018a), p. 166.

⁷ Así, por ejemplo, se considera que “merecen ser atendidas las soluciones que la doctrina ha identificado para dar lugar a la resolución”: LORENZINI, (2016), p. 687.

⁸ RODRÍGUEZ GREZ, (2015), p. 54.

⁹ A lo largo de su análisis se habla de “facultad resolutoria o precio pagado” (BARRIENTOS, 2016), p. 202), de una “resolución del contrato (llamada devolución del precio en el artículo 20)” (BARRIENTOS, 2017), p. 259) o de una “resolución del contrato o devolución del precio pagado” (BARRIENTOS, 2018, p. 358).

¹⁰ Efectivamente ya en 1999, al hablar de la devolución del precio, se afirmaba que “debemos suponer que se trata de una acción resolutoria”, CORRAL (1999), p. 182. Posteriormente, esta suposición parece transformarse en certeza, ya que se afirma que la devolución de la cantidad pagada “es, en verdad, una forma de resolución del contrato”, CORRAL (2006), p. 97, nota N° 3; *idem* CORRAL (2011), p. 117, nota N° 141.

¹¹ En relación con el art. 41 de la Ley 19.496: RODRÍGUEZ PINTO, (2006), p. 119. Y se considera que la “devolución del precio” es el nombre que se adopta para la resolución, CONTARDO, (2013), p. 883. De este remedio en los servicios de consumo véase CONTARDO (2013), en particular p. 881-884.

¹² Consúltese por ejemplo la obra de CORNEJO Y LARROUCAU (2018).

¹³ NASSER (2013) p. 551; RODRÍGUEZ GREZ, (2015), p. 54. No se toca el tema en BARRIENTOS (2017).

¹⁴ Véase BARRIENTOS, (2013), BARRIENTOS (2016), p. 200 y ss.

¹⁵ Véase, por ejemplo, los trabajos de DE LA MAZA (2017).

en materia de consumo¹⁶ las obras generales o específicas de los remedios contractuales que revisan la resolución¹⁷.

En todo este contexto, debe recalcar la aguda crítica del profesor Peñailillo quien destaca la “muy rudimentaria expresión” utilizada por el art. 20, pues si “lo consagrado es la resolución por incumplimiento y el error consiste en confundir un concepto (la resolución) con una de sus principales consecuencias, la restitución de una de las prestaciones”¹⁸.

En definitiva, el primer punto de referencia es que la doctrina esencialmente equi-para las dos figuras; y segundo, que una parte de ella efectivamente constata la imprecisa redacción de la norma. Finalmente, tampoco se ha analizado la jurisprudencia con el adecuado detenimiento, para valorar si esta asocia o distorsiona la visión dogmática. Constatados todos estos presupuestos, se hace necesario el examen de la forma en que los tribunales interpretan este medio de tutela.

III. PRIMERA CONSTATACIÓN. DE LA GARANTÍA LEGAL A LA INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS Y PERJUICIOS COMO PRÁCTICA GENERAL EN RELACIÓN CON LA TUTELA DEL CONSUMIDOR

Si bien la ley de protección a los consumidores predispone como derecho básico la reparación adecuada y oportuna de los daños materiales y morales (art. 3 letra e) que se hubieren ocasionado, este remedio no logra recibir un tratamiento ni regulación sistemática en esta ordenación. Por ejemplo, respecto de la garantía legal, simplemente se aclara que los medios de tutela del consumidor –en caso de disconformidad material– pueden ejercerse “sin perjuicio” de este derecho (art. 20.1).

Por tanto, de acuerdo con este sistema, se permite acudir tanto a la indemnización civil prevista por los arts. 3 y 20.1 como a aquella infraccional, derivada de la querrela relacionada con la garantía legal y que invoca la responsabilidad contravencional del proveedor (cfr. arts. 23 y 26)¹⁹. Esta indemnización, que resulta de una entrega con disconformidad material, también se basa en la violación del principio de intangibilidad regulado por el art. 12, que retoma el viejo brocardo del *pacta sunt servanda* que en el sistema tradicional codificado se refleja en el art. 1545 CC.

¹⁶ Por ejemplo, CÁRDENAS y REVECO (2018), en particular, p. 317 y ss; también, de los remedios, DE LA MAZA y VIDAL (2018), p. 247 y ss. y en particular, en la resolución p. 427 y ss.; DE LA MAZA y VIDAL (2017), donde se trata la resolución con carácter general en p. 413 y ss.

¹⁷ Consúltese en este sentido MEJÍAS (2011) y (2018).

¹⁸ PEÑAILILLO (2003), p. 431, nota 789.

¹⁹ Del art. 23, por ejemplo, véase BARRIENTOS (2009) y BARRIENTOS (2018), p. 360 que incluso posteriormente confirma que “la indemnización de perjuicios se mantiene como el remedio preferido de los consumidores”. En relación con la aplicación de la responsabilidad civil como consecuencia directa o inmediata de la responsabilidad infraccional, en general: BARRIENTOS y CONTARDO GONZÁLEZ (2013). De la separación de los plazos de la acción infraccional e indemnizatoria: BECAR (2008).

La responsabilidad contravencional, relacionada con los derechos que deben ser ofrecidos al consumidor mediante la garantía legal (cfr. arts. 19 y ss) procederá exclusivamente si se verifica un comportamiento culpable del proveedor (art. 23). Así, esta responsabilidad no nace por el solo hecho de expender un producto con fallas, sino, por ejemplo, también podría operar cuando el vendedor se niega injustificadamente²⁰ a dar efectividad a la garantía legal que procede frente a un producto con disconformidad material.

En cambio, la responsabilidad civil que procede de la garantía legal se caracteriza por participar de un régimen prácticamente objetivo²¹. Esto permitiría separar dichas sedes e incluso demandar en ambas, toda vez que ellas reflejan reglas que tienen distintos presupuestos y finalidades.

Sin embargo, la ventaja de la responsabilidad contravencional, de la que puede derivar la acción de daños y perjuicios, es el plazo de ejercicio más amplio en comparación con la garantía legal. Por ello, los breves plazos de ejercicio de la garantía legal frente a un más amplio plazo para el ejercicio de la querrela del art. 26²², en la práctica, termina por desvirtuar lo que señala el art. 21 cuando reza "sin perjuicio del daño ocasionado" (art. 20), pues, aunque con ello se refiere a una indemnización por acción civil, finalmente se recurre a la contravencional *ex* art. 26.

Estas peculiaridades provocan una tendencia a no pedir el remedio concreto expresado en la garantía legal sino que, en cambio, se acuda a una indemnización fundada en el incumplimiento contravencional de la misma garantía. Así ha sucedido con el caso de un celular que no resultó ser resistente al agua²³, de unas zapatillas que sufrieron descoseduras²⁴, de un programa computacional que no pudo ser utilizado²⁵, o de un vehículo que presentó múltiples anomalías al poco tiempo de uso²⁶. Lo anterior ha conducido incluso a otorgar un daño moral autónomo, es decir, sin que acompañe o derive de algún tipo de daño material, como ocurrió respecto de un computador que presentó desperfectos que no fueron reparados por el servicio técnico²⁷. Incluso a veces se pide el

²⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, 4.1.2017, rol 1688-2016.

²¹ Relativo al punto, CORRAL (1999), BARRIENTOS (2016), FERRANTE (2018a).

²² De esta disposición, BARCIA (2009 y 2013), ISLER (2017), concretamente en relación con el ejercicio de la garantía legal FERRANTE (2018b).

²³ En relación con el art. 23, es el caso de un teléfono celular Sony Xperia Z1, teléfono resistente al agua (el catálogo especificaba que era resistente al agua, pudiendo funcionar bajo esta durante 30 minutos): Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 20.1.2016, rol 205-2016.

²⁴ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16.6.2011, rol 299-2011.

²⁵ Corte de Apelaciones de San Miguel, 8.10. 2010, rol 674-2010.

²⁶ Corte de Apelaciones de Santiago, 23.10.2009, rol 7656-2009. Aunque inicialmente se había solicitado extrajudicialmente el reemplazo del automóvil: véase Corte de Apelaciones de Talca, 23.4.2015, rol 2077-2014, donde se condena a la indemnización por daño emergente (un millón), más dos millones por daño moral, con una multa de 25 UTM. En relación con los perjuicios que además provoca un vehículo, véase Corte de Apelaciones de Concepción, 25.11.2013, rol 270-2013.

²⁷ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 17.8.2011, rol 49-2011.

importe del precio del bien comprado por concepto de daño emergente, y, en subsidio, la sustitución del vehículo por otras características, más el daño moral²⁸.

En consecuencia, en los hechos, la preferencia por la indemnización que deriva de la acción contravencional limita la tutela efectiva del comprador, especialmente respecto de los remedios de reparación o sustitución, los que quedan relegados a un segundo nivel de aplicación. Así, el propio derecho de opción previsto en los arts. 19 y ss. se ve debilitado, ya que el objetivo perseguido es “la aplicación de una multa al comercio vendedor del producto y la indemnización de los perjuicios ocasionados”²⁹.

Considerando que condenas infraccionales y de daños y perjuicios pueden ser autónomas, es posible que se llegue a otorgar la indemnización –correspondiente al precio del bien– con independencia de una responsabilidad contravencional que ha sido rechazada³⁰. Esta individualidad, sumada a los distintos plazos de prescripción, conduce a que, frente a la imposibilidad de reclamar la acción civil, se logre la tutela efectiva del consumidor mediante la acción de daños que surge de la responsabilidad infraccional. Y es probable que, gracias al reciente aumento del término de prescripción seis meses a dos años para hacer efectiva esta última³¹, dicha práctica se ve incrementada.

IV. (SIGUE) Y COMO PRÁCTICA ESPECÍFICA EN RELACIÓN CON LA DEVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD PAGADA

El fenómeno que se acaba de analizar conduce a sorprendentes resultados en relación con la devolución de la cantidad pagada. No pudiéndose pedir en sede infraccional los remedios propios de la garantía legal –como la sustitución o la devolución (*stricto sensu*) del precio³²– y gracias a la separación³³ entre responsabilidad contravencional y civil, el mecanismo se desvirtúa por una cierta constante en asociar el importe de la indemnización con la propia cantidad pagada.

Por ello y cuando ya han transcurrido los plazos del art. 21, se recurre a los arts. 23 y 26 para aprovechar su mayor amplitud y casi sistemáticamente se produce la concesión, por un lado, de un daño correspondiente al precio pagado y, por otro, de un daño moral³⁴. De esta manera, se enmascara la tutela que se hubiera dado con la garantía

²⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 1.3. 2011, rol 183-2010.

²⁹ Corte de Apelaciones de Valparaíso, 16.6.2011, rol 299-2011.

³⁰ Además, se condenó a lucro cesante y daño moral: Corte Suprema, 12.4. 2018, rol 995-2018.

³¹ Mediante la modificación del art. 26, operada por la Ley 21.081.

³² Como efectivamente se ha dictaminado al desestimarse la demanda. Corte de Apelaciones de Antofagasta, 14.5.2013, rol 264-2012. En este caso, no se dio lugar a la restitución del dinero, pues se estimó que dicha acción debía hacerse valer por medio de una demanda civil y no de una denuncia infraccional. Sin embargo, se condena a la multa y a las costas al demandado.

³³ Esta independencia se da también al revés, por ejemplo, condenando civilmente, pero absolviendo en la infracción administrativa: Corte de Apelaciones de Santiago, 17.4.2009, rol 7389-2008.

³⁴ Un claro ejemplo donde se obtienen ambos, es en un caso de un *notebook* que presentaba desperfectos: Corte de Apelaciones de Temuco, 2.3.2012, rol 111-2011.

legal, demandando una indemnización equivalente a la devolución del precio pagado por una vía distinta, intentando volver a hacer entrar por la ventana lo que salió, por haber transcurrido ya el brevísimo término de tres meses relativos a la garantía legal.

Un claro ejemplo de esta afirmación es aquella resolución en que, si bien se deniega el remedio de la sustitución y el de la resolución pedidos por el consumidor porque las acciones se encontraban prescritas, al mismo tiempo condena por responsabilidad infraccional al vendedor y otorga una suma por daño moral. Esta sentencia³⁵, aunque no cumple con el patrón de las demás que se revisarán en las próximas páginas (al no conceder el daño material por el importe correspondiente al precio del bien), es útil para clarificar la independencia de la infracción y la correspondiente indemnización respecto de la acción civil de garantía.

En este sentido, la peculiar tendencia jurisprudencial recién expuesta requiere una necesaria sistematización que se analizará seguidamente, con la finalidad de uniformar la comprensión de su actual heterogeneidad.

V. SEGUNDA CONSTATACIÓN: LA DESNATURALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL REMEDIO DE LA DEVOLUCIÓN DE LA CANTIDAD PAGADA

Al sistematizar la jurisprudencia en torno a lo que se ha entendido como resolución del contrato en el marco de la garantía legal, se constata, como se verá seguidamente, una cierta desnaturalización del concepto doctrinal de la devolución de la cantidad pagada y de su asociación con dicho remedio en el derecho de consumo.

En efecto, de una revisión de sentencias se aprecia con facilidad que este derecho a que se devuelva la cantidad pagada no siempre se enmarca técnicamente en una resolución del contrato, sino que se ha concebido de distintas maneras. Por ejemplo, en ocasiones ha sido decretado a propósito de un importe indemnizatorio, pero correspondiente al precio (IV.1). También es posible identificarlo con un híbrido entre ambos remedios, cuando se condena a una indemnización equivalente al precio del bien vendido, pero en que, además, se impone el efecto restitutorio de la devolución del bien (IV.2). Y solamente un exiguo número de pronunciamientos dan constancia de la aplicación de la devolución del precio con efectos directa y únicamente restitutorios, los que, por ello, pueden ser asimilables con propiedad a la resolución del contrato (IV.3).

1. *El importe indemnizatorio equivalente al precio pagado*

La mayoría de los pronunciamientos revisados conceden una indemnización que es igual al importe del precio pagado del bien. Por cierto, se trata de una postura que no debería sorprender, ya que no es extraño que se produzcan casos en los que el valor de la indemnización se reduzca únicamente a esta cuantía y al coste de su transporte cuando

³⁵ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 2.6.2014, rol 24-2014.

proceda. De este modo, se ha manifestado que, cuando la infracción ha sido “no proceder oportunamente a la devolución del precio pagado al constatarse que el producto vendido no era apto para el uso al que estaba destinado [...] se condena al demandado a pagar la suma correspondiente al precio del bien a título de daño emergente”³⁶. Lo mismo ocurre cuando se considera que “los perjuicios causados a la demandante por concepto de daño emergente, se regulan en la suma de [...] dinero que equivale al valor del producto adquirido”³⁷. En este sentido, hay un fuerte patrón jurisprudencial en hacer corresponder la apreciación del daño material exactamente con la suma del precio³⁸, motivo por el que “el daño emergente deberá evaluarse en la suma del valor de la cosa”³⁹.

En definitiva, se produce una confusión entre el remedio de la devolución del precio y los daños y perjuicios, lo que se comprueba por la asimilación de dos medidas que presentan una diversa naturaleza jurídica, restitutoria y compensatoria, respectivamente. Por ello es equívoca la condena a pagar como daño material lo que en la boleta figura como el precio de una chaqueta adquirida⁴⁰. Así como también se ha hecho, de manera automática y múltiple, cuando se conceden a título de indemnización, importes iguales a lo que se pagó⁴¹; por ejemplo, en el caso de un *notebook*⁴² en que expresamente se condenó “por daños directos” a una suma idéntica al precio del computador⁴³. E incluso, cuando se ha otorgado como resarcimiento el precio de un computador que fue robado durante la reparación en el taller y que fue sustituido posteriormente por un segundo que presentó fallas irreparables⁴⁴.

Si bien muchas veces la indemnización del daño material coincidirá con el precio pagado, esto no significa que los perjuicios no puedan consistir en una suma mayor si se le engloba dentro de un ámbito resarcitorio más abarcador⁴⁵. Así, en ocasiones será acumulable con el daño moral⁴⁶ y con otras categorías de perjuicios, como ha ocurrido

³⁶ En este caso, además se otorgó una suma por daño moral por la compraventa de una secadora: Corte de Apelaciones de Rancagua, 16.9.2013, rol 58-2013.

³⁷ Se concede también daño moral en Corte de Apelaciones de La Serena, 9.4.2014, rol 128-2013.

³⁸ “El daño material –daño emergente– que la actora dice haber sufrido corresponde a la suma de \$ 51.800, que es el valor que pagó por el disco duro que no pudo usar en forma plena por falla de origen”: Corte de Apelaciones de Santiago, 31.1. 2013, rol 513-2012.

³⁹ En el caso de un refrigerador, en que se entregaron, además, los daños morales: Corte de Apelaciones de Santiago, 21.6.2010, rol 11857-2009.

⁴⁰ Cfr. art. 47 del CC, con la presunción del art. 426 del CPC: Corte de Apelaciones de Concepción, 30.7.2014, rol 179-2014.

⁴¹ Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 6.11.2013, rol 295-2013; Corte Suprema, 23.3. 2011, rol 9357-2010; Corte de Apelaciones de Concepción, 10.8.2006, rol 8190-2003.

⁴² Invocando el art. 23: Corte de Apelaciones de Arica, 23.9.2016, rol 48-2016.

⁴³ Corte de Apelaciones de Coyhaique, 22.11.2010, rol 32-2010.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 12.7.2007, rol 867-2007.

⁴⁵ Así se establece que “el actor demandó la suma de \$ 50.000 por daño emergente, y pidió la devolución del dinero pagado por la especie defectuosa, suma que debe entenderse comprensiva también del daño emergente que entiende ha experimentado”: Corte de Apelaciones de Antofagasta, 30.3.2004, rol 1226-2003.

⁴⁶ En este caso, el daño moral incluso llega a ser desproporcionado respecto del precio de la leche comprada: Corte de Apelaciones de Valdivia, 12.11.2013, rol 201-2013, con una indemnización de un

respecto de un “daño emergente sufrido por el demandante por las sumas correspondiente al valor del producto más los gastos de transporte y daño moral”⁴⁷. La misma tendencia se da en relación con el precio del vehículo que se “deberá pagar a título de indemnización por daño emergente”, añadiéndose el daño moral y también los gastos relativos a la obtención de la patente y los del seguro obligatorio⁴⁸, sin distinguir que estos últimos corresponden a la primera categoría mencionada por el tribunal.

En consecuencia, no es extraño detectar sentencias en que la indemnización y la devolución del precio pagado se tratan casi como sinónimos. La confusión de remedios se percibe con claridad cuando se afirma que se “deberá pagar a título de indemnización y devolución del producto adquirido la suma de \$ 6.794.700”⁴⁹. Siguiendo esta tendencia, se ha fallado también que “se ha producido por parte del consumidor la restitución a la casa comercial demandada, de la impresora que adquirió, de modo que, conforme a lo reclamado, se entiende que este persigue la devolución de la cantidad pagada por concepto de precio, ascendente a \$ 44.980 correspondiente al daño emergente que genera el perjuicio que ha sufrido”⁵⁰.

Esta tendencia jurisprudencial, añade un factor adicional que debe ser destacado: en ocasiones no solo procede a condenar al daño material haciéndolo corresponder con el valor del bien adquirido, sino que ha llegado a omitir ordenar al comprador la restitución del bien defectuoso⁵¹.

2. *El híbrido entre el remedio resolutorio y el indemnizatorio*

La peculiar interpretación de las sentencias recién analizadas hasta ahora refleja una confusión conceptual en la naturaleza de los remedios concedidos. Asimismo, esta imprecisión se vuelve definitivamente más incongruente al mezclar los *efectos* de estos dos remedios, creando un híbrido inapropiado.

Un verdadero oxímoron jurídico de fondo se da, entonces, no solo cuando se asimilan nominalmente los daños y perjuicios al importe de la devolución de lo pagado, sino, sobre todo, cuando se produce el efecto restitutorio.

millón de pesos por cada afectado. Acerca de la compraventa de una motocicleta cuyo precio era de 523.529 pesos se indemniza un daño moral de un millón de pesos: Corte de Apelaciones de La Serena, 21.11.2012, rol 352-2012; Corte de Apelaciones de Santiago, 21.6.2010, rol 11857-2009, donde se concede un daño moral de dos millones de pesos, habiéndose pagado un refrigerador por 900.000 pesos.

⁴⁷ Aquí el proveedor no informó del derecho de opción de la garantía legal sino solo hasta la contestación de la demanda, momento en que se configuró la infracción: Corte de Apelaciones de Valparaíso, 4 de julio de 2013, rol 228-2013.

⁴⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 15.6.2010, rol 27-2010.

⁴⁹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 20.3.2013, rol 251-2012.

⁵⁰ Corte de Apelaciones de La Serena, 14.10.2011, rol 117-2011.

⁵¹ Otro ejemplo es en el caso de la compra de un coche de guagua: Corte de Apelaciones de La Serena, 7.11.2011, rol 133-2011. Pese a que es dudoso que, si el demandado no reclama debidamente la restitución del bien, el juez pueda otorgarla de oficio, bien podría alegarse posteriormente por el proveedor una situación de enriquecimiento ilícito y ejercer, en consecuencia, la correspondiente acción *in rem verso*.

Lo anterior se evidencia en resoluciones que expresan, por ejemplo, que “los perjuicios cuya indemnización pretendió la actora” se materializan en “el reembolso de lo pagado”, previa “devolución de la especie al demandado”⁵². Si bien la solución parece equilibrada, existe una imprecisión conceptual en la que no se reparó: solo la resolución por incumplimiento –que no fue demandada en este caso– es el remedio que tiene efectos restitutorios; y ellos provienen de la consecuencia natural del efecto extintivo del contrato⁵³, como además expresamente prevé el art. 20. En cambio, el efecto indemnizatorio tiene una finalidad compensatoria o reparatoria de los daños provocados, pero no de extinción del contrato y menos que opere en forma automática⁵⁴.

Esta postura jurisprudencial no es aislada y suele ordenar el efecto restitutorio a propósito de la indemnización de daños. Se trata de una tendencia –que se da en varios casos– que crea un mecanismo restitutorio adjunto a la acción de daños.

Así, por ejemplo, se afirma que “la demandante debe restituir el producto defectuoso al momento de recibir el pago de la indemnización a que fue condenada la empresa demandada a su favor”⁵⁵, destacando que, en dicha evaluación, ya se consideró el precio del bien. También se presenta a propósito de la compra de piano⁵⁶, de otro bien⁵⁷ o de una lavadora donde, además de conceder los daños morales, se ordena que “la denunciante y demandante civil [debe] efectuar la devolución del aparato adquirido por haberse dispuesto el resarcimiento total del valor de compra”⁵⁸. Expresamente también se ha señalado en la venta de automóviles⁵⁹, condenando condicionalmente a “la restitución al actor de lo pagado por la compra del vehículo [...], a título de daño emergente, [y] corresponde también ordenar la devolución del vehículo comprado, por lo que, satisfecho el pago de la suma señalada, procede que el actor deba a su vez restituir la cosa adquirida al vendedor”⁶⁰. La indemnización paralela a la restitución y esta mezcla de

⁵² Corte de Apelaciones de Concepción, 9.6. 2015, rol 380-2014.

⁵³ Por todos véase CÁRDENAS y REVECO (2018), 357 y ss.

⁵⁴ Esta discusión ya se produjo a propósito de la autonomía de la indemnización de daños en el derecho civil, concluyéndose que, dependiendo del tipo y estado de cumplimiento del contrato, este se entenderá vigente, cumplido o extinguido. PIZARRO (2007), p. 216 y LÓPEZ (2015), pp. 348 y ss.

⁵⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, 23.9.2015, rol 940-2015.

⁵⁶ Aquí se ordena que “se debe condenar a la demandada, por concepto de daño emergente, a la devolución del dinero de compra (...), lo que deberá efectuarse previa restitución: Corte de Apelaciones de Santiago, 16.4.2015, rol 121-2015.

⁵⁷ Aquí la sentencia no especifica de qué bien se trata: Corte de Apelaciones de Santiago, 23.9.2015, rol 940-2015.

⁵⁸ Corte de Apelaciones de Iquique, 8.10.2015, rol 79-2015.

⁵⁹ Corte de Apelaciones de Concepción, 5.11.2013, rol 206-2013.

⁶⁰ Se concede, además, el daño moral respecto de la compraventa de un automóvil: Corte de Apelaciones de Iquique, 10.12.2010, rol 89-2010. Lo mismo ocurre en otro caso, en que se condena por daño emergente al importe del precio del vehículo y se ordena su restitución: “[...] de manera que el monto otorgado por daño emergente, correspondiente al valor pagado por la adquisición del vehículo, procede que sea satisfecho, previa restitución del mismo”: Corte de Apelaciones de La Serena, 23.7.2012, rol 23-2012.

conceptos es aún más perceptible cuando, en la devolución, se puntualiza que deben deducirse las cuotas ya pagadas⁶¹.

Ahora bien, es cierto que para evitar una situación de enriquecimiento injustificado⁶² el consumidor debería siempre restituir el bien –salvo que haya perecido o ya sea totalmente inservible⁶³– y así se daría cumplimiento al efecto consecuencial de la resolución. Pero es menester tener en consideración la relevancia de este aspecto, por cuanto, *a fortiori*, un eventual enriquecimiento también se produciría respecto de otros remedios. Como ocurre si, además de concederse la sustitución del bien, se pidan daños y perjuicios (siguiendo la praxis) por un importe igual al precio del bien⁶⁴.

Asimismo, la inexactitud de la postura jurisprudencial recién mencionada resulta más evidente porque el inciso penúltimo del art. 21 considera a la devolución de lo pagado como una hipótesis de venta que queda sin efecto. La expresa referencia que se hace al art. 70 del Decreto Ley 825 de 1974 es clave, pues dicho precepto establece la posibilidad de devolver el importe neto de la cantidad pagada. Esta disposición, que claramente apunta a que la devolución del precio se asimile a una resolución del contrato, debe, por tanto, aplicarse con efectos restitutorios y no en un contexto indemnizatorio. Sin embargo, los tribunales, a la hora de aplicar esta disposición en consonancia con el art. 70 del Decreto Ley 825, utilizan expresión “pagar”⁶⁵ y no “devolver”, cuando se condena al pago de una indemnización equivalente al precio del vehículo, pero aplicando el importe neto del precio⁶⁶.

3. *La efectiva aplicación de la devolución de la cantidad pagada como resolución del contrato*

Si bien es una parte minoritaria de las sentencias, deben destacarse aquellas que correctamente otorgan una devolución del precio coherente con la finalidad del remedio resolutorio, en aras de su función restitutoria⁶⁷. En efecto, para algún pronunciamiento se expresa claramente que la devolución de la cantidad pagada “no corresponde sino a

⁶¹ Aquí se condena, en la compraventa de un *scooter*, “a título de indemnización de perjuicios, a pagar a la actora un monto equivalente al que da cuenta la Factura de fojas 2 599.000.-, al cual habría que deducir las cuotas en que se convino la compra, que aún resten por servir, según cálculo a efectuarse por la Señora secretaria del Tribunal, previa restitución del vehículo a la demandada”: Corte de Apelaciones de Copiapó, 13.4. 2012, rol 12-2012.

⁶² Como se afirma expresamente por la Corte de Apelaciones de Concepción, 5.11.2013, rol 206-2013.

⁶³ Como en el caso de la leche adulterada: Corte de Apelaciones de Valdivia, 12.11. 2013, rol 201-2013.

⁶⁴ Esto se pide y desestima, toda vez que, correctamente, la solicitud conduciría a un enriquecimiento injusto en la compraventa de un computador: Corte de Apelaciones de Coyhaique, 3.12.2009, rol 28-2009. Además, destaca que se deniega la solicitud de daño moral.

⁶⁵ “[...] la parte demandada deberá pagar al actor la suma de nueve millones novecientos noventa mil pesos (\$ 9.990.000) a la que deberá reducirse el Impuesto al Valor Agregado [...] debiendo procederse a la devolución del vehículo al vendedor, sin costas del recurso: Corte de Apelaciones de Antofagasta, 1.3.2011, rol 183-2010.

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 3.2.2011, rol 148-2010.

⁶⁷ En relación con unos anteojos donde que se “deberá devolver [...], la suma de \$ 130.000, pagada”: Corte de Apelaciones de Concepción, 11.8.2008, rol 606-2007.

una acción restitutoria⁶⁸ y en este sentido, se procede a ordenar la restitución del valor del precio pagado más el daño moral, prescindiendo de la condena de la infracción administrativa⁶⁹.

Es importante aquí reportar un par de sentencias que no solo enmarcan adecuadamente la devolución de la cantidad pagada en el ámbito resolutorio, sino que destacan la improcedencia de una indemnización correspondiente a la cuantía del precio pagado. En este sentido, en sede de apelación, se revoca parcialmente la sentencia de primera instancia que había concedido dicho resarcimiento y lo limita a una suma considerablemente inferior, manifestando que “no hubo pérdida total del vehículo⁷⁰”.

Este pronunciamiento destaca porque, tratándose de una acción de daños, se limita a examinar este remedio y no impone al actor la restitución del bien. De esta forma, respecto del automóvil se considera que “si bien presenta un defecto, lo mantiene en su poder al menos funcionando –como se dijo– con casi 9.000 kilómetros recorridos, de manera que no corresponde acceder al pago por concepto de daño emergente por el monto total del vehículo, no obstante ello, no habiéndose entregado por el proveedor un producto de óptima calidad, como era su obligación, corresponde resarcir el perjuicio, pero por una suma inferior al monto del vehículo rebajándose en consecuencia el valor concedido⁷¹”.

Siguiendo esta tendencia, algunos pronunciamientos de las Cortes de apelaciones, de manera correcta, identifican que la devolución de la cantidad pagada no es un propiamente daño. Gracias a ellos, se rectifican inexactitudes que pudieren haberse generado en primera instancia, afirmando que el importe que se había concedido al consumidor a título de indemnización no corresponde a un perjuicio, sino que a una genuina restitución⁷².

VI. CONCLUSIONES

El análisis jurisprudencial efectuado no solo ha demostrado una opinión heterogénea de los tribunales respecto de los remedios relativos a la garantía legal, sino que entre esta interpretación y el rigor de aquella doctrinal, se presenta un desencaje, con excepción de una parte minoritaria de pronunciamientos.

Al intentar identificar las causas de esta praxis, se puede señalar la redacción críptica de la Ley 19.496 y sus características propias, ya que se trata de una ley con fuertes

⁶⁸ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 14.5.2013, rol 264-2012.

⁶⁹ Efectivamente, en una compra de un automóvil, se revoca la condena al pago de 10 UTM a las que la primera instancia había condenado: Corte de Apelaciones de Santiago, 17.4.2009, rol 7389-2008.

⁷⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24.2.2010, rol 150-2009.

⁷¹ Corte de Apelaciones de Antofagasta, 24.2.2010, rol 150-2009.

⁷² En este sentido se “confirma en lo demás, la referida sentencia, con declaración que se accede a la petición del mismo actor civil indicado en el numeral anterior, en cuanto a su derecho de opción de recibir devuelto el monto del precio pagado a la demandada”. Pero al mismo tiempo se afirma “que la suma a restituir por la demandada reemplaza el monto de indemnización que se había otorgado en favor del mismo actor civil, por la sentencia en alzada”: Corte de Apelaciones de San Miguel, 18.8.2015, rol 470-2015.

rasgos administrativos⁷³, que no consigue compatibilizar los plazos de prescripción de la acción por responsabilidad contravencional, con los del ejercicio de la garantía legal. Esto produce una distorsión del sistema que incide en la jerarquía remedial y fagocita, en los hechos, ciertos remedios tradicionales en favor del consumidor derivados de la garantía legal, como sucede con la devolución del precio frente a la indemnización.

Si se considera que esto es cierto, los pronunciamientos analizados no deben ser reprochados *prima facie*, sino que reinterpretados. Al realizar una lectura transversal de las sentencias que condenan al daño emergente previa restitución, es probable que el juez haya tenido presente que requerir la devolución del objeto era una medida de justicia necesaria para evitar el enriquecimiento injustificado. De esta forma, al aplicar *de facto* el remedio de la resolución del contrato —o al menos uno de sus principales efectos— elude el impedimento que muchas veces se presenta para acudir a él cuando la garantía legal está prescrita.

Consecuencialmente, utiliza el mecanismo indemnizatorio relativo a la responsabilidad contravencional, único posible de demandar en estas circunstancias, revisitándolo con la finalidad de hacer respetar el sinalagma contractual. Por lo anterior, el hecho de que los tribunales enmarquen el remedio de la devolución en una tipología de daños y perjuicios, consigue tutelar al sujeto débil, porque finalmente se le concede el remedio que tiene sus acciones prescritas en la vía contractual regular, al haberse cumplido ya el breve plazo de la garantía legal.

La idea jurisprudencial de asegurar una tutela efectiva *pro consumatore* se observa también en aquellas sentencias que condenan por daño emergente al importe equivalente al precio pagado, pero que no descuidan su diferente naturaleza jurídica. Generalmente, será posible identificarlas por un *obiter* que aluda a esta distinción, como cuando se formula que “en la demanda que da lugar a esta causa el consumidor no está pidiendo la restitución de aquella cantidad, sino la indemnización de perjuicios por daño material. Se trata, pues, de acciones totalmente diversas”⁷⁴.

En definitiva, se asiste a una práctica que, si bien no es técnicamente perfecta, resulta eficiente desde el punto de vista de la tutela del consumidor, dando pie a una paradoja: ahí donde la responsabilidad “objetiva” de la garantía legal no se concreta, sí lo hace la culposa, es decir, una que disminuye el estándar de protección al aumentar las posibilidades de exclusión. Y, además, al otorgar la indemnización en sede de responsabilidad contravencional es que, esencialmente, terminan por limitarse ciertos derechos, como el de restitución o reembolso que otorga el art. 21⁷⁵.

⁷³ Claro ejemplo es la Ley 21.081 de 2018 que modifica la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores (Diario Oficial de 13 de septiembre) y que, esencialmente, no toca aspectos de tutela efectiva del consumidor en relación con la garantía legal.

⁷⁴ Y contextualmente a la demanda por indemnización se le aplica el plazo del art. 26, mientras que la devolución del precio debe estar sujeta al plazo del art. 21 de la Ley 19.496: Corte de Apelaciones de Temuco 2.3.2012, rol 111-2011.

⁷⁵ Entre muchas confróntese: Corte Suprema, 23.3.2011, rol 9357-2010; Corte de Apelaciones de Concepción, 28.11.2013, rol 196-2013; Corte de Apelaciones de Concepción, 5.11.2013, rol 206-2013; Corte de Apelaciones de Antofagasta, 10.5.2013, rol 226-2012.

Más complicado resulta justificar aquellos pronunciamientos por los que se condena por el importe equivalente al valor del bien, pero en que no se ordena su restitución, dando lugar a eventuales problemas de enriquecimiento injustificado. Aquí puede identificarse un problema de sociología de derecho, debiéndose tomar conciencia de otra realidad: aquella por la que el derecho de consumo, que, en la práctica mueve la economía mediante la relación *business to consumer*, no solo no ha sido estudiado con profundidad por los jueces, sino que tampoco se imparte con regularidad en la etapa de pregrado, situación que podría contribuir a formar adecuadamente las futuras generaciones de abogados, jueces y académicos.

Del análisis efectuado y del hecho de que la Ley 19.496 no prevea expresamente un derecho a la resolución del contrato, se evidencia un claro problema dentro del sistema de tutela del consumidor, no solo respecto de este remedio específico, sino en cuanto a la interacción y jerarquía que podría tener tanto con la acción de daños y perjuicios como con los demás previstos por las leyes.

BIBLIOGRAFÍA

- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, 2008: "La acción redhibitoria como acción de nulidad", en: GUZMÁN BRITO, Alejandro (edit.), *Estudios de Derecho Civil III. Jornadas Nacionales de Derecho Civil Valparaíso, 2007*, Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 659-668.
- BARAONA GONZÁLEZ, Jorge, 2014: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo", en: *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, Nº 2, pp. 381-408.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2013: "Art. 26": en Pizarro Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (Dir.), Barrientos Camus, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 607-748.
- BARCIA LEHMANN, Rodrigo, 2012: "Estudio sobre la prescripción y caducidad en el derecho del consumo", *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 19.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, 2009: "Función del artículo 23 como fuente ambigua de responsabilidad en la Ley de Protección al consumidor. Alguna jurisprudencia reciente", en Pizarro Wilson, Carlos (coord.), *Estudios de Derecho Civil IV*, Santiago de Chile, Legal Publishing, pp. 625-642.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, 2013: "Art. 20", en Pizarro Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (Dir.), Barrientos Camus, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 524-538.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, 2016: *La garantía legal*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, 2017: "Intento de configuración de un concurso de normas por entregas defectuosas en la Ley de Consumo y el Código Civil chilenos", *Revista de Derecho Privado* (Universidad externado), Nº 32.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca, 2018: "Intento de configuración de un concurso de normas por entregas defectuosas en la Ley de Consumo y el Código Civil chilenos", en Vidal Olivares, Álvaro y Momberg Uribe, Rodrigo (edit.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, pp. 345-360.
- BARRIENTOS CAMUS, Francisca y CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, 2013: "Art. 23, primer inciso", en Pizarro Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (Dir.), Barrientos Camus,

- Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 556-582.
- CAPRILE, BIERMANN, Bruno, 2010: "El desistimiento unilateral o renuncia. Una especial forma de extinción de los contratos", en: Gonzalo Figueroa Yáñez et al. (coord.), *Estudios de Derecho Civil VI, Jornadas Nacionales de Olmué*, Santiago, Abeledo Perrot, Legal Publishing, pp. 271-296.
- CÁRDENAS VILLARREAL, Hugo; REVECO URZÚA, Ricardo, 2018: *Remedios contractuales. Cláusulas, acciones y otros mecanismos de tutela del crédito*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, 2018: "Las garantías voluntarias y convencionales en el derecho de consumo", en Vidal Olivares, Álvaro y Momberg Uribe, Rodrigo (edit.), *Cumplimiento específico y ejecución forzada del contrato. De lo sustantivo a lo procesal*, Valparaíso, Ediciones Universitarias Valparaíso, pp. 361-373.
- CONTARDO GONZÁLEZ, Juan Ignacio, 2013: "Art. 41", en Pizarro Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (Dir.), Barrientos Camus, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 866-888.
- CORNEJO AGUILERA, Pablo; LARROUCAU TORRES, Jorge, dir., 2018: *Contratos. Jurisprudencia civil comentada*, Santiago de Chile, Der.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 1999: "Ley de Protección al consumidor y responsabilidad civil por productos y servicios defectuosos", *Cuadernos de Extensión de la Facultad de Derecho*, monográfico sobre "Derecho del consumo y protección al consumidor. Estudios sobre la Ley N° 19.496 y las principales tendencias extranjeras" (Corral Talciani, Hernán ed.), Universidad de Los Andes, N° 3.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2006: "La responsabilidad por incumplimiento y por productos peligrosos en la ley de protección de los derechos de los consumidores", *Cuadernos de Extensión de la Facultad de Derecho*, monográfico sobre "La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004" (Baraona González, Jorge y Lagos Villarreal, Osvaldo ed.), Universidad de Los Andes, N° 12.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2011: *Responsabilidad por productos defectuosos*, Santiago de Chile, Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- CORRAL TALCIANI, Hernán, 2013: "Art. 48", en Pizarro Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (Dir.), Barrientos Camus, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 939-947.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo, 2018: *Incumplimiento del vendedor. Estudios y sentencias*, Santiago de Chile, Der.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2018: *Cuestiones de derecho de contratos. Formación, incumplimientos y remedios*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- DE LA MAZA GAZMURI, Íñigo; VIDAL OLIVARES, Álvaro, 2017: *Derecho de los contratos. Formación. Contenido. Incumplimiento y remedios del acreedor*, Bogotá, Astrea, Universidad Sergio Arboleda.
- FERRANTE, Alfredo, 2018a: "Una revisión de los remedios del consumidor chileno en la compraventa con disconformidad a partir de la diferencia entre obligación y garantía", *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado), N° 35.
- FERRANTE, Alfredo, 2018b: "El inicio del plazo para el ejercicio de la responsabilidad contravencional relativa a la garantía legal", *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 30.
- GUERRERO BECAR, José Luis, 2008: "La distinción entre contravención infraccional e incumplimiento contractual o contravención civil en materia de protección de derechos del consumidor", en GUZMÁN BRITO, Alejandro (edit.), *Colección de estudios de Derecho Civil en homenaje a la profesora Inés Pardo de Carvalho*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, pp. 433-453.

- ISLER SOTO, Erika, 2017: *Prescripción extintiva en el Derecho del Consumo*, Santiago de Chile: Rubicon.
- LÓPEZ DÍAZ, Patricia Verónica, 2015: *La autonomía de la indemnización de daños por incumplimiento de un contrato bilateral en el Código Civil chileno*, Santiago de Chile, Thomson Reuters.
- LORENZINI BARRÍA, Jaime, 2016: "Aspectos relevantes de la garantía legal en la Ley de protección al consumidor", en: Departamento de Derecho Privado Universidad de Concepción (edit.), *Estudios de Derecho Civil XI. Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Concepción*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 685-704.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, 2011: *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*, Santiago de Chile Abeledo Perrot, Legal Publishing.
- MEJÍAS ALONZO, Claudia, 2018: *Resolución por incumplimiento: su procedencia y efectos*, Cuadernos jurídicos de la academia judicial, Santiago de Chile, Der.
- NASSER OLEA, Marcelo, 2013: "Art. 21", en Pizarro Wilson, Carlos y De la Maza Gazmuri, Íñigo (Dir.); Barrientos Camus, Francisca (coord.), *La protección de los Derechos de los consumidores*, Santiago de Chile, Thomson Reuters, pp. 539-552.
- PEÑAILLO ARÉVALO, Daniel, 2003: *Obligaciones. Teoría general y clasificaciones. La resolución por incumplimiento*, Santiago de Chile Editorial Jurídica.
- PIZARRO WILSON, Carlos, 2007: "La responsabilidad contractual en el Derecho Chileno", en Mantilla Espinosa, Fabricio (coord.) *Problemas de Derecho de los Contratos*, Bogotá, Universidad del Rosario, *idem* en Pizarro Wilson, Carlos, "Por la autonomía de la acción indemnizatoria por incumplimiento contractual. Sentencia de la Corte de Apelaciones de Punta Arenas, 9 de enero de 2007, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 9.
- RODRÍGUEZ GREZ, Pablo, 2015: *Derecho del Consumidor. Estudio crítico*, Santiago de Chile Thomson Reuters.
- RODRÍGUEZ PINTO, María Sara, 2006: "Prestación de servicios y responsabilidad civil en la ley sobre protección de los derechos de los consumidores", *Cuadernos de extensión de la Facultad de Derecho*, monográfico sobre "La protección de los derechos de los consumidores en Chile. Aspectos sustantivos y procesales luego de la reforma contenida en la Ley 19.955 de 2004" (Baraona González, Jorge y Lagos Villarreal, Osvaldo ed.), Universidad de Los Andes, N° 12.

Normas Jurídicas citadas:

- LEY 19.496 SOBRE PROTECCIÓN DE DERECHO DE LOS CONSUMIDORES. Diario Oficial de 7 de marzo de 1997.
- DECRETO LEY 825 SOBRE IMPUESTO A LAS VENTAS Y SERVICIOS Y OTRAS DISPOSICIONES LEGALES. Diario Oficial de 31 de diciembre de 1974.

Jurisprudencia citada:

- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 30 de marzo de 2004, rol 1226-2003, en vlex.cl (VLEX-564562730).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 10 de agosto de 2006, rol 8190-2003, en vlex.cl (VLEX-564607126).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 12 de julio de 2007, rol 867-2007, en vlex.cl (VLEX-563982914).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 11 de agosto de 2008, rol 606-2007, en westlawchile.cl (CL/JUR/5683/2008).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 17 de abril de 2009, rol 7389-2008, en vlex.cl (VLEX-563747358).

- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 23 de octubre de 2009, rol 7656-2009, en westlawchile.cl (CL/JUR/5259/2009).
- CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, sentencia de fecha 3 de diciembre de 2009, rol 28-2009, en vlex.cl (VLEX-242797114).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 24 de febrero de 2010, rol 150-2009, en westlawchile.cl (CL/JUR/2409/2010).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 15 de junio de 2010, rol 27-2010, en vlex.cl (VLEX-234329339).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 21 de junio de 2010, rol 11857-2009, en westlawchile.cl (CL/JUR/3436/2010).
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de fecha 8 de octubre de 2010, rol 674-2010, en vlex.cl (VLEX-226624095).
- CORTE DE APELACIONES DE COYHAIQUE, sentencia de fecha 22 de noviembre de 2010, rol 32-2010, en <https://civil.pjud.cl>
- CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, sentencia de fecha 10 de diciembre de 2010, rol 89-2010, en vlex.cl (VLEX-235899179).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 3 de febrero de 2011, rol 148-2010, en vlex.cl (VLEX-339912818).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 1 de marzo de 2011, rol 183-2010, en westlawchile.cl (CL/JUR/1671/2011).
- CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 23 de marzo de 2011, rol 9357-2010, en vlex.cl (VLEX-436703710).
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, sentencia de fecha 16 de junio de 2011, rol 299-2011, en vlex.cl (VLEX-287386835).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 17 de agosto de 2011, rol 49-2011, en vlex.cl (VLEX-313000942).
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de fecha 14 de octubre de 2011, rol 117-2011, en westlawchile.cl (CL/JUR/8203/2011).
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de fecha 7 de noviembre de 2011, rol 133-2011, en vlex.cl (VLEX-331912490).
- CORTE DE APELACIONES DE TEMUCO, sentencia de fecha 2 de marzo de 2012, rol 111-2011, en vlex.cl (VLEX-573019846).
- CORTE DE APELACIONES DE COPIAPÓ, sentencia de fecha 13 de abril de 2012, rol 12-2012, en vlex.cl (VLEX-370935314).
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de fecha 23 de julio de 2012, rol 23-2012, en vlex.cl (VLEX-395466734).
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de fecha 21 de noviembre de 2012, rol 352-2012, en vlex.cl (VLEX-408092078).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 31 de enero de 2013, rol 513-2012, en vlex.cl (VLEX-567287566).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 20 de marzo de 2013, rol 251-2012, en vlex.cl (VLEX-634701293).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 10 de mayo de 2013, rol 226-2012, en vlex.cl (VLEX- 638340053).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 14 de mayo de 2013, rol 264-2012, en vlex.cl (VLEX-581438222).
- CORTE DE APELACIONES DE VALPARAÍSO, sentencia de fecha 4 de julio de 2013, rol 228-2013, en vlex.cl (VLEX-586466674).

- CORTE DE APELACIONES DE RANCAGUA, sentencia de fecha 16 de septiembre de 2013, rol 58-2013, en vlex.cl (VLEX-589987706).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 5 de noviembre de 2013, rol 206-2013, en westlawchile.cl (CL/JUR/2542/2013).
- CORTE DE APELACIONES DE VALDIVIA, sentencia de fecha 12 de noviembre de 2013, rol 201-2013, en vlex.cl (VLEX-565725098).
- CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, sentencia de fecha 6 de noviembre de 2013, rol 295-2013, en vlex.cl (VLEX-563318654).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 25 de noviembre de 2013, rol 270-2013, en vlex.cl (VLEX-567018166).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 28 de noviembre de 2013, rol 196-2013, (VLEX-589997502).
- CORTE DE APELACIONES DE LA SERENA, sentencia de fecha 9 de abril de 2014, rol 128-2013, en vlex.cl (VLEX-566918174).
- CORTE DE APELACIONES DE ANTOFAGASTA, sentencia de fecha 2 de junio de 2014, rol 24-2014, en vlex.cl (VLEX-577669034).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 30 de julio de 2014, rol 179-2014, en vlex.cl (VLEX-579424542).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 16 de abril de 2015, rol 121-2015, en westlawchile.cl (CL/JUR/2155/2015).
- CORTE DE APELACIONES DE TALCA, sentencia de fecha 23 de abril de 2015, rol 2077-2014, en vlex.cl (VLEX-591287074).
- CORTE DE APELACIONES DE CONCEPCIÓN, sentencia de fecha 9 de junio de 2015, rol 380-2014, en vlex.cl (VLEX-591290382).
- CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL, sentencia de fecha 18 de agosto de 2015, rol 470-2015, en vlex.cl (VLEX-632361569).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 23 de septiembre de 2015, rol 940-2015, en vlex.cl (VLEX-643711129).
- CORTE DE APELACIONES DE IQUIQUE, sentencia de fecha 8 de octubre de 2015, rol 79-2015, en vlex.cl (VLEX-584540010).
- CORTE DE APELACIONES DE PUNTA ARENAS, sentencia de fecha 20 de septiembre de 2016, rol 205-2016, en westlawchile.cl (CL/JUR/3417/2016).
- CORTE DE APELACIONES DE ARICA, sentencia de fecha 23 de septiembre de 2016, rol 48-2016, en vlex.cl (VLEX-661096525).
- CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, sentencia de fecha 4 de enero de 2017, rol 1688-2016, en vlex.cl (VLEX-657019809).
- CORTE SUPREMA, sentencia de fecha 12 de abril de 2018, rol 995-2018, en <https://civil.pjud.cl>

DOI: 10.4067/S0718-09502020000100159

Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo

*Sebastián Bozzo Hauri**

RESUMEN

El presente trabajo analiza el problema del sobreendeudamiento del consumidor en Chile a la luz de las Directivas dictadas por el Parlamento europeo y lo realizado en esta materia especialmente por España. La primera parte se refiere a la noción, causas y problemas que genera el fenómeno de sobreendeudamiento en Chile, para luego revisar cómo se ha enfrentado en Europa para evitar que el consumidor pase de una situación de sobreendeudamiento a una situación de insolvencia.

Sobreendeudamiento; insolvencia; consumidor

*Consumer overindebtedness in Chile:
A review in the light of European law*

ABSTRACT

This paper analyzed the problem of consumer over-indebtedness in Chile in light of the Directives issued by the European Parliament and what has been done in this area by countries such as Spain, France, Italy and Portugal. In the first part, it refers to the notion, causes and problems generated by the over-indebtedness phenomenon in Chile. Then, it reviews how the consumer overindebtedness has faced in Europe to avoid an insolvency situation.

Overindebtedness; insolvency, consumer

* Licenciado en Derecho, Universidad Autónoma, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor de Derecho, Universidad Autónoma, Chile. Correo electrónico: sebastian.bozzo@uautonoma.cl

Este trabajo se enmarca en el proyecto Fondecyt N° 11180676.

Artículo recibido el 25.2.2019 y aceptado para su publicación el 2.7.2019.

I. INTRODUCCIÓN

Estudiar el fenómeno del sobreendeudamiento y sus mecanismos de protección en Chile, a la luz de los problemas que se han suscitado en Europa, tiene por fin analizar las respuestas que allí se han dado sobre la base de ciertos principios claves, como el de endeudamiento responsable, desarrollado por la Unión Europea como respuesta al llamado “crédito predatorio”, y el de financiamiento sostenible, que estructura mecanismos seguros de financiamiento para personas mayores de edad que permiten la obtención de créditos sin poner en riesgo sus ingresos. Esta realidad exógena puede contribuir a prevenir o paliar algunos de los problemas que ya existen en Chile y a los que, de momento, ni la legislación ni los jueces han podido dar respuesta.

En efecto, en Chile no existen leyes que traten las externalidades negativas asociadas al crédito de consumo, regulando, por ejemplo, la figura de los contratos conexos o vinculados, como tampoco mecanismos seguros de financiamiento para personas mayores de edad.

La filosofía, particularmente impulsada desde Europa, por ejemplo, ha establecido la idea que es mejor ajustar las condiciones del crédito que dar por resuelto el contrato. En España, ello ha tenido repercusiones no solo en la legislación civil, sino también en la procesal. Para intentar combatir los altos niveles de endeudamiento, fruto de la expansión del acceso al crédito y la existencia de nuevos productos y nuevas prácticas crediticias en el mercado, la Unión Europea incorporó el programa del préstamo responsable, tímidamente, primero, en la Directiva 2008/48, de 23 de abril de 2008, sobre crédito al consumo y, luego, de forma más enérgica, en la Directiva 2014/17, de 28 de febrero de 2014, respecto de los contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial. Con ello se ha tratado de garantizar que los acreedores profesionales consideren las necesidades e intereses de los consumidores prestatarios durante todo el tiempo que dura el contrato, lo que comporta tanto la necesidad de facilitarles el máximo ahorro (*vgr.* mediante el reembolso anticipado sin penalización), como la de evitar que sucumban a la tentación de un negocio que comporta altos riesgos.

El legislador europeo arbitra medidas para prevenir el sobreendeudamiento, que pasan por imponer la transparencia en la comercialización de préstamos, el análisis del mérito crediticio o la concesión de un derecho a desistir, pero también fomentando una tolerancia razonable a la hora de reclamar el pago, por ejemplo, sobre la base de limitar los intereses moratorios, evitando que se abuse de las cláusulas de vencimiento anticipado, o limitando el recurso a la ejecución forzosa con el fin de que no se ejercite antes de haber intentado una negociación con el deudor. Además, la política de crédito responsable lleva consigo la implementación de medidas que comportan una mejora en la educación financiera de los consumidores, pero también exige combatir problemas internos estructurales de las entidades, como la política de incentivos que propicia la comercialización indebida de productos crediticios y que, en buena medida, afecta igualmente a los intermediarios, como, por ejemplo, la vinculada a la remuneración asociada a las operaciones realizadas o la venta de tarjetas o de seguros asociados al préstamo.

II. NOCIÓN, CAUSAS Y PROBLEMÁTICA DEL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES EN CHILE

1. *Noción de sobreendeudamiento*

No existe hasta el momento un concepto unitario tanto a nivel nacional como europeo del sobreendeudamiento, siendo difícil su delimitación¹. Sin embargo, este comúnmente se reconduce a situaciones en que el patrimonio del deudor resulta financieramente insuficiente para el pago de sus deudas que, de otro lado, encuentran su origen frecuentemente en el recurso al crédito particularmente bancario mediante contratos de financiación a largo plazo.

Este recurso al crédito siempre disminuye la demanda global del consumo de la persona física, porque de sus ingresos hay que restar el costo del crédito, lo que termina incidiendo en una situación de sobreendeudamiento, en ocasiones en conexión con una concesión poco responsable de crédito por la entidad financiera, que, la mayoría de las veces, asegura el cumplimiento del contrato por medio de garantías personales o reales de que dispone el deudor².

De esta forma, el sobreendeudamiento se asemeja con una situación de insolvencia, identificables porque el patrimonio del deudor arroja un saldo negativo, por ser menor su patrimonio activo que el monto total de sus deudas vencidas y exigibles³.

No obstante, el sobreendeudamiento puede asociarse además a una situación financiera compleja de carácter coyuntural que no necesariamente signifique que el pasivo de su patrimonio sea mayor que el activo⁴. En este sentido, el sobreendeudamiento se puede presentar cuando existe la imposibilidad de hacer frente al conjunto de obligaciones financieras, por la multiplicidad de deudas asociadas a créditos de consumo, alquileres, facturas de gas, electricidad, pensión de alimentos, crédito hipotecario, etcétera⁵.

De este modo, en el sentido más amplio, se hallará sobreendeudado aquel consumidor que, aunque no resulte definitivamente insolvente, no sea capaz de hacer frente a sus deudas según un plan de ingreso racional⁶.

¹ ÁLVAREZ, 2010, p. 95; FERNÁNDEZ, 2008, p. 17; TRUJILLO, 2003, p. 10. CARVAJAL, 2018, p. 104, RUZ, p. 490.

² PULGAR, 2014, p. 275.

³ TRUJILLO, 2003, p. 10.

⁴ DE LA CUESTA, 2008, pp. 1-10.

⁵ JIMÉNEZ, 2013, p. 49.

⁶ CARRASCO, 2010, p. 271 y TRUJILLO, 2003, p. 12. RUZ, 2017, p. 493 señala al respecto: "El sobreendeudamiento no es una causa necesaria de una incapacidad para cumplir regularmente las obligaciones exigibles, es decir, no es necesariamente sinónimo de insolvencia en términos amplios. En efecto, es probable que un sobreendeudamiento genere la imposibilidad de cumplir dichas obligaciones, pero también es posible que se llegue a esta imposibilidad de pago a pesar de que no haya sobreendeudamiento; es más, hay casos en los que el endeudamiento excesivo es una vía para evitar una situación de insolvencia (por ejemplo, cuando se acude al crédito bancario o no bancario para cumplir obligaciones exigibles y vencidas)".

En Francia se entiende el concepto de sobreendeudamiento de una forma amplia, exigiendo eso sí que el deudor se encuentre en una situación de buena fe, remitiendo a las comisiones de sobreendeudamiento y a los tribunales la determinación casuística de los supuestos en los que pueden y deben arbitrarse las medidas dispuestas en el Código del Consumo.

El artículo L. 331-2, párrafo primero del *Code de la Consommation*, indica que está sobreendeudado el particular de buena fe que se halla ante la “imposibilidad manifiesta de hacer frente al conjunto de sus deudas no profesionales exigibles y a plazo”. Esta definición ha permitido que la jurisprudencia francesa haya aceptado una noción amplia de sobreendeudamiento, que incluye toda dificultad permanente y seria de tesorería, actual o potencial, de tal manera que las intervenciones de las comisiones de sobreendeudamiento pueden incluso anticiparse y evitar preventivamente las incidencias de pago previsibles. De esta manera, la situación de sobreendeudamiento ni siquiera presupone que el deudor haya faltado a alguno de sus pagos⁷.

Por su parte, en Alemania, el término sobreendeudamiento se utiliza en materia de insolvencia (*Insolvenzordnung* de 1994), concibiéndose como la incapacidad de pago (*Zahlungsunfähigkeit*), actual o previsible que permite la apertura del procedimiento de insolvencia en Alemania, entendiéndose que existe incapacidad de pago cuando el deudor no se halla en la situación de cumplir una obligación de pago vencida.

En nuestro país, el concepto de sobreendeudamiento ha sido abordado por lo general desde los problemas que enfrentan las empresas y no desde la posición del consumidor, en este sentido se sostiene que:

“El sobreendeudamiento no implica necesariamente considerar todas las obligaciones que afectan al patrimonio social en comparación con su activo, por un lado; y por otro no cierra la posibilidad de visualizar de futuro la mejora en el flujo financiero que pueda cambiar la situación. Es apenas un estado patrimonial que se exterioriza por el exceso de pasivo, pero que no puede por sí conformar el estado de incapacidad o cesación de pagos. De acuerdo con cada sistema, el incumplimiento de algunas obligaciones es requisito necesario, para unos suficiente para otros no, para los efectos de poder predicar la iliquidez del deudor. Solo excepcionalmente podría diagnosticarse por anticipado la incapacidad de pago frente al sobreendeudamiento actual, cuando resultare evidente que del mercado financiero no podría surgir una fuente crediticia que mejore el estado patrimonial de la empresa; o, pudiendo acceder a cierta cobertura financiera, ella sería insuficiente por ser parcial o insostenible en el tiempo”⁸.

⁷ TRUJILLO, 2003, p. 13.

⁸ PÉREZ, 2015, p. 101 y Ruz, 2017, pp. 490-495.

En definitiva, el concepto de sobreendeudamiento no se debe siempre equiparar al de insolvencia o incapacidad de pago⁹.

El sobreendeudamiento es un estado financiero complejo del deudor que le puede conducir a un estado de insolvencia, es decir, el sobreendeudamiento puede ser por lo general un estado financiero anterior al de insolvencia o de incapacidad de pago.

No obstante, se debe destacar que no siempre la insolvencia tiene como causa el sobreendeudamiento, y no siempre el sobreendeudamiento llevará a que el deudor caiga en una situación de insolvencia. Luego, el sobreendeudamiento como problema requiere de un ordenamiento jurídico que entregue mecanismos para enfrentarlo y así evitar la insolvencia o incapacidad de pago.

2. *Causas del sobreendeudamiento del consumidor chileno*

El sobreendeudamiento familiar se ha convertido en un problema social de primer orden a nivel mundial¹⁰, del que Chile no está ajeno, debido a ciertos factores que son propios de un sistema económico neoliberal, donde el consumo es el motor de la economía global¹¹.

En Chile, donde el desarrollo de cada familia depende del esfuerzo y trabajo de cada individuo que la integra, sin que exista un estado de bienestar social como en Europa, deja en una situación vulnerable a los consumidores chilenos ante cualquier imprevisto familiar, como una enfermedad grave o desempleo.

La vulnerabilidad es aún mayor, ya que desde el punto de vista microeconómico existe un incremento constante del precio del suelo y de la vivienda, bajos intereses bancarios, y a esto se suma una falsa confianza de los consumidores en su estabilidad laboral. Todo esto no permite el desarrollo de la economía del ahorro que solventa etapas de la vida económicamente más duras.

La sociedad de consumo en que nos encontramos conduce a que el endeudamiento de las economías familiares pueda hacer peligrar el bienestar y la calidad de vida de

⁹ ANCHÁVAL 2011, p. 31. GOLDENBERG, 2017A, p. 244, Se refiere a la inexistencia de una definición de sobreendeudamiento y de las dificultades para encontrar estándares o índices para su apreciación. Agregando luego que incluso la Ley 20.720 carece de claridad en la definición de un presupuesto objetivo, a excepción del procedimiento concursal de renegociación, que impone como requisito de admisibilidad que la persona deudora tenga dos o más obligaciones actualmente exigibles, vencidas por más de 90 días y por un monto superior a 80 Unidades de Fomento.

¹⁰ GUTIÉRREZ, 2009, p. 71.

¹¹ GELPI y JULIEN-LABRUYÉRE, 1998, p. 233. En Chile se refiere a las causas del sobreendeudamiento CARVAJAL, 2018, p. 104 al señalar: "El sobreendeudamiento es un fenómeno vinculado al consumo y al crédito. Por una parte, el consumo es estimulado por una serie de factores, tales como: la globalización que genera 'demasiada oferta'; el hedonismo; y la identidad construida en base a posesiones. Por otra parte, el consumidor adquiere productos y contrata servicios a crédito ante la imposibilidad de disponer de dinero de contado, o bien, como consecuencia de una evaluación acerca de la conveniencia de hacer un sacrificio futuro para obtener una satisfacción actual".

cientos de miles de chilenos, ya sea por un devenir inesperado o por negligencia propia, al no considerar los riesgos que importa el sobreendeudamiento¹².

Las cifras de la SBIF¹³ (junio de 2017), nos indica que el 23,5% de los deudores exhibía una carga financiera superior a 50% (cifra mayor al 22,2%, observada a igual fecha del año anterior).

Análogamente, 32,2% de los deudores presentaban una carga financiera mayor al 40% del ingreso. Los segmentos que exhiben índices de morosidad superiores a la mediana (3,9 veces) son los de menores ingresos, los adultos mayores (65 años o más) y los jóvenes (menores de 35 años).

A junio de 2017 existían 865.213 deudores bancarios con deuda impaga de uno o más días, representando el 19,37 del número total de deudores bancarios. Respecto de los deudores no bancarios, a junio de 2017 existían 933 mil deudores en este segmento, con una deuda mediana de 212.726 y una renta mediana mensual de \$ 371.004. Se advierte además, según la SBIF, que más del 50% tienen ingresos mensuales menores a \$ 400.000.

Es por esto importante considerar los grupos de la población más vulnerables, como los estudiantes, migrantes y personas de la tercera edad sin empleo. El sobreendeudamiento de los primeros hipoteca su futuro y compromete muchas veces a familiares que concurren como garantes ante dichos créditos.

Las causas del sobreendeudamiento de este grupo de personas se encuentran en la falta de educación financiera, porque desconocen los riesgos y consecuencias que implica el sobreendeudamiento e impago de dichos compromisos. Situación similar enfrentan los inmigrantes, al no tener muchos de ellos la preparación suficiente para evaluar los riesgos que conlleva la contratación de créditos con altas tasas de interés.

En el tercer grupo, es decir, personas de la tercera edad sin un empleo, el sobreendeudamiento se debe a necesidades propias de su etapa de vida, asociadas a enfermedades y gastos de vida en general, enfrentados a una merma considerable de sus ingresos por su inactividad laboral.

Según la causa del sobreendeudamiento se distinguen entre sobreendeudamiento activo y pasivo¹⁴. El primero encuentra su origen en la asunción por el consumidor de deudas, de manera incontrolada, sin atención a su nivel de renta y posibilidades de pago, lo que conecta con el consumo irresponsable y en el que, de manera esencial, inciden las agresivas campañas publicitarias, la inmediata disposición del dinero por medio de tarjetas de crédito o políticas blandas de concesión de créditos de consumo.

En cambio, el sobreendeudamiento pasivo encuentra su causa al margen de la voluntad y el comportamiento responsable del consumidor, en conexión con contingencias inesperadas que determinan una incapacidad sobrevenida de hacer frente a los créditos

¹² ZUBIRI, 2014, p. 349.

¹³ https://www.sbif.cl/sbifweb3/internet/archivos/publicacion_12362.pdf

¹⁴ ÁLVAREZ, 2010, p. 52; GUTIÉRREZ, 2019, p. 30 y TRUJILLO, 2003, p. 1, entre otros.

(por ejemplo, enfermedad, muerte, separación, etc.), o contingencias que aún pudiendo ser previsibles, sobrepasan las previsiones razonables (por ejemplo, elevación de tipos de interés, en particular respecto de créditos hipotecarios, etc.)¹⁵.

Siguiendo a Ruz¹⁶ es posible indicar que las causas del sobreendeudamiento obedecen a un fenómeno pluridisciplinar, ya que para comprenderlas es necesario ahondar en diversos ámbitos, es decir, en lo económico, psicológico, sociológico, cultural, jurídico, entre otros.

3. *Problemática del sobreendeudamiento*

En las relaciones de consumo, donde el proveedor tiene el conocimiento, preparación y capacidad técnica suficiente, y, por otra parte, el consumidor que por lo general no entiende a cabalidad todos los términos del contrato, no existe propiamente tal igualdad entre las partes¹⁷. Por tanto, se presume que dicho acuerdo no les genere los mismos beneficios. De esta manera, nos alejamos de la concepción tradicional liberal por la que se rige nuestro derecho de los contratos, en la que se deduce que las partes son libres e iguales para lograr acuerdos, pues negocian en un plano de igualdad, lo que da a entender que dicho acuerdo beneficia a las partes de la misma manera.

Para alcanzar un equilibrio contractual, que permita al consumidor cumplir con el contrato de crédito, es fundamental que el consumidor evite el sobreendeudamiento, por lo que el deudor debe ser merecedor de tutela para evitar dicho fenómeno adverso, debiendo intervenir el Estado mediante una política regulatoria que ayude enfrentar el problema que afecta a la sociedad en general¹⁸.

El derecho de consumo es en parte un instrumento de intervención económica dispuesto en pro de los consumidores y usuarios, sin embargo, no contiene en este ámbito herramientas que protejan el contrato de consumo para que este refleje un verdadero equilibrio contractual¹⁹.

Las técnicas utilizadas hasta ahora son insuficientes, el deber de información que le cabe al proveedor en esta materia no logra poner en un plano de igualdad a las partes, debido al problema de asimetría²⁰, especialmente por la racionalidad limitada del consumidor²¹.

Por lo expuesto, se requiere de una regulación equilibrada, que no beneficie a consumidores de mala fe y evitar abusos que finalmente deben ser soportados por la

¹⁵ PULGAR, 2014, p. 275.

¹⁶ RUZ, 2017, p. 496.

¹⁷ BARAONA, 2014, pp. 384 y 385 y MOMBERG, 2016, p. 749 y 750 se refieren especialmente al desequilibrio contractual en sede de consumo.

¹⁸ ALVEAR, 2016, p. 818; RODRÍGUEZ, 2014, pp. 170-172.

¹⁹ CARVAJAL, 2002, pp. 133 y 136.

²⁰ PINOCHET, 2013, p. 366.

²¹ DE LA MAZA, 2010, p. 27; BARRIENTOS, 2013, p. 101 y ROSTION, 2014, p. 432.

sociedad en general. De esta forma, una futura regulación del sobreendeudamiento deberá considerar la manera de atenuar principios tan arraigados a nuestro sistema como el principio de la fuerza obligatoria de los contratos *pacta sunt servanda* (art. 1545 del Código Civil), el derecho de prenda general de los acreedores (art. 2464 CC) o la caducidad del plazo (art. 1496 CC).

Dichas normas, en el contexto de la época en que fueron pensadas, consideraban la protección del interés del acreedor por sobre el deudor, ya que se encontraban en una situación de igualdad de condiciones al momento de contratar²².

Cuestión muy diferente hoy, donde en el ámbito del consumo se enfrenta un proveedor financiero (suficientemente preparado) y un consumidor sin la educación “financiera” suficiente que le permita discernir correctamente.

Asimismo, se debe tener presente que abordar el problema del sobreendeudamiento del consumidor en Chile implicará de alguna forma trasladar a las entidades de crédito parte de la responsabilidad en la situación de sobreendeudamiento, obligándoles a comprometerse en las medidas que se estimen adecuadas para la superación de la crisis económica familiar que aqueja al deudor²³.

En este sentido, se requiere flexibilizar la relación acreedor/deudor ante una situación de crisis económica del consumidor, que le permita obtener una salida y, por otra parte, que no sea el acreedor el único perjudicado por dicha salida.

Además, se debe tener en cuenta la dispersión social del riesgo de sobreendeudamiento, que permite que todos los actores implicados solidaricen con los deudores menos afortunados.

²² GOLDENBERG, 2017A p. 244.

²³ En este sentido urge imponer nuevos deberes a los proveedores de créditos para así resguardar no solo el interés del consumidor, sino que el de la sociedad en general. En Francia, la Corte de Casación francesa, a partir de un fallo de 12 de julio de 2005, reconoce la obligación que le cabe a la entidad financiera de aconsejar, informar y alertar. El incumplimiento de dicho deber acarrearía su responsabilidad civil, debiendo reparar los perjuicios sufridos por el consumidor. *Cass. Civ., 1er, 12 juillet 2005, Bull. 2005, I, Nº 327, Pourvoi Nº 03-10.921*. En España la Ley de Crédito al Consumo art. 11, impone a la entidad concedente de un crédito el deber de asistencia al consumidor previo al contrato. Este deber obliga a la entidad y, en su caso, a los intermediarios de crédito, a facilitar al consumidor explicaciones adecuadas de forma individualizada para que este pueda evaluar si el contrato de crédito propuesto se ajusta a sus intereses, a sus necesidades y a su situación financiera, si fuera preciso explicando la información precontractual, las características esenciales de los productos propuestos y los efectos específicos que pueden tener sobre el consumidor, incluidas las consecuencias en caso de impago por parte del mismo. Ver GALLEGO, 2014, p. 223.

En nuestro sistema se puede, por ejemplo, advertir un deber de asesoría en el marco de los servicios de seguros. En este sentido el artículo 529 Nº 1 del CCom consagra una primera obligación precontractual por parte del asegurador de “prestar asesoría al asegurado, ofrecerle las coberturas más convenientes a sus necesidades e intereses, ilustrarlo sobre las condiciones del contrato y asistirlo durante toda la vigencia, modificación y renovación del contrato”. De esta manera, el deber de asesoría se configura como un complemento del deber de información precontractual que recae sobre la aseguradora.

III. ESTADO DE LA SITUACIÓN EN CHILE Y EUROPA

1. *Situación en Chile*

En Chile no tenemos un sistema que otorgue medidas eficaces para enfrentar situaciones de sobreendeudamiento. Si bien en el 2011, con la Ley 20.555, denominada Sernac Financiero, se modificó la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores, avanzando en la regulación de otorgamientos de créditos, al establecer normas y procedimientos destinados a normar la oferta, venta y prestación de productos y servicios financieros, como créditos hipotecarios, créditos de consumo, tarjetas de créditos y seguros entre otros. El deudor vio mejorada su situación para acceder a la contratación de créditos en condiciones más transparentes. Las partes quedaron en una mayor igualdad de condiciones al momento de contratar, al acceder el consumidor a información que antes no tenía²⁴.

No obstante, esta regulación no contempló medidas específicas de orden preventivo que evite o trate el sobreendeudamiento de los consumidores de una manera efectiva²⁵. Posteriormente la Ley 20.715 sobre protección a deudores de créditos en dinero tuvo como propósito principal reducir la magnitud máxima permitida para los intereses en los créditos de hasta 200 UF, en pesos, a más de 90 días, con el fin de evitar que se cobren tasas de interés que van más allá de lo que es necesario y se abuse de la falta de preparación y escasez de conocimientos financieros de muchos deudores de esta categoría de créditos.

Igualmente se limitó el interés moratorio y los gastos por cobranza extrajudicial, establecidos por el artículo 37 de la Ley 19.496.

Por su parte la Ley 20.720 entrega solo mecanismos *ex post* para enfrentar el problema de sobreendeudamiento personal mediante el expediente del procedimiento de negociación y liquidación de la persona deudora²⁶.

²⁴ GOLDENBERG, 2017B, p. 66 al referirse a la reforma introducida por la Ley 20.555 señala: “Así, en el aspecto que nos interesa, las medidas de protección se construyen sobre la base de la información que debe recibir el consumidor, intensificadas y particularizadas en los términos dispuestos en el inciso segundo del artículo 3º LPDC, y detallados a partir del artículo 17 B LPDC. De tal modo, se asigna un derecho básico al consumidor de esta clase de productos en referencia a su costo total, incluyendo la ‘carga anual equivalente’ y el conocimiento de la liquidación total del crédito a su solo requerimiento”.

²⁵ DÍAZ, 2018, p. 51, Además como señala MORALES, 2018, p. 104 la normativa que regula el “Sello Sernac” adolece de ineficacia total al no existir adhesión por parte de los proveedores financieros. En el mismo sentido se puede ver GASPARD 2012, p. 463.

²⁶ Esta ley en su artículo 281 y 285 concede a las personas deudoras un beneficio de extinción de los saldos insolutos de las obligaciones contraídas por el deudor con anterioridad al inicio del Procedimiento Concursal de Liquidación. RUZ, 2017A, p. 572. Señala al respecto acerca del efecto de extinción de saldos insolutos: “Este efecto claramente accesorio o consecencial de liquidación concursal se produce por el solo ministerio de la ley y para todos los efectos legales, una vez firme la resolución que declara el término de dicho procedimiento. De efecto secundario, entonces, ha pasado a ser, en Chile, el principal incentivo que lleva a las personas deudoras a recurrir a su liquidación voluntariamente. Operando como consecuencia de la clausura del procedimiento de liquidación por insuficiencia o inexistencia de activos del deudor, hace

Es importante mencionar que desde el 2010 se encuentra en tramitación el proyecto de ley (Boletín N° 7069-13) que busca limitar los descuentos que pueden efectuarse por las entidades pagadoras de pensiones a los pensionados afiliados a una Caja de Compensación. En concreto, el proyecto de ley señala que: "... en ningún caso los descuentos en las pensiones de los pensionados por los conceptos señalados podrán ser superiores a un 30% del total de la pensión del mes respectivo".

Además, el pasado 14 de mayo del 2018 se promulgó la ley que incorpora, en la Ley General de Educación, contenidos para la educación financiera en la malla curricular de los establecimientos educacionales (Boletín N° 10.626-04).

2. *Situación en Europa*

En Europa, en cambio, el principal instrumento normativo en el que encontramos estas medidas de orden preventivo es en la actualidad la Directiva 2008/48/CE del Parlamento Europeo y del Consejo del 23 de abril de 2008 relativa a los contratos de crédito al consumo, por lo que se deroga la Directiva 87/102/CEE. La Directiva 2008/48/CE a su vez ha sido afectada en diversos aspectos por la nueva Directiva 2011/83/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, respecto de derechos de los consumidores.

En concreto, la Directiva del 2008 se concentra en la imposición de nuevas obligaciones al concedente del crédito previas a la concesión de este. Entre las que podemos destacar²⁷:

- a) Se fijan normas especiales para ciertas modalidades de crédito al consumo que se han desarrollado en tiempos recientes (sistemas telefónicos y telemáticos).
- b) Se impone al prestamista la obligación de prestar un asesoramiento precontractual al consumidor (art. 5.6°), así como efectuar una correcta evaluación de la solvencia del solicitante del crédito. Es obligación del prestamista por su parte obtener mediante acceso a base de datos de solvencia (art. 9). Estas dos obligaciones suponen una consagración del principio del "préstamo responsable"²⁸.
- c) Durante la fase de ejecución del contrato, el consumidor tiene derecho a reembolsar anticipadamente todo o parte del capital prestado, con la reducción correspondiente del coste del crédito (art. 16). Ello produce, consiguientemente, una reducción del riesgo de insolvencia. El prestamista tiene derecho, con todo, a

soportar a todos los acreedores la 'gracia' que la ley concede al deudor de ver extinguidos la parte o el todo de sus obligaciones insolutas, sin recibir contraprestación alguna. Esta prerrogativa legal para el deudor en liquidación se erige en un verdadero 'derecho a no pagar sus deudas', empleando la terminología que alguna vez usara Ripert".

²⁷ ANDRÉS, 2014, p. 113.

²⁸ Se puede ver ya en Chile el esfuerzo de la doctrina por construir un modelo de corresponsabilidad en el otorgamiento de créditos en el trabajo del profesor GOLDENBERG, 2017B, pp. 55-98.

- ser compensado equitativamente, siempre que el reembolso anticipado se produzca dentro del período en el que el tipo deudor sea fijo (16.3).
- d) Se concede al consumidor el derecho de desistimiento del contrato dentro de un plazo de catorce días y sin necesidad de alegar motivo alguno (art. 14). Esto permite que el consumidor tenga un plazo de reflexión que le permita reevaluar sus verdaderas posibilidades de pago en el futuro.
 - e) Se regula además la figura de los contratos vinculados. De esta forma se establece que el contrato de crédito debe servir exclusivamente para financiar un contrato de adquisición de bienes o servicios específicos, y que los dos contratos constituyan una unidad comercial desde un punto de vista objetivo (art. 3.n). Si existen contratos vinculados, la Directiva establece dos consecuencias que reducen el riesgo de insolvencia del consumidor: (i) si este desiste del contrato de consumo, dejará de estar obligado por el contrato de crédito vinculado; y (ii) si el proveedor del bien o servicio incumple, el consumidor tendrá derecho de recurso contra el prestamista.

La intención del legislador europeo con esta directiva es evitar el sobreendeudamiento, sin embargo, tiene como defecto que deja fuera de su regulación muchos tipos de contrato de crédito al consumo, como los créditos garantizados con hipoteca, que son uno de los contratos con mayor incidencia en el sobreendeudamiento, ya que se destina gran parte del presupuesto familiar al pago de dicho crédito²⁹.

a) Situación en España

En España, el legislador ha intentado abordar la situación de sobreendeudamiento mediante un sistema fragmentado, sin que hasta la fecha se aborde como un procedimiento especial de sobreendeudamiento o uno de insolvencia de los consumidores.

Estas leyes han buscado proteger a los deudores hipotecarios, referido a su vivienda habitual³⁰. Se puede destacar así el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero (de mecanismos de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social) que vino a modificar la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, que apoyaba a los emprendedores y su internacionalización, que permitía entre otras cosas la implementación de un procedimiento extrajudicial de pagos y permitía en circunstancias extraordinarias la exoneración o remisión de las deudas del concursado insolvente, pero que debido a la delimitación subjetiva que realizaba el artículo 231 de la ley concursal (ahora modificado), quedaban fuera del ámbito subjetivo de los consumidores³¹.

²⁹ ANDRÉS, 2014, p. 116.

³⁰ Entre estas normas se encuentra el Real Decreto-ley 6/2012, de 9 de marzo; el Real Decreto-Ley 27/2012, de 15 de noviembre; la Ley 1/2013, de 14 de mayo de medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de la deuda y alquiler social.

³¹ LÓPEZ, 2015, p. 210. En SOTILLO, 2014, pp. 65-75 se puede ver un estudio comparativo sobre la regulación de la insolvencia de los particulares en España.

Luego, a partir del 2015, mediante el Real Decreto-Ley 1/2015, de 27 de febrero, se ha flexibilizado el acuerdo extrajudicial de pagos, pudiendo participar cualquier persona física o jurídica, sea comerciante o no, que se encuentre en situación de insolvencia o que inminentemente vaya a caer en insolvencia.

Además, se otorga la posibilidad a estos mismos sujetos de acceder a la exoneración de deudas si es que fracasa el acuerdo extrajudicial de pagos. Dicha exoneración se producirá en el marco del concurso, una vez que hayan finalizado las operaciones de liquidación, o cuando, sin apertura de la sección o fase de liquidación, se produzca la situación de insuficiencia de la masa activa³².

b) Situación en Francia

Por su parte, Francia es el primer país de la Unión Europea que ha logrado desarrollar un verdadero y completo sistema que enfrenta el sobreendeudamiento de los consumidores³³. Esto último se ha logrado por medio de un importante esfuerzo normativo que se remonta a 1989 con la *Loi Neirtz* (*Loi* Nº 89-1010, de 23 de diciembre de 1989) que tuvo como objetivo controlar los riesgos del sobreendeudamiento en cuanto a la dimensión de los créditos personales.

Luego, dicha ley se ha reformado por las siguientes leyes: *Loi Lagarde* (*Loi* Nº 2010-737), la *Loi* Nº 2013-672, de 26 de julio 2013, de *séparation et régulation des activités bancaire* y, finalmente, por el *Décret* Nº 2014-190, de 21 de febrero 2014, *relatif aux procédures de traitement des situations de surendettement des particuliers*. Actualmente los contenidos de dichas normas están integrados en el *Code de la Consommation*, en los artículos L.330-1 a L.334-12 y R331-1 a R335-4³⁴.

El sistema francés considera especialmente si el consumidor se encuentra de buena o mala fe, en el caso de que no se encuentre de buena fe, no puede acogerse a las diferentes medidas y a la posible exoneración de sus deudas.

En concreto, en Francia se establece la posibilidad de beneficiarse de un aplazamiento o de la reprogramación de sus deudas mediante un convenio con sus acreedores, denominado *Plan Conventionnel de redressement*. En caso de que la situación del deudor sea grave, en el sentido de que no es posible establecer un plan de pagos, se puede iniciar un procedimiento de recuperación personal, denominado *Rétablissement personnel*, que

³² LÓPEZ, 2015, p. 211.

³³ El sistema francés ha servido de modelo para países como Noruega (*Lov av 17. July 1992 om frivilling og tvungen gjldsordning for privatpersoner (Gjeld-sordningloven)*, en vigor desde enero 1993. En Alemania (*Insolvenzordnung* 5.10.1994), en vigor desde el 1 de enero de 1999; que prevé un procedimiento de insolvencia del deudor (*Verbraucherinsolvenzverfahren*) y la liberación de la deuda resultante (*Restschuldbefreiung*). Vid. FERRE, 2006, pp. 205-226. En Austria *Konkursordnungs-novelle*, 1993, en vigor desde enero de 1995. En Suecia *Skuldsaneringslagen* 1994:334. En Bélgica *Loi sur le règlement collectif des dettes* 5,7.1998, en vigor desde el 1 de enero de 1999. En Holanda *Wet schuldsanering natuurlijke personen*, en vigor desde el 1 de diciembre de 1998, en Italia con la Ley 3/2012, de 27 de enero que fue modificada por la Ley 22/2012, de 17 de diciembre, entre otros países.

³⁴ LÓPEZ, 2015, p. 218.

puede considerar un proceso de liquidación judicial, si es que el deudor posee bienes suficientes, distintos a los necesarios para su subsistencia o para el desarrollo de su vida profesional, para quedar exonerado de sus deudas no profesionales una vez que se haya procedido a la liquidación de sus bienes.

El principal órgano a cargo de la situación de sobreendeudamiento es la *Commission de surendettement*, la que intenta reconducir la situación de insolvencia de los deudores mediante un plan convencional o acuerdo amistoso o del plan de recuperación personal³⁵. Esta comisión tiene como propósito iniciar un procedimiento de sobreendeudamiento, a solicitud de cualquier persona física que no sea comerciante, artista o agricultor, con domicilio fiscal en Francia, incapaz de reembolsar o pagar sus deudas no profesionales.

Esta misma opción se les da a los consumidores con nacionalidad francesa, domiciliados fuera de Francia y que tengan contraídas deudas no profesionales con acreedores situados en Francia. Si presentado los antecedentes a la *Commission* esta la acoge, se generarán unos efectos inmediatos como puede ser la suspensión provisional del lanzamiento de la vivienda habitual, con excepción del decretado en ejecución hipotecaria, prohibición del deudor de realizar actos que agraven su situación de insolvencia, ciertos créditos no podrán producir o generar intereses moratorios desde la fecha en que se acoge la tramitación del procedimiento, etcétera.

Luego, la *Commission* puede adoptar medidas de carácter permanente, como establecer quitas, remisiones o aplazamientos de pago de deudas, constitución o supresión de garantías, exigir al deudor que se abstenga de realizar actos que agraven su solvencia, cesión o venta de inmuebles, cesión o venta de la vivienda habitual, etcétera.

En caso de que fracase el intento de conciliación o las medidas impuestas por la *Commission*, esta podrá a solicitud del deudor, imponer ciertas medidas paliativas a la situación de sobreendeudamiento.

Si luego de haberse iniciado el procedimiento de sobreendeudamiento, el deudor sigue con una situación comprometida, sin poder cumplir las medidas establecidas por la *Commission*, se debe iniciar un procedimiento de recuperación personal, el que puede ser a su vez sin liquidación judicial o con liquidación judicial.

La diferencia entre uno y otro radica en si el particular tiene bienes más allá de los necesarios para la vida corriente o para el ejercicio de su actividad profesional. En caso de que no los tenga, el proceso será sin liquidación judicial y si el deudor tiene bienes suficientes para el pago de sus deudas, será con liquidación judicial.

El procedimiento de recuperación personal sin liquidación judicial conlleva la extinción de todas las deudas no profesionales, salvo ciertas deudas de carácter especial como pueden ser la alimenticia.

En cambio, el procedimiento con liquidación judicial tiene por objetivo vender los bienes del deudor para el pago de sus deudas conforme a la calidad de sus respectivos

³⁵ LÓPEZ, 2015, p. 219.

créditos. Terminado el procedimiento se extinguen todas las deudas no profesionales del deudor³⁶.

c) Situación en Italia

En Italia, el desarrollo ha sido paulatino³⁷. En una primera instancia la exoneración de deudas o *Esdebitazione* quedó regulada en el Capítulo IX de la *Legge Fallimentare*, arts. 142 a 144, que se introdujeron en la reforma del 2006. Este mecanismo de liberación de deudas de la ley falencial, está diseñado para el empresario persona física de cierta importancia, excluyéndose a la persona física que no ejerza una actividad comercial, incluso el empresario individual que ejerza una actividad de reducidas dimensiones; pero también excluye a los empresarios personas jurídicas, al entenderse que estos gozan de una regulación específica que les otorga ciertos derechos que permite la protección de su responsabilidad patrimonial por deudas provenientes de su negocio³⁸.

Los mecanismos de tutela del consumidor sobreendeudado y el reconocimiento de un beneficio a efectos de la liberación de deudas, tiene reconocimiento en el ordenamiento jurídico a partir de varias normas, entre ellas, el Decreto Legislativo 141/2010, la Ley 3/2012, el Decreto Legislativo 179/2012 y finalmente la Ley 221/2012. Con este conjunto de disposiciones se establece un sistema llamado *Procedimiento di composizione della crisi da sovraindebitamento e di liquidazione* del patrimonio destinado a profesionales, consumidores y pequeños empresarios.

La ley no se pronuncia por las causas y el origen de dicha situación de crisis ni respecto de la fuente de las obligaciones que esperan ser satisfechas, pudiéndose referir entonces no solo al ejercicio de una actividad, económica o profesional, sino también a la inversión del ahorro, por exigencias familiares, al consumo. Tampoco se hace referencia al comportamiento o las causas que han provocado que el sujeto se endeudara³⁹.

En concreto, la Ley 212/2012 denominada Disposiciones urgentes en materia de composición de la crisis de sobreendeudamiento, permite aplicar un sistema a todo deudor ajeno a la actividad mercantil, el que consta de una fase prejudicial y otra judicial.

³⁶ En España CARRASCO, 2014, p. 267 es contrario a un sistema de concurso específico de consumidores sobreendeudados. Entre las razones que esgrime destacan: a) El concurso es muy caro de gestionar. Antes de proponer soluciones concursales, hay que determinar si el coste merece la pena, en función de los resultados esperables y asumibles. b) La solución francesa tiene altos costes de establecimientos y manejo y altos costes de vigilancia sobre la conducta del deudor. Sobre todo, para determinar su buena o mala fe a efectos de ser merecedor del procedimiento de liberación final. c) Igualmente costoso es el sistema de *Rechtsschuldbefreiung* alemán. Requiere de un plan de pagos en el que se ceden a un fiduciario parte de los ingresos futuros y se remite la deuda subsistente, si al cabo de tres años el deudor ha observado una buena conducta. d) Es preferible seguir insistiendo sobre los tres pilares clásicos de la protección del consumidor en el mercado de crédito: información precontractual, exigencia de responsabilidad por la concesión de préstamo responsable por parte de entidad financiera y derecho de desistimiento del consumidor sin costes. e) El acreedor doméstico más importante (hipotecario) no está sujeto a convenio ni puede estarlo; luego no tiene sentido el proceso concursal.

³⁷ ANDRÉS, 2014, p. 135.

³⁸ ANTORO, 2010, pp. 411-424.

³⁹ PACCHI, 2013, p. 45.

La primera fase, está a cargo de los organismos de composición de crisis de sobreendeudamiento a cargo del Ministerio de Justicia. Estos organismos deben junto al consumidor preparar un plan de viabilidad. Dicho plan no tiene grandes restricciones, sino que debe permitir que, conforme con la situación del deudor, se cumpla con las deudas por él contraídas y salir así de la crisis de deuda que le afecta.

No obstante, el convenio debe contener ciertos datos como un inventario y un balance de los tres últimos ejercicios o, en su defecto, los extractos de cuenta bancarias de los últimos tres años; la enunciación de los actos de disposición realizados en los últimos cinco años; la declaración de renta de los tres últimos años, los gastos necesarios para el sustento propio y familiar, etcétera.

En caso de no existir bienes suficientes para presentar un plan de viabilidad, la Ley 212/2012 faculta al organismo de composición proponer un plan de pagos, siempre y cuando dicho plan cuente con la aprobación de al menos un tercio de los acreedores. En este caso, cuando no existen bienes suficientes, los aplazamientos no pueden superar el plazo de un año, debiendo siempre ser aprobados judicialmente.

Luego, este plan de pago debe ser publicado con el fin de informar a los acreedores y así puedan oponerse en el plazo de 10 días en caso de no estar conformes.

Posteriormente, se debe entregar al juez el plan, mayorías con la que fue aprobado el plan y, en caso de existir, las oposiciones.

Recibida la propuesta y una vez se dé publicidad al contenido de esta, podrá solicitar el deudor la suspensión de las ejecuciones y embargos individuales por 120 días, a excepción de aquellos acreedores que posean créditos inembargables (art. 5 de la Ley 212/2012).

El juez para homologar el plan debe cerciorarse de que el cumplimiento de las obligaciones del deudor satisface el interés de todos los acreedores, sin importar si estos aceptaron o no el acuerdo.

Cuando el deudor sea un consumidor, se requiere para la homologación judicial del plan, la mayoría de, al menos, el 50% del pasivo.

Una vez homologado judicialmente el plan, no se podrá seguir ejecuciones contra bienes del deudor por el plazo de hasta un año⁴⁰.

IV. ALGUNAS MEDIDAS QUE SE DEBEN CONSIDERAR PARA ENFRENTAR EL SOBREENDEUDAMIENTO DE LOS CONSUMIDORES EN CHILE

Enfrentar el problema del sobreendeudamiento exige abordar el fenómeno antes de que este se produzca, ya que ha quedado demostrado que la mera protección contractual del consumidor (inundándole de información que no comprende), ha sido insuficiente, por lo que se debe ir más allá para lograr un mayor equilibrio en la relación jurídica⁴¹.

⁴⁰ GARCÍA, 2015, p. 65.

⁴¹ CUENA, 2014, p. 31.

Las medidas preventivas tienen por objetivo evitar que el consumidor caiga en una situación de sobreendeudamiento. Entre estas medidas se pueden destacar las siguientes:

1. *Servicios de asesoramiento de deuda*

Este tipo de servicio tiene por finalidad asistir al consumidor antes de contratar un crédito y así evitar los riesgos relacionados con el sobreendeudamiento.

La Directiva 2008/48/CE en su art. 5.6 reconoce un derecho irrenunciable a la asistencia técnica para el consumidor, que se construye como una forma de reforzamiento del deber de información.

Los sistemas existentes en la Unión Europea difieren sustancialmente en términos de financiación, eficiencia y accesibilidad⁴².

En países como Estonia, Finlandia, Hungría, Suecia, los Países Bajos, Finlandia, Austria, Luxemburgo e Irlanda el asesoramiento que se facilita es de carácter público. En Irlanda, el Servicio Presupuestario y de Asesoramiento sobre el Dinero (SPAD) ofrece diferentes tipos de servicios para las familias, ayudando a los consumidores a enfrentarse a un endeudamiento de alto nivel, un sobreendeudamiento efectivo o potencial, insolvencia personal y procedimientos de quiebra.

En el resto de la UE el asesoramiento referente a deuda es facilitado por agencias privadas que incluyen asociaciones de consumidores, estudios jurídicos de asesoramiento de deudas u ONG.

En España, Grecia, Eslovaquia, Polonia y Portugal se ofrece asesoramiento para deudas por asociaciones de consumidores o bufete de abogados⁴³.

La existencia de un modelo de este tipo, con el objetivo de dar a los consumidores un servicio que evite el sobreendeudamiento, resulta de gran ayuda para evitarlo, aún más si este servicio es independiente, profesional y totalmente accesible.

2. *Ficheros de solvencia positivos*

Este tipo de ficheros, además de incluir información negativa (datos de impago o incumplimientos del deudor, procesos judiciales iniciados, insolvencias, pagos tardíos etc.)⁴⁴, comprende datos adicionales que tienen como virtud alertar del nivel de endeudamiento del potencial cliente. Cubren el comportamiento contractual del cliente, deudas pendientes, números de créditos, patrones de pago, activos, pasivos y garantías asumidas. Se incluyen saldos de cuenta, saldos de crédito, número de consultas, las *ratios* de deuda, los pagos a tiempo, límites de crédito, tipos de cuenta, tipos de préstamo, institución de crédito, tasas de interés y los datos de los registros públicos, informes

⁴² DUBOYS, 2016, p. 21.

⁴³ BOUYON y MUSMECI, 2017, p. 112.

⁴⁴ FERRANDO, 2017, p. 253.

detallados de los activos y pasivos, garantías y avales, vencimiento de la deuda estructural, el calendario de amortización, los registros de empleo, etcétera.

La importancia de este tipo de ficheros, entre otras, es que permite discriminar entre el deudor sin impagos y el deudor solvente⁴⁵.

No todo deudor sin impagos es un deudor solvente y los ficheros negativos hacen esa errónea equivalencia además de impedir que se premie a los deudores con un buen comportamiento crediticio y un consumo responsable.

Cuando también se comparte información positiva, la decisión de crédito depende no solamente de la falta de pago, sino también de otros elementos que en su caso pueden beneficiar o perjudicar al cliente en el sentido de ver denegada su solicitud de crédito⁴⁶.

Los ficheros negativos estigmatizan al deudor que por circunstancias fortuitas haya incumplido sus obligaciones, aunque se trate de un incumplimiento aislado.

Los ficheros positivos informan del nivel de endeudamiento, préstamos asumidos y permiten “limpiar” un dato negativo pasado con datos positivos presentes, lo que supone un estímulo al buen comportamiento crediticio.

Los ficheros negativos son excluyentes y los positivos son inclusivos: permiten la reintegración del deudor y, sobre todo, posibilitan una adecuada valoración de la solvencia⁴⁷.

3. *Préstamo responsable*

Un sistema de crédito sostenible que otorgue mecanismos seguros de financiamiento a los grupos más vulnerables, como personas mayores de edad, estudiantes e inmigrantes, resulta fundamental para asegurar el bienestar de la sociedad⁴⁸.

La Directiva Europea 2014/17/UE, de 4 de febrero de 2014 sobre contratos de crédito celebrados con consumidores para bienes inmuebles de uso residencial en su

⁴⁵ El 30 de agosto del 2011 el Ejecutivo ingresó el Proyecto de Ley (Boletín N° 7886-03), el que no tiene movimiento desde el 2014, que tiene por objetivo regular el tratamiento de la información acerca de obligaciones de carácter financiero o crediticio. En su mensaje se puede rescatar lo siguiente: “Uno de los grandes pilares para el buen funcionamiento de los sistemas de información crediticia es la cantidad de datos que estos manejan y mantienen disponible, como así también la calidad de estos. Respecto a la cantidad de información o alcance de los datos, deben crearse los incentivos para que los sistemas de información de obligaciones financieras recolecten y mantengan un amplio rango de información de una parte significativa de la población. Los sistemas de información crediticia son más efectivos y mejoran la predicción del riesgo si estos contienen datos de un segmento amplio. Con mayor cobertura, pueden servir mejor a las instituciones financieras en la evaluación de los solicitantes de crédito”. En definitiva, el Proyecto contempla de alguna forma el desarrollo de ficheros positivos, informando a los proveedores de créditos del buen comportamiento de pago de las personas y de esta forma evaluar de una manera más acertada los riesgos de las personas, favoreciendo el acceso al crédito.

⁴⁶ CUENA, 2017, p. 298.

⁴⁷ CUENA, 2017, p. 298.

⁴⁸ BAQUERO y CABALLERO, 2013, p. 466, hacen referencia a la complejidad que presentan para el consumidor la adquisición de productos y servicios financieros y la ignorancia del consumidor.

Considerando N° 3 señala que es un objetivo primordial el tratar de poner fin a esa concesión de préstamos fáciles calificados como “no responsables”.

En Chile el acceso al crédito de los grupos más vulnerables se produce por lo general mediante el otorgamiento de tarjetas de crédito de manera casi indiscriminada⁴⁹ o por medio de préstamos que entregan las cajas de compensación a personas pensionadas con ingresos muy bajos, lo que pone en riesgo muchas veces el único bien, su “casa propia”.

De esta forma, para que el préstamo responda a su finalidad, y que en consecuencia el deudor pueda devolver lo que se le prestó, es necesario que concurren dos factores: (i) La capacidad de pago del propio deudor, es decir, debe ser solvente y tener una capacidad de pago y económica suficiente para poder hacer frente a la obligación contraída⁵⁰. (ii) La voluntad de pago del deudor, en el sentido de que su consentimiento a dicho pago sea real y verdadero, sin ningún tipo de vicio, que le impida realmente “querer” dicho crédito.

En consecuencia, para el cumplimiento de lo anterior, resulta fundamental observar dos deberes:

El primero, es el cumplimiento del deber de obtener información del deudor, con el fin de que el acreedor se asegure de que es un buen pagador, y de que va a hacer frente a sus obligaciones. Si el deudor no tiene capacidad de pago, no debiese concederle el crédito, evitando así el incumplimiento. De esta forma, la evaluación de solvencia del potencial mutuario se impone como un deber precontractual, que la entidad concedente ha de cumplir, antes de la suscripción del contrato de préstamo o crédito⁵¹.

El segundo deber es el de informar al deudor de todas las características del crédito: objeto, riesgos, intereses, plazos, productos derivados, debiendo el deudor entender y comprender –y el acreedor asegurarse de ello– todas y cada una de las características de la operación crediticia⁵². También se ha denominado a este deber “asistencia”, por el que, al concedente del crédito le cabe un deber de información precontractual de contornos amplios. Tal información debe permitir comparar las diversas ofertas y adoptar una decisión informada para la suscripción del contrato de crédito⁵³. Se debe en este

⁴⁹ Conforme con el Informe Financiero acerca de Tarjetas de Crédito de la SBIF, a febrero de 2018, se registraban 13.014.564 tarjetas de crédito, distribuyéndose en 10.756.547 en calidad de titular y 2.258.017 como adicionales. Revisado en <http://www.s bif.cl/s bifweb/servlet/InfoFinanciera?indice=C.D.A&idContenido=17229>

⁵⁰ ZUNZUNEGUI, 2013, p. 56.

⁵¹ GALLEGO, 2014, p. 215.

⁵² GOÑI, 2017, p. 525.

⁵³ GALLEGO, 2014, p. 222 y 223. En España este deber se concreta con la Orden EHA/2899/2011, de 28 de octubre, de transparencia y protección de servicios bancarios. Señalando en su artículo 6 relativo a la información precontractual lo siguiente: “Las entidades de crédito deberán facilitar de forma gratuita al cliente de servicios bancarios toda la información precontractual que sea legalmente exigible para adoptar una decisión informada sobre un servicio bancario y comparar ofertas similares. Esta información deberá ser clara, oportuna y suficiente, objetiva y no engañosa y habrá de entregarse con la debida antelación en función del tipo de contrato u oferta y, en todo caso, antes de que el cliente quede vinculado por dicho contrato u oferta”. Por otra parte, el artículo 9 de la Orden se refiere a un deber que se aproxima con mayor claridad al deber de asistencia, al referirse a las explicaciones adecuadas, indicando: “Las entidades de crédito deberán

sentido formar el consentimiento de manera correcta, sin que quepa error o dolo, que podrían anular el contrato.

4. *Derecho de desistimiento*

El derecho de desistimiento en el ámbito del derecho de consumo se contempla en nuestra legislación de consumo en el artículo 3 bis de la Ley 19.496, y permite al consumidor poner término unilateralmente al contrato en aquellos casos en que se compren bienes en reuniones convocadas o concertadas con dicho objetivo por el proveedor, en los contratos celebrados por medios electrónicos y en el caso de prestaciones de servicios educacionales de nivel superior. En cada uno de los supuestos indicados se determinan los plazos y requisitos para ejercer el derecho de retracto. No obstante, dicho derecho de retracto en el ámbito financiero se encuentra limitado, ya que se permite al consumidor el retracto cada vez que se contrate el crédito por vía telefónica o por internet. Además es posible desistir del contrato de crédito conforme con el artículo 3 bis b) de la LPC cuando "... En aquellos casos en que el precio del bien o servicio haya sido cubierto total o parcialmente con un crédito otorgado al consumidor por el proveedor, o por un tercero previo acuerdo entre este y el proveedor, el retracto resolverá dicho crédito...".

El derecho de desistimiento bajo ciertas circunstancias puede ser una eficaz herramienta para evitar el sobreendeudamiento. En Europa, con la Directiva 2008/48/CE se reconoce al consumidor el derecho de desistimiento (art. 14), que se regula en condiciones similares a las de la Directiva 2002/65/CE, relativa a la comercialización a distancia de servicios financieros destinados a los consumidores.

El desistimiento tiene un plazo de catorce días, cuyo cómputo se inicia a contar de la fecha de celebración del contrato, o si fuera posterior, la fecha en que el consumidor recibe el documento contractual con las condiciones mencionadas en el artículo 10. Dentro de ese plazo deberá notificárselo al prestamista, y se entiende que lo hace dentro de plazo cuando la notificación se ha enviado antes de que este expire.

Si el consumidor ejercita el desistimiento, deberá devolver al prestamista el capital recibido y el interés acumulado sobre dicho capital entre la fecha de disposición del crédito y la fecha de reembolso del capital. Deberá restituir estas cantidades sin ningún retraso indebido y, a más tardar, a los 30 días de haber enviado la notificación de desistimiento. El prestamista no tendrá derecho a reclamar al consumidor ninguna otra cantidad, excepto la compensación de los gastos no reembolsables abonados por el prestamista a la administración pública⁵⁴.

facilitar a todo cliente explicaciones adecuadas y suficientes para comprender los términos esenciales de todo servicio bancario ofertado y adoptar una decisión informada, teniendo en cuenta sus necesidades y su situación financiera".

⁵⁴ CARRASCO, 2010, p. 288.

5. *Otras medidas*

- a) Control de cláusulas abusivas en contratos de crédito –control notarial, control conservatorio y control judicial de oficio–

En Chile no tenemos un modelo de control preventivo de cláusulas abusivas, lo que evita un desequilibrio en el contrato. Hasta ahora el modelo seguido es el represivo, es decir, solo se actúa luego de que se incorpora en el contrato, y siempre que el consumidor reclame por lo abusivo de una determinada cláusula⁵⁵. En cambio, un sistema preventivo examina jurídicamente las llamadas cláusulas generales de la contratación antes de que el contrato produzca sus efectos, por medio de la actividad notarial, registral o inclusive mediante el depósito previo, esto es, antes de su entrada en el mercado⁵⁶.

- b) Fórmulas de financiamiento para personas de la tercera edad (hipoteca inversa, renta vitalicia e instrumentos afines)

Es indispensable analizar fórmulas que prevean la financiación en la etapa de vejez para evitar el sobreendeudamiento. La financiación, ya sea de manera total o parcial, puede recaer en el propio individuo por medio de instrumentos de previsión o de ahorro. O bien, puede afrontarse liquidando la propiedad de la vivienda u otros activos que permitan aliviar los imponderables económicos derivados de ancianidad y la dependencia⁵⁷.

- c) Regulación de contratos vinculados en el ámbito de consumo

El fenómeno de los contratos conexos está referido a la consecución de un determinado resultado económico, lo que lleva a las partes (proveedor y consumidor) a celebrar dos o más contratos diferentes que presentan entre sí un nexo jurídico, de tal forma que las vicisitudes que afectan a uno de ellos repercuten en el otro⁵⁸. De esta forma, los dos contratos pueden considerarse, en función de datos objetivos, como partes de una única operación económica, pues el proveedor colabora de manera planificada con el prestamista para permitir al consumidor el acceso financiado al bien o servicio. La regulación de los contratos vinculados en materia de consumo incide directamente en las causas del sobreendeudamiento, porque permitiría al consumidor dejar de cumplir el contrato de crédito cuando el proveedor del bien o servicio a su vez no ha cumplido con el contrato de consumo⁵⁹.

⁵⁵ MOMBERG, 2013, pp. 9-27.

⁵⁶ LLAMAS, 2014, p. 798.

⁵⁷ GRACIA, 2010, p. 334; ZURITA, 2008, p. 34 y SÁNCHEZ-VENTURA, 2013, p. 99.

⁵⁸ BOZZO, 2015, p. 42.

⁵⁹ MARÍN, 2012, p. 167. En nuestra legislación de consumo, se regula de una manera muy restringida en el artículo 3 bis b), al permitir en caso de hacer uso del derecho de retracto, poner fin al contrato de

V. CONCLUSIONES

1. La noción de sobreendeudamiento carece de una definición unitaria por parte de la doctrina nacional y comparada. No obstante, existe consenso en diferenciarlo del concepto de insolvencia. Estaremos así frente al fenómeno del sobreendeudamiento cada vez que exista imposibilidad manifiesta por parte del consumidor de hacer frente a un conjunto de obligaciones exigibles y a plazo. El fenómeno del sobreendeudamiento se identifica como un estado financiero complejo que puede conducir a un estado de insolvencia, lo que no significa siempre que esta última se deba a un estado de sobreendeudamiento. De esta forma, el sobreendeudamiento es un estado financiero que requiere de medidas eficaces para evitar así la incapacidad de pago del consumidor.
2. Las causas del sobreendeudamiento son variadas. Se puede diferenciar el origen del sobreendeudamiento según al grupo de la población que le afecte. Por ejemplo, para determinados grupos como los estudiantes o migrantes con escasa formación, la principal causa se debe a la falta de educación. En cambio, para grupos de personas como la tercera edad, el origen del sobreendeudamiento se debe a necesidades propias de la vida, asociadas a enfermedades, compra de remedios y gastos de vida en general.
3. Las técnicas utilizadas hasta ahora para evitar el sobreendeudamiento han sido ineficaces. El deber de información como principal herramienta para evitarlo ha resultado insuficiente. Es necesario contemplar medidas preventivas que eviten el sobreendeudamiento, entregando mayor responsabilidad a las entidades financieras al momento de conceder créditos.
4. A nivel comparado y en especial en Europa, se avanza en el sentido de una mayor regulación que permite evitar el sobreendeudamiento del consumidor. Entre las medidas adoptadas se encuentran: asesoramiento precontractual; el deber de evaluación de la solvencia del consumidor por parte de la entidad financiera; derecho a desistir del contrato; reembolso anticipado del préstamo entre otras.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ, María Isabel, 2010: *Protección jurídica del consumidor sobreendeudado e insolvente*, Pamplona: Civitas.
- ALVEAR, Julio, 2016: "Consumidor y empresario: ¿Relaciones jurídicas conflictivas? Hacia una concepción relacional del derecho del consumidor", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 43, N° 3.
- ANCHÁVAL, Hugo, 2011: *Insolvencia del consumidor*, Buenos Aires: Astrea.

- ANDRÉS SANTOS, Francisco, 2014: "Procedimientos relativos al sobreendeudamiento de particulares en el derecho europeo", en Álvaro Núñez Iglesias (director). *La protección del deudor hipotecario. Aproximación a la Ley de Medidas para reforzar la protección a los deudores hipotecarios, reestructuración de deuda y alquiler social*, Granada, Comares, pp. 99-139
- ANTORO, Vittorio, 2010: "La liberación de deudas (*esdebitazione*) en el derecho italiano", *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, Nº 13, pp. 411-424. Disponible en <http://hdl.handle.net/11365/9446>. Fecha de consulta: 12.11.2018
- BAQUERO, Mauricio y CABALLERO, Guillermo, 2013: "Artículo 17 G", en Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 449-467.
- BARAONA, Jorge, 2014: "La regulación contenida en la Ley 19.496 sobre protección de los derechos de los consumidores y las reglas del Código Civil y comercial sobre contratos: un marco comparativo", *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41 Nº 2, pp. 381-408.
- BARRIENTOS, Marcelo, 2013: "Artículo 3º B", en Íñigo de la Maza y Carlos Pizarro (directores) y Francisca Barrientos (coordinadora). *La protección de los derechos de los consumidores. Comentarios a la ley de protección a los derechos de los consumidores*, Santiago, Thomson Reuters, pp. 94-103.
- BOUYON, Sylvain y MUSMECI, Roberto, 2017: "Las dos dimensiones del sobreendeudamiento: protección del consumidor y estabilidad financiera en la Unión Europea", en Matilde Cuena Casas (directora). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, España, Aranzadi, pp. 99-116.
- BOZZO, Sebastián, 2015: "Incumplimiento de contratos vinculados en función de consumo y mecanismos de protección en el ordenamiento chileno", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 45, pp. 39-66. Disponible en <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512015000200001>. Fecha de consulta: 8.11.2018.
- CARVAJAL, Patricio, 2002: "Sugerencias para un derecho de consumo unitario", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 29, Nº 1.
- CARVAJAL, Lorena, 2018: "Procedimientos de renegociación y liquidación del consumidor", en Humberto Carrasco (Editor). *Estudios de Derecho del Consumidor*. Santiago, Rubicon Editores, pp. 103-112.
- CARRASCO, Ángel, 2010: "Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores", *Repositorio Universidade Coruña*, pp. 271-296. Disponible en http://ruc.udc.es/dspace/bitstream/handle/2183/13055/CC-112_art_8.pdf?sequence=1. Fecha de consulta: 10.10.2018.
- CARRASCO, Ángel, 2014: "Sobreendeudamiento del consumidor y concurso de acreedores. El régimen español de *Iure condendo*", en Antonio Sarcina (director). *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor. Sistemas jurídicos europeos a debate*, Lecce, Italia, Euriconv, pp. 259-268.
- CUENA, Matilde, 2014: "El sobreendeudamiento privado como causa de la crisis financiera y su necesario enfoque multidisciplinar", en Lorenzo Prats Albentosa, Matilde Cuena Casas (coordinadores) *Préstamo Responsable y ficheros de solvencia*, Pamplona, Aranzadi, pp. 27-89.
- CUENA, Matilde, 2017: "Ficheros positivos de solvencia, privacidad y mercado de crédito", en Matilde Cuena Casas (directora). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Pamplona, Aranzadi, pp. 281-416.
- DE LA CUESTA, JOSÉ MARÍA, 2008: "Persona física y consumidor", Ponencia presentada en el Iº Congreso Internacional sobre endeudamiento del consumidor e insolvencia familiar, celebrado en la Facultad de Derecho UCM en noviembre de 2008. Disponible en http://eprints.ucm.es/8761/1/06.04.09.Persona_f%C3%ADsica_y_consumidor.pdf. Fecha de consulta: 05.10.2018.

- DE LA MAZA, Íñigo, 2010: "El suministro de información como técnica de protección de los consumidores: los deberes precontractuales de información", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 17, Nº 2.
- DÍAZ, Karen, 2018: "Concepto de insolvencia bajo la Ley 20.720 y de la posible afectación del Deudor Consumidor ante la falta de reglamentación sobre su sobreendeudamiento", *Revista Justicia y Derecho*, volumen I, Nº 1.
- DUBOIS, H., 2016: "Innovative tools to curb household over-indebtedness". CEPS ECRI Conference "Over-indebtedness of European households: myths and realities". Session 3 Crussels, 26 January 2016.
- FERRANDO, M^a de Lourdes, 2017: "Los ficheros de solvencia negativos", en Matilde Cuenca Casas (directora). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, España, Aranzadi, pp. 253-280.
- FERNÁNDEZ, Clara, 2008: *El tratamiento de la insolvencia de las personas físicas*, Pamplona: Aranzadi.
- FERRE, Juan, 2006: "La liberación de deudas en el concurso del consumidor (un apunte de Derecho alemán)", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 7.
- GALLEGU, Esperanza, 2014: "La obligación de evaluar la solvencia del deudor: Consecuencias derivadas de su incumplimiento", en Lorenzo Prats Albentosa y Matilde Cuenca Casas (coordinadores). *Préstamo responsable y ficheros de solvencia*, Pamplona, Aranzadi, pp. 207-240.
- GARCÍA, José María, 2015: *El sobreendeudamiento de las personas físicas y familias, mecanismos de segunda oportunidad, códigos de buenas prácticas bancarias y otras medidas de protección al deudor*, Barcelona: Bosch.
- GASPAR CANDIA, José Antonio, 2012: "Eficacia del Sello Sernac como mecanismo de control preventivo de las cláusulas abusivas en los contratos de adhesión", en Carmen Domínguez, Joel González Castillo, Marcelo Barrientos y Juan Luis Goldenberg (coordinadores), *Estudios de Derecho Civil VIII*, Santiago, Thompson Reuters, pp. 455-463.
- GELPI, Rosa y JULIEN-LABRUYÈRE, François, 1998: *Historia del Crédito al consumo. Doctrina y prácticas*, Barcelona: Península.
- GOLDBERG, Juan Luis, 2017A: "La responsabilidad patrimonial universal y el sobreendeudamiento de la persona deudora", en Hernán Corral y Pablo Manterola (editores), *Estudios de Derecho Civil XII*, Santiago, Thompson Reuters, pp. 239-255.
- GOLDBERG, Juan Luis, 2017B: "El necesario ajuste de la asignación del riesgo de sobreendeudamiento en la regulación de las tarjetas de crédito: desde un sistema basado en los deberes de información a un modelo de corresponsabilidad", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Nº 49, 2º semestre.
- GOÑI, María, 2017: "Los deberes de información precontractual en los contratos de préstamo", en Matilde Cuenca Casas (directora). *La prevención del sobreendeudamiento privado. Hacia un préstamo y consumo responsables*, Pamplona, Aranzadi, pp. 523-570.
- GRACIA, Jorge, 2014: "Atención a la dependencia y endeudamiento de las personas mayores en España", en Antonio Sarcina (director). *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, Sistemas jurídicos europeos a debate*, Lecce Italia, Euriconv, pp. 331-342.
- GUTIÉRREZ, Pablo, 2009: *El sobreendeudamiento doméstico: prevención y solución. Crisis económica, crédito, familias y concurso*, Pamplona: Aranzadi.
- JIMÉNEZ, Teresa Asunción, 2013: "Sobreendeudamiento y vivienda familiar", *Revista general legislación y jurisprudencia*, Enero-Marzo Nº 1, pp. 49-86.
- LÓPEZ, Rocío, 2015: "El tratamiento del sobreendeudamiento de los particulares en Francia", *Revista de Derecho Civil*, volumen II, Nº 2.
- LLAMAS, Eugenio, 2014: *La compraventa*, Madrid: La Ley.
- MARÍN, Manuel Jesús, 2012: *La compraventa Financiada de Bienes de Consumo*, España: Aranzadi.

- MOMBERG, Rodrigo, 2013: "El control de las cláusulas abusivas como instrumento de intervención judicial en el contrato", *Revista de Derecho Universidad Austral de Chile*, volumen 26, Nº 1.
- 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*, Vol. 43 Nº 2, pp. 739-758.
- MORALES ORTIZ, María Elisa, 2018: *Control preventivo de cláusulas abusivas*, Santiago: Der Ediciones.
- PACCHI, Stefania, 2013: "El sobreendeudamiento. El régimen italiano de *iure conditio* y de *iure condendo*", *Anuario de Derecho Concursal*, Nº 29, mayo-agosto.
- PÉREZ, Álvaro y MARTÍNEZ, Patricio, 2015: "Del sobreendeudamiento a la insolvencia: fases de crisis del deudor desde el derecho comparado europeo", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 42, Nº 1.
- PINOCHET, Ruperto, 2013: "Modificación unilateral del contrato y pacto de auto-contratación: dos especies de cláusulas abusivas a la luz del derecho de consumo chileno", *Revista Ius et Praxis*, volumen 19, Nº 1.
- PULGAR, Juana, 2014: "Las soluciones negociadas al sobreendeudamiento de la persona física en España", en Antonio Sarcina (director). *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, Sistemas jurídicos europeos a debate*, Lecce Italia, Euriconv, pp. 269-287.
- ROSTIÓN, Ignacio, 2014: "Sernac Financiero: Nuevos deberes de información y responsabilidad civil", *Revista de Derecho Universidad Católica del Norte*, año 21, Nº 1.
- RUZ, Gonzalo, 2017A: "Reflexiones sobre las condiciones de ingreso al procedimiento concursal de liquidación voluntaria de bienes de la persona deudora", *Estudios de Derecho* jornadas chilenas de derecho comercial 7 y 8 de septiembre de 2017.
- RUZ, Gonzalo, 2017B: *Nuevo Derecho concursal chileno I y II*, Santiago: Thompson Reuters.
- SÁNCHEZ-VENTURA, Inés, 2013: *La hipoteca inversa en el derecho español*, Madrid: Civitas.
- SOTILLO, Antonio Vicente, 2014: "Segunda oportunidad y Derecho concursal", *El cronista del Estado Social y democrático de Derecho*, Nº 14.
- TRUJILLO, Iván Jesús, 2003: *El sobreendeudamiento de los consumidores*, Granada, España: Comares.
- ZUBIRI, Mercedes, 2014: "La solución Jurisprudencial del Sobreendeudamiento de los consumidores en caso de insolvencia en España", en Antonio Sarcina (director). *El sobreendeudamiento de los particulares y del consumidor, Sistemas jurídicos europeos a debate*, Lecce, Italia, Euriconv, pp. 349-357.
- ZURITA, Isabel, 2008: "La nueva normativa reguladora de la hipoteca inversa", en *Revista crítica de derecho inmobiliario*, año Nº 84, Nº 707.
- ZUNZUNEGUI, Fernando, 2013: "Sobreendeudamiento y prácticas hipotecarias de las entidades bancarias", *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, Nº 129, Enero-Marzo.

Normas jurídicas citadas:

- DIRECTIVA 2002/65, de 12 de mayo de 2002.
- DIRECTIVA 2008/48, de 23 de abril de 2008.
- DIRECTIVA 2011/83, de 25 de octubre de 2011.
- DIRECTIVA 2014/17, de 28 de febrero de 2014.
- REAL DECRETO LEY 6/2012, de 9 de marzo (España).
- REAL DECRETO-LEY 27/2012, de 15 de noviembre (España).
- REAL DECRETO-LEY 1/2013, de 14 de mayo (España).
- REAL DECRETO-LEY 14/2013, de 27 de septiembre (España).
- REAL DECRETO-LEY 1/2015, de 27 de febrero (España).
- REAL DECRETO-LEY 1/2015, de 27 de febrero (España).

LOI N° 89-1010, de 23 de diciembre de 1989 (Francia).
LOI N° 2013-672, de 26 de julio 2013 (Francia).
DÉCRET N° 2014-190, de 21 de febrero 2014 (Francia).
DECRETO-LEI 227/2012, de 25 de octubre 2012 (Portugal).
DECRETO LEGISLATIVO 141/2010 (Italia).
LEY 3/2012 (Italia).
DECRETO LEGISLATIVO 179/2012 (Italia).
LEY 221/2012 (Italia).
LEY 19.496, 1997.
LEY 19.955, 2011.
LEY 20.715, 2013.
LEY N° 20.720, 2013.
BOLETÍN N° 7069-13.
BOLETÍN N° 10.626-04.
BOLETÍN N° 7886-03.

Jurisprudencia citada:

CASS. Civ., 1er, 12 juillet 2005, *Bull.* 2005, I, N° 327, *Pourvoi* N° 03-10.921.

La participación del Congreso Nacional en las modificaciones a la Ley de Presupuestos

*Sebastián Soto Velasco**

RESUMEN

Esta investigación examina las modificaciones que se realizan a las leyes de presupuestos sin aprobación del Congreso Nacional. Como ya es costumbre, numerosas decisiones que se toman en el debate legislativo durante la tramitación de la Ley de Presupuestos son luego modificadas por el Ministerio de Hacienda sin ninguna intervención legislativa. El documento analiza la evolución del debate y la práctica en torno a las modificaciones presupuestarias. Luego teoriza acerca de la importancia de la participación legislativa y estudia modelos comparados que permiten apreciar una mayor participación del Congreso en los debates que implican modificaciones a las decisiones presupuestarias originales. Todo esto permite escrutar críticamente nuestro sistema que debe, por lo mismo, abrirse a eventuales cambios que se esbozan hacia el final de la investigación.

Ley de Presupuestos; flexibilidad presupuestaria; Dirección de Presupuestos

Congressional intervention in the modifications of the budget

ABSTRACT

This paper examines the modifications to the budget law which are not approved by the National Congress. As became usual, many congressional decisions during the legislative process of the budget are changed by the Treasury with no congressional intervention. This paper analyses the debate and the practice of budget modifications. Then it goes deeper on normative issues and comparative perspective in order to find other experiences where legislative intervention is reinforced. All this critic scrutiny of the current system give room to changes in the legal framework.

Budget; budget flexibility; Budget Office

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Máster en Derecho (LLM), Universidad de Columbia, Estados Unidos. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: jssoto@uc.cl.

El presente artículo es parte del proyecto Fondecyt N° 11170364.

Agradezco a los ayudantes de investigación María Paz Dulanto, Benjamín Sáez y Sebastián Salazar. Igualmente agradezco a Lucas Sierra e Isabel Giménez por comentarios y críticas a algunas de las ideas expuestas en este artículo que fueron esbozadas antes en mi tesis doctoral.

Artículo recibido el 2.1.2019 y aceptado para su publicación el 4.9.2019.

I. INTRODUCCIÓN

Durante la discusión de la reforma electoral el 2015 uno de los temas más debatidos fue el costo que generaba el aumento del número de diputados y senadores. Tanto el Congreso Nacional como los representantes del Poder Ejecutivo acordaron que el proyecto no tendría costo fiscal adicional pues el mayor gasto que generarían los nuevos parlamentarios sería absorbido por medio de reasignaciones del presupuesto vigente¹. Lo mismo fue confirmado durante el debate de la Ley de Presupuestos del 2018 cuando se rechazó la propuesta inicial del Ejecutivo que aumentaba el presupuesto, pues los nuevos gastos se solventarían por la vía de reasignaciones del presupuesto regular².

No obstante lo anterior, en marzo de 2018 la prensa informó un suplemento en la partida presupuestaria correspondiente al Senado de \$ 2.100 millones³, pues no era posible financiar el aumento del número de parlamentarios sin gasto adicional.

Lo relevante para esta investigación no es la polémica en torno a la proyección de costos de un proyecto de ley o al eventual incumplimiento de un acuerdo político. Esta investigación plantea que las modificaciones a la Ley de Presupuestos sin la aprobación legislativa e incluso, como en este caso, en contra de la voluntad expresada por las cámaras en la Ley de Presupuestos, es cuestionable desde una perspectiva normativa.

Para mostrar lo anterior, esta investigación parte analizando la situación en Chile, tanto en perspectiva histórica (capítulo 2) como en cuanto a su reglamentación y práctica actual (capítulo 3). Luego se examina el asunto normativamente (capítulo 4) y desde dos casos emblemáticos del derecho comparado (capítulo 5). Todo esto permite concluir que las recurrentes modificaciones a las leyes de presupuestos sin intervención legislativa deben ser revisadas (capítulo 6).

II. DEBATES Y PRÁCTICA DE LA FLEXIBILIDAD PRESUPUESTARIA EN NUESTRO DERECHO

A continuación analizaremos someramente tanto el debate en torno a las modificaciones a las leyes de presupuestos como la práctica de su modificación. Nos centraremos especialmente en el debate que se llevó adelante en los noventa que finalizó con una sentencia del Tribunal Constitucional que zanjó las discusiones constitucionales respecto de la materia.

¹ Informe Financiero. Historia de la Ley 20.840, pp. 14 y 294. Ver también Tribunal Constitucional, 30.3.2015, rol 2777-15, c. 46-54.

² Ver Historia de la Ley 21.053, de presupuestos del año 2018, pp. 1074-1078 y 1557.

³ Decreto 36, Ministerio de Hacienda. 23.01.2018.

1. *Modificaciones a la Ley de Presupuestos bajo la Constitución de 1833 y 1925*

Las modificaciones a la Ley de Presupuestos han sido habituales en la ejecución presupuestaria en nuestra historia constitucional. El mecanismo para hacerlas ha sido tanto la ley como la potestad reglamentaria aunque, según veremos, es esta última la que ha ganado fuerza en las últimas décadas.

Una primera forma de efectuar las modificaciones a los presupuestos es por la vía de otra norma legal. Al decir de Domingo Amunátegui, fue esta la práctica durante el siglo XIX pues, escribe en 1900, “año a año se presentan en tropel numerosos proyectos de suplementos para los Presupuestos de todos los Ministerios”⁴. Medio siglo después, en 1950, otro Amunátegui, esta vez Gabriel, afirma que “reiteradas prácticas políticas han determinado que esta suplementación constituya un segundo presupuesto periódico”⁵. Y en 1962, Martner ratifica lo señalado cuando anota que las modificaciones a los presupuestos se presentaban en un solo proyecto de ley durante agosto y se aprobaban en los últimos meses del año⁶.

Pero utilizar la ley como mecanismo para modificar los presupuestos no impidió hacer lo mismo por la vía de decretos suplementarios que no requerían aprobación legislativa. Huneeus, en su obra clásica, ya cuestionaba “el abuso de echar mano del sistema irregular e inaceptable de hacer imputaciones a imprevistos, para suplir las faltas de partidas previstas agotadas, en lugar de pedir, como debe hacerse, suplementos al Congreso en cada caso particular”⁷. Y las leyes que regularon el presupuesto fueron paulatinamente ampliando estas opciones. Así la ley de 1884 autorizó a exceder los ítems de la Ley de Presupuestos cuando concurrieran algunas circunstancias tales como gastos generados en leyes posteriores a la promulgación del presupuesto; gastos determinados por sentencias ejecutoriadas; u otros que permitieran solventar las operaciones de empresas públicas⁸. Algunas décadas después, ya en el siglo XX, las normas que regularon los presupuestos fueron aumentando los espacios de flexibilidad permitiendo al Presidente de la República suplementar los gastos en ciertos casos sin una ley especial que lo autorizara⁹. En los cincuenta, por ejemplo, se autorizaba al Presidente para ordenar traspasos de fondos entre los capítulos de una misma partida hasta por 5% de los gastos consultados en el capítulo cuyo total se disminuía. Asimismo, el ministro de Hacienda, por orden del Presidente, podía ordenar traspasos entre los ítems de gastos de un mismo capítulo. Todos estos traspasos se debían informar al Congreso y se podían autorizar el segundo semestre del año presupuestario¹⁰.

⁴ AMUNÁTEGUI, 1900, p. 250.

⁵ AMUNÁTEGUI, 1950, p. 511.

⁶ MARTNER, 1962, p. 270.

⁷ HUNEEUS, 1890, p. 225.

⁸ Ley de 26.09.1884.

⁹ Ley 4.520, 1929.

¹⁰ Decreto con Fuerza de Ley 47, 1959.

Y más evidente aun es la ausencia del Legislativo si se analizan los presupuestos de los servicios públicos descentralizados. Estos, hasta mediados de la década del 70, no integraban la ley de presupuestos que se debatía en el Congreso Nacional sino que eran aprobados por decreto supremo del Presidente de la República. De esta forma, todo el proceso de elaboración y discusión presupuestaria se desarrollaba al interior del Poder Ejecutivo entre la propia institución, el Ministerio de Hacienda y el Presidente de la República quien suscribía el decreto. Lo mismo ocurría con los traspasos durante la vigencia del presupuesto que, según establecía la ley, debían ser aprobados por el jefe de servicio o, en ciertos casos, por el propio Presidente¹¹.

Todas estas normas llevan a que un observador externo, Peter Cleaves, afirmará después de estudiar la Administración en Chile en los sesenta que “el Ministerio de Hacienda retiene un considerable margen de maniobra para manipular el presupuesto” durante el año fiscal. Así podía hacer traspasos entre servicios y entre partidas presupuestarias sin autorización legislativa e incluso podía aprovechar los mayores ingresos para suplementar los presupuestos sectoriales¹².

2. *El debate constitucional en los noventa*

En 1997 el Tribunal Constitucional se pronunció acerca de la constitucionalidad de modificar las leyes de presupuestos por medio de decretos. La sentencia zanjó un debate constitucional que, como veremos, se venía sosteniendo desde el retorno de la democracia.

2.a) Debates constitucionales en el Congreso Nacional y en la academia

La discusión respecto de flexibilidad presupuestaria en el Tribunal Constitucional fue antecedida por recurrentes debates en el Congreso Nacional al momento de discutir las leyes de presupuestos. Fue común, a inicios de los noventa, que se intentara restringir por la vía de indicaciones las atribuciones que tenía el Ministerio de Hacienda para modificar por medio de decretos los gastos establecidos en la ley de presupuestos¹³. En 1992, por ejemplo, la sala del Senado solicitó un informe a la Comisión de Constitución, la que lo emitió años después, en 1995. En este, la mayoría de sus integrantes determinó que “la existencia de cierto margen de flexibilidad presupuestaria es indispensable para la adecuada y oportuna gestión financiera del Estado, por cuanto al legislador no le corresponde ocuparse en detalle de todos los gastos que es necesario efectuar”¹⁴. Pero al mismo tiempo, afirmó que esta flexibilidad debe respetar el marco global de gastos autorizados, el destino de los recursos contemplados y las eventuales disminuciones de

¹¹ URZÚA y GARCÍA, 1971, p. 223.

¹² CLEAVES, 1974, p. 327.

¹³ Historia de la Ley 19.103, de Presupuestos de 1992, en especial pp. 311-341.

¹⁴ Sesión 2ª, en jueves 8 de octubre de 1992, Ordinaria, p. 20.

gastos variables¹⁵. Aun así sostuvo que la propia Ley de Presupuestos podía autorizar expresamente a exceder el monto global señalado en esta.

Pero el asunto no solo fue objeto de discusión en el Congreso Nacional. También variados académicos se habían pronunciado pertinente a la materia, dando cuenta de una disparidad de criterios que solo vino a zanjar el fallo del Tribunal Constitucional.

En 1992 José Luis Cea escribió que la Ley de Presupuestos es una ley marco y autorizatoria en términos generales o básicos, por lo que las normas de flexibilidad presupuestaria tenían base constitucional¹⁶. Al año siguiente Jorge Precht sostuvo que el principio de legalidad formal aplicado en materias vinculadas a la hacienda pública debe interpretarse con flexibilidad a la luz del principio del servicio a la comunidad¹⁷. Y finalmente Alejandro Silva Bascuñán, en un informe elaborado para la Comisión de Constitución con motivo del debate a que se hizo referencia más arriba, sostuvo que las autorizaciones de gasto son meras estimaciones. Por eso la Constitución autoriza a que, por vía administrativa, se modifiquen los gastos totales aprobados por el Congreso Nacional si hay más ingresos que los estimados originalmente¹⁸.

La posición contraria la sostuvo Enrique Evans¹⁹ y Jorge Ovalle²⁰. Ambos argumentaron por la inconstitucionalidad de las normas de flexibilidad presupuestaria, pues, entre otros argumentos, la tradición chilena había sido siempre que todo gasto debía ser autorizado por ley, por lo que no podía admitirse que la autoridad dispusiera de gastos fiscales sin estar autorizados por ley.

Pero quien más ha profundizado respecto del tema fue Rodrigo Pineda, primero en su tesis de magíster —elaborada antes de la sentencia— y luego en un artículo publicado con posterioridad a la contienda constitucional. En esta última publicación señala que “por razones históricas, doctrinaria y constitucionales resulta fundado afirmar que el Presidente de la República no puede disponer por vía administrativa gastos que excedan los legalmente autorizados ni aun en el caso que los ingresos fueren superiores a los calculados”. Asimismo, agrega que ello no impide que el legislador regule expresamente situaciones en que la Administración puede excederse del presupuesto aprobado sin necesidad de ley²¹.

Todo este debate antecedió la contienda constitucional y fue ponderado por el Tribunal Constitucional al momento de resolverla, según expresa la misma sentencia (STC 254, c. 20).

¹⁵ *Ibid*, p. 21.

¹⁶ CEA, 1992, p. 425.

¹⁷ PRECHT, 1993, p. 775.

¹⁸ SILVA BASCUÑÁN, 2000, p. 256.

¹⁹ Tribunal Constitucional, 26.4.1997, rol 254-1997, a fojas 67.

²⁰ Tribunal Constitucional, 26.4.1997, rol 254-1997, a fojas 394.

²¹ PINEDA, 2000, p. 395.

2.b.) La sentencia del TC

En febrero de 1997 se publicó el decreto supremo que establecía modificaciones presupuestarias para 1997. El decreto regulaba traspasos de recursos entre subtítulos, creación de nuevos subtítulos, modificaciones de ingresos y gastos, creación de programas especiales y otras modificaciones presupuestarias.

Un grupo de senadores presentó un requerimiento al Tribunal Constitucional impugnando el decreto por ser contrario al principio de legalidad del gasto público y a diversas normas constitucionales.

El Tribunal Constitucional resolvió rechazando el requerimiento por la unanimidad de sus integrantes. En lo que interesa, el fallo sostiene que la ley de presupuestos “reúne características que le dan una categoría especial”²². Para justificar la especialidad recurre a diversos argumentos. Dice que se trata de “la herramienta” para satisfacer gran parte de las necesidades públicas; que es imposible una previsión total por parte del legislador (c. 18); que se trata una “ley marco y, por tanto, corresponde al organismo administrativo detallar su ejecución” (c. 22); y que hay razones históricas que permiten sostener que la Ley de Presupuestos se aparta “en varios aspectos de las características y objetivos universalmente reconocidos a la ley”. Todo esto sirve de base para justificar una interpretación constitucional “flexible, racional y lógica” del principio de legalidad en materia presupuestaria, donde se admite, en consecuencia, una intensa colaboración de la potestad reglamentaria (c. 24-28).

La sentencia vino a consolidar la práctica hasta la fecha en el que las asignaciones de gasto de la ley de presupuestos podían modificarse por medio de actos administrativos, con las restricciones que estableciera la ley. Así entonces, el asunto dejó de ser constitucional y pasó a ser de potestad exclusiva del legislador, pues en virtud de la ley podía definirse el alcance de la colaboración de la potestad reglamentaria en la modificación de las normas presupuestarias. Y el rol del legislador en esta materia se ha encaminado no a limitar sino que a incorporar cláusulas que obligan a informar el número de los decretos que modifican el presupuesto.

3. *El debate hoy*

Actualmente el tema no ha sido objeto de reflexión regular por parte de la academia. Ello parece ser reflejo de una escasa investigación en torno a temas vinculados con los presupuestos del Estado por parte de las ciencias jurídicas²³. Aun así hay excepciones y algunos autores han expresado críticas a la flexibilidad de las normas que permiten la modificación de los presupuestos por la vía reglamentaria²⁴.

²² Tribunal Constitucional, 26.4.1997, rol 254-1997.

²³ Por supuesto en esto hay excepciones. Recientemente GUERRERO, 2018, p. 356 y ss. e YRARRÁZAVAL, 2018, p. 85 y ss.

²⁴ PALLAVICINI, 2015, p. 379 y ss.; SOTO, 2017, p. 204 y ss.

Tampoco ha sido objeto de litigación constitucional. Si bien ha habido sentencias del Tribunal Constitucional sobre materias presupuestarias, ellas no han versado acerca de las normas de flexibilidad sino más bien por las ideas matrices de la Ley de Presupuestos o la iniciativa presidencial²⁵. Y, aun cuando de modo indirecto, la preeminencia presidencial en materias presupuestarias que recuerdan una y otra vez las sentencias, podría contribuir a ratificar el criterio del fallo de 1997.

Donde sí el debate parece estar adquiriendo más sustancia es en el Congreso Nacional. En los últimos años han vuelto las discusiones referidas a las normas de flexibilidad en la tramitación de las leyes de presupuestos. Así, para la discusión del presupuesto del 2017 se estableció que la información que debe enviar la DIPRES respecto de los decretos de modificaciones presupuestarias al Congreso Nacional debe incluir un dato adicional. Si antes solo se exigía una especificación de los montos incrementados o disminuidos por subtítulo y partida, a partir de ahora se eleva el estándar de la argumentación. Esto pues también se exige detallar si se trata de “incrementos por aplicación de leyes, reducciones por ajuste fiscal o modificaciones por decisiones de política”²⁶. Y en la discusión de la Ley de Presupuestos para el 2019 se discutió una indicación para limitar la facultad de reducir el presupuesto utilizando las normas de flexibilidad presupuestaria respecto de poderes constitucionalmente autónomos, como el Poder Judicial, la Contraloría y el propio Congreso Nacional²⁷.

III. LAS NORMAS DE FLEXIBILIDAD PRESUPUESTARIA Y SU APLICACIÓN

1. *Las normas*

En teoría, la disposición más relevante que regula la flexibilidad presupuestaria en nuestro derecho es la contenida en el artículo 32 N° 20 de la Constitución, esto es, el decreto de emergencia. La norma autoriza que el Presidente, con la firma de todos sus ministros, decreta pagos no autorizados en la ley para atender ciertas necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, conmoción interna y otras circunstancias similares. El total de giros no puede exceder anualmente del 2% de los gastos autorizados en la Ley de Presupuestos respectiva. Si bien esta atribución presidencial fue invocada regularmente bajo la Constitución del 25²⁸, hoy su uso es casi inexistente y ha sido reemplazada por las normas legales que regulan la flexibilidad presupuestaria²⁹. Otra norma relevante es el artículo 100 que establece, al igual que los textos constitucionales

²⁵ Tribunal Constitucional, 24.12.2007, rol 1005-2007; 30.12.2010, rol 1867-2010; 21.12.2015, rol 2935-2015; 15.12.2017, rol 4118-2017; 22.01.2019, rol 5735-2018.

²⁶ Ley 20.981, 2016.

²⁷ Ver Historia de la Ley 21.125, de presupuestos para el 2019. En especial pp. 1867 y ss.

²⁸ SILVA CIMMA, 1992. p. 256 y ss.

²⁹ Desde 1990 a la fecha ha sido utilizado en dos ocasiones con motivo del financiamiento del Transantiago: DS 1178/2008 y DS 1/2009, ambos del Ministerio de Hacienda.

anteriores, que las tesorerías no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en el que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto.

Ambas disposiciones, y en general aquellas que regulan la reserva legal, sirven de base constitucional a lo que el Tribunal Constitucional ha venido a denominar, en la sentencia reseñada más arriba, como la trilogía Constitución, ley y decreto que regula la ejecución presupuestaria y las normas de flexibilidad³⁰.

La reglamentación legal de la flexibilidad presupuestaria, por su parte, se encuentra principalmente en el Decreto Ley 1263 de Administración Financiera. Y dentro de este cuerpo legal es el artículo 26 el más relevante. Esta disposición establece como regla general que las regulaciones de los traspasos, incrementos, reducciones y demás modificaciones presupuestarias serán normadas por decreto. Estos decretos se suelen dictar en diciembre, días antes de la entrada en vigencia de la nueva Ley de Presupuestos y son emitidos con la pura firma del ministro de Hacienda³¹.

El mismo artículo determina diversas excepciones dejando reservado a la ley algunos de estos traspasos. Es decir, no es posible por vía de las normas de flexibilidad presupuestaria, sino que se exige una ley para, por ejemplo, la transferencia de fondos entre ministerios; los aportes a las empresas del Estado y a las municipalidades; el incremento de las sumas globales de gasto que la Ley de Presupuestos fija anualmente; entre otras.

El mismo artículo exige la aprobación de una ley para el traspaso a diferentes partidas de la Ley de Presupuestos de “recursos que, previamente, hayan sido traspasados desde ellas al Tesoro Público”. De esta forma, y por oposición, autoriza el traspaso a partidas de la Ley de Presupuestos cuando los montos no provengan de otro ministerio sino que hayan estado en la partida de Tesoro Público. Es esta última la forma habitual que tiene el Ministerio de Hacienda para traspasar fondos con total flexibilidad. Debido a que la partida “Tesoro Público” es aquella que contiene la “caja fiscal” y considerando que el dinero es fungible, los incrementos presupuestarios siempre vienen desde esa partida sin que haya limitación real alguna.

El tema no ha pasado inadvertido en las ocasiones en que se han debatido reformas fiscales. El 2003, en el contexto de una modificación al DL 1263 que profundizó la transparencia y el control presupuestario, se modificó el artículo 26 para limitar este traspaso de recursos, según se puede apreciar del debate en la sala del Senado³². Sin embargo, sigue siendo la triangulación de recursos por medio del Tesoro Público la forma habitual de traspasar recursos sin autorización legal. Igualmente, aunque con menos discusión, la Ley de Responsabilidad Fiscal del 2006 permitió usar activos financieros para incrementar el presupuesto; de esta forma, el aumento de los recursos no implicaba, como antes, un aumento de la deuda, sino que un uso de recursos que tenían su

³⁰ Tribunal Constitucional, 26.4.1997, rol 254-1997, c. 19 y 24.

³¹ Todos ellos pueden encontrarse en el libro *Instrucciones para la Ejecución de la Ley de Presupuestos del Sector Público* que publica en diciembre de cada año la DIPRES y que se encuentran en la página web de esa institución.

³² Ver Historia de la Ley 19.896. En especial p. 51 y ss.

origen en ahorros u otras operaciones financieras que permiten aumentar los recursos sin aprobación del Congreso Nacional.

Junto con las normas legales contenidas ya referidas, cada año las respectivas leyes de presupuestos contienen normas especiales y temporales de flexibilidad presupuestaria. Así, desde 1993 la ley de presupuestos contempla una norma cuasitipo que se repite anualmente en la que especifica excepciones a la reserva legal establecida en el artículo 26 que amplían los espacios para traspasar recursos sin autorización legal previa³³.

2. *Aplicación. Datos de los últimos presupuestos*

Hay dos formas de constatar la magnitud del alcance de las normas de flexibilidad presupuestaria³⁴.

La primera es revisando el presupuesto aprobado en el Congreso Nacional y compararlo con el presupuesto ejecutado por los servicios públicos. Es esto lo que ha hecho Henríquez para los presupuestos entre el 2009 y 2016. Si la comparación se hace a nivel de partidas del Gobierno Central, concluye que en promedio gasta 1,1% más de lo acordado en las respectivas leyes de presupuestos con un rango que va desde +9,4% el 2009 y -3,8% el 2013. Agrega el autor que, en los años medidos, los ministerios de Salud, Trabajo, Interior, Hacienda, Defensa y Agricultura presentan “consistentemente –en todos los años– las mayores alzas en su ejecución presupuestaria”³⁵.

A nivel de programas presupuestarios la cifra es más intensa: entre 2009 y 2016 la ejecución presupuestaria de los programas fue en promedio +14,9%, siendo el rango de ajuste más alto +963% el 2010 en la Secretaría y Administración General del Ministerio del Interior, posiblemente en razón del terremoto.

El mismo autor da cuenta de varios programas en los que regularmente la ejecución está por encima de lo presupuestado inicialmente (ej. Servicios de salud, Conaf) o que, por el contrario, siempre ejecutan menos de lo aprobado (algunos del Mineduc).

Nada de esto, por cierto, se debe a modificaciones por medio de proyectos de ley sino que al uso de las normas de flexibilidad presupuestaria.

La segunda forma de constatar el alcance de las normas de flexibilidad presupuestaria es examinando los actos administrativos en donde se modifican los guarismos contenidos en las leyes de presupuestos.

³³ De la operación de estas normas ver PALLAVICINI, 2015, p. 383 y ss.

³⁴ Otra forma de medir la relevancia de la flexibilidad presupuestaria es revisando la jurisprudencia administrativa pertinente a la materia. La Contraloría hace referencia regularmente en sus dictámenes a las normas de flexibilidad presupuestaria como mecanismo de gestión financiera (Ej. 28961/17; 10135/17; 3139/15; 53915/14; 20241/11). Lo mismo se aprecia en diversos informes de auditoría (Ej. 1173/2015; 64/2015; 14/2012).

³⁵ HENRÍQUEZ, 2017, p. 3.

La siguiente tabla muestra el número de decretos de modificaciones presupuestarias tramitados entre el 2015 y 2017, lo que da cuenta de una intensa gestión presupuestaria por esta vía³⁶.

Número de decretos de modificaciones presupuestarias ingresados a Contraloría

	2015	2016	2017
Toma Razón	1688	1422	1744
Toma Razón Alcance	2	4	11
Representación	1	2	1
Retirados	140	136	134

El cuadro siguiente muestra otra faceta del mismo tema al dar cuenta del número de decretos que, para cada año, hacen alguna modificación a la partida que se señala.

Número de decretos por partida

Partida	2010	2012	2014	2016
Mineduc	114	86	97	75
Tesoro Público	423	479	545	509
Segpres	19	6	12	13

El cuadro muestra las modificaciones en el presupuesto inicial en un ministerio cuyo presupuesto es de los más cuantiosos (Ministerio de Educación. Mineduc) y en otro ministerio pequeño (Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Segpres). También incorpora la partida de Tesoro Público que es la caja del Fisco.

El contenido de los decretos es similar. Contienen incrementos o reducciones de montos en diversos programas; en ocasiones también cambios en las glosas. Así se encuentra un incremento en la asignación de “asesoría y apoyo a la educación escolar” que integra el Programa de Mejoramiento de la Calidad Escolar de la Subsecretaría de Educación. Y así por montones. Los mismos movimientos ocurren en Segpres pero, debido a que es un ministerio que cuenta con menos presupuesto y programas presupuestarios, son menos frecuentes. Y en el caso de Tesoro Público, que contiene los ingresos del Fisco,

³⁶ Crispi *et al.* analizan las modificaciones presupuestarias para el período 1995-2002 y concluyen que anualmente se tramitaron en promedio más de 700 modificaciones. CRISPI *et al.*, 2004, p. 34. Esta cifra probablemente está subestimada, pues ya el año 1990, según informa la memoria de la Contraloría, los decretos de modificación presupuestaria fueron 1.318. Una cifra similar se presenta en 1991. La información de la tabla fue obtenida de la División de Análisis Contable de la Contraloría General de la República.

los decretos son tan numerosos que muchos de ellos se refieren a ingresos y gran parte de los gastos se originan en esa partida.

Un dato adicional que da cuenta de la magnitud de los cambios es examinar ya no solo el número de decretos, sino que también la densidad de los mismos. A causa de que usualmente un mismo decreto efectúa modificaciones presupuestarias en diversos servicios y ministerios, analizar el número de páginas del decreto permite ratificar que los cambios son también masivos.

Número de páginas de los decretos³⁷

Partida	2010	2012	2014	2016
Mineduc	8,2	5,3	5,2	4,6
Tesoro Público	5,7	4,1	4,3	4,6
Segpres	23,4	24,1	13,8	10,4

Todas estas cifras muestran una práctica reiterada de modificaciones a la Ley de Presupuestos por la vía de decretos supremos. Tanto las cifras globales como el análisis de algunas partidas dan cuenta de una intensa actividad reglamentaria que modifica las decisiones tomadas en el Congreso Nacional. Si a ello agregamos que en los años analizados hay solo una ley que modificó directamente el presupuesto³⁸, no es difícil concluir que los gobiernos tienen amplias atribuciones para modificar los presupuestos una vez aprobados por el Congreso.

3. *Aplicación. El proceso al interior del Poder Ejecutivo y en la Contraloría*

Las modificaciones presupuestarias toman la forma de un decreto supremo firmado por el Ministro de Hacienda por orden del Presidente de la República que está sometido a la toma de razón de la Contraloría General de la República³⁹.

Como es común en toda la administración financiera del Estado, en las reasignaciones el Ministerio de Hacienda, y en especial la Dipres, también concentran el poder de decisión. Sea por desconfianza en los ministerios sectoriales⁴⁰ o sea por inercia institucional,

³⁷ En este gráfico, llama la atención la extensión de los decretos que efectúan traspasos en Segpres en comparación a aquellos que hacen lo mismo en el Mineduc y en el Tesoro Público. La explicación de ello es que el escaso número de decretos lleva a que el promedio aumente considerablemente en caso que haya decretos muy extensos que agrupan variadas modificaciones presupuestarias en todas las partidas. Y es lo que suele ocurrir: el año 2010 hay tres decretos de modificaciones presupuestarias sobre 90 páginas que incluyen a Segpres; y el resto de los años de la muestra es uno cada año, lo que eleva el promedio.

³⁸ Una glosa del presupuesto del 2016 fue modificada por la Ley 21.052 que introduce diversas modificaciones a la normativa educacional.

³⁹ Ver Art. 70 del Decreto Ley 1263, 1975, y Art. 8.1 de la Resolución 1600, 2008.

⁴⁰ VAMMALLE y RUIZ, 2016, p. 41.

o posiblemente por ambas, el proceso gira en torno a algunos actores de la Dipres: el decreto requiere el visto bueno del Subdirector y del Director de Presupuestos y luego la firma del Ministro de Hacienda.

Antes de eso hay un sinnúmero de interacciones de los servicios y ministerios con el personal de la Dipres; especialmente con el “sectorialista” responsable quien es el funcionario que tiene a su cargo la relación con servicios y ministerios de su sector. Su marco de atribuciones es típicamente parte de las instituciones informales que inundan la cultura institucional de la Dipres. Son personas regularmente de larga trayectoria en el sector público que tienen marcada influencia sobre decisiones de su sector. No por nada un jefe de servicio sostuvo que “al final todo el poder lo tiene el sectorialista de la Dipres”⁴¹.

La necesidad de la intervención de Dipres en los decretos de modificación presupuestaria hace del proceso “algo pesado”, según afirma Hawkesworth *et al.*⁴². Y es que es necesario someterse a toda esta tramitación para cualquier cambio incluso, como destaca Von Gersdorff, para algo tan básico como modificar asignaciones presupuestarias en el subtítulo de adquisición de activos no financieros entre los ítems 06 (*hardware*) y 07 (*software*)⁴³. Visto así, la flexibilidad que muestra el presupuesto en manos del Ejecutivo no se extiende a los servicios y ministerios, sino que es concentrada por la Dipres.

A lo dicho sigue luego la toma de razón en Contraloría que revisa estos decretos en la División de Análisis Contable. Este proceso de control de legalidad no ha permitido levantar un cuerpo de jurisprudencia administrativa que permita conocer los lineamientos del órgano contralor en la materia. De hecho, como muestra la tabla de más arriba, casi no se encuentran representaciones⁴⁴. Y es que todo se inserta en una lógica, común en las relaciones entre la Contraloría y los servicios, de diálogo institucional algo opaco donde los reparos de la Contraloría se ponen en conocimiento de manera informal a la Dipres la que retira el decreto para corregirlo o simplemente desecharlo.

Un dato que sirve para apreciar la carga del trámite es estudiar el tiempo que demora. Si se analizan los decretos de modificación presupuestaria en programas del Mineduc durante el 2016 se aprecia que el tiempo promedio que demoró el decreto en su total tramitación desde su emisión hasta su completa tramitación fue de 22,48 días corridos. El 2014 esa cifra fue de 30,6 días⁴⁵. Si a esto se suma el plazo (indescifrable, ya que se trata de un proceso desformalizado) que demora el proceso al interior del Ministerio de Hacienda, es posible concluir que la tramitación de una modificación

⁴¹ INFORME DE LA COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, 2017, p. 84.

⁴² HAWKERWORTH *et al.*, 2013, p. 35.

⁴³ VON GERSDORFF, 2018, p. 544.

⁴⁴ La escasa jurisprudencia en torno a este tema en LASTRA, 2014, pp. 85-90.

⁴⁵ Este cálculo se obtiene de información de los propios decretos que contienen: fecha de emisión del decreto; fecha de recepción en Contraloría; fecha de toma de razón; y fecha de total tramitación según cargo del Ministerio de Hacienda. La diferencia entre ambos años está dada principalmente por la diferencia que existe en cada uno de ellos en la etapa que va desde la emisión a la recepción del decreto en Contraloría. En el 2016 el tiempo entre emisión y recepción es de 2,7 días mientras que en el 2014 es de 13,4.

presupuestaria es un procedimiento que efectivamente puede constituir una carga pesada para los servicios y ministerios.

IV. ¿POR QUÉ LA AUSENCIA LEGISLATIVA ES UN PROBLEMA? LA MIRADA NORMATIVA

En Chile, la flexibilidad en la etapa de ejecución del presupuesto ha sido un tema que se ha discutido en el contexto de la gestión pública y no así en lo relacionado con la intervención del Congreso Nacional.

Lo primero no levanta dudas. Es claro que la flexibilidad presupuestaria es vital para una gestión pública capaz de reaccionar a los múltiples desafíos que plantea la sociedad moderna al gobierno. Por eso es que desde hace algunos años se escuchan planteamientos que proponen mayor flexibilidad para administrar el presupuesto por parte de los respectivos jefes de servicio sin que sea necesario solicitar autorización a la Dipres en todos los casos⁴⁶.

El tema es distinto si se enfoca desde el Congreso Nacional. Las normas de flexibilidad presupuestaria que autorizan al Ejecutivo a modificar las leyes de presupuestos han sido objeto de escasa atención. Una vez zanjado por el Tribunal Constitucional la constitucionalidad de las normas de flexibilidad presupuestaria, esta ha sido la práctica habitual al momento de la ejecución de los presupuestos y el Congreso solo se limita a recibir información acerca de los decretos de modificación presupuestaria. Pero, al menos a juicio de un actor político de las últimas décadas como fue Edgardo Boeninger, ello no ha sido inocuo. Hace años escribió que la baja autoevaluación que de sus tareas hace el Parlamento chileno se debía tanto “a la frustración que le ha provocado su rol respecto al Presupuesto” como al hecho que “el Presidente de la República, con posterioridad a la publicación de la Ley, introducía, en ejercicio de su potestad reglamentaria, numerosas modificaciones al presupuesto ya aprobado por el Congreso”⁴⁷.

En abstracto, un sistema presupuestario en el que las modificaciones a la Ley de Presupuestos pudieran hacerse exclusivamente por decisión del Poder Ejecutivo es susceptible de diversas críticas.

Ante todo, no deja de sorprender que una ley pueda ser modificada en aspectos relevantes por una norma de inferior jerarquía, como es un decreto. Y esto no es solo una cuestión que interese a la teoría de las fuentes del derecho, sino que, más relevante para estas páginas, a la teoría democrática sobre la que se construye el pacto social. Y es que las modificaciones a la distribución de gastos también se vinculan con la legitimidad de la decisión política y con otros valores democráticos que tienden a fortalecerse por la deliberación que se lleva a cabo en las legislaturas.

⁴⁶ VON GERSDORFF, 2018; Informe de la Comisión de Modernización del Estado, 2017; HAWKESWORTH *et al.*, 2013, GRANADOS *et al.*, 2009.

⁴⁷ BOENINGER, 2007, p. 217.

Preguntarse por la legitimidad de la decisión presupuestaria no es una cuestión superficial. Se trata de una decisión redistributiva que toma el dinero recolectado y lo asigna según prioridades definidas por quienes, en nuestro sistema, integran la asamblea deliberativa por excelencia. Por eso es que la intervención de la legislatura en la decisión presupuestaria ha sido un reclamo desde los orígenes del constitucionalismo. Ya lo reclamaba la Carta Magna, la vieja máxima del *no taxation without representation* y, en nuestro derecho, desde las primeras constituciones⁴⁸. Se trata en definitiva de una forma de validación procedimental que entrega legitimidad a la decisión no solo por su contenido sustantivo sino que también por el mecanismo utilizado para tomar la decisión.

Es cierto que en la distribución de los recursos el debate tiende a ponderar elementos más pragmáticos y adquiere, por ello, menor contenido moral o sustantivo. De ahí la fuerza que han alcanzado estándares de juicio como la eficiencia o la eficacia. Si a eso se suma que los presupuestos han adquirido en las últimas décadas una creciente complejidad, podría argumentarse que el ideal democrático se alcanza con la participación de la legislatura en la decisión inicial y no exige igual intervención en modificaciones parciales asociadas a coyunturas imposibles de prever.

Pero ello no quita la necesidad de fortalecer la legitimidad de al menos algunas de las decisiones redistributivas. Si la decisión principal fue objeto de deliberación, las decisiones que se aparten del resultado del proceso legislativo también debieran ser objeto de alguna deliberación. Además, tampoco están exentas de una exigencia de legitimidad. Todo ello, especialmente si superan un cierto umbral que las aleja excesivamente de aquello que se discute en la ley de presupuestos o que, aun sin haber sido discutido, se presume como una decisión relevante para la comunidad política.

Y es que una reducida participación del Congreso incluso en instancias posteriores a la aprobación del presupuesto amenaza con dañar valores democráticos esenciales que la deliberación que se lleva a cabo en las legislaturas tiende a fortalecer. Así, entre otros, la transparencia del proceso legislativo suele ser mayor a aquella que presenta los procesos al interior de la administración. Lo mismo puede decirse de la participación y el control. La participación en las asambleas no siempre es óptima, pero, al menos en nuestro sistema, está muy por sobre la que se da en el procedimiento administrativo. Y lo mismo puede decirse del control donde la legislatura es un espacio para el control político que, de lo contrario, es inexistente en las modificaciones a la Ley de Presupuestos.

Más complejo se torna el asunto si se analiza desde la igualdad política y el principio de mayoría que atraviesa el ideal democrático. Como se vio al iniciar esta publicación, un asunto definido por la mayoría podría ser enmendado por el Ministro de Hacienda por medio de un decreto. Es decir, los mismos argumentos que persuadieron a la mayoría legislativa en el Congreso para determinar un nivel de gasto podrían servir a la autoridad financiera para tomar una decisión diversa.

E igualmente complejo es el asunto si se mira desde los pesos y contrapesos necesarios para el ejercicio de un poder limitado. Es cierto que la autoridad financiera que

⁴⁸ BRONFMAN *et al.*, 2013, p. 371.

concentra toda la potestad para modificar las asignaciones de gasto puede pretender reclamar para sí un uso más eficiente de los recursos que aquel que darían parlamentarios más interesados en satisfacer las necesidades de sus electores. Esta crítica, recurrente en el debate presupuestario, ha llevado a reducir las potestades legislativas en las decisiones de gasto pero nunca ha pretendido excluir totalmente la participación de la legislatura de tales decisiones. Ello porque pretenderlo así —sea en el debate presupuestario inicial o en sus modificaciones— constituye una severa vulneración a los pesos y contrapesos sobre los que se debe construir el arreglo institucional. De lo contrario, la pretendida eficiencia degenerará en arbitrariedad por la falta de controles; o al menos verá dañada su legitimidad pues será percibida como una decisión de uno en perjuicio de otros muchos.

¿Quiere esto decir que el ideal democrático o los pesos y contrapesos exigen la aprobación de una ley ante cualquier modificación de los presupuestos? Posiblemente no. Lo exigible es un procedimiento que permita una participación legislativa que favorezca la deliberación, la transparencia y el control. Esto sin dañar la flexibilidad que exige gestionar un presupuesto en el Estado moderno. Algo de eso se encuentra en el derecho comparado, como pasaremos a ver a continuación.

V. MODELOS COMPARADOS⁴⁹

Wehner, en una aproximación global, sostiene que, salvo para el caso de Estados Unidos que analizaremos a continuación, en la gran mayoría de los países las modificaciones por parte del Ejecutivo a las asignaciones presupuestarias están fuera del efectivo control parlamentario⁵⁰. Y agrega, específicamente respecto de los aumentos de presupuesto, que si bien están limitados, son fuente de cierta discreción por parte de la Administración que termina permitiendo aumentos unilaterales de las cifras aprobadas⁵¹.

En Latinoamérica el fenómeno se presenta con especial intensidad debido a las amplias delegaciones legislativas que hace el Congreso en materia presupuestaria y al extenso uso de decretos presidenciales para modificar el presupuesto⁵². Si bien la participación de las legislaturas varía según el país y la operación específica de que se trate, un estudio realiza un panorama general que muestra un conjunto de operaciones que no requieren la intervención del Congreso en la mayoría de los países de la región (recortes presupuestarios, adecuación de los presupuestos a cambios en la economía, creación de nuevos programas, transferencias dentro de las mismas cifras globales, entre otros)⁵³.

El estudio de marcos regulatorios comparados permite mostrar cómo otros arreglos institucionales exigen la participación legislativa en ciertos casos, mientras que en otros esta puede obviarse si existen diversos controles y mecanismos que regulen adecuadamente

⁴⁹ Las ideas que siguen están tomadas de mi tesis doctoral SOTO (2016), pp. 295-304.

⁵⁰ WEHNER, 2010, p. 32.

⁵¹ WEHNER, 2010, p. 37.

⁵² SANTISO, 2005, p. 19.

⁵³ CURRISTINE y BAS, 2007, pp. 11-20. Para un análisis aplicado ver HALLERBERG, Mark *et al.*, 2009.

la decisión presupuestaria. En particular, Estados Unidos y Francia presentan modelos que conviene analizar: el primero porque, como se verá, tiene un Congreso con intensa intervención en las modificaciones presupuestarias que de todas formas deja espacios a la flexibilidad; el segundo porque, antes de la reforma que se narrará, presentaba un cierto parecido con la situación nacional actual.

1. *El caso de Estados Unidos*

El Congreso de Estados Unidos concentra un importante cúmulo de atribuciones en materias presupuestarias que no terminan una vez despachada la Ley de Presupuestos.

Lo primero que debe señalarse es que la ejecución presupuestaria en Estados Unidos es bastante descentralizada, dentro de un marco de guías y regulaciones generales. De esta forma, el Congreso asigna fondos directamente a las agencias, las que manejan sus propias finanzas. El rol de la Oficina de Presupuestos es, por tanto, limitado y selectivo⁵⁴. En el uso de esta autonomía podemos distinguir tres posibles operaciones que se inscriben dentro del marco de flexibilidad presupuestaria que gozan las agencias: las postergaciones, las cancelaciones y las transferencias.

Las dos primeras requieren de aprobación legislativa⁵⁵ y la intervención del Contralor General quien debe emitir un informe contrastando la información e impactos que cuantificó el Ejecutivo respecto de la postergación o cancelación⁵⁶.

En lo que respecta a las transferencias de recursos la regla general es que, como en los anteriores, estas solo se pueden realizar si existe autorización legal para ello. En algunos casos, el Congreso concede en las leyes de presupuesto autorizaciones generales a ciertos ministerios para efectuar movimientos de recursos entre programas o líneas presupuestarias sin autorización. Pero ello es relativamente excepcional.

Aun así, hay otra especie de transferencia –las llamadas reprogramaciones– donde las reglas son más dispersas. Estas son modificaciones que hace una agencia dentro del mismo programa o línea presupuestaria para gastarlas con un propósito distinto al contemplado por el Congreso al aprobar la ley. La regla general es que las agencias son autónomas para hacer reprogramaciones salvo que haya una prohibición en contrario. Incluso la Corte Suprema se pronunció señalando que no era necesario una autorización legal expresa para reprogramar⁵⁷.

Sin embargo, una costumbre extendida desde hace años es que la agencia respectiva informa antes o después a la comisión de ambas ramas con la que guarda más relación. En algunos casos excepcionales, la autorización previa de la comisión está contemplada en la ley. Pero la mayoría de las veces se origina en acuerdos informales o instrucciones sin fuerza legal que emanan de la propia comisión⁵⁸.

⁵⁴ SCHICK, 2007, p. 276.

⁵⁵ SCHICK, 2007, p. 286.

⁵⁶ FUJITANI y SCHICK, 2005, pp. 3-4.

⁵⁷ Supreme Court, 24.5.1993, Lincoln v. Vigil. 508 US 182.

⁵⁸ FUJITANI y SCHICK, 2005, p. 7.

Por último, es importante señalar que dentro del Ejecutivo la reprogramación queda en gran medida en manos de la agencia respectiva y su relación con la comisión legislativa. En otras palabras, la Oficina de Presupuesto del Poder Ejecutivo no tiene herramienta alguna para evitar la reprogramación e incluso carece de instrumentos eficaces para informarse previamente.

2. *El caso de Francia*

En la última década Francia ha hecho profundos cambios a su proceso presupuestario que incluyeron las reglas que rigen la ejecución del gasto. En relación a esta el modelo es distinto al de Estados Unidos pues entrega una alta cuota de flexibilidad para que la burocracia ejecute el presupuesto en el marco general que establece año a año la Ley de Presupuestos. Junto con eso, se modificó la forma de estructurar el presupuesto y se aumentaron las formas de control *ex post*. Asimismo, aun en este marco de flexibilidad, el Parlamento mantiene cuotas de control pues no delegó completamente la potestad en el Poder Ejecutivo.

Hasta antes de la nueva ley de Administración Financiera francesa, dictada el 2001 y que entró a regir plenamente el 2007, la ejecución presupuestaria estaba sometida a complejas reglas y operaciones respecto de las cuales el Parlamento no tenía conocimiento⁵⁹.

Con la ley de 2001, como coinciden diversos autores, se entrega un alto grado de flexibilidad a la burocracia en el empleo de los recursos presupuestarios al punto que “en el interior de un programa, el gestor dispone de una libertad casi total para redistribuir” los recursos asignados⁶⁰. Esta libertad que la ley francesa le entrega a cada oficina pública para usar libremente las asignaciones presupuestarias y así maximizar el resultado en la implementación del programa, se conoce como fungibilidad. Y ella ha sido elevada a la categoría de principio en el derecho presupuestario francés⁶¹. En cambio este tiene una limitación que dice relación con el gasto en personal, los que no pueden ser excedidos por la vía de transferencias al interior del programa. La razón de esta diferenciación es el compromiso de largo plazo en las finanzas públicas que importa la decisión de contratación de personal⁶².

Para la gran mayoría de las asignaciones presupuestarias los montos globales constituyen techos que no pueden sobrepasarse. Respecto de las rebajas, el Ejecutivo está autorizado a disminuir una asignación por decreto pero cumpliendo los siguientes requisitos: i) Informe previo del Ministerio de Finanzas; ii) No puede superar el 1,5%

⁵⁹ OCDE, 2004, p. 213.

⁶⁰ GIMÉNEZ, 2008, p. 43.

⁶¹ KIRAT, 2010, p. 6.

⁶² MAHERZI, 2005, p. 787. Esta norma se complementa con los techos en el número de personal que fija anualmente la ley de presupuestos.

del total del programa; iii) Informar previamente a la comisión legislativa relevante⁶³. Si la rebaja supera el porcentaje señalado, se requiere aprobación legislativa.

3. *Conclusión*

Como se puede apreciar, de los modelos comparados que se han examinado puede concluirse, ante todo, que los servicios gozan de cierta flexibilidad interna para el manejo de sus presupuestos sin que deban solicitar autorizaciones a las oficinas presupuestarias respectivas. En Estados Unidos esa tendencia al manejo flexible del presupuesto es antigua, mientras que en el caso francés es producto de una modificación que ya tiene una década de aplicación.

El segundo punto relevante es que la participación legislativa es requerida en ciertas circunstancias. Así, el presupuesto no se ejecuta de espaldas a la legislatura sino que, para ciertas modificaciones, se requiere su intervención. En el caso de Estados Unidos la vinculación con el Congreso es mucho más intensa que en el sistema francés. Pero lo relevante es que en ambas experiencias hay operaciones que solo pueden efectuarse previa autorización legal.

VI. PROYECCIONES PARA CHILE

Se ha visto en estas páginas que las modificaciones a la Ley de Presupuestos son regularmente definidas sin intervención legislativa. También se ha teorizado respecto de la importancia de la participación del Congreso Nacional en la definición de algunas de estas modificaciones. Surge entonces la pregunta evidente: ¿cuál es el nivel de flexibilidad razonable? ¿Cuándo debe o no intervenir la legislatura?

Si se analiza en abstracto, una regla excesivamente favorable al Ejecutivo en las modificaciones presupuestarias de la Ley de Presupuestos ya aprobada torna ineficaz todo debate en su fase legislativa. Si eso ocurre, como dice Alesina *et al.*, “todo el proceso presupuestario resulta menos significativo”⁶⁴. Ello por cuanto el Congreso podría tener capacidad para influir e incluso tomar la decisión respecto de la asignación de los recursos. Pero de nada serviría eso si luego, por la vía administrativa y sin intervención alguna del Congreso, el Poder Ejecutivo tiene autorización para modificar esa decisión. Incluso más, aun cuando el objetivo sea reducir el déficit fiscal y autorizar al Ejecutivo solo a reducir recursos, es posible –como hace Alesina *et al.*– levantar algunas dudas. En efecto, señalan, el Ejecutivo puede tener incentivos a enviar presupuestos sobrevalorados o a dejar de ocupar el presupuesto como una herramienta para asignar prioridades de política pública. Ello quitaría importancia y transparencia al proceso presupuestario.

⁶³ OCDE, 2004, p. 204.

⁶⁴ ALESINA *et al.*, 1999, p. 259.

Pero la contrapartida tampoco se aprecia como favorable. Exigir intervención legislativa en toda modificación presupuestaria terminaría congelando un presupuesto que, por definición, se construye sobre supuestos. Sería así una excesiva rigidización que agregaría lentitud al funcionamiento de la burocracia y a la toma de decisiones. Ello se enfrenta con la tendencia de las últimas décadas de dar mayores espacios de flexibilidad a los órganos públicos para ejecutar el presupuesto exigiendo como contrapartida resultados⁶⁵.

En cualquier caso, las reglas acerca de flexibilidad deben combinar adecuadamente tanto el control inherente a la existencia de una ley de presupuestos –esto es, que los guarismos discutidos en las legislaturas no sean cifras meramente referenciales– como la eficiencia necesaria para ejecutar el gasto público en un contexto dinámico. En este contexto entonces, se requiere combinar ciertos espacios de rigidez del contenido de la Ley de Presupuestos con otros espacios de flexibilidad dentro del marco presupuestario, preferentemente resorte del servicio que ejecuta el programa.

Sobre esta base se puede avanzar en dos niveles.

El primero es entre las diversas asignaciones presupuestarias –personal, gasto corriente, inversión, etc.– de un mismo programa o servicio. En tal caso los guarismos incorporados deben, al igual que en el caso francés, constituir cifras que admitan reasignaciones dentro del mismo programa o servicio, con el fin de no limitar el dinamismo propio de la Ejecución del gasto. Algunas de estas modificaciones debieran requerir el visto bueno de la autoridad presupuestaria, de forma de consagrar un control interno.

Aun así, la regla debiera tener algunas limitaciones. Una de ellas es restringir el incremento de algunas asignaciones que puedan constituir gasto permanente; como es el caso del gasto en personal en el modelo francés. También es razonable que algunos de estos ítems individualmente considerados no admitan modificación sin la aprobación legislativa. Ello es especialmente relevante si el guarismo fue objeto de debate y aprobación legislativa individual. La forma de concretar esta regla es que la propia Ley de Presupuestos sería la que establezca que ciertos guarismos constituyan límites insuperables. Es este el camino más explícito para lograrlo. También puede consagrarse una regla más general que prohíba aplicar ciertas reglas de flexibilidad presupuestaria –por ejemplo el incremento de recursos– en caso de existir una voluntad expresa de alguna de las cámaras manifestada en una votación que aprueba una reducción.

Un segundo nivel son las modificaciones presupuestarias en las cifras globales de programas y servicios públicos, es decir, cuando ya no se trata de una reasignación interna sino que se aumenta el presupuesto global del ministerio o servicio. Ello puede tener su origen en cambios en las proyecciones iniciales de ingresos o en el surgimiento de nuevas prioridades que aconsejan reasignar recursos existentes. Debido a que el Congreso Nacional tuvo a la vista ese marco global al momento de tomar las decisiones políticas propias del debate presupuestario, y no se trata entonces de la gestión específica de los recursos asignados a un programa, debiera volver a participar quien fue un actor inicial en la definición de la política de gasto fiscal.

⁶⁵ POSNER y PARK, 2007, pp. 15-17.

La forma de participación legislativa puede ser diversa. Una primera, es que se siga el procedimiento legislativo regular; pero ello amenaza con entorpecer excesivamente la gestión financiera fiscal que necesita de dinamismo. Una segunda es que la intervención se concentre en la Comisión Mixta de Presupuestos. Esta fórmula, reforma constitucional mediante, es la que a mi juicio presenta las mayores ventajas. Ante todo deja en manos de la comisión especializada la ratificación de la decisión, lo que garantiza un marco conocido y posiblemente predecible de debate. Asimismo, la atribución empodera a la Comisión de Presupuestos y, por ello, la transforma en una contraparte más calificada del poder presidencial.

A lo anterior debe agregarse un proceso expedito que permita aprobar las modificaciones presupuestarias señaladas. Este debe tener un plazo relativamente breve para la votación, después de esto debiera operar una regla de silencio positivo, es decir, en caso de no votarse en la Comisión la modificación se entiende aprobada. De esta forma, se evitan tácticas dilatorias. Asimismo, la regla general debiera ser que la autorización se requiere antes de la tramitación del respectivo acto administrativo que modifica el presupuesto, salvo casos excepcionales y urgentes donde la ratificación se puede obtener *ex post*. Por último, también se debiera establecer un mecanismo para que, cuando así lo acuerde la Comisión de Presupuestos si concurren ciertas causales preestablecidas, sea la sala de ambas Cámaras las que deban ratificar la decisión dentro de los plazos fijados. Ello, por ejemplo, si se está desfinanciando la totalidad de un programa aprobado o se está modificando la cifra autorizada en un porcentaje muy elevado.

VII. CONCLUSIONES

En estas páginas se ha mostrado que las modificaciones a la Ley de Presupuestos sin intervención legislativa ha sido algo regular en nuestra historia constitucional. Bajo el imperio de la Constitución de 1833 y de 1925 el asunto fue objeto de críticas sin que por ello se acotaran las normas que regulaban la flexibilidad presupuestaria. A partir de 1990 y, en especial tras el fallo del Tribunal Constitucional de 1997, se consolidó una práctica que no ha recibido especial atención de la doctrina y cuya masividad ha sido develada en estas páginas.

Que el Ejecutivo pueda modificar las leyes de presupuestos sin intervención legislativa es cuestionable normativamente. Esto en especial si se analiza desde la legitimidad de la decisión o desde otros valores democráticos tales como la deliberación, el principio de mayoría o los pesos y contrapesos. Igualmente puede cuestionarse si se examina desde arreglos constitucionales comparados que, aun con flexibilidad en la gestión, exigen cierta participación legislativa en decisiones relevantes.

Todo esto sirve de base a un escrutinio crítico de nuestro sistema de modificaciones presupuestarias que, como se expone en el capítulo final, abre proyecciones de cambio en la regulación vigente.

BIBLIOGRAFÍA

- ALESINA, Alberto; HAUSMANN, Ricardo; HOMMES, Rudolf; STEIN, Ernesto, 1999: "Budget institutions and fiscal performance in Latin America", *Journal of Development Economics*, volumen 59 N° 2.
- AMUNÁTEGUI, Gabriel, 1950: *Manual de Derecho Constitucional*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- AMUNÁTEGUI, J. Domingo, 1900: *Resumen de Derecho Administrativo aplicado a la Legislación de Chile*, Montevideo, Imprenta La Razón. Tribunal Constitucional de Chile. Colección Obras de Derecho Público.
- BOENINGER, Edgardo, 2007: *Políticas Públicas en Democracia. Institucionalidad y Experiencia Chilena. 1990-2006*, Santiago: Uqbar Editores.
- BRONFMAN, Alan; CORDERO, Eduardo; ALDUNATE, Eduardo, 2013: *Derecho Parlamentario Chileno: funciones y atribuciones del Congreso Nacional*. Santiago: Legal Publishing.
- CEA, José Luis, 1992: "Sobre el Principio de Legalidad Presupuestaria", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 19, N° 3.
- INFORME DE LA COMISIÓN DE MODERNIZACIÓN DEL ESTADO, 2017: *Un Estado para la Ciudadanía*. Santiago, Centro de Estudios Públicos. Disponible en https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20171109/asocfile/20171109124242/un_estado_para_la_ciudadania_cep_.pdf. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- CLEAVES, Peter, 1974: *Bureaucratic Politics and Administration in Chile*, Berkeley: University of California Press.
- CRISPI, J., VEGA, A., COOPER, A., ROESCHMANN, J.A., 2004: Reasignaciones presupuestarias en Chile: conceptualización y análisis cuantitativo, Santiago, Estudio de Finanzas Públicas. Disponible en http://www.dipres.gob.cl/598/articles-21659_doc_.pdf. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- CURRISTINE, Teresa y BAS, María, 2007: "Budgeting in Latin America: Results of the 2006 OECD Survey", *OECD Journal on Budgeting*, volume 7, N° 1. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/budgeting/oecdjournalonbudgeting.htm>. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- FUJITANI, Takeshi y SHIRCK, Jared, 2005: "Executive Spending Powers: The Capacity to Reprogram, Rescind and Impound", *Briefing Paper N° 8. Federal Budget Policy Seminar. Harvard Law School*. Disponible en http://www.law.harvard.edu/faculty/hjackson/ExecutiveSpendingPowers_8.pdf. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- GIMÉNEZ, Isabel, 2008: *Las Competencias Presupuestarias del Parlamento*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- GUERRERO, José Luis, 2018: *La Constitución Económica Chilena*, Santiago: Ediciones DER.
- HALLERBERG, Mark; Scartascini, Carlos; Stein, Ernesto, 2009: *Who decides the Budget? A political economy analysis of the Budget process in Latin America*, Cambridge: Harvard University Press.
- HAWKERWORTH, I., HUERTA, O. y ROBINSON, M., 2013: "Selected budgeting issues in Chile: Performance budgeting, médium-term budgeting, budget flexibility", *OECD Journal on Budgeting*, volumen 12, N° 3. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/budgeting/oecdjournalonbudgeting.htm>. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- HENRÍQUEZ, Manuel, 2017: *¿Qué tan distinto gastan las instituciones públicas en relación a sus presupuestos aprobados por ley? Análisis de los ajustes que se realizan a los presupuestos iniciales de los servicios públicos*. Informe Observatorio del Gasto Fiscal en Chile. Disponible en https://observatoriofiscal.cl/ARCHIVOS/Biblioteca/Informe_Ajustes_Presupuestarios.pdf [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- HUNEUS, Jorge, 1890: *La Constitución ante el Congreso. Tomo I*, Santiago, Imprenta Cervantes.

- KIRAT, Thierry, 2010: "Performance-based budgeting and management of judicial courts in France: an assessment", *International Journal for Court Administration*, volumen 2, Nº 2.
- LASTRA, Carolina, 2014: *Tratado Jurisprudencial de Derecho Administrativo. Ley Orgánica de Administración Financiera del Estado Interpretada. Tomo VIII*. Santiago: Thomson Reuters.
- MAHERZI, Djalel, 2005: *Budget Reform in France: Towards a New Managerial Approach*, en Stanislav Poloucek y Daniel Stavarek, *Future of Banking after the year 2000 in the world and in the Czech Republic*. Karviná: Silesian University.
- OCDE, 2004: "The Legal Framework for Budget Systems. An International Comparison", *OCDE Journal on Budgeting*, volumen 4, Nº 3. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/budgeting/oecdjournalonbudgeting.htm>. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- PALLAVICINI, Julio, 2015: *Derecho Público Financiero*. Santiago, Thomson Reuters.
- PINEDA, Rodrigo, 2000: "Las potestades constitucionales del gobierno y el Congreso Nacional en materia de gasto público", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 27 Nº 2.
- POSNER, Paul y PARK, Chung-Keun, 2007: "Role of the Legislature in the Budget Process: Recent Trends and Innovations", *OECD Journal on Budgeting*, volumen 7, Nº 3. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/budgeting/oecdjournalonbudgeting.htm>. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- PRECHT, Jorge, 1993: "Principios Jurídicos de la Hacienda Pública", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 20, Nº 2/3.
- SANTISO, Carlos, 2005: *Budget Institutions and Fiscal Responsibility. Parliaments and the Political Economy of the Budget Process in Latin America*, Washington DC: World Bank Institute.
- SCHICK, Allen, 2007: *The Federal Budget. Politics, Policy, Process*, 3a Edición, Washington DC: Brookings Institution Press.
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 2000: *Tratado de Derecho Constitucional. Tomo V*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA CIMMA, Enrique, 1992: *Tratado de Derecho Administrativo Chileno y Comparado. Vol. 1*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO, Sebastián, 2016: *Pesos y contrapesos en la distribución de competencias presupuestarias entre el Presidente de la República y el Congreso Nacional*. Tesis para optar al grado de Doctor en Derecho de la Universidad de Chile. Santiago.
- URZÚA, Germán y GARCÍA, Ana María, 1971: *Diagnóstico de la Burocracia Chilena (1818-1969)*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- VAMMALLE, Camila y RUIZ RIVADENEIRA, Ana María, 2016: "Budgeting in Chile", *OECD Journal on Budgeting*, volume 16, Nº 3. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/budgeting/oecdjournalonbudgeting.htm>. [Fecha de consulta: 2.1.2019].
- VON GERSDORFF, Hermann, 2018: "El proceso presupuestario en Chile: opciones de reforma", en Isabel Aninat y Slaven Razmilic (editores), *Un Estado para la Ciudadanía*, Santiago, Centro de Estudios Públicos, pp. 533-574.
- WEHNER, Joachim, 2010: *Legislatures and the Budget Process. The Myth of Fiscal Control*, United Kingdom: Palgrave Mac Millan.
- YRARRÁZVAL, Arturo, 2018: *Manual de Derecho Económico*, Santiago: Ediciones UC.

Normas jurídicas citadas:

- LEY QUE FIJÓ LA FORMA EN QUE DEBEN RECAUDARSE LAS CONTRIBUCIONES FISCALES Y MUNICIPALES, Y EN LA QUE DEBEN PRESENTARSE LOS PRESUPUESTOS DE GASTOS DE LA REPÚBLICA, publicada el 26 de septiembre de 1884.
- LEY 4.520, publicada con fecha 9 de enero de 1929.

LEY 20.981. Ley de Presupuestos para el Sector Público correspondiente al año 2017, publicada el 15 de diciembre de 2016.

DECRETO CON FUERZA DE LEY 47. Modifica la Ley Orgánica de Presupuestos, publicado con fecha 4 de diciembre de 1959.

DECRETO LEY 1.263. Decreto Ley Orgánico de Administración Financiera del Estado, publicado con fecha 28 de noviembre de 1975.

RESOLUCIÓN 1.600. Fija Normas sobre Exención del Trámite de Toma de Razón, publicada con fecha 6 de noviembre de 2008.

Jurisprudencia citada:

CORTE SUPREMA DE ESTADOS UNIDOS, sentencia de fecha 24 de mayo de 1993, Lincoln v. Vigil. 508 US 182 (1993).

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 26 de abril de 1997, rol 254-1997.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 24 de diciembre de 2007, rol 1005-2007.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 30 de diciembre de 2010, rol 1867-2010.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 30 de marzo de 2015, rol 2777-2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 21 de diciembre de 2015, rol 2935-2015.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 15 de diciembre de 2017, rol 4118-2017.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, sentencia de fecha 22 de enero de 2019, rol 5735-2018.

La garantía política de la supremacía constitucional: el caso del decreto de emergencia económica

*Luis Alejandro Silva Irrázaval**

RESUMEN

La garantía del principio de supremacía constitucional es compartida por órganos jurisdiccionales y órganos políticos. En este artículo se desarrolla un caso que ejemplifica la garantía política de la supremacía de la Constitución: el decreto de emergencia económica. Esta atribución exclusiva del Presidente de la República es propia de su función de gobierno y, por tanto, esencialmente política. La naturaleza del control de su ejercicio, en correspondencia con dicha potestad, es también política y descansa fundamentalmente en el Congreso Nacional.

Supremacía constitucional; gobierno; Presidente de la República

Deciding about budgetary exceptions: A political defense of the supremacy of the Constitution

ABSTRACT

The supremacy of the Constitution is guaranteed both by the judiciary and the political branches. This paper develops an example of a political warrant of constitutional supremacy, that of budgetary exceptions through presidential order. This constitutional power belongs to the President only and obeys to the President's constitutional function –to govern the Nation. Thus, it is a power driven by political prudence –essentially, it is a political power. Correspondingly, it is for Congress and not the Judiciary to control the exercise of such power.

Supremacy of the Constitution; Governance; President of the Republic

* Licenciado en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Chile. Doctor en Derecho, Universidad de los Andes, Chile. Profesor de Derecho Constitucional, Universidad de los Andes, Chile. Correo electrónico: lsilva@uandes.cl

Este artículo se enmarca en el proyecto Fondecyt Regular N° 1161334. Agradezco a María Ignacia Amtmann, alumna tesista, a Gustavo Díaz, ayudante, y a los varios profesores que generosamente comentaron el borrador.

Artículo recibido el 5.1.2019 y aceptado para su publicación el 3.9.2019.

I. INTRODUCCIÓN

El significado del principio de supremacía constitucional es unívoco en la teoría, pero equívoco en la práctica. Nadie discute que todos los órganos del Estado deban sujetarse a la Constitución, pero en cambio sí hay diferencias acerca de cómo se garantiza esto. Aunque la idea de una garantía jurisdiccional como instancia última para defender la supremacía está bastante extendida, sería apresurado admitirla como indiscutible. Frente a ella es posible defender la existencia paralela de una garantía política de la Constitución. Esto es precisamente lo que se propone revisar este artículo, sosteniendo como hipótesis que el Poder Judicial es incompetente para controlar al Presidente de la República (PDR) en su decisión de dictar (u omitir) un decreto de emergencia económica (DEE).

El problema es que, por una parte, hay autores que afirman la sujeción integral del Ejecutivo al control judicial¹. Otros, en cambio, defienden la existencia de ciertos actos excluidos de dicho control². En armonía con la primera posición, puede decirse que el Poder Judicial es el intérprete final de la Constitución. En consistencia con la segunda, puede afirmarse que hay un garante político de la supremacía constitucional. En el marco de esta discusión, es admisible preguntarse si la decisión de dictar un DEE representa uno de esos casos de garantía política de la supremacía constitucional. En definitiva, ¿podrá afirmarse que la decisión presidencial de dictar un DEE es un acto inmune al control judicial y, con ello, afirmar que la supremacía constitucional tiene también un garante político?

La tesis que se sostiene en este trabajo es de *lege lata* y consiste en afirmar que la decisión de dictar un DEE es, al menos en sus elementos discrecionales, inmune al control judicial y, por tanto, prueba de que la supremacía constitucional admite también una garantía política. Ello, porque la atribución del artículo 32 N° 20 de la Constitución corresponde a uno de esos casos en que la ausencia de control judicial es una condición para garantizar el mejor ejercicio de la función. De hecho, el diseño institucional refleja esta circunstancia, lo que implica, finalmente, que la interpretación del texto de la Constitución (artículo 32 N° 20) está entregada a los órganos titulares del poder político: PDR y Congreso. En otras palabras, que la garantía de la supremacía constitucional es política³.

Algunas aclaraciones para precisar el marco de esta investigación. En primer lugar, nos enfocamos en el control del acto DEE y no en el control de su ejecución (cosa que admitimos). Segundo, y en consistencia con lo anterior: el caso central lo constituye el PDR y la pregunta de investigación es si el DEE es un acto susceptible de control judicial

¹ Paradigmático es el caso de SOTO KLOSS, quien ha defendido esta tesis con vigor y constancia a lo largo de muchos años, con amplia influencia. Dentro de su vasta obra, sugiero SOTO KLOSS, 1996, pp. 31-43, especialmente pp. 39-40.

² Ver más adelante notas 43 y 63.

³ Como se verá en la sección V, esta conclusión es compatible con admitir el control de CGR y del TC. Por otra parte, el planteamiento tiene precedentes. Ver SILVA, 2018.

y en qué medida. Por tanto, no hay un cuestionamiento *in genere* al control jurídico, del que el judicial es una especie, porque reconocemos la competencia de Contraloría General de la República (CGR) y, eventualmente, del Tribunal Constitucional (TC)⁴. Tercero: la cuestión versa sustancialmente respecto de la dimensión contencioso-objetiva del control, es decir, la sanción del DEE, y no acerca de la responsabilidad jurídica del PDR, que sería la dimensión contencioso-subjetiva.

El artículo está dividido en cuatro partes, además de la Introducción y la Conclusión. En la primera se plantea el problema del control judicial de los DEE, con el propósito de iluminar la tensión subyacente y lo que está en juego. La segunda parte busca presentar el DEE como un acto propio de las funciones de gobierno y, por tanto, con un margen de discrecionalidad más amplio que las administrativas. En la tercera se analiza con cierto detalle el DEE, con el objeto de justificar por qué este específico acto de la función gubernativa estaría exento del control judicial. La última parte presenta los argumentos que muestran la preponderancia de los órganos políticos en el control de la potestad presidencial y su acto correspondiente, el DEE.

II. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

La Constitución establece, como una de las atribuciones especiales del PDR, que este podrá, “con la firma de todos los Ministros de Estado, (...) decretar pagos no autorizados por ley, para atender necesidades impostergables derivadas de calamidades públicas, de agresión exterior, de conmoción interna, de grave daño o peligro para la seguridad nacional o del agotamiento de los recursos destinados a mantener servicios que no puedan paralizarse sin serio perjuicio para el país” (artículo 32 N° 20)⁵. En relación con esta potestad se plantea la problemática cuestión de su control judicial. Problemática, porque negar el control equivale para muchos a la creación de espacios de poder inmune al Derecho, cuestión inconciliable con el Estado de Derecho⁶. Pero problemática también porque aceptar dicho control supone algo así como situar a los jueces en la posición de árbitros de la política, resultado incompatible con la separación de funciones dentro del Estado moderno.

La discusión acerca del control judicial del DEE se enmarca en el debate más amplio respecto del control del poder político; del Ejecutivo, en este caso específico. Este debate puede formularse en la pregunta: ¿qué significa que el PDR esté sujeto a la Constitución? Pregunta que a su vez esconde otra que está en el núcleo del problema:

⁴ En este trabajo se asume que el TC no ejerce un control judicial, porque no es parte del Poder Judicial, pero sí un control jurisdiccional. Esta distinción es controvertida. Por ejemplo, CEA, 2000, pp. 171-173, la afirma y BORDALÍ, 2002, pp. 34-52, la rechaza.

⁵ Hasta la reforma constitucional de 2005 (Ley 20.050), esta atribución estaba en el numeral 22.

⁶ SOTO KLOSS, 1996, p. 62: “O se desea que impere el derecho en una sociedad y, entonces, a los tribunales de la República se les erige en supremos guardianes de su imperio, o se admite que hayan sujetos (...) que sean inmunes al derecho”.

¿cómo se garantiza la supremacía constitucional? Una respuesta rápida y extendida contesta que son los jueces, en definitiva, quienes aseguran la primacía de la Constitución, porque la Constitución es norma jurídica y son los jueces quienes dicen lo que el Derecho es. Sin embargo, esta contestación acarrea serias objeciones⁷.

Desde el punto de vista de la finalidad del DEE, afirmar que los jueces pueden juzgar si el Ejecutivo actuó conforme a la Constitución o no, representa una amenaza para su eficaz desenvolvimiento. Las causales que justifican un DEE son amplias a propósito, para dar al Ejecutivo el margen de maniobra que le permita responder a situaciones de bien común graves y urgentes. Puede decirse que el texto constitucional crea un espacio para la deliberación prudencial acerca de lo que conviene al buen gobierno frente a situaciones excepcionalmente graves. Someter este espacio de deliberación a las condiciones de un juicio judicial puede constreñirlo al punto de comprometer la eficacia del instrumento.

El control judicial de los DEE también representa un riesgo desde la perspectiva de la separación de las funciones estatales. Si el espacio creado por el artículo 32 Nº 20, para el ejercicio de la prudencia política del gobernante, queda sujeto a la prudencia de los jueces, surge la posibilidad de que el razonamiento de los jueces discurra por una dimensión más política que jurídica. El significado específico de un supuesto como “necesidades impostergables” no está desarrollado en leyes ni reglamentos, sino que dependerá en cada caso del juicio prudencial del Ejecutivo. Autorizar a los jueces para juzgar la decisión de dictar o no un DEE agudiza severamente el problema de la sustitución de las funciones de gobierno mediante el control judicial⁸.

El anverso de la inmunidad judicial de los DEE es el peligro de abuso del poder político. Un Ejecutivo que gozara de la complicidad del Congreso (e incluso sin ella), podría disponer impunemente de enormes sumas de dinero para fines ajenos a los constitucionales. Y tolerar esta posibilidad, aún en pro de un gobierno eficaz o de conservar a los jueces alejados de la política, repugnaría con el Estado de Derecho.

Como se ve, la alternativa es problemática: si rehusamos el control judicial de los DEE, estamos abriendo la posibilidad de un abuso impune del poder político; pero si aceptamos el control, se estará comprometiendo el buen gobierno y judicializando la política. ¿Qué camino seguir?

III. EL DEE Y LAS FUNCIONES DE GOBIERNO

En esta sección se trata de señalar y caracterizar la relación existente entre el DEE y la función gubernativa, con el propósito de cimentar la defensa de la naturaleza eminentemente política de la atribución presidencial del artículo 32 Nº 20.

⁷ SILVA, 2017, pp. 215-219.

⁸ Ver abajo nota 53. SOTO, 1988, p. 126, critica esta objeción por estar apoyada en argumentos políticos “y enteramente inconsistentes racionalmente”. Queda sin explicar por qué la naturaleza política del argumento invalidaría la objeción; y, en cuanto a la inconsistencia racional, esta debe entenderse en el marco de su concepción del Estado de Derecho.

1. *Las funciones de gobierno y de administración*

Decir que el DEE corresponde a una potestad exclusiva del PDR es insuficiente para justificar la inmunidad judicial del acto: las actuaciones del Ejecutivo sometidas a un efectivo control judicial son innumerables. Algo más es preciso para justificarlo, y ello es la distinción entre las funciones de gobierno y las de administración. Con base en este binomio, es posible introducir un criterio que permita explicar la inmunidad de ciertos actos del Ejecutivo –y del DEE, específicamente–: aquellos propios de la función de gobierno.

Esta distinción entre gobierno y administración es canónica en el Derecho Constitucional, aunque varíen sus expresiones institucionales: o bien titulares distintos para cada una de ellas –distinguiendo entre jefe de Estado y jefe de gobierno– o uno solo que las concentra a ambas⁹. En el caso chileno la Constitución optó por esta segunda forma. El artículo 24 inciso 1º dice: “El gobierno y la administración del Estado corresponden al Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado”.

2. *Las funciones de gobierno: una caracterización*

La función de gobierno reúne ciertas características que permiten entender por qué su ejercicio podría estar exento del control judicial¹⁰. Entre estas características, todas consistentes con la finalidad propia de la función gubernativa, destaca la discrecionalidad en el ejercicio del poder¹¹. Esta discrecionalidad consiste en el margen que el titular del gobierno debe tener para ejercer con prudencia sus responsabilidades. En el caso del gobierno, el margen es más amplio que en el de la función administrativa, porque la naturaleza de las necesidades que le son propias es más difícil de satisfacer reglamentamente.

Desde la perspectiva de la discrecionalidad, la función de gobierno puede también llamarse política¹². Y es que una nota peculiar de la política es la amplitud del ámbito que los titulares del poder político tienen para desenvolverse en el cumplimiento de sus tareas específicas. Esta cercanía conceptual entre gobierno y política permite entrever la relativa inmunidad que las funciones de gobierno pueden reclamar respecto del control judicial, que es esencialmente jurídico¹³.

⁹ Gobierno y administración designan dos funciones distintas pero complementarias. La primera responde a la necesidad de dirección o guía de la colectividad política y la segunda procura la satisfacción de las necesidades públicas. MUÑOZ, 2017, pp. 133-134. En el mismo sentido, AYLWIN y AZÓCAR, 1996, p. 29.

¹⁰ AYLWIN y AZÓCAR, 1996, p. 29, caracteriza la tarea de gobierno “por el móvil político que la inspira, por la importancia de las materias que afronta, por su carácter orientador, que se manifiesta en las decisiones de principios, y por el grado máximo de ejercicio del poder que entraña”.

¹¹ CEA, 2000, p. 167; VERDUGO y GARCÍA, 1998, p. 213.

¹² CEA, 2000, pp. 167, entiende la política como una subfunción del gobierno. Las otras dos subfunciones son la ejecutiva y la administrativa.

¹³ En esta afirmación se está asumiendo la distinción entre los ámbitos jurídico y político, y la relativa autonomía que cada uno tiene respecto del otro. Admitir la autonomía de lo político respecto de lo jurídico supone la existencia de una definición de lo político. Aquí nos contentamos con una definición parcial y

La discrecionalidad propia del gobierno no es absoluta ni debe confundirse con la arbitrariedad. Las funciones de gobierno, como todas las demás, están normativamente perfiladas por lo que se entiende que son las condiciones racionales para su ejercicio. Lo que sucede es que estas condiciones reconocen la necesidad de habilitar un espacio generoso “de creatividad y de libertad para mandar en atención al mérito de los hechos que [la misma autoridad] pondera prudencialmente”¹⁴.

Debido al grado de discrecionalidad que demanda su adecuada atención, hay una serie más o menos típica de materias que se entienden propias de las funciones de gobierno. Entre ellas es posible mencionar la seguridad interior y exterior del Estado, y las relaciones internacionales. Esta asociación entre materia y función puede extenderse a los medios necesarios para actuar. Por eso es que, también típicamente, se incluyen dentro de las funciones de gobierno los poderes para decretar un estado de excepción constitucional, declarar la guerra, nombrar a las más altas autoridades militares o a los representantes exteriores del Estado, entre otras. Por la misma razón, podría extenderse a la administración de la hacienda pública¹⁵.

3. *Acerca de la especial relación entre la hacienda pública y las funciones de gobierno*

La administración de la hacienda pública es un instrumento crítico para el gobierno, porque las decisiones normalmente requieren financiamiento para materializarse. Esta dependencia, que podríamos llamar funcional, tiene una confirmación histórica y se refleja dogmáticamente en el ordenamiento constitucional.

a) La dependencia funcional

El rango y la complejidad de las tareas a las que el gobierno debe hacer frente reclaman naturalmente un elevado grado de discrecionalidad en la administración de los recursos públicos¹⁶. De allí que, no obstante la necesidad de limitar la discrecionalidad para evitar los peligros asociados a su abuso, el marco normativo le garantice un espacio

básica: político es el ámbito en que lo justo se define de entre una variedad más o menos amplia de opciones indiferentes desde la perspectiva de la justicia hasta el momento de la decisión. Queremos referirnos a la determinación de lo justo legal, aquello que para ARISTÓTELES Nic. Eth. 1134b.20, originalmente resulta indiferente [desde la perspectiva de lo justo] que sea establecido de una manera o de otra, pero que habiendo sido establecido, deja de ser indiferente. De donde Tomás de AQUINO Sententia Ethic., lib. 5 l. 12 n. 8; *Summa Theologiae* I-II q. 95 a. 2 enseña que lo justo legal puede ser obtenido de lo justo natural por determinación, es decir, mediante leyes cuya “fuerza obligatoria les viene (...) de la misma autoridad divina o humana que los determina como derecho vigente”.

¹⁴ CEA, 2000, p. 168.

¹⁵ VERDUGO *et al.*, 2002, p. 199. MOLINA, 2009, pp. 333-339. La del artículo 32 N° 20 se entiende como una atribución gubernativa de naturaleza financiera, GARCÍA y CONTRERAS, 2014, pp. 741-742.

¹⁶ CORDERO, 2007, p. 163, reconoce este margen de discrecionalidad del PDR, como cabeza del Gobierno y la Administración, apoyándose expresamente en el criterio funcional.

amplio. La articulación institucional entre el PDR y el Congreso en torno al gasto público proyecta precisamente esto¹⁷.

Los principios normativos que rigen acciones tan relevantes –desde la perspectiva de la hacienda pública– como la tributación (legalidad tributaria) y el gasto (legalidad del gasto público), han de conceder necesariamente un lugar al arbitrio de la autoridad encargada del gobierno, si es que no se quiere comprometer el bienestar social¹⁸. Cualquier arreglo debe considerar un equilibrio entre el ámbito de las atribuciones regladas y las discrecionales, a sabiendas de que el exceso en cualquier sentido puede resultar perjudicial para la buena marcha del Estado¹⁹.

El margen de discrecionalidad del gasto público es indispensable para el ejercicio adecuado de las funciones de gobierno²⁰. Por cierto, esta exigencia viene marcada por determinadas situaciones que, desde la urgencia, demandan una reacción rápida de la autoridad, y precisamente es el Ejecutivo quien cuenta con el diseño institucional más apropiado para responder ante esas circunstancias. Pero también incide en esta relación entre gobierno y discrecionalidad, la relativa indiferencia que, desde el punto de vista de la justicia, tantas veces cubre el haz de opciones con que la autoridad puede elegir hacer frente a una necesidad determinada²¹.

b) La confirmación histórica

La intrínseca dependencia que el adecuado ejercicio del gobierno tiene respecto del manejo de la hacienda pública puede ilustrarse con la discusión parlamentaria de la ley de reforma constitucional 7.727, de 1943, que restringió la iniciativa del Congreso en materia de gasto público²².

Hasta el año de la reforma, el Congreso tenía la iniciativa para disponer gastos de la hacienda pública mediante la creación de nuevos servicios o empleos públicos, o el

¹⁷ PINEDA, 2000, pp. 373-374, indica la correlación entre la forma de la estructura política y el manejo de la hacienda pública en el marco de una determinada concepción del Estado de Derecho.

¹⁸ Tribunal Constitucional, 26. 4.1997, rol 254, en que un grupo de senadores demandó la inconstitucionalidad de un decreto supremo que establecía normas acerca de modificaciones presupuestarias para el año siguiente, porque en la práctica estaría permitiendo efectuar gastos no aprobados por ley. El TC rechazó el requerimiento, argumentando que, para la ejecución del presupuesto, las potestades del PDR “deberían contar con la flexibilidad necesaria para que no pierdan el sentido que la Constitución señala para tan importante materia en el desarrollo integral del Estado” (cons. 2º). Ver también considerandos 16º y 18º.

¹⁹ PINEDA, 2000, pp. 375-377.

²⁰ MOLINA, 2009, p. 334.

²¹ SOTO KLOSS, 2009, p. 362, define la discrecionalidad como “la libertad de apreciación para decidir, frente a determinados hechos objetivos –que la ley ha descrito o previsto como necesidad pública– la adopción de la mejor medida a fin de satisfacer eficiente y oportunamente dicha necesidad”. Poco más adelante, sin embargo, precisa que de todas las posibilidades contenidas en ese rango de discrecionalidad “solo una es la idónea en el caso concreto”, y apoya su aserto en una imagen geométrica. Como si la tarea de gobernar pudiera compararse con un plano matemático, SOTO KLOSS, 2009, p. 364 y el ejemplo en nota 17.

²² La misma reforma constitucional creó el decreto de emergencia económica, dio estatus constitucional a la CGR e incluyó al Contralor General entre los sujetos pasivos de una acusación constitucional.

aumento de sueldo o gratificaciones pecuniarias a los empleados de la Administración Pública. El uso inmoderado de esta competencia tenía por contrapartida al PDR administrando los dineros públicos al margen de la ley, vía decretos de insistencia. El ejercicio paralelo de estas potestades carentes de control mutuo estaba conduciendo a la quiebra económica del país²³.

La reforma que se discutió consistía, esencialmente, en concentrar la iniciativa del gasto público en el PDR. El entonces ministro de Justicia, Oscar Gajardo, cuando defendió el proyecto ante la Cámara de Diputados, dijo: “Si el factor económico es determinante para el éxito de un gobierno y por lo tanto para la felicidad de la ciudadanía, la marcha de las finanzas solo podrá ser acertada cuando su dirección esté en una sola mano”²⁴. La necesidad de una simetría entre la responsabilidad y la potestad del PDR en relación con el manejo de la hacienda pública fue clave en el debate²⁵.

c) La dogmática constitucional

El ordenamiento jurídico recoge y proyecta la relación instrumental que existe entre la hacienda pública y las funciones de gobierno. Como ya se ha insinuado, la tensión inherente a la discrecionalidad en el manejo de los fondos fiscales reclama un conjunto de mecanismos que limiten el ejercicio del poder ejecutivo en la materia. Pero estas limitaciones necesarias sirven como evidencia de que la potestad está esencialmente radicada en el Ejecutivo.

Quizá la norma constitucional más elocuente sea el artículo 65 de la Constitución. Su inciso 3° y, especialmente, los numerales 1 al 4 del inciso 4°, manifiestan de modo inequívoco la decisión de alojar las iniciativas que impliquen gastos en el Poder Ejecutivo. Aunque la obligación de encauzarlas por medio del Congreso suponga para el PDR una limitación importante, tener la iniciativa le confiere un margen de discrecionalidad amplísimo, frente al reducido número de posibilidades que tiene el Congreso, que son “aceptar, disminuir o rechazar” las propuestas presidenciales.

Un segundo ejemplo es el artículo 67, que reserva la presentación del proyecto de Ley de Presupuesto al PDR, dándole exclusividad para estimar el rendimiento de los recursos de la Ley de Presupuesto y potestad para disminuir los nuevos gastos aprobados por el Congreso en proporción a los ingresos que deberían financiarlos. Aun cuando el poder del Congreso para influir en el Ejecutivo sea de hecho hartamente mayor que lo que esta norma permitiría pensar, lo cierto es que ella refleja la decisión de responsabilizar al PDR en la ejecución del presupuesto nacional y del gasto público en general.

²³ Bien lo resumió el diputado Jorge Urzúa durante la discusión de la reforma, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, 45ª sesión ordinaria, p. 1885.

²⁴ *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, 1943, 6ª sesión ordinaria, p. 1012.

²⁵ Por ejemplo, *Diario de Sesiones*, Cámara de Diputados, 1943, 44ª sesión ordinaria, pp. 1836, 1840, 1843; 45ª sesión ordinaria, p. 1877; 48ª sesión ordinaria, p. 1946.

4. *Gobierno, hacienda y emergencia*

Hemos enfatizado lo natural que resulta confiar el manejo de la hacienda pública –con todas las restricciones del caso– a la autoridad de gobierno, porque para el adecuado cumplimiento de las funciones que le son propias dos elementos resultan indispensables: discrecionalidad y disponibilidad de recursos monetarios. Los factores que conducen a este resultado no son contingentes, sino que forman parte de la estructura misma del Poder Ejecutivo, desde una perspectiva finalista. Esta configuración estructural del gobierno se hace aún más clara bajo la influencia de una circunstancia que sí es contingente: la urgencia.

Si es cierto que en condiciones normales la atención a las necesidades de la población demanda del gobierno una articulación ágil entre discrecionalidad y capacidad de gasto, en circunstancias extraordinarias que reclaman una respuesta urgente, esta articulación resulta más que justificada. La Constitución reconoce esta estructura y es sensible al grado en que la urgencia exige despojarla de formalidades para aumentar su eficacia. De allí que, por ejemplo, para financiar gastos imprevistos en circunstancias de normalidad, el Ejecutivo tenga la iniciativa exclusiva, pero deba tramitarse como ley (artículo 65 N° 3); en cambio, en un escenario de emergencia, el PDR pueda financiar gastos imprevistos mediante un decreto firmado por todos sus ministros.

Las causales constitucionales para que opere el DEE representan una versión extrema de la dinámica que articula la tríada gobierno, discrecionalidad y hacienda pública. La existencia de “necesidades impostergables”, creadas por circunstancias de particular gravedad, intensifica el efecto de las premisas que sostienen la relación estructural entre las funciones de gobierno y la responsabilidad del gasto público²⁶.

IV. EL DEE Y EL CONTROL JUDICIAL

La prerrogativa estipulada en el artículo 32 N° 20 de la Constitución define un marco de apreciación para que el PDR decida gastar fondos públicos no previstos en la ley. La pregunta que atraviesa este trabajo es si la decisión que resulta de dicha ponderación, materializada en el DEE, puede ser impugnada en sede judicial. En esta sección se analiza el estatuto constitucional del DEE y las distintas tesis que se han dado para explicarlo, para concluir que su diseño responde a esa clase de actos que es mejor excluir del control de los jueces.

²⁶ Si desde la perspectiva del principio de legalidad del gasto público esta atribución especial constituye una excepción, desde el punto de vista de la relación entre gobierno y hacienda pública, no hace más que confirmarla.

1. *El estatuto constitucional del DEE*

Los distintos elementos del estatuto constitucional del DEE permiten inferir que la atribución presidencial es propia de la función de gobierno, cuyos actos estarían (o debieran estar) exentos de control judicial.

a) La firma de todos los ministros

Este requisito formal es el mismo que se exige para los decretos de insistencia (artículo 99 de la Constitución). La coincidencia no es casual. Es preciso recordar que el DEE se configuró como una atribución presidencial específica precisamente para poner fin al abuso de los decretos de insistencia, que era la vía para obtener recursos no contemplados en la ley²⁷. Este antecedente es importante, por el significado que tiene la relación entre el requisito de la firma y la insistencia. El mecanismo de la insistencia obedece, en el fondo, a la responsabilidad última que tiene el PDR sobre el gobierno y la administración del Estado, y es la forma en que se le reconoce la decisión final en materias de su incumbencia²⁸. La firma de todos los ministros es una forma simbólica de refrendar la voluntad política que insiste en dar curso a una decisión objetada en su legalidad²⁹.

b) Las causales

En este punto, dos son los motivos que invitan a concluir el carácter político no justiciable del DEE: la amplitud de las causales y su semejanza con otra institución de orden político.

La amplitud de las causales. El supuesto de hecho que habilita al PDR para decretar pagos no autorizados por la ley es una estructura compuesta por dos partes. La primera consiste en las circunstancias fácticas que alteran, o amenazan con alterar, el *statu quo*, y que pueden ser calificadas de diversas maneras (calamidad pública, agresión exterior, etc.). La segunda consiste en los efectos que se derivan de dichas circunstancias y que deben ser calificados como “necesidades imposterables”. Una y otra corresponden a conceptos jurídicos indeterminados. Estos conceptos habilitan al intérprete un amplio espacio de maniobra que, de ordinario, es necesario para que la norma que los contempla

²⁷ Ver la moción del senador Maza que dio inicio a la tramitación de la reforma constitucional, *Diario de Sesiones*, Senado, 1942, Sesión 14ª ordinaria, pp. 568-569.

²⁸ PALLAVICINI, 2010, p. 126. CGR, 8.8.1952, N° 30.692, así lo dijo: “A la circunstancia de que prima la voluntad del Ejecutivo, obedece precisamente la exigencia impuesta por el Constituyente de que estos decretos requieran la firma de todos los Ministros de Estado”.

²⁹ “Tal exigencia compromete políticamente al Presidente y sus Ministros, en el evento de una acusación constitucional”, GARCÍA y CONTRERAS, 2014, p. 261. El mecanismo para contrapesar esta facultad del Ejecutivo confirma el cariz político de la intención que motiva la insistencia: debe enviarse copia de los decretos a la Cámara de Diputados. ¿Por qué a la Cámara de Diputados? Porque en ella reside la facultad de fiscalizar los actos del gobierno, una facultad de naturaleza política.

sea útil. Las causales del DEE son funcionales a la finalidad que el DEE está llamado a cumplir³⁰. En esta tarea, las consideraciones de conveniencia y oportunidad le son esenciales³¹. El control jurídico sobre estos elementos debería limitarse a verificar el cumplimiento de las formas legales (elementos reglados del acto); ir más allá fácilmente se transforma en una superposición de funciones³².

La semejanza con otra institución de orden político. Los términos escogidos para las causales del DEE son, en varios casos, idénticos a los utilizados en el estatuto constitucional de los estados de excepción. Es el caso de calamidad pública (artículos 39 y 41), conmoción interna (artículos 39 y 41) y grave daño para la seguridad de la nación (artículo 42). El caso de agresión exterior es equivalente al de guerra exterior (artículo 40)³³. Esta correspondencia entre las causales del DEE y de los estados de excepción constitucional es sugerente en el marco de nuestra hipótesis, porque la declaración de los estados de excepción constitucional es una atribución política que, en principio, no está sujeta al control judicial³⁴. Por analogía, podría uno concluir que el DEE, como el decreto que declara un estado de excepción constitucional, es un acto judicialmente inimpugnable.

c) La irresponsabilidad jurídica del PDR

La última parte del artículo 32 N° 20 dice: “Los Ministros de Estado o funcionarios que autoricen o den curso a gastos que contravengan lo dispuesto en este número serán responsables solidaria y personalmente de su reintegro, y culpables del delito de malversación de caudales públicos”. En el entendido que se trata de una responsabilidad jurídica, la omisión del PDR en esta disposición es significativa. ¿Por qué razón esta diferencia de trato entre el PDR, por una parte, y todos sus Ministros y demás funcionarios, por otra?³⁵ ¿Por qué el PDR es jurídicamente irresponsable por contravenir el

³⁰ Este margen de libre apreciación del PDR para hacer frente a las necesidades impostergables del país, fue ampliado por la Constitución al eliminar el adverbio “sólo” que contenía el artículo 72 N° 10 de la Constitución de 1925, SILVA, 2000, tomo V, p. 260.

³¹ Es lo que entendió CGR, 8.8.1952, N° 30.692: “[La causal necesidades impostergables] corresponde indudablemente a una apreciación de hecho que dentro de nuestro régimen jurídico debe calificar íntegramente el Poder Ejecutivo puesto que sólo al Presidente de la República en su carácter de Supremo Administrador del Estado compete la calificación de la conveniencia y oportunidad de los actos de administración”.

³² Es jurisprudencia establecida de CGR que esta no realiza un control de mérito –conveniencia y oportunidad– sino de legalidad. Por todos, CGR, 1.8.2006, N° 35.617. En su oportunidad, Guzmán explicó que no es función de Contraloría calificar si han concurrido las causales del DEE, “porque se trata de una apreciación netamente política”, Actas Comisión de Estudios de la Nueva Constitución (CENC), sesión 326^a.

³³ La única causal que no tiene correspondencia con las de los estados de excepción constitucional es la del agotamiento de los recursos que afecten servicios esenciales para el país.

³⁴ Decimos “en principio” porque, tras la reforma constitucional de 2005, el artículo 45 inciso 1° abrió un espacio para el control. No obstante, la Corte Suprema, 24.12.2013, rol 4029-2013, ignoró esta disposición y afirmó que la potestad del PDR es inmune al control judicial, SILVA, 2018, pp. 82-84 y 99-100.

³⁵ Diferencia, por lo demás, que replica la establecida como regla general en el artículo 36 de la Constitución.

artículo 32 N° 20?³⁶ El punto adquiere mayor hondura si consideramos que el artículo 53 N° 2 de la Constitución solo se refiere a los ministros como legitimados pasivos de acciones judiciales intentadas por particulares. De nuevo, ¿por qué esta distinción tan marcada entre el PDR y sus ministros respecto de la responsabilidad jurídica?

Parece que lo más razonable es entender que se trata de una disposición característica del régimen presidencial chileno, que debe leerse como la indispensable proyección de la exigencia planteada por el carácter irreductiblemente político de su potestad³⁷. En este sentido, sería incorrecto pensar que esa irresponsabilidad constituye una excepción al principio general de responsabilidad de la Administración: la actuación del PDR no es de carácter administrativo sino político³⁸.

2. *Acerca de la naturaleza del DEE*

La impunidad judicial del DEE, obliga a plantearse la cuestión acerca de la naturaleza del acto: ¿qué es el DEE para el Derecho? El interés de la respuesta no es uno de carácter especulativo para la ciencia del Derecho Público, sino práctico (¿puede perseguirse el DEE judicialmente?) y técnico (¿cuáles son los argumentos?).

a) Decreto reglamentario autónomo

El reconocimiento constitucional de la potestad reglamentaria autónoma creó un espacio de regulación exclusivo del PDR. Su fundamento estaría en la necesidad de dotar a las autoridades de gobierno de los instrumentos adecuados para conducir la vida nacional³⁹. Haciendo una analogía con el principio de reserva legal, la potestad reglamentaria autónoma podría llevarnos a hablar de una reserva de gobierno, que nos presentaría al PDR como “un ente autónomo y con legitimidad propia, que extiende

³⁶ CEA, 2012, tomo III, p. 152, entiende que el PDR está comprendido en la categoría “funcionarios”. Aparte de que no ofrece argumento alguno, esta interpretación mal se condice con la mención expresa a los ministros, porque sugiere que estos son más importantes que el PDR.

³⁷ Sería una de las trazas del régimen portaliano, EDWARDS, 1928, p. 295; HARRIET 1963, p. 135. La caracterización del PDR como un “pequeño monarca temporal, absoluto e irresponsable” (Gabriel Amunátegui, citado por HARRIET, 1963, p. 308) invita a pensar en el axioma constitucional del Derecho inglés *The King can do no wrong*, que significa –entre otras cosas– que los ministros responden por los actos del monarca, BLACKSTONE Tomo I, p. 245 y Tomo III, pp. 254-255. No es, entonces, casualidad que ZÚÑIGA, 2006, califique la irresponsabilidad civil del PDR por los decretos que firma, como “un verdadero resabio monárquico” (la firma de los ministros transferiría la responsabilidad civil hacia ellos, eximiendo al PDR).

³⁸ CALDERA, 1991, pp. 212-213, partiendo justamente de esta premisa que criticamos, distingue entre la responsabilidad directa o inmediata de los ministros, y la responsabilidad global (o indirecta) del PDR. No ofrece, sin embargo, ninguna explicación del porqué del estatuto especial del PDR.

³⁹ Así, Guzmán, CENC, sesión 355^a: “[recalcó] la congruencia que existe entre este criterio [que distingue entre potestad reglamentaria de ejecución y autónoma, defendido por Bertelsen] y la concepción del Gobierno moderno en cuanto ser el conducto de la vida nacional, especialmente en los planos económicos, administrativo, internacional y social” (que se corresponde con la potestad reglamentaria autónoma, por supuesto). También ARGANDOÑA, 1981, p. 224, aunque lo critica.

su autoridad de dirección política –de acuerdo con la Constitución y las leyes– a todo cuanto tiene por objeto la conservación de los intereses nacionales”⁴⁰.

Este ámbito de competencia está, en principio, demarcado únicamente por la Constitución y de manera negativa: cae dentro de él todo lo que no sea materia propia de ley⁴¹. Las decisiones que se adopten en este ámbito prescinden de toda habilitación legal, porque se apoyan directamente en la Constitución. Aunque la facultad de dictar un DEE se ejerce por definición al margen de la ley y se apoya inmediatamente en la Constitución, podría postularse que el DEE es un acto propio de la potestad reglamentaria autónoma.

El control de los actos que resultan del ejercicio de la potestad reglamentaria autónoma es controvertido. Porque si el acto reglamentario autónomo es igualado al acto reglamentario de ejecución, entonces se le aplican los mismos criterios que corren para el control de estos. Es decir, los jueces serían competentes para enjuiciarlos⁴². En cambio, si se entiende que son actos de gobierno –o que al menos algunos de ellos pueden serlo–, entonces no cabría su control judicial⁴³.

b) Decreto con Fuerza de Ley

La idea de que el DEE es un Decreto con Fuerza de Ley (DFL) es una tesis del profesor Molina⁴⁴. Él llega a esta conclusión a partir del artículo 89 de la Constitución, que dice: “Las Tesorerías del Estado no podrán efectuar ningún pago sino en virtud de un decreto o resolución expedido por autoridad competente, en que se exprese la ley o la parte del presupuesto que autorice aquel gasto”. De las dos condiciones alternativas enunciadas, debe descartarse de plano aquella que exige expresar “la parte del presupuesto que autorice aquel gasto” porque, por definición, el DEE dispone de fondos no presupuestados. Así entonces, habría de entenderse que el DEE hace las veces de ley, y los decretos o resoluciones de gastos contra el 2% constitucional deberán remitirse al DEE como la ley que autoriza el gasto.

Debido a que el DEE sirve como la ley que autoriza los gastos, sin ser ley propiamente hablando; y ya que no puede ser un decreto, porque entonces fallaría la condición exigida por el artículo 89, se deduce que el DEE es un DFL. Molina avala esta conclusión con un argumento de Derecho Comparado, con el que quiere señalar el siguiente patrón:

⁴⁰ CAZOR Y PFEFFER, 2009, pp. 196-197.

⁴¹ Esta definición debe entenderse complementada por el principio de que en Derecho Público solo puede hacerse aquello que está permitido.

⁴² Esta es la posición de quienes miran como equivalentes ambas formas de ejercicio del poder reglamentario: AYLWIN, 1984, p. 450; ARGANDOÑA, 1981, p. 217; CEA, 2012, p. 150.

⁴³ ZÚÑIGA, 2001, p. 54, afirma que los actos de la potestad reglamentaria autónoma, así como los actos de gobierno, están excluidos del control judicial, al menos vía recurso de protección.

⁴⁴ MOLINA, 2001a, p. 101. La misma tesis en: MOLINA, 2000; MOLINA, 2001b; MOLINA, 2009, pp. 337-339.

las situaciones de emergencia nacional se enfrentan por el Ejecutivo con disposiciones que tienen fuerza de ley⁴⁵.

En la hipótesis que estamos analizando, el control de los DEE sería el propio de los DFL. En consecuencia, solo CGR (artículos 64 inciso 6° y 99 inciso 2°) y el TC (artículo 93 N°s 4, 6 y 7) serían competentes para controlarlos⁴⁶. Ante la posibilidad de un control judicial de los DFL, habría que estar a la doctrina respecto de la responsabilidad del legislador, que en la actualidad es apenas admitida fuera de los casos propios del control de constitucionalidad, y que contaría con mínima jurisprudencia de respaldo⁴⁷.

c) Decreto supremo de ejecución

El DEE puede también entenderse como un decreto supremo de ejecución, que es la vía jurídica formal ordinaria por la que el PDR ejerce sus potestades⁴⁸. En principio, esta clase de actos está sujeta al control judicial sin más limitaciones que las procedimentales⁴⁹. Lo normal es que el control consista en verificar la legalidad del decreto, pero por la vía del recurso de protección se podría cuestionar indirectamente su constitucionalidad. Nada obstaría, entonces, a que un tribunal de justicia juzgara la validez de un DEE, desde la perspectiva de su marco habilitante (que en este caso sería el artículo 32 N° 20 de la Constitución) o desde la perspectiva de las garantías constitucionales amparadas por el recurso de protección.

3. *Discrecionalidad, deferencia y actos de gobierno*

Si se quiere entender el DEE como un acto administrativo —en cuanto es un acto sujeto al control judicial— es preciso invocar la diferencia entre elementos reglados y elementos discrecionales del acto⁵⁰. Serían reglados los siguientes: la firma de todos los ministros y el 2% del presupuesto de la Nación como límite del total de los gastos. Discrecionales serían, en cambio, la calificación de las necesidades (finalidad) y de los hechos que las causan (motivos), así como la forma de enfrentarlas⁵¹. La diferencia entre

⁴⁵ MOLINA, 2001, pp. 101-102. Los ejemplos los toma del Derecho español, francés e italiano.

⁴⁶ Con la peculiaridad de que la "ley habilitante" sería la misma Constitución; una característica, por lo demás, que sería típica de los actos de gobierno, AGUILAR, 2005, pp. 528-534; RÍOS, 1975, pp. 413-414.

⁴⁷ BARROS, 2010, pp. 520-522. Durante los primeros años del recurso de protección, se postuló que también el legislador era legitimado pasivo de esta acción procesal: SOTO KLOSS, 1982, pp. 321-322. Pero hoy no conocemos a nadie que lo sostenga.

⁴⁸ Artículo 3 inciso 4°, Ley 19.880. MORAGA, 2010, pp. 122-123 lo caracteriza como un tipo especial de decreto supremo.

⁴⁹ Artículo 15 inciso 2°, Ley 19.880 (principio de impugnabilidad de los actos administrativos).

⁵⁰ Esta distinción es una analogía de aquella entre las potestades de la administración, regladas y discrecionales, MORAGA, 2010, pp. 33-36.

⁵¹ Entendemos que esta clasificación podría discutirse, porque, por ejemplo, alguno podría entender que la finalidad y la motivación del acto son elementos reglados, SOTO KLOSS, 2009, p. 363. Estaríamos dispuestos a abandonar esta clasificación si, en cambio, se nos concediera que son conceptos jurídicos indeterminados

estas categorías de elementos sirve para justificar una limitación al alcance del control judicial sobre los DEE. Si, en general, los jueces deberían respetar los márgenes de discrecionalidad de las autoridades/funcionarios cuyos actos controlan, en particular deberían hacerlo en el caso del DEE: limitarse a verificar si el decreto está firmado por todos los ministros y si la suma de los gastos no excede el 2% del presupuesto nacional⁵². En esto, el control de los tribunales no debería distinguirse del control practicado por CGR⁵³.

Preservar la discrecionalidad del PDR para enfrentar emergencias nacionales al margen de la Ley de Presupuesto es condición que ofrece mejores garantías desde la perspectiva del desempeño institucional: sujetar la prudencia del gobernante a los cánones del control judicial amenaza con desvirtuar tanto la función política como la judicial⁵⁴.

Ante una limitación tan estricta del control judicial sobre los DEE, es razonable preguntarse si en estas condiciones tiene algún sentido practicarlo. Cuestionamiento que se agudiza cuando se observa que el control judicial sería un contencioso-objetivo, que dejaría intacta, por tanto, la responsabilidad del PDR⁵⁵. Sin perjuicio de las razones que podrían defender el control judicial incluso en estas condiciones (por ejemplo, el valor ejemplar de una nulidad⁵⁶ o la eventualidad de impedir algún giro no realizado a

cuyo contenido toca determinar al PDR. Respecto de la relación entre discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados, MORAGA, 2010, pp. 37-39; CORDERO, 2007, pp. 165-166; BARROS, 2010, p. 509.

⁵² CORDERO, 2007, pp. 161-165, acerca de la deferencia como una condición indispensable del control judicial.

⁵³ En este marco es oportuno recordar el artículo 21B de la L. 10.336, introducido por la Ley 19.817 de 2002, que excluye la evaluación del mérito o conveniencia de las decisiones políticas y administrativas del control de legalidad que efectúa CGR. MORALES, 2012, p. 213, proyecta el alcance de esta disposición, para concluir, sin lugar a dudas, "que el Órgano Contralor tiene por función ejercer el control de legalidad a los actos administrativos y, en caso alguno, a los actos políticos o de gobierno". En la discusión acerca del control de CGR sobre el gobierno, la entonces ministra de Justicia, Mónica Madariaga, subrayó la estrecha relación entre la interpretación finalista de la ley y la autonomía del Ejecutivo para gobernar, advirtiendo que "el día que otro órgano se atribuya [el poder para ponderar las motivaciones del Presidente de la República, ese día] entra a gobernar", CENC, sesión 319ª.

⁵⁴ YOWELL, 2018, pp. 90-96, advierte sobre la proyección de los límites intrínsecos a la función judicial en el diseño de los tribunales de justicia: no están institucionalmente capacitados para lidiar con el razonamiento político.

⁵⁵ Estimamos que la disposición contenida en el artículo 38 inciso 2º de la Constitución ("sin perjuicio de las responsabilidades que pudieren afectar al funcionario que hubiere causado el daño") no vale para el PDR, porque prima lo dispuesto por el artículo 53 Nº 1 inciso 5º: el PDR debe haber sido declarado culpable por el Senado. Solo privado de su investidura podría ser juzgado por un tribunal de justicia.

⁵⁶ Debemos esta idea al profesor Gabriel Bocksang. Aquí resulta oportuno preguntarse por el control del DEE por medio de la acción de nulidad de derecho público (NDP). La respuesta dependerá de la amplitud que se le reconozca a dicha acción, que es una cuestión controvertida. A la luz de su formulación canónica, SOTO KLOSS, 1996, pp. 173-209, el DEE sería susceptible de control sin restricciones. Sin embargo, la jurisprudencia ha venido limitando significativamente el alcance de la NDP, BERMÚDEZ, 2010, pp. 114-122, dando con ello pie para pensar que la acción intentada contra el DEE tendría remotas posibilidades de ser acogida. Especial fuerza nos hace aquí, para dudar de la eficacia de la NDP, el peso que la jurisprudencia le ha reconocido a la ilegalidad, en sentido estricto, como factor decisivo en la configuración del supuesto de hecho de la acción, BERMÚDEZ, 2010, pp. 120-122; factor que se vuelve crítico en la casación en el fondo, donde la Corte Suprema ha entendido la causal "infracción de ley" en sentido literal. Por todas, Corte Suprema, 14.11.2012, rol 2033-2010.

la fecha de la sentencia), nos inclinamos por negarle al Poder Judicial competencia para controlar los DEE. Son varias las razones que nos mueven a ello.

En primer lugar, nos parece que resulta más consistente con la naturaleza eminentemente política (gubernativa, si se prefiere) de la potestad del PDR y con la consiguiente irresponsabilidad judicial del PDR en el ejercicio de dicha potestad. En efecto, la posibilidad de sancionar judicialmente con la nulidad un DEE oscurece la trayectoria política que recorre el acto desde su motivación hasta su finalidad, insinuando en cambio que se trataría de un acto administrativo que se correspondería con una potestad administrativa.

En segundo lugar, tanto el acto como la potestad que le da origen están sujetos a otros mecanismos de control, lo que permite abrirse a la posibilidad de que el diseño institucional haya excluido el control judicial desde su origen. El DEE es controlado por CGR (artículo 99); puede ser controlado por la Cámara de Diputados mediante su poder de fiscalización (artículo 51 N° 1 letra a) o, de manera indirecta, por ambas cámaras mediante la acusación constitucional (artículos 52 N°s 2 y 53 N° 1); finalmente, puede ser controlado por el TC cuando es requerido por un cierto número de parlamentarios (artículo 93 N° 16)⁵⁷.

Tercero, el riesgo de que la actividad de control judicial se expanda hacia los elementos discrecionales del DEE. Este riesgo de expansión indebida, que es intrínseco al ejercicio de cualquier potestad, significaría en este caso que los jueces vendrían como a sustituir al titular del poder de gobierno en el ejercicio de la prudencia política. Cuestión que, además de representar una amenaza para el buen gobierno (los jueces son jueces, no gobernantes), puede ser visto como un desconocimiento impropio de la legitimidad democrática del PDR⁵⁸.

Por último, la existencia de actos del Poder Ejecutivo marginados de la competencia judicial no le es ajena a nuestros tribunales. Sea bajo la categoría de los actos de gobierno o no, hay sentencias que le reconocen al Ejecutivo un espacio de actuación que está libre del control judicial⁵⁹. Acoger la tesis de la inimpugnabilidad judicial de los DEE no debería causar escándalo entre los jueces.

⁵⁷ Viene a complementar esta lectura la limitación de la competencia de los tribunales de justicia a los asuntos civiles y criminales solamente, es decir, con exclusión de los actos del gobierno, BRAVO, 1996, p. 99, que se hace patente —entre otros ejemplos— en el artículo 4° del Código Orgánico de Tribunales, BARRIENTOS, 1992, p. 128.

⁵⁸ Asimismo, es notorio el impulso expansivo que desde la Corte Suprema amplía su competencia en desmedro de la competencia de los órganos políticos. Dos sentencias ejemplares son, Corte Suprema, 18. 11. 2015, rol 17393 y Corte Suprema, 6. 11. 2018, rol 17043 rol 17393.

⁵⁹ Por ejemplo, Corte Suprema, 28.5.2009, rol 6585-2007; Corte Suprema, 9.4.2012, rol 16283; Corte Suprema, 18.10.2007, rol 3975-2007 (prevención del Ministro Pierry); Corte Suprema, 16.1.2006, rol N° 2377-2005; Corte Suprema, 24.12.2013, rol 4029-2013; Corte Suprema, 12.8.2014, rol 6143-2014; Corte Suprema, 12.8.2014, rol 2839-2014.

V. CONTROL POLÍTICO Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La inmunidad judicial del DEE no significa que el PDR esté por sobre la Constitución ni que sea un Poder superior al Judicial. El DEE es objeto de control jurídico por parte de CGR y del TC, y de control político por parte de la Cámara de Diputados. En estas instancias se prueba que tanto el DEE como el PDR están sujetos a la Constitución.

Correspondiéndose con la naturaleza esencialmente política de la potestad del artículo 32 N° 20, la articulación del control de su ejercicio reconoce a la política un lugar primordial. Así, en el caso de dar curso al DEE, CGR debe remitir automáticamente los antecedentes a la Cámara de Diputados. Si CGR se negara a dar curso al DEE porque excede el 2% del presupuesto de la nación, deberá también remitir los antecedentes a la Cámara de Diputados (artículo 99). ¿Por qué? Porque se trata de un problema político. Es conveniente recordar que el DEE fue un mecanismo creado para limitar el crecimiento del gasto público vía decretos de insistencia, y que el contexto de su creación fue una reforma constitucional dirigida a restringir las atribuciones del Congreso en materia de gasto público, traspasando la iniciativa de varias materias con ello relacionadas al PDR. En definitiva, el arreglo constitucional que resultó vino a reforzar el diseño de la Constitución de 1925, en que el PDR tenía la iniciativa en materia de gasto público y su ingreso era por medio de la Cámara de Diputados (artículo 45 incisos 2° y 3°). La regla del artículo 99 de la Constitución que estamos discutiendo reproduce la lógica que subyace al artículo 65 incisos 2° al 5°, que regula el proceso político para decidir cómo gastar los recursos públicos. En otras palabras, esta disposición reconoce que, más allá de la verificación de las formalidades legales, CGR debe traspasar la discusión respecto del gasto público —un asunto político— a su sede natural, el Congreso Nacional; la Cámara de Diputados, específicamente⁶⁰.

Es racional plantearse aquí la posibilidad de que el PDR, disconforme con el razonamiento que ha llevado a CGR a concluir que el DEE excede el límite constitucional del gasto, decida someter la controversia al arbitrio del TC (artículo 99 inciso 3°). En este caso, aunque el control del TC sea jurídico, la decisión que habilita su intervención descansa completamente en el PDR, quien naturalmente ponderará el asunto según criterios políticos.

El control practicado por el TC en virtud del artículo 93 N° 16 tiene también un elemento político que es determinante: el TC solo puede controlar el DEE a requerimiento de un grupo de parlamentarios. Naturalmente, la decisión de requerir obedecerá a criterios políticos. La dimensión política de este control viene a ser reforzada por los elementos políticos inherentes a la integración y funcionamiento del TC, así como por la deferencia que la jurisprudencia del TC ha observado respecto de la autonomía propia de los órganos políticos⁶¹.

⁶⁰ Ver nota 29.

⁶¹ PEREDO, 2018, pp. 212-226.

A lo dicho debemos agregar que las decisiones de CGR en esta materia no estarían sujetas a revisión judicial⁶². Lo mismo cabría afirmar respecto de las actuaciones de las cámaras del Congreso⁶³. Por último, no lo están las decisiones del TC, por expresa disposición constitucional (artículo 94 inciso 1º).

VI. CONCLUSIÓN

El DEE representa uno de esos espacios de autonomía del poder político respecto del control judicial. La naturaleza del objeto propio del DEE (necesidades impostergables derivadas de circunstancias graves y urgentes de bien común) exige que sea atendido por el Poder Ejecutivo en el despliegue de su función gubernativa, autorizando un ejercicio amplio de prudencia política. Es así como el texto constitucional adquiere eficacia: mediante un acto eminentemente político. Como cualquier forma de expresión de una potestad pública, este acto está sujeto a control. Pero el control es eminentemente político, acorde con la naturaleza del acto: es el Congreso quien puede juzgar si, más allá de las formalidades, la decisión del Ejecutivo se ajustó a la Constitución. La consecuencia que de esto se sigue es que la garantía del principio de supremacía constitucional, en este punto al menos, está entregada al poder político. En un contexto más amplio, esto significa que la defensa de la Constitución no es una responsabilidad monopolizada por el poder jurisdiccional, sino compartida con el poder político. De todo ello puede inferirse que la Constitución tiene una dimensión política que es garantizada por un poder de la misma naturaleza.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILAR, Mario, 2005: *Acto de gobierno. Valoración Jurídico-política*, México: Editorial Porrúa
- ARISTÓTELES, *Nicomachean Ethics*, H. Rackham, Ed. Disponible en <http://data.perseus.org/texts/urn:cts:greekLit:tlg0086.tlg010.perseus-eng1>.
- ARGANDOÑA, Manuel, 1981: "Reflexiones sobre la potestad reglamentaria y su control jurídico en el anteproyecto de Constitución, *X Jornadas de Derecho Público*", pp. 193-225.
- AQUINO, Tomás de, *Sententia libri Ethicorum*, Editio Leonina. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/>
- AQUINO, Tomás de, *Summa Theologiae*, Editio Leonina. Disponible en <http://www.corpusthomisticum.org/>
- AYLWIN, Patricio y AZÓCAR, Eduardo, 1996: *Manual de Derecho Administrativo*, Chile: Universidad Nacional Andrés Bello.

⁶² Por todos, CGR, de 17.10.2000, Nº 39570; y la decisión del Senado que acogió la tesis de CGR en el conflicto con la Corte Suprema acerca del órgano competente para definir el régimen previsional del personal de la DGAC, Sesión 87ª, Ordinaria, 6 de marzo de 2018.

⁶³ SILVA, 2017, pp. 231 y ss.; BULNES, 1989, p. 202. En contra, SOTO KLOSS, 2009, pp. 619-623 (ver también nota 47).

- BULNES, Luz, 1989: "El recurso de protección y las atribuciones exclusivas del Senado y de la Cámara de Diputados", *Revista chilena de derecho*, volumen.16, N° 2, pp. 199-205.
- BARROS, Enrique, 2010: *Tratado de responsabilidad extracontractual*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- BRAVO, Bernardino, 1996: *Por la razón o la fuerza. El Estado de Derecho en la Historia de Chile*, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- BARRIENTOS, Javier, 1992: "La fiscalización de los actos de gobierno en la época indiana y su desaparición durante la república", *Revista de Estudios Históricos y Jurídicos*, número 15, pp. 105-130.
- BERMÚDEZ, Jorge, 2010: "Estado actual del control de legalidad de los actos administrativos. ¿Qué queda de la Nulidad de Derecho Público?", *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXIII, pp. 103-123.
- BLACKSTONE, William, 1794: *Commentaries on the Laws of England*, 12th edition, Dublin: L. White, William Jones and John Rice.
- BORDALÍ, Andrés, 2002: *Temas de Derecho Procesal Constitucional*, Universidad Austral de Chile y Editorial Fallos del Mes.
- CALDERA, Hugo, 1991: "Función de gobierno y función administrativa", *Revista de Derecho Público*, volumen 49, pp. 205-215.
- CAZOR, Kamel y PFEFFER, Emilio, 2009: "La búsqueda de criterios orientadores en la configuración de las potestades normativas en Chile", *Revista Ius et Praxis*, volumen 15, número 1, pp. 191-227.
- CEA, José Luis, 2000: *Teoría del Gobierno*, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CEA, José Luis, 2012: *Derecho Constitucional Chileno*, Tomo III, 2ª edición, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- CORDERO, Luis, 2007: *El control de la administración del Estado*, Chile: LexisNexis.
- EDWARDS, Alberto, 1928: "La fronda aristocrática", Chile: *Imprenta Nacional*. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/archivos2/pdfs/mc0007410.pdf>
- GARCÍA, Gonzalo y CONTRERAS, Pablo, 2014: *Diccionario Constitucional Chileno* (coord. Victoria Martínez), Cuadernos del Tribunal Constitucional, número 55. Disponible en: <https://www.diccionarioconstitucional.com>
- HARRIET, Fernando, 1963: *Historia constitucional de Chile: Las instituciones políticas y sociales* (3ª edición), Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- MOLINA, Hernán, 1981: "Los actos de gobierno y su control", *XV Jornadas de Derecho Público*, Chile: Edeval.
- MOLINA, Hernán, 2000: "Los decretos con fuerza de ley en la Constitución", *Revista de Derecho*, Universidad de Concepción, número 208, p. 113-126.
- MOLINA, Hernán, 2001a: "Los Decretos con Fuerza de Ley en la Constitución de 1980", *Revista Ius et Praxis*, volumen 7, número 2, pp. 87-103.
- MOLINA, Hernán, 2001b: Los decretos con fuerza de ley en la Constitución de 1980, en *Revista de Derecho*, Universidad Católica de Valparaíso, XXII, pp. 421-435.
- MOLINA, Hernán, 2009: *Derecho Constitucional*, Chile: LegalPublishing.
- MORAGA, Claudio, 2010: *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo VII, Chile: AbeledoPerrot/LegalPublishing.
- MORALES, Baltazar, 2012: "El mérito, la oportunidad y conveniencia en la Contraloría General de la República", *Contraloría General de la República, 85 años de vida institucional (1927-2012)*, pp. 207-220.
- MUÑOZ, Manuel, 2017: "El control de mérito frente a las auditorías "3e" de la Contraloría General de la República", *Revista Derecho Público Iberoamericano*, volumen 10, pp. 129-160.

- PALLAVICINI, Julio, 2010: "Control de constitucionalidad de la Contraloría General de la República", *Revista de Derecho Público*, número 72, pp. 108-132.
- PINEDA, Rodrigo, 2000: "Las potestades constitucionales del gobierno y el Congreso Nacional en materia de gasto público", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 27, número 2, pp. 373-395.
- PEREDO, Marcela, 2018: *El margen de apreciación del legislador y el test de margen proporcionado. Ley versus Tribunal Constitucional*, Chile: ThomsonReuters.
- SILVA, Alejandro, 2000: *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo V, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA, Luis Alejandro, 2017: "Acusación constitucional y garantía política de la supremacía constitucional", *Revista Ius Et Praxis*, volumen 23, número 2, pp. 213-250.
- SILVA, Luis Alejandro, 2018: "El control judicial de los estados de excepción constitucional: la supremacía del Presidente de la República", *Revista Chilena de Derecho*, volumen 45, número 1, pp. 81-103.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1982: *El Recurso de Protección. Orígenes, Doctrina y Jurisprudencia*, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1988: "Acerca del llamado control de mérito de los actos administrativos", *Revista de Derecho Público*, número 43/44, pp. 117-130.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1996: *Derecho Administrativo*, Tomo II, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 2009: *Derecho Administrativo. Temas Fundamentales*, Chile: LegalPublishing/AbeledoPerrot.
- VIVANCO, Ángela, 2014: *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo III, Chile: Ediciones Universidad Católica de Chile.
- VERDUGO, M., PFEFFER, E., NOGUEIRA., H., 2002: *Derecho Constitucional*, Tomo II, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- VERDUGO, Mario Y GARCÍA, Ana María, 1998: *Manual de Derecho Político*, 4ª edición, Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- YOWELL, Paul, 2018: *Constitutional Rights and Constitutional Design: Moral and Empirical Reasoning in Judicial Review*, London: Hart Publishing.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2001: "Controles de la Potestad Legal y Reglamentaria", *Revista Ius et Praxis*, volumen 7, número 2, pp. 105-178.
- ZÚÑIGA, Francisco, 2006: "Responsabilidad Constitucional del Gobierno", *Revista Ius et Praxis*, volumen 12, número 2, pp. 43-74.

Normas Jurídicas citadas

- CONSTITUCIÓN Política de la República, publicada con fecha 11 de marzo de 1981.
- LEY 10.336, de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República, publicada con fecha 25 de mayo de 1952.
- LEY 19.817, que modifica la ley orgánica de Contraloría General de la República, publicada con fecha 26 de julio de 2002.
- LEY 19.880, Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado, publicada con fecha 29 de mayo de 2003.
- LEY 20.050, Reforma Constitucional que introduce modificaciones a la Constitución Política de la República, publicada con fecha 26 de agosto de 2005.

Jurisprudencia citada

- TRIBUNAL Constitucional, sentencia de fecha 26 de abril de 1997, rol 254.
- CORTE Suprema, sentencia de fecha 16 de enero de 2006, rol 2377-2005.

CORTE Suprema, sentencia de fecha 18 de octubre de 2007, rol 3975-2007.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 28 de mayo de 2009, rol 6585-2007.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 14 de noviembre de 2012, rol 2033-2010.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 24 de diciembre de 2013, rol 4029-2013.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 12 de agosto de 2014, rol 2839-2014.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 12 de agosto de 2014, rol 6143-2014.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 18 de noviembre de 2016, rol 17043.
CORTE Suprema, sentencia de fecha 6 de noviembre de 2018, rol 17393.
CORTE de Apelaciones de Santiago, sentencia de fecha 9 de abril de 2012, rol 16283.
CONTRALORÍA General de la República, dictamen de fecha 8 de agosto de 1952, N°30.692.
CONTRALORÍA General de la República, dictamen de fecha 17 de octubre de 2000, N° 39.570.
CONTRALORÍA General de la República, dictamen de fecha 1 de agosto de 2006, N° 35.617.

Otras fuentes

ACTAS de la Comisión de Estudios de la Nueva Constitución.
DIARIO de Sesiones, Senado.
DIARIO de Sesiones, Cámara de Diputados.

Mecanismos generales y especiales de revisión administrativa de las sanciones

Rosa Gómez González*

RESUMEN

Este artículo tiene por objeto dar cuenta de los mecanismos administrativos que existen para la revisión de las sanciones administrativas. La hipótesis central de la investigación plantea que no obstante la plena vigencia del principio de legalidad en materia administrativa sancionadora, no siempre una sanción producirá sus efectos jurídicos, pudiendo, en consecuencia, no ejecutarse. En este trabajo se ha podido determinar que en materia de sanciones administrativas es apropiado aplicar los mecanismos generales de revisión de oficio de los actos administrativos, así como también de ciertos mecanismos especiales en sectores de referencia dispuestos para revisión de actos sancionatorios, los que si bien tienen fundamentos jurídicos diversos, en general producen la extinción de la sanción administrativa impuesta, ya sea de manera definitiva o mediante su reemplazo por un acto administrativo diverso.

Derecho administrativo sancionador; invalidación; revocación

General and special mechanisms of administrative review of sanctions

ABSTRACT

This article is intended to account for the administrative mechanisms that exist for the review of administrative sanctions. The central hypothesis of the investigation states that notwithstanding the full validity of the principle of legality in disciplinary administrative matters, a sanction will not always produce its legal effects, and may therefore not be executed. In this work it has been possible to determine that in the matter of administrative sanctions it is possible to apply

* Licenciada en Ciencias Jurídicas, Universidad de Talca, Chile. Doctora en Derecho, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Profesora e investigadora, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: f.gomez.g@pucv.cl

Esta investigación cuenta con el apoyo del Proyecto Fondecyt Postdoctoral N° 3190494 "Sanciones administrativas y derechos fundamentales. Análisis de temas específicos a partir de los principios, garantías y derechos regulados en la Constitución" y del Fondecyt Regular N° 359974 "Criterios y estándares para el control de la potestad sancionadora de la Administración: análisis de los mecanismos de revisión judicial y administrativa". Asimismo, cuenta con el apoyo del proyecto de investigación "Derecho Administrativo Sancionador 2.0" (2018-RTI-096688-B-100), Proyecto I+D+i "Retos Investigación" 2018, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades de España y del Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER).

Artículo recibido el 13.3.2019 y aceptado para su publicación el 3.9.2019.

the general mechanisms of ex officio review of administrative acts as well as certain special mechanisms in reference sectors arranged for review of sanctioning acts, which although have various legal bases, in general, result in the extinction of the administrative sanction imposed, either definitively or by replacing it with a different administrative act.

Sanctioning administrative law; invalidation; revocation

I. ASPECTOS GENERALES

El análisis de los mecanismos de revisión de las sanciones administrativas nos sitúa en la etapa de ejecución de las medidas represivas impuestas, buscando determinar si la sanción debe o no producir sus efectos jurídicos. Por regla general, el principio de legalidad exige que toda sanción debe ser ejecutada en los términos previstos en el acto administrativo que la establece, sin embargo, el ordenamiento jurídico nacional ha contemplado distintos mecanismos que permiten a la autoridad revisar el acto administrativo sancionador.

Por medio de los mecanismos de revisión se busca determinar si la sanción administrativa impuesta producirá sus efectos jurídicos, para ello se revisará si el acto sancionador adolece de algún vicio de legalidad o si es posible ejecutar la sanción impuesta resulta conforme a los fines de interés general.

De este modo la hipótesis central de esta investigación plantea que no obstante la plena vigencia del principio de legalidad en materia administrativa sancionadora, no siempre una sanción administrativa producirá sus efectos jurídicos, pudiendo, en consecuencia, no ejecutarse, extinguiéndose con ello la responsabilidad administrativa o, en su caso, sustituyéndose la sanción por otra medida administrativa. Ahora bien, en algunos casos, como en la invalidación, la extinción del acto sancionatorio no impedirá que la autoridad pueda perseguir, en un nuevo procedimiento administrativo, la responsabilidad del infractor, ello en la medida que la infracción no se encuentre prescrita.

A continuación se dará cuenta del fundamento de la revisión administrativa de los actos sancionatorios (II), para enseguida analizar los mecanismos de revisión general y especiales contemplados en nuestro ordenamiento jurídico (III y IV) para finalizar con algunas conclusiones (V).

II. FUNDAMENTO DE LA REVISIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS SANCIONATORIOS

Existen circunstancias en que por diversos motivos la aplicación de la sanción establecida puede no ser procedente, atendida la existencia de motivos de ilegalidad que afecten el acto que la contiene, que existan vicios en el procedimiento con el que se estableció la medida o que, por motivos de prudencia, sea desaconejable su imposición ya que puede no resultar adecuada a una situación concreta y desbordar el ámbito de lo razonable, por ejemplo, si la imposición de la multa puede causar mayores perjuicios

al interés público comprometido, como la quiebra de un contribuyente o el cierre de la empresa. En estos supuestos, la aplicación de la sanción no logra satisfacer los fines que la Administración persigue y, en alguno de ellos, la imposición de esta puede resultar contraria al interés general que se busca garantizar en el caso en concreto.

Para hacer frente a esta problemática, es acertado analizar los diversos mecanismos de que dispone la Administración para revisar la pertinencia de la ejecución de la sanción administrativa impuesta, sea que dicha revisión encuentre su sustento en motivos de legalidad o en razones de mérito, conveniencia u oportunidad.

En una primera aproximación, se podría sostener que no es posible que la Administración pueda disponer de dicha determinación en este ámbito, por lo que una vez dictado el acto sancionatorio solo corresponde exigir su cumplimiento¹. Esta afirmación encuentra su sustento en la plena vigencia del principio de legalidad en este ámbito, en el que la sanción administrativa es el resultado de una potestad administrativa estrictamente reglada.

Sin embargo, nuestra legislación ha proporcionado a la autoridad administrativa distintos mecanismos de revisión de los actos sancionatorios. Así, con carácter general, la Administración dispone de la potestad de revisión, la que puede concretar mediante la invalidación o la revocación del acto respectivo, pero también puede la autoridad dar lugar a la doctrina del decaimiento del acto administrativo sancionatorio. Por su parte, en algunos sectores especiales, las leyes han otorgado a la Administración ciertos mecanismos destinados a dejar sin efecto o reemplazar la sanción aplicada por una medida que estime más idónea para la consecución de sus fines, como sería disponer de la condonación, sustitución o suspensión de la sanción impuesta. De todos estos mecanismos se dará cuenta en los apartados siguientes, teniendo presente que para su desarrollo se tendrá en consideración su importancia o mayor o menor discusión existente en la doctrina y jurisprudencia respecto de cada uno de dichos mecanismos.

En general, la aplicación de cualquiera de estos mecanismos (generales o especiales) extingue la sanción administrativa, la que no llegará a ejecutarse, sea por la desaparición del acto administrativo que la impone o por el reemplazo por otra medida. Cuestión aparte es la existencia de la infracción, la que en alguno de estos supuestos podrá ser perseguida nuevamente con el objeto de establecer la responsabilidad del infractor, como ocurre en el caso de la invalidación, a menos que el plazo para perseguir la responsabilidad administrativa por tal infracción haya prescrito.

Ahora bien, la diferencia entre los mecanismos generales y especiales radica en que mientras los primeros se pueden aplicar a cualquier acto administrativo sancionador, los segundos solo proceden respecto de aquellos ámbitos sectoriales en los que la ley los haya previsto expresamente.

¹ En Chile, el acto administrativo sancionador produce inmediata ejecutoriedad, y los recursos no suspenden su ejecución, salvo que se ordene lo contrario (artículo 3° inciso final, 51 y 57 LBPA). Resulta pertinente la distinción acerca de la ejecutoriedad y ejecutividad analizada en la sentencia de la Corte Suprema, 30.10.2014, rol 1.079-2014, c. 11°.

III. MECANISMOS DE REVISIÓN GENERALES

La Ley 19.880, de 2003, sobre bases generales de los procedimientos administrativos (en adelante LBPA), incorporó en el Capítulo IV, relativo a la “Revisión de los actos administrativos”, la potestad de invalidación (artículo 53) y revocación (artículo 61) de los actos administrativos, como formas generales de revisión de los actos administrativos², las que ciertamente son aplicables a los actos administrativos de carácter sancionador, siendo necesario analizar la forma en donde se pueden ejercer las aludidas potestades en dicho ámbito.

Por su parte, en cuanto a la doctrina del decaimiento, si bien ha sido invocada en nuestro ordenamiento por la jurisprudencia judicial, la forma en que ha sido aplicada se distancia de sus bases dogmáticas, siendo necesario analizar su incidencia en la ejecución de las sanciones administrativas a partir de su concepción original.

1. *La invalidación*

a) Antecedentes generales

Recordemos que la invalidación ha sido definida como una forma de extinción del acto administrativo (junto con la caducidad y la revocación), consistente en el retiro de aquel del mundo jurídico debido a que adolece de un vicio que lo hace contrario a Derecho³, es decir, por infracción al principio de juridicidad establecido en los artículos 6° y 7° de la Constitución y 2° de la Ley 18.575, de Bases Generales de la Administración del Estado. La invalidación supone por ello una calificación jurídica de contraste entre el acto administrativo y las normas que prevé el ordenamiento para su dictación⁴.

La invalidación se caracteriza por ser una potestad reglada, toda vez que las condiciones para su ejercicio han sido expresamente configuradas por la ley. Es por ello por lo que la Contraloría General ha señalado que su ejercicio no solamente corresponde a una facultad de los órganos administrativos, sino que también a un “deber” impuesto a aquellos⁵.

² De conformidad con el artículo 2° de la LBPA, su ámbito de aplicación se extiende a cualquier órgano perteneciente a la Administración, confiriéndoles amplias potestades de revisión para volver sobre sus actos administrativos por razones de legalidad o por motivos de oportunidad, conveniencia o mérito, en CORDERO VEGA, 2015, p. 314 y FLORES, 2017, p. 193.

³ LARA y GUERRERO, 2011, p. 19.

⁴ CORDERO VEGA, 2015, p. 292.

⁵ Según el artículo 53 de la Ley 19.880, de 2003, los órganos administrativos tienen la facultad y, más aún, el deber de invalidar sus actos si se comprueba la existencia de vicios de legalidad que afecten esencialmente su contenido, pues se rigen por el principio de juridicidad, consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución, de 1980 y 2° de la Ley 18.575, de 1986. Véase dictámenes de la Contraloría General de la República, 20.05.2003, 020477N03; 28.09.2004, 048799N04; 30.04.2015, 034598N15; 22.05.2017, 018543N17, entre otros.

En cuanto a sus efectos, se trata de una potestad que opera *ex tunc*, es decir, con efectos retroactivos desde el momento en que el acto administrativo antijurídico nace a la vida del derecho (*ab initio*), aunque dichos efectos se encuentran limitados a la existencia de situaciones jurídicas consolidadas de buena fe, generadas sobre la base de la confianza legítima de los particulares en la Administración⁶.

Recordemos que el ejercicio de la potestad de invalidación tiene por objeto la expulsión del acto administrativo del ordenamiento jurídico, debido a la pérdida de eficacia del mismo o de sus efectos por concurrir un vicio de ilegalidad, cuyo retiro, entonces, por parte de la Administración se justifica en la necesidad de resguardar el debido respeto y observancia del Derecho⁷.

b) La invalidación de sanciones administrativas: aspectos sustantivos y procedimentales

Tratándose de sanciones administrativas, será preciso establecer si el acto sancionatorio vulnera la normativa legal o reglamentaria que regula la materia respectiva o si incurre en alguna infracción al debido proceso, en cuyo caso será procedente la invalidación del acto sancionatorio. Además, de conformidad con lo previsto en los artículos 13 y 53 incisos 1° y 2° de la Ley 19.880, el vicio invalidante deberá ser esencial y ocasionar perjuicio al infractor o afectar el interés general.

Así, por ejemplo, será procedente el ejercicio de la potestad invalidatoria si en el acto sancionador no se ha configurado el supuesto de hecho que da lugar a la infracción⁸; si el acto se ha dictado sin que los cargos hayan sido debidamente notificados al infractor; si en la tramitación del procedimiento sancionador no se ha concedido un plazo para la presentación de los descargos o en el caso que exista una disconformidad entre el supuesto de hecho y la infracción imputada al infractor⁹.

El procedimiento de invalidación deberá ser practicado conforme con las reglas generales, esto es, de oficio o a petición de parte, debiendo instruirse previa audiencia del interesado, en la que se deberá considerar como “interesado” al infractor¹⁰. Además,

⁶ Entre otros, véase los dictámenes de la Contraloría General de la República, 30.07.2009, 041190N09; 28.09.2010, 057284N10; 02.02.2011, 006518N11; 15.03.2013, 016730N13; 14.08.2013, 051775N13.

⁷ Sentencia de la Corte Suprema, 22.01.2019, rol 20.657-2018, c. 5°.

⁸ En este sentido véase el dictamen de la Contraloría General de la República, 06.08.2008, 036717N08, en donde se sostuvo que la inobservancia del procedimiento especial allí señalado impide configurar la infracción imputada y la consiguiente multa.

⁹ Al efecto, la Contraloría General de la República ha señalado que corresponde invalidar la resolución que dejó sin efecto una sanción notificada al infractor una vez transcurrido el plazo legal establecido para tal efecto, lo anterior por cuanto los plazos no son fatales para la Administración y que a la data de emisión del acto aludido la infracción no se encontraba prescrita, en su dictamen de 27.07.2015, 059466N15.

¹⁰ Ahora bien, en el caso que exista denunciante cualificado, y pese a que no se le puede considerar jurídicamente como parte interesada en el procedimiento sancionador, por razones de transparencia y publicidad, el órgano debiera notificar la realización de dicha audiencia.

la potestad se deberá ejercer dentro de los dos años contados desde la fecha de notificación¹¹ o publicación¹² del acto que se trata de invalidar¹³.

Finalmente, el acto invalidatorio será siempre impugnabile ante los tribunales de justicia por parte del infractor¹⁴, el que, si bien generalmente será favorecido con la declaración de invalidación del acto sancionatorio, puede ver afectados sus derechos en los casos de invalidación parcial. No obstante, el problema más complejo se puede presentar en los casos en que existan denunciante calificados¹⁵.

2. *La revocación*

a) Marco normativo general

Este mecanismo está regulado en el artículo 61 de la LBPA, disposición que establece que los actos administrativos regulares y perfectos, podrán ser dejados sin efecto por el órgano que los hubiere dictado, salvo:

- i) Que se trate de actos declarativos o creadores de derechos adquiridos legítimamente¹⁶;
- ii) Que la ley haya determinado expresamente otra forma de extinción de los actos; o,
- iii) Que por su naturaleza, la regulación legal del acto impida que sean dejados sin efecto.

La facultad de revisión de oficio se distingue de la potestad de invalidación en que, siendo ambas causales de retiro de actos administrativos y de extinción –total o parcial– de

¹¹ Si se trata de un acto administrativo de efectos particulares, artículo 45 de la Ley 19.880 de 2003.

¹² Si se trata de un acto administrativo de efectos generales, artículo 48 de la Ley 19.880, 2003.

¹³ Recordemos que se trata de un plazo de caducidad y no de prescripción, toda vez que la potestad de invalidación se agota con el hecho objetivo del transcurso del tiempo, sin que se pueda alegar o invocar la existencia de causales de suspensión o interrupción del plazo. De este modo, si la autoridad administrativa desea que el acto quede sin efecto por razones de legalidad (transcurrido el plazo de dos años), entonces la acción debe ser ejercida ante el juez, vid. CORDERO VEGA, 2015.

¹⁴ Ello de conformidad al principio de impugnabilidad reconocido en el artículo 15 de la Ley 19.880, de 2003 y en el artículo 10 de la Ley 18.575, de 1986, en procedimiento breve y sumario, es decir, conforme con los artículos 680 y siguientes del Código de Procedimiento Civil.

¹⁵ En este punto, es razonable tener presente que por regla general el denunciante no forma parte del procedimiento sancionador como interesado, ya que carece de una suerte de “derecho a castigar”, en conciencia, su rol es la de un simple denunciante, que actúa como colaborador de la Administración. Sin embargo, puede darse la figura del denunciante calificado, esto es, que se trate de una víctima de la infracción denunciada, en cuyo caso, y como titular de un derecho afectado, podría efectuar alguna alegación jurisdiccional. Al efecto véase GÓMEZ (en prensas).

¹⁶ Dentro de los límites al ejercicio por parte de la Administración de la revocación destaca la imposibilidad de ejercer la facultad revocatoria cuando se trata de “[...] actos de contenido favorable, los que no pueden ser dejados sin efecto por la autoridad administrativa por razones de oportunidad o conveniencia –revocación– y que solo pueden serlo por razones de ilegalidad – invalidación–”, véase sentencia de la Corte Suprema, 29.10.2007, rol 4.800-2007.

sus efectos jurídicos, la revocación supone la facultad de la Administración de volver sobre sus propios actos, con el fin de verificar la oportunidad y conformidad de ellos con el ordenamiento jurídico, así como su conveniencia en términos de interés general.

La revocación consiste en la retirada un acto administrativo válido del ordenamiento jurídico¹⁷, el que es dejado sin efecto por la propia autoridad emisora del mismo mediante un acto de contrario imperio, en consideración a que vulnera el interés público general o específico de la autoridad que lo ha emitido —esto es, por razones de justicia y no de legalidad—, decisión que, por esta razón, y a diferencia de la invalidación, se funda en razones de mérito, conveniencia u oportunidad¹⁸.

Por su parte, la Corte Suprema ha señalado que la potestad revocatoria es de exclusiva y discrecional competencia de la Administración, y que tiene por objeto eliminar los efectos inconvenientes o inoportunos de un acto administrativo¹⁹.

En suma, para la doctrina la potestad revocatoria origina una tensión entre, por una parte, el interés público que exige la modificación de una situación jurídica existente y, por la otra, la seguridad jurídica del particular respecto de la mantención de su *statu quo* intangible, derivado de la regularidad jurídica del acto administrativo que se pretende revocar²⁰.

b) La revocación de las sanciones administrativas

Tratándose de sanciones administrativas, la procedencia de la revocación resulta discutible. Por una parte, la doctrina sostiene que una sanción no puede ser dejada sin efecto por razones de mérito, oportunidad o conveniencia, ya que verificada la infracción y la responsabilidad del infractor la autoridad está en el imperativo de sancionar y ejecutar la medida impuesta²¹. La clasificación de la sanción administrativa como acto de gravamen no permite entender que la Administración pueda en cualquier momento proceder a su revocación, ya que con ello se desconocería la naturaleza de la actividad

¹⁷ En efecto, mediante la revocación se busca extinguir los efectos de un acto administrativo válido, pero inconveniente e inoportuno con el actual interés general. En otras palabras, la revocación será procedente en la medida que el concepto de interés general ha sido objeto de un cambio de apreciación sobreviniente, lo que genera que el nuevo concepto de “interés general” contravenga el objeto mismo del acto administrativo cuya revocación se pretende, en FLORES, 2017, pp. 218 y 219.

¹⁸ Dictámenes de la Contraloría General de la República, 22.11.1966, 089271N66; 22.03.1979, 016211N79; 14.11.1991, 027386N91; 28.01.1993, 002196N93; 05.01.1994, 000199N94; 23.05.1995, 015553N95; 15.01.1997, 001710N97; 30.01.2004, 004614N04; 19.01.2005, 002641N05; 18.02.2009, 008058N09; 20.05.2014, 035081N14; 27.07.2015, 059466N15; 04.12.2015, 096610N15; 02.02.2017, 003590N17; entre otros.

En doctrina, véase a CORDERO VEGA, 2015, pp. 314 y ss.

¹⁹ Corte Suprema, 29.07.2011, rol 6.379-2011.

²⁰ FLORES, 2017, p. 198.

²¹ En este sentido, CORDERO VEGA, 2015, p. 315.

Por su parte, Alejandro Nieto ha señalado que “[...] impuesta una sanción no sería lícita su revocación de oficio sin formalidad alguna alegando que se trata de un acto de gravamen no sujeto a los trámites legales específicos de tal revocación. O más exactamente todavía: la revocación es admisible si se constata

sancionadora, la que presupone la comisión de una infracción o conducta antijurídica del destinatario de la sanción, lo que impide sostener que está limitando su derecho²².

Además, su aplicación afectaría gravemente el principio de igualdad garantizado constitucionalmente (artículo 19 N° 2)²³. Lo que sí sería procedente es que la autoridad pueda hacerlo por razones de legalidad mediante el ejercicio de la potestad invalidatoria, en la medida que nos encontremos con un acto sancionador que sea contrario a derecho²⁴. Así, por ejemplo, la sanción podría ser invalidada si en su aplicación se ha afectado el principio de proporcionalidad o alguna garantía procedimental.

En tanto, para otros autores sería plenamente procedente, atendida la doble naturaleza de acto administrativo/acto de carácter desfavorable o gravoso²⁵, ello en la medida que la ley no disponga como un deber para la Administración el exigir la ejecución de la sanción²⁶. Para esta doctrina, el carácter general de la revocación como mecanismo de revisión de los actos administrativos le permite a la Administración dejar sin efecto una sanción impuesta por el propio órgano que la emitió²⁷.

Ahora bien, quienes sostienen esta tesis realizan un llamado a adoptar fuertes precauciones en su ejercicio, para evitar que la Administración pueda dejar sin efecto sanciones basadas en motivaciones subjetivas e incluso de discutible legalidad, siendo preciso evitar una eventual desviación de poder²⁸. En definitiva, la revocación de sanciones, por

que la sanción fue indebidamente impuesta; no siendo admisible, en cambio, si su imposición fue correcta”, NIETO, 2012, p. 101.

No obstante, es razonable tener presente que, en España, la revocación como institución tiene una regulación diversa a la asignada en el orden jurídico nacional. Según la doctrina, el artículo 109, de la Ley 39/2015, sería comprensiva de una revocación por: a) motivos de legalidad, esto es, retirada de actos viciados y b) de oportunidad, que corresponde a la retirada de actos perfectamente regulares, pero inconvenientes en un momento dado, al efecto véase a PAREJO, 2013, p. 489.

²² PARADA, 1989, p. 285.

²³ En este sentido, véase el artículo 109 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de España.

²⁴ CORDERO, 2014, pp. 336 y 337.

²⁵ Según lo indica Villar Palasí, el carácter gravoso del acto sancionatorio [multa] tiene como consecuencia su revocabilidad, en VILLAR PALASÍ, 1955, p. 29. En este mismo sentido Sanz Rubiales ha señalado que “La doble caracterización de las sanciones administrativas –actos administrativos, por una parte, y manifestaciones del *ius puniendi*, por otra– incide en la aplicabilidad del principio general de revocabilidad de los actos de gravamen o desfavorables”, en SANZ RUBIALES, 1999, p. 385, y HUERGO LORA, 2007, pp. 441 y ss. Por su parte, en el Derecho peruano, Morón Urbina señala que la revocación, regulada en el artículo 203.1 de la Ley de Procedimiento Administrativo General, se establece para privilegiar la seguridad jurídica del titular de actos declarativos o constitutivos de derechos o intereses legítimos y, por tanto, no puede hacerse extensivo a los actos administrativos que no son favorables a los administrados ya que estos son los gravosos o aquellos que de cara al ciudadano son neutros, en MORÓN URBINA, 2011, pp. 431 y ss.

Asimismo, Bocanegra critica la distinción entre actos favorables o declarativos de derechos y actos desfavorables o de gravamen en términos lineales, lo que en su opinión sería un error porque, si bien un acto puede ser calificado en mayor parte como favorable, puede tener aspectos desfavorables, ocurriendo lo mismo a la inversa, al efecto véase a BOCANEGRA, 1977, p. 256.

²⁶ ORTEGA, 2015, p. 160

²⁷ CANO, 2018, p. 203.

²⁸ En este sentido, SANZ RUBIALES, 1999, p. 385 y GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ, 2011, p. 689.

ser su ejercicio difícil de controlar desde el punto de vista jurídico, debe interpretarse restrictivamente, sometiéndose a diversos requisitos, tanto materiales como formales, para salvaguardar la integridad del ordenamiento y los derechos de los administrados²⁹.

Por su parte, según la doctrina nacional, en nuestro ordenamiento el problema tiene su origen en la forma en la que ha sido regulado el estatuto de la revocación administrativa, porque no se precisa la procedencia, límites y alcances de la potestad revocatoria sobre los actos administrativos desfavorables o perjudiciales para los particulares³⁰. En este sentido, Flores considera que no sería suficiente para sostener la vigencia de la potestad revocatoria respecto de los actos de gravamen una interpretación garantista del artículo 61 de la LBPA, máxime cuando al ejercer dicha potestad la Administración podría perjudicar los derechos o intereses de terceros, e infringir la regla constitucional de la igualdad y proscripción de discriminaciones arbitrarias. Por tanto, para dicho autor, cada vez que la Administración pretenda revocar un acto de gravamen es preciso que su ejercicio se ampare en un fundamento más sólido que la mera interpretación *a contrario sensu* del aludido artículo 61, debido a las fuertes exigencias del principio de legalidad en materia de actos de gravámenes, principalmente frente a actos sancionadores³¹.

En armonía con lo sostenido por dicho autor, de admitirse la revocación de sanciones administrativas, será un imperativo para la respectiva autoridad motivar debidamente el acto revocatorio, no siendo suficiente argumento la habilitación general que proporciona el referido artículo 61. Al efecto, es apropiado tener presente que el ejercicio de esa potestad, que la ley ha configurado como discrecional, no implica la posibilidad de ejercicio arbitrario, sino que ha de ejercerse cuando lo requiera el interés público que la ley le permite apreciar a la Administración caso a caso. De este modo, resulta necesaria una justificación suficiente de la decisión desde el punto de vista del interés público, que actúe como salvaguarda de los principios que limitan el ejercicio de la revocación, fundamentalmente el principio de igualdad.

Por ello, la revocación de sanciones debe responder a una adecuada motivación, que dé cuenta de las razones que ha tenido la autoridad para adoptar la medida, garantizando así la transparencia de las decisiones administrativas y la interdicción de la arbitrariedad, además de operar bajo determinados parámetros o límites³².

Junto con lo anterior, no se puede obviar el hecho de que la revocación se encuentra limitada por la consumación de los efectos del acto y por la existencia de derechos adquiridos³³. Además, su aplicación respecto de actos administrativos sancionatorios debiera ser excepcional, buscando siempre resguardar los derechos de los afectados por la infracción, así como también los del sujeto infractor, de forma que su ejercicio se

²⁹ SANZ RUBIALES, 1999, p. 359.

³⁰ FLORES, 2017, pp. 209 y 215 y ss.

³¹ FLORES, 2017, pp. 216.

³² GARCÍA-TREVIJANO, 1996, pp. 420 y ss.

³³ Aunque difícilmente de la aplicación de una sanción podrán surgir derechos subjetivos, en este caso, más bien corresponde hacer referencia a los derechos o intereses legítimos que se dejaron de afectar con la aplicación de la sanción, al efecto véase a TOLA RÚA, 1999, pp. 852 y ss.

condicione o subordine, por ejemplo, a la satisfacción de las responsabilidades civiles o patrimoniales que hayan podido derivarse de la conducta infractora o, al menos, a la manifestación de una voluntad inequívoca en tal sentido.

Por último, y a diferencia de la invalidación que produce efectos *ex tunc*, la revocación no elimina las otras consecuencias que derivan del acto sancionatorio revocado, ya que sus efectos son *ex nunc* o profuturo, de manera que no desaparecen las responsabilidades civiles o penales, las medidas accesorias decretadas o la ocurrencia del ilícito mismo, lo que podrá ser considerado en otro procedimiento sancionador como reincidencia³⁴.

c) La revocación de sanciones en la jurisprudencia administrativa y su aplicación por los órganos públicos

Acerca del particular, nuestra jurisprudencia administrativa ha emitido diversos pronunciamientos. Al efecto, de manera previa a la dictación de la LBPA, la Contraloría General de la República sostuvo que los actos que imponen sanciones son irrevocables cuando están totalmente tramitados, porque constituyen actos terminales de un proceso reglado, el que una vez concluido produce el desasimiento de la autoridad administrativa que impuso la medida³⁵. Para dicho órgano, permitir la modificación de las decisiones (aunque refiriéndose a las materias disciplinarias) mediante una nueva ponderación de los hechos con un criterio distinto o por razones de mérito, alteraría la permanencia de las mismas³⁶.

Por su parte, en un pronunciamiento relativamente reciente, ha señalado que no procede la revocación en aquellos casos en que la normativa sectorial contemple mecanismos especiales para la extinción de las sanciones, como la condonación³⁷. Agrega que, para su ejercicio en aquellos casos, la autoridad deberá tener en especial consideración que la

³⁴ En este sentido, por ejemplo, el artículo 21.6. de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco señala que el indulto y la conmutación de sanciones no comprenderán ni afectarán las responsabilidades civiles que pudieran derivarse de la conducta infractora, ni a las obligaciones de reparación e indemnización reguladas en dicha ley.

³⁵ *Vid.* Dictamen de la Contraloría General de la República, 18.08.1971, 057317N71.

³⁶ Dictamen de la Contraloría General de la República, 02.08.2005, 035868N05. Ahora bien, en dictámenes posteriores y en el mismo ámbito disciplinario, el órgano contralor ha señalado que “[...] la autoridad que haya resuelto una reposición –o una apelación si fuere ésta la última instancia de impugnación de la sanción–, se encuentra facultada para revisar de oficio y revocar la decisión previamente adoptada, independientemente si ésta ha sido notificada o no a su destinatario, siempre que existan razones de mérito, conveniencia u oportunidad que así lo determinen, toda vez que, mientras la sanción no se materialice en un acto administrativo afecto y éste se encuentre totalmente tramitado, dicho castigo no habrá adquirido plena vigencia jurídica y, por tanto, es susceptible de ser modificado por la superioridad, sea disminuyéndolo o aumentándolo”, en dictamen de la Contraloría General de la República, 10.12.2010, 074035N10.

³⁷ La jurisprudencia administrativa ha señalado que si la ley ha regulado en forma expresa otras formas de extinción de tales actos administrativos, procede señalar que a su respecto concurre el supuesto establecido en el artículo 61, inciso segundo, letra b), de la LBPA, por lo que resulta improcedente disponer su revocación, véase dictamen de la Contraloría General de la República, 27.07.2015, 059466N15. Este criterio fue recogido por la Dirección del Trabajo en la Orden de Servicio Nº 2, de 19 de abril de 2016 (p. 3).

potestad sancionadora, en cuanto manifestación del *ius puniendi* del Estado, constituye el reproche que, en pos del bien común que debe cautelar, dicho organismo efectúa al infractor de la legislación respectiva, de modo que, en la supervivencia o supresión del acto administrativo dictado en su ejercicio, se encuentra comprometido el interés general de la comunidad³⁸.

A nivel sectorial, existen servicios que, si bien no han aplicado la revocación, tampoco descartan su procedencia. En tanto, hay casos en los que algunos órganos han ejercido la facultad, pero, en la práctica, se trata de invalidaciones parciales por vicios de procedimiento³⁹.

d) Requisitos sustantivos y procedimentales para la revocación de sanciones administrativas

En el ámbito sustantivo, por regla general, la revocación de sanciones administrativas será procedente en la medida que, de las circunstancias del caso concreto, se aprecie que la respuesta punitiva, aun cuando se encuentre conforme con la legalidad vigente, no resulta adecuada a lo que la equidad, la justicia o el interés general propugnan en el caso concreto, y siempre que no exista otra vía o mecanismo legal para lograr el fin que por medio de la revocación se pretende obtener⁴⁰ o en aquellos casos en los que la naturaleza de la regulación legal impida que el acto sea dejado sin efecto⁴¹.

Enseguida, el ejercicio de la potestad revocatoria en materia de sanciones administrativas debe observar el principio de proporcionalidad, siendo especialmente relevante que para su adopción la autoridad tenga en consideración la gravedad de la infracción cometida, el *quantum* de la sanción, los efectos del ilícito y, en su caso, las medidas adoptadas por el infractor para mitigar sus consecuencias, entre otros criterios.

³⁸ Véase dictamen de la Contraloría General de la República, 27.07.2015, 059466N15. A nivel comparado, se ha aceptado que la existencia de un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa permitiría impugnar el acto que dispone la revocación de una sanción. Así, el Tribunal Constitucional español sostuvo que “[...] resulta evidente que una asociación con fines de defensa de la naturaleza y del mundo animal tiene un interés legítimo y personal en velar por el correcto ejercicio de la potestad administrativa, en este caso respecto de la revocación de la sanción impuesta a un cazador que había abatido una avutarda.”, en sentencia del Tribunal Constitucional Español, 31.01.1994, rol 34/1994, sala 2ª, F.J. 3.

³⁹ Véase Resolución Exenta D.J. N° 111-077-2017, de la Unidad de Análisis Financiero, recaída en el procedimiento sancionatorio Rol N° 002-2016, conforme con ello se revocó la resolución exenta que allí se indica y se fijó día y hora para rendición de prueba testimonial. En este caso, mediante la revocación se buscó corregir vicios de carácter procedimental, los que debieron ser subsanados con una invalidación parcial.

⁴⁰ En aquellos casos en que la ley ha dispuesto de la condonación como mecanismo de extinción de los efectos de las sanciones. Al efecto véase los dictámenes precedentemente analizados.

⁴¹ Para la aplicación de esta causal, la Contraloría ha señalado que, al no existir norma legal en contrario, no resulta aplicable respecto de ellos la excepción contemplada en la letra c) del citado artículo 61, véase dictamen de la Contraloría General de la República, 19.01.2005, 002641N05.

En cuanto a los aspectos procedimentales, es preciso tener en consideración, en primer lugar, que la sanción solo puede ser revocada por la propia autoridad que la dictó⁴². Enseguida, si bien la ley omitió establecer las reglas mínimas para la tramitación del procedimiento revocatorio⁴³, sería pertinente que tratándose de la revocación de sanciones administrativas se dispusiera de la realización de una audiencia previa que permitiera al sujeto infractor y, en su caso, a los denunciantes cualificados, manifestar lo que estimen pertinente en relación con la conveniencia en la mantención del acto administrativo válido que se pretende revocar⁴⁴. Ahora bien, esta regla pudiera ser omitida tratándose de sanciones leves o en aquellos casos en que no existan denunciantes, de lo que deberá quedar expresa motivación en el acto revocatorio. Adicionalmente, y conforme con las disposiciones respecto de publicidad y transparencia de la actividad administrativa, será necesario practicar, junto con la notificación al sancionado y demás interesados, la publicación en el sitio *web* del servicio de que se trate la resolución que dio lugar a la revocación del acto sancionatorio.

Es acertado precisar que la revocación podrá recaer sobre todas o alguna de las sanciones impuestas al infractor o sus consecuencias accesorias, ello únicamente en la parte que se encuentre pendiente de cumplimiento, sin que sea procedente la devolución de sumas ya enteradas por dicho concepto o por el pago de indemnizaciones de los daños que los efectos de la medida hubieran generado en el tiempo anterior a la dictación del acto revocatorio.

Por último, y de conformidad con las reglas generales, la iniciación del procedimiento revocatorio no suspenderá la ejecutividad de la sanción, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa, a petición fundada del infractor, especialmente en aquellos supuestos en los que la ejecución de la sanción pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resuelve, en caso de acogerse la revocación⁴⁵. Por su parte, la solicitud de revocación del acto sancionatorio interrumpirá el plazo de prescripción de aquella.

3. *El decaimiento del acto administrativo sancionatorio*

En tercer lugar, y como otro mecanismo general de revisión del acto sancionatorio, es admisible señalar el “decaimiento del acto administrativo”. En Chile esta teoría ha sido principalmente invocada por la jurisprudencia judicial para dejar sin efecto sanciones impuestas en procedimientos que han sido tramitados fuera de un plazo razonable,

⁴² Artículo 61 Ley 19.880, de 2003 y FLORES, 2017, pp. 201 y 202.

⁴³ FLORES, 2017, p. 209.

⁴⁴ En este sentido, el artículo 21.2 letras c) y d) de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, que establece la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco (en adelante, LPSPV), establece como trámites esenciales dentro del procedimiento de indulto y conmutación de sanciones administrativas, las alegaciones tanto de la persona sancionada como también de las partes en el procedimiento sancionador de que se trate.

⁴⁵ Artículos 3º inciso final y 57 de la LBPA.

dilación indebida e injustificada que, según lo afirman los tribunales, vulnera los principios de eficiencia, eficacia y celeridad, los que se relacionan con la oportunidad en que se deben realizar las actuaciones administrativas⁴⁶.

Asimismo, la jurisprudencia ha señalado que la finalidad preventivo-represora del acto administrativo sancionatorio se torna inútil producto del excesivo tiempo transcurrido. En efecto, por medio de la sanción se persigue el desaliento de futuras conductas ilícitas similares, se busca reprimir la conducta contraria a derecho y restablecer el orden jurídico previamente quebrantado por la acción del transgresor⁴⁷.

Según lo expone la Corte Suprema, bajo tal contexto la aplicación de una sanción importa la vulneración de las garantías de igualdad ante la ley y de trato que debe observar la autoridad administrativa (artículo 19 N° 2 CRP), ya que resuelve fuera de todo plazo razonable, tornando su determinación en discriminatoria. Además, se afecta la garantía del derecho de propiedad, porque se mantiene amenazado ilegítimamente al infractor con la aplicación de una sanción (artículo 19 N° 24)⁴⁸.

Ahora bien, para la literatura clásica el acto administrativo decae cuando desaparecen los presupuestos de hecho o de derecho que motivaron su dictación o porque se hace inutilizable. En estas circunstancias, el decaimiento produce la inexistencia sobreviniente de los efectos del acto, pues este, a lo menos desde el punto de vista formal, continuaría vigente⁴⁹. De esta manera, el decaimiento de un acto administrativo se puede producir por: a) la desaparición de un presupuesto de hecho indispensable para la validez del acto; b) la derogación de la regla legal en que se funda el acto, cuando dicha regla era condición indispensable para su vigencia; o c) la modificación del régimen legal que constituya un impedimento para el mantenimiento del acto⁵⁰.

En atención a estas características, la doctrina nacional se ha mostrado crítica a la aplicación de la teoría del decaimiento tratándose de dilación excesiva en los procedimientos sancionatorios debido a que se trata: a) de un problema que se da al interior del procedimiento administrativo sancionador, sin que exista un acto administrativo terminal; y b) no se ha suscitado ninguna circunstancia sobreviniente que acarree la ilegitimidad jurídica del acto⁵¹.

En efecto, el decaimiento procede respecto del acto y no del procedimiento. En este punto, cabe tener presente que la infracción a los plazos de tramitación del procedimiento

⁴⁶ Doctrina que surge en el ámbito sancionatorio eléctrico como respuesta a la excesiva demora en la resolución de los procedimientos represivos tramitados por la Superintendencia de Electricidad y Combustibles (SEC), *Vid.* Corte Suprema, 28.01.10, rol 7.284-2009; 28.01.2010, 7.502-2009; 16.09.2010, rol 4.923-2010; 15.09.2010, rol 4.922-2010; 04.01.2013, rol 5.228-2010; entre otras.

Por su parte, en doctrina se puede consultar: BOCKSANG, 2011, pp. 225-252; CORDERO, 2011, pp. 243-255; EVANS y POBLETE, 2014, pp. 217-237; VALDIVIA y BLAKE, 2015, pp. 93-135, entre otros.

⁴⁷ Corte Suprema, 03.08.2017, rol 38.340-2016.

⁴⁸ Corte Suprema, 26.07.2017, rol 11.552-2017, c. 7°.

⁴⁹ CORDERO VEGA, 2011, p. 245.

⁵⁰ CORDERO VEGA, 2011, p. 246.

⁵¹ No hay pérdida de objeto, no se han alterado los supuestos de hecho ni se han producido modificaciones legales sustantivas que afecten los efectos del acto, CORDERO VEGA, 2011, p. 254.

administrativo, salvo los términos contemplados en leyes especiales, ha sido regulada en el artículo 27 de la Ley 19.880, precepto que señala que, salvo caso fortuito o fuerza mayor, el procedimiento administrativo no podrá exceder de 6 meses desde su iniciación hasta la fecha en que se emita la decisión final, norma que sin embargo ha sido matizada por una reiterada jurisprudencia⁵², privándola de todo efecto preclusivo. De esta manera, resulta una impiedad hablar del decaimiento del procedimiento administrativo, en circunstancias que se trata del decaimiento del acto administrativo.

Expuesto lo anterior, el decaimiento del acto sancionatorio se encuentra vinculado con sucesos posteriores a la dictación del acto sancionador perfectamente válido, cuya concurrencia genera que sus efectos desaparezcan. Ello puede ocurrir, por ejemplo, en caso de muerte de la persona natural (tratándose de sanciones no pecuniarias⁵³), con la derogación del régimen sancionador que justificó la imposición de la medida, o bien con supresión del servicio público que aplicó la sanción sin que exista un sucesor legal del mismo.

IV. MECANISMOS DE REVISIÓN ESPECIALES

No obstante la existencia de mecanismos generales de revisión de la sanción administrativa, el ordenamiento jurídico ha dispuesto a nivel sectorial de diversos medios para la extinción de la sanción, sea por medio de la extinción definitiva de la misma o mediante su reemplazo por otra medida.

En este contexto podemos encontrar la condonación, la suspensión y la sustitución de las sanciones impuestas.

1. *La condonación*

a) Concepto

La condonación es definida como una forma de extinción de la responsabilidad administrativa consistente en el indulto o perdón del cumplimiento de una sanción legalmente impuesta por razones de equidad o para garantizar un interés general⁵⁴. Para la doctrina nacional, la “condonación”, se refiere a la remisión, total o parcial, de

⁵² Conforme con ello, salvo disposición legal en contrario, los plazos no son fatales para la Administración, ni su vencimiento implica caducidad o invalidación del acto de que se trate, ya que solo tienen por objeto establecer un buen orden administrativo para dar cumplimiento a las funciones de sus órganos, véase dictámenes de la Contraloría General de la República, 03.04.2009, 017388N09; 08.01.2010, 000957N10; 27.09.2011, 061059N11; 02.10.2012, 060718N12; 22.11.2013, 076788N13; y 27.07.2015, 059466N15; entre otros.

⁵³ Tratándose de sanciones pecuniarias la jurisprudencia judicial ha señalado que, si la muerte del infractor se ha producido una vez dictado y notificado válidamente el acto administrativo sancionador, sus efectos patrimoniales se transmiten a los herederos del infractor, en Corte Suprema, 30.10.2014, rol 11.079-2014, c. 11°.

⁵⁴ LOZANO, 1990, p. 180 y MUÑOZ MACHADO, 2017, p. 540.

la deuda que el órgano administrativo realiza conforme con sus facultades, la que no importa la extinción de la responsabilidad administrativa, sino que se trata de un modo de extinguir la obligación de pago de la multa que de ella proviene⁵⁵.

b) Naturaleza, características y regulación

Si bien la condonación no tiene una regulación general⁵⁶, existen leyes especiales que contemplan expresamente dicha posibilidad. Se trata de una institución de carácter excepcional que exonera al infractor del cumplimiento de la sanción de que se trate, operando mediante la inejecución de la medida⁵⁷. La condonación encuentra su justificación en la necesidad de permitir al órgano sancionador evaluar las circunstancias concurrentes en la infracción frente al automatismo con el que operan la imposición de las sanciones administrativas⁵⁸, se trata de la apreciación *a posteriori* de circunstancias que modifican la responsabilidad infraccional⁵⁹, que alteran el contenido y efectos de la sanción impuesta.

La condonación es una potestad esencialmente discrecional en cuanto a la oportunidad y extensión del beneficio⁶⁰, sin que constituya un derecho para el infractor que la solicita⁶¹.

Para la doctrina, este mecanismo únicamente puede ser ejercitado en el caso de que esté expresamente previsto por las leyes sectoriales, con las específicas limitaciones que allí se señalen⁶². Esta exigencia tendría su fundamento en los principios de legalidad, equidad e igualdad⁶³, los que tienen por objeto impedir que la Administración actúe arbitrariamente estableciendo la forma y requisitos en los que la autoridad podrá aplicar las medidas de gracia a los sujetos infractores.

Al igual que la revocación, la condonación se debe solicitar al órgano que emitió el acto sancionatorio⁶⁴ y el acto que así la declare podrá ser objeto de una posterior

⁵⁵ OSORIO, 2016, p. 518.

⁵⁶ En España, tampoco se encuentra regulada la condonación con carácter general. Ahora bien, a nivel comunitario, la LPSPV, la regula expresamente y con un alto grado de detalle en sus artículos 20 y 21.

⁵⁷ La condonación actúa sobre la sanción impuesta para reducir o exceptuar su aplicación, en DANÓS, 2014, p. 31.

⁵⁸ LOZANO, 1990, p. 193.

⁵⁹ GONZÁLEZ PÉREZ, 1983, p. 858.

⁶⁰ LOZANO, 1990, pp. 185 y 186.

⁶¹ Vid. SOBRAO MARTÍNEZ, 1978, p. 802.

⁶² ZANOBINI, 1958, p. 357; GONZÁLEZ PÉREZ, 1972, pp. 83 y ss.; SANZ RUBIALES, 1999, p. 385 y en LASAGABASTER, 2010, p. 153, este último autor, por una parte, no considera que la condonación corresponda a una facultad discrecional y, por la otra, descarta la posibilidad de que la Administración pueda disponer la condonación de una sanción en ausencia de un texto expreso.

Por su parte, el Tribunal Supremo español ha señalado que motivos de equidad y justicia no puede amparar el supuesto derecho a que la Administración condone dichas medidas sin que aquella potestad esté prevista en la normativa aplicable como una causal de extinción de la responsabilidad, *vid.* Tribunal Supremo español, Recurso N° 328/1991, sentencia de 18 de abril de 1994, fundamento jurídico 3°.

⁶³ DANÓS, 2014, p. 31.

⁶⁴ Dictamen de la Contraloría General de la República, 19.08.2014, 063527N14.

revisión jurisdiccional⁶⁵. Por su parte, por regla general, la legislación sectorial autoriza al órgano a que el acto que declare la condonación de la sanción pueda extinguir total o parcialmente la responsabilidad administrativa.

Finalmente, es preciso señalar que si bien la condonación es una figura que se vincula a sanciones de tipo pecuniario, sería perfectamente posible establecerla respecto de sanciones de naturaleza diversa.

c) Algunos casos de regulación sectorial de la condonación

Así sucede, por ejemplo, con las sanciones tributarias, en donde el artículo 6 letra b) N° 3 del Código Tributario señala que los Directores Regionales del Servicio de Impuestos Internos podrán condonar las sanciones administrativas fijas o variables⁶⁶.

Por su parte, el inciso final del artículo 64, del D.F.L. N° 3, de 1997, que fija el texto refundido, sistematizado y concordado de la Ley General de Bancos y de otros cuerpos legales que se indican, establece que: “Si la falta de encaje se originare por causa de cierre bancario y no se prolongare por más de 15 días contados desde la fecha de cesación del cierre, el Superintendente podrá rebajar o condonar la multa”.

Asimismo, del inciso final del artículo 22 letra a) de la Ley 17.322, de 1970, que establece las normas para la cobranza judicial de cotizaciones, aportes y multas de las instituciones de seguridad social, se desprende que la regla general es la condonación de las multas impuestas, salvo en los supuestos que allí se indican. En este sentido, la Contraloría ha señalado que las aludidas instituciones tienen la prohibición expresa de condonar las multas a los empleadores que no hayan declarado oportunamente las sumas que adeudan por concepto de imposiciones y también a los que hubieren efectuado declaraciones maliciosamente incompletas o falsas. Por el contrario, sí puede practicar la aludida condonación respecto de los deudores cuya declaración sea oportuna, veraz y completa⁶⁷.

Por su parte, el artículo 128 inciso segundo parte final de la Ordenanza General de Aduanas establece que en la o las audiencias de conciliación que se lleven a cabo, el Servicio podrá proponer la condonación total o parcial de las multas aplicadas, conforme

⁶⁵ LOZANO, 1990, pp. 185 y 186. Para la autora la condonación por motivos que no respondan a la finalidad de justicia y equidad o que su otorgamiento sea notoriamente desproporcionado con el fin de justicia que lo motiva, pueden considerarse como supuestos de desviación de poder controlables en la vía administrativa y judicial.

⁶⁶ Mediante circulares, el servicio ha establecido la “condonación automática de multas e intereses” bajo la concurrencia de ciertos supuestos, quedando su discrecionalidad regulada por parámetros objetivos. Opera de manera inmediata al efectuar el pago en línea; vale decir, el contribuyente solo debe declarar mediante la Oficina Virtual del SII y automáticamente le será calculada la condonación (siempre que no tenga observación pendiente de aclaración). Este sistema está regulado en sus Circulares N°s 1, de 2004, 21 y 41, ambas de 2013. Asimismo, el SII ha dispuesto a condonación bajo ciertos supuestos, como aconteció recientemente por medio de la resolución exenta N° 32, de 21 de marzo de 2018, mediante esta se otorgó la condonación respecto de las multas infraccionales en los casos que allí se señalan.

⁶⁷ Dictámenes de la Contraloría General de la República, 28.07.2015, 059913N15; y 03.01.2019, 003259N19.

con los criterios generales que fije mediante resolución, los que a la data no se encuentran regulados por dicho Servicio⁶⁸.

Finalmente, el artículo 3° letra d) de la Ley 16.282, de 1965, que fija disposiciones permanentes para casos de sismos o catástrofe, autoriza al Presidente de la República para que, mediante decreto supremo fundado, dicte normas de excepción destinadas a resolver los problemas de las localidades declaradas como zonas dañadas por la catástrofe, en las situaciones que taxativamente describe, lo que considera la posibilidad de otorgar autorizaciones a los organismos correspondientes para que puedan condonar parcial o totalmente los intereses penales, multas y sanciones, pudiendo también fijar nueva fecha de pago o prórrogas⁶⁹.

2. *La suspensión de la sanción*

Por regla general, los actos administrativos gozan de una presunción de legalidad, de imperio y exigibilidad frente a sus destinatarios, desde su entrada en vigor, autorizando su ejecución de oficio por la autoridad administrativa, salvo que mediare una orden de suspensión dispuesta por la autoridad administrativa dentro del procedimiento impugnatorio o por el juez, conociendo por la vía jurisdiccional (artículo 3° inciso final de la LBPA). De esta manera, la interposición de los recursos administrativos no suspenderá la ejecución del acto impugnado, a menos que su cumplimiento pudiere causar daño irreparable o hacer imposible el cumplimiento de lo que se resolviere, en caso de acogerse el recurso (artículo 57 LBPA) o en los casos que la ley lo señale expresamente, como ocurre en materia de mercado financiero⁷⁰.

En estos casos, la suspensión solo tiene por objeto paralizar temporalmente la eficacia de la sanción impuesta, de modo que, una vez resueltos los recursos respectivos, esta se ejecutará⁷¹. Ahora bien, si la suspensión no es decretada es posible la exigibilidad de la sanción y además comienza a correr el plazo de prescripción de la medida impuesta⁷².

⁶⁸ Según se ha indicado en oficio ordinario N° 2405, de 2019, del Servicio Nacional de Aduanas, en el que se da respuesta a solicitud de acceso a la información acerca de la materia.

⁶⁹ *Vid.* dictámenes de la Contraloría General de la República, 04.12.2014, 094244N14; y 08.11.2017, 039401N17.

⁷⁰ Véase artículo 71 inciso 6° de la Ley 21.000, de 2017.

⁷¹ Esto ha sido resuelto por la Corte Suprema al señalar que “[...] todos los actos administrativos – incluidos los sancionatorios, por cierto– producen sus efectos de manera inmediata, sus consecuencias jurídicas y materiales se radican en el patrimonio del administrado desde el momento mismo de su notificación, y, una vez notificado, la Administración puede exigir su cumplimiento, incluso antes de que la persona sancionada reclame de la legalidad del acto, salvo que la ley o el juez suspendan dicha exigibilidad –es decir, su eficacia, en términos de ejecutividad–, pero tal suspensión no dice relación con que los efectos del acto no se producen –esto es, no afecta su ejecutoriedad–, sino que, por el contrario, ellos se encuentran plenamente incorporados en el patrimonio del deudor desde su notificación y permanecen en tanto el juez que conozca de la reclamación no declare la ilegalidad del acto respectivo.”, en Corte Suprema, 30.10.2014, rol N° 1.079-2014, c. 11°.

⁷² Respecto del tema, véase la sentencia de la Corte Suprema, 20.08.2014, rol N° 11.317-2014, c. 4° de la sentencia de casación.

No obstante, en otros supuestos normativos, la suspensión puede llegar a extinguir la sanción. Se trata de regulaciones legales específicas, cuyo objeto es paralizar el cumplimiento de la sanción impuesta, ello en atención a la concurrencia de las particularidades fácticas que han configurado el supuesto infraccional. Ahora bien, debido a sus singulares requisitos y efectos, requiere de una norma que expresamente la establezca.

Así, por ejemplo, el artículo 106 del Código Tributario señala que las sanciones pecuniarias “podrán” ser suspendidas, a juicio exclusivo del Director Regional, si el contribuyente probare que ha procedido con antecedentes que hagan excusable la acción u omisión en que hubiere incurrido o si el implicado se ha denunciado y confesado la infracción y sus circunstancias⁷³. Si bien es una figura de carácter provisional y, por tanto, reversible, es posible que devenga en permanente si opera la prescripción de la acción ejecutiva de cobro, en caso de que la Administración decidiera posteriormente condonar la sanción o revocar el acto administrativo que la contiene.

3. *La sustitución de las medidas impuestas*

La sustitución es otro mecanismo susceptible de ser empleado en la etapa de ejecución de las sanciones administrativas. Para la doctrina comparada, la sustitución sería una especie de condonación consistente en la conmutación⁷⁴ de la sanción por otra media de menor gravedad o incluso por medidas futuras que satisfagan los intereses públicos lesionados por la infracción, ya sea por razones de equidad o por la concurrencia de un interés general en el caso concreto⁷⁵.

De la revisión de la legislación nacional se puede depender que su objeto principal es reemplazar la sanción impuesta al particular por una medida diversa, generalmente programas de capacitación o de asistencia al cumplimiento de los deberes y obligaciones que establecen las leyes aplicables al sector.

El tal sentido, la normativa laboral contempla en el artículo 506 ter del Código del Trabajo la figura de la sustitución, la que opera tratándose de micro y pequeñas empresas, y en los casos en que el afectado no hubiere recurrido de conformidad a los artículos 503 y 511 de dicho Código, el inspector del trabajo respectivo autorizará, a solicitud del sancionado, y solo por una vez en el año respecto de la misma infracción, la sustitución de la multa impuesta por alguna de las modalidades allí indicadas, esto es, por la: 1) incorporación en un programa de asistencia al cumplimiento, en caso de infracciones a las normas de higiene y seguridad y 2) asistencia obligatoria a programas de capacitación dictados por la Dirección del Trabajo, en caso de infracciones diversas a las antes aludidas. Para el ejercicio de esta potestad, la Dirección del Trabajo emitió la Circular Nº 58, de 2016, que modificó las instrucciones para la tramitación de las solicitudes de sustitución de multa por la incorporación de un programa de asistencia

⁷³ Véase el inciso 1º del artículo 106 del Código Tributario.

⁷⁴ En este sentido, por ejemplo, el artículo 20.3 de la LPSPV regula la posibilidad de conmutar la sanción impuesta por otra correspondiente a infracciones o categorías de infracciones de menor gravedad.

⁷⁵ CANO, 2018, p. 203.

al cumplimiento y la puesta en marcha de un sistema de gestión de seguridad y salud en el trabajo y que dejó sin efecto la anterior circular pertinente a la materia⁷⁶.

Asimismo, el N° 3 del artículo 165, del Código Tributario establece que si notificada la infracción o giro, según sea el caso, los contribuyentes acogidos al artículo 14 ter de la Ley sobre Impuesto a la Renta, podrán, por una única vez, solicitar la sustitución de la multa respectiva por la participación obligatoria del contribuyente o su representante a programas de capacitación en materias tributarias impartidos por el servicio de manera presencial o a distancia.

A nivel comparado, existen supuestos que se pueden vincular con esta medida, los que están conformados por aquellas disposiciones que prevén la reducción del importe de la multa impuesta en aquellos casos en los que el infractor responsable se adecue tardíamente a la normativa infringida. Con esta rebaja se busca incitar al cumplimiento de los deberes inicialmente desatendidos sin que la Administración se vea obligada a la ejecución de la medida⁷⁷.

V. CONCLUSIONES

El principio de legalidad exige que toda sanción debe ser ejecutada en los términos previstos en el acto administrativo que la establece, sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico ha previsto de distintos mecanismos que permiten a la autoridad administrativa revisar el acto administrativo sancionador sin llegar a ejecutar la sanción administrativa impuesta. En primer término, cuenta con los mecanismos generales de revisión, pudiendo invalidar aquellos actos sancionatorios contrarios a derecho; enseguida, puede disponer la revocación de la sanción, esto último, en la medida que en su ejercicio se adopten ciertas precauciones con el objeto de evitar incurrir en un supuesto de desviación de poder o en una infracción a la garantía constitucional de igualdad ante la ley. Junto con ello, la autoridad también puede declarar el decaimiento del acto sancionatorio.

Por su parte, a nivel sectorial, la ley ha dispuesto de mecanismos especiales para la revisión de las sanciones administrativas, lo que dependerá de las particulares circunstancias del sistema sancionador de que se trate y cuyo ejercicio estará supeditado a los particulares requisitos que la norma haya dispuesto. Ejemplo de ello lo son la condonación, la suspensión o sustitución de la sanción.

La aplicación de cualquiera de estos mecanismos debe ejercerse de manera razonable y debidamente motivada, de modo que su adopción responda: i) al principio de legalidad; ii) a la protección de un interés público, como sería evitar que la gravedad de la sanción impuesta ponga en peligro la continuidad de una empresa y con ello los puestos de trabajo de un número significativo de personas; iii) al principio de igualdad, por medio de una aplicación uniforme de estos mecanismos frente a situaciones

⁷⁶ Cuya legalidad había sido cuestionada por la Contraloría en su dictamen de 10.10.2014, 078775N14.

⁷⁷ REBOLLO PUIG, 2010, p. 998.

idénticas; iv) a una actuación lícita de la autoridad, ello en la medida que su ejercicio no contravenga el ordenamiento jurídico y, finalmente, v) a la necesidad de garantizar el respeto de los derechos o intereses legítimos, tanto del sujeto sancionado como de terceros (sujetos afectados por la ocurrencia de la infracción) .

BIBLIOGRAFÍA

- BOCANEGRA, Raúl, 1977: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, Madrid: Instituto de Estudios de la Administración Local.
- BOCKSANG HOLA, Gabriel, 2011: “La dilación excesiva de los procedimientos administrativos sancionatorios: a horcajadas entre decaimiento y nulidad”, en *Sentencias Destacadas 2010 una mirada desde la perspectiva de las políticas públicas*, Santiago, Libertad y Desarrollo, pp. 225-252.
- CANO CAMPOS, Tomás, 2018: *Sanciones Administrativas*, Madrid: Francis Lefebvre, 242 pp.
- CORDERO QUINZACARA, Eduardo, 2014: *Derecho Administrativo Sancionador. Bases y principios en el Derecho chileno*, Santiago: Legal Publishing - Thomson Reuters - La Ley.
- CORDERO VEGA, Luis, 2011: “El decaimiento del procedimiento administrativo sancionador: comentarios a las sentencias de la Corte Suprema del año 2010”, en: *Anuario de Derecho Público*, Santiago: Universidad Diego Portales, pp. 243-255.
- CORDERO VEGA, Luis, 2015: *Lecciones de Derecho Administrativo*, Santiago: Abeledo Perrot - Thomson Reuters.
- DANÓS ORDÓÑEZ, Jorge, 2014: “La extinción de las infracciones y sanciones administrativas”, en Danós Ordóñez, Jorge; Huapaya Tapia, Ramón; Rojas Montes, Verónica; Tirado Barrera, José Antonio y Vignolo Cueva, Orlando (Coordinadores), *Derecho Administrativo: Innovación, cambio y eficacia*, Lima: Thomson Reuters - La Ley pp. 14-37.
- EVANS ESPÍNEIRA, Eugenio y POBLETE ORTÚZAR, Domingo, 2014: “¿Prescripción o decaimiento del procedimiento administrativo sancionador?; el caso de la industria eléctrica”, en Arancibia Mattar, Jaime y Alarcón Jaña, Pablo [Coord.]: *Sanciones Administrativas*, Santiago: Thomson Reuters - La Ley, pp. 217-237.
- FLORES RIVAS, Juan Carlos, 2017: “La potestad revocatoria de los actos administrativos”, en *Revista de Derecho* (Coquimbo), Año 24, Nº 1, pp. 191-222.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás-Ramón, 2011: *Curso de Derecho Administrativo*, (15ª edición), Tomo I, Madrid: Civitas - Thomson Reuters.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, Ernesto, 1996: “Consideraciones sobre la revocación de actos administrativos no declarativos de derechos y de gravamen”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, Nº 91, pp. 415-436.
- GÓMEZ GONZÁLEZ, Rosa Fernanda, 2019: “El rol del denunciante en los procedimientos sancionatorios”, en prensas.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, 1972: “Dictamen sobre la extensión de los beneficios del Decreto de Indulto de 23 de septiembre de 1971 a las sanciones administrativas”, en *Revista de Derecho Urbanístico*, Nº 26.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, 1983: *Comentarios al Reglamento de procedimiento económico-administrativo*, Madrid: Civitas.
- HUERGO LORA, Alejandro, 2007: *Las sanciones administrativas*, Madrid: Iustel.
- LARA ARROYO, José Luis y GUERRERO VALLE, Gonzalo, 2011: “Aspectos críticos de la invalidación administrativa en la Ley 19.880: análisis en la jurisprudencia de la Contraloría General de la República a 8 años de su vigencia”, en *Revista de Derecho (Escuela de Postgrado)*, Nº 1, pp. 17-44.

- LASAGABASTER HERRARTE, Iñaki, 2010: "Causas de extinción de la responsabilidad", en Lozano Cutanda, Blanca (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, pp. 151-157.
- LOZANO CUTANDA, Blanca (dir.), 2010: *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel.
- LOZANO CUTANDA, Blanca, 1990: *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Madrid: Marcial Pons.
- MORÓN URBINA, Juan Carlos, 2011: "La revocación de actos administrativos, interés público y seguridad jurídica", en *Revista Derecho (PUCP)*, N° 67, pp. 419-455.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago (dir.), 2017: *Diccionario Panhispánico del español jurídico*, Volumen I, Madrid: Real Academia Española.
- NIETO, Alejandro, 2012: *Derecho Administrativo Sancionador*, (5ª edición), Madrid: Tecnos.
- ORTEGA SARCO, Eduardo, 2015: "La ausencia de una regulación general del indulto administrativo en el Ordenamiento Peruano", en *Foro Jurídico*, N° 14, pp. 159-164.
- OSORIO, Cristóbal, 2016: *Manual de Procedimiento Administrativo Sancionador*, Santiago: Legal Publishing.
- PARADA VÁSQUEZ, José Ramón, 1989: *Derecho Administrativo. Parte General*, Tomo I, Madrid: Marcial Pons.
- PAREJO ALFONSO, Luciano, 2013: *Lecciones de Derecho Administrativo* (6ª edición), Valencia: Tirant lo Blanch.
- REBOLLO PUIG, Manuel, 2010: "Sanciones pecuniarias", en Lozano Cutanda, Blanca (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Madrid: Iustel, pp. 985-1000.
- SANZ RUBIALES, Íñigo, 1999: "Revocación de sanciones administrativas por motivos de oportunidad", en *Revista de Administración Pública*, N° 148, pp. 359-385.
- SOBRAO MARTÍNEZ, Francisco, 1978: "Las causas de extinción de la responsabilidad administrativa", en *Estudios de Derecho civil en honor al profesor Batlle Vázquez*, Madrid: Revista de Derecho Privado.
- TOLA RÚA, Miguel Ángel, 1999: "*La consideración jurídica del denunciante en el procedimiento sancionador*", en *Actualidad administrativa*, N° 31, pp. 839-858.
- VALDIVIA, José Miguel y BLAKE, Tomás, 2015: "El decaimiento del procedimiento administrativo sancionatorio ante el Derecho administrativo", en: *Estudios Públicos*, N° 138, pp. 93-135.
- VILLAR PALASÍ, José Luis, 1955: "Poder de policía y precio justo. El problema de la tasa de mercado", en *Revista de Administración Pública*, Vol. 16, pp. 11-84.
- ZANOBINI, Guido, 1958: *Corso di diritto amministrativo* (8ª edición), Milan: Giuffrè.

DOI: 10.4067/S0718-09502020000100253

Abriendo los Partidos Políticos: acceso a la información tras la Reforma a la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos

*Pablo Contreras Vásquez**
*Leonardo Ortiz***

RESUMEN

El artículo analiza la reforma a la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos en materia de derecho de acceso a la información partidaria, dando cuenta de la incorporación de este derecho como un derecho de titularidad de los afiliados a un partido. Al constituir una materia reservada a la regulación interna de los partidos políticos, se investigan todos los partidos legalmente constituidos para determinar si cuentan o no con reglas que habiliten el ejercicio del derecho. La investigación constata que solamente una minoría de partidos cuentan con normativas que van más allá de la regulación legal. Sin embargo, se observan importantes omisiones a nivel de la regulación partidaria. El texto concluye que la ausencia de una regulación interna adecuada para el ejercicio del derecho puede obstaculizar el acceso a la información de los partidos por parte de sus afiliados.

Acceso a la información; transparencia; partidos políticos

Opening Political Parties: Freedom of Information after the Amendment to the Organic Constitutional Law of Political Parties

ABSTRACT

The paper examines the amendment to the Organic Constitutional Law of Political Parties regarding the inclusion of freedom of information as a right of which party members are entitled.

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Doctor en Derecho, Northwestern University, Estados Unidos. Profesor de Derecho Constitucional y Director del Centro de Regulación y Consumo de la Universidad Autónoma de Chile. Correo electrónico: pablo.contreras.v@gmail.com

** Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Ayudante senior del Departamento de Investigación de la Facultad de Derecho de la Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico:

Artículo recibido el 15.3.2019 y aceptado para su publicación el 9.9.2019.

As it is a matter reserved for the internal regulation of political parties, all legally constituted parties are researched so as to determine whether or not they have rules that enable exercising of the right. The research shows that only a minority of political parties have regulations that go beyond the law. However, important omissions are observed at the level of parties' regulations. The paper concludes that the absence of adequate internal regulation for the exercise of the right may hinder access to party information by its members.

Freedom of information; transparency; political parties

I. INTRODUCCIÓN

La reforma a los partidos políticos implicó un cambio del estatuto de los partidos, pasando de meras asociaciones voluntarias a personas jurídicas de derecho público, las que pasarían a tener financiamiento público¹. La contrapartida, desde el punto de vista de la rendición de cuentas, fue el establecimiento de deberes de transparencia, entre otras exigencias². En general, no es posible identificar una vasta doctrina iuspublicista que analice materias referidas a partidos políticos, salvo importantes excepciones³. En este sentido, las profundas reformas al sistema político que se impulsaron en el último gobierno merecen especial atención para su intelección dogmática de cara a su aplicación.

La inclusión de obligaciones de transparencia amplió el tipo de sujetos obligados en materia de acceso a la información y deberes de publicidad. En efecto, el sistema que estableció la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública, optó por circunscribirse a órganos estatales⁴. Esto supuso la exclusión de otras categorías de entidades que desarrollan funciones públicas o brindan servicios públicos⁵. Si bien existe cierta jurisprudencia acotada del Consejo para la Transparencia –ratificada por los tribunales superiores de justicia– que ha ampliado la aplicación de la ley a entidades privadas, lo cierto es que se trata de un régimen estrictamente excepcional⁶. En este caso, el legislador modificó expresa y directamente la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos

¹ JORDÁN y FIGUEROA, 2017; CONTRERAS, 2018. En general, véase OSORIO, 2018.

² JORDÁN y FIGUEROA, 2017, p. 41.

³ Durante la vigencia de la Constitución de 1925, véase AMUNÁTEGUI, 1952 y SILVA BASCUÑÁN, 1963. Bajo el marco de la Constitución de 1980, véase GARCÍA, 1988; BARROS, 1984; NOGUEIRA, 2005; RIBERA, 2008; DÍAZ Y SIERRA, 2012; SANTIBÁÑEZ, 2014; SILVA GALLINATO, 2016. Tras la Ley 20.915, 2016; véase a GARCÍA, 2017; JORDÁN y FIGUEROA, 2017; OSORIO, 2018.

⁴ FERRADA, 2010.

⁵ SOTO KLOSS, 1986; ROJAS, 2014.

⁶ El ejemplo más evidente son las corporaciones municipales, donde los tribunales superiores de justicia han ratificado sistemáticamente las decisiones del Consejo para la Transparencia. Véase, a título ejemplar: Corte Suprema, 30.07.2015, Rol N° 7517-2015, que confirma sentencia Corte de Apelaciones de Iquique, 01.06.2015, Rol N° 195-2015; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14.06.2010, Rol N° 2361-2009; Corte de Apelaciones de Valparaíso, 29.06.2010, Rol N° 294-2010; Corte de Apelaciones de Santiago, 10.08.2010, Rol N° 132-2010; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 27.01.2011, Rol N° 395-2010; Corte de Apelaciones de Puerto Montt, Rol N° 906-2011, 13.02.2012.

(en adelante, LOCPP) para crear un estatuto de transparencia *ad hoc* para los partidos políticos. A pesar de que no son órganos del Estado a los que se les podría extender naturalmente el principio de publicidad constitucional⁷, el legislador decidió asignar deberes especiales de acceso a la información y transparencia activa a los partidos.

Este artículo aborda la regulación del derecho de acceso al interior de los partidos políticos y deja fuera la revisión de otras obligaciones de transparencia y rendición de cuentas que fueron creadas por la ley⁸. Como el derecho de acceso fue creado dentro del catálogo de derechos y deberes de los afiliados a los partidos, el rol regulatorio de estos entes es central. En efecto, el mismo legislador encomienda a cada partido la obligación de detallar y especificar los derechos de los afiliados. Por ello, la realización del derecho de acceso dependerá, en buena medida, de la actividad normativa de los partidos y del grado de intensidad regulatoria que habilite el ejercicio del derecho, fije el procedimiento de acceso y permita impugnar omisiones de entrega o denegaciones de acceso a la información. Desde una perspectiva más amplia, el estudio de la remisión regulatoria que hace el legislador a cada partido —confiando el desarrollo del derecho de acceso de sus afiliados— puede brindar luces sobre si esta técnica legislativa alcanza un óptimo adecuado entre la flexibilidad que respeta la autonomía partidaria y la necesidad de proteger ciertos derechos o intereses que son relevantes para la comunidad política.

Para ello, el texto adopta la siguiente estructura. Primero se analiza la reforma a la LOCPP en materia de derecho de acceso a la información, dando cuenta de la incorporación de este derecho y sus concordancias normativas (II). Luego se examina la reglamentación interna que los partidos han dictado para disciplinar el ejercicio del derecho y para darle un procedimiento de acceso a la información partidaria (III). El texto concluye destacando los principales avances y déficits que se mantienen en materia de acceso a la información partidaria (IV).

II. LA REFORMA A LA LEY ORGÁNICA CONSTITUCIONAL DE PARTIDOS POLÍTICOS EN MATERIA DE ACCESO A LA INFORMACIÓN

La Ley 20.915 que fortalece el carácter público y democrático de los partidos políticos y facilita su modernización, modificó el catálogo de derechos de los afiliados a los partidos políticos, obligando a que los partidos fijen en los estatutos una “especificación detallada” de los derechos y deberes que les corresponden (art. 20 LOCPP). La reforma incluyó un nuevo derecho de “[s]olicitar y recibir información que no sea reservada o secreta, en virtud de lo dispuesto en el artículo 8 de la Constitución o cuya publicidad, comunicación o conocimiento no afecte el debido cumplimiento de las funciones del partido. Los afiliados podrán impugnar ante el tribunal supremo, cuya resolución será

⁷ OSORIO, 2018, p. 134.

⁸ Para revisar los demás cambios en materia del estatuto de transparencia de partidos políticos, véase CONTRERAS, 2018; JORDÁN y FIGUEROA, 2017; OSORIO, 2018, pp. 201-203.

reclamable ante el Servicio Electoral frente a la negativa del partido de entregar dicha información. [...]”.

Mediante la modificación legal, se incorpora una regla especial que regula el ejercicio del derecho de acceso a información pública respecto de un órgano que no es estatal ni ha sido creado por el Estado para el cumplimiento de funciones públicas. Esto implica ampliar la transparencia y los deberes asociados a este derecho a entes no estatales que desempeñan un importante rol dentro del funcionamiento de una sociedad democrática⁹. El alcance del derecho y el procedimiento para acceder a la información debiese ser desarrollado por cada partido en sus estatutos¹⁰ aunque, como veremos, la intensidad regulatoria de aquello es sumamente dispar.

El acceso a la información del partido podría ser reconducido al régimen general del derecho de acceso a la información pública, pero con una regulación especial al margen de la Ley de Transparencia. En este caso, la ley reserva el ejercicio del derecho a los afiliados del partido, como titulares exclusivos del mismo¹¹. Ello no impedirá, como revisaremos, que los mismos partidos se autorregulen, ampliando los sujetos activos del derecho¹² o innoven en otros supuestos que la ley no prevé. Por consiguiente, el partido político es responsable de responder la solicitud de acceso a la información. A diferencia del régimen general de la Ley de Transparencia, la LOCPD no fija el órgano u ente responsable de responder las solicitudes de acceso a la información, cuestión que quedará a la regulación de cada partido.

El afiliado tiene derecho a solicitar y recibir información *del partido*. El mismo artículo da derecho a solicitar “la rendición de balances y cuentas que sus dirigentes se encuentren obligados a presentar durante su gestión”. En la historia de la ley (HDL) se despejaron algunas dudas acerca del alcance de la solicitud. Por ejemplo, se entendió que se podrá solicitar información del partido y no de la gestión parlamentaria de diputados o senadores que pertenezcan a dicho partido¹³. Si bien no se mencionaron otros cargos de representación popular, el criterio podría ser extensible fácilmente por analogía.

Como se ha afirmado, el derecho creado tiene por objeto controlar la actividad partidaria y elevar los estándares de rendición de cuentas internas¹⁴. Por esta razón, restringe la regla de titularidad y delimita el objeto a materias propias del partido. En cuanto a los límites del derecho, la ley se remite al artículo 8º de la Constitución para hacer aplicable las cuatro causales genéricas de reserva o secreto de información: afectar el debido cumplimiento de las funciones del órgano, afectar los derechos de las personas,

⁹ Por todos, VERDUGO y GARCÍA, 1992, pp. 65-72; ALDUNATE, 2009, pp. 273-27; PÉREZ ROYO, 2007, pp. 565-569; OÑATE, 2005, pp. 261-262.

¹⁰ Durante la tramitación legislativa se alertó respecto de la falta de regulación legal del procedimiento de acceso. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, p. 72.

¹¹ Lo que contrasta con la titularidad universal del derecho de acceso a la información pública. De la titularidad de derechos fundamentales, véase ALDUNATE, 2008, pp. 147 y ss.; CONTRERAS, 2017, pp. 119-160.

¹² Véase, *infra* III.2.c).

¹³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, pp. 428-429.

¹⁴ CONTRERAS, 2018.

afectar la seguridad nacional o afectar el interés nacional¹⁵. Adicionalmente, la ley regula una causal especial: se puede denegar el acceso cuando su “publicidad, comunicación o conocimiento no afecte el debido cumplimiento de las funciones del partido”. En la historia de la Ley 20.915 se reiteró constantemente el ejemplo de reserva de información “particularmente en el contexto de una estrategia electoral”¹⁶ o, más en general, “información estratégica, tal como discusiones sobre posturas electorales, posiciones en materias de políticas públicas”¹⁷. La remisión al artículo 8° ha sido criticada por parte de la doctrina. Osorio estima que es “poco feliz”, ya que “aun cuando los partidos políticos son personas jurídicas de derecho público, no son un órgano del Estado, por lo que la aplicación del artículo 8 no es posible realizarla”¹⁸. El alcance de la remisión, al parecer para Osorio, está en cuestionamiento en función del tipo de sujeto obligado por el principio de publicidad. En este punto, Osorio tiene razón y existe un antecedente en la historia fidedigna de la norma que lo respalda¹⁹. En efecto, los partidos políticos no pueden ser tratados como si fueran órganos estatales, pese a su amplificación en la última reforma a la LOCPP. Pero el objetivo deliberado del legislador fue adaptar la aplicación del artículo 8 a las normas de los partidos políticos. Explícitamente, el senador Harboe planteó lo siguiente: “la norma propuesta introduce una causal de reserva específica respecto de la información que los partidos políticos deben entregar a sus afiliados, lo que debe considerar el tenor de lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 8° de la Constitución Política de la República, aun cuando se trata de una norma aplicable a los órganos del Estado”²⁰. Por tanto, se quería “considerar las específicas hipótesis de restricción que, respecto del principio general de acceso a la información, consagra dicha disposición constitucional”²¹.

Por nuestra parte, una posibilidad es que el artículo 8 brinde mayores luces para la delimitación del objeto del derecho, al abarcar actos o resoluciones *partidarias*, así como sus fundamentos o procedimientos que utilicen. Es decir, entendiendo que no es posible aplicar automáticamente el artículo 8° de la Constitución en función del sujeto obligado, sí es posible una interpretación que brinde un sentido útil a la remisión que hace el art. 20 LOCPP en razón de los otros elementos de la norma constitucional, como el tipo de objeto al que se le aplica la regla de acceso partidario (actos o resoluciones, sus fundamentos o procedimientos “partidarios”). En este sentido, la remisión permitiría

¹⁵ Sobre el artículo 8° de la Constitución, véase en general HERNÁNDEZ, 2006; FERNÁNDEZ, 2005; RUIZ-TAGLE, 2006; FERNÁNDEZ, 2007.

¹⁶ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, p. 326.

¹⁷ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, p. 73.

¹⁸ OSORIO, 2018, p. 134.

¹⁹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, p. 326. La abogada María Jaraquemada, representante de la fundación “Espacio Público” afirmó lo siguiente: “las normas sobre derecho de acceso a la información pública son aplicables a los órganos del Estado, por lo que no operan respecto de los partidos políticos”.

²⁰ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, p. 327.

²¹ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, p. 327.

especificar el objeto del derecho genérico de “solicitar y recibir información” que ha sido creado.

Por otro lado, la remisión del art. 10 LOCPP también permitiría fundar un régimen de reserva o secreto de información en concordancia con las causales constitucionales del artículo 8. Osorio entiende que la “interpretación correcta, de dichas normas, consiste en sostener que los actos que el partido tendrá derecho a no transparentar, será cuando la publicidad de dicha información afecte el debido cumplimiento de las funciones del partido o los derechos de los afiliados”²². Pero ello supone excluir *a priori* otras dos posibles causales de reserva o secreto: seguridad de la Nación e interés nacional. Si bien es más remota la posibilidad de que el partido disponga información relativa a ella, no es descartable que, tanto partidos oficialistas como opositores, puedan acceder y mantener información cuya divulgación afecte dichos bienes constitucionales. Para concluir este punto, si bien compartimos con Osorio que el artículo 8º de la Constitución tiene un ámbito de aplicación subjetivo reservado a los órganos del Estado, es necesario darle un sentido útil a la remisión que ha efectuado el legislador en el artículo 20 LOCPP. En este sentido, la remisión podría entenderse como una forma de especificar el objeto del derecho de acceso –actos y resoluciones partidarias y sus fundamentos o procedimientos– y complementar el cuadro de causales de reserva o secreto –incluyendo las cuatro causales de reserva de información que establece la Constitución–. En cualquier caso, así como se discutió durante la tramitación legislativa, con la norma se buscó cierta “holgura” y que la publicidad no afectare “el normal desenvolvimiento del partido”; por ello, es el partido el que califica la reserva o secreto de la información²³, sin perjuicio de los controles que la misma norma establece.

Finalmente, la LOCPP estableció un procedimiento de reclamación por omisiones o denegaciones de acceso a la información. Para ello, el afiliado debe *impugnar* la decisión ante el órgano contralor o tribunal supremo del partido. A su vez, la decisión del dicho ente es reclamable ante el Servicio Electoral (en adelante, Servel). La tramitación interna de la impugnación, nuevamente, dependerá de la intensidad regulatoria de los estatutos de cada partido en esta materia. La garantía del derecho de acceso a la información en partidos políticos estatuye al Servel como órgano administrativo autónomo revisor de los reclamos por parte de afiliados a partidos, por denegación o no entrega de información. Ello necesariamente supondrá un desafío en el desarrollo de una jurisprudencia administrativa que dialogue con los estándares fijados por el Consejo para la Transparencia y los tribunales de justicia en la aplicación de las causales de secreto o reserva de la información. Sin embargo, a la fecha de cierre del presente estudio, y en virtud de una solicitud de acceso a la información enviada a Servel, dicho organismo declara no haber conocido impugnaciones por esta materia²⁴.

²² OSORIO, 2018, p. 134.

²³ BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, pp. 180-181; 326.

²⁴ SERVICIO ELECTORAL, 2018, Oficio Ordinario Nº 3593, de 5 de octubre de 2018. La respuesta del Servel a la respectiva solicitud de información, puede ser consultada en el siguiente sitio web: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACphmToOIudwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27.02.2019].

A continuación se analiza la forma en que los partidos han abordado la regulación del derecho de acceso y la densidad regulatoria del ejercicio y procedimiento del derecho.

III. EL PROCEDIMIENTO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA EN LA REGULACIÓN DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS

Como se revisó en la sección anterior, la ley no previó una regulación del procedimiento de acceso a la información en partidos políticos. En este caso, atendido a su carácter especial, la regulación de las condiciones de ejercicio del derecho de acceso quedará sujeto a la autonomía normativa de cada partido. Lo anterior podría traer como consecuencia que este derecho se convierta en “letra muerta”, al no existir regulación procedimental mínima que permita el ejercicio de este derecho en la práctica, ya que los estatutos del partido podrían omitir reglas de plazo, intervención de terceros, responsabilidad de respuesta o requisitos de impugnación, entre otras materias.

En esta sección se examina empíricamente el actual panorama normativo interno de cada partido político, compuesto por estatutos, reglamentos, protocolos, circulares o cualquier otro tipo de regulación; y junto con ello —en caso de existir regulación— se analiza cualitativamente la manera en que cada partido regula el procedimiento del derecho de acceso a la información partidaria, en términos de que este habilite eficazmente el ejercicio de aquel por parte de sus afiliados.

1. *Informalidad regulatoria del derecho de acceso por parte de los partidos*

Para efectos de revisar la normativa partidaria respecto de la regulación del derecho de acceso a la información de sus afiliados, se examinaron las fuentes primarias de los partidos, conforme con la siguiente estructura metodológica. En primer lugar se identificaron los partidos políticos legalmente constituidos al 28 de febrero de 2019. Enseguida se verificó si cada uno de aquellos partidos políticos contaban o no con la existencia de un sitio *web* que permitiera la consulta de la normativa interna que por mandato legal han de tener publicada, para —en el caso de contar con regulación— analizar la manera en que regulan el derecho de acceso. Luego, respecto de aquellos partidos que no contaban con sitio *web* o que, de poseerlo, no tuvieran su normativa interna publicada, se efectuó una solicitud de acceso a la información pública dirigida al Servel, con el fin de obtener acceso al expediente administrativo de constitución de partido y poder examinar allí, de forma directa, la normativa interna faltante. Finalmente se intentó establecer una comunicación particular con cada uno de los partidos políticos a modo de obtener información que pudiese no estar publicada o que, de estarlo, se precisase su sentido y alcance. Los resultados arrojados por esta constatación empírica se detallarán en las líneas que siguen.

A base de la información disponible en el sitio *web* del Servel, se determinó que existen 20 partidos políticos constituidos a la fecha de efectuada dicha consulta²⁵, en conformidad con lo dispuesto por la LOCPP.

El Servel, junto con tener a disposición permanente del público la lista actualizada de partidos políticos legalmente constituidos, sitúa para cada uno de ellos una ficha con información básica y elemental, según hayan informado estos de manera oficial al Servicio²⁶. A partir de aquello, 80% del total de partidos políticos legalmente constituidos –16 de 20– poseen un sitio *web* informado de manera oficial al Servel. En lo que respecta al otro 20%, 2 de ellos poseen sitio *web*, pero no informado de manera oficial²⁷; mientras que los otros 2 restantes derechamente carecen de sitio *web* alguno²⁸ –10% del total de partidos políticos constituidos–.

Con la Ley 20.915, los partidos están obligados a mantener sitios web, al menos para efectos de proporcionar la información a que están obligados en razón de sus deberes de transparencia activa (art. 49 LOCPP). La LOCPP dispone que los derechos de los afiliados a los partidos políticos deberán estar contenidos *en sus estatutos*, dentro de los que *necesariamente se incluirán*, el derecho de acceso a la información y los procedimientos que lo regulen (art. 20 N° 1, letra f) LOCPP). Asimismo, existe un deber de transparencia del *marco normativo aplicable del partido político* que deberá estar “a disposición permanente del público, *a través de sus sitios electrónicos*, en forma completa, actualizada [...]” (art. 49, letra a) LOCPP). De lo anterior, es posible colegir que aquellos partidos políticos que no cuentan con un sitio *web* están incumpliendo los deberes de transparencia activa e impiden acceder al público general al detalle del marco regulatorio en que pueda estar contenido el derecho de acceso a la información de sus afiliados.

Teniendo como base una primera aproximación empírica a partir de la revisión del Portal de Transparencia del Estado y de los sitios *web* de aquellos partidos políticos que cuentan con uno, ya sea informado o no informado oficialmente al Servel, efectuamos un levantamiento de cada normativa interna publicada por estos, en búsqueda de algún tipo de regulación al procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información. Pudimos determinar que 22% de partidos que cuentan con sitio *web* –4 de 18– no tendrían ningún tipo de regulación del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados²⁹. Sumado a aquellos partidos políticos que carecen de sitio *web*, podemos

²⁵ SERVICIO ELECTORAL, 2018. Los partidos políticos legalmente constituidos a la fecha de consulta son: Renovación Nacional (RN), Partido Demócrata Cristiano (PDC), Partido Por la Democracia (PPD), Unión Demócrata Independiente (UDI), Partido Socialista (PS), Partido Radical Socialdemócrata (PRS), Partido Comunista (PC), Partido Humanista (PH), Andha Chile (ACh), Evolución Política (Evópoli), Revolución Democrática (RD), Federación Regionalista Verde Social (FRVS), Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores (IAT), País Progresista (PRO), Ciudadanos, Partido Regionalista Independiente Demócrata (PRID), Partido Ecologista Verde (PEV), Poder Ciudadano, Partido Igualdad (PI) y Más Izquierda Ciudadana (MIC).

²⁶ SERVICIO ELECTORAL, 2018.

²⁷ Este es el caso de los partidos políticos Federación Regionalista Verde Social y Partido País Progresista.

²⁸ Este es el caso de los partidos políticos Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores y Más Izquierda Ciudadana.

²⁹ Tal es el caso de Partido Igualdad, Partido Humanista, Andha Chile y Ciudadanos.

concluir que, a primera vista, 30% de los partidos legalmente constituidos a la fecha no contarían con algún tipo de regulación del derecho de acceso a la información. En otros términos, bajo esta primera revisión, únicamente el 70% de los partidos políticos legalmente constituidos –esto es, 14 de 20 partidos– tendrían algún tipo de regulación del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados.

Tres partidos políticos no tenían publicados sus estatutos en su sitio *web* o, derechamente, carecían de una página en línea (“Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores”, “Partido Ciudadanos” y “Más Izquierda Ciudadana”). Para lograr la revisión cabal de la regulación del derecho de acceso en los partidos políticos, se efectuó una solicitud de acceso a la información pública al Servel, requiriendo la resolución de constitución y su respectivo expediente administrativo –incluyendo los estatutos que fundamentan tal decisión– de estos partidos. De la información recibida por Servel³⁰, se pudo determinar que dichos partidos sí contaban con algún tipo de regulación del derecho en sus estatutos.

La ausencia de la información disponible en línea supone una infracción a los deberes de transparencia activa, respecto de estos partidos. Sin perjuicio de lo anterior, bajo estos nuevos antecedentes, la situación regulatoria del derecho de acceso en términos cuantitativos cambió. En este sentido, de los 18 partidos políticos que cuentan con algún sitio *web*, ya sea informado o no informado de manera oficial al Servel, 15 partidos cuentan algún tipo de regulación del derecho³¹. Es decir, el 17% de los partidos que cuentan con sitio *web* no tienen regulación alguna del derecho de acceso. Asimismo, los otros 2 partidos políticos que no cuentan con sitio *web* alguno, según información proporcionada por el Servel, sí regulan el derecho a la información partidaria³², por lo que es posible determinar que de 20 partidos políticos legalmente constituidos, 17 de ellos (85% del total) cuenta con algún tipo de regulación del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados³³.

La situación de los partidos que regulan de algún modo el derecho de acceso a la información es diferente según el caso. Solo 15 partidos contienen algún tipo de regulación en sus estatutos partidarios (88%)³⁴; 1 partido político contiene algún tipo de regulación en el reglamento orgánico (67%)³⁵; 1 partido político cuenta con un

³⁰ SERVICIO ELECTORAL, 2018, Oficio Ordinario N° 4019, de 8 de noviembre de 2018. La respuesta del Servel a la respectiva solicitud de información, puede ser consultada en el siguiente sitio *web*: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACpnmToOIudwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27.02.2019].

³¹ En este sentido, el Partido Ciudadanos, que no tenía publicado sus estatutos en su sitio *web*, sí cuenta con algún tipo de regulación al derecho a la información partidaria, conforme a información entregada por Servel.

³² Caso de los partidos Más Izquierda Ciudadana e Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores.

³³ En rigor, los partidos políticos que no cuentan con ningún tipo de regulación del derecho de acceso a la información partidaria son: Partido Igualdad, Partido Humanista y Partido Andha Chile.

³⁴ En esta situación se encuentran: UDI, Evópoli, Federación Regionalista Verde, Partido País Progresista, Partido Regionalista Independiente Demócrata, PPD, RN, PC, PS, Partido Poder Ciudadano, PDC, Partido Ecologista Verde, Partido Ciudadanos, Más Izquierda Ciudadana y Partido Anticapitalista de los Trabajadores.

³⁵ Es el caso de Revolución Democrática.

reglamento especial de derecho de acceso a la información (6%)³⁶; y, finalmente, 1 partido político cuenta, además de su regulación normativa, con una ficha o formulario de solicitud de acceso a la información (SAI) a disposición de sus afiliados (6%), similar al que disponen los órganos del Estado en sus sitios *webs* para el cumplimiento de la Ley de Transparencia³⁷. De lo anterior se puede concluir que si bien el legislador mandató a los partidos políticos a regular los derechos y deberes de los militantes *en sus estatutos* —según dispone el artículo 20 N° 1 LOCPP—, los partidos lo han hecho no solo en dicho cuerpo normativo sino también en otro tipo de normativas internas. En este punto, la práctica partidaria ha entendido en sentido amplio el tipo de norma interna que regule los derechos de los afiliados³⁸.

Finalmente se procedió a consultar de manera particular a cada partido político legalmente constituido, por la información que obrara en su poder acerca de documentos y antecedentes —ya sea contenido en estatutos, reglamentos, protocolos, circulares o cualquier otro soporte— que contenga el procedimiento de ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados, con el objeto de verificar y contrastar la información completa referida a la regulación del derecho de acceso, tanto aquella informada en los sitios *web* como aquella que nos remitieran directamente³⁹.

Mediante dicha solicitud se obtuvo respuesta únicamente de 5 de los 20 partidos políticos legalmente constituidos⁴⁰. De aquellas respuestas recibidas, solo 2 partidos brindaron información adicional a la ya recopilada⁴¹. En cuanto al resto, una parte de los partidos políticos confundieron la información solicitada con la dispuesta por el artículo 49 LOCPP —esto es, la información que es parte de los deberes de transparencia activa—; o con aquella establecida por la Ley de Transparencia⁴². La otra parte de los partidos se limitaron a indicar que se debía revisar la información publicada en los portales de transparencia activa⁴³.

³⁶ Es el caso del Partido Radical Socialdemócrata que será analizado en detalle más adelante.

³⁷ Es el caso del Partido Comunista.

³⁸ Sin perjuicio de ello, el marco normativo debe ser publicado. Véase Instrucción General N° 12 del Consejo para la Transparencia, sobre transparencia activa de partidos políticos, de 28 de septiembre de 2016. [Disponible en: https://www.consejotransparencia.cl/wp-content/uploads/instruccion/2018/02/ig_12_versi__n_web.pdf] [fecha de consulta: 09.10.2018].

³⁹ Las comunicaciones con los partidos políticos pueden ser consultadas en el siguiente sitio web: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACphmToOIudwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27.02.2019].

⁴⁰ Es el caso de los siguientes partidos: PDC, PPD, Evópoli, Partido Ecologista Verde y RD.

⁴¹ El PDC señaló que la solicitud de información por parte de sus afiliados debe ser dirigida al Secretario Nacional mediante correo electrónico o por carta. RD, por su parte, indicó que existe nueva regulación en estatutos, en actual estado de revisión por el Servel.

⁴² Evópoli respondió que dicha información es parte de “[...] todo lo que contempla la norma de difusión y transparencia que está en la ley de partidos políticos, y lo que tiene que ver con publicidad de gastos e ingresos electorales, que está en la ley de gasto electoral”. Finalmente, el Partido Ecologista Verde, respondió que “los partidos políticos están sometidos a la Ley de Transparencia, es mediante ese mecanismo por el cual se rigen”.

⁴³ Este es el caso del PPD.

A base del levantamiento efectuado, el 85% de los partidos sí cuenta con alguna regulación respecto del derecho de acceso de los afiliados. Sin embargo, no basta constatar la existencia de esta información, sino que fue necesario abocarse a evaluar la suficiencia e intensidad regulatoria en el detalle y especificación del derecho, especialmente en materia procedimental.

2. *Precariedad regulatoria general del derecho de acceso a la información por parte de los partidos*

Al adentrarnos en las regulaciones del derecho de acceso, tuvimos presente cómo cada normativa interna —en aquellos casos en que existe regulación al respecto— buscaba brindar garantías del derecho en términos cualitativos, esto es, cómo se estructura un procedimiento que habilite a sus afiliados obtener eficazmente la información solicitada y que las denegaciones de acceso se ajusten a derecho.

Frente a la omisión del legislador en establecer detalles mínimos a considerar en la regulación normativa interna de cada partido en relación con el procedimiento de ejercicio del derecho⁴⁴, creemos que, a lo menos, se ha de tener a la vista, como modelo ideal de contraste, aquel procedimiento previsto por el legislador para el ejercicio del derecho de acceso a la información pública en la Ley de Transparencia⁴⁵. Así, la normativa partidaria sería eficaz en brindar garantías mínimas que habiliten a sus afiliados el ejercicio de este derecho, si se observa, a lo menos, los siguientes elementos procedimentales: requisitos y formas de efectuar la solicitud de acceso a la información; plazo para respuesta de solicitud; reglas sobre costos de reproducción y entrega de información; derecho de oposición de terceros frente a información que pudiere afectarles y; finalmente, requisitos formales de la impugnación de la omisión de respuesta o la negativa de entrega de información ante el órgano contralor del partido, junto con su respectivo procedimiento de tramitación.

Basados en dicho criterio, se procedió a clasificar a la normativa interna de los partidos políticos en tres niveles de intensidad regulatoria: intensidades regulatorias baja, media y alta del procedimiento y ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados. A continuación se explicará en qué consiste cada uno de estos niveles regulatorios y los respectivos partidos políticos que los componen⁴⁶.

a) Intensidad regulatoria baja. En este nivel regulatorio se encuentran aquellos partidos políticos que se limitan a realizar una mera enunciación y reconocimiento del derecho de acceso a la información, o que si bien contienen algún tipo de regulación

⁴⁴ Tampoco hubo mayor discusión en la tramitación legislativa de la Ley 20.915 que nos ilustrara acerca de este punto. Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018, pp. 109;111.

⁴⁵ Véase los artículos 10 y siguientes de la Ley de transparencia de la función pública y de acceso a la información de la Administración del Estado, aprobada por el Artículo Primero de la Ley 20.285, sobre acceso a la información pública.

⁴⁶ Los documentos normativos de cada partido político en materia de acceso a la información, según su pertenencia a los distintos niveles regulatorios, y a la fecha de cierre del presente estudio, pueden ser consultados en el siguiente sitio *web*: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACpHmToOIudwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27.02.2019].

más allá de su mera enunciación, dicha regulación no produce mayores efectos prácticos. En definitiva, se trata de normativas internas que repiten o reiteran lo dispuesto en la misma LOCPP.

Dentro de los partidos políticos que se limitan a realizar una mera enunciación del derecho, se posicionan los siguientes: PPD⁴⁷, Federación Regionalista Verde Social⁴⁸, Poder Ciudadano⁴⁹ e Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores⁵⁰. Esta práctica regulatoria no aporta sustancialmente nada nuevo a lo establecido por el artículo 20 N° 1, letras f) y g) LOCPP, tornando dicha normación en superflua. Inclusive, en algunos casos, se reproducen en términos idénticos dichos preceptos legales⁵¹.

Dentro de los partidos políticos que contienen algún tipo de regulación por sobre la mera enunciación, pero sin producir mayores efectos prácticos, se encuentran: Partido Ecologista Verde y Partido Regionalista Independiente Demócrata. El primero de ellos reproduce en términos idénticos el artículo 20 N° 1, letras f) y g) LOCPP y, pese a que se contempla un procedimiento de denuncia al Tribunal Supremo, que es posible determinar aplicable en el caso en que al afiliado solicitante no se le entregue la información requerida (art. 30, letra j), no existe regulación del procedimiento por el que se solicita y se pudiere negar dicha información⁵². El segundo partido político, igual que el anterior, reproduce de manera idéntica el artículo 20 N° 1, letras f) y g) LOCPP y, si bien dispone de una regulación específica acerca de transparencia y publicidad de la información, aquella regulación únicamente tiene por objeto temas de transparencia activa y no de derecho de acceso a la información⁵³.

El 35% de los partidos políticos que cuentan con algún tipo de regulación en la materia objeto de este estudio pertenecen a esta categoría.

b) Intensidad regulatoria media. En este nivel regulatorio se encuentran aquellos partidos políticos que efectúan una enunciación y reconocimiento del derecho de acceso a la información, pero que, además, contemplan algún tipo de regulación de carácter más específico, y que genera efectos prácticos en su aplicación. Sin embargo, la adicional regulación tiene efectos de baja intensidad respecto de la habilitación y ejercicio del derecho de acceso, en el entendido de establecer solo alguno o algunos de los elementos procedimentales del modelo ideal propuesto, y que no permiten, en consecuencia, satisfacer del todo la eficacia en el ejercicio del derecho.

Dentro de este nivel se encuentran los siguientes partidos políticos: RN, Evópoli, UDI, PS, RD, Partido País Progresista, Más Izquierda Ciudadana y Partido Ciudadanos.

⁴⁷ Véase Estatuto del PPD, de 9 de febrero de 2008 (art. 4°, letra d).

⁴⁸ Véase Estatuto de Federación Regionalista Verde Social, de 30 de marzo de 2018 (art. 3°, letras f) y g).

⁴⁹ Véase Estatuto del Partido Poder, de 29 de abril de 2018 (art. 5°, letra e).

⁵⁰ Véase Estatuto de Izquierda Anticapitalista de los Trabajadores, de 10 de enero de 2018 (art. 3°, letra d).

⁵¹ Casos del PPD, UDI y Federación Regionalista Verde Social.

⁵² Véase Estatuto del Partido Ecologista Verde, de 16 de julio de 2018 (art. 3°, letras f) y g).

⁵³ Véase Estatuto del Partido Regionalista Independiente Demócrata, de 20 de febrero de 2018 (art. 3°, letras f) y g) y arts. 48 y ss.).

Entre las materias adicionales que son reguladas más allá de la mera enunciación o reconocimiento del derecho, se encuentran, por ejemplo, reglas de especificación que limitan el objeto de la solicitud⁵⁴; reglas que extienden la titularidad de este derecho a sus *adherentes*, al establecer respecto de ellos el derecho a “ser informado(a) acerca de las políticas internas y externas del Partido, las finanzas, las licitaciones efectuadas con terceros, resoluciones de congresos o ampliados, etc. La información es un derecho irrenunciable de los y las militantes que el Partido reconoce [...]”⁵⁵; reglas relativas a determinar quién soporta el costo de reproducción o entrega de cierto tipo de información solicitada⁵⁶; atribuciones expresas del Tribunal Supremo de velar y garantizar el ejercicio de los derechos de los afiliados, incluidos los del artículo 20 LOCPP⁵⁷; o reglas que establecen un plazo expreso para recurrir al Tribunal Supremo ante la negativa de entregar la información solicitada⁵⁸.

Mención aparte requieren aquellos casos de una cantidad importante de partidos situados en este nivel regulatorio (57% de ellos) que, si bien cuentan con una regulación detallada de temas de información partidaria, lo hacen confundiendo el objeto de los deberes impuestos por la LOCPP. En todos estos casos se evidencian reglas que, bajo la denominación amplia respecto de materias de transparencia activa y acceso a la información, se limitan a regular en su mayoría las primeras⁵⁹ —cuestiones que ya se encuentran normadas por los artículos 49 y 50 LOCPP y la Instrucción General N° 12 del Consejo para la Transparencia—. Inclusive, lejos de establecer un derecho de acceso a la información partidaria en términos amplios, restringen la información susceptible de

⁵⁴ Este es el caso de RN, que limita la información susceptible de ser solicitada y recibida a “las decisiones y acuerdos adoptados por los organismos del Partido”. Véase Estatuto de RN, de 19 de marzo de 2016 (art. 5°, letra a).

⁵⁵ Véase Estatuto del PS, de 10 de agosto de 2018 (art. 3°, letra c).

⁵⁶ Caso de RN, en que se permite al afiliado, “solicitar a su costa, a la Directiva Nacional del Partido o al Servicio Electoral, copia del registro de afiliados al que pertenece. [...] Los afiliados no podrán divulgar los datos personales del Registro ni utilizarlos con finalidades distintas del ejercicio de sus derechos como militantes” (art. 5°, letra m) del estatuto partidario).

⁵⁷ Véase Estatuto de Evópoli, de 1 de junio de 2015 (art. 40, letra j) y; Estatuto del Partido País Progresista, 30 de julio de 2018 (art. 38). Sin embargo, este tipo de regulación no es detallada, ni tampoco regula la fase anterior al reclamo por no entrega de la información solicitada, tales como órgano encargado de responder, plazos de respuesta, etc.

⁵⁸ Caso de UDI (art. 6, letra f) del estatuto partidario).

⁵⁹ Véase Estatuto de Evópoli, de 1 de junio de 2015 (arts. 48 y siguientes); Estatuto del Partido País Progresista, 30 de julio de 2018 (arts. 69 y 70); Estatuto del Partido Ciudadanos, de 25 de abril de 2018 (arts. 61 y 62); Estatuto de Más Izquierda Ciudadana, de 25 de abril de 2018 (art. 53); y Reglamento Orgánico Interno de RD, de octubre de 2015 (arts. 115 y siguientes). En el caso de RD, se ha de indicar que, según información proporcionada por el partido mediante correo electrónico, existiría un nuevo estatuto que se encontraría actualmente en revisión ante el Servel, y que consagraría en exactos términos lo dispuesto por el artículo 20 N° 1, letra f) LOCPP, pasando a ser parte del nuevo reglamento interno del partido la regulación procedimental del derecho de acceso a la información partidaria. La respuesta de RD puede ser consultada en el siguiente sitio web: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACpHmToOIudwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27 de febrero de 2019].

ser solicitada por el afiliado a las resoluciones, procedimientos y sentencias del Tribunal Supremo como copias a las actas de las sesiones de sus órganos internos.

El 47% de los partidos políticos que cuentan con algún tipo de regulación en la materia pertenecen a esta categoría.

c) Intensidad regulatoria alta. En este nivel regulatorio se encuentran aquellos partidos políticos que regulan con un mayor grado de especificación y garantía, en términos procedimentales, el ejercicio del derecho, y generan las condiciones habilitantes para que sus afiliados accedan a la información. Es decir, cumplen con todos o gran parte de los elementos procedimentales del modelo ideal propuesto. Dentro de este nivel, se encuentran los siguientes partidos políticos: PDC, PC y Partido Radical Socialdemócrata.

El PDC, pese consagrar el derecho de acceso a la información en términos idénticos al artículo 20 N° 1, letras f) y g) LOCCPP, al igual que el PS, extiende la titularidad de este derecho a sus *adherentes*⁶⁰. Asimismo, se establece dentro de las facultades del Tribunal Supremo, la de velar y garantizar los derechos de sus afiliados del artículo 20 LOCCPP⁶¹. Finalmente, según información brindada mediante correo electrónico, se informó que la solicitud de acceso a la información por parte de sus afiliados o adherentes debe ser enviada al Secretario Nacional vía correo electrónico o carta, detallando un aspecto procedimental clave del ejercicio del derecho⁶².

Respecto del PC, si bien reconoce en sus estatutos el derecho en términos exactos a la LOCCPP, posteriormente regula el medio por el que se puede formular la solicitud de información, plazo de respuesta del partido para la entrega de la información, así como un plazo para recurrir ante el Tribunal Supremo ante la negativa de entrega de información⁶³. Inclusive, prevé mediante su sitio *web* un formulario de solicitud de acceso a la información, debiendo el solicitante especificar el órgano partidario al que va dirigida, así como la existencia de un plazo para la entrega de información (20 días hábiles), pudiendo el partido solicitar una prórroga de este plazo (10 días, aunque sin especificar si son hábiles o no)⁶⁴.

Finalmente, el caso del Partido Radical Socialdemócrata constituye el caso más destacable en esta materia. El partido tiene un Reglamento Especial de Solicitudes de Acceso a la Información (SAI) con diversas reglas que disciplinan el ejercicio del derecho, previendo la forma de efectuar la solicitud, la autoridad ante la que se ha de formular, plazos de respuesta, costos de reproducción asociados a la entrega de la información, entre otros elementos del procedimiento⁶⁵.

⁶⁰ Véase Estatuto del PDC, de 5 de junio de 2017 (art. 3°).

⁶¹ Artículo 76, letra n) del estatuto partidario del PDC.

⁶² La respuesta del PDC puede ser consultada en el siguiente sitio web: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACpHmToOludwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27.02.2019].

⁶³ Véase Estatuto del PC, de 9 de octubre de 2018 (art. 11, letra f) y art. 13).

⁶⁴ El formulario de solicitud de acceso a la información del PC puede ser consultado en el siguiente sitio web: <https://www.dropbox.com/sh/cqbgblr30p8dto7/AACpHmToOludwGsH50jy-0Cja?dl=0> [fecha de consulta: 27.02.2019].

⁶⁵ Véase Reglamento de Solicitudes de Acceso a la Información del PRS, de 6 de abril de 2018.

En este punto, es oportuno destacar que 18% de los partidos políticos que cuentan con algún tipo de regulación en la materia pertenecen a esta categoría.

3. *Balance de la revisión empírica*

La informalidad regulatoria es una práctica lamentable que caracteriza a los partidos políticos en cuanto no todos disponen de la existencia de sitio *web* –ya sea informado o no– para la publicación de la propia normativa partidaria –y de otros antecedentes– así como lo mandata el legislador; y en el caso de contar con aquello, no todos cumplen con el deber de transparencia activa que los obliga⁶⁶. En lo que nos convoca, no todos los partidos políticos cuentan con una regulación del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados y, en el caso en que ello ocurre, los instrumentos normativos específicos que lo regulan, así como el nivel de intensidad regulatoria que adoptan son, en general, dispares. A modo de resumen, se presenta la siguiente tabla que sistematiza la información analizada.

Tabla 1. Clasificación de partidos políticos según existencia de sitio *web*, normativa partidaria publicada, regulación del derecho de acceso a la información y nivel de intensidad regulatoria

Partido político	Existencia de sitio <i>web</i>	Publicación de normativa partidaria	Regulación del derecho de acceso a la información	Nivel de intensidad regulatoria
RN	✓	✓	✓	Media
DC	✓	✓	✓	Alta
PPD	✓	✓	✓	Baja
UDI	✓	✓	✓	Media
PS	✓	✓	✓	Media
PRS	✓	✓	✓	Alta
PC	✓	✓	✓	Alta
PH	✓	✓	×	N/A
Andha Chile	✓	✓	×	N/A
Evópoli	✓	✓	✓	Media
RD	✓	✓	✓	Media

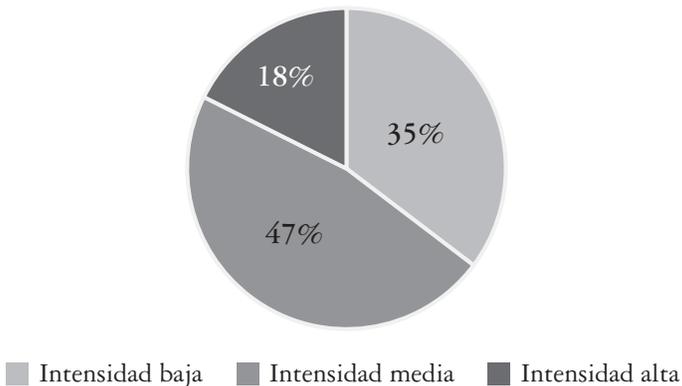
⁶⁶ Contreras (2018).

Partido político	Existencia de sitio <i>web</i>	Publicación de normativa partidaria	Regulación del derecho de acceso a la información	Nivel de intensidad regulatoria
FRVS	✓	✓	✓	Baja
IAT	✗	✗	✓	Baja
PRO	✓	✓	✓	Media
Ciudadanos	✓	✗	✓	Media
PRID	✓	✓	✓	Baja
PEV	✓	✓	✓	Baja
Poder Ciudadano	✓	✓	✓	Baja
Igualdad	✓	✓	✗	N/A
MIC	✗	✗	✓	Media

Fuente: elaboración propia.

La cantidad de partidos políticos que integran el nivel de intensidad regulatoria alta –y que importa, desde luego, el grado más óptimo de la regulación según el estándar normativo propuesto– es considerablemente inferior al total de partidos que cuentan con algún tipo de regulación en la materia. En otros términos, la cantidad de partidos políticos que se posicionan en el nivel bajo o medio de regulación es significativamente superior a la cantidad de partidos que se insertan en un nivel de regulación alta del derecho (82% respecto del total). Lo anterior, puede ser ilustrado de mejor manera a partir del siguiente gráfico.

Gráfico 1. Porcentaje de partidos políticos según intensidad regulatoria del derecho de acceso a la información



Fuente: elaboración propia.

De la muestra estudiada, se estima que la mera repetición de la regla legal como técnica regulatoria partidaria, resulta superflua habida consideración de la existencia y aplicación directa del artículo 20 N° 1, letras f) y g) LOCPP a nivel interno del partido político, práctica que permite preguntarse si acaso aquella constituye realmente un tipo de regulación como la que ordena el legislador.

Salvo pocas excepciones, es posible afirmar que, en general, en la práctica regulatoria interna de los partidos en el tema que nos convoca, no se establecen supuestos procedimentales mínimos para el ejercicio de este derecho, así como individualización del órgano encargado de entregar la información solicitada o comunicar su denegación, los plazos de entrega de la información, el mecanismo para notificar a terceros cuando la entrega de la información solicitada pudiere afectarles en sus derechos, los costos asociados a la reproducción y entrega de la información solicitada, o el procedimiento de impugnación ante el órgano contralor del partido, entre otras materias.

En los pocos casos regulatorios en que ello acontece, esta regulación, sin embargo, no se realiza de manera acabada. Al contrario, se efectúa de manera dispar por parte de los partidos políticos, en cuanto a las materias que aquí se evidencian. En efecto, solo uno de los 20 partidos políticos legalmente constituidos a la fecha de este estudio posee una regulación acabada en todas estas materias en cuanto al procedimiento del ejercicio del derecho de acceso a la información por parte de sus afiliados (Partido Radical Socialdemócrata).

En cuanto a la regulación del objeto del derecho, esto es, la información que puede ser solicitada por los afiliados a partidos, estimamos que por aplicación supletoria de la LOCPP y el artículo 8° de la Constitución —y su respectiva adecuación a materias político-partidarias—, la falta de regulación interna puede ser reconducida a estas disposiciones. El mismo criterio aplicaría para la regulación de las causales de secreto o reserva a las que puede estar afecta la entrega o denegación de información solicitada.

De lo anterior, es posible colegir que, en la práctica, la autonomía que el legislador entrega a los partidos políticos en materia de regulación del derecho de acceso a la información, por parte de sus afiliados, impacta en la intensidad normativa que habilita el ejercicio del derecho.

IV. CONCLUSIONES

La reforma a la LOCPP mediante la Ley 20.915, introdujo el derecho de acceso a la información de los partidos políticos para sus afiliados. Se trató de un cambio dentro de un contexto de reformas más amplias para fortalecer los mecanismos de rendición de cuentas de estas entidades, esenciales para nuestra democracia, como contrapartida a las medidas de fortalecimiento institucional y asignación de recursos públicos para las tareas que le son confiadas por el legislador.

Sin embargo, el legislador se encargó de establecer este nuevo derecho, sin desarrollarlo en términos procedimentales. De esta forma, se observa una omisión de una serie de reglas que sí se encuentran en la Ley de Transparencia —respecto de los órganos

de la Administración del Estado— y que hacen viable el ejercicio del derecho de acceso a la información. En este caso, la ley reserva a los partidos políticos un ámbito de competencia por el que les otorga autonomía para regular internamente cómo se ejerce este derecho por parte de sus afiliados.

En la revisión que hemos efectuado a la normativa de los partidos legalmente constituidos a la fecha del presente estudio, hemos logrado verificar que existen importantes brechas y deficiencias regulatorias que posiblemente obstaculizarán el ejercicio del derecho. En varios casos existe una mera repetición de las disposiciones legales, sin mayores detalles regulatorios, y que nada aportan a la configuración interna del derecho. Esta práctica permite preguntarse si acaso aquella constituye realmente un tipo de regulación como la que ordena el legislador. Solo en una minoría de partidos políticos —menos de un quinto de ellos— existen instrumentos normativos que detallan cuestiones de titularidad, forma de ejercicio, autoridad responsable, u otros aspectos procedimentales. Sin embargo, cuestiones cruciales para el correcto ejercicio del derecho —como las reglas respecto de plazos, notificaciones a terceros o el procedimiento de impugnación de la decisión denegatoria de acceso— son derechamente omitidas.

Como lo planteamos en la introducción, en este caso se demuestra que la remisión que hace la ley a los partidos favorece la autonomía partidaria en desmedro de la protección de un derecho de los afiliados que buscaba ser central en el nuevo gobierno y rendición de cuentas de los partidos políticos. La técnica legislativa de confiar en los partidos para regular ciertas cosas de forma autónoma debe ser revisada críticamente, a la luz de los resultados de este caso de estudio. La ausencia de reglas básicas, por parte de los partidos, terminan configurando un derecho pauperizado. La práctica y las eventuales reclamaciones ante el Servel, y su consecuente jurisprudencia administrativa, permitirán verificar en qué medida el derecho es efectivamente tutelado ante los partidos políticos.

Antes de confiar en que el *statu quo* cambiará espontáneamente, algunas alternativas pueden ser planteadas. En primer término, siempre es posible reformar la remisión que hace hoy el legislador a los partidos y definir los contenidos básicos del derecho y su procedimiento en la misma ley. Otras alternativas menos intensas suponen la acción del regulador. Servel, por ejemplo, podría proveer una “ley marco” o “estatutos marco” que fijen un procedimiento con los factores mínimos para regular adecuadamente el derecho de acceso a la información. Finalmente, si el Servel no toma la iniciativa, la sociedad puede aportar con modelos o ejemplos regulatorios que permitan a los partidos orientar su acción y modificar sus estatutos. En cualquier caso, es claro que los partidos políticos, por sí solos, se encuentran en deuda en la protección del derecho de acceso a la información de sus afiliados.

BIBLIOGRAFÍA

ALDUNATE, Eduardo, 2008: *Derechos Fundamentales*, Santiago de Chile Legal Publishing.

ALDUNATE, Eduardo, 2009: *Constitución Política de la República de Chile. Doctrina y Jurisprudencia*, Tomo I, Santiago, Thomson Reuters.

- AMUNÁTEGUI, Gabriel, 1952: *Partidos Políticos*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- BARROS, Enrique, 1984: “Aspectos Jurídicos del Estatuto de los Partidos Políticos”, en *Estudios Públicos*, Centro de Estudios Públicos, N° 14.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2018: *Historia de la Ley N° 20.915, 15 de abril de 2016*. Disponible en : https://www.bcn.cl/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/4920/HLD_4920_37a6259cc0c1dae299a7866489dff0bd.pdf [fecha de consulta: 29.09.2018].
- CONTRERAS, Pablo, 2018: “Partidos Políticos y Transparencia”, en *Anuario de Derecho Público UDP*, Santiago, Ediciones UDP.
- DÍAZ, Francisco y SIERRA, Lucas, 2012: *Propuesta de Reformas a los Partidos Políticos en Chile*, Santiago, CEP/CIEPLAN.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, 2005: “El Principio de Publicidad de los Actos Estatales en el nuevo Artículo 8° Inciso 2° de la Constitución”, en Zúñiga, Francisco, *Reforma Constitucional*, Santiago, Lexis Nexis.
- FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, 2007: “El Principio Constitucional de Publicidad”, en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 69, T. I.
- FERRADA, Juan Carlos, 2010: “El Ámbito de Aplicación de la Ley de Transparencia. La Exclusión Parcial de Órganos Estatales y Administrativos de la Aplicación del Régimen General”, en Letelier, Raúl y Rajevic, Enrique (coords.), *Transparencia en la Administración Pública*, Santiago, LegalPublishing.
- GARCÍA, Ana María, 1988: *Ley Orgánica Constitucional de Partidos Político. Historia de su Establecimiento y Debate Doctrinario*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- GARCÍA, Ana María, 2017: “Partidos Políticos y Modificaciones Introducidas por la Ley Orgánica Consitutcional N° 20.915 de 2016”, en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Teoría Política y Constitucional. Libro Homenaje al Profesor Ismael Bustos Concha*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- HERNÁNDEZ, Domingo, 2006: “Notas sobre Algunos Aspectos de la Reforma a las Bases de la Institucionalidad, en la Reforma Constitucional de 2005: Regionalización, Probidad y Publicidad de los Actos”, en Nogueira, Humberto (coord.), *La Constitución Reformada de 2005*, Santiago, Librotecnia.
- JORDÁN, Tomás y FIGUEROA, Pamela, 2017: “La Ruta hacia una Mejor Democracia”, en Ministerio Secretaría General de la Presidencia e IDEA, *Reformas Políticas en Chile 2014-2016. Análisis y Evaluación de las Modificaciones al Sistema Político Chileno durante el Gobierno de la Presidenta Michelle Bachelet*, Santiago, Ministerio Secretaría General de la Presidencia. Disponible en: https://www.unaconstitucionparachile.cl/informe_reformas_politicas_en_chile_2014-2016.pdf [fecha de consulta: 29.09.2018].
- NOGUEIRA, Humberto, 2005: “El Rol de los Partidos Políticos en las Constituciones de América Latina en la Alborada del Siglo XXI”, en *Estudios Constitucionales*, Vol. 3, N° 2.
- OSORIO, Gabriel, 2018: *Partidos Políticos. Historia Institucional y Dogmática Jurídica*, Santiago, Editorial Hammurabi.
- OÑATE, Pablo, 2005: “Los Partidos Políticos”, en Del Águila, Rafael (ed.), *Manual de Ciencia Política*, Madrid, Trotta.
- PÉREZ ROYO, Javier, 2007: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid, Marcial Pons.
- RIBERA, Teodoro, 2008: “Estatuto Jurídico de los Partidos Políticos en Chile. Veinte Años de la Ley Orgánica Constitucional de los Partidos Políticos”, en Fontaine, Arturo; Larroulet, Cristián; Navarrete, Jorge y Walker, Ignacio (coord.), *Reforma de los Partidos Políticos en Chile*, Santiago, PNUD, CEP, Libertad y Desarrollo, Projectamérica y CIEPLAN.
- ROJAS, Christian, 2014: “La Categoría Jurídica de los ‘Servicios Privados de Interés Público’. El Caso de las Juntas de Vigilancia de Ríos”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 41, N° 1.

- RUIZ-TAGLE, Pablo, 2006: "Los Derechos Fundamentales ante la Reforma del 2005", en *Revista de Derecho Público*, Universidad de Chile, Vol. 68.
- SANTIBÁÑEZ, Francisco, 2014: "Sistema de Gobierno y Partidos Políticos en Chile: Paradojas de Nuestra Democracia", en Asociación Chilena de Derecho Constitucional, *Gobierno. Presidente de la República. Libro Homenaje al Profesor Hernán Molina Guaita*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SERVICIO ELECTORAL, 2018: *Partidos Constituidos*. Disponible en: <https://servel.cl/partidos-constituidos/> [fecha de consulta: 20.08.2018].
- SILVA BASCUÑÁN, Alejandro, 1963: *Tratado de Derecho Constitucional*, Tomo III, Vol. 2, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.
- SILVA GALLINATO, María Pía, 2016: "El Control del Financiamiento de los Partidos y de las Campañas Electorales: La evolución de su Regulación en Chile", en *Revista de Derecho*, Universidad Finis Terrae, Año VI, Nº 2.
- SOTO KLOSS, Eduardo, 1986: "La organización de la Administración del Estado. Un complejo de personas jurídicas", en *Gaceta Jurídica*, Nº 73.
- VERDUGO, Mario y GARCÍA, Ana María, 1992: *Manual de Derecho Político: Las Fuerzas Políticas y los Regímenes Políticos*, Tomo II, Santiago, Editorial Jurídica de Chile.

Normas jurídicas citadas

- CONSTITUCIÓN Política de la República de Chile. Diario Oficial, 22 de septiembre de 2005.
- LEY Nº 20.285, sobre Acceso a la Información Pública, que aprueba la Ley de Transparencia de la Función Pública y de Acceso a la Información de la Administración del Estado. Diario Oficial, 20 de agosto de 2008.
- DECRETO con Fuerza de Ley Nº 4, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley Nº 18.603, Orgánica Constitucional de Partidos Políticos. Diario Oficial, 6 de septiembre de 2017.

Jurisprudencia citada

- CORTE de Apelaciones de Valparaíso, 14.06.2010, Rol Nº 2361-2009.
- DE Apelaciones de Valparaíso, 29.06.2010, Rol Nº 294-2010.
- CORTE de Apelaciones de Santiago, 10.08.2010, Rol Nº 132-2010.
- CORTE de Apelaciones de Puerto Montt, 27.01.2011, Rol Nº 395-2010.
- CORTE de Apelaciones de Puerto Montt, 13.02.2012, Rol Nº 906-2011.
- CORTE de Apelaciones de Iquique, 01.06.2015, Rol Nº 195-2015.
- CORTE Suprema, 30.07.2015, Rol Nº 7517-2015.

La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena

*Jorge Larroucau Torres**

RESUMEN

La prohibición de ir contra acto propio es un escenario típico de infracción a la buena fe procesal, cuyo contenido y límites la ley chilena no ha definido. Este artículo analiza las dos interpretaciones –una amplia y otra restringida– que cobija la jurisprudencia civil respecto de este deber de coherencia y la manera en que ellas inciden en el derecho de defensa de las partes. El texto distingue entre una aplicación secundaria (obiter dicta) y una aplicación residual de este deber, siendo esta última un control judicial de la argumentación jurídica del litigante ante situaciones de abuso, engaño y actuaciones manifiestamente dilatorias. El efecto procesal de infringir este deber es la inadmisibilidad del acto incoherente. Este efecto es compatible con otras medidas específicas, como el pago de las costas y la indemnización de los daños causados.

Acto propio; buena fe procesal; derecho de defensa

The doctrine of estoppel in Chilean civil justice

ABSTRACT

The doctrine of estoppel is a typical scenario of violation of the procedural good faith which content and limits have not been defined by the Chilean law yet. This paper analyzes both interpretations –a broad one and a narrow one– containing the civil jurisprudence regarding this duty of consistency and the way in which they affect the right to defense of the parties. The paper distinguishes between a secondary application (obiter dicta) and a residual application of this duty, the latter being a judicial control of the litigant's legal arguments in situations of abuse, deception and manifestly dilatory strategies. The procedural effect of infringing this duty is the inadmissibility of the inconsistent action. This effect is consistent with other specific measures such as the payment of costs and the compensation for damage caused.

Doctrine of estoppel; procedural good faith; right to defence

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Chile. Profesor de Derecho Procesal Civil, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, Chile. Correo electrónico: jorge.larroucau@pucv.cl.

Este artículo es parte de una investigación financiada mediante un proyecto Fondecyt Regular (N° 1170067: "El principio de la buena fe procesal. Análisis dogmático y crítico de su rol como fuente de cargas, deberes y sanciones en la formación del debate", 2017-2018) cuyo apoyo agradezco. También debo agradecer a Belén Carrión Griffiths y Pablo Cantillana Guerrero, ayudantes de Derecho Procesal Civil de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, por su exhaustiva búsqueda de los fallos que se citan en este trabajo.

Artículo recibido el 3.1.2019 y aceptado para su publicación el 3.9.2019.

I. INTRODUCCIÓN

Este artículo analiza la prohibición de ir contra acto propio como un escenario típico de infracción al principio de buena fe procesal que rige en los procedimientos judiciales en Chile¹. Esta prohibición se traduce en un deber de coherencia que incluye tanto acciones como omisiones, las que pueden tener lugar con anterioridad al juicio o durante el transcurso del mismo, sin distinguir entre tipos de litigantes, ni la posición que ellos ocupan en el juicio, sea como demandante o demandado. Por esta razón, se trata de un deber procesal que alcanza incluso a quienes litigan al alero de derechos irrenunciables, como es el caso de los consumidores y los trabajadores².

La amplitud de esta prohibición ha generado múltiples debates que es preciso abordar. Por ejemplo, en *Olguín con Vega* la Corte Suprema confirmó la decisión que rechazó el argumento con el que la demandada se opuso a un divorcio unilateral por cese de la convivencia —arguyendo que el actor había incumplido su obligación de alimentos—, ya que durante casi treinta años la demandada no había reclamado dichos alimentos, de modo que para la Corte Suprema resultaba “sorprendente” que pretendiera hacerlo para enervar la acción³.

¿Significa esto que un litigante no puede adoptar ningún curso de acción que difiera de una actitud previa, incluso cuando ella resulta tan lejana en el tiempo?

Este deber de coherencia, además, alcanza tanto a la justicia ordinaria como a la arbitral. Así, por ejemplo, en *Errázuriz con Banco BHIF* la Corte de Santiago sostuvo, a propósito de una demanda de cumplimiento de obligaciones emanadas de la cuenta de ajuste de una compraventa, que el árbitro tiene competencia para conocer de ella gracias a la cláusula compromisoria y que negarle dicha atribución va contra acto propio, de modo que quien acudió al arbitraje no puede luego intentar desconocer la competencia del árbitro ante un laudo desfavorable⁴.

¹ Art. 2 letra d), Ley 20.886 de 2015, modifica el Código de Procedimiento Civil, para establecer la tramitación digital de los procedimientos judiciales: “Buena fe procesal. Las partes, sus apoderados y todos quienes intervengan en el proceso deberán actuar de buena fe. (2) El tribunal, de oficio o a petición de parte, deberá prevenir, corregir y sancionar, según corresponda, toda acción u omisión que importe un fraude o abuso procesal, colusión, contravención de actos propios o cualquiera otra conducta ilícita, dilatoria o de cualquier otro modo contraria a la buena fe”. Sobre el contenido y los alcances de la ley de tramitación electrónica en relación con el Código de Procedimiento Civil, véase LARROUCAU, J., “Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile”, en *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), Nº 33, 2017, pp. 212-219.

² Por ejemplo, en *Isella con Canal 13* se hizo hincapié en “la aceptación por parte del demandante de la existencia de una relación de naturaleza civil con sus respectivas consecuencias, durante más de quince años, sin haber formulado reclamo alguno [en cuanto a la existencia de un contrato de trabajo con la empresa demandada]”, Corte Suprema, 20 diciembre 2006, Rol Nº 2.450-2005, CL/JUR/3885/2006, cons. 8º (Cuarta Sala).

³ Corte Suprema, 27 octubre 2006, Rol Nº 3.671-06 citada en CARRETTA, F., “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. 21, Nº 1, 2008, p. 122.

⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 12 marzo 1999, Rol Nº 2.998-2002 (redacción del Ministro Manuel Hazbún) analizada en VÁSQUEZ, M. F., “Revisión de la competencia del árbitro en relación al tiempo y la materia”, en *Ius et Praxis*, Vol. 16, Nº 2, 2010, pp. 446-447.

Asimismo, este deber plantea el desafío de vincular conductas que tienen lugar en diversos juicios. Un ejemplo que ilustra este nexo lo entrega la protección de derechos fundamentales del art. 20 de la Constitución de 1980, ya que si una Corte ordena realizar una conducta y el recurrido cumple con dicha orden, luego no puede cuestionar ante un Juzgado Civil lo que ordenó la Corte. En este sentido, la frase constitucional “sin perjuicio de los demás derechos que pueda hacer valer ante la autoridad o los tribunales correspondientes” implica “una ‘no aceptación’ de lo ordenado por el tribunal de protección [...] lo que no se aviene con el cumplimiento libre de lo allí resuelto”⁵. En otras palabras, no ir contra acto propio en un escenario como este supone necesariamente que, si se cumple con la orden judicial, se crea una legítima expectativa de que el caso se solucionó, de modo que no cabe ir a juicio otra vez.

¿Bastaría con un solo acto, entonces, como el cumplimiento de una orden judicial, para provocar esta expectativa normativa, aunque la ley aluda a esta forma de infringir la buena fe procesal en plural, como “contravención de actos propios”?⁶

Este trabajo analiza desde un punto de vista procesal esta clase de interrogantes, con el propósito de establecer el contenido y los límites de la prohibición de ir contra acto propio en la litigación civil chilena. Para ello se argumenta en el siguiente orden. Primero se introduce la tensión entre la coherencia procesal que es exigible a los litigantes y el derecho de defensa que garantiza el texto constitucional, en el marco de una ley procesal que equilibra intereses privados y públicos. En segundo lugar se identifican las dos tesis –una amplia y otra restringida– que han utilizado las juezas y jueces civiles para aplicar el deber procesal de coherencia que funda la prohibición de ir contra acto propio.

En tercer término se distingue entre el rol secundario que cumple este deber en la motivación de los fallos y su aplicación residual. Es en este último plano que el deber de coherencia instala un control judicial permanente de la argumentación jurídica del litigante ante situaciones de abuso, engaño y actuaciones manifiestamente dilatorias. En este punto se hace una mención especial a los procedimientos laborales, en donde el problema de la contravención de acto propio ha sido profusamente discutido, cuya conclusión es aplicable por analogía a otras formas de litigación semejantes. Por último, se precisa el efecto que acarrea la infracción de este deber procesal, cual es la inadmisibilidad del acto incoherente, así como su compatibilidad con otras medidas específicas que sirven para inhibir las infracciones a la buena fe procesal, como pagar las costas e indemnizar los perjuicios.

⁵ DOUGNAC, F., “Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, N° 3, 2001, p. 626 (concluye de esta interpretación que “en este caso, el efecto de la sentencia de protección devendría, por la fuerza de los hechos, en cosa juzgada material”).

⁶ CARRETTA, F., “¿Los actos propios en el proceso civil? A propósito del principio de la buena fe procesal y su incorporación en la Ley 20.886 sobre Tramitación Electrónica en el procedimiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), N° 35, 2018, p. 334 (se inclina por “una serie de actos” como condición necesaria para aplicar la prohibición de ir contra acto propio).

II. EL DEBER PROCESAL DE COHERENCIA

Antes de que tuviera vigencia legal, la jurisprudencia civil chilena había considerado a la prohibición de ir contra acto propio como un principio general del derecho⁷. Así como lo señaló la Corte Suprema, por ejemplo, en *Vergara con Sociedad de Inversiones Genit Ltda.*, esta prohibición persigue, “al amparo del principio general de la buena fe, conseguir un mínimo de coherencia entre la conducta del sujeto y sus pretensiones judiciales y un comportamiento consecuente”⁸.

Este “mínimo de coherencia” cuando se litiga es necesario porque la litigación civil se asemeja a un juego, aunque no en un sentido de decisiones inmanentes (*i. e.*, al “jugar” de cierta manera un resultado es inevitable, como el jaque mate en el ajedrez), sino como decisiones dirimentes (*i. e.*, una actividad dinámica que tolera cierto margen de discrecionalidad en las decisiones de los sujetos procesales)⁹.

De allí que la litigación –al igual que un juego– pueda ser analizada (1) desde el punto de vista de sus resultados, examinando la creación de sus reglas (por el Parlamento) o su aplicación (por los tribunales), o bien, (2) desde la óptica de la actividad misma¹⁰. En este último caso la categoría clave es la del debido proceso.

Desde esta última perspectiva, la prohibición de ir contra acto propio da cuenta de una tensión entre la coherencia procesal que la litigación requiere y el derecho de defensa que se garantiza constitucionalmente¹¹. En una frase que a menudo se repite

⁷ Por todas: Corte de Apelaciones de Santiago, 30 enero 2014, Rol Nº 1.731-2013, cons. 5º y 6º (Duodécima Sala: redacción del Ministro Juan Cristóbal Mera) (se rechaza la pretensión del actor de que se le indemnice un corte en la cara que habría sufrido porque la empresa permitió que en uno de los puentes que atraviesan la autopista colgase un hilo con vidrio molido, ya que el mismo día del accidente el propio demandante declaró a un canal de televisión que vio un volantín cerca de su cara aunque no el hilo, de modo que el accidente se produjo por un hecho de tercero) analizada en MORALES, M. E., “La prohibición de ir contra acto propio como manifestación de la exigencia al consumidor de actuar conforme a los parámetros de la buena fe (Corte de Apelaciones de Santiago)”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. 27, Nº 1, 2014, pp. 247-251.

⁸ Corte Suprema, 26 enero 2011, Rol Nº 3.450-2009 citada en PADILLA, R., “Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, Nº 20, 2013, pp. 151-152.

⁹ CARRASCO, N., “El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargas informativas: Una mirada desde el análisis económico del derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, Nº 1, 2017, pp. 190, 198 (considera al proceso civil “como un juego único y no reiterativo que tiende a la interiorización de las expectativas de éxito y fracaso de las partes [...] un juego único procesal como vía para interiorizar cargas argumentativas”).

¹⁰ BONE, R., “Procedure, Participation, Rights”, en *Boston University Law Review*, 90, 2010, pp. 1025-1028.

¹¹ En un lenguaje estrictamente constitucional esta tensión puede describirse como una oposición entre el derecho (fundamental) a una tutela judicial efectiva y el derecho (fundamental) de defensa: HUNTER, I., “No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. 21, Nº 2, 2008, pp. 158-164 (sostiene una posición escéptica en cuanto al fundamento constitucional del principio de buena fe procesal); PICÓ I JUNOY, J., “El debido proceso “leal”. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal”, en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Vol. 9, 2006, pp. 331 ss (argumenta desde una perspectiva constitucional en favor de la buena fe procesal).

en las decisiones de los tribunales chilenos: “Los actos propios encuadran el derecho de los litigantes”¹².

Este “encuadre” genera una pugna entre ser coherente en el juicio y defenderse lo mejor posible. Para establecer un equilibrio a este respecto es preciso notar que las regulaciones procesales se han desplazado desde una concepción que privilegió la defensa (como en el *Code de Procédure Civile* francés de 1806) hacia una que promueve la colaboración (como en las *Civil Procedure Rules* inglesas de 1998 y en la *Zivilprozessordnung* alemana de 2002). El desafío, entonces, es conseguir este equilibrio entre defensa y coherencia asumiendo que “vivimos en un mundo de híbridos”, para decirlo con William Twining¹³.

La tensión descrita explica que la prohibición de ir contra acto propio se haya interpretado judicialmente de más de una forma: a veces, dando más importancia a la colaboración con los jueces; en otras, en cambio, siendo deferente con la defensa de las partes y sancionando solo las actuaciones abusivas.

III. LA PROHIBICIÓN DE IR CONTRA ACTO PROPIO EN LA JURISPRUDENCIA CIVIL

La cláusula de buena fe procesal tiene como propósito impedir que el interés de las partes cancele los compromisos que sirve la administración de justicia. La fórmula que emplea la ley chilena no se limita a prohibir el dolo o la mala fe en la litigación, sino que permite imponer ciertas cargas y deberes orientados a la colaboración con el juez¹⁴. Entre estos deberes se cuenta el de la coherencia argumentativa, el que morigera el derecho de defensa de las partes. Así, por ejemplo, si un banco manifiesta su voluntad de cobrar todo el crédito a su favor mediante una demanda ejecutiva y gracias a que cuenta con una cláusula de aceleración, luego no puede desdecirse alegando la interrupción del plazo de prescripción¹⁵.

La prohibición de ir contra acto propio ha tenido aplicación en toda la justicia civil chilena, sea patrimonial, de familia o del trabajo. Así, en los conflictos patrimoniales,

¹² Por todas: *Jabr y Cía. Ltda. con Param*, Corte de Apelaciones de Concepción, 18 agosto 2014, Rol N° 581-2014, CL/JUR/5573/2014, cons. 5° (Sexta Sala: redacción de la Ministra Matilde Esquerré).

¹³ TWINING, W., *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª Edición, 2006, p. 196.

¹⁴ LARROUCAU, J., “Tres lecturas de la buena fe procesal”, en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, 2013, p. 265.

¹⁵ TAVOLARI, R., “De la aceleración, la interrupción de la prescripción y la doctrina de los actos propios en el proceso”, en *Gaceta Jurídica* N° 188, 1996, pp. 100-103. En igual sentido: *Compañía Contractual Minera Los Andes con Ponce*, Corte de Apelaciones de Copiapó, 10 octubre 2014, Rol N° 186-2014, CL/JUR/7371/2014, cons. 5° (redacción del Ministro Francisco Sandoval) (“si habiendo ejecutado una actuación en nombre, interés y beneficio de la sociedad demandada –cual es, notificarse personal y voluntariamente de la demanda de oposición a la mensura incoada–, pretende luego que se desconozca validez a dicha gestión, conjuntamente con el resto de lo obrado en los autos, invocando una circunstancia que conocía desde el inicio [el litigante va contra acto propio]”).

por ejemplo, ella se ha invocado en casos de nulidad contractual, precario, reivindicación, prescripción, pago de las rentas del arrendamiento, interpretación del contrato, indemnización de daños, ejecución, arbitraje, entre muchos otros¹⁶. Su empleo, en todos estos casos, no ha sido uniforme: (1) en algunas circunstancias los jueces la han interpretado de una forma amplia, cuestionando no solo el modo en que la parte presenta sus argumentos, incluso cuando se vale de potestades que le atribuye la ley, sino que la posibilidad misma de ir a juicio; (2) en otras ocasiones, en cambio, se ha resuelto que este deber solo puede ser un límite a las conductas abusivas, fraudulentas o manifiestamente dilatorias.

1. *Aplicación amplia*

La concepción extensiva de este deber de coherencia puede limitar severamente el acceso a la justicia de las personas. Para evidenciarlo es útil acudir a un par de ejemplos tomados de la litigación civil acerca de contratos y propiedad, en relación con el modo en que se interpone una demanda. En el conocido caso *Villanueva con Sanbueza*, la actora demandó la nulidad (absoluta) del contrato alegando simulación, a pesar de que en un juicio anterior había solicitado su nulidad (relativa) por lesión enorme. La Corte Suprema falló en contra de los intereses de la actora al considerar que su conducta no era “leal y honesta”¹⁷, no obstante que la propia ley permite alegar “acciones incompatibles” en un juicio¹⁸.

A primera vista, entonces, pareciera que la solución a este reparo habría sido acumular las “acciones incompatibles” de la actora en un mismo juicio, presentando una en subsidio de la(s) otras(s). Pero lo cierto es que una interpretación amplia del deber de coherencia también censura este tipo de estrategias. Así, por ejemplo, en *Vera con Municipalidad de Puerto Montt*, el actor interpuso (“en lo principal”) una acción de “mera certeza” de su dominio y (“en subsidio”) una acción para que se “declare que el inmueble que posee constituye un resto no expropiado” de un terreno adquirido, en último término, por prescripción. En primera instancia, el Segundo Juzgado Civil de Puerto Montt no dio lugar a la demanda, rechazando tanto la acción principal como la subsidiaria, decisión que sería confirmada por la Corte de Puerto Montt con el siguiente argumento:

“Ejercidas una y otra pretensión en un mismo libelo revelan debilidad en la confianza de la teoría del caso y del derecho en que se sustenta y ejerce, y una manipulación perversa de las facultades que proporciona el ordenamiento procesal, que se contraponen

¹⁶ CONTARDO, J. I., “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena”, en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, Nº 18, 2010, pp. 81 ss.

¹⁷ Corte Suprema, 09 mayo 2001, MJCH_MJJ7138, cons. 3º (redacción del Abogado Integrante René Abeliuk) analizada en ROMERO, A., “El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, Nº 1, 2003, pp. 167-172.

¹⁸ Art. 17 Código de Procedimiento Civil: “En un mismo juicio podrán entablarse dos o más acciones con tal que no sean incompatibles. (2) Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de otra”.

al principio de buena fe que debe imperar entre los litigantes, pues se extralimita con el abuso del derecho, igualmente vedado a los litigantes”¹⁹.

Un razonamiento muy similar empleó la Corte Suprema en *Vásquez y Arriagada con Vicariato Apostólico Aysén*, en donde el actor interpuso (“en lo principal”) una acción reivindicatoria y (“en subsidio”) una acción de nulidad del contrato, lo que dio lugar a una demanda cuya argumentación jurídica fue considerada confusa²⁰.

Como se puede observar, esta forma amplia de interpretar el deber de coherencia termina cancelando una posibilidad que la propia ley procesal le reconoce al actor en cuanto al modo de presentar los fundamentos de su demanda; regla que, por lo demás, en el Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 (Boletín N° 8197-07) se mantiene²¹. Esta restricción argumentativa no es menor si se considera que se trata de una estrategia sumamente frecuente, por ejemplo, en los juicios de responsabilidad civil²² y en casos de restitución de bienes²³.

Si el actor introduce varias pretensiones, de modo tal que con ello incluso puede cambiar el objeto procesal (por ejemplo, cuando se demanda el cumplimiento de un contrato y, en subsidio, su resolución), el juez debería ser deferente con el orden de prelación en que el demandante ha presentado sus peticiones y fundamentos²⁴, sin declarar inadmisibles las demandas por estimarlas incoherentes, salvo en casos excepcionales como el de *Vásquez y Arriagada*, recién citado. Esta deferencia con la forma en que el actor

¹⁹ Corte de Apelaciones de Puerto Montt, 04 de marzo de 2014, Rol N° 45-2013, MJJ37266 (redacción del Ministro Leopoldo Vera) analizada en LARROUCAU, J., “Demandas abusivas”, en *La buena fe en la jurisprudencia: comentarios y análisis de sentencias*, Lilian San Martín (editora), Silvia Retamales y Valentina Guevara (coordinadoras), Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2015, pp. 51-61.

²⁰ Corte Suprema, 17 junio 2015, Rol N° 22.264-2014, CL/JUR/3405/2015, cons. 4° (Primera Sala: redacción del Ministro Guillermo Silva) (“no es posible soslayar que los supuestos de hecho y derecho que esgrimió la actora para fundamentar su pretensión reivindicatoria no resultan claros, pues al explicar la procedencia de la acción afirmó en su demanda, indistintamente, que los títulos que sirven de antecedente a la posesión inscrita que beneficia a la demandada adolecen de vicios de validez y también señala, solamente al pasar, sin mayor basamento y sin hacer petición alguna sobre ello, que tales actos le son inoponibles a su parte, por dar cuenta de una venta de cosa ajena, confusión que la petición subsidiaria acrecienta aún más, pues se endereza precisamente con el objeto de obtener la declaración de nulidad de las compraventas”).

²¹ Art. 51 Proyecto de Código Procesal Civil de 2012: “De la pluralidad inicial objetiva de acciones. El actor podrá ejercer conjuntamente en una misma demanda varias acciones o pretensiones en contra un mismo demandado, aunque provengan de diferentes títulos, con tal que no sean incompatibles entre sí. (2) Sin embargo, podrán proponerse en una misma demanda dos o más acciones incompatibles para que sean resueltas una como subsidiaria de la otra. (3) También se tramitarán conjuntamente en una misma demanda distintas acciones cuando así lo dispongan las leyes”.

²² LARROUCAU, J., “La opción de responsabilidad civil como un acertijo procesal”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, Fabián Elorriaga coordinador, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2012, pp. 461 ss.

²³ Corte de Apelaciones de Santiago, 19 julio 1993, LegalPublishing N° 20196, cons. 6° y 7° (redacción del Ministro Juan Araya) (en este caso el arrendatario dejó de pagar la renta y el arrendador demandó, en lo principal, el término del contrato por incumplimiento de una obligación y, en subsidio, la restitución por la vía del precario, lo que “pugna con la doctrina de los actos propios”).

²⁴ LARROUCAU, J. y ROSTIÓ, I., “Del juicio de precario”, en *Fundamento de derechos reales en el derecho chileno*, Rodrigo Barcia Lehmann compilador, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, pp. 76-78.

decide presentar su caso no significa, por cierto, que si el tribunal rechaza la acción principal y acoge una subsidiaria, el demandante pueda acudir a una Corte a impugnar tal decisión por este solo motivo²⁵.

En definitiva, esta versión amplia del deber de coherencia —una “teoría expansiva del acto propio”—²⁶ puede incidir no solo en el derecho de defensa durante el juicio, sino que, antes que esto, puede vulnerar el acceso a la justicia o tutela jurisdiccional de la persona.

Es interesante añadir que esto suele ocurrir cuando el antecedente no es una acción, sino una omisión. Así, por ejemplo, en *Dubalde con Lang y Ríos*, la Corte Suprema consideró que al no haberse interpuesto un incidente de nulidad de la subasta en el propio juicio ejecutivo no se podía, más adelante, pretender la nulidad de la misma en un juicio declarativo²⁷. En *Intequip Mining Sales and Services Ltd. con Altamirano*, en tanto, la Corte Suprema sostuvo que al no haberse pedido la incompetencia del tribunal al comienzo del juicio, no se podía luego recurrir en contra de la sentencia señalando que el asunto estaba reservado a la justicia arbitral²⁸. Y, en *Sociedad Aránguiz Romero y Oso con Mainar Chile Limitada*, por su parte, se impidió que la demandada se opusiese a la ejecución de la sentencia porque supuestamente no había sido emplazada en el juicio, si estaba claro que había podido defenderse durante el litigio²⁹.

2. Aplicación restringida

La concepción restringida de la prohibición de ir contra acto propio, en cambio, se limita a los casos de abuso, engaño y conductas manifiestamente dilatorias. Este rol se

²⁵ Por todas: *Pomés con Isapre Cruz Blanca S.A.*, Corte Suprema, 09 marzo 2016, Rol Nº 9.555-2015, CL/JUR/1631/2016, cons. 10º (Primera Sala: redacción del Abogado Integrante Álvaro Quintanilla) (“las alegaciones planteadas por la recurrente bajo el acápite que se analiza resultan improcedentes ya que contrarían lo que ha sido su propio actuar procesal, desde que la misma planteó aunque sea en forma subsidiaria una acción indemnizatoria de perjuicios sustentada como se ha dicho en la responsabilidad contractual que le imputa a la demandada, aceptando con ello la procedencia de la aplicación al caso de dicha regulación normativa por el tribunal, lo que le resta toda legitimidad para contrariar la decisión de los jueces de alzada, pues desconoce su propio proceder, alterando, por lo demás, el tenor de la litis”).

²⁶ GANDULFO, E., “La aplicación del principio *“venire contra factum proprium non valet”*. Un caso de vulgarismo jurídico”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, Nº 2, 2005, p. 364.

²⁷ Corte Suprema, 19 diciembre 2011, Rol Nº 2.909-2011, CL/JUR/10029/2011, cons. 9º (Primera Sala: redacción del Ministro Juan Araya). En el mismo sentido: *Figueroa con Reñasco y otra*, Corte Suprema, 11 junio 2012, Rol Nº 3.806-2012, CL/JUR/3958/2012, cons. 4º (Primera Sala) (“los jueces del mérito desconocen la legitimidad del actor para impetrar la nulidad, desde que su conducta pugna con la buena fe, al contravenir aquella desplegada en el juicio seguido en su contra, con la cual les confirió validez a los efectos de la subasta, tanto por no solicitar la nulidad del acto como por requerir el giro de cheques a propósito del remate”).

²⁸ Corte Suprema, 14 noviembre 2016, Rol Nº 45.787-2016, CL/JUR/7580/2016, cons. 10º (Primera Sala).

²⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 10 febrero 2016, Rol Nº 10.952-2015, CL/JUR/1619/2016, cons. 6º (Séptima Sala: redacción de la Ministra María Soledad Melo) (“no puede aceptarse que el apelante, en el momento en que es requerido el cumplimiento incidental del fallo, sostenga el desconocimiento de la acción como persona natural, desde que las actuaciones en el proceso por él efectuadas, importaron una cabal inteligencia de la demanda deducida”).

puede graficar con el caso *Inmobiliaria Alameda de Antofagasta con Vergara*. Aquí la actora reivindicó en contra de alguien que detentaba injustamente un inmueble y que de forma previa había ganado otros dos juicios sobre el mismo bien: uno por incumplimiento de contrato, al negar la existencia del arrendamiento, y uno de precario, en donde, por el contrario, el demandado hizo valer en su favor el arrendamiento como título para justificar la tenencia. En este tercer juicio –el reivindicatorio–, el mismo arrendamiento (celebrado con la anterior dueña del inmueble) también le sirvió al demandado para vencer en la segunda instancia. Pero finalmente sería la Corte Suprema quien le pondría freno a estas maniobras porque, aunque dichas actuaciones ocurrieron en juicios distintos, merecían una censura: la “actitud es contraria a derecho, ya que contraviene el principio jurídico de la doctrina de los actos propios”³⁰.

Con todo, este fallo contó con un voto en contra, del ministro Milton Juica, en cuya opinión todas estas “alegaciones formuladas en causas distintas constituyen el legítimo ejercicio del derecho de defensa que le asegura la Constitución Política”.

Desde un punto de vista restringido, entonces, este deber de coherencia permite sancionar hipótesis de abuso o fraude, por ejemplo, cuando un deudor emplea una empresa en la que participa para constituir una hipoteca sobre el inmueble que debe ser subastado en un juicio ejecutivo e impedir de este modo que se pague la deuda, así como ocurrió en *Salvo y otros con Inmobiliaria Bergneustadt Limitada*³¹. En este mismo sentido, en *Sociedad Inmobiliaria Puerto Varas Limitada con Comercializadora de Alimentos Mediterráneo Limitada*, se dejó sin efecto el alzamiento de una medida precautoria –que le permitió al demandado vender el inmueble al día siguiente, a un exsocio de la empresa demandada– porque el Receptor Judicial dejó constancia de tal diligencia con casi un mes de retraso, impidiendo que la demandante hiciese valer sus derechos. El tribunal consideró que se había infringido el principio de la buena fe procesal en su variante específica que prohíbe ir contra acto propio, porque en una audiencia posterior a la venta del inmueble la demandada se mostró dispuesta a conciliar esgrimiendo como garantía del cumplimiento del acuerdo la medida precautoria que ella misma había logrado alzar, por lo que sabía que no estaba vigente³².

³⁰ Corte Suprema, 30 mayo 2007, Rol N° 4.680-2005, MJJ10201, cons. 10° analizada en PÉREZ, M. F., “La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello”, en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 21, N° 1, 2014, pp. 416-417.

³¹ Corte Suprema, 14 marzo 2017, Rol N° 35.542-2016, CL/JUR/901/2017, cons. 24° (Primera Sala: redacción del Ministro Guillermo Silva) (“la improcedencia del actuar de la ejecutada, por cuanto pretende desconocer la posición que sus antecesores en dominio y luego sus únicos socios tuvieron al celebrar el acto por el cual constituyeron la hipoteca de que se trata, en los términos que lo hicieron, desconociendo o contrariando lo que fue su posición jurídica en el mismo, cuestionando la legitimidad de las estipulaciones que éstos convinieron para así eludir la satisfacción de las obligaciones cuyo cumplimiento pretendió ser asegurado por la garantía hipotecaria, de cuya existencia estaban en pleno conocimiento conforme a la propia declaración que los mismos formularon y en condiciones de conocer el contenido íntegro de la misma, según la inscripción que también reconocen”).

³² Juzgado de Letras de Puerto Varas, 07 diciembre 2018, Rol N° 1.362-2018, cons. 5° (Redacción de la Jueza Lorena Lemunao).

En conclusión, bajo cualquiera de los enfoques señalados, el deber de coherencia que funda la prohibición de ir contra acto propio suscita varios interrogantes que es preciso responder: ¿Cómo se pueden alegar en un juicio argumentos que son incompatibles entre sí, pero útiles a los intereses de la parte?, ¿se puede cambiar el argumento jurídico cuando se recurre ante una Corte?³³, ¿qué limitaciones se derivan de los juicios ya litigados?, ¿estos juicios deben haberse litigado con la misma parte o también cuentan los juicios con terceros? Como se ve, la prohibición de ir contra acto propio no contiene una respuesta clara para estos asuntos. No obstante, lo que ella sí ha puesto de manifiesto es la necesidad de aproximarse a la litigación civil como un sistema y no como un compendio de casos aislados.

Para dar realce a la importancia de este giro es oportuno aludir a dos situaciones más, las que muestran el tradicional vínculo que ha habido entre la prohibición de ir contra acto propio como expresión de la buena fe procesal y la cosa juzgada como forma de clausurar los litigios.

En *De la Fuente con Williamson Balfour Motors Distribuidora S.A.*, a propósito de un accidente de tránsito, se resolvió que en el juicio de responsabilidad civil en contra de la empresa no se podía controvertir que el seguro no operó porque el conductor no dejó constancia a tiempo del accidente, ya que este hecho fue probado tanto en el juicio penal (que concluyó con una suspensión condicional del procedimiento) como en el juicio civil en contra del conductor³⁴. El deber de coherencia, entonces, se conecta con la prejudicialidad, modulando de este modo las posibilidades de defensa en un juicio que tiene relación con otros³⁵.

³³ Un buen caso para discutir esta pregunta es *Inversiones Disal S.A. con Salinas*. En aquel juicio la actora se impuso en favor de la actora, aunque la demandada desconoció que el inmueble estuviese en su poder (Juzgado de Letras de Melipilla, 27 agosto 2007, Rol N° 64.292, LegalPublishing N° 43499, cons. 8°, redacción de la Jueza Angélica Pérez), decisión que fue revocada en segunda instancia debido a un cambio en la valoración de la prueba –los testigos presenciales de la demandante pasaron a ser considerados testigos de oídas– (Corte de Apelaciones de San Miguel, 30 junio 2008, Rol N° 24-08, LegalPublishing N° 43499, cons. 9°, redacción de la Ministra María Soledad Espina). La Corte Suprema, en tanto, dejó sin efecto el fallo de segunda instancia y se pronunció en favor de la actora considerando la conducta del demandado contraria a la buena fe procesal, debido a “la contradicción y falta de coherencia entre el escrito de fojas 53 (patrocinio y poder presentado por el señor Salinas Urrutia, en que fija su domicilio en Los Jazmines N° 015, Melipilla) y las cuatro alegaciones en que se funda el recurso de apelación acogido por el tribunal de segunda instancia (todas las cuales plantean que no es él quien ocupa el inmueble requerido por el demandante)” (Corte Suprema, 24 marzo 2010, Rol N° 5.698-08, LegalPublishing N° 43499, redacción de la Abogada Integrante Maricruz Gómez de la Torre).

³⁴ Corte Suprema, 9 noviembre 2017, Rol N° 4.669-2017, CL/JUR/7177/2017, cons. 10° (Primera Sala: redacción del Ministro Juan Eduardo Fuentes) (“[la recurrente] no puede pretender cuestionar la responsabilidad de dicho sujeto [el conductor] si antes aceptó esa misma circunstancia y pretendió obtener provecho de ello, asilándose en una interpretación normativa que no enarbó cuando no le convenía cuestionar la responsabilidad [del conductor]”).

³⁵ En esta misma senda: *Vera con Melgarejo y otro*, Corte Suprema, 5 abril 2018, Rol N° 34.262-2017, CL/JUR/1566/2018, cons. 8° (Primera Sala: redacción de la Ministra Andrea Muñoz) (“si durante el juicio el demandado Miranda Melgarejo no desconoce que el pago que el conductor del camión de su propiedad realizó en el juicio penal seguido en su contra se refiere a los mismos hechos de este proceso, mal puede en

En *Ortega y Aravena con Empresa Nacional de Electricidad S.A.*, en tanto, se consideró que había una incoherencia entre un primer juicio en que se demandó la resolución de un contrato con indemnización de perjuicios y, un segundo juicio, en que se solicitó la nulidad del mismo contrato³⁶. Este tipo de situaciones demuestra que la prohibición de ir contra acto propio puede cubrir casos que la cosa juzgada no logra impedir, debido a que el objeto pedido es diverso.

De este modo, la prohibición de ir contra acto propio anticipa en algún sentido el cambio que se propone en el Proyecto de Código Procesal Civil de 2012, en cuanto a eliminar la triple identidad (art. 177 Código de Procedimiento Civil/CPC) de la excepción de cosa juzgada y reemplazarla por la categoría del “objeto virtual” (o de “lo deducido y lo deducible”), de manera que el efecto negativo o excluyente de la cosa juzgada dependa solo de “que se pretenda un nuevo juzgamiento de lo ya resuelto” (art. 216)³⁷. Este deber de coherencia, cuando se lo interpreta de forma amplia, termina por imponerle al juez la ardua tarea de analizar no solo lo que el litigante sostuvo en otro(s) juicio(s) que se relacionan con el actual, sino que también aquello que pudo haber alegado en su favor, pero por un motivo u otro no hizo.

IV. “UN ESCUDO, NO UNA ESPADA”

La aplicación judicial de este deber de coherencia fue resumida en la cultura jurídica angloamericana con esta frase: “La prohibición de ir contra acto propio brinda un escudo, no una espada” (*estoppel provides a shield, not a sword*)³⁸. En lo que respecta a la justicia civil chilena, en tanto, para evitar una aplicación desmesurada de este deber y, con ello, una vulneración de los derechos constitucionales ligados al debido proceso

su recurso de casación controvertir la responsabilidad de ese sujeto ya que, considerarlo de otro modo, sería olvidar que la teoría de los actos propios protege, en último término, la buena fe objetiva”; *De Caso con Bofill*, Corte Suprema, 13 septiembre 2007, Rol N° 169-05, cons. 12° (redacción del Abogado Integrante Arnaldo Gorziglia) (“a nadie le es lícito hacer valer un derecho civil o procesal en contradicción con su anterior conducta jurídica [lo cual] impide jurídicamente el que una persona afirme o niegue la existencia de un hecho determinado, en virtud de haber ejecutado antes un acto, hecho una afirmación o formulado una negativa en el sentido precisamente opuesto”).

³⁶ Corte de Apelaciones de Concepción, 04 septiembre 2013, Rol N° 374-2013, CL/JUR/1979/2013, cons. 5° y 8° (redacción del Abogado Integrante Carlos Céspedes) (“la presentación posterior de una demanda de nulidad absoluta del mismo contrato importa el ejercicio de una pretensión antagónica con la conducta anteriormente exteriorizada, dado que ahora contradictoriamente solicitan la ineficacia de un acto jurídico que consideraron plenamente válido en una oportunidad anterior”).

³⁷ El Mensaje del Proyecto de Código Procesal Civil de 2012 alude a este cambio al decir que, “en materia de cosa juzgada, recogiendo las tendencias modernas en esta materia, se regula su efecto positivo o prejudicial, e innovando en lo que ha sido tradicional, se elimina la triple identidad como factor determinante para la configuración de la fase negativa de este instituto. Se mantiene, como es indispensable, la identidad subjetiva, pero se entregan los demás elementos al análisis identitario [sic] que efectúe razonadamente el tribunal, con el fin de impedir la dictación de sentencias contradictorias y el iniciar procesos que versen sobre asuntos ya decididos por sentencias ejecutoriadas”.

³⁸ La referencia es a la jurisprudencia inglesa: *Combe v. Combe* (1951) 2 KB 215.

y una vulgarización de otras categorías procesales, es preciso formalizar su ámbito de aplicación. Esto implica identificar las condiciones de operatividad que la distinguen de otras formas –como la colusión entre litigantes, por ejemplo– también incluidas en la ley como casos típicos de infracción a la buena fe procesal.

Un camino a seguir, claro está, es el de la tipificación legal de ciertas situaciones en que se contradice un acto propio. En este sentido, el Código de 1903 contempla supuestos específicos de protección a la confianza legítima provocada por la conducta de uno de los litigantes: por ejemplo, pedir la incompetencia del tribunal mediante una declinatoria o una inhibitoria, en donde la elección de una vía hace precluir la posibilidad de optar por la otra y no pueden intentarse ambas de forma simultánea (art. 101 inciso 2 CPC), o bien, la imposibilidad de modificar las causales de casación –en el fondo o en la forma– una vez interpuesto el recurso (art. 774 CPC).

La ley chilena ha cultivado esta senda especialmente en la justicia de familia, guiando el trabajo de los jueces mediante escenarios típicos. Así, por ejemplo, la multa por romper un acuerdo de esponsales (art. 99 inciso 2 Código Civil/CC), la paternidad del hijo concebido con anterioridad al matrimonio y reconocido por actos positivos (art. 184 inciso 3 CC), el reconocimiento del padre que el hijo mayor de edad ha aceptado (art. 192 CC), la incorporación al inventario de bienes que el guardador sabe que no pertenecen al pupilo (art. 387 CC), la renuncia a los gananciales cuando se alega un engaño (art. 1782 CC), el valor atribuido a las solemnidades mediante las cuales se demuestra el cese de la convivencia (art. 22, Ley 19.947 de 2004, ley de matrimonio civil), el *nemo tenetur* cuando se demanda la separación judicial (art. 26 inciso 3° Ley 19.947), o bien, el incumplimiento reiterado de las obligaciones alimenticias cuando se demanda unilateralmente el divorcio (art. 55 inciso 3° Ley 19.947)³⁹.

A pesar de todo, debido a que la ley procesal no puede saturar este deber mediante reglas específicas, es la jurisprudencia y la dogmática quienes tienen que identificar en qué otros casos la confianza que generan las conductas de los litigantes amerita acudir a la prohibición de ir contra acto propio para acotar el derecho de defensa.

Este desafío requiere del auxilio de otras categorías procesales, mejor delineadas por la práctica judicial, lo que se traduce en que la prohibición de ir contra acto propio suele ir acompañada de otros argumentos en la motivación de las sentencias. Esta circunstancia hace necesario distinguir entre una aplicación secundaria (*obiter dicta*) del deber de coherencia y una aplicación residual, siendo esta última un control judicial permanente de la argumentación jurídica de los litigantes ante situaciones de abuso, engaño y actuaciones manifiestamente dilatorias.

Un ejemplo típico del rol secundario –como argumento de refuerzo o “a mayor abundamiento”– del deber de coherencia se halla en la tendencia que desautoriza a la Corte Suprema (o, mejor dicho, en que la Corte Suprema se desautoriza a sí misma) para revisar las intenciones de las partes en un contrato. Para citar solo uno de estos casos:

³⁹ CORRAL, H., “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia chileno”, en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, N° 18, 2010, pp. 103 ss.

en *Aseguradora de Magallanes S.A con Mediterranean Shopping Company S.A.*, la Corte Suprema estuvo de acuerdo con el abandono de procedimiento –ya que no se había realizado ninguna gestión útil entre mayo de 2002 y diciembre de 2003–, aunque uno de los litigantes se opusiera, debido a que el contrato de compromiso lo habían firmado, precisamente, con el objetivo de mantener en suspenso el juicio⁴⁰.

Este papel secundario en el razonamiento judicial no es extraño porque la coherencia es un estándar de justificación de pretensiones jurídicas de carácter débil (o no imperialista), ya que admite (o, más bien, requiere) colacionar otros criterios en el argumento principal⁴¹. Este rasgo estructural de la coherencia explica que esta infracción a la buena fe procesal aparezca, con bastante frecuencia, como un *obiter dicta* en las decisiones judiciales.

Un claro ejemplo de su rol residual, en tanto, es *Melo con Melo*, un juicio de nulidad de una compraventa por lesión enorme. En primera instancia no se consideró que la demanda fuese incoherente con una renuncia contractual previa a dicha acción de nulidad, porque como la contraparte no habría cumplido con pagar el justo precio, la excepción de contrato no cumplido (art. 1552 CC) hacía viable dicha demanda⁴². Como se puede apreciar, un razonamiento como este le da la razón a Walter Zeiss, en cuanto a que “la prohibición de *venire contra factum proprium* se toca con el principio del *pacta sunt servanda*”⁴³. Con todo, dicha sentencia sería luego revocada en segunda instancia, al estimarse que el actor había ido contra acto propio⁴⁴, conclusión que la Corte Suprema apoyó⁴⁵.

⁴⁰ ROMERO, A., “El acto propio en materia arbitral: Algunos límites probatorios para su aplicación”, en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, N° 18, 2010, pp. 69 ss. La cláusula de estilo que se emplea en situaciones como esta es bien conocida y comunica de forma clara el argumento principal para rechazar estos recursos. Dicho argumento no es otro que una doble deferencia, tanto con la (libre) negociación de las partes como con la (libre) valoración de la prueba del juez de instancia: “La voluntad e intención plasmada por las partes en un contrato y que los Jueces del fondo llegan a establecer en uso de las facultades que le son propias, constituye un hecho que se presenta inamovible para el Tribunal de casación, no siendo posible impugnarlo mediante la nulidad hecha valer”, Corte Suprema, 13 junio 2007, Rol N° 5.794-05, cons. 11°, LegalPublishing N° 36590 (redacción del Abogado Integrante Carlos Künsemüller).

⁴¹ BERTEA, S., “The Arguments from Coherence: Analysis and Evaluation”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, N° 3, 2005, pp. 372-373, 386.

⁴² 26° Juzgado Civil de Santiago, 21 julio 2005, Rol N° 4.162-2002, CL/JUR/7541/2005, cons. 20° y 21° (redacción del Juez Humberto Provoste).

⁴³ ZEISS, W., *El dolo procesal. Aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, traducción de Tomas Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1979 (1967), p. 100.

⁴⁴ Corte de Apelaciones de Santiago, 07 abril 2009, Rol N° 2.124-2006, CL/JUR/10058/2009, cons. 5° (Novena Sala: redacción de la Ministra María Eugenia Campos) (“establecido el hecho que el actor en el año 1995 compró a su hijo mediante escritura pública de 10 de mayo de 1995 la propiedad de Pasaje Aviador Acevedo 2244 de Conchalí, sin reparos, no puede ahora en este pleito contradecir su posesión jurídica anterior, alegando rescisión por lesión enorme del contrato de compraventa de 24 de agosto del 2001, en el cual la parte demandante vende a la parte demandada el mismo inmueble, dándose consecuentemente, todas las exigencias de procedencia del principio que se ha hecho referencia”).

⁴⁵ Corte Suprema, 13 diciembre 2010, Rol N° 3.602-2009, CL/JUR/17169/2010, cons. 14° (Primera Sala: redacción del Ministro Adalis Oyarzún).

En definitiva, la prohibición de ir contra acto propio es compatible con la libertad argumentativa de quien representa judicialmente a su cliente en un litigio, porque el derecho de defensa de aquella parte es la contracara del derecho de acción del otro litigante⁴⁶, de modo que –al conectar ambas posiciones: quien demanda con quien es demandado– se hace evidente que el respeto mutuo de sus “expectativas procesales justificadas”⁴⁷ los protege por igual de las conductas abusivas⁴⁸. Así como lo señala el Código de Ética, acordado por el Colegio de Abogados de Chile (Santiago de Chile) en 2011, un abogado no puede argumentar en un juicio de un modo tal que implique una “ventaja injustificada”⁴⁹.

1. *Los procedimientos laborales*

El intento de fijar los límites de este deber de coherencia acudiendo a categorías mejor delineadas –como la caducidad del plazo, por ejemplo– debe tener en cuenta que, en algunos casos, exigir coherencia a quien litiga puede acarrear secuelas indeseables. Esto último ha ocurrido con frecuencia en la justicia del trabajo, cuando la aplicación de este deber ha llevado a que el trabajador renuncie a derechos que son irrenunciables (art. 5 inciso 2 Código del Trabajo).

En este sentido, por ejemplo, aplicarle este deber de coherencia a un profesor que durante años ha emitido boletas de honorarios y tributado como independiente, cuando deja de prestar tales servicios y demanda por despido injustificado alegando un contrato de trabajo (véase, por todos, *Pacareu con Universidad Mayor*)⁵⁰, puede afectar la lógica interna del Derecho del trabajo, de acuerdo con la cual dicho profesor tiene derecho a discutir ante un juez la calificación de su desempeño como una situación de subordinación y dependencia, y no como la de un trabajador autónomo que solo arrienda unos servicios inmateriales⁵¹.

⁴⁶ TARUFFO, M., “General Report. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness”, en *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Michele Taruffo (editor), Kluwer Law International, Hague-London-Boston, 1999, p. 16.

⁴⁷ GANDULFO, E., “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico”, en *Ius et Praxis*, 15, N° 1, 2009, p. 130.

⁴⁸ CARRETTA, F., *La coherencia en el proceso civil: Imperativo conductual y decisional desde la buena fe (Casos y jurisprudencia)*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 2013, p. 92 (cuestiona el papel de la prohibición de ir contra acto propio poniendo en entredicho la existencia de derechos procesales, como el derecho a no sufrir un abuso procesal).

⁴⁹ Art. 97 Código de Ética: “Límites en la argumentación. El abogado no debe argumentar ante los tribunales de manera dirigida a obtener ventajas injustificadas o de modo que resulte vejatorio para los demás participantes en el juicio. Así, le está prohibido hacer citas de sentencias, leyes u otros textos de autoridad sabiendo o debiendo saber que son inexactas; o aludir a características físicas, sociales, ideológicas u otras análogas respecto de la contraparte o de su abogado, que fueren irrelevantes para la decisión de la controversia”.

⁵⁰ Corte Suprema, 04 noviembre 2008, Rol N° 5.129-2008, cons. 3°. Este caso dio lugar a un proyecto de ley para prohibir “la Teoría del Acto propio” en contra de los derechos de los trabajadores (Boletín N° 6294-13), asumiendo que hay trabajadores que se ven forzados a aceptar contratos simulados.

⁵¹ CAAMAÑO, E., “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 32, 2009, pp. 266-273.

En un caso como el recién citado, entonces, en vez de limitar la actuación del trabajador mediante la prohibición de ir contra acto propio, el tribunal debe permitir que se litigue al respecto⁵².

Aun así, esto no significa que esta herramienta quede completamente marginada en los procedimientos laborales, ya que el deber de coherencia funciona bien cuando se trata de actuaciones abusivas⁵³. Así, en el famoso caso *Sternsdorff con Manaplast*⁵⁴, la solución judicial fue apropiada en cuanto a no permitir que un gerente de la empresa demandada invocara en su favor la regla que señala que son cláusulas del contrato las que menciona el trabajador (art. 9 Código del Trabajo), porque si el acuerdo no se había escriturado fue porque él mismo, por la posición que ocupaba dentro de la organización de la empresa, no lo hizo.

Este matiz respecto de la prohibición de ir contra acto propio en los procedimientos laborales también es posible hacerlo en otros juicios, como los de consumo y los de arrendamiento, en donde también hay una parte que puede terminar renunciando a derechos que no son renunciables si el deber de coherencia se aplica de forma indiscriminada. En este sentido, cobra relevancia la regla que introdujo la Corte Suprema, en *Medina con Garmendia Macus S.A.*, al pronunciarse sobre un recurso de unificación de jurisprudencia sobre “la validez o ineficacia en la procedencia de la aplicación de la teoría de los actos propios” en los procedimientos laborales. Lo que la Cuarta Sala resolvió entonces fue que no debe “aceptarse la teoría de los actos propios contra los derechos del trabajador, sino solo a su favor, atendida la naturaleza de la relación laboral y la necesaria protección que debe prodigarse al mismo”⁵⁵. En otras palabras, este deber de coherencia es un “escudo” del trabajador y no una “espada” del empleador.

La misma regla tendría que aplicarse a quienes litigan en una situación análoga a la del trabajador.

V. LOS EFECTOS PROCESALES DE IR CONTRA ACTO PROPIO EN LA LITIGACIÓN CIVIL

A diferencia de los actos jurisdiccionales, cuyo control es posterior a su notificación (*ex post*), los actos de las partes se controlan de forma previa (*ex ante*). En este sentido,

⁵² SIERRA, A., “La teoría de los actos propios en el ámbito laboral”, en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, N° 18, 2010, pp. 141 ss.

⁵³ LÓPEZ, M., “La teoría de los actos propios en el derecho del trabajo chileno”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, 2016, pp. 361-363.

⁵⁴ Corte Suprema, 17 marzo 2003, Rol N° 3.236-02, cons. 10° analizada en ATRIA, F., “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile), N° 5, 2005, pp. 124-128 (examina el caso como uno de derrotabilidad del art. 9 del Código del Trabajo).

⁵⁵ Corte Suprema, 12 abril 2018, Rol N° 18.304-2016, cons. 5° (Cuarta Sala: redacción del Abogado Integrante Carlos Pizarro; voto en contra del Abogado Integrante Rodrigo Correa).

la inadmisibilidad de un acto irregular –en un sentido amplio, que incluye al acto que suscita una incoherencia– se diferencia de otras técnicas procesales, como la nulidad, en que aquí el acto no llega a producir efectos⁵⁶.

La inadmisibilidad del acto debe ser, entonces, la respuesta a las actuaciones de parte que violan la prohibición de ir contra acto propio. Esto refuerza el rol preventivo que cumple el juez a la hora de aplicar la buena fe procesal.

En síntesis, la prohibición de ir contra acto propio permite que el juez enfrente la “inestabilidad o falta de coherencia” del comportamiento procesal de algunos litigantes (por todas, *Banco Security con Cerva y Ábalos*)⁵⁷. Esto se expresa en una cláusula de estilo de la Corte Suprema:

“Los actos propios encuadran el derecho de los litigantes, de forma que no puedan pretender que cuando han reclamado o negado la aplicación de una determinada regla en beneficio propio, puedan aprovechar instrumentalmente la calidad ya negada precedentemente, con perjuicio de los derechos de su contraparte”⁵⁸.

Este control judicial, como se dijo antes, es permanente, de modo que también puede ser ejercido por las Cortes. Por ejemplo, en *Burucker con Banco Scotiabank* el deudor alegó la simulación del acuerdo como fundamento para demandar, en primera instancia, la nulidad del mutuo hipotecario, mientras que en segunda instancia sostuvo que fue engañado por el banco ejecutante. Para la Corte Suprema, este sutil giro argumentativo no es admisible, porque la simulación se basa en el supuesto engaño padecido, de modo que en ambas instancias se invocó “la misma causa de pedir, toda vez que se arguye sobre la existencia de un engaño que habría afectado la voluntad del actor para celebrar el contrato de mutuo”⁵⁹.

En una situación similar –*Banco de Crédito e Inversiones con Palma y otra*–, el deudor ejecutado siguió una estrategia diferente, pero orientada al mismo objetivo: solicitó al juez la nulidad de todo lo obrado por un defecto en la notificación y, para el caso de acogerse la nulidad, pidió la prescripción de la deuda respecto de un pagaré con cláusula de aceleración facultativa, por la aceleración del plazo que habría supuesto la demanda ejecutiva cuya nulidad esperaba que se declarase. Al igual que en el caso anterior, la Corte Suprema rechazó esta estrategia aplicando las reglas de la nulidad procesal, de la prescripción y la prohibición de ir contra acto propio⁶⁰.

⁵⁶ CARRASCO, J., “La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil”, en *Ius et Praxis*, Vol. 24. Nº 1, 2018, p. 516.

⁵⁷ Corte Suprema, 02 noviembre 2011, Rol Nº 5.978-10, VLEX-333766622, cons. 10º (Primera Sala: redacción del Ministro Sergio Muñoz).

⁵⁸ Por todos: *Banco del Desarrollo con Vilas*, Corte Suprema, 09 octubre 2007, Rol Nº 2.263-06, VLEX-332720062, cons. 6º (redacción del Abogado Integrante Óscar Herrera).

⁵⁹ Corte Suprema, 30 julio 2006, Rol Nº 3.749-04, cons. 9º, LegalPublishing Nº 34911 (redacción del Ministro Jorge Rodríguez).

⁶⁰ Corte Suprema, 20 septiembre 2004, *Gaceta Jurídica* Nº 291, cons. 4º (redacción del Abogado Integrante René Abeliuk).

La prescripción, la caducidad y las reglas de las notificaciones, también sirvieron en *Lizana y Homazabal con Banco del Estado de Chile*, un caso de responsabilidad civil en donde la prohibición de ir contra acto propio desempeñó nuevamente un papel residual, no secundario. El banco había pagado una indemnización de \$ 85 millones, como tercero civilmente responsable, por los perjuicios derivados de un accidente de tránsito, a víctimas que interpusieron una nueva demanda en su contra pidiendo \$ 340 millones por daño moral (debido a la muerte de un hijo y del estado semiparapléjico en que quedó uno de los sobrevivientes, padre de dos hijos). En primera instancia, el fallo acogió la excepción de prescripción del banco demandado, pero la actora apeló porque, en su opinión, el banco se habría notificado tácitamente de esta nueva demanda, ya que al haber pedido la nulidad de la notificación de la demanda habría operado el art. 55 inciso 2° CPC⁶¹. Esta estrategia no tuvo éxito ante la Corte de La Serena, la que consideró que se contradecía una omisión propia, ya que la demandante no impugnó el fallo de primera instancia que rechazó el emplazamiento por notificación tácita y que ordenó, en cambio, la notificación al banco mediante exhorto; por tanto, su argumento en el nuevo juicio iba “contra sus comportamientos pretéritos, lo que no puede aceptarse sin contravenir gravemente al principio de la buena fe”⁶².

Por tanto, sea o no con el apoyo de otras categorías procesales, la prohibición de ir contra acto propio tiene un efecto procesal específico: la inadmisibilidad del acto incoherente. Lo que resta por ver es si este efecto es compatible con otras medidas que desincentivan estrategias de litigación que infringen la buena fe procesal.

1. *Las costas procesales y la indemnización de los perjuicios*

A raíz de la regulación mediante auto acordado que la Corte Suprema hizo de las costas que se pagan en las protecciones en contra de empresas aseguradoras de servicios médicos, el Tribunal Constitucional sostuvo que “las costas no son sanciones propiamente tales, sino consecuencias jurídicas derivadas del incumplimiento de cargas procesales [de modo que] se trata, entonces, del reembolso de gastos originados en el proceso por la misma parte, y no de una multa o sanción pecuniaria”⁶³. Si bien esta premisa es polémica, ya que las costas tienen una dimensión sancionatoria y proceden no solo por el incumplimiento de cargas, lo que ahora interesa destacar es lo que el Tribunal Constitucional concluyó a partir de ella:

⁶¹ Art. 55 inciso 2 Código de Procedimiento Civil: “Asimismo, la parte que solicitó la nulidad de una notificación, por el solo ministerio de la ley, se tendrá por notificada de la resolución cuya notificación fue declarada nula, desde que se le notifique la sentencia que declara tal nulidad. En caso que la nulidad de la notificación haya sido declarada por un tribunal superior, esta notificación se tendrá por efectuada al notificársele el “cúmplase” de dicha resolución”.

⁶² Corte de Apelaciones de La Serena, 27 abril 2004, Rol N° 29.688-03, cons. 2°, LegalPublishing N° 32041 (redacción del Abogado Integrante Leonel Rodríguez).

⁶³ Tribunal Constitucional, 14 abril 2011, Rol N° 1.557-2011, cons. 27°.

“Cualquier litigante que interpone una acción o una defensa, desde su primera actuación en el juicio, está consciente de que, dependiendo del desarrollo del procedimiento, puede quedar en evidencia un actuar negligente o carente de plausibilidad que lo haga acreedor a la condena en costas en la sentencia definitiva. Es en la perspectiva indicada que se cumple con los estándares de racionalidad y justicia del procedimiento” (cons. 28º).

Como se puede ver, el pago de las costas es compatible con el debido proceso cuando dicha obligación se impone a quien litiga de un modo “negligente” o, al menos “carente de plausibilidad”. Como se ha visto, el deber de coherencia dispone que no es admisible o atendible que una parte contradiga su conducta previa, defraudando las expectativas legítimas de la contraparte, con el propósito de lograr una posición ventajosa en el juicio.

Una cuestión diferente, en tanto, es si también se puede obligar a indemnizar los perjuicios que provoca quien litiga sin plausibilidad, entendiendo dentro de esta categoría a las conductas incoherentes. Para discutir este último punto es sumamente elocuente revisar el caso *Opazo y otro con Brown y otra*⁶⁴. La historia aquí fue la siguiente: en un campo de la zona central de Chile, al morir un hombre, sus dos hermanos —una mujer y un hombre— demandaron a la viuda y al hijo del difunto, con el fin de impugnar la filiación biológica de su sobrino, quien no sería hijo de la viuda. Lo que este hijo no sabría es que treinta años atrás, la viuda y la madre biológica viajaron a Santiago y simularon el parto, con el acuerdo del difunto, padre biológico del recién nacido.

Desde el punto de vista del Derecho de familia quienes impugnaron la filiación no tenían legitimación activa para ello, porque solo puede impugnarse la filiación aquella persona a quien la maternidad aparente perjudique actualmente en sus derechos sobre la sucesión del supuesto padre o madre, y siempre que no se establezca la posesión notoria del estado civil de hijo (art. 218 CC). Ninguno de estos requisitos concurría en los hechos —los hermanos del difunto no tenían derecho en la sucesión del causante y el hijo poseía el estado civil de tal en forma notoria—, de modo que la demanda fue rechazada. La cuestión de la infracción a la buena fe procesal y la posibilidad de demandar la indemnización de los perjuicios surgió después del fallo.

En efecto, concluido el juicio de filiación, la madre, entonces de ochenta y un años, junto con su hijo, interpusieron una demanda civil de indemnización de daños en contra de los dos hermanos del causante, por ejercicio abusivo de la acción de impugnación de filiación. Los hermanos habrían actuado de mala fe al demandar a su cuñada y sobrino sin tener derechos sobre la herencia de su hermano, ya que serían la cónyuge sobreviviente y el hijo biológico quienes lo heredarían (art. 989 CC)⁶⁵.

⁶⁴ Juzgado de Letras de San Vicente de Tagua Tagua, 22 mayo 2007, Rol Nº 43.829, cons. 16º, LegalPublishing Nº 42866 (redacción de la Jueza Carolina Garrido) analizada en WALKER, N., “Daños causados por divulgación de la verdad”, en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Universidad Católica de Temuco), Vol. 2, Nº 2, 2011, pp. 211 ss.

⁶⁵ Esta demanda pretendió recuperar, como daño patrimonial, los honorarios del abogado que pagaron la madre y su hijo en el juicio de filiación (\$3.000.000) y compensar el daño moral sufrido, el que se estimó en \$200.000.000.

En este segundo juicio –el de responsabilidad civil– el Juzgado de Letras de San Vicente de Tagua Tagua acogió la demanda, pronunciándose sobre el margen de tolerancia que admite la argumentación jurídica en la litigación civil:

“En el caso de autos, esta sentenciadora estima que tal límite de tolerancia ha sido sobrepasado, pues la acción de filiación interpuesta, solo pudo tener por objeto el ánimo de perjudicar a los demandados y no el ánimo de obtener lo solicitado en la demanda, pues tal y como se señaló en las sentencias definitivas de primera y segunda instancia, los demandantes ni siquiera se encontraban legitimados activamente para ejercer la acción interpuesta y actuaron además invocando disposiciones legales inexistentes a la fecha de interposición de la demanda, incurriendo en consecuencia en un error de derecho que resulta por su magnitud inexcusable, el cual además, según lo dispone el artículo 706 del Código Civil, constituye una presunción de mala fe que no admite prueba en contrario” (cons. 16°).

La Corte de Rancagua, en tanto, confirmó este fallo (cons. 4°), agregando que la mala fe en la litigación de los hermanos se demuestra, no solo porque su demanda “se fundó en disposiciones legales derogadas”, sino que, además, por el hecho de que la demanda de impugnación se presentó transcurridos apenas tres meses de la muerte del padre, lo que “denota un espíritu dañoso, sin que resulte verosímil la circunstancia de que los demandados supieron el mismo día de la defunción del padre” que su sobrino no era hijo biológico de la viuda⁶⁶. Para la Corte de Rancagua la demanda de impugnación de filiación no solo fue “abusiva, sino que además incomprensible, innecesaria, irreflexiva y antojadiza” (cons. 6°), por lo que no acogió la defensa de los demandados en cuanto a que todos los hechos que narraron en su demanda de impugnación eran, a fin de cuentas, verdaderos⁶⁷.

Finalmente, la Corte Suprema compartió la decisión de la Corte de Rancagua –que enfatizó la “prudencia procesal” y “una mínima precaución” al demandar–, porque “ha quedado en evidencia que los actores del juicio de filiación desatendieron reglas

⁶⁶ Corte de Apelaciones de Rancagua, 1° abril 2008, Rol N° 592-2007, cons. 4°, LegalPublishing N° 42866 (redacción del Ministro Miguel Vásquez) (“a ello hay que agregar la osadía de deducir una demanda con acciones manifiestamente prescritas, lo que atenta contra toda prudencia procesal, pues si bien es efectivo que la prescripción puede ser renunciada, al no alegarla, lo cierto es que una mínima precaución aconsejaba no presentarla, salvo que, como necesariamente ha de presumirse, la intención de los demandantes no está en perseguir el éxito de la demanda, sino que dar a conocer, por escrito, una situación de hecho, que necesariamente, iba a provocar en los destinatarios un impacto emocional muy fuerte”).

⁶⁷ Sobre este punto, en particular, la Corte de Rancagua señaló lo siguiente: “Si ellos [los hermanos que demandaron] pretendían hacer saber una verdad cabe preguntarse ¿por qué razón no se lo informaron directamente, sin necesidad de recurrir a la instancia judicial? Tal interrogante no tiene respuesta con los datos proporcionados por los demandados en el presente juicio, ni en el que perdieron. Si bien es efectivo que la verdad en sí misma es un bien superior, condición loable en toda persona, lo es cierto que su revelación en determinadas circunstancias puede ser fuente de obligaciones. Ello acontecerá cuando aquella revelación cause un daño injustificado a quien se ve impactado con el conocimiento de la misma y que el contarla no obedece a obligación alguna” (cons. 5°).

categorías de legitimación activa para demandar, prescindiendo de disposiciones legales ampliamente conocidas desde la reforma introducida por la Ley 19.585 (D.O. 26 de octubre de 1998)”⁶⁸. Para la Corte Suprema:

“Los hechos fácticos [sic] demuestran ineludiblemente que hubo mala fe en el ejercicio de la acción de filiación, al haberse basado en derechos hereditarios inexistentes, ignorando manifiestamente y sin justificaciones razonables las transformaciones elementales de las disciplinas jurídicas del derecho de familia y derecho sucesorio. Representa un caso en que la acción es utilizada con un fin dañoso y como una herramienta ilícita de presión” (cons. 10°).

En definitiva, el estándar de *Opazo* para que se indemnicen los daños que causa una actuación procesal incoherente, por cuanto carece de plausibilidad y traspasa el “límite de tolerancia” argumentativa es, como se puede apreciar, bastante exigente, ya que se debe probar el dolo directo.

En la litigación civil patrimonial, en tanto, rige el mismo estándar. Así quedó establecido en el caso líder al respecto, *Inmobiliaria Nacional Ltda. con Centrobanco*, resuelto en 1992.

En *Inmobiliaria Nacional Ltda.*, el demandado de responsabilidad civil extracontractual había promovido, en un anterior juicio ejecutivo hipotecario en que actuó como ejecutante, dos incidentes de nulidad procesal para dejar sin efecto el remate de la finca hipotecada, la que luego sería adjudicada a quien ahora demandaba los daños. Dichos incidentes fueron rechazados tras una extensa tramitación.

La Corte de Santiago consideró que tales incidentes “solo tuvieron por objeto causar un perjuicio a los subastadores sin que los incidentistas tuvieran una causa o interés legítimos para deducirlos”⁶⁹, vulnerando con ello la buena fe procesal, la que “exige a los contendientes una actuación leal en el uso de pretensiones, defensas o recursos, sancionándose cualquier exceso en el uso de expedientes dilatorios o pretensiones infundadas” (cons. 5°). Al igual que en *Opazo*, la Corte de Santiago concluyó que se debe probar un dolo directo para indemnizar los daños causados, esto es, “debe existir un ánimo manifiesto de perjudicar o una evidente falta de interés o necesidad de lo que promueva o un actuar motivado por el afán de causar un perjuicio a su contraparte o co-contratante” (cons. 4°)⁷⁰.

⁶⁸ Corte Suprema, 24 noviembre 2009, Rol N° 2.275-2008, cons. 8°, LegalPublishing N° 42866 (redacción de la Ministra Sonia Araneda).

⁶⁹ Corte de Apelaciones de Santiago, 09 noviembre 1992, Rol N° 1.330-90, cons. 3°, LegalPublishing N° 20074 (redacción del Ministro Milton Juica) (“hay que considerar, todos los hechos que rodearon la ejecución misma y que el fallo de primer grado deja establecidos en los considerandos tercero y noveno todo lo cual evidencia, tanto de parte de los ejecutados de que el juicio, como de los terceristas que advinieron un afán de perjudicar al acreedor, al nivel de privarlo no sólo su crédito sino también de la hipoteca que garantizaba dicha acreencia”).

⁷⁰ En el caso concreto la Corte de Santiago rechazó la demanda de indemnización de daños al estimar que el actor no logró probar el dolo en la actuación del ejecutado: “La circunstancia de que dichos incidentes,

VI. CONCLUSIONES

La prohibición de ir contra acto propio es un caso típico de infracción al principio de buena fe procesal. Esta prohibición da cuenta de un deber de coherencia que los litigantes tienen que respetar en los procedimientos judiciales civiles. Este deber busca garantizar que las estrategias de litigación no defrauden las expectativas normativas de una parte, basadas en el comportamiento —sean acciones u omisiones— que la contraria ha tenido, ya sea en el mismo juicio o en litigios previos que se relacionan con este.

Esta prohibición, por tanto, da cuenta de una tensión entre la coherencia exigible a los litigantes y el derecho de defensa que les garantiza el texto constitucional.

Este artículo ha examinado las dos interpretaciones —una amplia y otra restringida— que la jurisprudencia civil reconoce cuando aplica este deber de coherencia. Su versión amplia no solo modula el derecho de defensa de las partes, sino que incluso puede afectar el acceso a la justicia, cancelando facultades que la propia ley les reconoce a los litigantes, como la acumulación de pretensiones incompatibles en la demanda. Esta tesis liga al deber de coherencia con la prejudicialidad y permite cubrir situaciones que la excepción de cosa juzgada no alcanza a evitar.

La aplicación restringida, en tanto, entiende esta prohibición como un control judicial permanente de la argumentación jurídica para resguardar el derecho de los litigantes a no verse afectados por conductas abusivas, fraudulentas o manifiestamente dilatorias.

La protección de la confianza legítima que suscitan las actuaciones procesales tiene matices, según sea el procedimiento de que se trate. Así, por ejemplo, en el caso de la justicia del trabajo la prohibición de ir contra acto propio solo podría favorecer los intereses del trabajador, no los del empleador. Esta interpretación podría aplicarse, por analogía, a otros juicios estructuralmente similares.

El texto distinguió entre una aplicación secundaria (*obiter dicta*) y una aplicación residual de este deber. Esta distinción es importante porque, en la motivación de los fallos, este deber de coherencia suele ir acompañado de otras categorías procesales mejor delineadas en la cultura jurídica interna, aunque también puede serlo con figuras cuya formalización aún es igualmente difusa, como la protección de la apariencia (cuando la incoherencia descansa en una sola conducta previa, incluso cuando ella es una omisión) o el levantamiento del velo (como ha ocurrido en los casos de simulación). Esta aplicación secundaria es conceptualmente diversa de su aplicación residual, en donde la jueza o juez cumple una tarea preventiva en cuanto a evitar que se tomen decisiones que vulneran la buena fe procesal.

cuya duración pudo ser excesiva, lo que no puede imputarse únicamente al incidentista dentro de la relación procesal, se hubiesen rechazado, significa solo que falló la pretensión aun cuando se hubiese fundado el rechazo en la falta de legitimación para accionar, esta decisión no puede significar que al momento de la interposición de los artículos, estos carecían de interés, ya que de sus propios fundamentos se desprende que los hubo; había una pretensión de relevancia jurídica para justificar la nulidad impetrada, ya que con ella se pretendía una nueva licitación de la propiedad hipotecada, con resguardo evidente de los intereses económicos del banco acreedor” (cons. 6°).

El efecto de infringir este deber de coherencia es la inadmisibilidad del acto incoherente. Esta consecuencia procesal es compatible con otras medidas específicas que pueden ordenarse para disuadir las estrategias de litigación que buscan obtener ventajas injustificadas, como el pago de las costas —cuando se trata de actuaciones que no son plausibles o tolerables— y la indemnización de los daños causados, la que tiene que determinarse en un juicio declarativo posterior y exige probar que el litigante actuó con dolo directo.

BIBLIOGRAFÍA

- ATRIA, F., 2005: “Jurisdicción e independencia judicial: el poder judicial como poder nulo”, en *Revista de Estudios de la Justicia* (Universidad de Chile), Nº 5, pp. 119-141.
- BERTEA, S., 2005: “The Arguments from Coherence: Analysis and Evaluation”, en *Oxford Journal of Legal Studies*, 25, Nº 3, pp. 369-391.
- BONE, R., 2013: “Procedure, Participation, Rights”, en *Boston University Law Review*, 90, 2010, pp. 1011-1028 [“Procedimiento, participación, derechos”, en *Derecho procesal civil comparado: Homenaje a Rolf Stürner*, Álvaro Pérez Ragone y Pía Tavolari Goycoolea (coordinadores), Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 223-248].
- CAAMAÑO, E., 2009: “Análisis crítico sobre la aplicación de la doctrina de los actos propios en materia laboral”, en *Revista de Derecho* (Pontificia Universidad Católica de Valparaíso), Vol. 32, pp. 261-280.
- CARRASCO, N., 2017: “El proceso civil como juego no repetitivo y como vía para interiorizar cargar informativas: Una mirada desde el análisis económico del derecho”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 44, Nº 1, pp. 185-208.
- CARRASCO, J., 2018: “La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de parte y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil”, en *Ius et Praxis*, Vol. 24, Nº 1, pp. 497-552.
- CARRETTA, F., 2018: “¿Los actos propios en el proceso civil? A propósito del principio de la buena fe procesal y su incorporación en la Ley 20.886 sobre Tramitación Electrónica en el procedimiento civil chileno”, en *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), Nº 35, pp. 327-347.
- CARRETTA, F., 2013: *La coherencia en el proceso civil: Imperativo conductual y decisonal desde la buena fe (Casos y jurisprudencia)*, Thomson Reuters, Santiago de Chile, 350 pp.
- CARRETTA, F., 2008: “Deberes procesales de las partes en el proceso civil chileno”, en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. 21, Nº 1, pp. 101-127.
- CONTARDO, J. I., 2010: “La doctrina de los actos propios en la jurisprudencia civil chilena”, en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, Nº 18, pp. 81-102.
- CORRAL, H., 2010: “La doctrina de los actos propios en el derecho de familia chileno”, en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, Nº 18, pp. 103-139.
- DOUGNAC, F., 2001: “Reflexiones sobre la acción de protección y su sentencia”, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, Nº 3, pp. 615-630.
- GANDULFO, E., 2009: “Sobre preclusiones procesales en el derecho chileno en tiempo de reformas. Ensayo de una teoría general desde un enfoque valorativo jurídico”, en *Ius et Praxis*, 15, Nº 1, pp. 121-189.

- GANDULFO, E., 2005: "La aplicación del principio *venire contra factum proprium non valet*. Un caso de vulgarismo jurídico", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 32, N° 2, pp. 363-374.
- HUNTER, I., 2008: "No hay buena fe sin interés: La buena fe procesal y los deberes de veracidad, completitud y colaboración", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. 21, N° 2, pp. 151-182.
- LARROUCAU, J. y ROSTIÓ, I., 2013: "Del juicio de precario", en *Fundamento de derechos reales en el derecho chileno*, Rodrigo Barcia Lehmann compilador, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 37-105.
- LARROUCAU, J., 2017: "Adiós a las fojas. Reglas procesales, autos acordados y tramitación electrónica en Chile", en *Revista de Derecho Privado* (Universidad Externado de Colombia), N° 33, pp. 195-234.
- LARROUCAU, J., 2015: "Demandas abusivas", en *La buena fe en la jurisprudencia: comentarios y análisis de sentencias*, Lilian San Martín (editora), Silvia Retamales y Valentina Guevara (coordinadoras), Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 51-61.
- LARROUCAU, J., 2013: "Tres lecturas de la buena fe procesal", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 21, pp. 259-305.
- LARROUCAU, J., 2012: "La opción de responsabilidad civil como un acertijo procesal", en *Estudios de Derecho Civil VII*, Fabián Elorriaga coordinador, Thomson Reuters, Santiago de Chile, pp. 461-479.
- LÓPEZ, M., 2016: "La teoría de los actos propios en el derecho del trabajo chileno", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 43, N° 2, pp. 549-573.
- MORALES, M. E., 2014: "La prohibición de ir contra acto propio como manifestación de la exigencia al consumidor de actuar conforme a los parámetros de la buena fe (Corte de Apelaciones de Santiago)", en *Revista de Derecho* (Universidad Austral), Vol. 27, N° 1, pp. 247-251.
- PADILLA, R., 2013: "Por una correcta aplicación de la doctrina de los actos propios", en *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 20, pp. 135-183.
- PÉREZ, M. F., 2014: "La protección del dueño ante quien retiene indebidamente un bien. Análisis jurisprudencial del artículo 915 del Código de Bello", en *Revista de Derecho* (Universidad Católica del Norte), 21, N° 1, pp. 387-421.
- PICÓ I JUNOY, J., 2006: "El debido proceso 'leal'. Reflexiones en torno al fundamento constitucional del principio de la buena fe procesal", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Vol. 9, pp. 331-372.
- ROMERO, A., 2010: "El acto propio en materia arbitral: Algunos límites probatorios para su aplicación", en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, N° 18, pp. 69-79.
- ROMERO, A., 2003: "El principio de buena fe procesal y su desarrollo en la jurisprudencia, a la luz de la doctrina de los actos propios", en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 30, N° 1, pp. 167-172.
- SIERRA, A., 2010: "La teoría de los actos propios en el ámbito laboral", en *Venire contra factum proprium. Escritos sobre la fundamentación, alcance y límites de la doctrina de los actos propios*, Hernán Corral editor, Cuadernos de Extensión, N° 18, pp. 141-151.
- TARUFFO, M., 1999: "General Report. Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness", en *Abuse of Procedural Rights: Comparative Standards of Procedural Fairness*, Michele Taruffo (editor), Kluwer Law International, Hague-London-Boston.
- TAVOLARI, R., 1996: "De la aceleración, la interrupción de la prescripción y la doctrina de los actos propios en el proceso", en *Gaceta Jurídica* N° 188, pp. 88-102.
- TWINING, W., 2006: *Rethinking Evidence. Exploratory Essays*, Cambridge University Press, 2ª Edición, 511 pp.

- VÁSQUEZ, M. F., 2010: "Revisión de la competencia del árbitro en relación al tiempo y la materia", en *Ius et Praxis*, Vol. 16, Nº 2, pp. 443-460.
- WALKER, N., 2011: "Daños causados por divulgación de la verdad", en *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política* (Universidad Católica de Temuco), Vol. 2, Nº 2, pp. 211-226.
- ZEISS, W., 1979 (1967): *El dolo procesal. Aporte a la precisión teórica de una prohibición del dolo en el proceso de cognición civilístico*, traducción de Tomas Banzhaf, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 256 pp.

Rechazo *in limine* de recurso de casación (art. 782 inc. 2° CPC) y normas *decisoria litis**

Carlos del Río Ferretti**

RESUMEN

Este estudio analiza la aplicación que hace la Corte Suprema del procedimiento casacional para el rechazo liminar del recurso de casación del art. 782 inc. 2° CPC, en relación con el concepto jurídico de normas decisoria litis. Pretende demostrar cómo se ha fijado el concepto indicado en el Derecho chileno. En segundo lugar, describe la forma en que aquel ha sido aplicado por la jurisprudencia de la Corte Suprema. Y, finalmente, presenta las críticas dogmáticas que a una y otra cosa puedan realizarse.

Recurso de casación; selección de asuntos; normas (leyes) *decisoria litis*

Reject in limine of cassation appeal (art. 782 inc. 2° CPC) *and rules decisoria litis*

ABSTRACT

This study analyzes the application made by the Supreme Court of the casacional procedure for the liminal rejection of the cassation appeal of art. 782 inc. 2° CPC, in relation to the legal concept of rules decisoria litis. It aims to demonstrate how the concept indicated in Chilean law has been set. Second, it describes the way in which it has been applied by the jurisprudence of the Supreme Court. And, finally, it presents the dogmatic criticisms that can be made to one thing and another.

Cassation appeal; appeal selection; rules (laws) *decisoria litis*

* La jurisprudencia citada ha sido extraída de la base de datos de la Dirección de Estudios de la Corte Suprema, que ha tenido la gentileza de poner a disposición del autor.

** Licenciado en Ciencias Jurídicas, Universidad Central, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, España. Profesor de Derecho Procesal, Universidad Católica del Maule, Chile. Correo electrónico: cdelrio@ucm.cl

Este estudio hace parte del proyecto Fondecyt regular N° 1171673, "Formas de selección de asuntos ante la Corte de Casación", del que el autor es investigador responsable. Se agradece a Fondecyt-Conicyt el apoyo y el financiamiento concedidos.

Artículo recibido el 15.4.2019 y aceptado para su publicación el 3.9.2019.

I. APUNTE PREVIO SOBRE LA CASACIÓN Y EL ART. 782 INC. 2º

Se ha estudiado a menudo el origen y la naturaleza de la casación con el fin de rastrear sus antecedentes y trazar su evolución hasta el instituto jurídico que conocemos hoy. Eruditas referencias históricas al derecho común, al derecho comparado europeo en el desarrollo previo pueden ser encontradas en la dogmática europea¹. También entre nosotros² hay buenos trabajos que exploran acerca del origen y naturaleza de la casación.

Lo cierto es que la casación hunde sus raíces hasta el siglo XVI francés, y que nace con una identidad no jurisdiccional ni con propósitos propiamente jurisdiccionales, sino más bien como mecanismo jurídico inicialmente previsto para defender el poder regio frente a los ataques de la judicatura (*Parlements*), de la que aquel desconfía.

Sin embargo, desde allí evoluciona hasta como ha quedado configurado en la tradición de Derecho continental, desde luego en sus distintas variantes³. Sin entrar en los detalles de esa evolución tan ampliamente estudiada por la dogmática⁴, ahora sí conviene apuntar que de esa evolución es menester rescatar los hitos que orientan a la casación y a la Corte de casación hacia su incardinación jurisdiccional y hacia unos fines propios, distintos de los de su origen.

En primer lugar, la ampliación de los tipos de infracciones con relevancia casacional. Inicialmente —ya en la época revolucionaria— la casación censuraba únicamente la contravención a texto expreso de ley y no entraba en cuestiones netamente interpretativas de ley y menos de aplicación. Únicamente se velaba que los jueces no desobedecieran de forma manifiesta al legislador. A este respecto nótese que a los jueces de la época revolucionaria se les llegó a prohibir la interpretación de la ley. El legislador de la época en una concepción desbordada de la división de poderes prohibió la interpretación de la ley a los jueces, sin matización de ninguna especie. No distinguía entre la interpretación auténtica —general y abstracta— y la interpretación de la ley para su aplicación al caso concreto. De aquí que cualquier problema interpretativo que advirtiera el juzgador en la ley no podía ser solventado por él mismo, sino por el propio legislador, para ello estaba previsto el mecanismo obligatorio del *référé* al legislador.

El Código napoleónico rompe con el dogma y distingue la interpretación auténtica del legislador, de la interpretación que en la aplicación de la ley correspondía a los jueces. Este cambio alentó la ampliación del conocimiento casacional, primero a la interpretación judicial —velando por la recta interpretación de la ley— y, luego, incluso a las cuestiones relativas a la falsa aplicación de la ley. Entonces ya tenemos en Francia a principios del siglo XIX una casación completa y compenetrada en la cuestión judicial

¹ CALAMANDREI, 1945, T. I, V. I; TARUFFO, 2006, pp. 7-236; FERRAND, 2010, pp. 589-627; CADIET, 2016, pp. 175-204; NIEVA, 2000, pp. 23-53, y del mismo, 2003, pp. 23-66.

² ORTÚZAR, 1958, pp. 7-28; ATRIA, 2005, pp. 251-269; MARÍN, 2017b, pp. 1041-1125; DOMÍNGUEZ, 2017, pp. 1017-1023.

³ TARUFFO, 2006, pp. 7-236; NIEVA, 2003, pp. 23-66.

⁴ Nota 1.

litigiosa, que en el concepto clásico de la época abarca la premisa mayor y parte de la premisa menor (calificación y subsunción jurídica de los hechos).

En segundo término, en paralelo, la otra línea de desarrollo está referida al carácter puramente negativo de la intervención casacional, que se limitaba a casar, vale decir, a suprimir las sentencias judiciales que contravenían texto expreso de ley: era un poder enteramente negativo. El Tribunal de casación se limitaba a una constatación manifiesta de los ataques al imperio de la ley perpetrados en resoluciones judiciales, y procedía a su supresión. Hasta aquí llegaba su cometido, y no tenía interés alguno en incidir positivamente de ninguna manera en la solución jurisdiccional del caso.

Esto precisamente empieza a cambiar cuando el Tribunal de casación comienza a intervenir en la interpretación de la ley y a censurar la falsa interpretación y, después, también la falsa aplicación de ley. Estando ya en el ámbito jurisdiccional el cometido casacional, la Corte principia a motivar concienzudamente sus decisiones, y por ello aparece en su función un claro intento de orientar a la jurisprudencia y ya no solo de tutelar el Derecho objetivo. Esto es, de incidir positivamente en la solución de la controversia, aunque se mantenga el sistema de reenvío propio de la casación (francesa, e italiana hasta hace pocos años). De esta manera, aunque la casación preserve el sistema del reenvío los pronunciamientos de casación lograban orientar y por lo tanto unificar la jurisprudencia, pese a no tener inicialmente eficacia vinculante.

El asunto recibe en Francia un tratamiento claro en la ley de 1º de abril de 1837 que establece un criterio que hace primar el pronunciamiento casacional de la Corte sobre el juez de reenvío, cuando esta se pronuncia por segunda vez en secciones unidas casando una sentencia por el mismo motivo que había dado lugar a una primera casación. En esta situación el segundo pronunciamiento vinculaba al juez de reenvío, quien debía conformarse a la decisión casacional respecto de los puntos de Derecho resueltos por la Corte, tal como expresamente disponía el art. 2 de ley de 1º abril de 1837⁵.

Este hito marca el punto donde ya se tiene una casación con los rasgos esenciales, y que desde esa época se propagó como un modelo de impugnación procesal⁶ que de forma eficiente aseguraba al tiempo un mecanismo de defensa del derecho objetivo y, por otra, la unificación jurisprudencial.

Esta situación sin embargo ha sido desafiada por el desarrollo de los sistemas jurídicos de las últimas décadas, en los que se ha verificado una masificación del acceso a la justicia y de consiguiente también una masificación del acceso a la Corte. Ello, entre otras cosas, habría puesto en entredicho la capacidad de la casación de orientar y unificar la jurisprudencia, ya que existiría una relación entre la masificación de la casación y la pérdida de la capacidad persuasiva —y de la estabilidad— de la jurisprudencia del Tribunal

⁵ CALAMANDREI, 1945, pp. 128-129, T. I., V. 2.; FERRAND, 2010, pp. 589-595; ARMENTA, 2018, pp. 4-5; NIEVA, 2000, p. 36.

⁶ Naturalmente dejamos a un lado el asunto de las variantes que la casación ha adoptado en cada Ordenamiento, en tanto eso no afecta el punto que desarrollamos.

de casación⁷. De lo anterior ha derivado el interés del legislador y de la dogmática por los medios técnicos para racionalizar (seleccionar) la carga de trabajo de la casación. Así, las diversas formas de selección de asuntos se consideran actualmente como un supuesto necesario en el diseño legal para optimizar la consecución de los fines de la casación y, en particular, el de la unificación jurisprudencial.

Es evidente que en el actual diseño de la casación civil chilena, el medio de racionalización previsto es el que está consagrado en el art. 782 inc. 2° CPC⁸, y de allí el interés en ocuparse de cómo funciona y de cuáles son las vías de mayor rendimiento en la realidad aplicativa de este instrumento.

Es en este punto donde nos detendremos, y analizaremos en particular la relación del rechazo liminar con las normas *decisoria litis*, en tanto se trata de una de las vías de argumentación de más frecuente uso para la desestimación del recurso. Pasamos seguidamente al análisis de estos dos términos y su relación.

II. LA MANIFIESTA FALTA DE FUNDAMENTO COMO JUICIO DE FUNDABILIDAD

Como se sabe, el artículo 782 inc. 2° CPC⁹ confiere a la CS la potestad para desestimar *in limine* un recurso de casación —con el acuerdo unánime de los miembros de la sala— por manifiesta falta de fundamento, aprovechando al efecto la fase de control de admisibilidad¹⁰. La ley consiente que aquella fase mude en la oportunidad para pronunciarse sobre el fondo del asunto planteado, produciéndose la supresión de la fase procedimental ordinaria de conocimiento del asunto en audiencia o vista pública.

La cláusula de manifiesta falta de fundamento remite a un juicio negativo de fundabilidad jurídica¹¹⁻¹² que, por su evidencia, permite *in limine* la declaración de rechazo como desestimación de fondo.

⁷ TARUFFO, 2006, pp. 35-236; FERRAND, 2010, pp. 589-627; AMRANI MEKKI, 2010, pp. 629-654; DEL RÍO, 2015a, pp. 483-513.

⁸ ROMERO, 2004, pp. 63-116; y ROMERO, 2013, pp. 195-206; DEL RÍO, 2015a, pp. 487- 488; DEL RÍO, 2015b, pp. 176-178. SILVESTRI, 1992, pp. 212 y ss, con referencia a una propuesta legislativa italiana; AMOROSO, 2012, pp. 31-32; PIVETTI, 1992, pp. 282 y ss.; DALFINO, 2017, Vol. CXL, V, columnas 2-7; CAMPESE, 2017, Vol. CXL, V, columnas 17-23. Crítico, NIEVA, 2000, pp. 275-279, y de él mismo, 2003, pp. 268-271.

⁹ LIBEDINSKY, 1995, pp. 7-11 TAVOLARI, 1996, pp. 39-41; ROMERO, 2013, *passim*; DEL RÍO, 2015a, pp. 487-488; NÚÑEZ y PÉREZ, 2015, pp. 335-339; PALOMO *et al.*, 2016, p. 346; DELGADO, 2017, pp. 107-133; ASTORGA, 2017, pp. 252-259; ARMENTA, 2018, pp. 12 y ss.

¹⁰ DEL RÍO, 2015a, pp. 483-513. ARMENTA, 2018, pp. 12 y ss. También sobre esto, DELGADO, 2017, pp. 107-133, y ASTORGA, 2017, pp. 252-259.

¹¹ La materia tratada en este apartado ha sido desarrollada en trabajo previo del autor pendiente de publicación.

¹² LIBEDINSKY, 1995, pp. 7-11 y TAVOLARI, 1996, pp. 70-73; POBLETE, 2018, p. 525.

El juicio de fundabilidad desarrollado en la doctrina, generalmente en oposición al de admisibilidad¹³, establece que el mismo va a consistir en el carácter concluyente de la fundamentación del recurso de casación. Y se consideran que son concluyentes (*actionem esse fundatam*) las afirmaciones (alegaciones) deducidas para fundar la petición –sean de hechos o de derecho– cuando son capaces de justificarla. Vale decir, adecuadas para producir el efecto jurídico que se pretende¹⁴.

De esta manera, el carácter concluyente concurre en cuanto el recurso contiene afirmaciones o alegaciones jurídicas pertinentes para justificar la petición contenida en aquel. Así, como es natural, el juicio de fundabilidad jurídica en el recurso de casación¹⁵ está íntimamente vinculado –*a contrario sensu*– al juicio del art. 782 CPC de ser manifiestamente infundado. Esto se verifica cada vez que la denuncia sea carente de fundabilidad, en tanto está planteada de manera que no resulta adecuada para obtener la sentencia de invalidación que se pretende.

La CS, sin embargo, insiste con frecuencia¹⁶ en una interpretación del art. 772 CPC –acerca de requisitos de admisibilidad– en el sentido que no basta –para cumplir los requisitos de este precepto– con el solo señalamiento de un vicio, ni de un precepto legal infringido, ni la afirmación de que influya en lo dispositivo. Se requiere además aportar un conjunto de fundamentos que desarrollen el motivo y demuestre cómo se ha verificado y cómo ha llegado a influir en lo dispositivo del fallo, y, finalmente, consignar de forma explícita todas las normas *decisoria litis*, entendiendo por estas las que se aplicaron erróneamente como aquellas que correspondía aplicar.

Es curioso que se invoque la norma (el art. 772)¹⁷ respecto de los requisitos de admisibilidad cuando se está haciendo un pronunciamiento de rechazo sustantivo. Como se ve, la mención del art. 772 n°1 CPC en algunas sentencias viene invocado con relación no ya a un mero cumplimiento formal de determinadas menciones del escrito del recurso, sino sobre todo como una carga de alegación que se presenta como la exigencia de fundabilidad del recurso mismo, pesquizable de forma palmaria e inmediata, en tanto se expresa esto en la debilidad argumental de la denuncia casacional, con independencia de la existencia o no del error jurídico que se cuestiona. Se está entonces ante un juicio de fundabilidad que es causa de rechazo por manifiesta falta de fundamento, y no haría falta la referencia del art. 772 N° 1, sino que en puridad bastaría únicamente el propio tenor del 782 que pivota sobre la cláusula que se acaba de señalar.

Por otra parte, la CS no tiene claro el alcance del juicio de fundabilidad. Es evidente que la Corte está afirmando la existencia de una carga muy peculiar que se traduce en una

¹³ GOLDSCHMIDT, 2010, p. 852-860; LIBEDINSKY, 1995, pp. 7-11; TAVOLARI, 1996, pp. 70-73; PÉREZ, 2015, pp. 21-44; POBLETE, 2018, pp. 497-552., Cfr. GORIGOITÍA, 2013, pp. 129-154.

¹⁴ GOLDSCHMIDT, 2010, pp. 851 y ss.

¹⁵ GOLDSCHMIDT, 2010, p. 854.

¹⁶ Recientemente: Sentencia 14 de enero 2019, rol 25075-2018 (“María Salazar Allendes con Ilustre Municipalidad de Buin”, y Sentencia 16 de enero 2019, rol 20912-2018 (“Arévalo con Millar”).

¹⁷ LIBEDINSKY, 1995, pp. 7-11; TAVOLARI, 1996, pp. 70-73; POBLETE, 2018, pp. 497-552, y RODRÍGUEZ y CASAS, 2018, p. 276. Estos citan SCS 23 de marzo, rol 1961-2015, también sentencias de nota 14.

forma de entender la fundabilidad jurídica que supera los márgenes de la misma, cuando parece estar demandando la exacta aportación de todos los fundamentos, alegaciones y normas correctos, y que intervienen como necesarias para la estimación del recurso, así como para el posterior pronunciamiento de sentencia de reemplazo.

Desde el punto de vista señalado habría que discutir el contenido exacto de una carga de este tipo. Vale decir, ¿se resuelve ésta en una carga de aportar los fundamentos y las normas jurídicamente adecuados o, más, lo que se exige es aportar los jurídicamente correctos, al punto de requerir de los recurrentes todos los fundamentos y desarrollos jurídicos, todas las normas *decisoria litis* estimadas infringidas y las que cabía aplicar, la específica forma en que se han verificado las infracciones y la puntual manera en que han influido en lo dispositivo del fallo, dado que en otro caso no queda más remedio que declarar como manifiestamente infundado el recurso, aunque el vicio exista por otros fundamentos o en función de otras normas jurídicas, en razón del carácter estricto del recurso de casación?¹⁸

Lo cierto es que el juicio negativo de fundabilidad vinculado a la manifiesta falta de fundamento se traduce en la constatación de que el recurso carece de afirmaciones o alegaciones que posean la capacidad, vale decir, la idoneidad jurídica, para producir la invalidación de la sentencia. Se debe distinguir netamente esto último de la comprobada concurrencia o no concurrencia de aquellas, lo cual queda al margen del examen liminar y que debe ser objeto del estudio propio del conocimiento ordinario del recurso.

Nótese que una carga como esta sería la más elevada de todas las que puedan existir en el proceso, mucho más grave que la carga de la prueba, que se ve morigerada por los poderes de oficio del juez y por el principio de adquisición procesal. ¿Es viable una interpretación como esta cuando estamos hablando de actos procesales de obtención? O mejor, ¿hasta dónde una concepción como esta es compatible con el principio irrenunciable de *iura novit curiae*?¹⁹

En efecto, aunque inicialmente el juicio de fundabilidad en el rechazo liminar por manifiesta falta de fundamento es pertinente, la jurisprudencia muchas veces tuerce su significado concreto cuando lo establece como carga de alegación íntegra y exacta del conjunto jurídico argumental, de la o las normas *decisoria litis* (de todas), y la precisa forma en que la infracción de ley influye en lo dispositivo del fallo, en consonancia con la pretensión que se sostiene, de modo que cualquier error o incompletitud que se pueda advertir, hace del recurso un arbitrio manifiestamente infundado que amerita el rechazo liminar.

¹⁸ LIBEDINSKY, 1995, pp. 7-11.

¹⁹ GOLDSCHMIDT, 2010, pp. 841 y ss.

III. EL CONCEPTO DE NORMAS (LEYES) *DECISORIA LITIS*. EL PROBLEMA DE SU NATURALEZA

Como se verá, las consideraciones precedentes son esenciales para comprender el punto relativo al desarrollo y aplicación jurisprudencial del concepto de normas *decisoria litis*.

Desde la época en que se discute el establecimiento del CPC se encuentra el uso del concepto indicado en nuestro medio²⁰. Son de particular interés las referencias de comentaristas de ese tiempo. Al respecto es aconsejable invocar por ejemplo el uso que hace Toro Melo y Echeverría Reyes²¹, cuando tratan la discusión que se dio en el Congreso en relación con la forma del motivo o motivos de casación previstos inicialmente en el art. 940 CPC (actual art. 767). La clave del asunto discutido en sede legislativa estribaba en que se barajaba la necesidad de contemplar dos reglas distintas, dando lugar a dos motivos de casación diversos. De una parte la infracción de leyes sustantivas y, por otra, la infracción de determinadas normas reguladoras de la prueba. Lo que importa destacar ahora es que los autores de la época se enfrentaban a esta alternativa, en el entendido que la infracción de normas reguladoras no quedaban comprendidas en el supuesto más elemental de la casación de fondo, como era el de la infracción de ley sustantiva. Y esta última expresión –sustantiva– se entendía como sinónima de *decisoria litis*. De aquí que se considerara necesaria la inclusión de un supuesto separado para los casos de normas reguladoras²².

Sin embargo, la opción del legislador fue finalmente consagrar un único motivo de casación que diera cobertura general a los dos rubros antes señalados. La técnica fue simple: decidió suprimir del primer supuesto de infracción, esto es, de la “infracción de ley sustantiva” exactamente la palabra “sustantiva”, quedando únicamente la mención a secas de infracción de ley sin referencia a dicha naturaleza “sustantiva”. Cambio conciso que importaba subsumir en un único supuesto también las infracciones de determinadas leyes “probatorias” denominadas normas reguladoras de la prueba.

Lo relevante para este trabajo es que en la explicación que dan los autores citados de la *ratio legis* queda plasmada la equivalencia que se hacía de las expresiones “normas *decisoria litis*” y “leyes sustantivas”, y que incluso se usaban indistintamente²³⁻²⁴.

Esta concepción de norma decisoria, sin embargo, no pudo ser sostenida en el tiempo, y tuvo que ser modificada porque la realidad planteaba casos necesitados de cobertura y que lamentablemente escapaban a la mezquina tutela de la casación en la forma que deja al margen varios supuestos en que se verifica la inejecución o el quebrantamiento de una norma de carácter procesal. Vale decir, de un precepto que no está referido a la relación jurídico-material del objeto del proceso (de la *litis*, del litigio o

²⁰ TORO y ECHEVERRÍA, 1902, pp. 730-731.

²¹ *Vid. ut supra*.

²² PEÑAILILLO, 1989, pp. 9-13.

²³ TORO y ECHEVERRÍA, 1902, p. 731.

²⁴ Perdura este concepto en ORELLANA, 2017, t. IV, p. 151.

asunto controvertido en términos de la práctica forense chilena), sino que únicamente trata y regula el procedimiento y el proceso.

Es así que rápidamente esa aparente claridad inicial da paso a una cierta ambigüedad del uso que se hace del concepto. Anabalón²⁵ menciona la importantísima sentencia de la CS de 2 de junio de 1919²⁶. La lectura de esta nos muestra claramente el concepto elástico de norma *decisoria litis* que utiliza nuestra jurisprudencia, y que pervive hasta el presente.

La cuestión suscitada en el recurso fue la siguiente: la sentencia definitiva impugnada rechazó la demanda con base en el art. 251 CPC (actual 254), porque estimó que aquella fue planteada de forma poco clara e indeterminada, siendo este su único argumento jurídico para la desestimación de aquella.

La CS consideró que la sentencia impugnada violó el mismo precepto en que apoyó su resolución –esto es el art. 251 (254)–, lo que en su opinión habría influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo, y por eso decidió acoger el recurso de casación en el fondo.

Frente al problema de la naturaleza procesal (*ordenatoria litis*) de la norma, la Corte sostuvo que efectivamente esta norma tiene ese carácter –de *ordenatoria litis*– y que por eso ella puede dar lugar a una excepción dilatoria. No obstante aquello, si la misma llegase a ser utilizada como norma *decisoria litis*, vale decir, utilizada para la adopción de la decisión, y con base en ella se rechaza la demanda, es perfectamente procedente el recurso de casación en el fondo. Así, acabó afirmando en el caso la violación de la ley y la influencia sustancial en lo dispositivo del fallo²⁷. Y añadió finalmente que el art. 940 CPC (767) no distingue en cuanto a la naturaleza de las leyes infringidas²⁸.

En esta sentencia aparece un concepto de norma *decisoria litis* que podríamos considerar operativo, al punto de que la naturaleza abstracta de la norma es secundaria. De este modo si bien una norma puede inicialmente ser procesal y *ordenatoria litis*, relativa al recto establecimiento del proceso (en su teoría del cuasicontrato de *litis contestatio*) y puede dar origen a una discusión incidental mediante la deducción de una excepción dilatoria, sin embargo, si es utilizada como norma jurídica para la sentencia definitiva –no de fondo–, que anómalamente se acaba concretando en el rechazo de la demanda, opera en concreto como norma *decisoria litis*, y por lo tanto en ese caso queda sujeta a cobertura casacional de fondo.

El razonamiento intuitivo de la Corte Suprema contiene una base de verdad, aunque la misma no se expresa adecuadamente y yerra en lo esencial, al insistir en el uso inadecuado del concepto norma *decisoria litis*²⁹. Es evidente que una norma procesal no solo opera como un mandato jurídico que resulta quebrantado cada vez que un acto del

²⁵ ANABALÓN, 2015, p. 100.

²⁶ Sentencia Corte Suprema de 2.6.1919.

²⁷ En Derecho comparado, CALAMANDREI, 1945, pp. 153 y ss., T. I, V. 2; NIEVA, 2003, pp. 142-145.

²⁸ La SCS 2 de junio 1919, *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales*, año XVII-4, pp. 161-183, considerandos 14-16.

²⁹ NAPPI, 2006, pp. 49 y ss., para el caso italiano.

proceso se realiza o se omite, al margen o en contra del mandato procesal (*error quo ad processum*), sino que también un precepto de carácter procesal puede ser infringido como mandato jurídico que se aplica incorrectamente a un asunto que se deba resolver en el proceso, generalmente de forma incidental. En ese caso, la norma procesal –el mandato jurídico que deriva de ella– funciona como criterio jurídico legal de la decisión que se adopta y va a reflejarse en su contenido material (*error quo ad rem*)³⁰. Asimismo, jamás ese asunto es –y esa decisión recae en– el objeto del proceso, vale decir, en el asunto litigioso que se refiera a una relación jurídico material que sirve de fundamento a la pretensión deducida en el proceso. De aquí que resulte tan impropio hablar en este supuesto de norma *decisoria litis*.

En nuestro Derecho serán consideradas entre las normas *decisoria litis* las relativas a cuestiones que debieran promoverse por medio de un incidente o que dan lugar a sentencias meramente procesales, que no se pronuncian respecto del mérito de la cuestión principal, sino que se limitan a declarar la falta de algún presupuesto o requisito procesal para poder dictar sentencia de mérito que juzgue y resuelva la cuestión controvertida.

Aun con estas observaciones, lo cierto es que la doctrina mantiene la denominación tradicional en nuestro Derecho para esos casos (probablemente por respeto al arraigo de la expresión). Y reconoce el carácter de norma *decisoria litis* incluso a las normas procesales siempre que operen como criterios normativos de decisión (no de actuación) de una resolución y que por esa razón determinen el contenido de aquella. Con las precisiones conceptuales indicadas, se puede comprender que diversos autores hablen en este supuesto de norma *decisoria litis* y que lo consideren un caso de infracción de ley con influencia sustancial en lo dispositivo del fallo³¹. Así por ejemplo Mosquera y Maturana³² y, de forma semejante, Núñez Ojeda y Pérez Ragone³³, y Palomo Vélez³⁴.

Sin embargo, es prudente apuntar que algunos de estos autores definen derechamente a las normas *decisoria litis* como las “que se caracterizan porque sirven para resolver la cuestión controvertida al ser aplicadas”³⁵⁻³⁶. El concepto no es del todo exacto por lo que ya hemos apuntado.

Otro ejemplo evidente para demostrar lo que se afirma es el que ofrece el abandono del procedimiento. En este una sentencia interlocutoria de la Corte de Apelaciones confirma o declara el abandono con arreglo al art. 152 CPC, y pone término al procedimiento, pero en caso alguno convierte a este precepto legal en decisivo de la *litis* en los términos de la definición que se acaba de señalar, en cuanto precisamente allí se prevé el abandono como una sanción de carácter procesal que impide la entera sustanciación del procedimiento para poder llegar a una sentencia de mérito que resuelva la

³⁰ GOLDSCHMIDT, 2010, pp. 879-880.

³¹ Cfr. CALAMANDREI, 1945, pp. 153 y ss., T. I, V. 2; NIEVA, 2003, pp. 142-145.

³² MOSQUERA y MATURANA, 2010, pp. 298-299.

³³ NÚÑEZ y PÉREZ, 2015, pp. 354-355.

³⁴ PALOMO *et al.*, 2016, pp. 316 y ss.

³⁵ MOSQUERA y MATURANA, 2010, p. 299., igualmente NÚÑEZ y PÉREZ, 2015, p. 354.

³⁶ Cfr. ORELLANA, 2017, p. 151.

litis (objeto del proceso). Y con todo, no siendo con arreglo a la definición señalada una norma *decisoria litis*, el art. 152 CPC entra, sin duda, en la cobertura de la casación en el fondo, así como ha sido diseñada en Chile.

Casarino³⁷ al parecer intuye el asunto, porque su definición es más precisa desde el punto de vista anotado, cuando entiende que son normas *decisoria litis* las que “influyen sustancialmente en lo decisivo o resuelto en la sentencia”. Como se ve, evita la afirmación parcialmente errónea refiriendo las normas decisorias a la resolución de la *litis* o de la controversia o de la cuestión controvertida.

1. *La determinación de la concreta infracción de norma decisoria y la amplitud de la denuncia casacional*

Aparte de las precisiones conceptuales acerca de la naturaleza de la norma *decisoria litis*, ha resultado fundamental en la jurisprudencia de la CS el desarrollo complementario relativo a la determinación concreta de cuál o cuáles son las infracciones relevantes para la casación de fondo.

La jurisprudencia pronto captó el alcance que esto podía tener. El punto que la Corte levantó puede ser planteado con esta interrogante: ¿cuál es la norma *decisoria litis*: aquella incorrectamente aplicada en el caso por la sentencia impugnada o lo es aquella que correspondía aplicar en lugar de esa, y que no lo fue en el caso concreto? La respuesta a esta cuestión será considerada esencial por la CS para determinar la amplitud con que se deba realizar la denuncia casacional. Vale decir, la cuestión debatida era determinar si correspondía denunciar unas u otras o bien ambas. De esto va a depender que, en un caso u otro, los fundamentos del recurso sean considerados jurídicamente adecuados o concluyentes³⁸.

Respecto de este extremo no ha habido siempre una posición clara. Por ejemplo, la SCS de 2 de junio de 1919, referida previamente³⁹, parte del concepto de norma *decisoria litis* como aquella incorrectamente aplicada (como violación de ley), que en el caso es el art. 251 (254), y no se ocupa de discernir sobre cuál o cuáles en su lugar habría correspondido aplicar⁴⁰. Por el contrario, en la definición que ofrecen Mosquera y Maturana⁴¹ —son *decisoria litis* las “que se caracterizan porque sirven para resolver la cuestión controvertida al ser aplicadas”— parecen dar a entender que es *decisoria litis* la norma que permite (sirve para) resolver (acertadamente) el asunto de que se trata.

La CS en los últimos años de forma persistente ha exigido la denuncia de unas y otras —de todas— en el recurso. Lo cierto es que en muchos casos en que se verifica una incorrecta aplicación de una norma habrá otra que es la que corresponda aplicar en su

³⁷ CASARINO, 2011, pp. 202-203.

³⁸ GOLDSCHMIDT, 2010, pp. 854-860; LIBEDINSKY, 1995, pp. 7-11; TAVOLARI, 1996, pp. 70-73; PÉREZ, 2010, pp. 21-44. Cfr. GORIGOITÍA, 2013, pp. 129-154.

³⁹ Nota 14.

⁴⁰ Considerandos 14 a 16 de la sentencia señalada.

⁴¹ MOSQUERA y MATURANA, 2010, p. 299.

lugar, con ello el problema que realmente se está planteando la CS es el asunto acerca de la existencia o no de la carga de alegación exhaustiva en la denuncia casacional de las infracciones de ley que supone el yerro jurídico acusado. Y llega a la conclusión de que no bastaría una denuncia limitada a unos preceptos y no de los otros. Así acaba por exigir una denuncia exhaustiva, y además explícita, de modo que la omisión de alguna norma decisoria termina siendo un caso de manifiesta falta de fundamentos y se traduce así en el inevitable rechazo del recurso.

El uso de este expediente para el rechazo se va a presentar de forma alternada o copulativa. Así, cuando se ha denunciado únicamente la no aplicación de unos preceptos sin acusar explícitamente los erróneamente aplicados, se dice que faltó denunciar estos, o, al revés, si se han denunciado estos, se dirá que faltó la denuncia de aquellos. Otras veces, directamente se declara lo evidente, la denuncia debe ser completa y explícita de las dos especies de preceptos. En otro caso no hay más remedio que el rechazo.

Esta doctrina jurisprudencial tiene su antecedente inicial en la SCS de 14 de diciembre de 1992, RDJ, t. 89, secc. 1^a, p. 189, que estableció el concepto de que norma *decisoria litis* no es solamente aquella aplicada incorrectamente, sino también aquella que debía serlo y no lo fue. Esta es la tesis que inaugura el considerando segundo del fallo citado que establece lo que sigue: “Que las normas infringidas en el fallo, para que pueda prosperar un recurso de casación en el fondo, han de ser tanto las que el fallador invocó en su sentencia para resolver la cuestión controvertida, como aquellas que dejó de aplicar –normas *decisoria litis*–, porque en caso contrario esta Corte no podría dictar sentencia de reemplazo, debido al hecho de que se trata de un recurso de Derecho estricto”.

Este argumento se ha repetido en diversos pronunciamientos, como se ilustrará seguidamente.

2. *La jurisprudencia en las dos modalidades de rechazo in limine*

Se puede pasar al examen de las modalidades que adopta en cada caso el rechazo liminar en relación con las normas *decisoria litis*, en los términos que hemos anticipado.

a) La primera modalidad de rechazo se presenta cuando el recurso omite la denuncia expresa de las normas legales utilizadas o interpretadas incorrectamente en la sentencia impugnada, no bastando que en el recurso se haya invocado la infracción de las normas que cabía aplicar, y que no lo fueron. La omisión de la denuncia expresa de las primeras deriva entonces en el indefectible rechazo por manifiesta falta de fundamentos.

Sentencias que mantienen esta posición –entre muchas– son las siguientes: Sentencia de 11 de marzo 2013, rol 163-2013⁴²; Sentencia de 13 de marzo 2012, rol 363-2012⁴³; Sentencia de 30 de abril 2013, rol 371-2013⁴⁴; Sentencia de 14 de marzo 2012, rol

⁴² “Pedro Ruiz Guzmán en contra de Aguilar García”. Corte Suprema.

⁴³ “Albornoz Costa con Sociedad D y S Comercial Líder”. Corte Suprema.

⁴⁴ “Promotora CMR Falabella S.A. con Olivares Farías, Alonso”. Corte Suprema.

382-2012⁴⁵; Sentencia de 21 de marzo 2013, rol 460-2013⁴⁶; Sentencia de 28 de marzo 2013, rol 523-2013⁴⁷; Sentencia de 30 de abril 2013, rol 574-2013⁴⁸; Sentencia de 12 de marzo 2013, rol 178-2013⁴⁹; Sentencia de 18 de abril 2013, rol 621-2013⁵⁰; Sentencia de 15 de abril 2015, rol 28595-2014⁵¹; Sentencia de 15 de abril 2015, rol 29713-2014⁵²; Sentencia de 15 de abril 2015, rol 29704-2014⁵³; Sentencia de 30 de marzo 2015, rol 30897-2014⁵⁴; Sentencia de 9 de marzo 2013, rol 618-2013⁵⁵.

También avalan esta tesis la Sentencia de 9 de octubre 2018, rol 44567-2017⁵⁶, la Sentencia de 14 de enero 2019, rol 1522-2018⁵⁷⁻⁵⁸, y la Sentencia de 16 de enero 2019, rol 24628-2018⁵⁹.

Recientemente, sin embargo, encontramos lo que de algún modo ya estaba latente en la jurisprudencia que procedía al rechazo *in limine*, y que no obstante con persistencia invocaba el art. 772 N° 1 CPC respecto de requisitos de admisibilidad. Esta confusión que antes hemos comentado ha acabado por llevar a la CS a declarar por esta vía la inadmisibilidad del recurso de casación en los mismos supuestos que en otras ocasiones se ha decantado por el rechazo *in limine* del recurso, cuestión que pone en evidencia la superposición de juicios y la falta de un manejo claro y prolijo del instituto en cuestión puesto en relación con el argumento de la omisión de señalamiento de normas *decisoria litis* que en el caso han resultado incorrectamente aplicadas, aunque se hayan denunciado otras. Ejemplos de esta doctrina jurisprudencial son la Sentencia de 14 de enero 2019, rol 25075-2018⁶⁰, y la Sentencia de 16 de enero 2019, rol 20912-2018⁶¹.

b) La otra modalidad de rechazo por denuncia incompleta se verifica cuando el recurso ha omitido la denuncia expresa de las normas legales que correspondía aplicar (determinar e interpretar) en el caso concreto, pese a que se haya acusado la incorrecta

⁴⁵ “Universidad Católica de la Santísima Concepción con Cárdenas Cruces”. Corte Suprema.

⁴⁶ “Hars Hagerbauer Limitada Agencia Chile con Saavedra Schulte, Christian Gastón”. Corte Suprema.

⁴⁷ “D’amico Davagnino, María y otro con Basterrica Navea, José y otra”. Corte Suprema.

⁴⁸ “Constructora F y F Ltda. con Empresa de Ferrocarriles del Estado y Metro Regional de Valparaíso S.A”. Corte Suprema.

⁴⁹ “Troncoso Molina, Jesús María con Alarcón Gatica, Jacqueline Magaly”. Corte Suprema.

⁵⁰ “Carrasco Soto, Doris Eliana con Carrasco Soto, María Leontina y otros”. Corte Suprema.

⁵¹ “Desarrollo inmobiliario Nova Terra Cía. S.A con Cía. de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A y Bice Vida Compañía de Seguros S.A”. Corte Suprema.

⁵² “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Sanhueza Echiburú, Pablo Andrés”. Corte Suprema.

⁵³ “Cooperativa de Ahorro y Crédito con Constructora Job Contreras Alarcón EIRL y Job Contreras Alarcón”. Corte Suprema.

⁵⁴ “Ariete Rastrelli, Giulio con Merino Muñoz, David”. Corte Suprema.

⁵⁵ “Moreno Menares, Manuel del Carmen con Silva Piña, Luis”. Corte Suprema.

⁵⁶ “Héctor Amador Pairoa Castro con Jorge Ernesto Aguirre Gotelli”. Corte Suprema.

⁵⁷ “Viviana Martínez Mella y otros con Comité de Vivienda Vista Hermosa y otros”. Corte Suprema.

⁵⁸ Aunque en estas dos sentencias los rechazos no se verifican *in limine*, sino en el marco del procedimiento ordinario del recurso.

⁵⁹ “Romero Concha, Cecilia con Monteverde SA”. Corte Suprema.

⁶⁰ “María Salazar Allendes con Ilustre Municipalidad de Buin”. Corte Suprema.

⁶¹ “Arévalo con Millar”. Corte Suprema.

aplicación de normas legales precisas. Se entiende que la omisión de aquellas normas *decisoria litis* inevitablemente debe llevar a la desestimación liminar del recurso por manifiesta falta de fundamentos.

Como se ha dicho, el origen está en la SCS de 14 de diciembre 1992, RDJ, t. 89, secc. 1^a, p. 189. Esta posición ha sido ratificada expresamente en muchas sentencias de los últimos años, como sucede en Sentencia de 11 de marzo 2013, rol 163-2013⁶², y seguidamente por infinidad de pronunciamientos que hacen aplicación de esta doctrina para fundamentar el rechazo *in limine*. Así las siguientes: Sentencia de 25 de enero 2013, rol 2-2013⁶³; Sentencia de 30 de abril 2013, rol 18-2013⁶⁴; Sentencia de 30 de abril 2013, rol 329-2013⁶⁵; Sentencia de 30 de abril 2013, rol 333-2013⁶⁶; Sentencia de 18 de abril 2013, rol 621-13⁶⁷; Sentencia de 30 de abril 2015, rol 30047-2014⁶⁸; Sentencia de 30 de abril 2015, rol 28934-2014⁶⁹; Sentencia de 23 de abril 2015, rol 32496-2014⁷⁰; Sentencia de 2 de abril 2015, rol 28590-2014⁷¹; Sentencia de 2 de abril 2015, rol 28241-2014⁷²; Sentencia de 30 de marzo 2015, rol 30776-2014⁷³; Sentencia de 30 de marzo 2015, rol 30778-2014⁷⁴; Sentencia de 30 de marzo 2015, rol 30457-2014⁷⁵; Sentencia de 30 de abril 2015, rol 29857-2014⁷⁶.

Por otra parte –del mismo modo que en el primer supuesto de rechazo– también en el último tiempo pueden encontrarse casos en que se llega a declarar la inadmisibilidad por presunta falta de requisitos del art. 772 CPC. Se opta por la inadmisibilidad en lugar de un rechazo de fondo con examen que se centre en la fundabilidad del recurso, incurriendo otra vez en la confusión de estos dos juicios que son distintos. Es el caso de la Sentencia de 8 de octubre 2018, rol 18829-2018⁷⁷, de la Sentencia de 10 de enero 2017, rol 95116-2016⁷⁸, y de la Sentencia de 10 de enero 2017, rol 76473-2016⁷⁹.

⁶² “Ruiz Guzmán, Pedro con Aguilar García, Marta”. Corte Suprema.

⁶³ “Benavente Guayiler con Cooperativa de Ahorro y Crédito Norte Grande y otro”. Corte Suprema.

⁶⁴ “Promotora CMR Falabella con Orlandi Rojas”. Corte Suprema.

⁶⁵ “Banco Scotiabank Chile con Galindo Oyarzún, Olegario Francisco”. Corte Suprema.

⁶⁶ “Soc. Clínica del Maule S.A con Leal Reyes, Jaime”. Corte Suprema.

⁶⁷ “Carrasco Soto, Doris Eliana con Carrasco Soto, María Leontina y otros”. Corte Suprema.

⁶⁸ “Castro Carrasco, Susana Elizabeth con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria-Chile”. Corte Suprema.

⁶⁹ “Llanos Hidalgo, Manuel con Méndez Moraga, Eliana del Tránsito”. Corte Suprema.

⁷⁰ “Sierralta Standen, Raúl Rodrigo y otra con Figueroa Ugalde, Rossana del Carmen y otro”. Corte Suprema.

⁷¹ “Tori Altamirano, Angélica con Inmobiliaria Parques y Jardines S.A.”. Corte Suprema.

⁷² “Roco Morales, María E con Banco de Chile”. Corte Suprema.

⁷³ “Osorio Hermosilla, Juan Aquiles y otro con Agropecuaria Helga Cristine Klumpp Rodríguez EIRL”. Corte Suprema.

⁷⁴ “Canteros Fuentealba, Ismael y otros con Agropecuaria Helga Cristine Klumpp Rodríguez EIRL”. Corte Suprema.

⁷⁵ “Scotiabank Sud Americano con Cortés Marambio, Jorge”. Corte Suprema.

⁷⁶ “Corpbanca con Barrera Rivas, Andrés Fernando”. Corte Suprema.

⁷⁷ “Meléndez Castillo, Hernán con Díaz Rivera, Luis”. Corte Suprema.

⁷⁸ “Banco Santander Chile con Leonard Casas del Valle”. Corte Suprema.

⁷⁹ “Aravena González, José con González Sáez, Blanca”. Corte Suprema.

IV. EL RAZONAMIENTO JURÍDICO EN ESTAS DOS VARIANTES DE LA OMISIÓN DE DENUNCIA DE (TODAS) LAS NORMAS *DECISORIA LITIS*

Estas variantes de rechazo (o inadmisibilidad) abarcan fundamentos aplicados a las dos modalidades señaladas y también otros fundamentos que solo se aplican a una de las modalidades de rechazo (o inadmisibilidad). Vale decir, encierran algunos argumentos comunes y también otros específicos, aunque la misma jurisprudencia no siempre haga clara distinción de las razones que utiliza en cada caso, ni tampoco desarrolle sus argumentos. No obstante lo indicado, lo cierto es que con un análisis inductivo del acervo jurisprudencial se puede llegar en síntesis a las conclusiones que apuntaremos.

Los razonamientos que articula la jurisprudencia para el rechazo *in limine* en estas situaciones son:

- a) Razonamientos comunes a las dos modalidades precedentes. Primero, el consistente en que *el yerro jurídico es jurídicamente insuficiente por sí solo*. La jurisprudencia enfatiza que la sola denuncia de un error no tiene por sí mismo eficacia jurídica –sin la conjunta denuncia de la norma decisoria–. Al error por sí solo le falta la capacidad o la trascendencia para influir en lo dispositivo del fallo, de manera que aquel es irrelevante de forma aislada, a tal punto que aun en caso de considerarse de que exista tal, no produciría la invalidación de la sentencia que se pretende. Se invoca en esta línea la concordancia del art. 772 con el art. 767 CPC, ya que si bien el primero no hace exigencia de la denuncia expresa de infracciones de ley, ello viene a ser necesario por la propia naturaleza del recurso que siempre remite a aquella como único motivo de invalidación, como se desprendería del tenor del art. 767⁸⁰.

Otro razonamiento común –en línea con lo anterior– es aquel en que la CS a menudo añade una premisa complementaria cuando conviene al asunto, y que consiste en afirmar que *la oposición explícita a un punto de la decisión sin denuncia expresa de las normas concretas no resulta suficiente para entender satisfecho el estándar de la denuncia de infracción de norma decisoria*, y sigue considerando en este caso que hay una impugnación incompleta. Así, por ejemplo, si el recurso discute la incorrecta aplicación o no aplicación de una de las excepciones (oposiciones) del juicio ejecutivo alegadas, pero no menciona el numeral respectivo del art. 464 CPC⁸¹, tal omisión es considerada determinante del rechazo.

- b) Como se dijo, además de los argumentos comunes están los otros que se aplican solo a un supuesto de rechazo liminar. Se trata de los razonamientos matizados respecto de la concreta incompletitud de la denuncia.

⁸⁰ Las sentencias citadas *ut supra*.

⁸¹ Ejemplos, SCS 30 de marzo 2015, rol 30897-2014, “Ariete Rastrelli, Giulio con Merino Muñoz, David”; SCS 6 de abril 2015, rol 28909-2014, “Basualto Sepúlveda, Guillermo Enrique con Constructora Santiago Concha limitada”; SCS 15 de abril 2015, rol 29713-2014, “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Sanhueza Echiburú, Pablo Andrés”.

Si se analizan detalladamente los casos, hay razones jurídicas de apoyo distintas según las dos modalidades que hemos distinguido, pese a que la jurisprudencia no lo haya advertido sistemáticamente. De esta forma hay un argumento específico aplicable para el rechazo en caso en que se omita la mención del precepto legal erróneamente utilizado por la resolución recurrida.

En ese supuesto la jurisprudencia señala que esa omisión supone *la aceptación del fallo o de la decisión*⁸². Es decir, la aceptación de la aplicación de las normas legales que se han utilizado y han determinado el contenido de la resolución, precisamente porque no se ha denunciado expresamente su errónea aplicación. El argumento en respaldo de esta posición, aunque nunca enteramente manifestado, es que la conducta omisiva del recurrente de no denuncia de la infracción de una o más normas *decisoria litis*, conduce a la conclusión de que no hay oposición a su aplicación y, como no hay, eso finalmente supondría la aceptación de esa realización del Derecho en el caso concreto.

Por el contrario, el otro razonamiento argumental para el rechazo se aplica al caso que la incompletitud se concreta en la omisión de denuncia de los preceptos legales no aplicados pero que correspondía aplicar. La Corte –desde el fallo de 14 de diciembre de 1992, RDJ, t. 89, secc. 1^a, p. 188– suele esgrimir que esa omisión afecta irremediablemente la eficacia de la denuncia casacional, porque *la omisión señalada le va a impedir a ella dictar sentencia de reemplazo con un contenido distinto, con arreglo a las normas legales que no han sido invocadas en el recurso de casación, debido a que esto sería una consecuencia inevitable del carácter estricto del recurso de casación*. Se estima que por comprobada que esté la errónea aplicación de ley, el recurso no podría prosperar porque no se ha aportado la norma que permita dictar la sentencia de reemplazo.

1. *Primera crítica a la argumentación de la CS*

Este cauce de rechazo liminar (o de inadmisibilidad) –como ha quedado comprobado– es intensamente utilizado por la CS. En nuestra opinión, no obstante, tiene defectos técnicos en su formulación y aprovechamiento.

Primero, la exigencia de denuncia exhaustiva de las normas *decisoria litis* que la Corte reclama. Es decir, la denuncia de la norma incorrectamente determinada y aplicada y, al tiempo, las que debían aplicarse en su lugar, y que no lo fueron. La falta de mención expresa de cualquiera de estas –estima la Corte– es una falla en la formulación del recurso que irremediablemente deriva en su rechazo por manifiesta falta de fundamentos.

⁸² En esta línea las siguientes sentencias: SCS 9 de mayo 2013, rol 618-2013, “Moreno Menares, Manuel del Carmen con Silva Piña, Luis”; SCS 30 de marzo 2015, rol 30788-2014, “Sara Montiel Henríquez con Bladimir Sánchez Martínez”; SCS 30 de marzo 2015, rol 30778-2014, “Canteros Fuentealba, Ismael y otros con Agropecuaria Helga Cristine Klumpp Rodríguez EIRL”; SCS 2 de abril 2015, rol 28241-2014, “Roco Morales, María E con Banco de Chile”. Y también últimamente en SCS 7 de enero 2019, rol 26528-2018, “Poch y Asociados Ingenieros Consultores SA con Inversiones Arlequín Limitada, Hidroeléctrica Arrayán Limitada y Electro Austral Generación”.

Esta ha sido una estrategia argumental para el rechazo *in limine* que sustenta una redefinición o ampliación del concepto de norma decisoria, que supera sus márgenes, los que se ciñen al tipo de norma que pueda denunciarse vía casación, útil para distinguir las leyes que quedan tuteladas por la casación en el fondo, de aquellas otras infracciones de normas que dan lugar a un quebrantamiento o inejecución procesal que encuentran su cauce en la casación en la forma. En la lógica de la CS es norma *decisoria litis* tanto la que tiene relieve para la casación (invalidación), como aquella que importa para la sentencia de mérito que sustituye a la invalidada, esto es, la sentencia de reemplazo. De este modo la exhaustividad de la denuncia casacional cobra un significado bien preciso. Aquí la CS utiliza la exigencia de exhaustividad de la denuncia en orden a exigir la acusación copulativa ya indicada.

En palabras llanas si denuncia la incorrecta aplicación de un precepto legal es evidente que existe otro aplicable al fondo o que hay una norma jurídica que colma una eventual laguna. Para la jurisprudencia de la CS la denuncia tiene que hacerse desde los dos puntos de vistas y de forma expresa. Lo mismo cabría predicar si uno denuncia una errónea interpretación de un precepto que se aplica a un caso, que en realidad recatemente interpretado no resulta aplicable. Para la jurisprudencia de la CS, haría falta que la denuncia además se extienda a cuál es el precepto que habría que aplicar si se hace la interpretación correcta, con total exactitud y de forma explícita. La omisión en un sentido u otro supone para esta jurisprudencia la incompletitud de la denuncia.

Con la lógica de la Corte, la omisión o el error en la simple mención del número del artículo ya le dejaría impedida de conocer el fondo de la denuncia casacional como si no existiese el deber indicado. Esta posición ignora que las Cortes también se guían por el principio de *iura novit curia*⁸³, de modo que no queda encorsetada por la invocación de los números de los artículos, ya que una interpretación como esa llegaría a suscribir el absurdo del rechazo de una denuncia casacional, fundado en el puro yerro nominal en la redacción del escrito del recurso, porque, nótese, el error de cita del número del artículo de la ley es también un caso de omisión del precepto legal realmente infringido, en cuanto se denuncia la infracción de un precepto que no ha sido infringido y se deja de mencionar el que sí lo ha sido en el caso concreto.

Por otra parte, eludir el deber de correcta aplicación del Derecho que existe para la CS, con el pretexto del carácter extraordinario y de derecho estricto⁸⁴ —como le gusta enfatizar a la jurisprudencia— supone auspiciar una interpretación formalista de la casación que acaba despojando a las partes del aprovechamiento razonable de una oportunidad procesal legalmente consagrada y por esta vía se enerva el derecho a la tutela jurisdiccional configurada por el legislador y reconocida por la Constitución, haciendo caso omiso de los principios *pro actione* y *favor impugnationis*, los que en materia

⁸³ Ni siquiera la letra del art. 774 CPC lo desconoce.

⁸⁴ Cfr. MARÍN, 2017a, pp. 159-204.

de interpretación y realización jurisprudencial del régimen jurídico de los recursos tienen especial aplicación⁸⁵.

Una interpretación y aplicación como la que se critica además no encuentra respaldo en el diseño del legislador que respecto del asunto modificó –mediante Ley 19374– los requisitos de interposición de la casación, eliminando del art. 772 del CPC la necesidad de singularizar el precepto legal infringido, como se ha puesto de relieve en más de una oportunidad por la doctrina⁸⁶.

2. *Segunda crítica a la argumentación de la CS*

En segundo lugar (y más importante aun), la Corte Suprema parece esgrimir un impedimento insalvable que no es tal. La eventual omisión de la norma no aplicada, pero que correspondía aplicar, ya que –según la CS– esa omisión le impediría dictar sentencia de reemplazo.

Este razonamiento arranca de un supuesto equivocado, porque la cuestión de la norma que corresponde aplicar no es una materia que se refiera a la casación en un sentido propio. Lo estrictamente casacional –como control de legitimidad– se resuelve en la invalidación de la sentencia, mediante lo que denominamos sentencia de casación. Solo de prosperar el recurso –y como consecuencia lógica posterior– corresponde a la Corte asumir la competencia funcional de apelación o de segundo grado, en donde retiene el asunto y dicta sentencia de reemplazo (de mérito)⁸⁷, y es aquí donde importa en toda su extensión saber qué norma es posible aplicar, lo que debe hacerse a la luz de la pretensión fijada en la demanda (o resistencia) y en la apelación, a las que finalmente remite la pretensión de sentencia de reemplazo.

En vista de las circunstancias, queda en evidencia que con el argumento criticado la Corte Suprema confunde dos momentos jurídicamente muy distintos que se dan o se pueden dar como consecuencia del recurso de casación: el estrictamente casacional (invalidatorio, jurisdicción negativa) que depende de la infracción de ley, y luego otro de reemplazo, que es un momento donde tiene lugar la integración del juicio de mérito de segundo grado, en el que lo sustantivo es aplicar positivamente el Derecho al caso concreto con las normas no aplicadas y que debían serlo, para ello ha de estarse a la pretensión deducida por la parte en los términos indicados, y donde la CS recupera el poder de decisión que se hallaba restringido. Aquí no cabe duda que puede aplicar la ley más allá de si un precepto aparece o no invocado en la causal del recurso, lo que queda claro si se atiende al tenor del art. 785 CPC. Este en lo pertinente dispone: “Cuando la Corte Suprema invalide una sentencia por casación en el fondo, dictará acto continuo y sin nueva vista, pero separadamente, sobre la cuestión materia del juicio que haya sido

⁸⁵ BORDALÍ, 2011, pp. 311-337; DEL RÍO, 2012, pp. 258 y ss.; y del mismo, 2014, pp. 25 y ss.

⁸⁶ TAVOLARI, 1996, pp. 36-37; AGUIRREZÁBAL *et al.*, 2008, pp. 248 y 259; DEL RÍO, 2015b, pp. 163-165.

⁸⁷ CASARINO, 2011, pp. 211-212.

objeto del recurso, la sentencia que crea conforme a la ley y al mérito de los hechos tales como se han dado por establecidos en el fallo recurrido (...).”

3. *Tercera crítica a la argumentación de la CS*

Por último, en tercer lugar, como ya hemos señalado, la CS con cierta frecuencia utiliza el argumento que, ante una denuncia casacional incompleta, en la que se omite el señalamiento de determinadas normas *decisoria litis*, cabe concluir que se estaría aceptando la decisión contenida en la resolución o sentencia impugnada. Este argumento es inaceptable y contradictorio, si se tiene en cuenta que se esgrime para justificar la desestimación de un recurso que precisamente impugna y resiste la sentencia. El error de razonamiento lógico es evidente (*non sequitur*). Se pretende extraer una consecuencia extravagante a partir del simple hecho del no señalamiento del precepto legal infringido, como si ello importara la aceptación o al menos la no oposición a la aplicación errónea del precepto precisamente por no haberse señalado resistencia nominativa al precepto, haciendo caso omiso de la voluntad de impugnación manifiesta e inequívoca de oponerse a lo decidido como consecuencia de una errónea aplicación del Derecho. Una interpretación de este tipo enerva el contenido más elemental del derecho al recurso legalmente configurado y supone un desconocimiento a los principios de *favor impugnationis* y *pro actione*, ampliamente reconocidos en la doctrina y Derecho comparados⁸⁸.

BIBLIOGRAFÍA

- AMRANI Mekki, Soraya, 2010: “La sélection des pourvois à la Cour de Cassation”, en AAVV, *El recurso de casación civil* (Thomson Reuters, Cizur Menor, director Bonet Navarro), pp. 629-654.
- ASTORGA Páez, Pamela, 2017: “Algunas consideraciones sobre la casación civil, fórmulas para su racionalización y su relación con el ius litigatoris”, *Recursos procesales* (Ediciones Der, Santiago, Director: Diego Palomo), pp. 239-263.
- AGUIRREZÁBAL Grünstein, Maite; Baraona González, Jorge, y Romero Seguel, Alejandro, 2008: “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, *Ius et Praxis*, año 14-1, pp. 225-259.
- AMOROSO, Giovanni, 2012: *Il guidizio civile di cassazione* (Milano, Giuffrè), 950 pp.
- ANABALÓN Sanderson, Carlos, 2015: *Tratado de Derecho procesal civil. El juicio ordinario de mayor cuantía* (Santiago, Edit. El Jurista), 517 pp.
- ARMENTA Deu, Teresa, 2018: “Recurso de casación: entre eficacia y nuevas orientaciones de fines tradicionales”, InDRET, 2018-1.
- ATRIA Lemaitre, Fernando, 2005: “Comentario. La casación como problema”, *Revista de Derecho de la Universidad Adolfo Ibáñez*, 2-2005, pp. 249-353.
- BARAONA González, Jorge; Aguirrezábal Grünstein, Maite, y Romero Seguel, Alejandro, 2008: “Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil”, *Ius et Praxis*, año 14-1, pp. 225-259.

⁸⁸ Vid. BORDALÍ, 2011, pp. 328-334; DEL RÍO, 2012, pp. 258 y ss.; y del mismo, 2014, pp. 25 y ss.

- BORDALÍ Salamanca, Andrés, 2011: "Análisis crítico de la jurisprudencia del tribunal constitucional sobre el derecho a la tutela judicial", *Revista chilena de Derecho*, vol. 38, 2, pp. 311-337.
- BRANCACCIO, Antonio, 1992: "Conciliare esigenze opposte", en *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni* (Roma, Edizione Tritone), pp. 279-290.
- FERRAND, Frédérique, 2010: "Les cas d'ouverture à cassation en droit français", en AAVV, *El recurso de casación civil* (Thomson Reuters, Cizur Menor, director Bonet Navarro), pp. 589-627.
- CADIET, Löic, 2016: "El rol institucional y político de la corte de casación en Francia: tradición, transición, mutación?", en AAVV, *La misión de los tribunales supremos* (Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, San Pablo, coordinadores Taruffo/Marinoni/Mitidiero), pp. 175-204.
- CALAMANDREI, Piero, 1945: *La casación civil* (Buenos Aires, Editorial Bibliográfica Argentina, traducción de Sentís Melendo), t. II, 513 pp.
- CAMPESE, Eduardo, 2017: "Il nuovo giudizio camerale civile di cassazione", en *Il Foro Italiano*, Vol. CXL, V, columnas 17-23.
- CASARINO Viterbo, Mario, 2011: *Manual de Derecho procesal. Derecho procesal civil*, t. IV (sexta edición, Editorial Jurídica de Chile, Santiago), 254 pp.
- CASAS Farías, Patricio y Rodríguez Vega, Manuel, 2018: "Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre infracción a normas reguladoras de la prueba en el ámbito tributario", *Revista de Derecho*, Universidad Austral de Chile, Vol. XXXI, 2, diciembre 2018, pp. 263-294.
- CHIOVENDA, José, 1925: *Principios de Derecho procesal civil*, tomo II (Reus, Madrid, traducción de José Casás y Santaló), 858 pp.
- DALFINO, Domenico, 2017: "Il nuovo volto del procedimento in Cassazione, nell'ultimo intervento normativo e nei protocolli di intesa", en *Il Foro Italiano*, Vol. CXL, V, columnas 2-7.
- DELGADO Castro, Jordi, 2017: "La casación civil en el fondo: un último intento para no cantarle un réquiem", *Recursos procesales* (Ediciones Der, Santiago, Director: Diego Palomo), 107-133.
- DEL RÍO Ferretti, Carlos, 2012: "Estudio sobre el derecho al recurso en el proceso penal", *Estudios Constitucionales*, Universidad de Talca, primer semestre 2012, año 10-1, pp. 245-288.
- DEL RÍO Ferretti, Carlos, 2014: *El derecho al recurso y recurso de nulidad penal*, Thomson Reuters-Legal Publishing, Santiago de Chile, 141 pp.
- DEL RÍO Ferretti, Carlos, 2015a: "La casación civil: el desafío de la correcta racionalización y *iurisprudentia novit curia* en una futura reforma legal", *Revista chilena de Derecho*, vol. 42-2, pp. 483-513.
- DEL RÍO Ferretti, Carlos, 2015b: "Motivo de casación en el fondo civil en Chile. Problemas y perspectivas de reforma", *Ius et Praxis*, año 21-2.
- DOMÍNGUEZ Águila, Ramón, 2017: "Algunos aspectos civiles de la casación", en: Adrián Schopf Olea y Juan Carlos Marín González, *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios homenaje al profesor Enrique Barros Bourie* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 1017-1039.
- GOLDSCHMIDT, James, 1936: *Teoría general del proceso* (Barcelona, Editorial Labor), 195 pp.
- GOLDSCHMIDT, James, 2010: "Teoría general del proceso", en *Derecho, Derecho penal y proceso, I. Problemas fundamentales del Derecho* (Marcial Pons, Madrid, Barcelona, Buenos Aires, editor López Barja de Quiroga), pp. 813-886.
- GORIGOITÍA Abbot, Felipe, 2013: "Irregularidad, invalidez e ineficacia en el contexto de la nulidad procesal", *Revista de Derecho UCN*, 20-1, pp. 129-154.
- LARROUCAU Torres, Jorge, 2017: "Leyes reguladores de la prueba: de la soberanía judicial al control deferente de la Corte Suprema", *Revista de Derecho*, Uach, vol. XXX-1, pp. 311-331.
- LIBEDINSKY Tschorne, Marcos, 1995: "La manifiesta falta de fundamentos en el recurso de casación en el fondo", *Gaceta Jurídica*, N° 183, pp. 7-11.

- MARÍN González, Juan Carlos, 2017a: "El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno: una instancia más", *Recursos procesales. Problemas actuales* (director: Diego Palomo, Santiago, Ediciones Der), pp. 159-204.
- MARÍN González, Juan Carlos, 2017b: "El recurso de casación en el sistema procesal civil chileno, ¿por qué constituye una instancia más?", en: Adrián Schopf y Juan Carlos Marín, *Lo público y lo privado en el derecho. Estudios homenaje al profesor Enrique Barros* (Santiago, Thomson Reuters), pp. 1041-1148.
- MATURANA Miquel, Cristián y Mosquera Ruiz, Mario, 2010: *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile).
- MOSQUERA Ruiz, Mario y Maturana Miquel, Cristián, 2010: *Los recursos procesales* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile) 613 pp.
- NAPPI, Aniello, 2006: Il sindacato di legittimità nei giudizi civili e penali di cassazione, G. Giappichelli Editori-Torino, 307 pp.
- NIEVA Fenoll, Jorge, 2000: *El hecho y el derecho en la casación penal* (Bosch, Barcelona), 324 pp.
- NIEVA Fenoll, Jorge, 2003: *El recurso de casación civil* (Ariel, Barcelona), 343 pp.
- NIEVA Fenoll, Jordi, 2010: "La reforma de la labor del Tribunal Supremo y la 'unificación de doctrina'. Perspectiva de la introducción del modelo anglosajón en nuestro Derecho", *El recurso de casación* (Editorial Abeledo Perrot, Santiago de Chile) 155 pp.
- NÚÑEZ Ojeda, Raúl y Pérez Ragone, Álvaro, 2015: *Manual de Derecho procesal. Los medios de impugnación* (Thomson Reuters, Santiago), 542 pp.
- ORELLANA Torres, Fernando, 2017: *Manual de Derecho procesal. Recursos procesales*, t. IV (4ª edición, Librotecnia, Santiago) 234 pp.
- ORTÚZAR Latapiat, Waldo, 1958: *Las causales del recurso de casación en el fondo en materia penal* (Santiago, Editorial Jurídica), 527 pp.
- PALOMO Vélez, Diego (con Bordini Salamanca y Cortez Matcovich), 2016: *Proceso civil: los recursos y otros medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters), 394 pp.
- PEÑAILILLO Arévalo, Daniel, 1989: *La prueba en materia sustantiva civil. Parte general* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 126 pp.
- PÉREZ Ragone, Álvaro, 2010: "¿Presupuestos procesales? Admisibilidad y fundabilidad en la dogmática procesal civil alemana: revisión contemporánea", en AAVV, *Teoría del proceso. Panorama doctrinario mundial*, v. II (Salvador de Bahía, JusPodium, coordinador: Fredie Didier Jr.), pp. 21-44.
- PÉREZ Ragone, Álvaro y Núñez Ojeda, Raúl, 2015: *Manual de Derecho procesal. Los medios de impugnación* (Santiago, Thomson Reuters), 542 pp.
- PIVETTI, Marco, 1992: "Osservazioni sul modello di Corte di cassazione", en *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni* (Roma, Edizione Tritone) pp. 256-276.
- POBLETE Carrasco, Jaime, 2018: "La inadmisibilidad como forma de invalidez de las actuaciones de las partes y de terceros técnicos en el Código de Procedimiento Civil", *Ius et Praxis*, 1-2018, pp. 497-452.
- RODRÍGUEZ Vega, Manuel y Casas Farías, Patricio, 2018: "Jurisprudencia reciente de la Corte Suprema de Chile sobre infracción a normas reguladoras de la prueba en el ámbito tributario", *Revista de Derecho Uach*, Vol. XXXI-2, 2018, pp. 263-294.
- ROJAS Sepúlveda, Mario, 2010: "El rol de la Corte Suprema en el proyecto de nuevo Código Procesal Civil", *Revista actualidad jurídica*, N° 22, pp. 315-360.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2004: *La jurisprudencia de los tribunales como fuente del Derecho* (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 234 pp.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2006: *Curso de Derecho procesal civil*, t. I (Santiago, Editorial Jurídica de Chile), 128 pp.

- ROMERO Seguel, Alejandro; Aguirrezábal Grünstein, Maite; Baraona González, Jorge, 2008: "Revisión crítica de la causal fundante del recurso de casación en el fondo en materia civil", en *Ius et Praxis*, año 14-1, pp. 225-259.
- ROMERO Seguel, Alejandro, 2013: *El recurso de casación en el fondo civil. Propuesta para la generación de precedentes judiciales* (Santiago de Chile, Thomson Reuters).
- ROSENBERG, Leo, 2002: *La carga de la prueba* (Montevideo-Buenos Aires, segunda edición, Bdef, traducción de Krotoschin), 460 pp.
- SILVESTRI, Elisabetta, 1992: "La selezione dei ricorsi", *Il giudizio di cassazione nel sistema delle impugnazioni* (Roma, Edizione Tritone) pp. 211-216.
- TARUFFO, Micheli, 2006: *El vértice ambiguo. Ensayos sobre la casación civil* (Palestra, Lima, traducción de Monroy Palacios y Monroy Gálvez), 278 pp.
- TAVOLARI Oliveros, Raúl, 1996: *Recurso de casación y queja. Nuevo régimen* (Editorial Jurídica Conosur, Santiago), 238 pp.

Jurisprudencia

- SCS 2 junio de 1919, Revista de Derecho, Jurisprudencia y Ciencias Sociales, año XVII, N° 4, pp. 161-183.
- SCS 14 diciembre de 1992, RDJ, t. 89, secc. 1ª, p. 188.
- SCS 13 marzo de 2012, rol 363-2012, "Albornoz Costa con Sociedad D y S Comercial Líder".
- SCS 14 marzo de 2012, rol 382-2012, "Universidad Católica de la Santísima Concepción con Cárdenas Cruces".
- SCS 25 enero de 2013, rol 2-2013, "Benavente Guayiler con Cooperativa de Ahorro y Crédito Norte Grande y otro".
- SCS 11 marzo de 2013, rol 163-2013, "Ruiz Guzmán, Pedro con Aguilar García, Marta".
- SCS 12 marzo de 2013, rol 178-2013, "Troncoso Molina, Jesús María con Alarcón Gatica, Jacqueline Magaly".
- SCS 21 marzo de 2013, rol 460-2013, "Hars Hagerbauer Limitada Agencia Chile con Saavedra Schulte, Christian Gastón".
- SCS 28 marzo de 2013, rol 459-2013, "González Pesse, Fernando Emilio con Urra Salazar, Rubén".
- SCS 28 marzo de 2013, rol 536-2013, "CCAF La Araucana con Bolton Dollenz, Stephanie C.".
- SCS 28 marzo de 2013, rol 523-2013, "D'amico Davagnino, María y otro con Basterrica Navea, José y otra".
- SCS 9 abril de 2013, rol 474-2013, "Vergara Henríquez, Hilda Isabel con Sucesión Sofía Rojas Labbé".
- SCS 18 abril de 2013, rol 621-13, "Carrasco Soto, Doris Eliana con Carrasco Soto, María Leontina y otros".
- SCS 30 abril de 2013, rol 574-2013, "Constructora F y F Ltda. con Empresa de Ferrocarriles del Estado y Metro Regional de Valparaíso S.A".
- SCS 30 abril de 2013, rol 18-2013, "Promotora CMR Falabella con Orlandi Rojas".
- SCS 30 de abril de 2013, rol 329-2013, "Banco Scotiabank Chile con Galindo Oyarzún, Olegario Francisco".
- SCS 30 abril de 2013, rol 371-2013, "Promotora CMR Falabella S.A. con Olivares Farías, Alonso".
- SCS 30 abril de 2013, rol 333-2013, "Soc. Clínica del Maule S.A con Leal Reyes, Jaime.
- SCS 9 mayo de 2013, rol 618-2013, "Moreno Menares, Manuel del Carmen con Silva Piña, Luis".
- SCS 16 mayo de 2013, rol 402-2013, "Gómez Lagos, José Domingo y otros con Sánchez Sánchez, María Graciela".
- SCS 30 marzo de 2015, rol 30776-2014, "Osorio Hermosilla, Juan Aquiles y otro con Agropecuaria Helga Cristine Klumpp Rodríguez EIRL".

- SCS 30 marzo de 2015, rol 30778-2014, “Canteros Fuentealba, Ismael y otros con Agropecuaria Helga Cristine Klump Rodríguez EIRL”.
- SCS 30 marzo de 2015, rol 30897-2014, “Ariete Rastrelli, Giulio con Merino Muñoz, David”.
- SCS 30 marzo de 2015, rol 30457-2014, “Scotiabank Sud Americano con Cortés Marambio, Jorge”.
- SCS 2 abril de 2015, rol 28590-2014, “Tori Altamirano, Angélica con Inmobiliaria Parques y Jardines S.A.”.
- SCS 2 abril de 2015, rol 28241-2014, “Roco Morales, María E con Banco de Chile”.
- SCS 6 abril de 2015, rol 28909-2014, “Basualto Sepúlveda, Guillermo Enrique con Constructora Santiago Concha limitada”.
- SCS 15 abril de 2015, rol 29713-2014, “Banco Bilbao Vizcaya Argentaria Chile con Sanhueza Echiburú”, Pablo Andrés.
- SCS 15 abril de 2015, rol 28595-2014, “Desarrollo inmobiliario Nova Terra Cía. S.A con Cía. de Seguros de Vida Consorcio Nacional de Seguros S.A y Bice Vida Compañía de Seguros S.A”.
- SCS 15 abril de 2015, rol 29704-2014, “Cooperativa de Ahorro y Crédito con Constructora Job Contreras Alarcón EIRL y Job Contreras Alarcón”.
- SCS 23 abril de 2015, rol 32496-2014, “Sierralta Standen Raúl Rodrigo y otra con Figueroa Ugalde Rossana del Carmen y otro”.
- SCS 30 abril de 2015, rol 30047-2014, “Castro Carrasco, Susana Elizabeth con Banco Bilbao Vizcaya Argentaria-Chile”.
- SCS 30 abril de 2015, rol 28934-2014, “Llanos Hidalgo, Manuel con Méndez Moraga, Eliana del Tránsito”.
- SCS 30 abril de 2015, rol 29857-2014, “Corpbanca con Barrera Rivas, Andrés Fernando”.
- SCS 10 enero de 2017, rol 76473-2016, “Aravena González, José con González Sáez, Blanca”.
- SCS 10 enero de 2017, rol 95116-2016, “Banco Santander Chile con Leonard Casas del Valle”.
- SCS 8 octubre de 2018, rol 18829-2018 “Meléndez Castillo, Hernán con Díaz Rivera, Luis”.
- SCS 9 octubre de 2018, rol 44567-2017, “Héctor Amador Pairoa Castro con Jorge Ernesto Aguirre Gotelli”.
- SCS 7 enero de 2019, rol 26528-2018, “Poch y Asociados Ingenieros Consultores SA con Inversiones Arlequín Limitada, Hidroeléctrica Arrayán Limitada y Electro Austral Generación”.
- SCS 14 enero de 2019, rol 1522-2018, “Viviana Martínez Mella y otros con Comité de Vivienda Vista Hermosa y otros”.
- SCS 14 enero de 2019, rol 25075-2018, “María Salazar Allendes con Ilustre Municipalidad de Buin”.
- SCS 16 enero de 2019, rol 20912-2018, “Arévalo con Millar”.
- SCS 16 enero de 2019, rol 24628-2018, “Romero Concha, Cecilia con Monteverde SA”.

¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?

Ana María Morales Peillard*
Sebastián Salinero Echeverría**

RESUMEN

El presente estudio indaga mediante entrevistas semiestructuradas practicadas a una muestra de jueces de garantía y oral, acerca de las concepciones penológicas de los jueces y busca establecer en qué medida estas influirían la decisión de juzgamiento entre una pena de cárcel y una sustitutiva. Además, explora las percepciones acerca de la labor de control de la ejecución de las penas. Los hallazgos dan cuenta de un proceso complejo de juzgamiento en donde las percepciones penológicas tendrían una influencia menor y en el que se estaría mermando el deber de motivación de las sentencias. En materia de ejecución penal, por su parte, el estudio revela la importancia de contar con herramientas para su control, y la necesidad de contar con una judicatura abocada exclusivamente al conocimiento de dicha temática.

Alternativas a la cárcel; juzgamiento; percepción judicial

¿How do judges sentence and control de execution of alternatives sanctions?

ABSTRACT

The present study inquires through semistructured interviews with a sample of guarantee and oral judges, about the penological conceptions of the judges and to establish to what extent these would influence the sentencing decision between a prison sentence and an alternative sanction. In addition, it explores their perceptions about the work of controlling the execution of sentences.

* Licenciada en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogada. Msc in Criminal Justice Policy, London School of Economics and Political Science, Inglaterra. Directora Área de Justicia y Reinserción de la Fundación Paz Ciudadana. Docente en Criminología y Política Criminal, Facultad de Derecho, Universidad Alberto Hurtado. Correo electrónico: amorales@pazciudadana.cl

** Abogado. Magíster en Derecho Penal, Universidad de Talca, Chile. Doctor en Derecho, Universidad de Lérida, España. Profesor de Derecho Penal y Criminología, Facultad de Derecho, Universidad de Talca, Chile. Correo electrónico: ssalinero@utalca.cl

El texto es parte del proyecto Fondecyt N° 1160970, titulado "Evaluación de las penas sustitutivas y el camino hacia una política criminal moderna de alternativas a la cárcel". Agradecemos los comentarios efectuados por el magistrado Fernando Guzmán a borradores del presente artículo.

Artículo recibido el 25.7.2019 y aceptado para su publicación el 27.2.2020.

The findings gave an account of a complex sentencing process in which penological perceptions would have a lesser influence and in which the duty to motivate sentences would have been depleted. In the execution of the sentence arena, the study gives reveals the importance of having tools to control it and the need to have a judiciary dedicated exclusively to the knowledge of this topic.

Alternatives to prison; sentencing; judicial perception

I. INTRODUCCIÓN

En Chile, la Ley 20.603, publicada el 27 de junio de 2012, introdujo importantes modificaciones a la Ley 18.216 acerca de medidas alternativas a la privación o restricción de libertad. Esta reforma legal importó, entre otras cosas, una nueva nomenclatura para los otrora “beneficios”, pasando a tener la modalidad de castigo sustitutivo de las penas privativas o restrictivas de la libertad y ampliándose el catálogo de alternativas susceptibles de ser impuestas.

Han transcurrido más de 5 años desde el inicio de la puesta en marcha de dicha reforma¹, sin embargo hasta la fecha no se cuenta con investigaciones empíricas acerca de su funcionamiento judicial y cómo es percibida por los actores. En ese contexto, la presente investigación buscó conocer la percepción penológica de los jueces y comprender en qué medida la labor de juzgamiento y de fundamentación de las penas sustitutivas se vería influía por dichas construcciones. Junto con lo anterior, la investigación indagó acerca de sus percepciones en torno a la labor de control de la ejecución, considerando que se trata de una de las innovaciones contenidas en la ley.

II. ACERCA DE LABOR DE JUZGAMIENTO

1. *Aproximaciones teóricas*

Lovegrove postuló la posibilidad de establecer ciertas “leyes de juzgamiento” que permitieran predecir el resultado de los fallos judiciales, basados en la existencia de una cierta causalidad entre factores que tuvieran un elevado valor predictivo, particularmente la gravedad del delito y la existencia de condenas anteriores². Probablemente, un proceso así de nítido y predecible sea la ambición de políticos y legisladores, buscando de esa forma restringir la desdeñada discreción judicial. Sin embargo, tal afirmación es problemática en la medida que se basa en el supuesto que la sentencia es racional y que, si se analiza lo suficiente, es posible descubrir un modelo de sentencia. Como indica Hutton, lo anterior confunde la existencia de patrones con la racionalidad, mientras que el hecho de que

¹ La ley postergó su entrada en vigencia a la fecha de dictación de su reglamento contenido en el Decreto Nº 1120 del Ministerio de Justicia, de 23 de diciembre de 2013.

² LOVEGROVE, 1989, p. 47 y ss.

exista un patrón no implica que exista necesariamente un modelo racional de sentencia que sea operado inconscientemente por los juzgadores³. En efecto, dicho ejercicio omite el hecho de que los jueces son actores sociales, que se perciben reflexivamente a sí mismos como personas que toman decisiones, aunque dentro de ciertos límites⁴.

Tomando como base dichos planteamientos, diversas investigaciones que han buscado entender el proceso de juzgamiento, han encontrado que las sentencias que imponen los jueces, así como las potenciales disparidades entre las mismas, están fuertemente relacionadas con la filosofía penal, es decir, las preferencias penológicas⁵ y las actitudes de los jueces⁶. Dicha filosofía penal se enmarca en lo que Ashworth denomina “influencias informales” del proceso de juzgamiento⁷ que se distinguirían de las “fuentes formales”⁸. Así, las últimas estarían típicamente compuestas –en el sistema de *common law* descrito por el autor– por la legislación, las “guías de sentencias” y las decisiones judiciales. Asimismo, las “influencias informales” de cierta forma vendrían a permear la decisión de juzgamiento por medio de factores extralegales que representan la visión del juzgador derivada de su experiencia en tal rol, sus propias construcciones y creencias acerca de la dogmática penal y de la realidad criminal, unida a la existencia de ciertas características sociodemográficas⁹.

Este tipo de distinciones dan cuenta que la labor de juzgamiento y sus resultados no son solo producto de la aplicación de reglas legales ni pueden explicarse únicamente por factores como la gravedad del delito cometido o la historia criminal, sino que son producto de filosofías preconcebidas y actitudes que de cierta forma predisponen a los jueces encargados de la labor de juzgamiento y los hacen responder a los distintos casos a los que se ven enfrentados basados en sus creencias personales acerca de los fines de cada pena y sus adecuaciones¹⁰.

³ HUTTON, 2006, p. 159.

⁴ HUTTON, 2006, p. 159.

⁵ Las preferencias penológicas refieren a la adscripción a las teorías tradicionales acerca del castigo: las absolutas o de retribución y las teorías relativas, prevencionistas, o utilitaristas; pudiendo distinguirse entre estas últimas aquellas relativas a la prevención general o disuasión y aquellas referidas a la prevención especial, ya sea en su dimensión positiva o de reinserción social, o en la negativa o de incapacitación. Para un análisis profundo de estas teorías y las visiones contemporáneas de naturaleza híbrida véase, entre otros, FRASE, 2005, p. 65 y ss.; ROXIN, 2006; FEIJOO, 2007 y LIPPKE, 2006, p. 273-295.

⁶ HOGARTH, 1971, p. 68 y ss; MACKENZIE, 2005, p. 89 y ss; DE CASTRO RODRÍGUEZ *et al.*, 2019, pp. 174-175.

⁷ ASHWORTH, 2010, p. 41.

⁸ ASHWORTH, 2010, p. 24.

⁹ ASHWORTH, 2010, p. 43-44.

¹⁰ HOGARTH, 1971, p. 68 y ss; MACKENZIE, 2005, p. 89 y ss; DE CASTRO RODRÍGUEZ *et al.*, 2019, pp. 174-175.

2. *Aproximaciones empíricas*

La literatura criminológica da cuenta de investigaciones tanto de tipo cuantitativas como cualitativas que han buscado explorar cómo operan las influencias informales en el proceso de juzgamiento, centrándose su análisis en factores extralegales particulares buscando determinar su influjo. De acuerdo con Ulmer, estos estudios incluyen, mas no se encuentran limitados, a las siguientes temáticas: a) estratificación social e inequidad en el juzgamiento; b) ejercicio de la discreción judicial y el proceso de toma de decisiones por parte de los jueces; c) la realidad práctica del juzgamiento y su contraste con los objetivos político-criminales y la regulación; y d) la influencia y adaptación a las realidades locales y contextos sociales¹¹.

En el caso del primer grupo de investigaciones, estas se han centrado en estudiar en qué medida las decisiones de juzgamiento vienen moldeadas y de cierta manera reproducen patrones de estratificación social e inequidad, basadas en la influencia de la raza, etnicidad, género u otros factores similares. Estos estudios generalmente han utilizado viñetas o ejercicio de juzgamiento ficticios y la recolección de datos estadísticos de distintas bases que permitan mediante técnicas cuantitativas aislar el efecto de un determinado factor, controlando el efecto del resto¹². La mayoría de esos estudios han encontrado enormes disparidades basadas en la raza u origen social¹³.

El segundo grupo de investigaciones, que se encuentra íntimamente vinculado con el segundo y el cuarto grupo mencionado por Ulmer¹⁴, ha buscado dar cuenta de las complejidades del proceso de juzgamiento mediante estudios mixtos o puramente cualitativos, los que utilizando técnicas etnográficas¹⁵ han buscado explorar el proceso entendiendo al mismo como una “práctica social”¹⁶. Si bien el acento en los diferentes factores extralegales difieren entre las distintas investigaciones, en términos generales concuerdan en la importancia de estas variables contextuales para explicar la discreción judicial y el proceso de toma de decisiones para el juzgamiento; sin embargo, su hallazgo más importante ha sido el de develar la influencia de la “cultura judicial” (*bench culture*)¹⁷, dando cuenta que la naturaleza social de la función judicial genera la existencia de una cultura distintiva¹⁸.

Por último, encontramos la tercera categoría de estudios descrito por Ulmer –dentro de las que se enmarca la presente investigación–, que han buscado indagar acerca de la percepción de los jueces respecto de los principios fundantes de la teoría penal, y sus

¹¹ ULMER, 2012, p. 2.

¹² SPOHN, 2009, p. 82-83.

¹³ SPOHN, 2000, p. 455 y ss.; ULMER, 2012, p. 5 y ss.

¹⁴ ULMER, 2012.

¹⁵ HALLIDAY et al. 2008, p. 4 y ss.

¹⁶ HUTTON, 2006, p. 156.

¹⁷ VELÁSQUEZ, 2018, p. 33.

¹⁸ GARLAND, 1999, p. 230.

visiones pertinentes al delito y el castigo y su función al imponer la sentencia, buscando además indagar eventuales distancias o brechas entre la regulación y la práctica¹⁹.

Una de las primeras investigaciones en esta temática fue la realizada por Hogarth en 1971, el que mediante diversas técnicas tanto cualitativas (entrevistas) como cuantitativas (encuestas, uso de instrumentos de autorreporte y análisis de información secundaria) buscó “mirar el juzgamiento a través de los ojos de los magistrados”²⁰, teniendo como objetivo central buscar y conocer las preferencias de doctrina penal de los jueces. Los hallazgos de las entrevistas mostraron que la doctrina más popular declarada por los magistrados era la rehabilitación, seguida de la disuasión general, la disuasión individual y la incapacitación, ubicando la retribución en último lugar. En términos de las sanciones, la *probation* y el confinamiento en lugares especiales eran percibidas como aquellas efectivas para lograr la reforma de los infractores al igual que el mecanismo de la libertad condicional. Asimismo, en términos de la coherencia, si bien la mayoría de los jueces tenía la imagen de sí mismos como orientado a los fines de rehabilitación, en la práctica sus tomas de decisión estaban más bien fundadas en el delito cometido y la protección de la comunidad²¹.

Otro estudio relevante fue el realizado por Mackenzie, el que, a base de entrevistas a jueces practicadas en Australia, examinó sus preferencias penológicas, encontrando un prácticamente nulo soporte al fin de retribución por parte de los jueces, los que privilegiaban fines de rehabilitación, buscando atender al impacto de la sentencia en los infractores y en la sociedad en general. Sin embargo, los hallazgos dieron cuenta que no obstante privilegiar dichos fines, estos eran generalmente considerados a la hora de imponer penas alternativas, mas no tratándose de penas de cárcel. Sin embargo, la autora encontró que en muchos casos en los que los jueces declararon fallar basados en consideraciones disuasivas generales, lo cierto es que en la práctica su fundamentación se acercaba más a consideraciones retributivas²².

Importante fue también el estudio desarrollado por Hough *et al.* en Inglaterra, el que mediante una investigación predominantemente cualitativa documentó el proceso de juzgamiento de los jueces en los casos límites (*borderline cases*), es decir, aquellos ponen en la posición al juzgador de tener que decidir entre la aplicación de una pena de prisión y sanciones alternativas²³. Los hallazgos mostraron que los jueces, por lo general, prefieren enviar a los condenados a la cárcel solo como “último recurso”, cuando la gravedad de los delitos o los antecedentes penales de los infractores no les dejara ninguna opción²⁴. Lo anterior implica que las sanciones alternativas presentan mejores opciones de sentencia para la mayoría de los casos, de acuerdo con lo reportado por los jueces. Estos hallazgos pueden vincularse a los resultados de investigaciones más recientes como la realizada

¹⁹ ULMER, 2012, p. 2.

²⁰ HOGARTH, 1971, p. 18.

²¹ HOGARTH, 1971, p. 18

²² MACKENZIE, 2005, 83 y ss.

²³ HOUGH *et al.*, 2003, p. 3 y ss.

²⁴ HOUGH *et al.*, 2003, p. 35 y ss.

por Maguire²⁵ y Tata²⁶, quienes argumentan que el concepto de “último recurso” es fácilmente manipulable por los jueces y que en definitiva hace que la cárcel sea la única sanción que en realidad no requiere ser fundamentada mediante un fin específico, pues siempre puede ser impuesta bajo el argumento de que ninguna otra justificación resulta plausible para el caso.

III. EL JUZGAMIENTO Y CONTROL DE LA EJECUCIÓN DE LAS ALTERNATIVAS A LA CÁRCEL EN CHILE

La labor de juzgamiento de las penas sustitutivas se encuentra encomendada, desde la implementación de la reforma procesal en 2000, a los jueces penales, pudiendo ser realizada por jueces de garantía (en adelante JG), tratándose de los delitos menores o de mediana gravedad por medio del procedimiento monitorio, simplificado o abreviado; mientras que los delitos más graves deben ser juzgados por los jueces orales (en adelante JO) pertenecientes a los Tribunales Orales en lo Penal (en adelante TOP), los que actúan colegiadamente²⁷. Por su parte, la labor de control de la ejecución o cumplimiento de las penas se encuentra encomendada exclusivamente a los JG, de tal forma que si bien un caso puede ser juzgado por un TOP, el control del cumplimiento regresa al tribunal donde se controló la investigación, aun cuando excepcionalmente esta labor puede ser ejercida por el JG del lugar donde deba cumplirse la pena²⁸.

Para la labor de juzgamiento, el juez debe ceñirse a las disposiciones del Código Procesal Penal (en adelante, CPP), Código Penal (en adelante, CP), estableciendo este último como penas principales la pena privativa de la libertad y la multa. No obstante, también se contempla la posibilidad de sustituir la pena carcelaria, en los casos en que la pena a imponer no sea superior a 5 años y se dé cumplimiento a ciertos requisitos. Dicha posibilidad se encuentra regulada en la Ley 18.216, antes denominada de “medidas alternativas a las penas privativas de la libertad”, la que sufrió una reforma en 2012 en virtud de la Ley 20.063, pasando a renombrarse como “Penas sustitutivas” y reconociéndose como penas las siguientes: remisión condicional, reclusión parcial, libertad vigilada, libertad vigilada intensiva, la expulsión de extranjeros sin residencia legal y la prestación de servicios en beneficio de la comunidad (en adelante, PSBC).

En términos de la justificación penológica, si bien nuestro CP es marcadamente retribucionista, debido a que el castigo está establecido en una escala en función de la gravedad de la ofensa, reservándose la cárcel justamente para aquellas que están en la escala superior –más graves–, pudiendo solo aquellas de baja y mediana gravedad ser acreedores del sistema de sanciones alternativos a la prisión²⁹; los lineamientos penológicos de esta

²⁵ MAGUIRE, 2014, p. 16

²⁶ TATA, 2016, p. 24.

²⁷ HORVITZ y LÓPEZ, 2003, p. 195.

²⁸ Inciso segundo del artículo 36 de la Ley 20.603.

²⁹ CURY, 2005, p. 759.

reforma apuntan a concebir las penas sustitutivas bajo prismas preventivos especiales positivos. Así, el mensaje del proyecto de ley que dio inicio a su tramitación efectuó una apuesta clara por la reinserción social, estableciendo como objetivo de estas penas el de evitar la reincidencia delictual³⁰. En ese sentido, si bien la inspiración penológica de la reforma sigue la línea ya trazada por la Ley 18.216 originaria –también de corte preventivo especial positiva–, difiere en cuanto a la concepción acerca de la reinserción social que adopta. Así, la conceptualización primigenia de las penas alternativas parece más responder a una “lectura mínima y garantista”³¹ más que imponer un contenido positivo y concreto a los conceptos de reinserción social, o sea, busca evitar el efecto disocializador de las penas privativas de la libertad, siendo esencial la evitación de los aspectos más nocivos de la estancia en la cárcel³²; mientras que la reforma no solo recogería dicha lectura minimalista, sino que de la historia de la ley se desprende una concepción más cercana a la lógica del *What works* (Qué funciona), que asume que la reinserción social se alcanza abordando las causas que llevaron al infractor a delinquir, buscando reducir la criminalidad futura del infractor mediante el tratamiento en la comunidad³³.

Por otra parte, para efectos de determinar su procedencia, pesa sobre el sentenciar el deber de fundamentación, que en el ámbito de las penas sustitutivas supone un pronunciamiento acerca de la concurrencia o no de los requisitos establecidos en la ley. Particularmente, del análisis normativo de las penas sustitutivas se pueden advertir la existencia de requisitos de tipo objetivos y subjetivos.

Tratándose de los requisitos objetivos, para todas las penas sustitutivas el criterio a identificar dice relación con el *quantum* de la pena privativa o restrictiva de libertad, que difiere respecto de cada pena y el tipo de delito por el que se condena, considerando que hay delitos absoluta o relativamente excluidos de la aplicación de las penas sustitutivas³⁴.

Los requisitos subjetivos son aquellos que miran ciertas características del sujeto condenado, y se subclasifican en aquellos que denominaremos de “peligrosidad objetiva” (de constatación) y que se ocupan fundamentalmente de regular las hipótesis en que se admite o no reincidencia previa; y aquellos de peligrosidad subjetiva (de prognosis), en donde el juez debe fundamentar que posiblemente el condenado no volverá a delinquir, y que el tratamiento –extramuros– o bien la ausencia de tratamiento será idóneo o suficiente para alcanzar la reinserción social. Es importante señalar que estos supuestos no son homónimos en las diversas penas sustitutivas, sino que ellos varían entre ellas³⁵.

³⁰ Véase BIBLIOTECA DEL CONGRESO, 2012, pp. 5-6 y 20.

³¹ MAPELLI, 1983. Cit: MEDINA, 2011, pp. 154 y ss.

³² MORALES y SALINERO, 2019, p. 9.

³³ Para una discusión más acabada acerca de los fines político-criminales de las alternativas a la cárcel en Chile a lo largo de su historia, véase MORALES y SALINERO, 2019, p. 1 y ss.

³⁴ Artículo 1 Ley N° 20.603.

³⁵ Véase letras c) y d) del artículo 4, letra c) del artículo 8; letra b) del artículo 10 e inciso final del artículo 15 de la Ley N° 20.603.

Junto con lo anterior, para efectos de la labor de ejecución desde la perspectiva jurisdiccional, la Ley 20.603 le entrega herramientas novedosas al juez: la realización de audiencias de seguimiento, la regulación de un procedimiento progresivo de respuesta en caso de incumplimiento, y la posibilidad de reemplazar la pena sustitutiva por una menos gravosa en caso de cumplimiento de más de la mitad de la pena.

En el primer caso, con ocasión de la regulación de la libertad vigilada simple e intensiva, la ley contempla en el inciso tercero del artículo 23 el deber del tribunal de convocar a audiencias de seguimiento, de carácter anual en el caso de la primera y de carácter semestral en el caso de la segunda; audiencias que junto con los informes semestrales y trimestrales que –respectivamente– deben remitir al tribunal los delegados, buscan que el juez cuente con información acerca del cumplimiento de la sanción mientras esta es ejecutada, y no solo en caso de incumplimiento o revocación. Asimismo, en el caso de la PSBC, la ley establece en el artículo 13 bis, la facultad del juez –de oficio o a solicitud del condenado– de efectuar un control respecto de las condiciones de su cumplimiento, debiendo citar, en ese caso, a una audiencia de seguimiento durante el período que dure su ejecución. La diferencia entre las audiencias de seguimiento tratándose de la libertad vigilada simple o intensiva y la de la PSBC, es que en este último caso su realización es facultativa, mientras que tratándose de la libertad vigilada en cualquiera de sus modalidades, su realización se encuentra compelida por ley.

Si bien las referidas audiencias de seguimiento contempladas en la ley no cuentan con un homólogo en nuestra legislación, estas ya encontraban albergue en la *praxis* judicial, con ocasión de las audiencias realizadas en los tribunales participantes de programa de Tribunales de Tratamiento de Drogas (en adelante, TTD), impulsado en el marco de un convenio interinstitucional suscrito por diversas instituciones³⁶.

Por su parte, la ley contempla en el artículo 24 y siguientes un régimen de intensificación en caso de incumplimiento de determinadas condiciones, otorgando facultades al tribunal para intensificar la pena originalmente impuesta, revocarla por otra pena sustitutiva más gravosa o en último término revocarla por la cárcel, en casos graves o reiterados de las condiciones impuestas. Como contrapartida, el artículo 32 establece para los casos en que hubiere transcurrido más de la mitad de la condena, la posibilidad –previo informe de Gendarmería de Chile– de sustituirla por una pena menos gravosa. Al respecto, resulta pertinente señalar que las herramientas de intensificación y reemplazo de la pena originalmente impuestas son novedosas en la medida que no se encontraban contempladas en la antigua regulación de las “medidas alternativas”, aun cuando reglas de similar tenor ya se encontraban introducidas en la Ley 20.084³⁷.

Respecto de su funcionamiento empírico, vale la pena mencionar que en la práctica, solo los casos graves son juzgados ante los TOP, mientras que más del 90% de los casos son

³⁶ Véase convenio interinstitucional acerca de Tribunales de Tratamiento de Drogas, suscrito el 29 de marzo de 2012.

³⁷ Véase los artículos 52 y 53 de la Ley 20.084.

conocidos y juzgados por los JG³⁸ mediante procedimientos simplificados o abreviados, por lo que es razonable presumir que la mayoría de las sentencias a penas sustitutivas son dictadas por estos últimos. Lamentablemente, la información pública estadística existente no permite distinguir la cantidad de sentencias a penas efectivas o a penas sustitutivas dictadas por los TOP o los JG. En efecto, solo se cuenta con información agregada respecto del tipo de pena impuesta entregada por el Ministerio Público, conforme con ello, durante 2018 se impusieron 286.878 penas a infractores de ley, de estas, 48% corresponden a multas, 35% a penas privativas y 17% a penas sustitutivas. Respecto del tipo de pena sustitutiva, conforme información estadística elaborada por Gendarmería de Chile, al 31.8.19 la institución controló a 61.274 condenados cumpliendo penas sustitutivas, de los que el 53% estaría cumpliendo una remisión condicional, 27% libertad vigilada en cualquiera de sus modalidades, 12% reclusión parcial, mientras que la PSBC solo estaría absorbiendo el 8% de dicha población y las expulsiones no llegarían a 1%³⁹.

Por otra parte, la evidencia empírica en Chile pertinente al desarrollo de la labor de juzgamiento es muy escasa. De hecho, en la actualidad solo hay unos pocos estudios y todos cuantitativos, cuatro de estos se han centrado en dar cuenta de los principales resultados de la labor de juzgamiento a partir del estudio de jurisprudencia; mientras que un quinto, más en línea con la presente investigación, se centró en analizar la labor de juzgamiento de jóvenes infractores y determinar el peso en sus decisiones de los factores legales y extraleales.

En el caso de los primeros, es decir los estudios empíricos de penas, aun cuando técnicamente no son comparables entre sí, tanto el de Hurtado y Jünemann⁴⁰, el de Valdivia⁴¹, el de Sustentank⁴², como el recientemente publicado por Wilenmann *et al.*⁴³ encuentran similares hallazgos, esto es que la mayoría de los jueces imponían la pena mínima permitida por el marco penal –excluyendo los casos graves–, y que en los casos en que procedía sustitución de la pena privativa de la libertad, los tribunales efectivamente la decretaban.

El último estudio lo encontramos a propósito de la labor de juzgamiento de los jueces con ocasión de la Ley 20.084, desarrollado por Droppeleman *et al.*, en el que se aplicó una encuesta factorial a una muestra de JG y JO. De acuerdo con los hallazgos, la orientación hacia los fines de reinserción de la pena sí resulta significativa en el proceso de toma de decisiones de juzgamiento; mientras que la cultura judicial no parece influir en sus decisiones⁴⁴.

³⁸ Estimación realizada a base de datos de sentencias del poder judicial a diciembre de 2011 extraída de www.pjud.cl, no encontrándose disponible información más actualizada.

³⁹ De acuerdo con los datos disponibles al 31.8.19 en www.gendarmeria.cl

⁴⁰ HURTADO y JÜNEMANN, 2001, p. 16.

⁴¹ VALDIVIA, 2006, p. 38.

⁴² SUSTENTANK, 2016, p. 12.

⁴³ WILENMANN *et al.* 2019, p. 471.

⁴⁴ DROPPELMAN *et al.*, 2017, p. 19 y 30.

Como se observa, la literatura nacional en materia de percepciones judiciales acerca de los factores extralegales es aún incipiente, no habiéndose investigado hasta la fecha acerca de la influencia de las concepciones penológicas a la hora de sentenciar a condenados a una pena sustitutiva o la cárcel, cómo se realiza empíricamente el proceso de fundamentación y cómo controlan la ejecución de las penas sustitutivas, objetivos que motivaron la investigación que a continuación se presenta.

IV. METODOLOGÍA

El objetivo general del estudio es explorar el proceso de juzgamiento y control de la ejecución de las penas sustitutivas realizados por los jueces. Sus objetivos específicos son: conocer las preferencias penológicas de los jueces y su influencia en el proceso de juzgamiento de las penas sustitutivas, comprender el proceso de decisión y motivación (o su ausencia) de las penas sustitutivas, e indagar acerca de la labor de control de la ejecución de las penas sustitutivas.

El método utilizado en esta investigación es de tipo cualitativo, en donde la técnica de recolección de la información se basó en la práctica de entrevistas semiestructuradas a JG y JO. Las pautas de entrevistas diseñadas versaron respecto de los siguientes tópicos: carrera y cultura judicial, objetivos político-criminales de la Ley 20.603, cambios legales, fundamentación, contenido de las audiencias, y fines de las penas.

Para la determinación de la muestra se dividió el país en tres macrozonas: Norte, Sur y Centro. Dentro de cada macrozona se seleccionaron los Centros de Reinserción Social que supervisaran la mayor cantidad de penados cumpliendo penas sustitutivas y se eligieron los tribunales penales que tuvieran encomendado el juzgamiento o control de la ejecución de dichos penados.

Al 2018 habían 66 JG y 129 TOP con asiento en las jurisdicciones correspondientes a la zona macro norte (CRS Antofagasta), la zona macro sur (CRS Concepción) y la zona macro central que corresponde a CRS Santiago Sur II (Puente Alto, San Bernardo, La Pintana) y CRS Santiago Centro (Santiago, Estación Central, Quinta Normal, Independencia, Recoleta, Lo Prado)⁴⁵.

La muestra fue construida incluyendo al menos un juez de cada función en cada jurisdicción y buscando la participación paritaria de hombres y mujeres. Después de que se aseguró esa representación mínima, se asignó más peso a la muestra de JG considerando —como se explicó— que la mayoría de los casos son resueltos ante ellos, y particularmente aquellos con asiento en la zona macro central, considerando que el 80% de los jueces del marco muestral se desempeñaban en dicha zona. En total se entrevistó a una muestra de 22 jueces integrada en 77% por JG y 22% por TOP, una muestra suficiente para lograr la saturación de la información de acuerdo con los hallazgos de Guest *et al.*⁴⁶.

⁴⁵ Información extraída de www.pjud.cl

⁴⁶ GUEST *et al.*, 2006, p. 59.

El terreno fue realizado entre enero y noviembre de 2018, mediante entrevista personal. Las entrevistas fueron transcritas, codificadas en Nvivo 12 y analizadas temáticamente.

La identificación de cada uno de los entrevistados quedó definida bajo estrictos criterios de confidencialidad, por tanto, no se presentan en esta investigación los nombres específicos de las personas entrevistadas (sino que estos fueron reemplazados por un número correlativo), ni información del tribunal al que pertenecían, manteniéndose solo la distinción entre aquellas practicadas a JG o a jueces de TOP, para efecto del análisis.

V. HALLAZGOS

1. *Opciones penológicas*

A continuación se explora la percepción de los jueces respecto de la justificación de la pena en términos generales y luego se busca comprender qué sentido le atribuyen a cada pena en particular.

Los hallazgos muestran que 7 de cada 10 jueces entrevistados al ser consultados en abstracto respecto de la pena, visualizan fines de tipo mixto, particularmente el fin de retribución, seguido del de reinserción social, no existiendo diferencias entre los JG y JO. Así, si bien en la narrativa de algunos predominaba un fin por sobre el otro, la mayoría reconocía la existencia de dicha dualidad. Como indica un entrevistado:

“Yo creo que la pena tiene un componente importante de retribución, pero... desde el punto de vista criminológico, si uno dice, bueno, para qué sirve el derecho penal, solamente para castigar, o para prevenir. Y yo creo que, fundamentalmente, para prevenir otro delito, no solamente para castigar...” (Entrevista 3, JO).

Por otra parte, el fin preventivo general fue aquel que recibió el menor número de menciones, reconociendo, al parecer, que ese es un fin respecto del que, al menos, a la judicatura no le corresponde pronunciarse.

Sin embargo, esa dualidad planteada en términos generales se va desgranando a medida que se exploran sus percepciones deteniéndonos por tipo de pena, partiendo por la distinción entre cárcel y penas sustitutivas. De esta forma, efectuando dichas distinciones, 7 de cada 10 entrevistados que se pronunciaron a favor de reconocer un determinado fin a la pena de cárcel, se inclinó por concederle un fin retributivo, y reconociendo fundamentos de tipo preventivo especiales tratándose de las penas sustitutivas, como se desprende del siguiente entrevistado:

“La cárcel yo creo que es retributiva plenamente. Si es que es solamente encerrarlo actualmente, (...) y creo que toda la Ley 20.603 es preventivo especial. Partamos de esa base” (Entrevista 4, JG).

Planteamientos de este tipo son consistentes con nuestro diseño normativo. Así, considerando el fuerte talante proporcionalista y retribucionista del nuestro código⁴⁷, es esperable que la judicatura discurra en un primer momento en el fin de retribución a la hora de decidir acerca de la extensión de la pena privativa de la libertad; mientras que la concurrencia de otros fines, particularmente las justificaciones acerca de la prevención especial positiva, solo puedan operar si el legislador lo permite en el ámbito de la individualización, particularmente en la decisión de la aplicación de las penas sustitutivas en aquellos casos de penas iguales o inferiores a 5 años.

Lo anterior también resulta consistente con las percepciones particulares de cada pena entregada por los jueces entrevistados. En efecto, para 7 de cada 10 entrevistados la cárcel no era concebida como una pena que pudiera satisfacer fines de rehabilitación, reconociéndole un carácter eminentemente retributivo y en menos casos uno de tipo incapacitador, como indican los siguientes entrevistados:

–“Es que yo, en la cárcel no veo ningún factor de resocialización...” (Entrevista 11, JG).

–“La cárcel... por lo menos, la realidad nacional, no es un lugar que... Solo sirve para aislar, sacar de la sociedad un tiempo a una persona, pero más que eso no nos ayuda mucho...” (Entrevista 16, JG).

En ese sentido, es oportuno preguntarse cuál es el contenido específico que estos le otorgan a la rehabilitación o la reinserción social en el ámbito de las alternativas. Los hallazgos nos muestran que la concepción acerca de la reinserción social admite al menos 3 construcciones bajo la percepción judicial: como acceso a oferta programática, como no desocialización y como no reincidencia. Lo anterior resulta interesante, en la medida que –como se expuso anteriormente–, la reforma efectivamente recoge la primera de esas construcciones, mientras que la segunda sería más bien heredera de la conceptualización primigenia de las alternativas. Sin embargo, se desprende de las percepciones de los entrevistados esta tercera visión, también en la línea interpretativa minimalista, que supone en términos simples que el juez debe conformarse con el individuo que sea capaz de respetar externamente las leyes⁴⁸, esto es, que este no reincida, siendo indiferente para efectos de su cumplimiento el que acceda a oferta de intervención o el eventual empeoramiento del contagio criminógeno que buscó evitarse con el envío a la cárcel, como se desprende de la siguiente entrevista:

“el Estado no puede regular completamente la forma de ser, ni los aspectos más acabados de la persona. En mi opinión de la pena en concreto, lo que tiene que regular el Estado, en definitiva, es que esa persona no vaya a cometer, o realizar conductas que no estén adecuadas al marco normativo” (Entrevista 12, JG).

⁴⁷ CURY, 2005, p. 759.

⁴⁸ MIR PUIG, 1989, p. 37.

Asimismo, otro hallazgo importante es que desde la perspectiva judicial, si bien las penas sustitutivas responden en genérico al fin de reinserción social, al indagar por tipo de pena sustitutiva, los resultados pasaban a ser complejos, atribuyéndole dicho fin solo a algunas penas sustitutivas, mas no a todas.

Así, por ejemplo, 9 de cada 10 entrevistados identificaron el fin de reinserción social con la libertad vigilada, ya sea en su modalidad simple o intensiva. Así lo expresa claramente el siguiente entrevistado:

“Yo creo que la mejor pena sustitutiva es la libertad vigilada, o la libertad vigilada intensiva. Para mí... por qué, porque creo que de verdad es la única que trabaja el tema de la reinserción” (Entrevista 10, JG).

Considerando dichos hallazgos al ser consultados por los fines que atribuían a las otras penas sustitutivas, resultó bastante difícil que los entrevistados enmarcaran sus concepciones con alguna de las justificaciones penológicas antes analizadas. Así, solo 3 de cada 10 jueces identificaron la PSBC bajo justificaciones preventivas especiales-positivas, aun cuando también fue asociada a justificaciones de tipo retributivas. Por su parte, en el caso de la reclusión parcial con o sin monitoreo telemático, si bien fue identificada por varios de los entrevistados como una “formalidad”, igualmente recibió algunas menciones en orden a concebirla como una buena forma de lograr la reinserción social, entendida como no desocialización, en la medida que permite a los penados mantener su trabajo en caso de estar empleados, mantenerse viviendo con su familia y su entorno, entre otras bondades. En el caso de la remisión condicional, por su parte, los entrevistados también la catalogaron como una “formalidad”, considerándola insuficiente como pena para lograr el fin de reinserción social.

2. *Fundamentación versus automatismo*

A continuación se explora la percepción de los jueces respecto de la fundamentación de los requisitos objetivos y subjetivos tanto en la audiencia como a la hora de motivar su decisión. Al respecto, 6 de cada 10 JG entrevistados reconoció un automatismo a la hora de decidir de la procedencia o improcedencia de la pena sustitutiva, basados en la naturaleza negocial del sistema bajo la aplicación de los procedimientos abreviados y simplificados. Esto significa que la mayoría está a lo que soliciten las partes, y reconocen que generalmente estas no levantan debate respecto de la fundamentación de los requisitos objetivos y subjetivos, pues la pena sustitutiva es parte de lo que viene negociado. Como lo expone el siguiente entrevistado:

“Sí debo reconocer, como le decía antes, debate duro... no, no hay. Siendo bien sincero. Acá en esta zona, los fiscales raramente se oponen. Por qué, porque como son procedimientos abreviados, simplificados, en general acá en garantía, llegan con todo consensuado” (Entrevista 9, JG).

Sin embargo, en sintonía con los hallazgos, cabría agregar que de acuerdo con la percepción de los JG lo que ilustra la práctica es que el acuerdo no solo incluye el *quantum* de la pena a imponer, sino que también la naturaleza de la sanción (sustitutiva), lo que claramente atenta contra la idea de la individualización de las penas.

Considerando lo anterior, resulta complejo interpretar el papel que juegan los requisitos objetivos y subjetivos en la decisión de los jueces de garantía. En efecto, si se trata más bien de una solución fruto de negociación, debiera al menos el juez hacerse cargo de que se cumpla con los requisitos objetivos en términos del *quantum* de la pena y del tipo de delito, para aceptar su procedencia, lo que de acuerdo con las entrevistas ocurre, en efecto. Sin embargo, lo que resulta complejo de comprender es el rol que tienen en la decisión los requisitos subjetivos y la provisión de informes de las partes que ilustren respecto de dicho requisito.

Al respecto 8 de cada 10 entrevistados que le reconocen un carácter negocial a la pena sustitutiva, reconocen solo exigir los requisitos objetivos para otorgar la pena y en definitiva fundamentar la sentencia a base de los mismos; mientras que el resto, aun cuando también le reconoce tal carácter, solicita de todas maneras informes a las partes para fundamentar la procedencia de la pena sustitutiva en relación con los requisitos de peligrosidad subjetiva, especialmente tratándose de la pena de la libertad vigilada. La razón entregada por ciertos entrevistados para lo anterior radica en la exigencia de algunos fallos de las Cortes de Apelaciones, que han resuelto que en el caso de decretar la libertad vigilada, la decisión debe ir acompañada de un informe de las partes que avale la procedencia de dicha pena. Es preciso agregar eso sí, que este requerimiento solo sería en relación con esta última pena y en algunos casos respecto de la PSBC, por lo que tratándose de la remisión condicional no se estarían exigiendo dichos informes, como se desprende de la siguiente entrevista:

“A ver, yo generalmente exijo los requisitos objetivos. En la prestación de servicios en beneficio a la comunidad, solo es una referencia a si trabaja o no, si tiene familia. En la libertad vigilada sí exijo el informe... porque hay una dificultad en la Corte, que si uno no lo pide, me revocan” (Entrevista 11, JG).

Bajo esa interpretación, cabría entonces concluir que la exigencia de informes de las partes como fundamento del cumplimiento de los requisitos subjetivos, al menos en sede de los JG, estaría cumpliendo solo un rol formal, y no estaría ilustrando particularmente en cuanto al fondo. Esta interpretación además es consistente con la poca valoración entregada por los jueces a dichos informes, toda vez que estos serían acompañados exclusivamente por la defensa, que siempre acompañaría informes favorables, restándole credibilidad a estos.

Sin embargo, esta situación no se ve reflejada tan nítidamente en las entrevistas practicadas a los jueces orales, lo que se explicaría en parte por el hecho de que la negociación no sería posible en dicha sede. De esta forma, en caso de automatismo, este no sería atribuible al carácter negocial del sistema sino más bien a la práctica judicial. En particular, algunos de los entrevistados declararon basar su decisión y por ende solo

fundamentar basados en los requisitos objetivos, mientras que otros buscaban hacerse cargo de la fundamentación de los requisitos subjetivos, requiriendo informes de las partes, al igual que en el caso anterior, especialmente tratándose de la libertad vigilada.

Por otra parte, al ser consultados los jueces respecto de lo que la literatura reconoce como “casos al borde” (*bordeline cases*), 7 de cada 10 se declaró partidario de las penas sustitutivas, argumentando que, frente a la posibilidad de enviarlos a la cárcel, la pena sustitutiva era siempre una mejor opción.

“Yo... otorgo las penas sustitutivas. Generalmente las otorgo. La mayoría casi absoluta, las otorgo” (Entrevista 13, JG).

Esto de cierta forma también se explicaría por la tendencia ya analizada en torno a fundamentar solo a base de los criterios objetivos. Así, si bien la ley exige la fundamentación basada en los criterios objetivos y subjetivos, si en definitiva sean cual sean los resultados de la ponderación de estos últimos por parte del juez, estos van a optar por otorgarla, entonces los criterios subjetivos se tornan totalmente irrelevantes en la decisión judicial.

Por otro lado, estas percepciones son consistentes con los hallazgos del apartado anterior, en el sentido de que si una parte de los jueces entienden la reinserción social como no desocialización, es decir, como evitación de los efectos nocivos de la cárcel, habiéndose satisfecho las exigencias mínimas de proporcionalidad y retribución exigidas por la ley, entonces siempre primarán los criterios preventivos especiales positivos y por esta razón la cárcel no será desde esa perspectiva una opción plausible para el sentenciador.

3. *Control de la ejecución de las penas*

A continuación se explora la percepción de los jueces respecto de la labor de control de la ejecución de las penas sustitutivas en relación con las herramientas antes explicadas, aun cuando de manera tangencial serán abordados otros tópicos relevantes para su cabal comprensión.

Consultados los JG respecto de la realización de las audiencias de seguimiento, tratándose de las audiencias obligatorias a propósito de la libertad vigilada simple e intensiva, 5 de cada 10 JG entrevistados declaró que en su tribunal se realizan audiencias de seguimiento con la periodicidad indicada por la ley, mientras que el resto declaró no realizarlas. En tanto, tratándose de las audiencias de seguimiento respecto de la pena de PSBC, ningún juez de garantía declaró realizarlas.

Entre las razones esgrimidas para su no realización se encuentra la sobrecarga de trabajo y en menor medida una crítica a la realización de audiencias en aquellos casos que han dado un correcto cumplimiento. Por su parte, aquellos entrevistados que sí declararon efectuar este tipo de audiencias, en general valoraron la instancia, como una que les permitía acercarse más humanamente al conflicto y al penado, aun cuando reconocían la existencia de diversas facetas que podía adoptar el juez en la misma. Así, más de la mitad se inclinó por reconocer un rol de autoridad o advertencia en las

audiencias, y en menor medida un grupo reconoció asumir roles que podrían concebirse como más proactivos o de reforzamiento, más en la línea del rol asumido por los jueces en la audiencia de seguimiento de los TTD, aun cuando confesaron importantes diferencias entre dichas audiencias. Finalmente, solo una minoría de los entrevistados reconoció un rol pasivo al juez de la audiencia de seguimiento. Lo anterior se refleja en el siguiente extracto:

“...la relación del sujeto con la autoridad se refuerza con una audiencia de supervisión judicial. Porque, en definitiva, la persona que está cumpliendo una pena sustitutiva, igual tiene que responderle al sistema (...), que se institucionaliza en el tribunal, que está preocupado de que él cumpla la pena sustitutiva. Eso (...) refuerza, yo creo, la figura de autoridad, y también, la necesidad de la persona de cumplir...” (Entrevista 10, JG).

Por consiguiente, respecto de las causales de incumplimiento y revocación consagradas en la ley, 6 de cada 10 entrevistados, consistente con la visión mayoritaria de la cárcel como “último recurso” declaró frente a los incumplimientos utilizar las herramientas contempladas en la ley respecto de la intensificación de la pena sustitutiva y la posibilidad de imponer la pena siguiente más gravosa. En esa línea, los entrevistados reconocieron manejar ciertos márgenes de discreción frente a dichos incumplimientos, por ejemplo, solicitando el reingreso del condenado al CRS en caso de incumplimientos leves, la intensificación de la pena en casos de mediana gravedad o reiteración, y su revocación solo en caso de incumplimientos graves; aun cuando se reconoce la existencia de una variedad de prácticas en la materia.

Por su parte, tratándose de la posibilidad de sustituir la pena por una menos gravosa, solo un juez declaró haberla decretado, alegando una falta de proactividad de la defensa en orden a solicitarlo y del mismo tribunal en orden a actuar de oficio en la materia.

Lo anterior viene de la mano con una crítica efectuada por los jueces en torno a su falta de especialización en materia de ejecución de las penas sustitutivas como privativas de la libertad. En efecto, de las entrevistas practicadas –ya sea a JG u JO–, se pudo desprender una crítica mayoritaria a su falta de especialización para efectos de resolver materias de ejecución, a lo que se suman los argumentos relativos a la carga laboral.

En esa línea, de manera espontánea, 6 de cada 10 jueces planteó como solución a tal déficit –no una mayor capacitación o el fortalecimiento de las unidades administrativas de control de la ejecución existentes en algunos tribunales–, si no que abogaron por la creación de tribunales encargados especialmente de la ejecución o “jueces de ejecución de penas”. Lo anterior se refleja en los relatos de los siguientes entrevistados:

“...establecería jueces de ejecución. Derechamente jueces de ejecución. Porque es difícil cambiar las formas de resolver. Una función adjudicativa, a casi después tutelar, y de garante de que se esté cumpliendo la ejecución. Entonces, es muy complejo a veces, hacer el cambio...” (Entrevista 14, JG).

Lo anterior resulta importante, en la medida que existe una significativa autocrítica de los jueces penales a la labor de control de la ejecución que ellos desarrollan, dando cuenta de un desconocimiento tanto teórico como práctico de la función de hacer ejecutar lo juzgado. A esto se suma la complejidad que supone que un juez asuma dos roles muy distintos, por un lado, el del juez cuya labor principal es controlar la investigación bajo una lógica adversarial, y por el otro, el del juez que controla la ejecución.

Lo anterior se ve agudizado por el reconocimiento que efectuaron los jueces, especialmente los orales, de un desconocimiento empírico acerca del funcionamiento de las penas sustitutivas. Así, si bien estos últimos tienen encomendada por ley la labor de juzgamiento tanto de penas privativas como sustitutivas, los entrevistados fueron sinceros en reconocer su desinformación acerca de cómo funcionan en la práctica:

“En lo concreto, yo no manejo cómo se da en la práctica. Cuando nosotros en los CRS nos rinden, nos aportan informes de libertad vigilada, qué pretenden aplicar respecto de los imputados, en el papel se ve fantástico. (...) pero en la práctica no sé, desconozco cómo se desarrolla porque nosotros esa etapa no la vemos...”
(Entrevista 4, JO)

Sin embargo, dicho desconocimiento se ve más matizado en el caso de los JG, en la medida que por medio de las audiencias de seguimiento —en aquellos tribunales en que son realizadas— permiten que el juez conozca un poco más de la labor ejecutada por Gendarmería de Chile, especialmente aquella realizada por los delegados de libertad vigilada. En esa línea, resulta necesario relevar la positiva opinión que reflejaron los entrevistados en torno a la participación de los delegados en las audiencias, destacando la importancia de que en ella participen los profesionales encargados del caso en revisión y que no deleguen la participación en otros profesionales que no han estado en contacto con el penado. Como reconoce un juez:

“Yo me apoyo en lo que me dice el delegado. Esa es mi fuente de información confiable, y yo voy a resolver en base a lo que me diga el delegado” (Entrevista 12, JG)

Respecto de la participación en audiencias de ejecución de intervinientes como los defensores penales públicos, se encontraron opiniones diversas. Así, si bien los JG dieron cuenta transversalmente de la participación de dichos intervinientes en las audiencias de ejecución, hubo discrepancias en torno al grado de preparación de los defensores tanto en términos de la documentación acompañada como de los conocimientos técnicos para un debate más profundo en materia de ejecución, diferencias que también iban de la mano con la especialización de los defensores en la ley. Asimismo, en relación con la participación del Ministerio Público en estas audiencias, no se observó consensos en torno a la relevancia o pertinencia de la participación de este interviniente en sede de ejecución penal.

VI. DISCUSIÓN

Los resultados dan cuenta de una posición mixta de la judicatura en lo que a fines de la pena se refiere. Sin embargo, esta dualidad se presenta no bajo una posición *ius* filosófica del juzgador, sino bajo un criterio de realidad en el análisis material de las respuestas jurídicas al delito. Así, se comprende la cárcel como mera retribución por carecer de componentes rehabilitadores y, en cambio, se observan las sanciones alternativas con un cariz inminentemente resocializador, en especial la libertad vigilada.

Los hallazgos no son consistentes con la literatura comparada, que en general ha dado cuenta de una inclinación de los jueces hacia los fines preventivo-especiales positivos, negando justificaciones retributivas al proceso de juzgamiento⁴⁹. Sin embargo, dicha distancia puede ser explicada a base de una aparente adscripción de nuestra judicatura al modelo penológico prescrito por el CP, el que frente a las diversas teorías morales de justificación del castigo pareciera ser que se adopta una posición mixta retribucionista-rehabilitadora. Este sería retribucionista, pues como se argumentó previamente, el castigo está establecido en una escala en función de la gravedad de la ofensa, reservándose la cárcel justamente para aquellas que están en la escala superior —más graves— pudiendo solo aquellas de baja y mediana gravedad ser acreedoras del sistema de sanciones alternativos a la prisión. Prueba de ello es que prácticamente la totalidad de las alternativas están previstas, en abstracto, solo para los simples delitos. A su vez, también sería rehabilitador, en la medida que, satisfecho el marco de retribución, pueda entrar a jugar un fin preventivo especial positivo plasmado, según la visión de los jueces, en las penas sustitutivas.

Es adecuado precisar, sin embargo, que el concepto de rehabilitación o de “reinserción social” adquirió diversos significados por los entrevistados, en consonancia con lo planteado por Muñoz Conde quien argumenta que “el término resocialización se ha convertido en un *modewort*, en una palabra de moda que por todo el mundo se emplea y no solo entre los juristas, sin que nadie sepa muy bien lo que quiere decir con ello”⁵⁰.

Lo interesante en las diversas concepciones que tienen los jueces acerca de la reinserción social, es que en el caso de aquellos que la conciben como “el acceso a una oferta programática”, esta se traduce necesariamente en acciones positivas por parte del Estado (educación, capacitación laboral, programas psicosociales, etc.). En cambio, las dos acepciones restantes (no desocialización y no reincidencia) se traducen más bien en una obligación de no hacer, que de cierta forma reconocen el carácter autónomo de la persona, la que cumple con los fines de prevención, en la medida que no se aparte de su medio o que sencillamente no cometa nuevos delitos.

Reconociendo dichas percepciones respecto de los fines de la pena, resulta necesario saber cómo en el quehacer sentenciador pesan dichos fines. Al respecto, los hallazgos dan cuenta que dichas percepciones parecieran no jugar un papel importante en la decisión judicial de otorgar una pena sustitutiva, nuevamente en disonancia con la literatura

⁴⁹ HOGARTH, 1971, p. 18; MACKENZIE, 2005, 83 y ss.

⁵⁰ MUÑOZ CONDE, 1979, p. 75.

empírica revisada⁵¹. Esto parece explicarse por la tendencia a la automatización declarada por los jueces, en la que estos parecen más bien ser recipientes de un proceso de negociación, impidiendo la realización del proceso de individualización de la pena. Dichos resultados son a su vez consistentes con lo planteado por Riego, quien argumenta que si bien el modelo de enjuiciamiento chileno es adversarial, también presenta fuertes rasgos de justicia negociada, mediante la posibilidad del *plea bargaining* contemplada a propósito del procedimiento abreviado, caso en donde el juez queda sujeto en cuanto al máximo de la pena a imponer a la acusación del fiscal, la que a su vez es furto de la negociación previa de las partes como contracara a la admisión de responsabilidad por parte del imputado⁵².

A lo anterior, además, se suma una preconcepción pragmática revelada por la magistratura de que la cárcel debe ser el “último recurso” debido a las condiciones existentes en ellas, hallazgos que serían similares a aquellos encontrados en la literatura revisada, especialmente lo planteado por Tata, en el sentido de entender el juzgamiento como parte de una secuencia en el proceso de decisión, en donde el juez es un miembro colaborativo del “mundo del juzgamiento” (*sentencing world*)⁵³, siendo un “actor social” más, permeable por cierto a las lógicas de negociación que han ido ganando terreno progresivamente en el proceso penal chileno; y también al discurso de la cárcel como “último recurso”⁵⁴.

Sin perjuicio de lo anterior, pareciera, eso sí, que estas finalidades de las penas y del castigo adquieren mayor peso relativo a la hora de decidir aquellos casos *borderline*, o sea, aquellos en que se discute la ejecución de una pena de prisión o su sustitución por una alternativa, el que si bien no deja ser automático, supone al menos el ejercicio de la adopción de una adscripción penológica más clara en favor de la rehabilitación.

Sin embargo, desde la perspectiva de la fundamentación, en sintonía con los anteriores hallazgos, también fue posible encontrar un automatismo en cuanto al cumplimiento formal tanto de los requisitos objetivos como de los requisitos subjetivos, traducida en una inexistente o insuficiente fundamentación de la resolución judicial que se pronuncia por la procedencia de la pena sustitutiva. Es acertado resaltar que dichos resultados estarían en línea con lo encontrado por Wilenmann *et al.*, quienes dan cuenta de una elevada estandarización de las decisiones de otorgamiento de los jueces orales en aquellos casos en que resulta procedente una pena sustitutiva, fundada esencialmente en la concurrencia de los requisitos objetivos⁵⁵.

En ese sentido, si bien en nuestro sistema la motivación de las sentencias, en todos sus aspectos, es un deber para el juzgador⁵⁶; el proceso de sentenciamiento –entendido

⁵¹ HOGARTH, 1971, p. 68 y ss; MACKENZIE, 2005, p. 89 y ss; DE CASTRO RODRÍGUEZ *et al.*, 2019, pp. 174-175.

⁵² RIEGO, 2017, p. 1086 y ss.

⁵³ TATA, 2007, p. 442.

⁵⁴ TATA, 2016, p. 24.

⁵⁵ WILENMANN *et al.* 2019, p. 474.

⁵⁶ Véase artículo 19 N° 3 inciso 5° de la Constitución Política de la Republica; artículos 1°, 4°, 5°, 297° y 342° letra c) y d) del CPP.

como un proceso colaborativo, y en nuestro sistema, con un marcado acento en carácter negocial, sumado al reconocimiento generalizado de la cárcel como un lugar de “último recurso”–, torna compleja la labor de fundamentación cuando la solución sistémica viene más bien por *default*, que por un proceso axiológico de fundamentación, en sintonía con lo planteado por Tata⁵⁷. Tampoco ayuda la interpretación de los requisitos subjetivos previstos por el legislador a propósito de las alternativas, los que, lejos de facilitar la labor de juzgamiento en una decisión dicotómica –la prisión o una pena sustitutiva–, exige aptitudes pitonisas, de poder identificar, sin los insumos adecuados, si el condenado delinquirá o no en el futuro.

Por su parte, la valoración positiva del control de la ejecución de las penas debe ser interpretada bajo el reconocimiento histórico, de un rol más bien limitado en la supervisión de las penas, excepto cuando el penado no cumplía con sus obligaciones y debía retornar por ello al juzgado para proceder por su incumplimiento. Sin embargo, a propósito de la reforma legal de las penas sustitutivas, particularmente a la finalidad de mayor control que la tiñe⁵⁸, esta situación ha empezado a cambiar, configurándose la supervisión como una de sus innovaciones principales.

Estos hallazgos se encuentran en sintonía con diversos estudios criminológicos que han subrayado la relevancia del papel del juez en el proceso de desistimiento de los infractores, relacionada con la asunción de un rol más activo y próximo al penado en el proceso de supervisión⁵⁹. Así, los jueces al tener una participación más activa, les permite poder identificar y abordar mejor los problemas que subyacen al comportamiento delictivo de los infractores⁶⁰. Además, hay evidencia de que la interacción con los jueces contribuye a aumentar las percepciones de justicia de los penados⁶¹, la que redonda en una mayor legitimidad de los actores legales y una mayor disposición por parte de los infractores a cumplir con las instrucciones que reciben y a vivir conforme a derecho⁶².

En ese sentido, la presente investigación da cuenta del llamado efectuado por los propios jueces, de regular de mejor forma la fase de ejecución, de dotarla de jueces exclusivamente abocados a su conocimiento, que supere el rol binario y de cierta forma contrapuesto, de juzgador (bajo un rol adversarial) y de controlador de la ejecución (bajo un rol de apercebimiento y/de refuerzo).

VII. CONCLUSIONES

La presente investigación constituye un esfuerzo por entregar conocimiento empírico acerca de la labor de juzgamiento y de control de la ejecución ejercida por los

⁵⁷ TATA, 2016, p. 24.

⁵⁸ MORALES y SALINERO, 2019, p. 10-11

⁵⁹ MCIVOR, 2009, p. 42.

⁶⁰ KING y WAGER, 2005, p. 34

⁶¹ FRAZER, 2006, p. 29.

⁶² TYLER, 1990, p. 170 y ss.

jueces, a propósito de las penas sustitutivas; el que, si bien en lo jurídico pareciera ser un proceso sin mayor dificultad, en el análisis de sus supuestos de procedencia presenta complejidades que no pueden ser comprendidas solo bajo un análisis normativo.

Considerando dicho contexto, si bien la investigación buscó comprender al alero de las concepciones penológicas el proceso de juzgamiento de las penas sustitutivas –en sintonía con lo reportado por las investigaciones comparadas–, los hallazgos dieron cuenta de un proceso mucho más complejo en el que dichas posiciones tendrían un rol de menor relevancia. Este proceso caracterizado por la influencia de un modelo de corte negocial sumado a una preconcepción pragmática de que la cárcel debe ser el “último recurso” debido a las condiciones existentes en ellas, ha impactado fuertemente tanto el rol de decisión acerca de la procedencia de las penas sustitutivas como su fundamentación, tornándola en uno dotado de automatismo y fundamentación formal de los requisitos de procedencia, en una trama más compleja de interacción entre los actores.

En ese sentido, a la luz de la discusión de un nuevo CP, resultará necesario considerar estos hallazgos y buscar la forma de repotenciar la labor de juzgamiento y particularmente de individualización de las penas, en sintonía con una revalorización de la fundamentación a la hora de determinar las penas a aplicar. Lo anterior se logrará en la medida que se pueda establecer un catálogo de penas principales tanto privativas como alternativas, dentro de estas, una vez satisfechos criterios mínimos de retribución⁶³, se pueda desplegar la labor individualizadora del juez, que permitan atender a las necesidades de intervención del infractor, mediante la elección de entre un abanico de sanciones que permita al juez elegir la pena idónea.

Asimismo, los hallazgos en materia de ejecución penal, dan cuenta de la necesidad de avanzar decididamente en la especialización en esta materia, con un cuerpo normativo y actores que estén capacitados en las consideraciones criminológicas, y que revalorice esta función a partir de la propia experiencia que hoy nos entrega el control de ejecución de la Ley 20.063.

BIBLIOGRAFÍA

- ASHWORTH, Andrew, 2010: *Sentencing and Criminal Justice*, 5° ed., Cambridge, Cambridge University Press.
- BIBLIOTECA DEL CONGRESO NACIONAL, 2012: *Historia de la ley N° 20.603*. Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional.
- CURY, Enrique, 2005: *Derecho Penal. Parte General*. 8ª ed, Santiago, Ediciones Universidad Católica de Chile.
- DE CASTRO RODRIGUES, Andreia, SACAU, Ana, DE OLIVEIRA, Jorge. Q., GONÇALVES, Rui, 2019: “Prison sentences: last resort or the default sanction?”, *Psychology, Crime & Law*, 25(2), 171-194.

⁶³ VON HIRSCH, 1998, p. 100.

- DROPPELMAN, Catalina, CARVACHO, Pablo, MATEO, Muriel, VALENZUELA, Eduardo, 2017: *Estudio sobre los factores que influyen en las decisiones judiciales de la justicia juvenil en Chile*, propuesta desarrollada en el marco del Concurso de Políticas Públicas UC, Santiago.
- FEIJOO, Bernardo, 2007: *Retribución y Prevención General. Un estudio sobre la teoría de la pena y las funciones del Derecho Penal*, Buenos Aires, B de F.
- FRASE, Richard, 2005: "Punishment Purposes. A More Perfect System: Twenty-Five Years of Guidelines Sentencing Reform", *Stanford Law Review*, 58 (1), 67-83.
- FRAZER, Somjen, 2006: *The impact of the community court model on defendant perceptions of fairness: A case study of the red book community justice center*, Nueva York, Centre for Court innovation.
- GARLAND, David, 1990: *Castigo y sociedad moderna: un estudio de teoría social*, Madrid, Siglo xxi.
- GUEST, Greg, BUNCE, Arwen, JOHNSON, Laura, 2006: "How many interviews are enough? An experiment with data saturation and variability", *Field methods*, 18 (1), 59-82.
- HALLIDAY, Simon, BURNS, Nicolas, HUTTON, Neil, MCNEILL, Fergus, TATA, Cyrus, 2008: "Shadow writing and participant observation: a study of criminal justice social work around sentencing", *Journal of Law and Society*, 35(2), 189-213.
- HORVITZ, María Inés, LÓPEZ, Julián, 2003: *Derecho procesal penal chileno*, Tomo I, Santiago, Editorial Jurídica de Chile
- HOGARTH, John, 1971: *Sentencing as a Human Process*, Toronto, University of Toronto Press.
- HOUGH, Mike, JACOBSON, Jessica, MILLIE, Andrew, 2003: *The Decision to Imprison: Sentencing and the Prison Population*, London, Prison Reform Trust.
- HUTTON, Neil, 2006: "Sentencing as a Social Practice", en Armstrong, Sarah, McAra, Lesley (Eds), *Perspectives on Punishment*, Oxford, Oxford, University Press.
- HURTADO, Paula, JÜNEMANN, Francisca, 2001: *Estudio empírico de penas en Chile*, Santiago, Fundación Paz Ciudadana.
- KING, Michael, WAGER, Julie, 2005: "Therapeutic jurisprudence and problem -solving case management", *Journal of Judicial Administration*, 15, 28-36.
- LIPPKE, Richard, 2006: "Mixed Theories of Punishment and Mixed Offenders: Some Unresolved Tensions", *The Southern Journal of Philosophy*, 44(2), 273-295.
- LOVEGROVE, Austin, 1999: "Statistical Information Systems as a Means to Consistency and Rationality in Sentencing", *International Journal of Law and Information Technology*, 7, 31-72.
- MCIVOR, Gill, 2009: "Therapeutic jurisprudence and procedural justice in Scottish", *Criminology and criminal justice*, 9 (1), 29-49.
- MACKENZIE, Geraldine, 2005: *How judges sentence*, New South Wales, Federation Press.
- MAGUIRE, Niam, 2014: "When is prison a last resort? Definitional problems and judicial interpretations", *Irish Criminal Law Journal*, 24(3), 62-72.
- MEDINA, Juan José, 2011: *Políticas y estrategias de prevención del delito y seguridad ciudadana*, Madrid, Edisofer,
- MIR PUIG, Santiago, 1989: *¿Qué queda en pie de la resocialización?*, *Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología*, San Sebastián, 2.
- MORALES, Ana María, SALINERO, Sebastián: "Fundamento político criminal y naturaleza jurídica de las penas alternativas en Chile", *Revista Chilena de Derecho* (aceptado, en prensa).
- MUÑOZ CONDE, Francisco, 2019: "La resocialización del delincuente: Análisis y crítica de un mito", *Cuadernos de Política Criminal*, Nº 7, 73-84.
- SALINERO, Sebastián, MORALES, Ana María, 2019: "Las penas alternativas a la cárcel en Chile. Un análisis desde su evolución histórica", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, 52, 1-38.
- SPOHN, Cassia, 2000: "Thirty Years of Sentencing Reform", *NIJ Criminal Justice*, 3, 427-501.

- SPOHN, Cassia, 2009: *How do judges decide – The search of fairness and justice in punishment*, Thousand Oaks, Sage Publications.
- SUSTENTANK, 2016: *Informe final Estudio empírico de penas*, Santiago, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos.
- TATA, Cyrus, 2016: “How can prison sentencing be reduced in Scotland?”, *Scottish Justice Matters*, 4(1), 23–24.
- TATA, Cyrus, 2007: “Sentencing as craftwork and the binary epistemologies of the discretionary decision process”, *Social & Legal Studies* 16(3), 425-447.
- TYLER, Tom, 1990: *Why people obey the law*, New Haven, Yale University Press.
- RIEGO, Cristián, 2017: “El procedimiento abreviado en la ley 20.931”, *Política criminal*, 12, (24), 1085-1105.
- ROXIN, Claus, 2006: *Derecho Penal. Parte General*. T. I, 2ª Ed. Madrid, Civitas.
- ULMER, Jeffery, (2012): “New Directions in Sentencing”, *Justice Quarterly*, 29, (1), 1-40.
- VALDIVIA, Claudio, 2006: “Estudio empírico de penas en Chile 2006”, en ISUC y Fundación Paz Ciudadana Tercer simposio internacional sobre violencia y delincuencia.
- VELÁSQUEZ, Javier, 2018: *Doing Justice: Sentencing Practices in Scottish Sheriff Courts* (Tesis doctoral). Edimburgh, University of Edimburgh.
- VON HIRSCH, Andrew, 1983: *Censure and Sanctions*. Oxford, Clarendon Press.
- WILENMANN, Javier, MEDINA, Francisco, OLIVARES, Esteban, DEL FIERRO, Nicolás, 2019: “La determinación de la pena en la práctica judicial chilena”, *Política Criminal*, 14 (27), 456-490.

JURISPRUDENCIA COMENTADA

La “letra muerta” de la Ley Indígena: calificación registral, tierras indígenas e inscripción judicial (Corte Suprema)

*Comentario de Cristóbal Carmona Caldera**

Santiago, veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

VISTOS:

Ante el Primer Juzgado de Letras de Osorno, en autos rol V-177-2015, doña Ximena Aguilar Cárcamo, dedujo reclamo contra de la negativa del Conservador de Bienes Raíces de Osorno, a practicar la inscripción de la escritura pública de compraventa y constitución de hipoteca, celebrada el 29 de septiembre de 2015 por la cual compró, aceptó y adquirió la propiedad ubicada en Asentamiento Baquedano, comuna y provincia de Osorno individualizada en el plano archivado bajo la letra S Nº 741, como Hijaleta Nº 2 de una superficie aproximada de 9,08 hectáreas.

El tribunal de primera instancia, mediante fallo de diez de marzo de dos mil dieciséis, rechazó la reclamación.

Se alzó la solicitante y una Sala de la Corte Apelaciones de Valdivia, por sentencia de doce de abril de dos mil dieciséis, escrita a fojas 46, la confirmó.

Contra esta última resolución la reclamante deduce recurso de casación en el fondo, por haber incurrido en infracciones de ley que han influido sustancialmente en su parte dispositiva, pidiendo que este Tribunal la invalide y dicte una de reemplazo que ordene inscribir la escritura pública de compraventa y constitución de hipoteca en el registro pertinente del Conservador de Bienes Raíces de Osorno.

(...)

CONSIDERANDO:

(...)

SEGUNDO: Que, para mejor comprensión del asunto, es necesario reseñar los siguientes antecedentes de la solicitud efectuada al Conservador de Bienes Raíces:

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Magíster en Estudios Filosóficos, Universidad Alberto Hurtado, Chile. Magíster en Derechos Humanos y Democratización para América Latina y el Caribe, Universidad Nacional San Martín, Buenos Aires, Argentina. Investigador Adjunto, Universidad Diego Portales, Chile. Correo electrónico: cristobal.carmonac@mail.udp.cl

1. La solicitante reclama por la negativa del Conservador de Bienes Raíces de Osorno a inscribir una escritura pública de compraventa y constitución de hipoteca, que celebró por con fecha 29 de septiembre de 2015, con don Raúl Hernán Quichel Quichel, quién es el dueño de la propiedad ubicada en Asentamiento Baquedano, comuna y provincia de Osorno individualizada en el plano archivado bajo la letra S Nº 741, como Hijueta Nº 2 de una superficie aproximada de 9,08 hectáreas y cuya inscripción figura a fojas 4.946 vuelta Nº 4.447 del año 2005 del Conservador de Bienes Raíces de Osorno.
2. En la escritura consta que el vendedor adquirió el inmueble por prescripción, precedida de Resolución Nº 547 de la Oficina Provincial de Bienes Nacionales de Osorno, de 27 de octubre de 2005, que le sirvió de justo título para poseerlo, conforme al procedimiento establecido en el Decreto Ley 2.695 de 1979.
3. El Conservador de Bienes Raíces de Osorno se negó a inscribirla, toda vez que se trata de un acto o contrato sobre tierras que caen bajo el amparo de la Ley Nº 19.253 de 1993, conocida como Ley Indígena, los fundamentos tenidos en consideración son: A) Don Raul Quichel adquirió el inmueble de conformidad a lo dispuesto en el Decreto Ley Nº 2.695 de 1.979, según consta de la inscripción de la propiedad; B) El artículo 2 de la Ley 19.253, considera indígenas, a las personas de nacionalidad chilena que sean descendientes de las etnias indígenas que habitan el territorio nacional, siempre que posean a lo menos un apellido indígena, en este caso el apellido Quichel pertenece a la etnia Huilliche Mapuche; C) La misma ley señala que son tierras indígenas, aquellas que las comunidades o personas indígenas actualmente ocupan en propiedad o posesión provenientes de los siguientes títulos: "... otras formas que el Estado ha usado para ceder, regularizar, entregar o asignar tierras a indígenas, tales como , el Decreto Ley 2.695 de 1979"; D) Que a su vez el artículo 13 de la Ley Indígena prohíbe expresamente la enajenación de los inmuebles que esta protege, salvo al concurrir algunas de las excepciones que indica y que no se acreditaron por parte de la solicitante; E) Existiendo una ley que prohíbe la enajenación, su contravención acarrea la nulidad absoluta del acto o contrato, por adolecer de objeto ilícito; F) La Ilustrísima Corte de Apelaciones de Valdivia, por oficio Nº 1.703 de 8 de junio de 1.996, recomendó a los señores Notarios y Conservadores de Bienes Raíces, velar por el estricto cumplimiento de la ley 19.253; G) La Corporación Nacional de Desarrollo Indígena, ha señalado que el hecho que un inmueble no se encuentre inscrito en el Registro Público de Tierras Indígenas, no significa que no se encuentre amparado por la ley 19.253; H) Sólo cabría aceptar la compraventa, si la adquirente acredita que sustenta la calidad de indígena, debiendo ser de la misma etnia que el tradente.

TERCERO: Que, la solicitante fundamenta su reclamo en el hecho de que la propiedad en cuestión no se encuentra bajo el amparo de la Ley 19.253, toda vez que no está inscrita en el Registro Público de Tierras Indígenas, que conforme lo establece el artículo 15 de la precitada Ley, en dicho registro se inscribirán todas las tierras a que alude el artículo 12, y al no encontrarse el predio inscrito, implica de modo inequívoco que no es un

predio indígena, luego se encuentra enrolado en Tesorería General de la República, bajo el Rol 255-02270-171, estando afecta al pago del impuesto Territorial y conforme lo establece la ley 19.253, las propiedades indígenas están exentas de este impuesto, lo que evidencia el carácter no indígena de la propiedad. A mayor abundamiento señala que existe una declaración jurada del vendedor que expone que no pertenece a ninguna etnia indígena, que la propiedad fue adquirida por el Sr. Quichel por herencia de sus padres, que en su oportunidad no realizó posesión efectiva y que fue necesario regularizarla mediante el procedimiento establecido en el Decreto Ley 2.695 de 1979.

CUARTO: Que, la sentencia del grado rechazó la reclamación por entender que el inmueble objeto de la compraventa es tierra indígena, al tenor de las disposiciones legales ya enunciadas, en primer lugar el dominio del inmueble está inscrito a nombre del vendedor don Raúl Quichel Quichel, persona descendiente de la etnia indígena Huilliche Mapuche, pues posee el apellido indígena Quichel, que significa “ lumbre, luz producida por colihues encendidos” según el libro Apellidos Huilliches, Mapuches Pehuenches de Carlos Kushel Silva, Walterio Meyer Rusca, R.P. Ernesto Wilhem de Moesbach; en segundo lugar se trata de un inmueble regularizado por el Estado a través del Decreto Ley 2.965 de 1979; por lo que concurren los presupuestos legales para ser considerado un inmueble indígena: Que el hecho de no estar inscrito como tal o estar afecto al pago de contribuciones no resta su carácter de indígena, por cuanto este viene dado por Ley, no cumpliéndose con los requisitos exigidos por la ley 19.253, para su enajenación, siendo visible en la escritura pública de compraventa el vicio que la anulaba absolutamente, al contener un acto prohibido, por lo que la negativa del Conservador de Bienes Raíces se ajustó a derecho.

QUINTO: Que el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces señala: “El Conservador no podrá rehusar ni retardar las inscripciones: deberá, no obstante, negarse si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo si no es auténtica o no está en el papel competente la copia que se le presenta; si no está situada en el departamento o no es inmueble la cosa a que se refiere; si no se ha dado al público el aviso prescrito en el artículo 58; si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente, o si no contiene las designaciones legales para la inscripción”. Pues bien, el Conservador se niega a la inscripción por una razón diferente a las que la norma establece, ya que sostiene que el contrato versa sobre una propiedad que cataloga como indígena, y es del caso, que no existe antecedente alguno que permita colegir tal calidad, alude al apellido del comprador que tendría un origen Mapuche Huilliche, no encontrándose facultado para determinar cuándo un apellido pertenece o no a una determinada etnia , yendo más allá de las atribuciones que la ley le confiere, luego alude a la forma de adquisición de la propiedad por parte del vendedor, errando en la aplicación del Decreto Ley 2.695 , por cuanto su regulación no resulta aplicable a la propiedad indígena por disposición expresa contenida en el artículo 8, que hace inaplicable el proceso de saneamiento a las tierras indígenas, refuerza lo anterior el hecho de que el vendedor adquirió la propiedad por herencia de su padre, quien a su vez la adquirió por adjudicación, correspondiente a terrenos de la Corporación de Reforma Agraria.

SEXTO: Que, de los antecedentes obrantes en la causa, queda de manifiesto que la calidad de indígena de la propiedad, no se encuentra apoyada en antecedentes objetivos y fehacientes, el inmueble no se encuentra inscrito como tal y dada la historia de la propiedad esta inscripción es del todo necesaria para adquirir la calidad de indígena, por ser terrenos pertenecientes a la Corporación de Reforma Agraria existiendo para ello norma legal expresa contenida en el artículo 12 e) de la ley 19.253, no siendo por ende visible en el título ningún vicio o defecto que lo anule absolutamente.

SÉPTIMO: Que, en consecuencia, los jueces del fondo al confirmar la sentencia apelada haciendo suyos los fundamentos del juez de la instancia, incurrieron en error de derecho, pues, en definitiva, señalaron que no podía practicarse la inscripción por corresponder a una propiedad que se encuentra bajo el amparo de la ley 19.253, adoleciendo de objeto ilícito lo que ocasiona la nulidad absoluta del acto o contrato, supuesto que no se encuentra amparado en el artículo 13 del Reglamento del Registro Conservatorio, más aún cuando se razona a la luz de normas incompatibles conforme lo señalado precedentemente.

Por estas consideraciones y visto, además, lo dispuesto en los artículos 764 y siguientes del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación en el fondo deducido en contra de la sentencia de doce de abril de dos mil dieciséis, escrita a fojas 46, la que se anula y se reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Acordada con el voto en contra del ministro Sr. Blanco y de la ministra Sra. Muñoz, quienes estuvieron por desestimar el recurso de casación en el fondo en atención a los siguientes fundamentos:

1º.- Que, en la especie, existen antecedentes que permiten al Conservador de Bienes Raíces negar la inscripción, por encontrarse frente a una propiedad amparada por la ley 19.253, lo que se desprende del tenor del informe suscrito por dicho funcionario.

2º.- Que, así las cosas, la sentencia impugnada, al negar lugar a la solicitud, no hizo más que dar cumplimiento a la normativa prevista en la ley 19.253, no existiendo los errores de derecho denunciados.

Redacción a cargo del ministro señor Arturo Prado Puga. Regístrese.
Rol N°38.317-16

Pronunciado por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señor Ricardo Blanco H., señora Andrea Muñoz S., señor Arturo Prado P., y los abogados integrantes señora Leonor Etcheberry C., y señor Iñigo De la Maza G. No firma el Ministro señor Prado y el Abogado Integrante señor De la Maza, no obstante haber concurrido a la vista y al acuerdo de la causa, por estar en comisión de servicios el primero y por estar ausente el segundo.

Santiago, veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho.

COMENTARIO

La Ley 19.253 (Ley o Ley Indígena) consagra varias limitaciones al dominio –y, correlativamente, de restricciones a la capacidad de adquirir la propiedad– de las tierras indígenas, dentro de estas se encuentra la prohibición de enajenarlas, salvo a personas o comunidades indígenas de la misma etnia (Art. 13, Ley 19.253). Evidentemente, la operatividad de estas protecciones dependerá de las acciones (e interpretaciones) de ciertos actores jurídicos. Entre estos se encuentra el Conservador de Bienes Raíces (Conservador), especialmente al momento de efectuar la “calificación registral” de los títulos presentados para su inscripción. Respecto del tema, en un artículo reciente el profesor Álvaro Morales Marileo explicaba cómo las lecturas que restringen la amplitud y profundidad del examen que debe hacer el Conservador, junto con algunas características del sistema mismo, “dejan totalmente abierta la última puerta de entrada al registro, sin nadie que ejerza un control real de acceso”, transformando “en letra muerta la protección legal de las tierras indígenas”¹.

En este breve comentario, quisiera detenerme en el rol que le compete a los Tribunales de Justicia en hacer efectivas estas protecciones, particularmente al momento en que se reclame judicialmente por la negativa del Conservador a inscribir (art. 18, Reglamento del Registro Conservatorio de Bienes Raíces (Reglamento)). Para ello analizaré una sentencia reciente de la Corte Suprema (Corte), en la que –por tres votos a favor y dos en contra– el máximo tribunal ordena la inscripción judicial de una escritura que el Conservador de Bienes Raíces de Osorno se había negado a inscribir por estimar que se trataba “de un acto o contrato sobre tierras que caen bajo el amparo de la Ley 19.253 de 1993”, cuestión en la que coincidieron tanto el 1º Juzgado de Letras de Osorno como la Corte de Apelaciones de Valdivia.

En materia registral, se sabe, la regla general es que el Conservador se encuentra obligado a inscribir, sin retardo, los títulos que se le presenten (arts. 12 y 70, Reglamento). Debe, no obstante, negarse, “si la inscripción es en algún sentido legalmente inadmisibles; por ejemplo (...) si es visible en el título algún vicio o defecto que lo anule absolutamente” (art. 13, Reglamento). Si bien existe discusión respecto del alcance que debiese tener esta norma, la tesis mayoritaria –la que, por cierto, es de carácter restrictivo– supone que el Conservador estaría sujeto a dos limitaciones: (a) que para poder negarse a la inscripción debe tratarse de un vicio que conduzca a nulidad absoluta; y (b) que tiene que tratarse de vicios o defectos que puedan percibirse con el solo examen del título respectivo². Pues bien, en la causa en comento la controversia se centró en la última de estas limitaciones, a saber, la “visibilidad” del vicio. O, para decirlo con mayor precisión, en si era posible determinar, de la sola lectura del título,

¹ MORALES MARILEO, Álvaro, 2018: “Calificación de Tierras Indígenas; problemas y desafíos actuales”, *Revista de Derecho Inmobiliario*, Año 2, N° 1, p. 606.

² Ver, por ejemplo, PEÑAILILLO, Daniel, 2006: *Los bienes. La propiedad y otros derechos reales*, Santiago: Editorial Jurídica de Chile, p. 120; y Corte Suprema, sentencia de fecha 29 de septiembre de 2016, rol N°19.470-2016.

la calidad “indígena” de la tierra –si ello era posible, entonces el vicio era visible, toda vez que se trataría de un contrato prohibido por las leyes–.

En este orden de ideas, es menester comenzar el análisis clarificando cuándo se puede entender que estamos frente a una tierra indígena, de las indicadas en el art. 12 Nº 1 de la ley. Al respecto, la doctrina suele requerir la confluencia copulativa de tres elementos³: (i) un elemento personal –que se trate de una persona o comunidad indígena–; (ii) un elemento real –que se trate de tierras que deriven (aunque sea de manera remota) de alguno de los títulos establecidos en este numeral–; y (iii) que exista un vínculo de hecho fundado en la propiedad o posesión –es decir, que las personas o comunidades actualmente ocupen en propiedad o posesión alguna de las tierras señaladas–. Cada uno de estos puntos presenta algunos problemas hermenéuticos que obviamente no son posibles de abordar en este breve comentario. Asimismo, de estos, quizás el más relevante (y complejo) sea aquel relativo al significado que tendría la frase “actualmente ocupan” que utiliza la ley. Hay acá –en doctrina, jurisprudencia y práctica administrativa– dos posturas nítidamente diferenciables: por una parte, la que entiende que la norma indica que los requisitos deberán verificarse al momento de entrada en vigencia de la Ley 19.253 –i.e., al 5 de octubre de 1993–; por otra, aquella que sostiene que la ley ordena que estos requisitos sean verificados en el momento en que se haga el examen de determinación de la calidad indígena del título⁴.

Sin entrar a evaluar el mérito de estas posturas, sí cabe subrayar que la opción entre una y otra alternativa hermenéutica por parte del intérprete no será inocua para efectos del análisis del caso en comento. Considérese el siguiente hecho: según relata la compradora, la propiedad se trataría de una parcela CORA –la que nunca fue inscrita en el Registro de Tierras Indígenas–, que el vendedor recibe como herencia de su padre y que, debido a que nunca realizó la posesión efectiva, regularizó conforme al procedimiento establecido en el Decreto Ley (D.L.) Nº 2.695 el año 2005. Teniendo en cuenta lo anterior, si la Corte Suprema hubiese seguido la primera interpretación –i.e., que el examen de los requisitos debe hacerse a la época de entrada en vigencia de la ley–, la tierra claramente no sería indígena ya que no era posible verificar a esa época los supuestos que requiere la ley; pero incluso si técnicamente hubiese cumplido los requisitos de alguno de los literales del art. 12 Nº 1 para ser considerada tierra indígena, porque en la escritura solo se menciona la regularización por el D.L. y no en manos de quien estaba la tierra al año 1993 –ni en qué calidad la detentaba–, entonces el vicio claramente no sería “visible”, como requiere –de nuevo, según la interpretación mayoritaria– el art. 13 del Reglamento. Pero en el caso de marras, ni la reclamante, ni la Corte sostuvieron dicha postura, sino que –y no solo ellos, sino también el Conservador y los tribunales de primera y segunda instancia– operaron bajo la interpretación que calidad

³ NELCUMAN, Marcelo y WERLINGER, Marcela, 1994: *El régimen legal de las tierras indígenas*, Seminario de titulación para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, pp. 121 y ss.

⁴ Para un panorama de las distintas posiciones, ver MORALES MARILEO, Álvaro, 2019: “Tierras indígenas: análisis dogmático de sus elementos constitutivos”, *Revista de Derecho Inmobiliario*, nº3, pp. 355-368.

de tierra indígena del inmueble se determinaba por la concurrencia de los elementos del art. 12 N° 1 al momento de examinar el título; o, para decirlo con mayor precisión, al momento en que el Conservador rechazó su inscripción. Por esta razón, será dentro de este supuesto que se examinará el contenido de la controversia entre las posturas del Conservador y la mayoría de la Corte.

Según se identificaba arriba, esta controversia se centraba en si era posible determinar, de la sola lectura del título, la calidad “indígena” de la tierra. Para el Conservador esto era evidente, ya que: (i) el dueño del inmueble era una persona apellidada “Quichel”, apellido que –argumentaba– pertenece a la etnia Mapuche Huilliche, lo que bastaba para entender que esta persona tenía la calidad de “indígena” (art. 2(b), Ley 19.253); (ii) la tierra –según aparecía en la propia escritura de compraventa– provenía de uno de los títulos que expresamente contempla el art. 12 N° 1, cual es, el D.L. N° 2.695 (art. 12 N° 1(d), Ley 19.253); y (iii) el Sr. Quichel era, al momento del examen del título, propietario de dicho inmueble.

La Corte Suprema, en cambio, sostiene que “no existe antecedente alguno” que permita colegir la calidad indígena de la tierra (C. 5°), sustentando su conclusión –de una manera poco prolija, valga decirlo– en dos puntos: el origen Huilliche Mapuche del apellido y la forma de adquisición de la propiedad. Analicemos brevemente cada uno de ellos.

Respecto del primer punto, la mayoría de la Corte estimó que el Conservador no estaría facultado “para determinar cuándo un apellido pertenece o no a una determinada etnia” (C. 5°). A pesar de tener cierta plausibilidad, esta afirmación es muy difícil de sostener. De partida, la Ley 19.253 no establece medios específicos de prueba de la calidad indígena, indicando en su art. 3 que el certificado que emane de CONADI “podrá” acreditar esta calidad, dando a entender que este puede ser solo “uno” de los diversos modos de prueba, los que dependerán finalmente de cuál sea la causal del art. 2 invocada. En el caso de la causal del art. 2(b) –“que posean a lo menos un apellido indígena”–, es oportuno señalar que los tribunales típicamente suelen operar sin la necesidad de requerir mayor prueba para determinar cuándo se está frente a un apellido indígena, actuando como si fuese un hecho público y notorio que un apellido específico es indígena⁵. Por lo demás, no puede dejar de notarse que, así como lo justificó el Juzgado de Letras de Osorno y se comprueba en el estudio de CONADI realizado por don Necul Painemal, no hay duda alguna de que “Quichel” es un apellido mapuche⁶. Pero quizás lo más preocupante de una interpretación como la sostenida por la Corte

⁵ Ver MARTÍNEZ CID, Carolina, 2012: *Aplicación de la Ley No 19.253 en materia de contratos: Análisis jurisprudencial y comentarios*. Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Concepción, pp. 17 y ss. Disponible en <http://www.estudiosindigenas.cl/documentos/subir%20a%20la%20web/Aplicaci%F3n%20de%20la%20Ley%2019.253%20en%20materia%20de%20contratos.pdf>.

⁶ Ver, Primer Juzgado de Letras de Osorno, sentencia de 10 de marzo de 2016, rol V-177-2015 (“(...) pues posee el apellido indígena “Quichel”, que significa “lumbre, luz producida por colihues encendidos”, de ‘*quincel, cüd el*’”); y PAINEMAL MORALES, Necul, 2011: *Apellidos Mapuche vinculados a Títulos de Merced*, CONADI, p. 71.

Suprema, es que haría ilusorio cualquier intento de los conservadores de evitar la “fuga” de inmuebles indígenas del mercado restringido de tierras creado por la Ley 19.253: si el Conservador no puede determinar si un apellido es indígena sin la necesidad de recurrir a otros medios de prueba —*e.g.*, el certificado de acreditación o un informe de CONADI—, entonces se vuelve prácticamente imposible identificar la calidad indígena de una tierra de la lectura del solo título, como quiere —bajo la interpretación mayoritaria— el art. 13 del Reglamento.

Con todo lo difícil que pueda ser sostener este primer argumento, es cuando la Corte se refiere al modo de adquirir el dominio que su razonamiento pareciera perder todo asidero jurídico. Para su mejor inteligibilidad, vale citar lo que dice al respecto:

“el Conservador se niega a la inscripción por una razón diferente a las que la norma establece (...) errando en la aplicación del Decreto Ley 2.695, por cuanto su regulación no resulta aplicable a la propiedad indígena por disposición expresa contenida en el artículo 8, que hace inaplicable el proceso de saneamiento a las tierras indígenas”.

Este argumento es erróneo por distintas razones. Lo es, primero, porque —como esta misma Corte notó en “Huentelaf con Forestal Anchile”, causa en donde hace aplicable el D.L. 2.695 a la constitución de tierra indígena⁷— el art. 8 de este decreto hace inaplicable el proceso de saneamiento a las tierras indígenas “regidas por la Ley 17.729”, ley que —siendo antecesora de la actual— fue orgánicamente derogada por el art. 78 de la Ley 19.253.

Pero aun si se siguiera la tesis de Contraloría relativa a que, a pesar de la derogación expresa de la Ley 17.729, el art. 8 ha mantenido su eficacia normativa en lo referente a este punto⁸, el razonamiento de la Corte Suprema continuaría estando equivocado. Esto, porque dicho artículo 8 hace referencia a tierras que ya tienen la calidad indígena —en otras palabras, prohíbe sanear “tierra indígena”—, pero no niega la posibilidad de que por esta vía —es decir, por aplicación del D.L. Nº 2695— se regularicen tierras que antes no tenían esa calidad, pasando luego a ser “indígenas” si fueron saneadas por una persona indígena; de esta manera, solo al constituirse como “tierras indígenas”, “quedan comprendidas dentro de la excepción contemplada en el precepto en comento, no pudiendo ser objeto de dicho proceso con posterioridad”⁹. Así, en el caso de marras, incluso si se estima que el art. 8 del D.L. Nº 2.695 sigue vigente, el decreto ley sigue siendo aplicable, toda vez que se utilizó para regularizar una tierra que no era indígena; en consecuencia, su utilización por la Corte sigue siendo infundada. Pero todavía se puede llevar el argumento un poco más lejos. Recuérdese que en abril de 2019, Contraloría reconsideró los criterios establecidos en los dictámenes recién citados, en el sentido que la prohibición de aplicar la regularización del Decreto Ley Nº 2.695 respecto de tierras

⁷ Corte Suprema, sentencia de fecha 11 de diciembre de 2008, rol 4384-2007, C. 6°.

⁸ Contraloría General de la República, dictamen de fecha 23 de febrero de 1999, dictamen 006514N99.

⁹ Contraloría General de la República, dictamen de fecha 20 de junio de 2018, dictamen 015332N18.

indígenas, tiene una excepción de acuerdo a la cual “resulta posible aplicar dicho procedimiento entre comunidades o personas indígenas de una misma etnia”¹⁰. Esto quiere decir que, incluso en el caso que la tierra hubiese sido indígena con anterioridad a su regularización por el Sr. Quichel, ya que este era indígena, podría haberla regularizado.

En suma, no existe una forma normativamente relevante en la que el art. 8 del D.L. N° 2.695 pueda ser utilizado para excluir la aplicación de este mismo decreto ley en la determinación de la calidad indígena de la tierra objeto de la controversia. Y, si esto es así, entonces la conclusión de la mayoría de la Corte Suprema carece de fundamentos y, al fin, el vicio sí era visible en el título, así como lo había afirmado el Conservador.

Esta falta de rigor argumentativo que se aprecia en el voto de mayoría de la Corte, adquiere un cariz preocupante si se lee a la luz del contexto actual, en donde acontecimientos como el conocimiento que se tuvo de la compra ilegal de tierras indígenas efectuada por parte del Subsecretario del Interior, y la apertura y suspensión del Proceso de Consulta Indígena acerca de la modificación de la Ley Indígena, han puesto en evidencia lo frágil que es la arquitectura normativa de protección de las tierras indígenas. De esta forma, al restringir infundadamente la extensión y profundidad las facultades examinadoras de los Conservadores de Bienes Raíces, la Corte acentúa la narrativa con la que se iniciaba críticamente este trabajo, relativa a que las protecciones legales que la Ley Indígena estableció respecto de las tierras indígenas, finalmente terminan siendo –valga reiterarlo– “letra muerta”.

¹⁰ Contraloría General de la República, dictamen de fecha 16 de abril de 2019, dictamen 010544N19.

La responsabilidad institucional de la Iglesia Católica por los abusos sexuales de su sacerdote (Corte de Apelaciones de Santiago)

*Comentario de Pablo Carvacho Traverso**

Santiago, 27 de marzo de 2019.

1. Inicio de la prescripción.

“DECIMONOVENO: Teniendo la acción indemnizatoria por objetivo esencial, la reparación del daño y que como se viene desarrollando, el término legal del artículo 2332 del Código Civil, ha de computarse desde que concurran todos los elementos del ilícito civil, ha de concluirse lógicamente y racionalmente que el tiempo al que hace referencia tal disposición, principia en el caso de autos desde el envío de los antecedentes a la Congregación para la Doctrina de la Fe, esto es en junio de 2010, época en que cesó la inactividad del Arzobispado”.

2. El conocimiento de los hechos y la inactividad por parte de la Iglesia Católica y su jerarquía como presunción del daño de las víctimas.

“CUADRAGÉSIMO SEGUNDO: los demandantes han sido dañados por la Iglesia en su condición de ser humano, al contribuir a la traumatización acumulativa de su psique intrínseca, provocando un efecto devastador en su condición de tal, atendido los antecedentes consignados en dicho instrumento y referidos a que las víctimas buscaron divulgar el abuso mediante denuncias y no fueron escuchadas, resultando que esa divulgación constituía una amenaza para el círculo cercano, para la imagen pública del abusador y para el prestigio de la Iglesia Católica como institución, como ocurre con frecuencia en los casos de abuso sexual dentro de una familia, la situación desmentida y negada y la denuncia es desacreditada, debiendo exponer su privacidad para romper el circuito de abuso y silencio, además, que la negligencia en la investigación del abuso que se hizo desde las instancias oficiales de la Iglesia Católica tuvo gran impacto sobre las víctimas cuando las autoridades institucionales descartaron la denuncia en lugar de

* Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Magíster en Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. Magíster en Ciencias del Derecho, Universidad de Stanford, Estados Unidos. Subdirector del Centro Justicia y Sociedad y Profesor del Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile. Correo electrónico: pacarvac@uc.cl

considerar la posibilidad de examinar si tenía algún elemento de verdad, protegiendo con su inactividad a los abusadores como si ellos fueran víctimas de una infamia y agresión pública contra su buen nombre y descuidando por completo lo ocurrido a las víctimas del abuso...”.

3. Reconoce jurídicamente a la Iglesia Católica chilena y su representación en el Obispo de Santiago.

“VIGÉSIMO SEXTO: Que, resulta indiscutible que la Iglesia Católica en Chile o chilena goza, en el ámbito jurídico interno, de personalidad jurídica de derecho público, de lo anterior se sigue inevitablemente que, como tal, es capaz de ejercer derechos y contraer obligaciones civiles, y de ser representada judicial y extrajudicialmente, según lo prescribe el artículo 545 del Código Civil, el que sólo excluye, en el caso de las Iglesias y conforme lo precisa el inciso 2º del artículo 547 del mismo Código, al Título XXXIII, del Libro I que regula su forma de constitución, orden u organización interna, formas de disolución u otras allí regladas, las que se rigen por leyes y reglamentos especiales”.

“VIGÉSIMO SÉPTIMO: Que, la responsabilidad civil sea individual y no pueda, en consecuencia, hacerse responsable a la Iglesia Católica en Chile, particularmente en la persona y bienes de quien la representa, el Arzobispado de Santiago, de los ilícitos civiles cometidos por consagrados o, fieles laicos o no que se encuentren bajo su vigilancia, no resulta admisible en el orden civil interno, como tampoco parece serlo en el orden canónico conforme se desprende de la lectura del canon 1284, §2, 3º que señala, en materia de administración de los bienes de la Iglesia, que “A no ser que le haya reportado un provecho, y en la medida del mismo, la persona jurídica no está obligada a responder de los actos realizados inválidamente por los administradores; pero de los actos que éstos realizan ilegítima pero válidamente, responderá la misma persona jurídica, sin perjuicio del derecho de acción o de recurso de la misma contra los administradores que le hubieran causado daños.”, de manera que no resulta descartable la aplicación de las presunciones de culpabilidad para hacer efectiva su responsabilidad por el hecho ajeno”.

4. Establece la responsabilidad de la Iglesia Católica chilena por el hecho propio.

“TRIGÉSIMO NONO: Que, como se ha establecido en autos, la Iglesia actuó con desidia en la investigación de las denuncias y en el amparo y protección de las víctimas...”

TRIGÉSIMO QUINTO: “sabiendo a través de su Cardenal Errázuriz, sobre los abusos descritos en la causa penal e informes de los promotores de Justicia, no entregó tratamiento psicológico ni siquiátrico u otra forma de amparo a las víctimas y, por el contrario, permitiendo que Karadima Fariña aumentara la intensidad y frecuencia de aquellos, fue felicitado y objeto de agradecimientos por su labor en la parroquia El Bosque, lugar en que vivió con el beneplácito de la demandada al menos 5 años más, además, nombrándose como sucesor del victimario a su colaborador cercano Juan Esteban Morales, todo ello luego de aceptar su renuncia por razones de edad”.

“CUADRAGÉSIMO QUINTO: Que, las conclusiones que se vienen expresando acerca de las omisiones y errores de la cúpula de la Iglesia Católica, que, en concepto de esta Corte, se demuestra que la demandada ha sido negligente en su proceder en términos tales que pueden ser calificados como propios de un encubrimiento que da origen a la configuración de un ilícito civil.”

“QUINCUAGÉSIMO TERCERO: Que, en concordancia con lo expresado en los razonamientos anteriores, en el caso que nos ocupa el daño moral resulta manifiesto, pero es preciso consignar que el que se debe indemnizar está referido exclusivamente al hecho propio de la Iglesia”

5. Establece la posibilidad de accionar contra la Iglesia Católica por los hechos de su dependiente.

“VIGÉSIMO SEXTO: La responsabilidad civil de la persona jurídica de derecho público, Iglesia Católica en Chile o chilena, y de las autoridades que la representan pasa, en un sentido amplio, por el reproche que pueda hacerse a la traición a la confianza legítima que sus fieles han depositado en ellas de que, por un lado, cumplirán diligentemente su oficio como garantes del mensaje que condena los atentados a la dignidad de la persona humana y, por otro, la seguridad que les entrega la prescripción de los superiores de una diócesis de velar por la obediencia y observancia por los inferiores de este mensaje en el ejercicio de sus ministerios. De ahí que no resulta discutible la autoridad que ejerce, independientemente de las prescripciones canónicas, el obispo respecto de los sacerdotes de su diócesis, relación de autoridad que, en relación a sus respectivas funciones, le permite dar órdenes de cómo actuar o qué comportamientos observar frente a determinados hechos que producen efectos o se materializan en la vida secular durante el ejercicio de sus funciones”.

“Considerando VIGÉSIMO OCTAVO: De ahí que sea posible concluir que todos los actos temporales o seculares en el orden civil de los obispos son actos de la persona jurídica Iglesia Católica chilena. Particularmente, la dirección y vigilancia de los sacerdotes y el ejercicio de la disciplina y la observancia de las reglas de respeto de la persona humana sean fieles o no de su jurisdicción territorial. Si un sacerdote, entonces, no observa la conducta debida e infiere daño en la persona de otro en el cumplimiento de sus obligaciones, la Iglesia es directamente responsable por no haber observado o ejercicio correctamente su deber de vigilancia debida”.

COMENTARIO

El fallo de 27 de marzo de 2019 de la Corte de Apelaciones respecto de la sentencia de primera instancia de 16 de marzo del 2017 del Ministro de fuero Juan Muñoz Pardo respecto del caso de responsabilidad extracontractual de la Iglesia por los abusos

sistemáticos por parte del sacerdote Fernando Karadima a distintas víctimas, constituye un fallo histórico, con importantes implicancias jurisprudenciales, institucionales y sociales. La sentencia que se comenta no fue objeto de posteriores recursos y se encuentra actualmente ejecutoriada.

I. En primer lugar, el fallo afianza un consenso doctrinario respecto de que el inicio del cómputo de la prescripción comienza con la manifestación del daño. Esta argumentación de la Corte de Apelaciones es uno de los puntos más importantes de la sentencia en tanto reconoce jurisprudencialmente la dinámica inherente de los abusos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes. En efecto, en estos casos operan técnicas de neutralización del delito en el que los abusadores logran invisibilizar los abusos cometidos.¹ Para ello, si bien en un principio los victimarios niegan cualquier tipo de responsabilidad, cuando los hechos se hacen evidentes, rechazan que los hechos importen un daño a la víctima. Luego, buscan anular a la víctima, culpabilizándola de los actos, para finalmente buscar la condena social de ellas mediante la difamación respecto de sus defectos, personalidad o estatus moral. Este proceso, que es propio de los abusos de sacerdotes en el contexto de la Iglesia Católica, se ve reforzada por ciertos “inhibidores” de la develación que operan en cualquier abuso en que están involucrados menores de edad.² Entre estos, es posible mencionar la edad e inmadurez de las víctimas, lo que les impide reconocer el valor social y normativo de los abusos sufridos; la falta de habilidades y herramientas para entender y comunicar lo vivido; el sentimiento de culpa y peligro de sus seres cercanos frente a la develación, entre otras razones que terminan impidiendo la develación de los abusos.

La consecuencia de lo anterior es que la mayoría de los niños y niñas no develan su victimización si no luego de meses o años desde la ocurrencia de los hechos. Así, por ejemplo, Lamb and Edgar-Smith encontraron que la edad promedio para la primera revelación era de 18 años. Esto resulta especialmente relevante si se toma en cuenta que la edad promedio para el inicio de los abusos en su muestra era de 8 años.³

Siendo estas las dificultades para la develación de los abusos, la sentencia alinea correctamente la dimensión jurídica, con la evidencia victimológica y epidemiológica de los abusos sexuales contra menores de edad. Luego, esta decisión, por la que se reconoce judicialmente que el reconocimiento del daño en estos casos es un proceso complejo que puede tomar años y décadas, reafirma la posibilidad para las víctimas de recibir reparación económica por los abusos sufridos.

II. En segundo lugar, el fallo acredita el daño hacia las víctimas por el hecho de la Iglesia de estar en conocimiento de los abusos y no haber tomado medidas al respecto.

¹ SYKES y MATZA, 1957, 664-670; Spraitz y Bowen, 2016, pp. 2515-2538.

² MÉNDEZ y MONTIEL, 2016, pp. 53-81.

³ LAMB y EDGAR-SMITH, 1994, pp. 307-326. Para el caso chileno, 60,9% de la muestra de un estudio develó tardíamente los abusos, es decir, ocurrió al menos luego de seis meses después del inicio de los hechos abusivos. Al respecto ver: GUTIÉRREZ et al., 2016, pp. 1-15.

Esto se desprende del considerando decimonoveno citado más arriba en donde se señala que el cese de la inactividad de la Iglesia marcó el punto desde el que se podía entender que la Iglesia dejó de infligir daño a las víctimas. En efecto, el fallo distingue el daño sufrido por las víctimas por el hecho de los abusos sexuales, del daño específico infringido a las víctimas por las omisiones y acciones sistemáticas de la jerarquía de la Iglesia Católica. Así lo establece al fijar el monto de la indemnización al señalar que daño moral indemnizable dice relación exclusivamente con el hecho propio de la Iglesia.

De esta manera, el fallo amplía la comprensión del daño en los abusos sexuales contra menores de edad. Entiende que el sufrimiento de las víctimas no se agota en el acto de abuso y que, parte importante de la profundización del daño y el trauma posterior, tiene que ver con la respuesta del entorno de las víctimas, de sus familias y de los contextos institucionales, eclesiales, estatales y de cualquier orden, que despliegan la organización y a sus representantes en función de neutralizar y desacreditar a las víctimas y los hechos ocurridos. Estas definiciones permiten reconocer jurisprudencialmente que el desamparo y el hecho por el que las víctimas tuvieron que enfrentarse a una institución que no solo no les creía, sino que llevó a cabo acciones explícitas de negación y difamación, es fuente fundamental de sufrimiento y dolor para las víctimas. En este sentido, el fallo parece ser un punto de inflexión y un gran avance jurisprudencial para entender la responsabilidad civil de las organizaciones. En efecto, el razonamiento de la Corte permite su aplicación a una gran diversidad de casos y tipos de instituciones en que, actuando con culpa organizacional, es decir, por medio de órganos de representación, ya sean individuales o colegiados, se genere daños a personas.

III. Un tercer elemento relevante es el reconocimiento jurídico de la Iglesia Católica chilena o en Chile y su representación en el obispo de Santiago. En este punto la decisión de la Corte de Apelaciones rompe una tradición que impedía la realización jurídica de la separación entre el Estado y la Iglesia Católica. Hasta entonces las normas y exegética canónica se imponía a cualquier razonamiento civil de los asuntos en que la Iglesia se viese envuelta. Como lo demuestran una importante cantidad de fallos previos⁴, la lógica jurídica canónica parecía ser oponible al Estado chileno.

A consecuencia de lo anterior, la comprensión de la Iglesia como un ente “universal” como lo entiende el derecho canónico, convertía a la Iglesia Católica en una entidad impune si se toman en cuenta las evidentes dificultades para demandar a una organización cuya sede se encuentra en la ciudad del Vaticano y que no tiene representación jurídica aparente en Chile.

Luego, como resulta absurdo para el orden legal interno aceptar la impunidad de entidades por el hecho de autodeclararse “universales”, el fallo correctamente entiende a la Iglesia Católica desde su estatus nacional, con una representación jurídica específica en el arzobispo de Santiago. El fallo hace referencia al propio derecho canónico para

⁴ Fallo Casación Corte Suprema Rol N°3640-04, 5 de enero de 2005; Fallo Ministro de Fuero Rol N°1-04, 5 de marzo 2005; Fallo Corte Apelaciones La Serena Rol N°418-08, 26 diciembre 2008.

demostrar que, incluso dentro de su propia comprensión, el Obispo es el representante y agente de la Iglesia Católica Universal. Establece, así, a los obispos en Chile como agentes de la Iglesia Católica chilena de manera que sus actos se encuentran bajo el derecho civil en su calidad representantes de la Iglesia por lo que lo hagan en el marco de sus funciones como obispos lo hacen “por” la Iglesia”. Esto, en cualquier caso, está prescrito explícitamente en los términos del Canon 393 del Código Canónico: “El Obispo diocesano representa la diócesis en todos los negocios jurídicos de la misma”.

Este reconocimiento, que, como se ha afirmado, termina de consolidar la separación entre el Estado y la Iglesia Católica chilena, es también una garantía futura que impide la indemnidad civil de la Iglesia cuando, concertadamente, genere daños a personas.

IV. En lo que constituye la parte central del fallo, se establece la posibilidad de entender a la Iglesia Católica como responsable por el hecho propio. Esta responsabilidad se funda, en los términos del fallo, en la culpa que como organización le cupo a la organización eclesial y sus representantes en la reacción frente a los abusos sexuales de uno de sus sacerdotes contra menores de edad. Esta posibilidad, que puede resultar novedosa jurisprudencialmente, es algo que para la doctrina chilena se encontraba fuera de cualquier discusión desde hace un tiempo.⁵ En efecto, toda persona jurídica, puede ser también sujeto pasivo de una acción de indemnización de perjuicios, siendo posible hacerla responsable por el hecho de sus dependientes o por el hecho propio. El último caso es aquel que se ha llamado la culpa en la organización, esto es, aquellas acciones u omisiones que “valorada como un proceso, infringe inequívocamente un deber de cuidado, aunque no sea posible determinar cuál elemento concreto de ese proceso fue determinante en la ocurrencia del daño”.⁶ La culpa entonces no se localiza solo en un representante específico, sino en la función sistémica y general de la organización en cuestión.⁷ En este sentido, el razonamiento de la Corte de Apelaciones amplía las hipótesis de responsabilidad en un ámbito que, injustificadamente, ni siquiera consideraba la responsabilidad por el hecho de los sacerdotes entendidos como dependientes.⁸

Al establecer la posibilidad de hacer responsable a la Iglesia por la culpa de quienes actúan por ella, el fallo entiende de manera directa que parte de la cúpula eclesial fue responsable de la forma en que se enfrentaron y ocultaron los abusos. Sobre ello, la sentencia afirma en una primera oportunidad que los actos y omisiones de la Iglesia pueden ser calificados como propios de un encubrimiento. Inexplicablemente, el párrafo anterior fue reemplazado por la Corte de Apelaciones cambiando la palabra encubrimiento por ocultamiento, mediante un comunicado del Poder Judicial y no un acto procesal (http://www.pjud.cl/web/guest/noticias-del-poder-judicial/-/asset_publisher/kV6Vdm3zNEWt/content/caso-karadima-corte-de-santiago-acoge-demanda-y-ordena

⁵ Por todos, BARROS. 2006, p. 193.

⁶ *Ibíd.*, p. 196.

⁷ HALL, 2006, pp. 1-42.

⁸ Incluso en casos de responsabilidad por el hecho del sacerdote, entendido como dependiente, la jurisprudencia había rechazado la responsabilidad de la Iglesia. Al respecto, VARAS, 2005, pp. 241-253.

a-la-iglesia-catolica-pagar-indemnizacion-a-victimas.) Aún así, los términos usados son penalmente equivalentes en tanto el ocultamiento es una de las hipótesis que dan pie al encubrimiento. Conforme con el numeral 2° del artículo 17 del Código Penal: “son encubridores los que con conocimiento de la perpetración de un crimen o de un simple delito o de los actos ejecutados para llevarlo a cabo, sin haber tenido participación en él como autores ni como cómplices, intervienen, con posterioridad a su ejecución, de alguno de los modos siguientes: 2° Ocultando o inutilizando el cuerpo, los efectos o instrumentos del crimen o simple delito para impedir su descubrimiento”.

Independientemente del cambio en los términos usados, el fallo parece ser confuso cuando afirma, contradiciendo lo señalado más arriba, que no existen antecedentes suficientes en la causa para dar por probado el encubrimiento en cualquiera de sus formas. Asimismo, esta contradicción no es tal. Bajo los términos del fallo, su lógica parece decir que, si bien los actos de la jerarquía de la Iglesia entregan antecedentes que pueden ser calificados como encubrimiento u ocultamiento en un fallo posterior, los antecedentes aportados al juicio no permiten a su vez acreditar la participación criminal. Esto resulta obvio en la medida que los objetivos de un juicio de responsabilidad civil se alejan de aquellos de un juicio criminal, lo que no obsta a que puedan ser antecedentes probados que permitan, posteriormente, ser complementados por otros para satisfacer los estándares de prueba del proceso penal.

V. Si bien el fallo evita discutir el mérito de la responsabilidad por el hecho de sus dependientes solicitada como petición subsidiaria, sus considerandos establecen criterios jurídicos que permiten configurar la posibilidad de accionar contra la Iglesia, ya no por los actos que sistemáticamente puedan llevar a cabo sus representantes en el ejercicio de sus funciones, sino por los actos de los sacerdotes entendidos como dependientes y subordinados de la organización eclesial. De la lectura de los considerandos no queda duda que los términos empleados por los ministros no dejan lugar a dudas de que se está haciendo alusión a la subordinación civil por parte de sacerdotes respecto de sus obispos, es decir, de la relación de autoridad de los últimos sobre los primeros, mediante órdenes y guías de actuación.

De esta forma, y aunque el fallo parece confundir la eventual responsabilidad de la Iglesia por el hecho propio con la hipótesis de su responsabilidad por el hecho de sus sacerdotes, entrega los criterios que permiten pensar en la posibilidad de buscar reparación contra la Iglesia por los hechos de sus sacerdotes cuando no está comprometida la organización eclesial por actos de sus representantes y autoridades. Este reconocimiento jurisprudencial, con todo, parece ser evidente a la luz de la relación entre los obispos y sus sacerdotes y de las propias normas canónicas.⁹

VI. Las consideraciones anteriores permiten entender, por primera vez, un tratamiento respecto de la Iglesia Católica chilena como un sujeto de derecho sin privilegios (lo

⁹ VARAS, 2005; FERRER, 2005, pp. 557-608.

contrario es posible ver en algunas decisiones: Fallo Casación Corte Suprema, 5.1.05, Rol 3640-04; Ministro de Fuego, 5.3.05 Rol 1-04; Corte Apelaciones La Serena, 26.12.08 Rol Nº 418-08). En efecto, la sentencia hace mención a las normas canónicas solo en la medida que permiten desvirtuar las alegaciones de la Iglesia. En lo central, le niega la posibilidad de oponer el derecho canónico al orden civil para desconocer realidades materiales (la Iglesia Católica en Chile) cuando tienen consecuencias jurídicas evidentes (su responsabilidad).

En términos doctrinarios, el fallo además permite distinguir tres niveles de responsabilidad cuando hablamos de abusos sexuales contra menores de edad en el contexto de la Iglesia Católica. En primer lugar, casos donde la organización eclesial se ve comprometida. Como el fallo muestra, para que esto proceda es necesario que se verifiquen actos u omisiones por parte de los representantes de esta, generando y profundizando los daños sobre las víctimas. En ellos, por tanto, reside la voluntad de la organización, para ello, la entrega de su dirección social no necesariamente tiene que ser formal, bastando que en los hechos así aparezca de manifiesto.¹⁰

En un segundo nivel, puede no estar comprometida la organización por no ser reconocible una culpa netamente organizacional. En estos casos la responsabilidad de la Iglesia puede buscarse ante la ausencia de la diligencia debida frente a la selección, formación y supervigilancia de sus subordinados y empleados. Estos son los casos en que surge la responsabilidad de la organización eclesial por los hechos de sus sacerdotes entendidos como dependientes.

Finalmente, existe aún la posibilidad de casos en que derechamente la responsabilidad institucional de la Iglesia no se vea comprometida porque no hubo actos reprochables por parte de la autoridades y representantes y porque se ejercieron las medidas de selección, supervisión y vigilancia adecuados frente a sus dependientes. En este caso, prevalece solamente la responsabilidad personal del sacerdote. Sin embargo, debido a la dinámica de los abusos sexuales en la Iglesia y los riesgos inherentes que conlleva la función pastoral, estos casos parecen ser realmente excepcionales.¹¹

BIBLIOGRAFÍA

- BARROS, Enrique, 2006: *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile.
- FERRER, Javier, 2005. "La responsabilidad civil de la diócesis por los actos de sus clérigos", *Ius Canonicum*, XLV, Nº 90, páginas 557-608.
- FRAWLEY-O'DEA, Mary Gail, 2007: *Perversion of power: Sexual abuse in the Catholic Church*. Vanderbilt University Press.

¹⁰ PIZARRO, 2004; BARROS, 2006.

¹¹ FRAWLEY-O'DEA, 2007; SARTOR, 2005, pp. 687-718.

- GUTIÉRREZ, Carolina., Steinberg, Mónica y Capella, Claudia, 2016. "Develación de las Agresiones Sexuales: Estudio de Caracterización de Niños, Niñas y Adolescentes Chilenos". *Psyche* (Santiago), 25(2), 1-15.
- HALL, Margaret, 2006. "Institutional Tort Feasors: systemic negligence and the class action", *Tort Law Journal*. V14 N° 2, 1-42.
- LAMB, Sharon y Edgar-Smith, Susan, 1994. "Aspects of disclosure: Mediators of outcome of childhood sexual abuse", *Journal of Interpersonal Violence*, 9(3), 307-326.
- MÉNDEZ, Xud y Montiel, Irene, 2016. "Factores inhibidores de la revelación de abuso sexual infantil", *Revista de Victimología*, (4), 53-81.
- PIZARRO, Carlos, 2004. "La responsabilidad civil de las personas sin fines de lucro", en *Cuadernos de análisis jurídico*. Colección Derecho privado N° 1.
- SARTOR, Michael, 2005. "Respondeat Superior, Intentional Torts and clergy sexual misconduct: the implications of *Fearing v. Bucher*", 62 *Wash & Lee. L. Rev.* 687-718.
- SPRAITZ, Jason y Bowen, Kendra, 2016. "Techniques of neutralization and persistent sexual abuse by clergy: a content analysis of priest personnel files from the archdiocese of Milwaukee", *Journal of interpersonal violence*, 31(15), 2515-2538.
- SYKES, Gresham y Matza, David, 1957. "Techniques of neutralization: A theory of delinquency", *American sociological review*, 22(6), 664-670.
- VARAS, Juan, 2005. "Sentencia sobre responsabilidad civil del obispo por los hechos de sus clérigos (Corte Suprema)". *Revista de derecho* (Valdivia), 18(1), 241-253.

¿Resulta procedente iniciar un procedimiento concursal
de liquidación voluntaria sin que existan juicios pendientes
en contra del deudor?
(Corte Suprema)

Comentario de Gonzalo Barceló López^{1}*

Santiago, once de julio de dos mil diecinueve.

VISTOS:

En autos Rol N° C-34428-2017 seguidos ante el 17° Juzgado Civil de Santiago, procedimiento concursal sobre liquidación voluntaria, caratulados “Lorena Magali Echeverría Aravena EIRL.”, la solicitante recurre de casación en el fondo en contra de la sentencia de trece de julio de dos mil dieciocho, dictada por la Corte de Apelaciones de esta ciudad, que confirmó la resolución de primer grado de dieciocho de diciembre de dos mil diecisiete, que no hizo lugar a la petición de declarar su liquidación.

CONSIDERANDO:

PRIMERO: Que en su recurso de nulidad sustancial la recurrente sostiene que los jueces del fondo incurrieron en un error de derecho por vulneración de los artículos 115 y 116 de la Ley N° 20.720, al rechazar la solicitud de liquidación voluntaria interpuesta en autos.

Señala que en su presentación se cumplieron todos los requisitos estatuidos por la Ley de Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas, particularmente con la exigencia del numeral 3° del artículo 115 de la Ley 20.720, esto es, la “Relación de juicios pendientes”. Sin embargo, arguye que los jueces yerran al verificar por un lado la existencia efectiva de juicios con contenido patrimonial y, por el otro, establecer un requisito adicional no comprendido en la ley, consistente en haber pasado previamente por un procedimiento concursal de reorganización por el hecho de no contar con juicios pendientes.

Concluye recalcando que el rechazo de la solicitud de su parte vulnera no sólo el derecho que le asiste para someterse a un procedimiento concursal, sino que además atenta

^{1*} Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile. Abogado. Ayudante del Departamento de Derecho Comercial, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. Correo electrónico: gbarcelo@bmaj.cl

contra el propio espíritu de la Ley Nº 20.720 que no es otro que dar una salida viable a personas y empresas que se encuentran en situación de insolvencia actual o inminente.

SEGUNDO: Que para un adecuado entendimiento y resolución del asunto planteado por el recurso, es necesario tener presente los siguientes antecedentes:

1.- Con fecha 27 de noviembre de 2017 Berta Pilar Castro Zelada, en representación de la empresa Lorena Magali Echeverría Aravena, solicitó su liquidación voluntaria, de conformidad a lo dispuesto en los artículos 115 y siguientes de la Ley Nº 20.720. Indica que su representada se encuentra en una situación de insolvencia que no le ha permitido cumplir sus obligaciones, lo que impide obtener algún tipo de financiamiento con el fin de suscribir un convenio con su principal acreedor, la Tesorería General de la República.

Adjunta a su solicitud: a) listado de bienes; b) relación de juicios pendientes, c) estado de deudas, d) nómina de trabajadores y e) último balance.

2.- El tribunal mediante resolución de 18 de diciembre del mismo año, por estimar que no se cumple en la especie con el requisito previsto en el numeral 3 del artículo 115 de la Ley Nº 20.720, no hizo lugar a la petición de declarar la liquidación voluntaria de Lorena Magali Echeverría Aravena EIRL.

3.- En contra de dicha resolución la solicitante dedujo recurso de reposición con apelación en subsidio.

4.- La reposición fue desechada y conociendo del recurso de apelación, el tribunal de alzada confirmó la resolución de primera instancia.

TERCERO: Que la sentencia impugnada confirmó sin otros fundamentos el fallo de primer grado que no hizo lugar a la solicitud formulada por Berta Pilar Castro Zelada, en representación de Lorena Magali Echeverría Aravena EIRL., por estimar que “para la procedencia de esta gestión el deudor debe cumplir con los presupuestos del artículo 115 de la Ley Nº 20.720, presupuestos que de forma imperativa constituyen requisitos de admisibilidad de la solicitud de liquidación voluntaria de los bienes de la empresa deudora”.

Añade que “el numeral 3 del artículo 115 de la Ley del ramo, señala como obligación del deudor al solicitar el procedimiento de liquidación voluntaria, hacer una “Relación de sus juicios pendientes”. En tal sentido concluye que “en la especie, encontrándose archivada y no notificada, respectivamente, los litigios invocados por la solicitante, no puede darse por satisfecho el requisito aludido anteriormente”.

CUARTO: Que resulta útil señalar que la liquidación concursal constituye un procedimiento judicial cuya finalidad es liquidar de un modo rápido y eficiente los bienes de una persona natural o jurídica para pagar con dicho producto sus acreencias. La liquidación es forzada cuando es solicitada por un acreedor; por el contrario, es voluntaria cuando es el propio deudor o empresa deudora quien solicita su declaración. Así lo señala el artículo 2º de la Ley 20.720, en su numeral 18, al prescribir que la liquidación voluntaria es: “aquella solicitada por el Deudor, conforme al Párrafo 1 del Título 1 del Capítulo IV de esta ley”.

El sustrato fáctico de esta acción concursal lo instituye la cesación de pagos, esto es, aquel estado patrimonial que impide al deudor cubrir oportuna e íntegramente sus compromisos. Constituye una verdadera auto denuncia del estado de insolvencia del deudor en interés general de los acreedores, para evitar los cobros individuales y forzar los colectivos en el concurso.

Por otra parte y correspondiendo la liquidación concursal a un juicio, su ejercicio debe manifestarse a través del acto jurídico procesal de demanda, el que debe cumplir los requisitos que la ley prescribe para estos efectos y considerando que ésta persigue la liquidación del patrimonio del deudor, se concluye que se trata de una verdadera demanda ejecutiva, no porque se esté ejecutando un crédito en forma directa, sino porque a través de ella se está instando por la apertura de un proceso necesario para que se puedan ejecutar lícitamente las obligaciones del deudor.

Dicha demanda no tiene como fundamento un título sino un hecho, el que será “sumaria y presuntivamente acreditado por las causales o hechos reveladores”, de los cuales el juez debe cerciorarse al resolver sobre la misma. (Juan Esteban Puga Vial. Derecho Concursal. Del Procedimiento Concursal de Liquidación. Ley N°20.720. Cuarta Edición. Editorial Jurídica de Chile. Año 2014. Págs. 272 y 273).

De modo que esta demanda de liquidación voluntaria debe cumplir con los requisitos del artículo 254 del Código de Procedimiento Civil (salvo la exigencia de individualización de los demandados, que la ley suple con el acompañamiento de un listado de todas las obligaciones del deudor, con la indicación de sus acreedores) y los propios que estatuye la Ley 20.720, para la procedencia de dicha acción.

QUINTO: Que dentro del ámbito de aplicación y requisitos de la institución en estudio, la citada ley establece en su artículo 115 que la empresa deudora podrá solicitar ante el juzgado de letras competente su liquidación voluntaria, acompañando los siguientes antecedentes, con copia: 1) lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan; 2) lista de los bienes legalmente excluidos de la liquidación; 3) relación de sus juicios pendientes; 4) estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos; 5) nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso; y 6) si el deudor llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance.

Por su parte, el artículo 116 del referido cuerpo legal, en cuanto a la tramitación de la liquidación, señala que: “el tribunal competente revisará la presentación del Deudor y, si cumple con los requisitos señalados en el artículo anterior, procederá dentro de tercero día de conformidad a lo dispuesto en los artículos 37 y 129, aplicándose lo establecido en el título 4 de este Título.”

SEXTO: Que tratándose de la liquidación voluntaria la relación procesal nace con la sola petición del deudor, “caso en el cual el tribunal del concurso está obligado a dictar sentencia sin más trámite” (obra y autor citado. Pág.295). A este respecto, los autores Nelson Contador Rosales y Cristián Palacios Vergara, refiriéndose a las causales de la liquidación

voluntaria, expresan que la descripción legal depende exclusivamente de la voluntad de la empresa deudora, de modo que la única causal sería meramente referencial o genérica y consistiría en la convicción del deudor de encontrarse en un estado de cesación de pagos que estima insalvable, de manera que considera procedente someterse a un régimen universal de liquidación de sus bienes para el pago ordenado de sus deudas. (Autores citados, en su obra “Procedimientos Concursales. Ley de Insolvencia y Reemprendimiento. Ley Nº 20.720. Editorial Thomson Reuters. Año 2015. La Ley. Pág. 141).

SÉPTIMO: Que la liquidación voluntaria equivale a la solicitud de la declaración de la propia quiebra del deudor en el antiguo juicio de quiebras, para lo cual bastaba que éste lo pidiera. Bajo su vigencia no era necesario que invocara alguna de las causales que la hacían procedente, bastando que la pidiera para que se entienda que padece de un estado de cesación de pagos. “La petición de quiebra por el propio deudor constituye un hecho revelador de su estado patrimonial crítico, es una confesión expresa y judicial de cesación de pagos”. (Ricardo Sandoval López Manual de Derecho Comercial. Tomo III. Santiago, Editorial Jurídica de Chile. Año 1992. Pág. 104).

Lo expuesto resulta plenamente aplicable a la solicitud de liquidación voluntaria, en cuanto debe ser considerada como una manifestación o reconocimiento del estado de insolvencia que lleva a iniciar un procedimiento de ejecución universal, precisamente por estimarse que dicha situación no es superable. En efecto, se ha dicho que: “El conocimiento acerca del mal estado de los negocios propios descansa, por cierto, en el mismo sujeto que opera en el mercado. De hecho nadie conoce mejor la realidad financiera personal que la propia Empresa Deudora”. (Nelson Contador Rosales y Cristián Palacios Vergara, en su obra citada. Pág. 143).

OCTAVO: Que tal criterio no puede estar ausente al momento de analizar las exigencias que establece la disposición legal antes citada y en especial la que motiva la discusión, esto es, la prevista en su numeral 3) de acompañar la empresa deudora una “relación de sus juicios pendientes”. Este requisito está dispuesto precisamente en razón de la necesidad de poner en conocimiento del tribunal y del liquidador el estado de sus negocios y de su situación de activos y pasivos, ámbito en el cual resulta relevante la existencia de procesos judiciales que pudieran estar llevándose en su contra.

Sin embargo, tal exigencia no se traduce en la necesidad de que efectivamente éstos existan o se encuentren vigentes, como si se tratara de un presupuesto de procedencia del instituto de la liquidación voluntaria. Cabe destacar que cuando el legislador ha contemplado la necesidad de que existan juicios pendientes lo ha manifestado en forma expresa, como ocurre en el caso de la liquidación forzosa (artículo 117 Nº 2 de la Ley Nº 20.720).

NOVENO: Que de lo expuesto es posible afirmar que el sustrato ideológico y fáctico de las acciones concursales y en particular, de la liquidación voluntaria, esto es, la situación de insolvencia o cesación de pagos, no resulta amenazada por el hecho de no existir juicios pendientes, desde que tal presupuesto puede comprobarse por el cumplimiento

de los demás requisitos exigidos por la ley, como ocurrió en la especie con los antecedentes que la empresa deudora adjuntó a su petición, con los que a prima facie justifica así su reconocimiento de insolvencia y situación de incumplimiento.

DÉCIMO: Que lo señalado en los motivos que anteceden deja en evidencia la incorrecta interpretación y aplicación que los sentenciadores han hecho de las normas denunciadas como infringidas, yerros que han influido sustancialmente en lo dispositivo del fallo impugnado, ya que determinaron que se rechazara la solicitud formulada en autos de declarar la liquidación voluntaria de la empresa deudora por un motivo no autorizado por la ley.

Por estas consideraciones y de conformidad, además, con lo que disponen los artículos 764, 767, 785, y 805 del Código de Procedimiento Civil, se acoge el recurso de casación de fondo deducido por la abogada Berta Pilar Castro Zelada, en representación de la solicitante, en contra de la sentencia de la Corte de Apelaciones de Santiago de fecha de trece de julio de dos mil dieciocho, la que se invalida y reemplaza por la que se dicta a continuación, separadamente y sin nueva vista.

Regístrese.

Redacción a cargo del Ministro señor Guillermo Silva G.

Rol N° 20.607-2018.

Pronunciado por la Primera Sala de la Corte Suprema, por los Ministros, Sr. Héctor Carreño S., Sr. Guillermo Silva G., Sra. Rosa Egnem S., Sr. Juan Eduardo Fuentes B. y Abogado Integrante Sr. Daniel Peñailillo A.

No firma el Ministro Sr. Carreño, no obstante haber concurrido a la vista del recurso y acuerdo del fallo, por haber cesado en sus funciones.

En Santiago, a once de julio de dos mil diecinueve, se incluyó en el Estado Diario la resolución precedente.

COMENTARIO

La sentencia transcrita, relativa a la interpretación y aplicación que debe darse a la exigencia establecida en el numeral 3° del artículo 115 de la Ley 20.720 sobre Reorganización y Liquidación de Empresas y Personas (LRLEP), consistente en acompañar a la solicitud de liquidación voluntaria una “Relación de juicios pendientes”, resulta sumamente relevante, porque representa la primera sentencia en que la Excma. Corte Suprema manifiesta en forma clara su postura respecto de una materia que ha sido objeto de una ardua disputa jurisprudencial desde la entrada en vigencia de la LRLEP.

En efecto, el artículo 115 de la LRLEP establece que la iniciativa del procedimiento de liquidación voluntaria se encuentra en la propia empresa deudora (ED o Empresa Deudora), exigiendo únicamente que se acompañe al tribunal competente una copia de los siguientes documentos:

“1) Lista de sus bienes, lugar en que se encuentran y los gravámenes que les afectan.

2) Lista de los bienes legalmente excluidos de la liquidación.

3) Relación de sus juicios pendientes.

4) Estado de deudas, con nombre, domicilio y datos de contacto de los acreedores, así como la naturaleza de sus créditos.

5) Nómina de los trabajadores, cualquiera sea su situación contractual, con indicación de las prestaciones laborales y previsionales adeudadas y fueros en su caso.

6) Si el deudor llevare contabilidad completa presentará, además, su último balance.

Si se tratare de una persona jurídica, los documentos antes referidos serán firmados por sus representantes legales.

Para los efectos de este Capítulo se denominará indistintamente Empresa Deudora o Deudor (lo destacado es nuestro).

Una vez recibida la solicitud de la Empresa Deudora, el tribunal realiza un examen formal de admisibilidad, el que consiste únicamente en constatar si se han acompañado los documentos a que se refiere el artículo 115 de la LRLEP¹.

De esta manera, la disputa respecto de la interpretación que debe darse al numeral 3º del artículo 115 de la LRLEP, dice relación con determinar si efectivamente nuestro legislador al solicitar que la ED acompañe una “Relación de sus juicios pendientes”, quiso establecer como requisito *sine qua non* para la procedencia del inicio del procedimiento de liquidación voluntaria, el hecho de que la Empresa Deudora efectivamente tenga juicios pendientes en su contra².

Al respecto, a partir de un análisis jurisprudencial acabado en la materia, se aprecia que es recurrente en tribunales de primera instancia, la dictación de resoluciones en las que frente a una solicitud de liquidación voluntaria en que el solicitante hace presente que no posee juicios pendientes, el tribunal resuelve denegar dar curso a la solicitud, por considerar que no se ha dado cumplimiento a la exigencia establecida en el numeral 3º del artículo 115 de la LRLEP, en el sentido de acreditar la relación de juicios pendientes del deudor³. Es decir, a juicio de estos tribunales, la legislación vigente exigiría que

¹ RUZ, G., *Nuevo Derecho Concursal Chileno. Procedimientos Concursales de Empresas y Personas Deudoras*, Santiago, Thomson Reuters, 2017, p. 737.

² Esta misma discusión jurisprudencial se ha dado en torno a la interpretación que debe darse al numeral 3º del artículo 273 de la LRLEP, el que establece que la solicitud de inicio del procedimiento concursal de liquidación voluntaria de la Persona Deudora debe ir acompañada de una “Relación de juicios pendientes con efectos patrimoniales”, motivo por el que, hacemos presente que, sin perjuicio de que la sentencia en comento se refiere al caso de una Empresa Deudora, todo lo que diremos al respecto resulta plenamente aplicable al caso del procedimiento de liquidación voluntaria de la Persona Deudora.

³ Tercer Juzgado Civil de Viña del Mar, 12 de abril de 2019, Rol Nº C-1604-2019; Décimo Sexto Juzgado Civil de Santiago, 18 de julio de 2018, Rol Nº C-19195-2018; Vigésimo Cuarto Juzgado Civil de Santiago, 6 de abril de 2018, Rol Nº C-8556-2018; Segundo Juzgado Civil de Puerto Montt, 20 de marzo de 2017, Rol Nº C-1089-2017; Primer Juzgado de Letras de Iquique, 3 de enero de 2017, Rol Nº C-4475-2016; Primer Juzgado de Letras de Osorno, 15 de septiembre de 2016, Rol Nº C-1388-2016; Segundo Juzgado de Letras de Osorno, 2 de junio de 2016, Rol Nº C-1479-2016; Primer Juzgado Civil de Valdivia, 29 de febrero de 2016, Rol Nº C-548-2016. Es acertado señalar que varias de las resoluciones mencionadas, luego fueron revocadas mediante el acogimiento de recursos, o bien, de oficio por los tribunales superiores

existan juicios pendientes en contra del deudor solicitante, como presupuesto ineludible para la procedencia de la liquidación voluntaria.

Lo anterior, probablemente responde a un análisis excesivamente literal de lo dispuesto en el artículo 115 de la LRLEP, desconectado de todo tipo de consideración acerca de los fundamentos e instituciones aplicables en materia de procedimientos concursales. Esta misma línea es la que sigue el fallo analizado, en el que la Excma. Corte Suprema manifiesta comprender que para dar una adecuada respuesta a la pregunta acerca de si efectivamente nuestro legislador buscó establecer la existencia de juicios pendientes en contra del deudor solicitante como presupuesto de procedencia de la liquidación voluntaria, es fundamental atender a los propósitos y finalidades que justifican el establecimiento de esta regulación.

A este respecto, resulta esencial tener presente que el derecho concursal se estructura en torno a la “insolvencia” y a la “cesación de pagos”, como ejes fundamentales, motivo por el que los procedimientos concursales se establecen con la finalidad de entregar una solución al estado de insolvencia, o bien, morigerar los efectos asociados a dicha situación patrimonial. Así lo entiende la Excma. Corte Suprema en la sentencia en comento, al señalar que el sustrato fáctico de esta acción concursal lo instituye la cesación de pagos (Considerando 4°).

Se trata de un fenómeno multidimensional y no solo económico, el que tiene aparejado como efecto intrínseco la cesación de pagos, esto es, un estado patrimonial crítico, en el que el activo disponible en forma inmediata o liquidable en el corto plazo no es suficiente para hacer frente al pasivo actualmente exigible. Sobre este punto, resulta importante precisar que para determinar la insolvencia –y el estado patrimonial de cesación de pagos– no basta simplemente con constatar que en un patrimonio los pasivos son mayores que los activos, ya que lo relevante es analizar la situación patrimonial al momento en que los pasivos sean exigibles⁴.

Es un estado patrimonial complejo cuya materialización es difícil de constatar, especialmente desde la perspectiva de un tercero, porque exige contar con información respecto de diversos elementos, como el activo, el pasivo a corto, mediano y largo plazo, las posibilidades de acceso al crédito, las condiciones de mercado, las proyecciones económicas del deudor, entre otros; información que, en su mayoría, se encuentra en la esfera interna del deudor y que es de difícil acceso para terceros.

En respuesta a esta dificultad de análisis del estado patrimonial del deudor, la regulación concursal opta por asignar a ciertos hechos exteriores determinados la calidad

de justicia. Esto en ningún caso puede considerarse como un indicio de que el problema se encontraría solucionado, ya que únicamente da cuenta de que ciertos casos han sido subsanados por las cortes, y que, probablemente, muchas solicitudes denegadas por los juzgados de letras simplemente quedan a la espera de que se generen juicios en contra del deudor solicitante, para, recién entonces, poder iniciar el procedimiento de liquidación voluntaria.

⁴ PÉREZ, Á. / MARTÍNEZ, P., *Del Sobreendeudamiento a la Insolvencia: Fases de Crisis del Deudor desde el Derecho Comparado Europeo*, vol. 42 N° 1, Santiago, Revista Chilena de Derecho, 2015, pp. 95-96. Disponible en https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372015000100005. [Fecha de consulta 23.12.2019]

de presunciones de existencia de la insolvencia. Se trata de ciertos hechos reveladores que evidenciarían que el deudor estaría en un estado patrimonial crítico, en principio insalvable⁵. Como señala Puga, estos hechos reveladores “son la premisa menor de un silogismo cuya premisa mayor está constituida por el significado regular y uniforme que los mismos tienen en la actividad económica, a saber, la implicancia de insolvencia. Vale decir, jurídicamente son verdaderas presunciones de insolvencia, dadas la uniformidad y univocidad de ellos”⁶.

Es decir, el motivo por el que nuestro legislador establece ciertas causales o hechos reveladores, en virtud de los cuales se habilita a un tercero a solicitar la liquidación del deudor, se justifica únicamente en que la carga de probar que el deudor se encuentra en un estado patrimonial de cesación de pagos, resulta ser algo demasiado gravoso para el acreedor. Lógicamente, dicha dificultad no la enfrenta el deudor, ya que, como sostienen Contador y Palacios, el “conocimiento acerca del mal estado de los negocios propios descansa, por cierto, en el mismo sujeto que opera en el mercado. De hecho, nadie conoce mejor la realidad financiera personal que la propia Empresa Deudora”⁷.

A este respecto, el fallo analizado se hace cargo del punto anterior, estableciendo que tratándose de una liquidación voluntaria la relación procesal nace con la sola petición del deudor, debido a que “la única causal sería meramente referencial o genérica y consistiría en la convicción del deudor de encontrarse en un estado de cesación de pagos que estima insalvable, de manera que considera procedente someterse a un régimen universal de liquidación de sus bienes para el pago ordenado de sus deudas” (Considerando 6°). Este mismo razonamiento ha sido sostenido, también, de manera notable por la Iltma. Corte de Apelaciones de Valdivia, la que en al menos cuatro oportunidades ha señalado que “(...) a diferencia de lo que ocurre en el procedimiento concursal de liquidación que se inicia a instancias del acreedor, quien debe necesariamente invocar una causal legal de liquidación, fundarla y justificarla con los antecedentes documentales correspondientes, en el procedimiento concursal de liquidación voluntaria, sea de la empresa deudora o de la persona deudora, no resulta exigible la acreditación de causales, ya que en este caso es el propio deudor quien exterioriza su estado de insolvencia”⁸.

De esta manera, luego de analizar los fundamentos que inspiran el establecimiento de los procedimientos concursales, la Excma. Corte Suprema concluye que “el sustrato ideológico y fáctico de las acciones concursales y, en particular, de la liquidación

⁵ Acerca de este punto, hacemos presente que, en honor al tiempo y al objeto del presente trabajo, no ahondaremos en las fuertes críticas que la doctrina nacional ha realizado a los “hechos reveladores” incorporados en nuestra legislación, los que básicamente corresponden a manifestaciones de meros incumplimientos, a partir de los cuales resulta inadecuado desprender un estado patrimonial de insolvencia del deudor que amerite el inicio de un procedimiento concursal.

⁶ PUGA, J. E., *Derecho Concursal. Del procedimiento concursal de liquidación*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2014, p. 86.

⁷ CONTADOR, N. / PALACIOS, C., *Procedimientos Concuriales*, Santiago, Thomson Reuters, 2015, p. 143.

⁸ Corte de Apelaciones de Valdivia, 25 de abril de 2016, Rol N° 155-2015; Corte de Apelaciones de Valdivia, 5 de agosto de 2016, Rol N° 387-2016; Corte de Apelaciones de Valdivia, 8 de agosto de 2016, Rol N° 386-2016; Corte de Apelaciones de Valdivia, 21 de noviembre de 2016, Rol N° 635-2016.

voluntaria, esto es, la situación de insolvencia o cesación de pagos, no resulta amenazada por el hecho de no existir juicios pendientes, desde que tal presupuesto puede comprobarse por el cumplimiento de los demás requisitos exigidos por la ley, como ocurrió en la especie con los antecedentes que la empresa deudora adjuntó a su petición, con los que *a prima facie* justifica así su reconocimiento de insolvencia y situación de incumplimiento” (Considerando 9°).

Como señala el fallo analizado, la exigencia de acompañar una relación de juicios pendientes del deudor solicitante se establece “en razón de la necesidad de poner en conocimiento del tribunal y del liquidador el estado de sus negocios y de su situación de activos y pasivos, ámbito en donde resulta relevante la existencia de procesos judiciales que pudieran estar llevándose en su contra” (Considerando 8°), pero de ninguna manera dicha exigencia se traduce en la necesidad de que efectivamente existan juicios en contra del deudor, como si se tratara de un presupuesto de procedencia del instituto de la liquidación voluntaria.

De lo anterior se desprende que, finalmente, se trata de una exigencia cuyo único fundamento se encuentra en la necesidad de garantizar de manera efectiva la aplicación de principios concursales clásicos, así como el de la *par conductio creditorum* y el de la universalidad, así como asegurar la plena vigencia de los efectos sustantivos y procesales que derivan de la resolución de liquidación.

En definitiva, a partir del fallo dictado por la Excm. Corte Suprema de 11 de julio de 2019, se desprende que la existencia de juicios pendientes no representa un requisito de procedencia para iniciar el procedimiento concursal de liquidación voluntaria. En lugar de ello, la relación de juicios pendientes establecida en el numeral 3° del artículo 115 de la LRLEP, corresponde a un antecedente establecido por el legislador con la finalidad de garantizar la igualdad procesal de los acreedores y el efecto suspensivo de los juicios. Es decir, la relación de juicios pendientes representa una exigencia que busca garantizar el respeto de los principios fundantes de la regulación concursal, y de ninguna manera puede entenderse que implicaría la necesidad de que existan juicios pendientes en contra del deudor, como presupuesto de procedencia para el inicio del procedimiento de liquidación voluntaria.

RECENSIONES

Recensiones

RICHARD DELGADO y JEAN STEFANCIC, *Must we Defend Nazis?: Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy*, Nueva York, New York University Press, 2018 (pp. 165).

Escrito por dos de los promotores de los *racial critical studies* y de la noción de discursos de odio, el libro representa un punto de vista relevante para abordar el debate acerca de la represión del discurso ofensivo.

Él aborda críticamente la jurisprudencia norteamericana acerca de la libertad de expresión, especialmente cuando esta se refiere al discurso ofensivo y a la defensa del derecho de personas que lo usan en detrimento de otros. Se llama a rebalancear la libertad de expresión y la igual dignidad de los seres humanos; valores que son recíprocos y complementarios. Así, se busca dejar de lado el “absolutismo” de la libertad de expresión que prima en EEUU, ya que si bien la libertad de expresión es relevante para la existencia de una democracia robusta, ella no protege la libertad de grupos usualmente marginados que pueden ser heridos y atemorizados por cierta clase de expresiones. Por esto, los autores creen que reprimir estos discursos es constitucional y moralmente correcto.

El primer capítulo, *The Harms of Hate Speech*, rebate a los que señalan que el discurso ofensivo es “inofensivo” o el precio de una sociedad libre. Expone que los Tribunales han concedido daños cuando las ofensas son perseguidas mediante acciones privadas o tienen lugar en propiedad privada, pero no cuando buscan imponer castigos. Luego, trata de los daños psicológicos, sociológicos y políticos del racismo. Señala que los dichos racistas son medios para discriminar y hacer que las diferencias de raza lo sean de mérito y dignidad humana. El racismo impone estereotipos que las minorías creen; los hace víctimas de enfermedades; empeora la crianza de los hijos, y riñe con la igualdad de todos. Esto es peor en los niños, provocando actitudes hostiles hacia la sociedad o volviéndolos apáticos hacia ella. Asimismo, daña a los agresores, al reforzar formas de pensar rígidas y paranoicas. Por ello, es que abogan por acciones civiles que desalienten estos discursos por medio de la función pedagógica de la ley, al aumentar la conciencia social acerca del mal del racismo.

El segundo, *Hate Speech on Campus*, da cuenta del debate en las universidades: demandas por *safe spaces*; estudios étnicos; *trigger warnings*; regulaciones contra el discurso de odio y las microagresiones, y reconocimiento de los esclavos de la universidad. Esto redundará en códigos de conducta que han sido desautorizados por las Cortes. Aquí se enfrentan dos narrativas, una basada en la libertad de expresión y otra en la igualdad. Los autores consideran ambas válidas y llaman a replantear el problema. Señalan que la sociedad condena el discurso de odio, siendo este solo permitido por el sistema legal; lo que muestra la disociación de este y la sociedad. Así, piden realismo jurídico y demandan la entrada de otras ciencias en el debate legal, denunciando que la jurisprudencia no se

ha hecho cargo de los daños de estas expresiones ni del derecho comparado. Concluyen que la separación sociedad-Tribunales se da porque estos últimos no han sabido leer los tiempos actuales, en los que el racismo es menos aceptable que antes, ni las necesidades de los administradores universitarios que buscan un ambiente seguro para todos.

El tercero, *Hate in Cyberspace*, plantea que, debido al menor control social y dificultad con la trazabilidad de mensajes, internet acumula grandes cantidades de discursos de odio que se mantienen ahí de forma indefinida. Destaca que en EE.UU. no hay regulación específica, pero la responsabilidad extracontractual y criminal, en casos extremos, son una forma de control de la conducta, así como también lo son las regulaciones de los mismos sitios *web* que han excluido extremistas. Finalmente, muestran cómo internet ha hecho que distintos grupos opositores se conozcan y se tilden mutuamente como *hate groups*.

El cuarto, *Neoliberal Arguments against Hate-Speech Regulations*, presenta un cambio en la jurisprudencia que estaría inclinada a castigar más duramente crímenes motivados racialmente. Ante ello, se levantan objeciones paternalistas que dicen que las minorías deberían defender más libertad de expresión. Surgen cuatro subargumentos: permitir el discurso de odio libera tensiones sociales; las reglas antirracistas son aplicadas contra minorías; la libertad de expresión motiva cambios sociales; más expresión es la solución porque el racismo nace de la ignorancia. El primero es desechado por falta de evidencia; el segundo no sería un problema en EE.UU.; el tercero es falso porque las minorías sufren las excepciones aceptadas contra la libertad de expresión; finalmente, responder al atacante puede ser imposible, peligroso o poco efectivo. Señala que la libertad de expresión busca defender a los ciudadanos del gobierno y que en este caso tal peligro está ausente por tratarse de asuntos privados. Concluyen sosteniendo que quienes insultan cometen lo que los griegos llamaban *hubris*, esto es, el pecado de tratar a los otros como se plazca con la confianza de que se escapará a todo castigo, y que quienes defienden su derecho a ello son, a su vez, culpables del mismo mal.

El quinto, *Neoconservative Arguments against Hate-Speech Regulation*, califica estos argumentos como negaciones. Ellos serían: regular es inútil, pues no es lo central; las sociedades blancas nunca tolerarán los códigos de expresión; los comentarios racistas permiten entender el problema; la censura victimiza a las minorías; estas regulaciones son clasistas al no ir contra los comentarios racistas elegantes, y los códigos de expresión institucionalizan la censura. Estos argumentos se basan en la idea de una igualdad que no existe. Así, el primero desconoce el daño de estos discursos; el segundo no es real; el tercero ignora que las normas modelan a la sociedad; el cuarto desconoce que estas regulaciones son una vía más para responder, así no imponen un estado de inmadurez; el quinto no toma en cuenta que, usualmente, las expresiones de gente poco educada son más dañinas; finalmente, las limitaciones del *hate speech* permiten más voces.

El sexto, *How Do Other Nations Handle This Problem?*, indica que lo único que impide limitar el *hate speech* en EE.UU. es una concepción dogmática de la Primera Enmienda; el derecho americano está solo en el mundo. Reconocen, en todo caso, que hay países donde leyes contra los discursos ofensivos son mal usadas. Así, la nivelación entre libertad de expresión y su regulación depende de cada sociedad.

El séptimo, *A Guide for Activist Lawyers and Judges*, combate el absolutismo de la jurisprudencia que protege a los nazis antes que a sus víctimas. Se destaca que libertad de expresión y la igualdad se suponen mutuamente a la vez que se enfrentan, siendo parte del mismo fenómeno: la interpretación de la comunidad. Señala que para modificar la jurisprudencia no se deben enfrentar los paradigmas existentes, sino redefinirlos, centrándose en los cánones de la ley, expresados en cláusulas generales, que deben ser dotados de sentido por el intérprete. Luego, se proponen estrategias: reorganizar la convergencia de intereses, confundir los tropos dando vuelta las estructuras retóricas que funcionan en favor de quienes dominan, denunciar con historias, y apelar al nacionalismo cultural. Las tres primeras buscan que la minoría se una a la sociedad en mejores términos, mientras la última las separa.

Finalmente, *The Speech We Hate*, aborda el argumento según el cual los discursos que odiamos deben protegerse porque son impopulares, ya que para proteger el centro de la libertad de expresión hay que resguardar sus periferias. Este argumento sería paradójico y carente de mérito. Paradójico porque la protección de la periferia no tiene sentido en este caso, sobre todo porque esos insultos desconocen otros bienes protegidos y silencian a otras personas. Así, debe existir un balance entre derechos. Sobre el mérito, naciones en que la libertad de expresión es fuertemente protegida tienen normas contra el discurso de odio y, a pesar de todo, en EE.UU. han existido persecuciones políticas. Termina abordando el lugar del *hate speech* en la Primera Enmienda, señalando que, en la actualidad, se encuentra al centro, siendo un medio por el que los grupos privilegiados mantienen su poder. Concluyen que no hay virtud alguna en la defensa del discurso ofensivo.

Sin perjuicio de centrarse en la realidad de EE.UU., el libro presenta una posición importante en un debate que llega a Chile. Por mi parte, adhiero a los autores en la idea del balance de derechos, pero creo tienen dos falencias. Primero, no se hacen cargo de los daños que la censura social que impulsan provoca, *e.g.* que el 61% de los alumnos norteamericanos no se atreve a opinar en sus universidades.¹ Segundo, no se especifica cuál es el discurso que odia, se abordan sin matices situaciones diversas, se niega que expresiones censurables provengan de minorías y hacen depender la ofensa de la interpretación de grupos sociales. Entonces, pareciera que buscan imponer una visión política, que es lo que la libertad de expresión debe impedir para proteger otros derechos.

Rodrigo Pablo Pérez
Profesor Pontificia Universidad
Católica de Chile

¹ More U.S. College Students Say Campus Climate Deters Speech, Gallup News, 12 de marzo de 2018.

SEBASTIÁN FIGUEROA. *Adscripción y Reacción: Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Marcial Pons, Madrid, España, 2019 (276 pp).

Sebastián Figueroa es el autor del libro *Adscripción y Reacción*, pero ese solo hecho no lo hace responsable por su contenido. Para ser responsable es necesario, primero, responsabilizar. Responsabilizar al autor implica, a su vez, atribuirle la frustración de una expectativa (adscripción) y, acto seguido, adoptar y expresar actitudes reactivas con base en dicha atribución (reacción). O al menos, esta es la posición que Sebastián Figueroa defiende en este interesante y entretenido libro que, seguramente, no frustrará las expectativas del lector.

Luego de presentar un panorama general acerca de los diversos sentidos y usos del término “responsabilidad”, con un énfasis en los sentidos de responsabilidad identificados por H. L. A. Hart en su ensayo *Varieties of Responsibility* (1967), Figueroa propone una defensa de la tesis hartiana de la primacía de la responsabilidad-sujeción, contra la tesis dominante en nuestros días de la primacía de la responsabilidad-autoría (capítulo I). Para ello, Figueroa vincula la tesis de la primacía de la responsabilidad-autoría con una concepción que él llama intrapersonal de la responsabilidad (capítulo II), y la de la primacía de la responsabilidad-sujeción con una concepción interpersonal (capítulo III). Finalmente, y basándose en la idea de actitudes reactivas expuesta en el famoso ensayo *Freedom and Resentment* de P. F. Strawson, Figueroa defiende y articula lo que él denomina una propuesta interpersonal *reactiva* de la responsabilidad (capítulos IV y V).

Según Figueroa, la modernidad filosófica nos ha acostumbrado a una visión individualista de la responsabilidad, en la que lo relevante es la atribución de un hecho a un agente autónomo y abstracto. Figueroa sostiene que la idea de responsabilidad-autoría implica compromisos filosóficos que la enmarca en una concepción moderna de la responsabilidad que él llama *intrapersonal*. Los postulados centrales de una concepción intrapersonal de la responsabilidad son los siguientes:

- (1) La responsabilidad tiene su *fuentes* en *hechos* sobre individuos, no en *juicios* y *acciones* que otros adoptan sobre ellos;
- (2) La responsabilidad es algo propio de agentes autónomos y no una construcción social dependiente de relaciones propias de la vida en comunidad; y
- (3) Para la comprensión de la responsabilidad, *ser responsable* es prioritario a *responsabilizar* (pp. 100, 153).

Figueroa sostiene que una concepción intrapersonal de la responsabilidad tiene dificultades para dar cuenta de ciertos casos emblemáticos de responsabilidad (como, por ejemplo, la responsabilidad por hecho ajeno y la responsabilidad sin culpa u objetiva, pp. 102-108), para explicar la posibilidad de interponer defensas (excusas o eximentes de responsabilidad), la individuación de acciones y la descripción relación causal entre actos voluntarios y efectos (pp. 108-111), la posibilidad de atribuir responsabilidad si asumimos un determinismo causal, y para responder a la pregunta por el sentido de

responsabilizar a alguien (pp. 111-113, 115 y ss.). Esta carencia de poder explicativo de la visión moderna lleva a Figueroa a ofrecer una visión alternativa –interpersonal– de la responsabilidad, que se funda en la interacción entre el sujeto responsable y quienes responsabilizan, en donde la primacía la tiene la sujeción a la reacción de estos últimos, y no el hecho de que el responsable sea autor del hecho que se le atribuye. Los postulados centrales de una concepción interpersonal de la responsabilidad son los siguientes:

- (1) La responsabilidad se sitúa en relaciones interpersonales;
- (2) La responsabilidad no puede ser considerada independiente de ciertos elementos de la vida social como la formación de expectativas, la adopción de actitudes reactivas y su expresión; y
- (3) La comprensión de lo que significa responsabilizar es prioritaria a la de ser responsable (p. 153).

Finalmente, y fundado en la concepción interpersonal reactiva que ha desarrollado en los capítulos anteriores, en el último capítulo del libro (capítulo V), Figueroa presenta cinco pasos que conforman la estructura común a todo tipo de responsabilidad:

- (1) Acaece un evento que frustra una expectativa;
- (2) Se busca una explicación de dicho evento (en cuanto presenta una disonancia con la expectativa)
- (3) Se adscribe el evento a una persona (como resultado de la explicación);
- (4) La adscripción justifica la adopción de actitudes reactivas;
- (5) Se reacciona (o se omite la reacción) (p. 202).

La comprensión de responsabilidad que propone Figueroa es ciertamente polémica. De ser cierto lo que propone, nos obligaría a repensar algunos de los supuestos más básicos de nuestra comprensión de la responsabilidad. Asimismo, el libro busca “abrir una discusión antes que cerrarla” (p. 200) y esa intención se trasluce en el estilo dialogante del autor. En ese mismo espíritu, en lo que sigue quisiera sugerir algunas cuestiones que podrían servir para continuar ese diálogo a que el libro invita.

La primera es la constatación de algunas ausencias. A pesar de aparecer como parte del subtítulo del libro, la distinción entre responsabilidad moral y jurídica no juega ningún papel relevante en el argumento central del texto. De hecho, solo se le dedican escasas tres páginas (pp. 31-33). Algo similar ocurre con la idea de responsabilidad colectiva, que no figura en el libro salvo para indicar que es una idea que está “más allá de la discusión de este libro” (p. 239). Por cierto, ninguna de estas ausencias cuenta como un defecto de la propuesta de Figueroa. Se trata, más bien, de ámbitos de la responsabilidad que sería interesante explorar desde la perspectiva interpersonal propuesta en el libro.

La segunda cuestión es acerca del significado de la primacía de un sentido de responsabilidad sobre los otros. Los partidarios de la primacía de la responsabilidad-autoría suelen tomar esta primacía en sentido ontológico o, al menos, conceptual: no es concebible la sujeción a una reacción sin que exista un agente responsable al que se le atribuya

un hecho: los juicios de responsabilidad son juicios sobre el hecho de ser responsable, y esos hechos son lógicamente previos al juicio sobre los hechos. Por el contrario, el tipo de primacía implícito en la responsabilidad-sujeción no resulta claro. Figueroa señala que la responsabilidad-sujeción sería primaria porque “los otros sentidos adquieren su importancia dentro de las actividades relativas a responsabilizar y ser responsable (...) cuando se relacionan con hacer responsables a otros al sujetarlos a una reacción.” (pp. 52-53). Pero esta explicación no aclara qué *tipo* de importancia adquieren los demás sentidos de responsabilidad cuando se relacionan con la responsabilidad-sujeción. ¿La responsabilidad-sujeción otorga importancia práctica a los otros sentidos? ¿los hace útiles en determinados contextos? Más adelante Figueroa sugiere que la primacía consiste en que “se atribuyen los otros tres sentidos (capacidad, rol y factor causal) *teniendo en mente* la posibilidad de sujetar a una reacción, pero no se sujeta a una reacción teniendo en mente atribuir cualquiera de los otros tres” (p. 62, énfasis añadido). La primacía de la responsabilidad-sujeción, entonces, sería una primacía en el orden de la intención: es lo primariamente intentado por el agente que atribuye responsabilidad. Si esto es así, entonces no habría incompatibilidad entre la tesis de la primacía de la responsabilidad-sujeción y la de la responsabilidad-autoría. Ambas tendrían primacía, pero en órdenes distintos.

Un tercer punto es la relación entre la tesis de la primacía de la responsabilidad-sujeción, por una parte, y la tesis de la independencia de los sentidos de responsabilidad, por otro. La independencia de los diversos sentidos de responsabilidad entre sí es defendida por Figueroa en el primer capítulo (pp. 53-58), atribuyendo a Hart lo que llama el “argumento de la *independencia* entre los sentidos” (p. 52), argumento que se encontraría en un pasaje de *Varieties of Responsibility*, aunque “menos explícito” (p. 52) que la tesis de la primacía. Aunque el argumento de la independencia no vuelve a ser tratado sistemáticamente en el libro, las implicancias de tal tesis podrían ser potencialmente fatales para una comprensión de la estructura común de la responsabilidad. En efecto, si los diversos sentidos de la responsabilidad son independientes entre sí, ¿qué sentido tiene buscar una estructura común a todos ellos? El mismo Figueroa parece dudar acerca de las verdaderas implicancias del argumento de la independencia. Así, en un primer momento, sostiene que el argumento mostraría que “cada uso del término [responsabilidad] puede ser entendido de forma independiente de los otros en determinados contextos” (p. 52), para luego matizar diciendo que las atribuciones de responsabilidad “no tienen una relación de *completa* dependencia entre sí, a pesar de sus conexiones” (p. 61, énfasis añadido), y, finalmente, sostener que el argumento de la independencia solo implica que los diversos sentidos de responsabilidad “se pueden utilizar en diversos contextos sin ambigüedad” (p. 64). Pero afirmar que un término se puede usar sin ambigüedad en determinados contextos no es lo mismo que afirmar que el significado de ese término puede ser entendido con independencia de otros. Usando el famoso ejemplo de Aristóteles, uno podría decir que el término “sano” se puede utilizar sin ambigüedad aplicado a un “clima sano”, pero eso no implica que el significado sea independiente del significado de “animal sano” (pues un clima sano es el que favorece la salud del animal). Entendido así, el argumento de la independencia es ciertamente compatible con el de la primacía, pero

a expensas de dejar de ser un argumento respecto de la independencia de los sentidos. A mi juicio, Figueroa haría bien en renunciar al argumento de la independencia (que, dicho sea de paso, no veo tampoco en Hart, ni siquiera implícitamente) en favor de una defensa más consistente de la primacía de la responsabilidad-sujeción.

Por último, la conexión entre la responsabilidad-autoría y la concepción intraperсонаl de la responsabilidad no parece tan estrecha como el libro parece sugerir. Una teoría relacional de la agencia, en que las relaciones interpersonales de los agentes sean constitutivas de su autonomía es perfectamente concebible.¹ Esta idea abre la posibilidad de conciliar las diferencias entre las tesis de la primacía de la responsabilidad-sujeción y responsabilidad-autoría dentro de un marco conceptual común que les dé unidad y sentido.

La tesis de Figueroa merece ser ampliamente discutida. El libro se recomienda para académicos con interés en la filosofía del derecho.

Joaquín Reyes Barros

Estudiante de Doctorado, Universidad de Edinburgo, Escocia
Investigador externo, Universidad Finis Terrae, Chile

¹ Cf. A Westlund, "Rethinking Relational Autonomy" *Hypatia* (24) 4 2009, 26-49; Ian Burkitt, "Relational agency: relational sociology, agency and interaction" *European Journal of Social Theory* 19 (3) 2015 322-339.

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 reseñaciones.

En el desarrollo de su labor, está comprometida con los más altos estándares académicos y con el pleno respeto a las normas éticas generalmente aceptadas en las publicaciones científicas.

- b. *Enfoque y alcance de la revista.* La revista es una publicación científica de estudios generales de Derecho que tiene por objeto contribuir al desarrollo tanto de las ciencias del Derecho como de la dogmática jurídica, promoviendo la discusión crítica de temas relevantes.

Para ello, recibe investigaciones inéditas que aborden un problema jurídico en cualquiera de las ramas del Derecho, planteando una idea central o hipótesis que permita el desarrollo de una argumentación racional. Dichas contribuciones son sometidas a arbitraje bajo el sistema de “doble ciego”.

Está abierta a toda la comunidad jurídica nacional e internacional, especialmente, a la hispanoamericana, recibiendo contribuciones inéditas en todas las áreas del saber jurídico de manera de responder a los requerimientos teóricos o prácticos de académicos, abogados, jueces y, en general, de cualquier operador jurídico.

- c. *Acceso y cargos de procesamiento de artículos.* La *Revista de Derecho (Valdivia)* es una publicación de acceso abierto y por consiguiente, todo su contenido está disponible para los lectores de manera gratuita y sin necesidad de suscripción.

Los costos de la edición de artículos son asumidos íntegramente por la Universidad Austral de Chile, de modo que los autores no deberán soportar ningún cargo de procesamiento de los mismos, ni asociados a su envío ni a su publicación.

2. *Envío de manuscritos*

- a. *Temporadas.* Existen dos temporadas de recepción de trabajos: (i) desde el 2 de enero y hasta el 30 de abril; y (ii) desde el 16 de julio hasta el 30 de octubre. Solo serán sometidos al procedimiento de evaluación los trabajos enviados dentro de temporada.

- b. *Dirección electrónica y copia sin marcas de autoría.* Toda colaboración debe ser enviada por nuestra plataforma de Open Journal Systems, disponible en la página *web* www.revistaderechovaldivia.cl. En el archivo respectivo no debe figurar ni el nombre del autor ni cualquier otro rastro de su autoría, tanto en el archivo como en el texto mismo, de manera que pueda ser utilizado para los respectivos arbitrajes ciegos.

- c. *Compromiso.* El envío de una colaboración a la Revista conlleva el conocimiento y aceptación completa de las presentes instrucciones. Quien envíe a la Revista un trabajo para su publicación, deberá firmar y adjuntar al mismo un compromiso de autoría, el que podrá descargar de la página *web* de la Revista. Mediante este documento se acepta todo lo indicado en las presentes normas editoriales, en especial lo detallado en los numerales 3, 8, 9 y 10.

3. *Colaboración original y autoría*

- a. *Coautorías*. La autoría se limita únicamente a quienes han realizado una colaboración sustancial. No serán admitidas colaboraciones firmadas por más de tres autores.
- b. *Colaboración inédita*. Todo trabajo sometido a la consideración de esta Revista debe ser inédito, es decir, no se debe encontrar publicado previamente, sea total o parcialmente, por medios físicos o digitales (incluidas las plataformas del tipo Academia.edu). Tampoco puede estar siendo evaluado por alguna otra revista, ni pendiente de aceptación o publicación.
- c. *Traducciones*. Se considerarán inéditos los trabajos escritos en idioma extranjero que se encuentren publicados y que se traduzcan por primera vez al español, ya sea por el propio autor o por un tercero, siempre que el Consejo Editorial así lo califique en atención a la relevancia del trabajo traducido. El interesado deberá requerir esta autorización al Consejo Editorial antes del envío del trabajo.
- d. *Tesis*. En caso que la colaboración derive de un trabajo académico anterior, como por ejemplo de una tesis de pregrado, magíster o doctorado, dicha circunstancia debe ser explícitamente señalada por el autor en una nota a pie de página inicial.

4. *Presentación*

- a. *Título*. El autor titulará su trabajo, tanto en español como en inglés, de la forma más breve posible (con un máximo de 20 palabras).
- b. *Resumen*. El trabajo contendrá al inicio un resumen en español e inglés que proporcione una idea precisa de su contenido. El resumen no podrá exceder de las 200 palabras.
- c. *Palabras clave*. El trabajo consignará a continuación del título, en español e inglés, de 3 conceptos clave referidos al contenido del trabajo.
- d. *Límite de palabras*. Las colaboraciones correspondientes a *investigaciones* no podrán tener una extensión superior a 10.000 palabras, incluidas las notas a pie de página y la bibliografía final. La *jurisprudencia comentada* no deberá superar las 2.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 10) y excluido el contenido del fallo que deberá ser extractado por el autor. Las *recensiones* no podrán extenderse a más de 1.500 palabras, incluidas las notas a pie de página (máximo 5).

5. *Contenido*

- a. *Fuente, caja, interlineado y énfasis*. Los trabajos deben estar escritos en idioma español, en páginas tamaño carta, tipografía Times New Roman, cuerpo 12, a espacio y medio. El uso de la cursiva está únicamente reservado para las palabras o expresiones de otro idioma (incluidos extranjerismos y latinismos crudos) y los títulos de obras de creación.
- b. *Subtítulos*. El cuerpo del trabajo se dividirá en secciones numeradas con romanos. Cada párrafo podrá nuevamente ser dividido en párrafos señalados con números arábigos, seguidos de un punto. Cuando se apliquen nuevas subdivisiones en el interior de los párrafos, cada una de ellas será señalada con letras con paréntesis final. Por ejemplo: I 1. a) y así sucesivamente.
- c. *Citas textuales*. Las citas textuales de más de cinco líneas deben estar separadas del escrito, pero con la misma fuente, sin cursivas y una mayor sangría.
- d. *Notas a pie de página*. Las notas al texto y las citas bibliográficas deberán ser realizadas al pie de cada página, en tipografía Times New Roman, cuerpo 10, a espacio y medio. Las primeras, en su carácter explicativo, deben estar limitadas a lo estrictamente necesario en número y contenido. Por su parte, las segundas, en su carácter bibliográfico, deben cumplir las normas que siguen.

6. *Citas a pie de página*

- a. Las citas bibliográficas a pie de página se ordenarán de la siguiente manera: primer apellido del autor en versalitas, año de publicación de la obra (cuando el autor tenga varias

obras publicadas en un mismo año se pondrán letras al lado de la fecha, comenzando por a, b, c,...) y el número de página. Ejemplo:

Obras con un autor: WELZEL, 1969, p. 105.

Obras con dos autores: ALCHOURRÓN Y BULYGIN, 2015, p. 50.

Obras con más de dos autores: LACRUZ *et al.*, 2006, pp. 67-69.

Obra con autor institucional: INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976, pp. 879 y ss.

Dos o más obras del mismo autor y año de publicación: GUZMAN, 2010a, p. 30 y GUZMÁN, 2010b, pp. 100-101.

- b. Las citas de normas jurídicas a pie de página indicarán: la norma citada o el número de la ley y su año de publicación. Ejemplos:

Ley 20.422, 2010.

Convención sobre los Aspectos Civiles del Secuestro Internacional de Niños, 1994.

- c. Las citas de jurisprudencia (judicial o administrativa) contendrán: tribunal, fecha y rol. Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, 29.7.2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, 1.12.2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, 28.11.2016, N° 085700N16.

7. Referencias completas al final del trabajo

- a. Las referencias de la bibliografía citada se incluirán en orden alfabético bajo "Bibliografía". Ejemplos:

Libro:

WELZEL, Hans, 1969: *Das Deutsche Strafrecht. Eine systematische Darstellung*, Berlin: Walter de Grueter & Co.

BENTHAM, JEREMY, 1996: *An introduction to the principles of morals and legislation* (edits. J.H. Burns y H.L.A. Hart), Oxford, Clarendon Press.

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio, 2015, *Sistemas normativos* (2° edición), Buenos Aires: Editorial Astrea.

LACRUZ, J., SANCHO, F., LUNA, A., DELGADO, J., RIVERA, F., y RAMS, J., 2006: *Elementos de derecho civil I. Parte general* (4° edición), Tomo I, Madrid, Dykinson.

INTER-PARLIAMNTARY UNION, 1976: *Parliaments of the world. A comparative reference compendium* (2° edición), Tomo I, New York, Facts on File Publications.

Libro traducido:

COLIN, Ambrosio y CAPITANT, Henry, 1981: *Curso elemental de derecho civil* (trad.), Revista General de Legislación y Jurisprudencia (2° edición francesa), Tomo IV, Madrid, Reus, S.A.

Capítulo de libro:

VON SAVIGNY, Friedrich, 1994: "Sobre el fin de la revista de la escuela histórica" (trad. R. Atard), en José Juan Moreso y Pompeu Casanova (editores), *El ámbito de los jurídico*, Barcelona, Crítica, pp. 22-31 [{"Über den Zweck dieser Zeitschrift" [1815], en *Tribut und Savigny. Ihre programmatischen Schriften*, Verlag Franz Vahlen, Munich, 1973, pp. 231-254}].

Artículo de revista:

MAÑALICH RAFFO, Juan Pablo, 2015: "El comportamiento supererogatorio del imputado como base de atenuación de responsabilidad", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2.

Documento en formato electrónico:

Goldenberg Serrano, Juan Luis, 2015: "Los créditos legalmente pospuestos en la Ley 20.720", *Revista de Derecho (Valdivia)*, volumen XXVIII, N° 2, pp. 91-116. Disponible en www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502015000200006&lng=e&s&nrm=iso. [Fecha de consulta: 1.12.2016].

Tesis:

PRAT CHACÓN, Arturo, 1876: *Observaciones a la ley electoral vijente*. Memoria de prueba para optar al grado de licenciado, leída ante la Comisión Universitaria de la Corte Suprema. Disponible en <http://www.memoriachilena.cl/602/w3-article-7887.html>

Informe en derecho:

AYLWIN OYARZÚN, JOSÉ Y YAÑEZ FUENZALIDA, NANCY “Propiedad ancestral indígena sobre las aguas”. Informe en Derecho. Disponible en <http://www.cepal.org/drni/proyectos/walir/doc/walir47.pdf>

- b. Las referencias de las normas jurídicas citadas se incluirán en orden cronológico, bajo “Normas jurídicas citadas” y a continuación de la “Bibliografía citada”.

Ejemplos:

Ley 20.422, Establece normas sobre igualdad de oportunidades e inclusión social de personas con discapacidad, publicada con fecha 10 de febrero de 2010.

Convención sobre los aspectos civiles del secuestro internacional de niños, adoptada con fecha 25 de octubre de 1980. Publicada en Chile con fecha 17 de junio de 1994.

Proyecto de ley que establece medidas contra la discriminación, Boletín 3815-07.

- c. Las referencias a la jurisprudencia citada se incluirán en orden cronológico, bajo “Jurisprudencia citada” y a continuación de “Normas jurídicas citadas”.

Ejemplos:

Corte de Apelaciones de Antofagasta, sentencia de fecha 29 de julio de 2010, rol 245-2010.

Tribunal Constitucional, sentencia de fecha 1 de diciembre de 2016, rol 2938-15.

Contraloría General de la República, dictamen de fecha 28 de noviembre de 2016, dictamen 085700N16.

8. *Evaluación*

- a. *Procedimiento de arbitraje y resultados*. Una vez que el trabajo sea admitido por cumplir con los requisitos formales establecidos en estas instrucciones, se iniciará el proceso de arbitraje. El arbitraje se realizará por dos evaluadores expertos del área y, en caso de discrepancia, se recurrirá al juicio de un tercer evaluador. En todo arbitraje se aplicará el sistema doble ciego (los árbitros no conocerán el nombre del autor del trabajo y el autor no conocerá el nombre de los árbitros). De acuerdo con el resultado del arbitraje, la Revista decidirá si acepta o rechaza la publicación del trabajo, pudiendo sugerir al autor la realización de cambios en el mismo. Dicho resultado se comunicará al autor a más tardar el 15 de julio, en la primera temporada, y el 15 de enero, en la segunda.

- b. *Pauta de arbitraje*. La pauta de arbitraje aplicada refiere a los siguientes aspectos: i) calidad y propiedad en el uso del lenguaje jurídico, así como de la exposición de las ideas y de la construcción de los argumentos; ii) existencia de un planteamiento ordenado y coherente de un problema jurídico; iii) claridad y originalidad de la tesis o planteamiento del autor; y iv) si el trabajo denota un conocimiento actualizado y sólido del saber jurídico, constituyendo un aporte novedoso o interesante al conocimiento jurídico.

Los árbitros deberán indicar si recomiendan la publicación del trabajo sin observaciones, con observaciones menores o formales, o previas modificaciones sustantivas del autor; o si, por el contrario, no recomiendan su publicación, sea porque requeriría modificaciones sustantivas de tal entidad que implicarían su reelaboración o porque carece de la novedad o interés exigidos.

- c. *Criterios de exclusión*. En cualquier caso, serán criterios excluyentes para la admisión de los trabajos: i) no incidir en el ámbito disciplinar cultivado por la Revista; ii) no cumplir con las condiciones formales y de citas adoptados por la Revista; iii) no enviar el trabajo

por medio de la plataforma establecida; iv) no mediar un período de tres años contado desde la última publicación en esta Revista de un trabajo del mismo autor (como autor único o en coautoría); y v) enviar un trabajo con algún registro de autoría o que vulnere las directrices éticas de la Revista.

- d. *Aceptación o rechazo.* Siempre que no se acepte la publicación de algún trabajo por parte del Consejo Editorial se informará al autor respecto de esta decisión, dando cuenta justificada de ella. La aceptación de un trabajo se entenderá firme una vez que el autor reciba el aviso por escrito respectivo.
- e. *Decisión de publicar.* La *Revista de Derecho de Valdivia* se reserva el derecho de decidir respecto de la efectiva publicación de los trabajos arbitrados y, en su caso, el volumen y número específico en que se publicará.

9. *Declaración de privacidad*

Los nombres y direcciones de correo de los autores se usarán exclusivamente para los fines declarados por esta Revista, y no estarán disponibles para ningún otro propósito o persona.

10. *Directivas éticas y declaración de malas prácticas*

a. *Deberes de los autores*

La revista condena éticamente el plagio y pretende combatirlo en cualquiera de sus manifestaciones.

Los trabajos que se envíen a la Revista deberán ser inéditos y el resultado de una investigación original. El trabajo o ideas ajenas deben ser reconocidos como tales mediante reglas de citación o registro.

La autoría se limita a quienes hayan contribuido sustancialmente al trabajo. Todos los autores deben haber aceptado el envío del mismo para su publicación.

Las fuentes utilizadas por el autor deben identificarse de manera que otros puedan acceder a ellas.

Los trabajos enviados a la Revista no podrán ser remitidos simultáneamente a otras. Tampoco podrá remitirse por segunda vez un trabajo que ya fue previamente rechazado.

En caso de existir una fuente de financiamiento del trabajo, el autor deberá comunicarlo al Director de la Revista al momento del envío, como asimismo cualquier conflicto de interés que pudiere repercutir en la imparcialidad de la investigación, como por ejemplo, el hecho de tratarse de un informe en derecho financiado por un tercero.

b. *Deberes del Consejo Editorial*

El Consejo Editorial de la Revista deberá velar tanto por los derechos de los autores como por las buenas prácticas editoriales. El Director deberá informar al Consejo acerca de cualquier tipo de plagio u otra conducta contraria a dichas buenas prácticas que detecte en su labor.

El Consejo deberá resguardar la imparcialidad y confidencialidad de los arbitrajes.

En caso que se presente un caso reñido con la ética, deberá garantizar un procedimiento justo en el que el autor pueda presentar sus descargos.

c. *Deberes de los árbitros*

Los árbitros deben evaluar si el trabajo enviado cumple con los requisitos de forma y fondo definidos por la Revista. Sus juicios deberán ser fundados, de tal manera que resulte claro por qué recomienda o no recomienda la publicación del trabajo y las eventuales modificaciones que sugiere.

El árbitro deberá desempeñar su labor de manera confidencial, objetiva y respetuosa. Asimismo, deberá informar al Consejo Editorial cualquier conflicto de interés que pudiere afectar su evaluación.

En especial, el árbitro deberá colaborar con el Consejo Editorial en la prevención del plagio y, por consiguiente, le informará de cualquier indicio que surja de su revisión.

11. *Derechos y responsabilidad del autor*

Una vez admitido para publicación el trabajo, se entiende que el autor cede a la revista los derechos de reproducción del mismo, conservando la plena propiedad de la obra. En consecuencia, cualquier nueva publicación del trabajo, sea esta total o parcial, en papel o mediante alguna plataforma electrónica requerirá la autorización expresa de la Revista. Por su parte, el autor tendrá derecho a ser identificado como tal en todas y cada una de las publicaciones que de ella haga la Revista.

La publicación del trabajo se entiende hecha bajo licencia Creative Commons (CC) BY-NC-ND 4.0.

La responsabilidad derivada de cualquier infracción a las leyes de propiedad intelectual o industrial relacionadas con el contenido o la autoría del trabajo corresponderá exclusivamente al autor en su calidad de dueño de la obra.

INVESTIGACIONES

CIENCIAS DEL DERECHO

Inmунidades fuertes y débiles: el imperio contraataca, María Beatriz Arriagada Cáceres
Neoconstitucionalismo, positivismo y validez, Esteban Buritica Arango, Kennier Garay
Burocracias legislativas: etnografía sobre los funcionarios de nivel medio en Chile, Mayra Feddersen Martínez

DERECHO PRIVADO

Contenido esencial del derecho-deber de cuidado personal de los hijos, Marcela Acuña San Martín
El concurso *post mortem* de la herencia, Guillermo Caballero Germain, Susana Espada Mallorquín
Bienes digitales personales y sucesión *mortis causa*: la regulación del testamento digital en el ordenamiento jurídico español, Jorge Ordelin Font, Salette Oro Boff
La devolución de la cantidad pagada en la jurisprudencia: desencaje con la garantía legal, Alfredo Ferrante
Sobreendeudamiento del consumidor en Chile: una revisión a la luz del derecho europeo, Sebastián Bozzo Hauri

DERECHO PÚBLICO

La participación del Congreso Nacional en las modificaciones a la Ley de Presupuestos, Sebastián Soto Velasco
La garantía política de la supremacía constitucional: el caso del decreto de emergencia económica, Luis Alejandro Silva Irrazábal
Mecanismos generales y especiales de revisión administrativa de las sanciones, Rosa Gómez González
Abriendo los partidos políticos: acceso a la información tras la reforma a la Ley Orgánica Constitucional de Partidos Políticos, Pablo Contreras Vásquez, Leonardo Ortiz Mesías

DERECHO PROCESAL

La prohibición de ir contra acto propio en la justicia civil chilena, Jorge Larroucau Torres
Rechazo *in limine* de recurso de casación (art. 782 inciso 2º CPC) y normas decisoria *litis*, Carlos del Río Ferretti

DERECHO PENAL

¿Cómo fallan y controlan la ejecución de las penas sustitutivas los jueces?, Ana María Morales Peillard, Sebastián Salinero Echeverría

JURISPRUDENCIA COMENTADA

La “letra muerta” de la Ley Indígena: calificación registral, tierras indígenas e inscripción judicial (Corte Suprema). Comentario de Cristóbal Carmona Caldera
La responsabilidad institucional de la Iglesia Católica por los abusos sexuales de su sacerdote (Corte de Apelaciones de Santiago). Comentario de Pablo Carvacho Traverso
¿Resulta procedente iniciar un procedimiento concursal de liquidación voluntaria sin que existan juicios pendientes en contra del deudor? (Corte Suprema). Comentario de Gonzalo Barceló López

RECENSIONES

Richard Delgado y Jean Stefancic, *Must we Defend Nazis?: Why the First Amendment Should Not Protect Hate Speech and White Supremacy*. Recensión de Rodrigo Pablo Pérez
Sebastián Figueroa, *Adscripción y Reacción: Responsabilidad jurídica y moral desde una perspectiva interpersonal*. Recensión de Joaquín Reyes Barros.